



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De Wouwse Tol. Nadeelcompensatie op grond van het beginsel 'égalité devant les charges publiques'

Tjepkema, M.K.G.; Barkhuysen, T.; Polak, J.E.M.; Schueler, B.J.; Widdershoven, R.J.G.M.

Citation

Tjepkema, M. K. G. (2016). De Wouwse Tol. Nadeelcompensatie op grond van het beginsel 'égalité devant les charges publiques'. In T. Barkhuysen, J. E. M. Polak, B. J. Schueler, & R. J. G. M. Widdershoven (Eds.), *AB Klassiek, Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd* (pp. 609-627). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/46483>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/46483>

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

38. DE WOUWSE TOL

Nadeelcompensatie op grond van het beginsel 'égalité devant les charges publiques'

ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105, AB 2013/221, m.nt. Tjepkema (*De Wouwse Tol I*) en ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:1868, AB 2014/361, m.nt. Tjepkema (*De Wouwse Tol II*)

Speciale last. Normaal maatschappelijk risico. Omzetrempel. Differentiatie tussen verschillende bedrijven. Verhouding bestuursrechter-bestuursorgaan.

- ARRvS 22 november 1983, AB 1984/154, m.nt. De Planque (*Paul Krugerbrug II*)
- ABRvS 6 mei 1997, AB 1997/229, m.nt. Van Buuren (*Van Vlodrop*)
- ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1198, AB 2015/184, m.nt. Tjepkema (*Kustversterking Noordwijk*)
- ABRvS 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2162, AB 2013/222, m.nt. Tjepkema (*Hollandse Brug*)
- ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2071, BR 2015/83, m.nt. Van Heijst (*Mook en Middelaar*)
- HR 19 december 1952, NJ 1953/642 (*Voorste Stroom VII*)
- HR 18 januari 1991, NJ 1992/638, m.nt. Brunner, AB 1991/241 m.nt. Van der Burg (*Leffers*)
- HR 30 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0801, NJ 2003/615, m.nt. Scheltema, AB 2001/412, m.nt. Drupsteen (*Staat/Lavrijsen*)
- HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7902, NJ 2005/189, m.nt. Mok, AB 2004/84, m.nt. Van Buuren (*Staat/Harrida*)
- HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9951, NJ 2009/233, m.nt. Mok, AB 2011/224, m.nt. Van Ommeren (*Meststoffenwet*)

'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 égalitébeginsel.

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 (...)

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.'

38.1. Feiten

De Wouwse Tol is een wegrestaurant, gelegen aan de rijksweg A8. Zij stelt schade te hebben geleden door groot onderhoud aan de rijkswegen A4, A17 en A58. Deze werkzaamheden vonden plaats van maart tot en met augustus 2006. Van 16 tot en met 28 juli 2006 moest de afslag richting De Wouwse Tol volledig worden afgesloten. Het restaurant diende bij de minister van Infrastructuur en Milieu een verzoek om nadeelcompensatie in. Dit verzoek legde de minister voor aan haar schadecommissie, die adviseerde het verzoek af te wijzen omdat de wegwerkzaamheden niet hadden geleid tot een omzetsdaling van minstens 15% van de gemiddelde jaaromzet (gemeten aan de hand van de drie aan de werkzaamheden voorafgaande kalenderjaren). De minister wees het verzoek conform dit advies af. Bij de rechtbank hield dit besluit stand, maar in hoger beroep trekt De Wouwse Tol aan het langste eind. De minister had niet, althans niet zonder motivering, mogen volstaan met het toepassen van de 'standaarddrempel' van 15%. Daarmee wordt onvoldoende recht gedaan aan de bijzondere kostenstructuur van een onderneming als het onderhavige wegrestaurant. In haar uitspraak van 5 december 2012 draagt de Afdeling de minister op een nieuw besluit te nemen en daarin de hoogte van de drempel beter te motiveren. Blijkens de einduitspraak van 28 mei 2014 is de minister daar onvoldoende in geslaagd, wat voor de Afdeling aanleiding is om aan te sluiten bij het door De Wouwse Tol zelf voorgestelde percentage van 10%.

Een blik op de vorige edities van *AB Klassiek* leert dat Van Buuren in zijn noten bij de uitspraken *Paul Krugerbrug*, *Van Vlodrop* en *Leffers* terecht veel aandacht had voor belangrijke vragen als de betekenis van het *égalité*beginsel als grondslag voor nadeelcompensatie, de gevolgen van de erkenning van het *égalité*beginsel als zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie voor de figuur van het onzelfstandig schadebesluit en – in relatie daarmee – de verhouding van het *égalité*beginsel tot art. 3:4 lid 2 Awb, alsook voor de wijze waarop de civiele rechter de *égalité*aansprakelijkheid een plek heeft gegeven binnen het semigesloten stelsel van verbintenissen. Thans kan worden vastgesteld dat de rechtsontwikkeling ten aanzien van deze vragen goeddeels voltooid is. Meer in het algemeen geldt dat de discussie over de wijze waarop nadeelcompensatie in rechte dient te worden verkregen plaats heeft gemaakt voor een discussie over de vraag onder welke voorwaarden een recht

op nadeelcompensatie bestaat. De uitspraken inzake De Wouwse Tol passen goed in die ontwikkeling, nu zij in de kern gaan over de vraag wanneer omzetschade van ondernemingen als onevenredig moet worden aangemerkt. Bovendien bevat deze rechtspraak belangrijke overwegingen over de verhouding tussen rechter en bestuursorgaan bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico. Over de gevolgen van deze uitspraak kom ik aan het slot van deze noot, in paragraaf vijf, te spreken. Eerst ga ik in op enkele andere onderwerpen: de rechtsmachtverdeling naar huidig recht (par. 2), de belangrijkste procedurele en materiële gevolgen van de Wet nadeelcompensatie (par. 3) en de invulling van de speciale last (par. 4).

38.2. De rechtsmachtverdeling bij nadeelcompensatie naar huidig recht

Het nadeelcompensatierecht is een vorm van publiekrechtelijk schadevergoedingsrecht: de dragende grondslag, het *égalité*beginsel, is louter van toepassing in de verhouding tussen overheid en burger. Privaatrechtelijke maatstaven, zoals de schadevergoedingscriteria uit afdeling 6.1.10 BW, spelen ook in nadeelcompensatiegeschillen een belangrijke rol, maar de vraag of aansprakelijkheid op grond van het *égalité*beginsel bestaat, dient te worden beantwoord aan de hand van eigenstandige, los van het Burgerlijk Wetboek ontwikkelde criteria: de hierna te bespreken speciale en abnormale last. De publiekrechtelijke aard van dit type aansprakelijkheid brengt echter (nog) niet met zich dat de bestuursrechter de enige bevoegde rechter is om over geschillen over nadeelcompensatie te oordelen. Zijn bevoegdheid omvat naar huidig recht de volgende gevallen:

- Situaties waarin de (formele of materiële) wetgever voor met name genoemde schadeorzaken een mogelijke aanspraak op nadeelcompensatie heeft gecreëerd. Voor wat betreft formele wetgeving valt bijvoorbeeld te denken aan de Wet op de ruimtelijke ordening, de Waterwet of de Wet milieubeheer. Voorbeelden van materiële wetten (niet zijnde formele wetten) zijn de Verordening Nadeelcompensatie Noord/Zuidlijn of de Algemene Verordening Nadeelcompensatie Amsterdam. Deze wetten en verordeningen zien veelal ook op schade ten gevolge van feitelijk bestuursoptreden. Zo ziet art. 7.14 Waterwet op schade die ontstaat in de 'rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer'. De Verordening Nadeelcompensatie Noord/Zuidlijn schept voorts de mogelijkheid om een verzoek om nadeelcompensatie in te dienen bij schade ten gevolge van de 'bouw van de Noord/Zuidlijn en de daarbij behorende werken, evenals de rechtstreeks daarmee in verband staande besluiten of handelingen'.
- Situaties waarin een beleidsregel fungeert als een publiekrechtelijke grondslag voor appellabele zelfstandige besluiten over nadeelcompensatie, mits die beleidsregel is gepubliceerd (ARRvS 18 november 1987, AB 1987/554, m.nt. Van Wijmen (*Kromhout Rijkswaterstaat*) en ARRvS 14 mei 1986, AB 1986/568, m.nt. Van Wijmen (*Metroschade*)). Het meest bekende voorbeeld is de Beleidsregel Nadeelcompensatie Infrastructuur & Milieu 2014. Op grond van deze regeling kan een verzoek om nadeelcompensatie worden gedaan wanneer in het kader van de uitoefening van een 'rechtmatige publiekrechtelijke bevoegdheid of taak' op het terrein van het Ministerie van Infrastructuur & Milieu schade is ontstaan. Noodzakelijk is dus niet, net als in situatie a), maar anders dan in situaties c)

- en d), dat de schade wordt veroorzaakt door bij de bestuursrechter appellabel overheidshandelen.
- c. Situaties waarin een wettelijke grondslag of een beleidsregel voor nadeelcompensatie ontbreekt, maar het bestuursorgaan een beslissing over nadeelcompensatie neemt op grond van het ongeschreven *égalité*beginsel. Deze beslissing levert een bij de bestuursrechter appellabel zelfstandig schadebesluit op als de schade is veroorzaakt in het kader van een publiekrechtelijke rechtsverhouding (materiële connexiteit) én de schadeoorzaak zelf bij de bestuursrechter appellabel is (processuele connexiteit). Deze eisen heeft de Afdeling bestuursrechtspraak geformuleerd in de uitspraak *Van Vlodrop* (ABRvS 6 mei 1997, AB 1997/229, m.nt. Van Buuren).
- d. Situaties als genoemd onder c), maar waarin het bestuursorgaan zijn beslissing over nadeelcompensatie baseert op het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb. Het schadebesluit wordt in zo'n geval 'onzelfstandig' genoemd omdat het wordt genomen in het kader van een afweging van belangen die voorafgaat aan een besluit dat ziet op iets anders dan schadevergoeding (denk aan een vergunning). Naar huidig recht kunnen bestuursorganen in uitzonderlijke gevallen *verplicht* zijn om onzelfstandig over het bestaan van een recht op nadeelcompensatie te beslissen. Zie daarover par. 3.

Is geen van deze wegen *begaanbaar*, dan dient de burger zich te wenden tot:

- e. De civiele rechter, die *oordeelt* over schade ten gevolge van feitelijke handelingen en niet-appellabele besluiten. De benadeelde dient daarbij te stellen dat de schadeveroorzakende handeling op zichzelf rechtmatig is, maar dat het toebrengen van onevenredige schade leidt tot een schending van het *égalité*beginsel (vgl. HR 30 maart 2001, AB 2001/412, m.nt. Drupsteen (*Staat/Lavrijsen*)). De handeling is derhalve relatief onrechtmatig, zodat de overheid jegens de onevenredig benadeelde(n) gehouden is tot toekenning van nadeelcompensatie. Staat een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang open – zoals genoemd onder a-d – dan dient de burger die weg te bewandelen. De keuzevrijheid die het arrest *Groningen/Raatgever* opende voor schade ten gevolge van onrechtmatige besluiten geldt niet bij nadeelcompensatie (HR 6 december 2002, AB 2004/17, m.nt. Van Buuren en (*Pannenkoekenhuis de Kabouter*) en HR 28 maart 2008, NJ 2008/475, m.nt. Mok (*Asha/Amersfoort*)).

Wetgevers, bestuursorganen en bestuursrechters waarborgden met de onder a-d genoemde wegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming in nadeelcompensatiegeschillen. Zo leidden het zelfstandig en het onzelfstandig schadebesluit ertoe dat beslissingen over schadevergoeding in ongeregelde gevallen niet als rechtshandelingen naar burgerlijk recht werden aangemerkt en bleef justitiabelen zo een civiele rechtsgang bespaard. Evenzo betekenen de vele verordeningen en beleidsregels over nadeelcompensatie dat burgers in veel situaties een laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsgang ter beschikking staat. Dat gold bijvoorbeeld ook voor de casus van De Wouwse Tol. De feitelijke aard van de onderhoudswerkzaamheden stond er niet aan in de weg dat het restaurant bij de bestuursrechter over het schadebesluit kon

procederen, aangezien dit besluit was gebaseerd op een beleidsregel: de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999.

Feit is echter wel dat de rechtsmacht bij nadeelcompensatie sterk versnipperd is geregeld en dat een integrale concentratie van geschillen over nadeelcompensatie bij de bestuursrechter tot op heden is uitgebleven. De gevolgen daarvan doen zich in de praktijk geregeld gevoelen. Er zijn talloze procedures gevoerd over de inhoud van de materiële en – vooral – de processuele connexiteit. Niet zelden leidde dit ertoe dat burgers pas in hoogste bestuursrechtelijke instantie te horen kregen dat ze bij de verkeerde rechter waren aanbeland (zie uitgebreid B.J. van Ettekoven, B.P.M. van Ravels & M.K.G. Tjepkema, 'Waarom makkelijk als het moeilijk kan? Over de eis van processuele connexiteit in de Wet nadeelcompensatie', *O&A* 2011, p. 58-68). Voor de praktijk ligt het grootste probleem bij schade die voortvloeit uit feitelijke (uitvoerings)handelingen. Het verdient bepaald geen schoonheidsprijs dat burgers in zulke gevallen voor de schade ten gevolge van de appellabele besluiten de bestuursrechter kunnen adieren, maar voor de feitelijke handelingen soms op een civiele rechtsweg aangewezen zijn. Met een beetje pech moet de burger terzake van één schade-complex dus zowel een civiele als een bestuursrechtelijke rechtsgang volgen.

38.3. De Wet nadeelcompensatie (titel 4.5 Awb)

De Awb-wetgever heeft zich ten doel gesteld om aan deze versnippering een einde te maken. Na de publicatie van een Voorontwerp (in 2007) en indiening van het wetsvoorstel (in 2011) is op 30 januari 2013 de Wet nadeelcompensatie aanvaard door de Eerste Kamer. Deze wet is reeds gepubliceerd in het *Staatsblad* (2013, 50) maar wacht nog op inwerkingtreding. Met deze wet krijgt het *égalité*beginsel wettelijke status. De keuze voor de *égalité* ligt de hand, gelet op de ontwikkelingen in de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie, waarin telkens op het *égalité*beginsel en de daaraan verbonden voorwaarden wordt teruggegrepen.

De keuze voor de *égalité* is ook vanuit rechtsvergelijkend perspectief goed te verdedigen. In andere Europese landen zien we een duidelijke focus op het *égalité*-beginsel of daaraan verwante noties. Naast de bakermat van de *égalité*aansprakelijkheid, Frankrijk, valt te denken aan het Duitse stelsel (met het aan het *égalité*beginsel verwante *Sonderopfer*) en de wettelijke regelingen voor nadeelcompensatie in Luxemburg, Spanje en Portugal (waarover nader M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2010, p. 779 e.v.). Interessant is bovendien dat in de Belgische rechtspraak aansluiting wordt gezocht bij de ontwikkelingen in het Nederlandse recht. Te wijzen valt op een arrest van het Belgische Hof van Cassatie, waarin dit Hof overweegt dat wanneer rechtmatige activiteiten van de politie schade veroorzaken aan derden, deze vergoed moet worden op basis van het *égalité*beginsel, waarbij de rechter 'rekening [moet] houden met alle omstandigheden van de zaak en in het bijzonder met de betrokkenheid van de getroffen bij het vermeende misdrijf en met de redelijke verwachtingen van de burgers in verband met de solidariteit die van hen wordt gevraagd' (24 juni 2010, nr. C.06.0415 (*Immo/Antverpia*)). Ook in de jurisprudentie van het Grondwettelijk Hof is het *égalité*beginsel inmiddels erkend (19 april 2012, nr. 55/2012 (*Mafar*) en 27 november 2014, nr. 170/2014). Op het niveau van de Europese Unie is de

erkenning van het égalitébeginsel een brug te ver gebleken, zo blijkt uit HvJ EG 9 september 2009, AB 2009/311, m.nt. Tjepkema (*FIAMM*).

In de Wet nadeelcompensatie zijn vanzelfsprekend ook de belangrijkste criteria voor nadeelcompensatie opgenomen:

- de speciale last (art. 4:126 lid 1 Awb);
- het normaal maatschappelijk risico (art. 4:126 lid 2 Awb);
- de vraag of de schadeveroorzakende ontwikkeling voor de benadeelde voorzienbaar was (art. 4:126 lid 2 sub a Awb);
- de verplichting tot schadebeperking (art. 4:126 lid 2 sub b Awb);
- eigen schuld (art. 4:126 lid 2 sub c Awb);
- het anderszins verzekerd zijn van de schade (art. 4:126 lid 2 sub d Awb);
- de verrekening van voordeel (art. 4:126 lid 3 Awb).

Voor de invulling van het causaal verband zal moeten worden aangesloten bij het Burgerlijk Wetboek (art. 6:98 Awb), maar voor het overige zal de Awb de voor de praktijk meest relevante criteria bevatten. Dat past ook goed bij een van de doelstellingen van de Awb – de codificatie van ontwikkelingen in de jurisprudentie – maar zal voor de praktijk ook weer geen wereld van verschil maken ten opzichte van de huidige, min of meer ongeregelde situatie.

Onder de Wet nadeelcompensatie zal er wél een groot verschil zijn met de huidige situatie voor wat betreft de bevoegde rechter (vgl. ook B.J. Schueler, 'Rechtsmachtverschuiving bij rechtmatige overheidsdaad', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 569 e.v.). De wetgever heeft ingezien dat zijn ingrijpen nodig was om het knelpunt van een versnipperde rechtsmacht op te lossen. In de Wet nadeelcompensatie wordt daartoe de eis van processuele connexiteit geschrapt en wordt de bestuursrechter in algemene zin bevoegd wanneer schade voortvloeit uit de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak. De kernbepaling uit de Wet nadeelcompensatie is art. 4:126 lid 1 Awb:

'Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak schade veroorzaakt die uitgaat boven het normale maatschappelijke risico en die een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan de benadeelde desgevraagd een vergoeding toe.'

Wanneer deze bepaling van kracht wordt, zullen burgers niet alleen bij schade ten gevolge van appellabele besluiten, maar ook bij niet-appellabele besluiten en feitelijke handelingen tot het bevoegde bestuursorgaan een verzoek om nadeelcompensatie kunnen richten. Het zelfstandig schadebesluit dat gebaseerd is op het ongeschreven égalitébeginsel zal tot het verleden behoren; het wettelijk zelfstandig schadebesluit neemt zijn plaats in. Ook zijn burgers voor het bestaan van bestuursrechtelijke rechtsbescherming niet langer afhankelijk van de vraag of een bijzondere wetgever de nadeelcompensatie heeft geregeld of van het bestaan van een beleidsregel over nadeelcompensatie. Ook dat is de grote winst van deze bepaling. De bevoegdheid van de civiele rechter zal enkel nog zien op schade ten gevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden (in verband met art. 1:6 Awb) en wetgeving in

formele zin (omdat de wetgever in formele zin geen bestuursorgaan is en art. 4:126 Awb ziet op het handelen van bestuursorganen).

Uniformering van het nadeelcompensatierecht

De Wet nadeelcompensatie zal ook andere dan processuele gevolgen hebben. Zo zal zij bijdragen aan een verdere *uniformering* van het nadeelcompensatierecht, dat zich (nog) verder rond het égalitébeginsel zal concentreren. Dit was ook de uitdrukkelijke wens van de regering, die in de Memorie van Toelichting bij de Wet nadeelcompensatie opmerkte dat 'in de praktijk in verreweg de meeste gevallen [het égalitébeginsel] de grondslag zal vormen voor een vordering tot vergoeding van schade ten gevolge van rechtmatig overheidshandelen' (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3, p. 13 (MvT)).

Deze uniformeringstendens is ook thans reeds bezig zich te voltrekken. Dat is duidelijk te zien in het nadeelcompensatie- en het planschaderecht. Het planschaderecht is tegenwoordig, net als het algemene nadeelcompensatierecht, op het égalitébeginsel gebaseerd. Dat zien we ook in de jurisprudentie van de Afdeling terug, die al talloze uitspraken over de toepassing van het normaal maatschappelijk risico bij planschade heeft gedaan; enkele belangrijke uitspraken zijn ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7254, AB 2013/78, m.nt. Tjepkema (*Vugs*), ABRvS 5 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6492, AB 2013/79, m.nt. Tjepkema (*Heiloo*) en ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015, BR 2015/84, m.nt. Franssen (*Drimmelen*). Het blijkt dat het normaal maatschappelijk risico op dit terrein tot op zekere hoogte een eigen invulling krijgt: zo spelen het planologische beleid en de structuur van de omgeving een rol bij de invulling van dit criterium, terwijl de wetgever het normaal maatschappelijk risico deels forfaitair heeft ingevuld door middel van een 2% waarde- c.q. inkomensdrempel (art. 6.2 lid 2 Wro). Een dergelijk forfait treft men in bijzondere wetgeving over nadeelcompensatie nergens aan. Dat neemt niet weg dat een waardedrempel ook kan worden toegepast wanneer de schadeoorzaak niet planologisch van aard is. Zo overwoog de Afdeling in een zaak waarin de verlening van een exploitatievergunning voor een coffeeshop leidde tot een waardedaling van omliggende woningen als volgt:

'De Afdeling is van oordeel dat de burgemeester in navolging van het advies aansluiting heeft kunnen zoeken bij de in art. 6.2 Wro neergelegde ondergrens voor de bepaling van de vergoedbaarheid van de schade, nu ook dat stelsel berust op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten en de aard van de toegebrachte schade overeenkomstig.' (ABRvS 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2513, Gst. 2013/58, m.nt. L.J.M. Timmermans; zie ook ABRvS 31 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:558, JB 2013/215, m.nt. I.C. Nijenhuis en T.E.P.A. Lam)

Nadien heeft de Afdeling laten zien dat ook voor de vraag of er ruimte is om de drempel van 2% te verhogen er geen aanleiding is om een principieel andere benadering te kiezen al naar gelang het gaat om vergoeding van planschade of nadeelcompensatie. Bestuursorganen mogen, mits gemotiveerd, een 5%-waardedrempel hanteren wanneer de schade werd toegebracht aan personen die woonachtig zijn in een gebied waarin een verhoogde kans op het ontstaan van nadeel door

rechtmatige overheidsmaatregelen bestaat. Dat geldt in gevallen van nadeelcompensatie, zoals bij het nemen van besluiten die leiden tot zwaardere geluidsbelasting in de regio Schiphol (ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:572, AB 2015/183, m.nt. Tjepkema), maar ook bij planschade, zoals de bouw van een aantal woningen op een 'inbreidingslocatie' in een dorpsgemeenschap (ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2071 BR 2015/83, m.nt. Van Heijst (*Planschade Mook en Middelaar*)). Kortom, er is sprake van een sterke convergentie tussen het planschade en het nadeelcompensatierecht, die alleen al uit een oogpunt van rechtseenheid moet worden toegejuicht. Het ligt voor de hand dat deze tendens zich onder de Wet nadeelcompensatie zal doorzetten, wat ook weer tot gevolg kan hebben dat veel bijzondere regelingen voor nadeelcompensatie zullen verdwijnen. Titel 4.5 Awb fungeert dan als algemene grondslag voor veel waarin het nadeelcompensatievraagstuk aan de orde is. Maar niet voor *alle* gevallen, zoals nu zal blijken.

Vereenvoudiging van het nadeelcompensatierecht

Naast het streven naar meer uniformiteit was ook het bereiken van een *eenvoudiger* en *overzichtelijker* rechtsstelsel een belangrijk doel van de Wet nadeelcompensatie, nu 'schadeverzoeken zoveel mogelijk dezelfde, uniforme, procedure volgen, die in een wettelijke regeling is neergelegd' (MvT, p. 7).

Zeker is dat art. 4:126 Awb een grote stap in de richting van een eenvoudiger stelsel is, nu veel bijzondere wettelijke regelingen en beleidsregels zullen kunnen vervallen. Het is echter de vraag of we zonder meer afscheid kunnen nemen van alle bijzondere wettelijke regelingen. Ten eerste is denkbaar dat bijzondere regelingen specifiekere materiële bepalingen zullen bevatten dan de algemeen getoonzette bepalingen uit de Awb; denk aan het al genoemde forfaitaire normaal maatschappelijk risico uit art. 6.2 Wet op de ruimtelijke ordening. Het zou een verlies zijn als het streven naar één algemene grondslag in de Awb ertoe zou leiden dat dit soort bepalingen, die de praktijk veel rechtszekerheid verschaffen, komen te vervallen. Dit is ook van belang voor schade ten gevolge van tijdelijke infrastructurele maatregelen, die ook in *De Wouwse Tol* aan de orde waren. Beleidsregels bevatten vaak drempelwaarden die op voorhand inzicht geven in de vraag waar de grenzen van het normaal maatschappelijk risico liggen. Zolang de Awb niet een specifiekere norm bevat dan art. 4:126 Awb, is er bestaansrecht voor bijzondere regelingen, die het normaal maatschappelijk risico nader toespitsen. Die regelingen zullen na inwerkingtreding van titel 4.5 de vorm krijgen van wetsinterpreterende beleidsregels.

Ten tweede is het de vraag of we zonder meer afscheid kunnen nemen van bijzondere nadeelcompensatieregelingen die een limitatieve opsomming van schadeoorzaken bevatten. Een belangrijke verklaring voor het feit dat titel 4.5 nog steeds niet in werking is getreden, is dat de wetgever worstelt met de vraag of de limitatieve opsomming van schadeoorzaken in bijzondere wetten moeten blijven bestaan. Het vasthouden aan lijstjes, zoals bijvoorbeeld die in art. 6.1 Wro, heeft het voordeel dat bestuursorganen precies weten ten aanzien van welke handelingen zij compensatieplichtig zijn. Het aansluiten bij de formulering van art. 4:126 Awb zou onder meer de vraag oproepen hoe om te gaan met verzoeken om vergoeding van 'schaduw schade': schade ten gevolge van (soms tamelijk vage) beleidsvoornemens, die nog moeten worden gematerialiseerd in concrete besluiten (die soms echter

nooit worden genomen). Tegenover de angst voor dit soort gevolgen staat echter dat het égalitébeginsel een ruime reikwijdte heeft en dat de wetgever blijkens de aanvaarding van de Wet nadeelcompensatie uitdrukkelijk heeft gewild dat de Awb in een brede grondslag voor nadeelcompensatie zou voorzien. Daarmee wordt immers een eind gemaakt aan het 'eilandenrijk' van verschillende regelingen voor nadeelcompensatie. Voor enkele complicaties in deze discussie, toegespitst op het omgevingsrecht, zij verwezen naar G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag voor nadeelcompensatie in het omgevingsrecht*, Preadvis voor de Vereniging voor Bouwrecht, IBR 2015; zie voorts B.P.M. van Ravels, 'De Wet nadeelcompensatie en de bijzondere wettelijke regeling van tegemoetkoming in planschade', *O&A* 2013, p. 2-17.

Een laatste complicatie vloeit voort uit het feit dat het égalitébeginsel niet het enige rechtsbeginsel is waarop een recht op nadeelcompensatie kan worden gebaseerd. Volgens de regering valt 'bij voorbaat niet geheel [uit te sluiten] dat in de rechtspraak nog andere beginselen van betekenis blijven voor de toekenning van nadeelcompensatie' (*Kamerstukken* 2010/11, 32 621, nr. 6, p. 6-7). Ook dat laat zien dat het te eenvoudig is om te stellen dat we voor alle gevallen voortaan terug kunnen vallen op de Awb-regeling. Aan welke beginselen moet daarbij worden gedacht?

- Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb

Ook na inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie blijft een rol weggelegd voor art. 3:4 lid 2 Awb. Dit beginsel is in de jurisprudentie van de bestuursrechter van het égalitébeginsel 'ontkoppeld': sinds ABRvS 12 november 2003, AB 2004/395, m.nt. Neerhof (*Heerlen*) is het vaste Afdelingsjurisprudentie dat het égalitébeginsel een andere afweging vergt dan art. 3:4 lid 2 Awb. Het laatste artikel ziet op de evenredigheid tussen doel en middel, terwijl het égalitébeginsel ziet op de evenredigheid in de lastenverdeling tussen onderlinge burgers. Een bestuursorgaan kan een verzoek om nadeelcompensatie dan ook niet afwijzen met de stelling dat een rechtmatige afweging van belangen heeft plaatsgevonden en daarbij van onevenredigheid tussen het doel van het besluit en de gevolgen voor een of meer belanghebbenden niet is gebleken. Dat gegeven staat namelijk niet in de weg aan het feit dat de gevolgen van de toepassing van een dergelijk besluit wel degelijk onevenredig kunnen zijn. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft, kortom, een 'knip' aangebracht tussen beide beginselen (ABRvS 8 november 2006, AB 2007/252, m.nt. Van Ravels).

De opmars van het zelfstandig schadebesluit heeft de betekenis van het onzelfstandig schadebesluit sterk beperkt. De rol van art. 3:4 lid 2 Awb als grondslag voor nadeelcompensatie is echter nog niet uitgespeeld. Dit beginsel kan nog een rol spelen wanneer een bestuursorgaan zich op voorhand de financiële belangen van de getroffen personen dient aan te trekken en een dergelijk aanbod nodig is om van een rechtmatig besluit te kunnen spreken. Het 'zich aantrekken' van de belangen zorgt er dan voor dat een proportionele verhouding tussen de voor- en de nadelen van het besluit wordt bereikt. Is dat niet het geval, dan kan de schadeclaim naar een apart traject worden 'doorgeschoven', waar de claim zal kunnen worden getoetst aan de

égalitémaatstaven. Doorschuiven is in elk geval niet mogelijk wanneer het schadeveroorzakende besluit tot 'ernstige schade' zal leiden: schade die zo groot is dat de voordelen die met het besluit gemoeid zijn daar nauwelijks tegen opwegen (ABRvS 9 juni 2003, BR 2004/686, m.nt. Van Ravels). Te denken valt aan een zaak over de verlegging van een snelweg, die niet alleen tot ernstig uitzichtverlies, maar ook tot een sterke aantasting van de privacy leidde. De minister verklaarde zich bereid om in aanvulling op de Regeling nadeelcompensatie extra geluidreducerende gevelvoorzieningen te treffen, wat de Afdeling 'een noodzakelijke tegemoetkoming' achtte (ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8732). Evenmin achtte de Afdeling doorschuiven mogelijk in een zaak waarin een regeling op voorhand volledige schadeloosstelling onmogelijk maakte en enig recht op nadeelcompensatie vijftien jaar na het inwerking treden van een vergunning verloren ging (ABRvS 5 december 2012, JB 2013/11, m.nt. Schlössels (*Eneco*)). Van strijd met art. 3:4 lid 2 Awb was echter geen sprake in ABRvS 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2292, waarin appellanten stelden schade te lijden door de intrekking van een vergunning voor het houden van een container op een Haags marktterrein (waardoor kosten moesten worden gemaakt voor de aanschaf van een andere opslagplaats):

'Nu niet is gebleken dat deze kosten onevenredig groot zijn, betreft dit niet een situatie waarin zodanig ernstige schade dient te worden verwacht dat het college de besluiten niet op zorgvuldige wijze heeft kunnen nemen zonder zich de financiële belangen van de handelaren nader aan te trekken. Het college mocht zich in de besluiten van 3 maart 2014 daarom op het standpunt stellen dat nadeelcompensatie pas kan worden vastgesteld nadat de herinrichting is afgerond. Het college heeft in het aanvullende verweerschrift in beroep van 26 september 2014 toegelicht en ter zitting bij de Afdeling uitdrukkelijk bevestigd dat na voltooiing van de herinrichting van de markt indien een daartoe strekkend verzoek wordt gedaan door middel van een zelfstandig schadebesluit zal worden beoordeeld of nadeelcompensatie wordt toegekend.'

De vraag kan worden gesteld wat de uit art. 3:4 lid 2 Awb voortvloeiende verplichting precies behelst: gaat het om de toekenning van nadeelcompensatie in het kader van de belangenafweging of om de bereidheid om op voorhand te erkennen dat schade die achteraf, nadat het schadeveroorzakende handelen is geëffectueerd, zal ontstaan zal worden vergoed? Uit de jurisprudentie blijkt dat onder omstandigheden met laatstgenoemde toezegging kan worden volstaan. De Afdeling meent dat in voldoende mate aan art. 3:4 lid 2 Awb is voldaan wanneer het bestuursorgaan zich in het schadeveroorzakende besluit onvoorwaardelijk vastlegt op betaling van nadeelcompensatie naar een 'onafhankelijke maatstaf' (ABRvS 27 april 2011, AB 2011/267, m.nt. Den Ouden en Tjepkema; vgl. ook CBb 14 april 2011, AB 2011/268).

– Het vertrouwensbeginsel

Het vertrouwensbeginsel is, anders dan het égalitébeginsel, naar huidig recht geen zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie. Toch komen in de jurisprudentie geregeld zaken aan de orde waarin de plicht om nadeelcompensatie toe te kennen niet zozeer door het égalitébeginsel als wel door het vertrouwensbeginsel is ingegeven. Te denken valt aan schade ten gevolge van mededelingen, toezeggingen of anderszins vertrouwenwekkend overheidshandelen, welk vertrouwen later door een met die toezegging strijdig rechtmatig besluit wordt beschaamd. In zulke

gevallen is denkbaar dat het vertrouwen gestand wordt gedaan en 'contra legem' wordt gehandeld, maar vaak zal het zo zijn dat het bestuursorgaan goede redenen aanvoert die met zich brengen dat van honorering van de gewekte verwachtingen geen sprake kan zijn. De vraag die dan kan rijzen is of de schade die ten gevolge van het gewekte vertrouwen is geleden, voor vergoeding in aanmerking komt. In dat verband is een actie uit onrechtmatige overheidshandelen denkbaar, maar soms zien we dat deze vraag zich oplost over de band van de nadeelcompensatie. Dat is in het bijzonder het geval wanneer de gewekte verwachtingen worden gevolgd door een besluit, waarvan de rechtmatigheid vervolgens wordt betwist omdat het in strijd is met de gewekte verwachtingen. Te denken valt aan de weigering om een bouwvergunning te verlenen nadat eerst bereidheid was getoond om mee te werken aan de realisering van het bouwplan (ABRvS 4 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1953). Uit het vertrouwensbeginsel vloeit dan voort dat:

'het college de gevolgen van het bij de verzoeker om vrijstelling door de aanvankelijk uitgesproken bereidheid gewekte vertrouwen [zal] dienen af te wegen tegen de door de weigering gediende belangen en onder ogen [zal] moeten zien of die afweging tot het verlenen van enige compensatie noopt'.

Deze passage maakt duidelijk dat het vertrouwensbeginsel een indirecte grondslag voor nadeelcompensatie kan zijn: wanneer gerechtvaardigde verwachtingen zijn gewekt dwingt het vertrouwensbeginsel bestuursorganen ertoe om in het kader van art. 3:4 lid 2 Awb (de directe grondslag voor compensatie) te bezien of compensatie aangewezen is. Dat de uiteindelijke vernietigingsgrond in dit soort zaken berust op art. 3:4 lid 2 Awb of art. 3:2 Awb (de verplichting om alle feiten te vergaren, zie ABRvS 2 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3683) doet er niet aan af dat het vertrouwensbeginsel bestuursorganen kan verplichten om in het kader van de aan het besluit voorafgaande belangenafweging een compensatie te verstrekken. Het vertrouwensbeginsel is in dit verband ook bepalend voor de omvang van de compensatieplicht, nu het niet gepast is om in dit soort zaken relevantie toe te kennen aan het normaal maatschappelijk risico. Uitgangspunt is, of zou moeten zijn, dat de schade ten gevolge het gewekte vertrouwen in beginsel geheel wordt vergoed (vgl. CBb 14 april 2011, AB 2011/268, waarin verweerder geen aftrek uit hoofde van het normaal maatschappelijk risico had toegepast).

– Het materiële rechtszekerheidsbeginsel

Aan art. 49 WRO lag het materiële rechtszekerheidsbeginsel ten grondslag (G.M. van den Broek, *Planschadevergoeding* (diss. UU), 2002), maar de huidige planschade-regeling is een égalitéregeling. Voor zover de bijzondere wetgever nog aanleiding ziet om een eigen nadeelcompensatieregime in het leven te roepen, dient dit op het égalitébeginsel te zijn gebaseerd. Het is in de visie van de regering 'niet de bedoeling dat de mogelijkheid wordt opengehouden dat een benadeelde voor dezelfde schade zowel een verzoek doet om nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel als op grond van bijvoorbeeld het beginsel van rechtszekerheid. In die zin is de [Wet nadeelcompensatie] uitdrukkelijk als exclusief kader voor toekenning van nadeelcompensatie bedoeld' (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 6, p. 7). Voor zover een

overheidshandeling ook inbreuk maakt op de rechtszekerheid, zoals bij de intrekking van vergunningen of **ontheffingen**, dient een eventueel verzoek om nadeelcompensatie dus aan het **égalitébeginsel** te worden getoetst.

Wel zien we dat het art. 49 WRO-regime nog 'doorwerkt' in het reguliere nadeelcompensatierecht indien bestuursorganen actieve risicoaanvaarding willen tegenwerpen. Dat speelt wanneer een burger investeert in een belang op een moment dat hij kon weten dat zich met betrekking tot dat belang ongunstige ontwikkelingen zouden kunnen voordoen. Het bestuursorgaan kan actieve risicoaanvaarding alleen succesvol tegenwerpen wanneer de voorzienbaarheid van die ontwikkeling voortvloeit uit een 'concreet beleidsvoornemen': een ter openbare kennis gebracht stuk waaruit een voornemen tot wijziging van het planologische regime kan worden **afgeleid** (zie bijv. ABRvS 27 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU0126). Betoogd zou **kunnen** worden dat onder het regime van de **égalité** ook andere, minder concrete aanwijzingen een bron van voorzienbaarheid zouden kunnen zijn, zoals bepaalde feitelijke handelingen (mededelingen) of een tendens in de besluitvorming. De Afdeling lijkt in nadeelcompensatiezaken echter ook vast te houden aan het concreet beleidsvoornemen (zie bijv. ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:767, ABRvS 10 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7681). Het voordeel daarvan is dat het begrip 'risicoaanvaarding' duidelijk kan worden afgebakend ten opzichte van het normaal maatschappelijk risico. Bronnen van voorzienbaarheid die niet als concreet beleidsvoornemen kunnen worden **aangemerkt**, kunnen immers **wel** meewegen bij de vraag of de schade uitstijgt boven het **normaal** maatschappelijk risico.

– Art. 1 EP EVRM

Tot slot kan art. 1 EP EVRM nog een grondslag voor nadeelcompensatie zijn. Ook dit beginsel is, anders dan het **égalitébeginsel**, geen grondslag waarop zelfstandige schadebesluiten kunnen worden gebaseerd. Anders dan bij een toets aan het **égalitébeginsel** komt het bij een toets aan art. 1 EP EVRM aan op een integrale toets van het bestuurshandelen, dat als onrechtmatig moet worden **aangemerkt** wanneer de **fair balance** is geschonden. Thans is art. 1 EP EVRM alleen bij **wetgeving** in formele zin een **noodzakelijke** grondslag, nu de Hoge Raad niet wil weten van de mogelijkheid om rechtmatige formele wetgeving aan het **égalitébeginsel** te toetsen (HR 20 maart 2009, AB 2011/224, m.nt. Van Ommeren (*Meststoffenwet*)). Aanleiding tot dit arrest was de introductie van een stelsel van pluimveerechten door middel van een wijziging van de Meststoffenwet. Deze wijziging had tot gevolg dat Van den Boomen 190.000 vleeskuikens mocht houden, terwijl hij bij de aankoop van zijn bedrijf was uitgegaan van de mogelijkheid om 290.000 kuikens te houden. De Hoge Raad achtte het niet mogelijk om deze formele wet als 'rechtmatig' aan te merken en vervolgens aan de hand van het **égalitébeginsel** te toetsen of een recht op nadeelcompensatie bestond. Dit zou namelijk:

'meebrengen dat de rechter – rechtstreeks of langs een omweg – toch zou treden in de beoordeling van de verenigbaarheid van de desbetreffende wet in formele zin met de Grondwet of met algemene rechtsbeginselen. Gelet op de fundamentele aard van dit verbod treft het mede een op rechtmatige daad gebaseerde vordering'.

Op dit arrest, dat de Hoge Raad later heeft bevestigd (HR 9 augustus 2013, ECLI:NL:HR:2013:478), is veel kritiek geleverd. Een argument vóór de mogelijkheid van toetsing aan de **égalité** zou kunnen zijn dat de rechter met een dergelijke toets geen inhoudelijk oordeel velt over de inhoud van een wet, maar slechts beziet of de gevolgen van de concrete toepassing van een formele wet onevenredig zijn. Daarvan uitgaande zou het slechts in strijd met het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet zijn om een formele wet aan het **égalitébeginsel** te toetsen wanneer de wetgever het niet-compenseren kennelijk heeft gewild (zie R.J.B. Schutgens' noot bij het arrest in *Gst.* 2009/65 en zijn *Onrechtmatige wetgeving* (diss. RU), Deventer: Kluwer 2009, p. 216). De Hoge Raad gaat er echter van uit dat de **gelaedeerden in casu nog wel** een beroep **kunnen doen** op art. 1 Eerste Protocol EVRM. Dat succes langs die weg niet helemaal is **uitgesloten** laat HR 2 september 2011, JB 2011/248 m.nt. Sanderink zien, het vervolg op het arrest over de Wet Herstructurering Varkenshouderij (HR 16 november 2001, AB 2002/25, m.nt. Van Buuren).

Wordt de schade door andere handelingen dan formele wetten veroorzaakt, dan kan het verzoek om nadeelcompensatie op het **égalitébeginsel** worden gebaseerd en zal art. 1 EP EVRM niet in beeld hoeven komen. Toch zien we sporadisch dat justitiabelen in gevallen waarin het **égalitébeginsel** een potentiële grondslag voor compensatie is, toch naar art. 1 EP EVRM grijpen. De invulling die de bestuursrechter in zulke gevallen geeft aan het **égalitébeginsel** laat zien dat beide beginselen elkaar in verregaande mate overlappen. Zo kunnen ook bij de toets aan art. 1 EP EVRM de hierna te bespreken speciale last en het normaal maatschappelijk risico van belang zijn (ABRvS 24 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL5333, TBR 2010/151, m.nt. Van den Broek en ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1976, AB 2015/282, m.nt. Tjepkema; zie voor een vergelijking met anderen in het kader van een art. 1 EP-toets ook EHRM 30 april 2013, nr. 37265/10, AB 2014/13, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik). Het is in het licht van die grote mate van overlap niet goed voorstelbaar dat een toets aan art. 1 EP EVRM tot fundamenteel andere resultaten zal leiden dan een toets aan het **égalitébeginsel**, voor zover de schade althans voortvloeit uit de inbreuk op een eigendomsrecht.

38.4. De strikte én soepele invulling van de speciale last

We keren terug naar de criteria voor nadeelcompensatie. De speciale last verlangt dat bestuursorgaan en rechter nagaan of de **gelaedeerde** zich relevant onderscheidt van **vergelijkbare anderen**. Een handelen dat voor tal van burgers in gelijke mate nadelige gevolgen heeft, heeft geen speciale last tot gevolg. Het probleem is dat zich in veel zaken geen natuurlijke 'referentiegroep' aandient, zoals vaak het geval is als de schade voortvloeit uit enig feitelijk handelen. Dat verklaart waarom in *De Wouwse Tol* de speciale last niet ter sprake komt. De soms geringe toegevoegde waarde van dit criterium heeft de wetgever doen besluiten om het in de Wro niet als afzonderlijk criterium op te nemen. In het planschaderecht komt de **égalité** derhalve vooral tot uitdrukking in de toepassing van het normaal maatschappelijk risico.

Een toegevoegde waarde van de speciale last kan er wel zijn bij schade ten gevolge van algemeen verbindende voorschriften. Dergelijk handelen roept naar zijn aard voor een min of meer omlijnde groep burgers een bepaald juridisch regime

in het leven. Meestal wordt als uitgangspunt genomen dat de getroffene moet bewijzen dat hij zich ten opzichte van andere, door hetzelfde wettelijke voorschrift getroffen burgers relevant onderscheidt. Hét voorbeeld is het arrest *Leffers*, waarin de Hoge Raad overwoog dat varkensboer Leffers deel uitmaakte van:

'een naar verhouding kleine groep van bedrijfsmatige varkensmesters die, anders dan het overgrote deel van hun concurrenten, hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoeding van swill en niet van de ene dag op de andere op een ander vervoederingsstelsel hebben kunnen overschakelen zonder dat daardoor de winstgevendheid van hun bedrijf verloren zou gaan'.

Ten aanzien van importeur van Iers rundvlees *Harrida* werd aangenomen dat hij binnen de grote groep van ondernemers die dierlijke producten uit het Verenigd Koninkrijk importeerden onevenredig werd getroffen doordat hij als kleine ondernemer die zich geheel had toegelegd op de import van hoogwaardig ossenvlees uit Noord-Ierland niet kon overschakelen op van elders afkomstig vlees (HR 20 juni 2003, AB 2004/84, m.nt. Van Buuren). Een speciale last werd evenmin aangenomen in een zaak waarin een radio-omroep stelde nadelen te ondervinden door de eisen die werden gesteld in het kader van een verdelingsprocedure van een radiofrequentie: deze eisen werden immers aan alle radio-omroepen gesteld (CBB 5 december 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB9363).

Wordt de schade veroorzaakt door een *beschikking*, dan lijkt het minder eenvoudig om andere getroffenen aan te wijzen en zal wellicht dus minder snel kunnen worden aangenomen dat de last niet speciaal is. Toch is dat niet per definitie zo, nu de Afdeling bestuursrechtspraak aanvaardt dat de positie van de getroffene wordt vergeleken met die van andere *potentiële* getroffenen. Zo werd aan de eigenaar van een discotheek, wiens zaak een jaar moest worden gesloten vanwege wanordelijkheden, tegengeworpen dat zijn positie 'niet verschilt (...) van andere ondernemers die ook geconfronteerd kunnen worden met sluiting en intrekking van een vergunning' (ABRvS 24 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL5333, TBR 2010/151, m.nt. Van den Broek; zie ook ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1976, AB 2015/282, m.nt. Tjepkema). Deze invulling van de speciale last leunt sterk aan tegen het normaal maatschappelijk risico, waarbij het immers ook gaat om lasten die vergelijkbare anderen op enig moment kunnen treffen.

Een lastige vraag is hoe de speciale last moet worden toegepast in situaties waarin grote groepen min of meer vergelijkbare ernstige schade – bijvoorbeeld hinder door werkzaamheden aan de infrastructuur – ondervinden. Duidelijk is dat de genoemde strenge invulling van de speciale last ertoe zou leiden dat grote groepen burgers van een recht op nadeelcompensatie verstoken blijven. In de praktijk krijgt de speciale last in zulke gevallen geen concrete invulling. In regelingen voor nadeelcompensatie die zien op een concreet infrastructureel project (de aanleg van de Noord-Zuidlijn, Betuweroute, HSL-Zuid, uitbreiding van Schiphol etc.) zien we dat de speciale last niet genoemd wordt, in de veronderstelling dat de groep als geheel 'speciaal' getroffen wordt ten opzichte van een niet nader aangeduide groep niet-getroffenen. Echt bezwaarlijk is dat niet, nu de andere criteria voor nadeelcompensatie, in het bijzonder het normaal maatschappelijk risico, in zulke gevallen zonder problemen kunnen worden toegepast.

38.5. Het normaal maatschappelijk risico tussen rechter en bestuursorgaan

Het normaal maatschappelijk risico en het normale ondernemersrisico brengen tot uitdrukking dat aan het functioneren in een samenleving met anderen van tijd tot tijd onvermijdelijk nadelen verbonden zijn. Te denken valt aan infrastructurele maatregelen, die tegemoet komen aan verkeersstromen en die de doorstroming en de veiligheid van het verkeer dienen te bevorderen. Dit zijn 'normale maatschappelijke ontwikkelingen', waarvan de gevolgen in beginsel voor rekening van de ondernemer zelf dienen te blijven 'ook al bestaat geen zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop deze zich zal concretiseren en de omvang van de nadelen die daaruit eventueel zullen voortvloeien.' Voorbeelden van zulke ontwikkelingen zijn, naast verkeersmaatregelen, de ontwikkeling van inbreidingslocaties (ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1720), kustversterkingsmaatregelen (ABRvS 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:164, AB 2013/300, m.nt. Gilissen), maatregelen die leiden tot een toename van geluidsbelasting rond Schiphol (ABRvS 19 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:572, AB 2015/183, m.nt. Tjepkema), maar ook meer 'exotische' maatregelen als de uitvaardiging van een verbod op stiletto's en vlindermessen (ABRvS 11 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2121, AB 2015/27, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik).

Het is niet zo lastig om *in abstracto* te stellen dat veel rechtmatige overheids-handelingen in beginsel als een normale maatschappelijke ontwikkeling kwalificeren. Veel moeilijker is de vraag wanneer er aanleiding is om op deze maatregel een uitzondering te maken, zodat in beginsel een recht op compensatie bestaat. Wanneer doen zich feiten en omstandigheden voor die met zich brengen dat een individueel belang zo zwaar wordt getroffen, dat het uit die maatregel voortvloeiende nadeel redelijkerwijs niet ten laste van de betrokkene dient te blijven? Wanneer is er bijvoorbeeld sprake van een dusdanig lange uitloop van reguliere werkzaamheden dat de schade in redelijkheid boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt? Welke mate van geluidsbelasting – en in verband daarmee: welke mate van waardedaling – dient in de regio Schiphol precies te worden geduld? Wanneer is de omvang van een omzetzijding zodanig groot dat deze in redelijkheid door het bestuursorgaan en daarmee dus door de gemeenschap als geheel dient te worden gedragen? Ook in de casus over *De Wouwse Tol* speelden dit soort vragen: in hoeverre dient een ondernemer die voor zijn omzet afhankelijk is van bereikbaarheid over de weg rekening te houden met onderhoudswerkzaamheden? In hoeverre is daarbij relevant dat de werkzaamheden gedurende enige tijd leidden tot de afsluiting van een afrit? En welke betekenis moet daarbij worden toegekend aan het feit dat die afsluiting net plaatsvond in de zomerperiode, waarin *De Wouwse Tol* een groot deel van zijn omzet genereerde?

De toets aan de vraag of de gevolgen *in concreto* zo bijzonder zijn dat zij de toekenning van een compensatie rechtvaardigen, is het voorwerp van tal van rechterlijke procedures. Een belangrijke vraag in dat verband, die in *De Wouwse Tol* ook uitdrukkelijk aan de orde komt, is met welke mate van intensiteit de bestuursrechter besluiten over nadeelcompensatie dient te toetsen. Gaat het hier (mede) om een politieke vraag, die de bestuursrechter noopt tot terughoudendheid, of (eveneens) om een rechtsvraag, wat zou rechtvaardigen dat de bestuursrechter

zijn oordeel voor dat van het bestuursorgaan in de plaats kan stellen? Hierna wordt eerst ingegaan op die vraag ingegaan en vervolgens op de overwegingen van de Afdeling ten aanzien van de drempelmethode.

De intensiteit van de rechterlijke toets

In *De Wouwse Tol* maakt de Afdeling duidelijk dat de rol van de bestuursrechter bij de toetsing aan het normaal maatschappelijk risico er een op de achtergrond is:

'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 égalitébeginsel.'

Met deze passage neemt de Afdeling voor het eerst, althans voor het eerst zo expliciet, stelling in het in de literatuur gevoerde debat over de wenselijke rol van de rechter in nadeelcompensatiezaken (zie voor een weergave van de posities in de literatuur R.J.N. Schlössels, 'Discretionair aansprakelijkheidsrecht?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren?*, Deventer: Kluwer 2012, p. 35 e.v.). De rol van de bestuursrechter bij nadeelcompensatie is een andere dan bij de aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten, waarin de rechter naar huidig recht zelf kan oordelen over het bestaan en de omvang van een aansprakelijkheid en het bestuursorgaan tot vergoeding van schade die een belanghebbende lijdt kan veroordelen (art. 8:88 Awb). In nadeelcompensatiezaken staat de rechter meer op de achtergrond: eerst is het bestuursorgaan aan zet en deze heeft 'beoordelingsvrijheid'. Deze term wijst op een (enigszins) terughoudende rechterlijke toets van de wijze waarop het bestuursorgaan van diens bevoegdheid gebruik heeft gemaakt. In de context van het nadeelcompensatierecht betekent dit bijvoorbeeld dat de bestuursrechter een bepaalde methode om het normaal maatschappelijk risico te bepalen niet aan het bestuursorgaan zal opleggen. Het bestuursorgaan kan kiezen voor een drempel, maar ook voor een korting of een drempel in combinatie met een korting; het kan ook geen van deze methoden kiezen en op basis van een inventarisatie van alle relevante omstandigheden van het geval beoordelen of zich een situatie van onevenredig nadeel voordoet.

Toch is het ook opvallend dat de Afdeling de term 'beoordelingsvrijheid' gebruikt, nu deze rechtspraak laat zien dat de Afdeling door de aanscherping van de motiveringsplicht tot een tamelijk indringende toets van het bestuuroptreden komt. Ook latere rechtspraak over de toepassing van het normaal maatschappelijk risico geeft meestal geen blijk van een terughoudende opstelling. Zo koos de Afdeling in een zaak over schade ten gevolge van een kustversterking in Noordwijk voor een waardedrempel van 5% in plaats van de door het bestuursorgaan voorgestelde 10% (ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1198, AB 2015/184, m.nt. Tjepkema, BR 2014/73, m.nt. Van Heijst (*Kustversterking Noordwijk*)). In planschadezaken is de Afdeling al evenmin terughoudend en stelde zij al meermalen zelf de waardedrempel vast op 5% in zogenaamde 'inbreidingssituaties' (ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2071, BR 2015/83, m.nt. Van Heijst). Voor de stelling uit *De Wouwse Tol I* dat 'het niet aan de bestuursrechter [is] om in dit verband een

percentage vast te stellen' geeft het huidige recht geen steun (meer): de bestuursrechter mag zijn oordeel voor dat van het bestuursorgaan in de plaats te stellen. Wel is van belang dat het bestuursorgaan in de gelegenheid is geweest om eerst zelf een voorzet te doen. Is die gelegenheid er niet geweest, dan staat dat in beginsel aan zelf in de zaak voorzien in de weg (ABRvS 9 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP3670, AB 2011/65, m.nt. Orltpe).

Gelet op die weinig terughoudende opstelling is het de vraag of het juist is om in dit verband de term 'beoordelingsvrijheid' te hanteren. Die term past in die gevallen waarin de wetgever de vraag of aan de toepassingsvoorwaarden om een bepaalde bevoegdheid uit te oefenen, bewust aan het bestuursorgaan heeft overgelaten, zodat de rechter het bestreden besluit terughoudend moet toetsen. Van enig welbewuste keuze van de wetgever is op het terrein van de nadeelcompensatie nooit sprake geweest: de wetgever heeft zich over deze vraag nooit uitgelaten. Wel zou de aard van de bevoegdheid een reden kunnen zijn om aan te nemen dat de rechter niet te terughoudend dient te zijn. Het gaat bij de toepassing van het égalitébeginsel immers niet om een 'gewone' discretionaire bevoegdheid tot besluiten, maar om de toepassing van een rechtsbeginsel dat ten grondslag ligt aan de aansprakelijkheid van de overheid. Dat zou kunnen pleiten voor een tamelijk indringende toets van de bestuursrechter, zoals bepleit door Schlössels in zijn reeds genoemde bijdrage. Wat hier ook van zij, sinds ABRvS 24 december 2015, ECLI:NL:RVS:2014:4668, AB 2015/117, m.nt. Lam gaat de Afdeling ervan uit dat bestuursorganen geen beoordelingsvrijheid maar beoordelingsruimte hebben bij de toetsing aan het égalitébeginsel, wat impliceert dat de bestuursrechter zelfstandig kan bepalen of aan de voorwaarden voor de schending van het égalitébeginsel (denk aan begrippen als 'normale maatschappelijke ontwikkeling', 'lijn der verwachtingen', 'structuur van de omgeving' en dergelijke) is voldaan en wat dat voor gevolg heeft voor de toepassing van het normaal maatschappelijk risico.

Toch zijn er ook grenzen aan die vollere toets van de bestuursrechter. Wat de bestuursrechter kan, is ingrijpen wanneer het bestuursorgaan het normaal maatschappelijk risico te hoog heeft vastgesteld, zoals is gebeurd in *De Wouwse Tol*, maar bijvoorbeeld ook in *Kustversterking Noordwijk* en *Hollandse Brug*. Wat hij niet kan en zal doen is zijn eigen, voor de burger minder gunstige interpretatie van het normaal maatschappelijk risico in de plaats stellen van de gunstiger interpretatie door het bestuursorgaan, bijvoorbeeld door de (als regel voor de burger strengere) drempelmethode voor te schrijven wanneer het bestuursorgaan voor de kortingsmethode heeft gekozen. Soms fungeert nadeelcompensatie immers mede als 'smeermiddel' om omstreden projecten maatschappelijk aanvaardbaar te maken. Zeker in zulke situaties is het normaal maatschappelijk risico niet een zuiver juridische, maar mede een politieke norm, die bestuursorganen in enige mate zelf naar hun hand kunnen zetten en waar de rechter terughoudendheid past. Verder moet worden bedacht dat de bestuursrechter in eerste instantie een geschilbeslechter is. Nu kan een oordeel van de bestuursrechter in een individueel geschil grote gevolgen hebben: denk aan de aanvaarding van de 5%-waardedrempel bij de geluidsbelasting rond Schiphol, die voor tal van woningen tot gevolg had dat verzoeken om nadeelcompensatie konden worden afgewezen. Over het algemeen zijn bestuursorganen echter beter geëquipeerd om met verordeningen en beleidsregels nader invulling kan geven aan het begrip 'onevenredigheid'. Ook de uitspraken inzake *De Wouwse Tol* onderstrepen dat

een voorzet voor een meer gedifferentieerde toepassing van het normale ondernemersrisico toch vooral van het bestuursorgaan moet komen.

Differentiatie tussen verschillende bedrijven

In het licht van de grote aantallen verzoeken om nadeelcompensatie bij infrastructurele projecten, is het voor bestuursorganen onaantrekkelijk als zij in elk afzonderlijk geval moeten vaststellen of schade onevenredig is. Het begrip 'normaal maatschappelijk risico' geeft nu eenmaal weinig houvast. Om zowel burgers als bestuursorganen meer rechtszekerheid te bieden en om een zekere mate van gelijke behandeling te waarborgen, is vanaf eind jaren '90 de '15%-omzetdrempel' op grote schaal toegepast. Bij de omzetdrempel komt schade pas voor compensatie in aanmerking als de omzetsdaling in het schadejaar uitstijgt boven 15% van de gemiddelde omzet op jaarbasis, gemeten over een aantal referentie jaren. Stijgt de omzetsdaling daarbovenuit, dan wordt op de boven de drempel uitstijgende schade veelal nog een korting toegepast.

De Afdeling heeft dit soort omzetdrempels in het verleden niet aan een erg kritische toets onderworpen. Zo oordeelde zij dat het hanteren van een ondergrens in de vorm van een maatschappelijk risico van 15% van de omzet op jaarbasis 'rechtens aanvaardbaar' is (ABRvS 19 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BC0536) en dat daarmee 'geen onredelijke invulling' aan het normaal maatschappelijk risico is gegeven (ABRvS 2 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC8472). Voorts oordeelde zij dat bestuursorganen de drempel ook in twee opeenvolgende schadejaren mag toepassen, nu in de beleidsregels de hantering van de drempel van 15% niet beperkt was tot een bepaalde duur van de schadeperiode (ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4941).

Ook in *De Wouwse Tol* paste de minister, op advies van de schadecommissie, 'gewoon' de 15%-drempel toe, wat ertoe leidde dat geen recht op nadeelcompensatie bestond. De Afdeling haalt hier een streep door. Zij stelt voorop dat het hanteren van een ondergrens als zodanig aanvaardbaar is. Immers, *De Wouwse Tol* heeft gekozen voor een weggebonden onderneming, waaraan inherent is dat soms nadeel wordt ondervonden door de uitvoering van verkeersmaatregelen of wegwerkzaamheden, die leiden tot een verminderde bereikbaarheid voor klanten. Zij oordeelt echter ook dat niet, althans niet zonder nadere motivering, valt in te zien dat het hanteren van een vaste ondergrens van 15% van de omzet redelijk is in geval de weggebonden onderneming in kwestie een horecabedrijf is. De Afdeling gaat mee in het betoog van *De Wouwse Tol* 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. Kort gezegd: sommige ondernemingen kunnen een 15% omzetdrempel beter dragen dan andere. De vraag welke impact een omzetdrempel van 15% heeft is mede afhankelijk van de kostenstructuur van de onderneming, en van de invloed die vaste (salarislasten van vast personeel bijv.) en variabele lasten (energiekosten, kosten voor uitzendkrachten e.d.) hebben op de omzet. Afhankelijk daarvan verschilt de mate waarin een onderneming uiteindelijk in staat is om, simpel gezegd, het hoofd boven water te houden (zie nader E.H. Horlings, 'Een (on)billijke drempel bij nadeelcompensatie', *O&A* 2007, p. 209 e.v.). Mede aan de hand van door *De Wouwse Tol* zelf aangedragen

gegevens over zijn kostenstructuur werd de omzetdrempel in dit geval op 10% gesteld. De Afdeling achtte het redelijk om die drempel ook toe te passen in de periode van algehele afsluiting van de afrit, nu de minister in voldoende mate aannemelijk had gemaakt dat ook dergelijke afsluitingen in beginsel niet als 'abnormaal' kwalificeren, zodat de toepassing van enige drempel gerechtvaardigd was.

Een ongemotiveerde toepassing van de 15%-drempel kan dus niet langer door de beugel. De vraag is echter welk stelsel hiervoor in de plaats is gekomen. Welke mate van differentiatie is noodzakelijk: moet dat op niveau van de onderneming, of moet ook binnen categorieën van ondernemingen worden gedifferentieerd? Welke maatstaven moeten bij die differentiatie in acht worden genomen? Speelt ook de brutowinstmarge in dit verband een rol, en hoe verhoudt zich dat tot de omzet? Is er nog toekomst voor regelingen die een omzetdrempel fixeren, zelfs al is dat lager dan 15%?

De praktijk heeft op dit soort vragen nog geen bevredigend antwoord gevonden en zal dit antwoord zonder de inbreng van deskundigen met een achtergrond in de bedrijfseconomie vermoedelijk ook niet vinden. Overleg tussen bestuursorganen ontbreekt, en op stedelijk niveau zien we tal van verschillende soorten drempels. Een aantal steden (Amsterdam, Rotterdam, Groningen) kiest voor een 8%-drempel. Deze drempel wordt in Rotterdam gecombineerd met een standaardkorting van 25%, terwijl voor bijzondere projecten soms in het geheel geen drempel toegepast, maar enkel een korting van 25% (Fonteyne-project Vlissingen). De Beleidsregel Nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014 kiest voor een complex systeem met een 'ingangsdrempel' van 15%, die op grond van bijzondere omstandigheden naar beneden kan worden bijgesteld, maar waarbij eveneens variabele kortingen kunnen worden toegepast. Voor al deze regelingen, zeker voor zover zij één standaardomzetdrempel hanteren is het de vraag of zij zich met de nieuwe jurisprudentielijn laten verenigen, al is dat ook afhankelijk van de vraag hoe strikt de Afdeling daaraan de hand zal houden. Het is een sombere conclusie, maar zij moet worden getrokken: hoewel de Afdeling in *De Wouwse Tol I* stelde dat drempelpercentages kunnen bijdragen aan de rechtszekerheid, 'nu de vraag of er sprake is van onevenredigheid daarmee aanstonds eenvoudig kan worden beantwoord', is de conclusie vier jaar na dato dat de onzekerheid voor de praktijk eerder is vergroot dan verkleind.

Hoopvol is echter wel dat een commissie onder voorzitterschap van prof. mr. M. Scheltema is ingesteld die met voorstellen voor meer uniformiteit moet komen. In deze commissie hebben een aantal grote spelers op het terrein van het nadeelcompensatierecht zitting, waaronder het Ministerie van I&M, de gemeente Amsterdam, het Interprovinciaal Overleg, de VNG en vertegenwoordigers uit het midden- en kleinbedrijf en de transportsector. Deze commissie zal met voorstellen komen die aan de basis zouden kunnen liggen voor landelijk beleid over nadeelcompensatie in geval van tijdelijke inkomensschade ten gevolge van infrastructurele maatregelen. Idealerweise komt de commissie ook met voorstellen die ondernemers in staat stellen om aan de hand van een 'quick scan' een globale inschatting van hun kans op een recht op nadeelcompensatie te maken. Er zullen nog heel wat maaltijden in *De Wouwse Tol* worden genuttigd voordat dat landelijke beleid er echt is, maar het is een aantrekkelijke gedachte.

M.K.G. Tjepkema