



Universiteit
Leiden
The Netherlands

AH Cassandraplein. Geen omstandigheden die aan toepassing van een omzeldrempel in de weg staan. Bij normale infrastructurele werkzaamheden die noch qua duur, noch qua wijze van uitvoering uitzonderlijk zijn, kunnen bestuursorganen een omzeldrempel van 8% toepassen. In dat geval geen verhoogde motiveringsplicht. De drempel van 8% kan bovendien in twee opevolgende schadejaren worden toegepast

Tjepkema, M.K.G.

Citation

Tjepkema, M. K. G. (2016). AH Cassandraplein. Geen omstandigheden die aan toepassing van een omzeldrempel in de weg staan. Bij normale infrastructurele werkzaamheden die noch qua duur, noch qua wijze van uitvoering uitzonderlijk zijn, kunnen bestuursorganen een omzeldrempel van 8% toepassen. In dat geval geen verhoogde motiveringsplicht. De drempel van 8% kan bovendien in twee opevolgende schadejaren worden toegepast. *Ab Rechtspraak Bestuursrecht*, 2016(38), 2258-2270. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/46523>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/46523>

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

le infrastructurele werkzaamheden die noch qua duur, noch qua wijze van uitvoering uitzonderlijk zijn, kunnen bestuursorganen een omzetsdrempel van 8% toepassen. In dat geval geen verhoogde motiveringsplicht. De drempel van 8% kan bovendien in twee opeenvolgende schadejaren worden toegepast.

De SAOZ heeft in haar adviezen terecht uiteengezet dat de infrastructurele werkzaamheden kunnen worden aangemerkt als een normale maatschappelijke ontwikkeling. De werkzaamheden zijn gericht op verbetering van de bereikbaarheid, verhoging van de veiligheid of andere algemene belangen. De werkzaamheden behoren tot de normale onderhouds- en beheerplicht van de gemeente als wegbeheerder en komen, zeker in een stedelijke omgeving, met enige regelmaat voor. Dat de uitvoering van de afzonderlijke projecten gedeeltelijk samenviel en in totaal een periode van anderhalf jaar heeft geduurd, is niet uitzonderlijk te noemen. Daarbij komt dat de projecten niet onverwacht zijn uitgevoerd. Daarnaast zijn de winkels bereikbaar gebleven tijdens de werkzaamheden.

AH Cassandraplein exploiteert winkels in een stedelijke omgeving en is daarmee voor haar bereikbaarheid afhankelijk van de stedelijke infrastructuur. Doorgaans profiteren ondernemers als AH Cassandraplein van een goed onderhouden wegennet en goede bereikbaarheid. Soms wordt echter nadeel ondervonden indien door de uitvoering van wegwerkzaamheden een omzetsdaling plaatsvindt. Dit nadeel behoort in beginsel tot het normale ondernemersrisico en komt, ook volgens de Regeling, niet voor vergoeding in aanmerking. Schadevergoeding als bedoeld in art. 2 lid 1, 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, sluit hierbij aan.

Anders dan AH Cassandraplein betoogt, hebben de infrastructurele maatregelen in dit geval niet geleid tot bijzondere omstandigheden die aan toepassing van een omzetsdrempel in de weg staan. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2052. Dat uit het rapport Kardol blijkt dat een groot deel van klanten van de supermarkt met de auto komt en bereid is een afstand van 8 kilometer af te leggen voor het bezoek van de supermarkt aan het Cassandraplein, is geen bijzondere omstandigheid die tot het oordeel leidt dat het college geen drempel mocht hanteren voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van de schade. De supermarkt is immers steeds bereikbaar

AB 2016/363

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

15 juni 2016, nr. 201502925/1/A2

(Mrs. J.E.M. Polak, B.J. van Ettehoven, N. Verheij)
m.nt. M.K.G. Tjepkema

Art. 2 lid 1, 9 Regeling nadeelcompensatie voor werkzaamheden aan de weg (gemeente Eindhoven)

ABkort 2016/248
ECLI:NL:RVS:2016:1650

Geen omstandigheden die aan toepassing van een omzetsdrempel in de weg staan. Bij norma-

gebleven, alhoewel daarvoor in perioden moest worden omgereden.

Aan het college komt bij de vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijke risico of normaal ondernemersrisico beoordelingsruimte toe. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4668. In dit geval heeft het college de hoogte van de drempel, 8% van de gemiddelde jaarlijkse omzet, naar behoren gemotiveerd. De infrastructurele werkzaamheden kunnen als een normale maatschappelijke ontwikkeling worden beschouwd waarmee de benadeelde rekening had kunnen houden in die zin dat de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop de ontwikkeling zich zou voordoen. Voor de drempel van 8% bij schade als gevolg van reguliere infrastructurele werkzaamheden geldt geen verhoogde motiveringsplicht. AH Cassandraplein heeft gesteld noch aannemelijk gemaakt dat de kostenstructuur en de verhouding tussen de kosten en omzet van de bedrijven in de weg staat aan toepassing van een drempel van 8%. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1868. Voorts is de drempel van 8% in meer gemeentelijke verordeningen neergelegd, zoals in die van Amsterdam, Rotterdam en Groningen.

Uitspraak op het hoger beroep van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid AH Cassandraplein B.V., gevestigd te Eindhoven, appellante, tegen de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant van 3 maart 2015 in zaak nr. 14/4448 in het geding tussen: AH Cassandraplein en het college van burgemeester en wethouders van Eindhoven.

Procesverloop

Bij besluit van 2 oktober 2014 heeft het college het verzoek van AH Cassandraplein om nadeelcompensatie afgewezen.

Bij brief van 29 oktober 2014 heeft AH Cassandraplein daartegen bezwaar gemaakt en bij email van 2 december 2014 het college verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep op de bestuursrechter als bedoeld in artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb).

Het college heeft op 15 december 2014 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 3 maart 2015 heeft de rechtbank het door AH Cassandraplein daartegen inge-

stelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 2 oktober 2014 vernietigd en bepaald dat het college met inachtneming van de uitspraak een nieuw besluit neemt op het verzoek. Deze uitspraak is aangehecht niet opgenomen; red.).

Tegen deze uitspraak heeft AH Cassandraplein hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een verweerschrift ingediend.

Bij besluit van 23 februari 2016 heeft het college het bezwaar tegen het besluit van 2 oktober 2014 gegrond verklaard, dat besluit herroepen en aan AH Cassandraplein nadeelcompensatie toegekend van € 103.762, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 8 februari 2013, en een vergoeding voor deskundigenkosten van € 5.625.

Daartoe in de gelegenheid gesteld, heeft AH Cassandraplein daarover een zienswijze gegeven.

AH Cassandraplein heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 24 maart 2016, waar AH Cassandraplein, vertegenwoordigd door J.G.G.C. Outshoorn, mr. C. Lagerweij-Duits, werkzaam bij Rechtsklus, ir. E.J.M. Groenendijk en drs. A.J. Kardol, beiden adviseur, en het college, vertegenwoordigd door mr. J.N.H. Kepers en R. Martens, beiden werkzaam bij de gemeente, en drs. P.A.J.M. van Bragt, werkzaam bij de Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken (SAOZ), zijn verschenen.

Overwegingen

1. AH Cassandraplein exploiteert een supermarkt, die per 14 april 2008 is gevestigd aan het Cassandraplein te Eindhoven. Ook exploiteert zij per 24 november 2008 een slijterij aan de Muzenlaan en per 25 juli 2011 een ijsalon, eveneens gevestigd aan de Muzenlaan te Eindhoven. Zij heeft verzocht om nadeelcompensatie omdat haar omzet is gedaald als gevolg van door of in opdracht van de gemeente verrichte infrastructurele werkzaamheden. In de periode van 23 januari 2012 tot en met 31 juli 2013 zijn drie verschillende, elkaar in tijd overlappende projecten in de omgeving van het Cassandraplein uitgevoerd. Hierdoor is zij verminderd bereikbaar geweest.

Bij besluit van 23 februari 2016 heeft het college nadeelcompensatie toegekend voor de uit de omzetsdaling voortvloeiende schade, alsmede een vergoeding voor deskundigenkosten. Niet langer in geschil is dat AH Cassandraplein voor de ijsalon het risico op schade als gevolg van de werkzaamheden heeft aanvaard. Deze schade komt niet voor vergoeding in aanmerking. Dat geldt ook voor de gestelde schade die door de slijterij is geleden als gevolg van het HOV2-project, de aanleg van een busbaan. Nu niet is vast te stel-

len welk deel van de omzetschade is veroorzaakt door de werkzaamheden aan het HOV2-project en welk deel door de niet-voorzienbare werkzaamheden aan de Muzenlaan en Orpheuslaan, wordt de door de slijterij geleden schade voor 1/3 deel voorzienbaar geacht.

Het geschil in hoger beroep ziet op de omvang en de vergoedbaarheid van de schade geleden door de supermarkt als gevolg van de drie infrastructuurle projecten en van de schade geleden door de slijterij als gevolg van de werkzaamheden aan de Muzenlaan en Orpheuslaan. Meer in het bijzonder is het de vraag wat de aangewezen berekeningsmethode is en of deze juist is toegepast. Daarbij speelt de vraag of de referentieperiode goed is gekozen en of is uitgegaan van de juiste normomzet over 2012 en 2013. Ook is in geschil of het college een drempel van 8% over de omzet in het referentiejaar 2011 toe mag passen voor het bepalen van de omvang van het normaal ondernemersrisico. Daarnaast ziet het geschil op de hoogte van de toegekende vergoeding voor deskundigenkosten.

2. Het college heeft het verzoek aanvaankelijk bij besluit van 2 oktober 2014 afgewezen onder verwijzing naar het advies van de SAOZ van 29 augustus 2014. In dat advies is, kort samengevat, vermeld dat de werkzaamheden als een normale maatschappelijke ontwikkeling moeten worden aangemerkt en niet in de weg staan aan toepassing van een drempel. Evenmin staat de brutowinstmarge van de bedrijven van AH Cassandraplein en de daarmee verband houdende kostenstructuur in de weg aan toepassing van een drempel van 15%. Nu de aan de werkzaamheden toerekenbare omzetsdaling in 2012 en 2013 onder de drempel van 15% van de gemiddelde jaarlijkse omzet blijft, valt de schade binnen het normaal ondernemersrisico van AH Cassandraplein, aldus het college.

3. De rechtbank heeft overwogen dat het college onder verwijzing naar het advies van de SAOZ een drempel van 15% van de gemiddelde jaarlijkse omzet heeft mogen toepassen voor het vaststellen van het deel van de schade dat binnen het normaal maatschappelijk risico valt. De rechtbank heeft verder overwogen dat het college onder verwijzing naar het advies van de SAOZ geen onjuiste methode voor de berekening van de schade heeft gehanteerd. Ook is voldoende inzichtelijk waarom in het advies is uitgegaan van 2011 als referentiejaar.

De rechtbank heeft het besluit van 2 oktober 2014 vernietigd, omdat in het daaraan ten grondslag liggend advies niet voldoende inzichtelijk is gemaakt dat de omzetsstijging in 2011 (17,3% ten opzichte van 2010) vooral is veroorzaakt door de sluiting van AH Coen en de verruimde zondags-

openstelling. Hiermee is volgens de rechtbank eveneens niet voldoende inzichtelijk gemaakt dat, zoals AH Cassandraplein heeft betoogd, voor 2012 en 2013 niet van een hogere omzetsstijging moet worden uitgegaan dan de in het advies van de SAOZ genoemde stijging van 8% voor 2012 en 5% voor 2013. In het advies is in dit verband geen dan wel onvoldoende aandacht besteed aan de door AH Cassandraplein gestelde invloed van de marketinginspanningen en de trendmatige ontwikkeling van de markt. Daarmee is evenmin duidelijk of de toerekenbare omzetsdalingen voor 2012 en 2013 juist zijn vastgesteld.

4. AH Cassandraplein heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank. Zij beoogt een verdergaande vernietiging van het besluit van 2 oktober 2014 en betoogt, onder meer, dat het college geen drempel mocht hantieren voor de beoordeling van het normaal ondernemersrisico.

5. Het college heeft naar aanleiding van de uitspraak van de rechtbank een nieuw besluit genomen. Dit besluit van 23 februari 2016 is, gelet op artikel 6:24 van de Awb, gelezen in verbinding met artikel 6:19 van deze wet, eveneens voorwerp van dit geding.

6. Bij besluit van 23 februari 2016 heeft het college aan AH Cassandraplein nadeelcompensatie toegekend van € 103.762, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 8 februari 2013, en een vergoeding voor deskundigenkosten van € 5.625. Anders dan in het besluit van 2 oktober 2014 stelt het college zich op het standpunt dat de gestelde schade niet geheel binnen het normale ondernemersrisico valt. Het moet er derhalve voor worden gehouden dat het college het besluit van 2 oktober 2014 zelf in strijd acht met artikel 2, eerste lid, van de gemeentelijke Regeling nadeelcompensatie voor werkzaamheden aan de weg (hierna: de Regeling). In dit artikel is bepaald dat onevenredige, dat wil zeggen buiten het normale ondernemersrisico vallende schade voor vergoeding in aanmerking komt. Hieruit volgt dat het hoger beroep reeds hierom gegrond is en hetgeen verder ten aanzien van de aangevallen uitspraak is aangevoerd geen nadere bespreking behoeft.

7. In het navolgende beoordeelt de Afdeling welke gevolgen de aangevoerde beroepsgronden moeten hebben voor het besluit van 23 februari 2016.

8. Het college heeft aan het besluit van 23 februari 2016 het advies van de SAOZ van 1 juli 2015 ten grondslag gelegd. In het advies is vermeld dat er geen aanleiding is de eerder uitgevoerde schadeberekening aan te passen. Voor 2012 en 2013 is terecht uitgegaan van een omzetsstijging van respectievelijk 8% en 5%. Deze stijgingen zijn gebaseerd op twee factoren: de

zondagsopenstelling en de sluiting van AH Coen in oktober 2011. Ook uit nader onderzoek is niet gebleken dat er aanleiding is voor de conclusie dat ook de twee door AH Cassandraplein gestelde factoren, namelijk de marketinginspanningen van AH Cassandraplein en de trendmatige ontwikkeling van de markt, van invloed zijn geweest op de zich voortzettende omzetsijging in 2012 en 2013.

8.1. De SAOZ heeft in het advies bij de bepaling van de omvang van de schade rekening gehouden met een na-ijlperiode van zes maanden. Daarbij is, onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0755, gewezen op de duur van de werkzaamheden en de lengte van de schadeperiode. Dit heeft tot gevolg dat de resterende maanden van 2013, vanaf augustus, thans ook onderdeel zijn van de schadeperiode. Dit leidt tot aan de werkzaamheden toerekenbare omzetsdalingen van € 1.323.788 in 2012 en € 680.890 in 2013, in totaal een omzetsdaling van € 2.004.678.

8.2. De gemeente Eindhoven gaat sinds december 2015 bij de beoordeling van de omvang van het normaal ondernemersrisico uit van een drempel van 8% in plaats van de eerder gehanteerde drempel van 15%. De SAOZ hanteert voor de bepaling van de vergoedbaarheid van de geleden schade zowel voor 2012 als voor 2013 een drempel van 8% van de gemiddelde omzet in de referentie jaren. Daarbij erkent de SAOZ dat toepassing van de drempel over twee achtereenvolgende jaren gemotiveerd moet worden. Daartoe stelt de SAOZ dat de werkzaamheden als normale maatschappelijke ontwikkelingen zijn te kwalificeren en binnen de structuur van de omgeving en infrastructuur passen. Daarnaast is de gecombineerde duur van de werkzaamheden, anderhalf jaar, niet als bijzonder lang aan te merken. Over de projecten is van te voren goed gecommuniceerd, zodat ondernemers maatregelen hebben kunnen treffen, en er is geen vertraging in de uitvoering opgetreden. Alleen de afstand van het project Muzenlaan tot de winkels van AH Cassandraplein kan als klein worden aangemerkt. De twee andere projecten zijn op grotere afstand uitgevoerd.

De totale omzetsdaling over 2012 (11,3% van de referentie-omzet) en 2013 (8,5% van de referentie-omzet) die de over beide schadejaren toegepaste drempel van 8% overstijgt, bedraagt € 423.519. Uitgaande van een aan jaarrekeningen ontleende gemiddelde brutowinstmarge van 24,5%, bedraagt de uit deze omzetsdaling voortvloeiende brutowinstderving € 103.762. Dat is het nadeel dat volgens het advies voor tegemoetkoming in aanmerking komt. Dit advies is door

het college gevolgd in het besluit van 23 februari 2016.

9. AH Cassandraplein betoogt dat het besluit van 23 februari 2016 ontoereikend is gemotiveerd. Het college heeft miskend dat in het geheel geen drempel mocht worden toegepast voor de beantwoording van de vraag in hoeverre de schade tot het normaal ondernemersrisico behoort. Daartoe stelt zij dat de werkzaamheden niet als een normale maatschappelijke ontwikkeling kunnen worden aangemerkt. Het gaat om schade als gevolg van drie grootschalige projecten, die elkaar in tijd overlappen en hebben geleid tot verslechterde bereikbaarheid van de supermarkt en de slijterij. Dat twee projecten op grotere afstand van de winkels zijn uitgevoerd, betekent niet dat die projecten niet van invloed zijn geweest op de omzetsdaling. Uit het rapport van Adviesbureau Kardol van 9 december 2015 blijkt dat de afstand van de projecten tot de supermarkt en de slijterij in dit geval geen juiste maatstaf is. De omzet van de supermarkt is volgens het rapport voor een groot deel afhankelijk van klanten die vanuit Eindhoven en zelfs daarbuiten met de auto naar de supermarkt komen. Dit maakt dat ook de projecten die op afstand van de winkels zijn uitgevoerd, van invloed zijn geweest, omdat juist deze klanten zijn uitgeweken naar supermarkten die wel eenvoudig per auto bereikbaar waren.

10. In de periode van 16 april 2012 tot en met eind juli 2013 hebben aan de Sterrenlaan/Europalaan te Eindhoven infrastructurele werkzaamheden plaatsgevonden voor de realisatie van het HOV2-project, een busbaan van Nuenen via Woensel, station Eindhoven, de binnenstad en de High Tech Campus Eindhoven.

In de periode van 23 januari 2012 tot en met 28 september 2012 hebben aan de Orpheuslaan te Eindhoven infrastructurele werkzaamheden plaatsgevonden voor de realisatie van het project Beter Bereikbaar Zuid-Oost Brabant (BBZOB). De reconstructie van de Orpheuslaan heeft geleid tot een weg die bestaat uit twee aparte rijbanen gescheiden door een groene middenberm. Aan de zuidzijde van de weg is een vrij liggend tweerichtingsfietspad gerealiseerd.

In de periode van 1 oktober 2012 tot en met juli 2013 hebben infrastructurele werkzaamheden plaatsgevonden aan de Muzenlaan te Eindhoven. Deze werkzaamheden hebben bestaan uit een herinrichting van de weg en het aanleggen van een vrij liggend fietspad.

10.1. De SAOZ heeft in haar adviezen terecht uiteengezet dat de infrastructurele werkzaamheden kunnen worden aangemerkt als een normale maatschappelijke ontwikkeling. De werkzaamheden zijn gericht op verbetering van de bereik-

baarheid, verhoging van de veiligheid of andere algemene belangen. De werkzaamheden behoren tot de normale onderhouds- en beheerplicht van de gemeente als wegbeheerder en komen, zeker in een stedelijke omgeving, met enige regelmaat voor. Dat de uitvoering van de afzonderlijke projecten gedeeltelijk samenviel en in totaal een periode van anderhalf jaar heeft geduurd, is niet uitzonderlijk te noemen. Daarbij komt dat de projecten niet onverwacht zijn uitgevoerd. Daarnaast zijn de winkels bereikbaar gebleven tijdens de werkzaamheden.

AH Cassandraplein exploiteert winkels in een stedelijke omgeving en is daarmee voor haar bereikbaarheid afhankelijk van de stedelijke infrastructuur. Doorgaans profiteren ondernemers als AH Cassandraplein van een goed onderhouden wegennet en goede bereikbaarheid. Soms wordt echter nadeel ondervonden indien door de uitvoering van wegwerkzaamheden een omzetting plaatsvindt. Dit nadeel behoort in beginsel tot het normale ondernemersrisico en komt, ook volgens 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, sluit hierbij aan.

Anders dan AH Cassandraplein betoogt, hebben de infrastructurele maatregelen in dit geval niet geleid tot bijzondere omstandigheden die aan toepassing van een omzettingdrempel in de weg staan. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2052. Dat uit het rapport Kardol blijkt dat een groot deel van klanten van de supermarkt met de auto komt en bereid is een afstand van 8 kilometer af te leggen voor het bezoek van de supermarkt aan het Cassandraplein, is geen bijzondere omstandigheid die tot het oordeel leidt dat het college geen drempel mocht hanteren voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van de schade. De supermarkt is immers steeds bereikbaar gebleven, alhoewel daarvoor in perioden moest worden omgerekend.

10.2. Aan het college komt bij de vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijke risico of normaal ondernemersrisico beoordelingsruimte toe. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4668. In dit geval heeft het college de hoogte van de drempel, 8% van de gemiddelde jaarlijkse omzet, naar behoren gemotiveerd. De infrastructurele werkzaamhe-

den kunnen als een normale maatschappelijke ontwikkeling worden beschouwd waarmee de benadeelde rekening had kunnen houden in die zin dat de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop de ontwikkeling zich zou voordoen. Voor de drempel van 8% bij schade als gevolg van reguliere infrastructurele werkzaamheden geldt geen verhoogde motiveringsplicht. AH Cassandraplein heeft gesteld noch aannemelijk gemaakt dat de kostenstructuur en de verhouding tussen de kosten en omzet van de bedrijven in de weg staat aan toepassing van een drempel van 8%. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1868. Voorts is de drempel van 8% in meer gemeentelijke verordeningen neergelegd, zoals in die van Amsterdam, Rotterdam en Groningen.

10.3. Het rapport Kardol leidt evenmin tot het oordeel dat het college de drempel van 8% niet over twee achtereenvolgende schadejaren heeft mogen toepassen. De duur van infrastructurele maatregelen is een factor die onder omstandigheden kan leiden tot het oordeel dat eenzelfde drempel niet, althans niet zonder nadere motivering mag worden toegepast over een tweede of volgende schadejaar. Daarvoor is in dit geval geen aanleiding. Dat een groot deel van klanten met de auto komt en kiest, zoals AH Cassandraplein stelt, voor het comfort en efficiency van beter bereikbare supermarkten, is daartoe onvoldoende. Ook hierbij wordt de hoogte van de drempel van 8% in aanmerking genomen, alsmede de omstandigheid dat het college aanleiding heeft gezien alsnog een ruime na-ijlperiode van zes maanden op te nemen in het tweede schadejaar.

Het betoog faalt.

11. AH Cassandraplein betoogt voorts dat het college het besluit van 23 februari 2016 ook om andere redenen onduidelijk heeft gemotiveerd. Daartoe wijst zij op de grote verschillen tussen de omzettingdalingen over 2012 en 2013, zoals berekend door de SAOZ en zoals berekend door haar deskundige ir. E.J.M. Groenendijk MBA, die een andere methode dan de SAOZ hanteert. Ook hanteert de SAOZ ten onrechte uitsluitend 2011 als referentiejaar voor de vaststelling van de normomzet. Daarmee is ten onrechte afgeweken van de gebruikelijke periode van drie aan de schadeperiode voorafgaande jaren. De omzettingpercentages over 2012 en 2013 zijn door de SAOZ onvoldoende onderbouwd en te laag vastgesteld. Ook dat leidt tot een onjuiste vaststelling van de normomzet en daarmee tot een te lage vaststelling van de omvang van de schade. Het college heeft daarmee onvoldoende uitvoering gegeven aan de uitspraak van de rechtbank.

11.1. De SAOZ heeft voor de berekening van de uit de omzetzaling voortvloeiende schade een vergelijking gemaakt tussen de situatie waarin de supermarkt en slijterij zich tijdens en na de werkzaamheden bevinden en de hypothetische situatie waarin AH Cassandraplein zich zou hebben bevonden indien de werkzaamheden zich niet zouden hebben voorgedaan. De omzet die naar redelijke verwachting zou zijn behaald in de schadeperiode, de werkzaamheden weggedacht, wordt bepaald aan de hand van in de referentieperiode daadwerkelijk behaalde omzetten. De berekeningsmethode is gebaseerd op omzetgegevens en jaarrekeningen en is derhalve controleerbaar. Op de gemiddelde omzet uit de referentieperiode wordt een inflatiecorrectie toegepast en een branchecorrectie en/of een trendcorrectie. Daarbij speelt de feitelijke context van marktontwikkelingen en consumentengedrag een rol.

De deskundige van AH Cassandra hanteert een rekenkundig model dat is afgeleid van het zogenaamde DCF-model (Discounted Cash Flow-model). In dit model wordt de te verwachten omzetzijging en de schade berekend aan de hand van het aantal transacties en de hoogte van de bestellingen per transactie in het verleden en geëxtrapolerd naar 2012 en 2013.

Dat volgens de deskundige van AH Cassandra het door hem voorgestelde model bepaalde voordelen zou hebben, betekent niet, wat daar ook van zij, dat de door de SAOZ gehanteerde methode reeds daarom onjuist of ondeugdelijk is of dat het advies van de SAOZ op dit punt onzorgvuldig tot stand is gekomen. Bij het begroten van schade moeten altijd keuzes worden gemaakt. Het gaat erom dat die keuzes redelijk en aanvaardbaar zijn. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3819. De SAOZ hanteert een binnen het stelsel van nadeelcompensatie gangbare en door de Afdeling geaccepteerde methode om de schade te berekenen. Hetgeen AH Cassandraplein daaromtrent heeft betoogd vormt geen aanleiding daarover thans anders te oordelen. De door de SAOZ gehanteerde berekeningsmethode acht de Afdeling derhalve redelijk en aanvaardbaar.

11.2. Anders dan AH Cassandra betoogt, is er geen grond voor het oordeel dat de SAOZ niet mocht uitgaan van 2011 als referentiejaar. Binnen het stelsel van nadeelcompensatie wordt de omvang van de gestelde schade doorgaans berekend door de in de schadeperiode gerealiseerde omzetten en daaraan gerelateerde brutowinsten te vergelijken met de gerealiseerde omzetten en daaraan gerelateerde brutowinsten in een referentieperiode. Uitgangspunt daarbij is dat deze periode in voldoende mate representatief dient te zijn voor de ontwikkeling van de omzetten en/

of brutowinsten in de schadeperiode, de schadeveroorzakende ontwikkeling weggedacht. Zoals AH Cassandraplein terecht betoogt, is het gebruikelijk om van een periode van drie jaar uit te gaan en bij een stabiel verloop van de omzetten deze te middelen en de uitkomsten daarvan als referentieomzet te hanteren, voor zover nodig onder toepassing van een correctie vanwege branche-, markt- en concurrentieverhoudingen en inflatie. Van dit uitgangspunt kan en moet soms worden afgeweken. Daarvoor kan aanleiding zijn indien de omzetontwikkeling over deze drie jaren een bestendig dalende of stijgende ontwikkeling laat zien. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 13 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3966. In het geval van een bestendig stijgende omzet zou middeling over drie jaren immers tot gevolg hebben dat de verbetering van de omzet voorafgaande aan de schadeperiode niet wordt betrokken bij de schadeberekening.

In dit geval heeft de SAOZ op grond van de door AH Cassandraplein verstrekte gegevens vastgesteld dat de omzetten van de winkels van AH Cassandraplein vanaf 2008 een bestendig stijgende ontwikkeling hebben laten zien. De SAOZ heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat het, uitgaande van de door haar gehanteerde berekeningsmethode, in het nadeel van AH Cassandraplein zou zijn, om niet van de laatste en tevens hoogst gerealiseerde omzet in 2011 uit te gaan voor het bepalen van de referentieomzet. De in de schadeperiode (2012 en 2013) behaalde omzetten/brutowinsten moeten dus worden vergeleken met de in 2011 behaalde omzet/brutowinst voor het vaststellen van de normomzet. De methode van de deskundige van AH Cassandraplein, waarbij op de gegevens over meer jaren een regressie-analyse wordt toegepast, leidt tot een hogere te verwachten omzet over 2012 en 2013 dan de SAOZ heeft aangenomen. Dit is onvoldoende voor het oordeel dat de SAOZ niet mocht uitgaan van 2011 als referentiejaar. Onder 11.3 blijkt ook dat hantering van het DCF-model niet tot meer reële uitkomsten leidt en dat rekening gehouden moet worden met economische factoren.

11.3. Anders dan AH Cassandraplein betoogt, is er evenmin grond voor het oordeel dat de SAOZ is uitgegaan van onjuiste normomzetten voor 2012 en 2013, omdat de SAOZ ten onrechte is uitgegaan van een omzetzijging van 8% in 2012 en van 5% in 2013.

De SAOZ heeft in haar nader advies gemotiveerd dat voor de ontwikkeling van de omzet, de werkzaamheden weggedacht, moet worden uitgegaan van de invloed van de sluiting van AH Coen en van de zondagsopenstellingen. In het advies is vermeld dat niet aannemelijk is dat de

marketingactiviteiten van AH Cassandraplein en de brancheontwikkelingen in relevante mate hebben bijgedragen aan de groei van de omzet van de winkels. De SAOZ heeft AH Cassandraplein gevraagd de door haar gestelde marketinginspanningen te onderbouwen om de invloed daarvan op de omzetontwikkeling te kunnen vaststellen. AH Cassandraplein heeft geen objectieve gegevens overgelegd die tot de conclusie leiden dat de marketinginspanningen van de supermarkt en slijterij tot extra omzetontwikkeling hebben geleid en betere bedrijfsresultaten tot gevolg hebben gehad dan die van vergelijkbare supermarkten en slijterijen.

Om de invloed van de trendmatige ontwikkelingen van de branche op de omzetontwikkeling van AH Cassandraplein te kunnen vaststellen, heeft de SAOZ verzocht om de omzetgegevens over 2014. De invloed van de brancheontwikkelingen over de jaren voorafgaand aan de schadeperiode heeft de SAOZ gering geacht, wegens specifieke omstandigheden als de verhuizing van de supermarkt naar de huidige locatie, de wisselende zondagsopenstellingen en de sluiting van AH Coen in oktober 2011. Deze omstandigheden hebben ertoe geleid dat zich in de jaren 2012 en 2013 een positieve ontwikkeling ten opzichte van de branche in 2011 heeft voorgedaan. Ook de omzetontwikkeling in 2012 en 2013, de werkzaamheden weggedacht, is positief in vergelijking tot die van de branche. Uit de door de SAOZ opgevraagde omzetgegevens over 2014 blijkt echter dat de totale omzet in 2014 lager is dan in 2011. Hieruit blijkt dat de door de deskundige van AH Cassandraplein voorspelde sterke stijging van de omzet is uitgebleven en niet correspondeert met de werkelijke behaalde omzetten. Daar volgt uit dat een omzetstijging overeenkomstig de algemene branche-ontwikkeling meer voor de hand had gelegen in 2013. Er is dus geen grond voor het oordeel dat algemene brancheontwikkelingen zouden hebben bijgedragen tot een hogere omzetontwikkeling in 2012 en 2013 dan aangenomen door de SAOZ.

AH Cassandraplein betoogt in dit verband tevergeefs dat de SAOZ in het advies de omzetontwikkeling in 2012 en 2013 heeft geschat in plaats van berekend. De omzetontwikkeling is geëxtrapoleerd op grond van werkelijk behaalde omzetten. Vervolgens heeft de SAOZ onder verwijzing naar de werkelijk behaalde omzetten over 2014 aangegeven, welke factoren al dan niet een rol spelen voor de omzetontwikkeling in 2012 en 2013. Daarmee heeft de SAOZ ook een verklaring gegeven voor de uiteenlopende uitkomsten van beide berekeningsmethodieken voor de te verwachten omzetontwikkeling en de daaraan gerelateerde omzetsdaling over 2012 en 2013.

Hetgeen AH Cassandraplein heeft betoogd, vormt geen reden om, zoals zij voorstelt voor de berekening van de omvang van de schade aan te sluiten bij de berekening van haar deskundige. Daaruit volgt immers niet dat het nader advies van de SAOZ ondeugdelijk is. Dat het college heel 2013 als schadejaar heeft aangemerkt en daarin een periode van zes maanden voor het na-ijleffect heeft meegenomen en geen aparte berekening heeft gemaakt voor de na-ijlschade, leidt niet tot een andere conclusie.

Het betoog faalt.

12. Bij besluit van 23 februari 2016 heeft het college aan AH Cassandraplein een vergoeding toegekend voor deskundigenkosten van in totaal € 5625.

13. AH Cassandra betwist dat dit bedrag toereikend is en stelt zich op het standpunt dat haar een vergoeding voor kosten van juridische bijstand van € 27.050,50 (233,25 uren tegen een uurtarief van € 150) toekomt, alsmede een vergoeding van de kosten van financiële advisering van € 30.322,50 (233,25 uren tegen een tarief van € 130) toekomt. Ter zitting in hoger beroep heeft zij het aantal uren teruggebracht naar 78 respectievelijk en 45 uur.

13.1. Ingevolge het bepaalde in artikel 9 van de Regeling nadeelcompensatie voor werkzaamheden aan de weg van de gemeente Eindhoven komen de redelijke kosten voor het inroepen van rechtsbijstand dan wel andere deskundigenbijstand voor vergoeding in aanmerking indien het inroepen van dergelijke bijstand eveneens als redelijk is aan te merken.

13.2. Niet in geschil is dat het inroepen van deskundige bijstand voor het opstellen van reacties naar aanleiding van twee conceptadviezen van de SAOZ redelijk was. De door de deskundige gedeclareerde uren staan echter niet in verhouding tot de verrichte werkzaamheden. Een tijdsbesteding van 466,50 uur dan wel 123 uur, in relatie tot de omvang en zwaarte van de zaak, is onevenredig hoog. In dit geval is een tijdsbesteding van 25 uur tegen het door de rechtsbijstandverlener gehanteerde uurtarief van € 145 voor het verlenen van juridische bijstand niet onredelijk. Voor de financiële deskundige is een tijdsbesteding van 25 uur tegen een forfaitair uurtarief van € 75 voor het verlenen van niet-juridische bijstand inzake de schadeberekening redelijk. Vergelijk de uitspraken van de Afdeling van 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:336 en van 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:222.

Daarbij wordt in aanmerking genomen dat de SAOZ 29 uren heeft besteed aan, onder meer, het opstellen van twee conceptadviezen, met daarin zowel de juridische beoordeling als de schadeberekening, en het definitieve advies. Het door

de SAOZ gehanteerde uurtarief wijkt niet in relevante mate af van het door de rechtsbijstandverlener van AH Cassandraplein gehanteerde tarief. Dat de door AH Cassandraplein ingeschakelde deskundigen meer uren hebben besteed aan de advisering komt, onder meer, omdat zij zich proactief hebben opgesteld. Zij hebben het initiatief genomen zelf de zaak in volle omvang te beoordelen en eigen schadeberekeningen op basis van eigen methodes op te stellen. Het is niet redelijk deze kosten volledig ten laste van het college te brengen. Het college heeft de SAOZ ingeschakeld om advies uit te brengen over de op de aanvraag om nadeelcompensatie te nemen beslissing. In zoverre lag het op de weg van de deskundigen van AH Cassandraplein om aan te geven in hoeverre het advies van de SAOZ inhoudelijk niet concludent, onjuist of onvolledig was. Het is de eigen keuze van AH Cassandraplein om meeromvattende rapporten in te brengen. Het risico dat de kosten daarvan niet geheel voor vergoeding in aanmerking komen, komt voor rekening van AH Cassandraplein.

Het college heeft kunnen volstaan met een toekenning van een tegemoetkoming van € 5625 voor de deskundigenkosten gemaakt in de fase van de primaire besluitvorming.

14. De slotsom is dat het beroep van AH Cassandraplein tegen het besluit van 23 februari 2016 ongegrond is.

15. Het college dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten in hoger beroep te worden veroordeeld. Over de proceskosten in beroep heeft de rechtbank al beslist.

15.1. Over de door AH Cassandraplein in hoger beroep opgevoerde deskundigenkosten wordt het volgende opgemerkt. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling (zie bijvoorbeeld haar uitspraak van 18 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2162) komen de kosten van een deskundige op de voet van artikel 8:75 van de Awb voor vergoeding in aanmerking als het inroepen van die deskundige redelijk was en de deskundigenkosten zelf redelijk zijn.

AH Cassandraplein heeft het rapport van Groenendijk van 4 maart 2016 ingebracht om aan te tonen dat bij besluit van 23 februari 2016 volgens haar een te laag bedrag aan nadeelcompensatie is toegekend. Nu het beroep tegen het besluit van 23 februari 2016 ongegrond is verklaard, komen deze kosten niet voor vergoeding in aanmerking.

De kosten voor het rapport van Adviesburo Kardol van 9 december 2015 komen voor vergoeding in aanmerking. Dit rapport is ter ondersteuning van het gegrond verklaarde hoger beroep ingebracht. AH Cassandraplein heeft met dit rapport aan willen tonen dat de toepassing van een

omzetdrempel voor de vaststelling van het normaal ondernemersrisico niet redelijk is. De Afdeling acht het redelijk dat AH Cassandraplein om dit rapport heeft verzocht. De door de deskundige gedeclareerde uren staan niet in verhouding tot de verrichte werkzaamheden. Een tijdsbesteding van 39 uur, in relatie tot dit aspect van de zaak, is onevenredig hoog. In dit geval zou een tijdsbesteding van 12 uur niet onredelijk zijn geweest. Dat betekent dat AH Cassandraplein, uitgaande van een forfaitair bedrag van € 75 per uur, ook voor dit rapport aanspraak maakt op een vergoeding van € 900.

15.2. Voor de vergoeding van kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand worden, volgens de bijlage bij het Besluit proceskosten bestuursrecht, punten toegekend aan verrichte proceshandelingen. In hoger beroep gaat het om drie proceshandelingen, te weten het indienen van een hoger beroepsschrift, het verschijnen ter zitting bij de Afdeling en het indienen van een zienswijze. Dit zijn in totaal 3 punten. Per punt wordt volgens genoemde bijlage een forfaitair bedrag van € 496 toegekend, hetgeen neerkomt op € 1.488. De Afdeling ziet geen aanleiding van deze forfaitaire berekening af te wijken.

15.3. De vergoeding voor de door Groenendijk en Kardol in verband met de zitting van 24 maart 2016 gemaakte reiskosten wordt, op de voet van artikel 2, eerste lid, aanhef en onder c, van het Besluit proceskosten bestuursrecht gelezen in samenhang met artikel 1, aanhef en onder c, van dat besluit en artikel 11, eerste lid, onderdeel d, van het Besluit tarieven in strafzaken 2003, forfaitair vastgesteld op € 12,10 respectievelijk € 43,30. Voor de vergoeding van de door Groenendijk en Kardol gemaakte verletkosten voor het bijwonen van de zitting hanteert de Afdeling een forfaitair aantal uren van vier en een uurtarief van ten hoogste € 116,09.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. verklaart het beroep tegen het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Eindhoven van 23 februari 2016 ongegrond;
- III. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Eindhoven tot vergoeding van bij de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid AH Cassandraplein B.V. in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 3.372,12 (zegge: drieduizend driehonderdtweeënzeventig euro en twaalf cent), waarvan € 1.488

is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

IV. gelast dat het college van burgemeester en wethouders van Eindhoven aan de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid AH Cassandraplein B.V. het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 497 (zegge: vierhonderdzevenennegentig euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt.

Noot

1. Het is jammer dat de laatste druk van *AB Klassiek* inmiddels al is verschenen, want op 15 juni verschenen drie uitspraken die daarin zonder meer een plaats hadden verdiend. Het gaat om de uitspraken *Supermarkt Haarlem* (ECLI:NL:RVS:2016:1651, AB 2016/365), *AH Cassandraplein* (ECLI:NL:RVS:2016:1652, hier geannoteerd) en *Bandencentrum Eindhoven* (ECLI:NL:RVS:2016:1650, AB 2016/366). In alle gevallen gaat het om bedrijven die ten gevolge van infrastructurele projecten omzet derven en de schade ten gevolge daarvan (deels) vergoed willen zien. De uitspraken bevatten interessante overwegingen over tal van onderwerpen, waaronder de wijze van schadebegroting bij schade in de vorm van omzetsdalingen en de vergoeding van kosten van deskundige bijstand (besproken naar aanleiding van *Bandencentrum Eindhoven* in AB 2016/366), de toegevoegde waarde van verordeningen en/of beleidsregels over nadeelcompensatie voor de rechtsbescherming bij de bestuursrechter (besproken naar aanleiding van *Supermarkt Haarlem* in AB 2016/365) en de toets aan het normaal maatschappelijk risico, in deze noot besproken naar aanleiding van de uitspraak inzake *AH Cassandraplein*. De uitspraken bevatten soms overlappende overwegingen. Ik heb ervoor gekozen in deze AB de voornoemde thema's elk afzonderlijk te bespreken, waarbij ik telkens wel zal verwijzen naar de relevante overwegingen uit de andere uitspraken. Eerst besteed ik aandacht aan de toets aan het normaal maatschappelijk risico.

2. *Toets in twee etappes*. De rechtspraak over het normaal maatschappelijk risico is sterk in ontwikkeling. Dat geldt in het bijzonder voor de verdiscontering van het normaal maatschappelijk risico door middel van een zogenaamde 'omzetsdrempel'. Uit de uitspraak *De Wouwse Tol I* (ABRvS 5 december 2012, AB 2013/221), in samenhang met de uitspraak inzake de *Hollandse Brug* (ABRvS 5 juni 2013, AB 2013/222), kon worden afgeleid dat de vraag naar de toelaatbaarheid van een omzetsdrempel in twee etappes dient te worden beantwoord. Eerst moet het bestuursorgaan nagaan of de schadeveroorzakende maat-

regel op zichzelf als 'normaal', dat wil zeggen als een 'normale maatschappelijke ontwikkeling' kan worden gezien. Wordt die vraag ontkennend beantwoord, dan kan het bestuursorgaan wel een korting toepassen, al is aannemelijk dat ook een lage omzetsdrempel in zo'n geval geoorloofd is. Links- of rechtsom zal het bestuursorgaan in dit soort situaties gehouden zijn tot compensatie. Is er wél sprake van een maatregel die als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd (en dat zal, zoals hierna zal blijken, in het leeuwendeel van de gevallen zo zijn), dan kan het bestuursorgaan een omzetsdrempel toepassen. Bij de vervolgens te bepalen hoogte van deze drempel is van belang dat deze niet zonder meer (dat wil zeggen: zonder op het concrete geval toegespitste motivering) op 15% van de gemiddelde omzet op jaarbasis kan worden gesteld. Wanneer de benadeelde aanvoert dat zijn kostenstructuur zo bijzonder is dat een toegepaste drempel voor hem onevenredig zwaar uitpakt, dient het bestuursorgaan te onderzoeken welk percentage in dat geval redelijk is. In de uitspraken inzake *De Wouwse Tol* zagen we daarvan een voorbeeld: het wegrestaurant betoogde bij de Afdeling met succes dat de drempel van 15% van de gemiddelde omzet op jaarbasis (waarboven de berekende omzetsdaling zou moeten uitstijgen om voor compensatie in aanmerking te komen) te hoog was, waarop de Afdeling in navolging van het voorstel van het wegrestaurant zelf, de drempelhoogte op 10% vaststelde.

3. *Normale/reguliere maatregel?* Conform dit stappenplan gaat de Afdeling in de gepubliceerde uitspraken eerst na of de werkzaamheden als een normale maatschappelijke ontwikkeling kunnen worden aangemerkt. Een ontkennend antwoord op die vraag zou aan de orde kunnen zijn wanneer er sprake is van 'buitengewone aspecten' van een infrastructurele maatregel (een omschrijving uit de uitspraak *Hollandse Brug* die ik prefereer boven het wat onwerkelijke begrip 'abnormale maatschappelijke ontwikkeling'), zoals een extreem lange uitloop van op zichzelf normale infrastructurele maatregelen, elkaar in korte tijd opvolgende maatregelen of een extreem moeilijke bereikbaarheid van de onderneming in kwestie. Van die buitengewone aspecten geeft de casus van de reparatie van de Hollandse Brug een mooi voorbeeld: het ging om de *volledige* afsluiting van een brug voor een bepaald type vrachtwagens, waartoe *abrupt* werd overgegaan (aangezien de minister ook zelf plotsklaps met de veiligheidsproblemen van de brug werd geconfronteerd en zij daarover dus niet tevoren met verkeersdeelnemers kon communiceren) en die ook qua *duur* de duur van normale onderhoudswerkzaamheden oversteepte. Tegen deze achter-

grond kan er weinig worden afgedongen op de conclusie van de Afdeling dat het in de hier besproken uitspraken ging om normale infrastructuurle maatregelen, die ook qua duur aansloten bij wat voor dit soort maatregelen gebruikelijk is en die ook overigens geen buitengewone aspecten hadden. Zo overweegt de Afdeling ten aanzien van de rioleringswerkzaamheden in *Supermarkt Haarlem* dat de vervanging van riolering tot de normale werkzaamheden behoort die ter plekke ook in de lijn der verwachtingen lag. Er was een gemeentelijk rioleringsplan, waaruit bleek dat de riolering ter plekke vervangen zou moeten worden. Het feit dat het in *AH Cassandraplein* ging om drie separaat uitgevoerde infrastructurele projecten (vermeld in r.o. 10) is voor de Afdeling evenmin aanleiding om in de onderhavige casus iets abnormaals te zien en ook dat oordeel kan — mede omdat de bedrijven al die tijd bereikbaar zijn gebleven — worden onderschreven. De Afdeling hecht in beide zaken ook waarde aan het feit dat er, zoals dat heet, ‘omgevingsmanagement’ had plaatsgevonden: over de planning en de voortgang van de werkzaamheden is telkens met de ondernemers gecommuniceerd, terwijl in de Haarlemse zaak al uit het gemeentelijke rioleringsplan uit 2007 bleek dat de riolering ter plekke vervangen zou moeten worden. Deze overweging zal vooral gelezen moeten worden in het licht van de mogelijkheden van de ondernemer tot schadebeperking, die vanzelfsprekend worden vergroot als het bestuursorgaan infrastructurele maatregelen tijdig aankondigt en over de precieze gevolgen met betrokkenen in overleg treedt. Duren de werkzaamheden voor alle partijen langer dan voorzien en volgen de werkzaamheden elkaar onaangekondigd op, dan is het hanteren van een standaarddrempel weer minder voor de hand liggend (en kan zelfs het toepassen van een beperkte korting problematisch zijn, zoals blijkt uit ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1222). Al met al maken deze uitspraken duidelijk dat de drempel om infrastructurele werkzaamheden als ‘abnormaal’ aan te merken hoog is en dat het zich niet snel zal voordoen dat een situatie waarbij aan de infrastructuur moet worden gewerkt vergelijkbaar is met de casus van de *Hollandse Brug*.

4. *Hoogte drempel: relevantie kostenstructuur.* Vervolgens rijst de vraag naar de hoogte van de drempel. Het is een stuk lastiger daar een pijl op te trekken, al geeft de Afdeling in *AH Cassandraplein* in elk geval meer duidelijkheid over de minimaal aanvaardbare ondergrens. De wat vage contouren van het normaal maatschappelijk risico bij normale infrastructurele maatregelen zijn te verklaren door de zeer veelvormige bestuurspraktijk en het feit dat de bestuursrechter

nog altijd primair de aangedragen motivering toetst, waarbij veel in de praktijk gekozen percentages de rechtmatigheidstoets kunnen doorstaan. De meest gebruikelijke, ook naar huidig recht nog meest toegepaste methode is die waarbij bestuursorganen een 15%-omzetdrempel hanteren. Een veel gehoord kritiekpunt op die praktijk is dat deze drempel voor bepaalde typen bedrijven ongelijk zou uitwerken; zij zouden hun bedrijf bij een drempel van die hoogte niet rendabel kunnen voortzetten, zeker niet wanneer die drempel bij langdurende werkzaamheden in twee jaren achtereen wordt toegepast (zie voor de kritiek mijn noot bij *De Wouwse Tol*, AB 2013/221). Zoals bekend heeft de Afdeling zich die kritiek aange trokken door bestuursorganen te verplichten het criterium ‘aard van de onderneming’ (en diens daarmee verband houdende kostenstructuur) onder omstandigheden bij de bepaling van de hoogte van de drempel te betrekken. Dat criterium heeft in zowel *AH Cassandraplein* als in *Supermarkt Haarlem* niet tot bijstelling van de drempel (met een hoogte van resp. 8% en 15%) geleid. De uitspraken bevestigen dat differentiatie alleen geboden is als de aanvragerin slaagt aannemelijk te maken dat het door het bestuursorgaan opgeworpen percentage voor zijn type onderneming tot onevenredig nadelige gevolgen leidt (*AH Cassandraplein* r.o. 10.2). De bewijslast rust dus op de onderneming zelf (vgl. reeds ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2865, AB 2014/362, mnt. Tjepkema (*Audio Design t. Utrecht*)). Van een op het bestuursorgaan rustende onderzoeksplicht om op voorhand te onderzoeken in hoeverre differentiatie tussen verschillende typen ondernemingen is aangewezen en daar de hoogte van de drempel op af te stemmen, is geen sprake. Het is mij overigens nog steeds niet duidelijk welk bewijs de eiser in dit verband precies moet leveren: gaat het erom aan te geven hoe de concrete drempel hem raakt in *vergelijking met andere ondernemingen* (wat inzicht in de kostenstructuren van die andere ondernemingen zou vergen) of om aan te geven wat de feitelijke gevolgen van een drempel zijn voor het bedrijfsresultaat van zijn bedrijf? Vermoedelijk het laatste. In de onderliggende stukken bij de zaak *AH Cassandraplein* heeft de SAOZ betoogd dat de noodzaak om te differentiëren vooral zal spelen bij bedrijven die een zeer hoge brutowinstmarge hebben, nu dergelijke bedrijven met hoge indirecte kosten kampen en een hoge brutowinstmarge moeten realiseren om die kosten te kunnen dragen. Deze situatie komt vooral voor bij horecabedrijven, die marges van 70% of meer hanteren: zij worden door een hoge omzetdrempel zwaarder getroffen dan bedrijven met een lagere brutowinstmarge. We weten niet of de Afdeling dit onderschrijft, maar het zou wel

kunnen verklaren waarom de Afdeling geen afstand neemt van de mogelijkheid om bij schade ten gevolge van rechtmatige infrastructurele maatregelen te werken met standaardpercentages, die kunnen worden toegepast op verschillende typen bedrijven (met daaraan inherente, eigen kostenstructuren). In zoverre fungeert het criterium uit de rechtspraak inzake *De Wouwe Tol* blijkens deze uitspraken niet zozeer als een zelfstandig criterium waaraan bestuursorganen uit eigen beweging moeten toetsen om in een concreet geval de hoogte van het normaal maatschappelijk risico te bepalen, maar primair als een correctie die alleen bij door de aanvrager aannemelijk gemaakte onevenredig nadelige gevolgen aanleiding kan geven om een ander percentage te kiezen.

5. *Hoogte drempel: 8% in beginsel aanvaardbaar.* Daarmee blijft de vraag echter staan binnen welke bandbreedtes bestuursorganen omzetdrempels bij normale maatregelen kunnen toepassen. De zaak *AH Cassandraplein* kende voor wat betreft de hoogte van de drempel een opvallend procesverloop: nadat het college, op advies van de SAOZ, van begin af aan voor een drempel van 15% had gekozen – welke drempel door de rechtbank nog akkoord was gevonden (Rb. Oost-Brabant 3 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1130) –, wijzigt het college zijn beleid en komt het tot een drempel van 8%. Voor deze beleidswijziging is in de onderliggende stukken geen motivering te vinden; waarschijnlijk heeft het college zich vooral laten leiden door de wens om de betrokken bedrijven enigszins in hun schade tegemoet te komen, gekoppeld aan de wens om het schadebesluit de rechterlijke toets te laten doorstaan. Daarin is het college zonder meer geslaagd, nu de Afdeling in *AH Cassandraplein* overweegt dat bestuursorganen bij normale infrastructurele maatregelen deze omzetdrempel van 8% kunnen hanteren en dat zij dan geen verhoogde motiveringsplicht hebben. Dit percentage van 8% – bijna een halvering van de oorspronkelijk opgeworpen drempel – komt overigens niet helemaal uit de lucht vallen. Zo bevat de Amsterdamse Algemene Verordening Nadeelcompensatie een drempel van deze hoogte, waarna gemeenten als Rotterdam en Groningen in haar voetspoor zijn gevolgd. Voor de Afdeling is dit gegeven mede aanleiding om de 8%-drempel als uitgangspunt te aanvaarden, maar het is niet moeilijk af te dingen op dit aan de praktijk ontleende argument. Er zijn nog altijd meer gemeenten die de 15%-drempel toepassen, zoals de uitspraak *Supermarkt Haarlem* laat zien, terwijl ook de Beleidsregel Infrastructuur en Milieu 2014 in beginsel uitgaat van een drempelwaarde van 15% van de normomzet op jaarbasis. De keuze voor 8% is voorts niet beter in-

houdelijk gemotiveerd dan de 15% dat was; voor beide percentages geldt dat zij nooit concreet zijn onderbouwd maar wel in de praktijk navolging hebben gevonden. Voor eiser maakt de bijna halvering van het oorspronkelijk gekozen percentage ondertussen veel uit: na een op voorhand weinig kansrijke positie na de rechtbank-uitspraak komt hem thans een vergoeding van € 103.762 toe.

6. *Hogere percentages dan 8% zijn geoorloofd, maar wanneer?* Met de uitspraak *AH Cassandraplein* is de discussie over de toelaatbaarheid van andere percentages 8% niet verstomd. Ik noem in dit verband drie aandachtspunten. Ten eerste is het nog steeds denkbaar dat een onderneming in een concreet geval erin slaagt aan te tonen dat ook een 8% omzetdrempel, gezien zijn bijzondere kostenstructuur, tot onevenredig nadelige resultaten leidt. Die situatie deed zich in de uitspraken van 15 juni niet voor, maar kan zich wel voordoen, wat laat zien dat ook bij dit lage percentage niet is gezegd dat de rechterlijke toets altijd zal worden doorstaan. Van waarschijnlijk groter praktisch belang is een tweede vraag, namelijk waar de *bovengrens* ligt, ofwel: mogen bestuursorganen ook nog een 15%-omzetdrempel toepassen? Die vraag lijkt vooralsnog bevestigend te moeten worden beantwoord, althans de Afdeling sluit dit, zoals uit de uitspraak *Supermarkt Haarlem* blijkt, niet uit. Omdat de omzetzalingen van de supermarkt ver onder de 15% bleven, ziet de Afdeling er echter van af om een principiële uitspraak te doen over de aanvaardbaarheid van de 15%-drempel en deze vraag 'daar te laten'. We zien wel vaker dat de Afdeling zich niet uitlaat over aanvaardbare bovengrenzen wanneer de getaxeerde schade daar ver onder blijft (vgl. Van Heijst in zijn noot bij ABRvS 1 juli 2015, BR 2015/83). De goede verstaander kan uit de verwijzing naar *AH Cassandraplein* in r.o. 14 van de uitspraak *Supermarkt Haarlem* intussen afleiden dat de Afdeling de 15%-drempel op zijn minst aan een kritische toets zal onderwerpen. Maar – een derde aandachtspunt – welke argumenten spelen nu een rol bij de verhoging van het forfait vanaf 8%? De overwegingen in *Supermarkt Haarlem* maken duidelijk dat ook bij infrastructurele maatregelen 'gewoon' de regel geldt dat er zwaardere motiveringseisen gelden naarmate de ondergrens van het normale ondernemersrisico op een hoger percentage wordt gesteld. In *AH Cassandraplein* lezen we voorts dat een plicht tot een verhoogde motivering bij een keuze voor 8% niet bestaat, wat impliceert dat zij wel bestaat bij een keuze voor een hoger percentage. Juist omdat de bestuursrechter ten aanzien van de in het verleden gekozen percentages nooit een motivering heeft verlangd, is het de vraag welke argumenten bestuursorganen nu redelijkerwijs kunnen of

moeten aandragen om voor hogere percentages te kiezen. De in *Supermarkt Haarlem* opgenomen overweging dat bestuursorganen, naarmate zij een hoger percentage als ondergrens hanteren, met een steviger motivering moeten komen, komt ook voor in het planschaderecht en is in die context logisch en valide. In de rechtbank-uitspraak (r.o. 17) in de zaak *AH Cassandraplein* zien we dat de rechtbank waarde hecht aan het feit dat de SAOZ in haar advies een vergelijkbare toets aan de dag heeft gelegd door aandacht te besteden aan tal van factoren, waaronder de aard van de maatregel, de structuur van de omgeving, de wijze van uitvoering en de afstand tussen de bedrijven van eiseres en de gestelde schade-oorzaken. Voor zover het gaat om de *duur* van de maatregelen (als bijzondere ‘wijze van uitvoering’) kan ik dit volgen. Immers, de drempel moet soms lager worden vastgesteld als maatregelen zich over meerdere jaren uitstrekken (vgl. ECLI:NL:RVS:2013:1222; in *AH Cassandraplein* maakt de Afdeling overigens wel duidelijk dat een drempel van 8% ook in een tweede schadejaar mag worden toegepast). Wat de precieze rol is van de andere genoemde factoren is mij echter onduidelijk. Zo is denkbaar dat een schadeoorzaak die dichterbij de onderneming plaats vindt ook tot een hogere schade leidt, maar die factor (‘afstand’) is dan dus al verdisconteerd bij de vraag naar de omvang van de schade, die vervolgens aan de vastgestelde drempel kan worden getoetst. Lastig te begrijpen vind ik ook dat dit soort factoren dan kernelijk op twee ‘afwegingsmomenten’ aan bod komen: eerst bij de bepaling van de ‘normaliteit’ van de maatregel zelf en vervolgens bij het bepalen van de hoogte van de drempel. Hoe deze factoren bij de bepaling van de hoogte precies een rol spelen, is mij niet duidelijk: zou het denkbaar zijn dat een maatregel die naar aard en afstand als ‘normaal’ moet worden aangemerkt toch, gelet op de (toch) enigszins ingrijpende aard van de maatregel en de korte afstand, tot een lage drempel moeten leiden? De vraag is overigens wat het daadwerkelijke gewicht is van deze ‘multi-factor-benadering’ als het college, in navolging van de SAOZ, op basis van een toets aan die factoren eerst tot een 15%-drempel komt en daarna, zonder dat de omstandigheden relevant zijn gewijzigd, tot een drempel van 8%.

7. Ik verwacht, kortom, weinig van een toets aan een catalogus van omstandigheden om de toelaatbaarheid van een in een concreet geval gekozen percentage te rechtvaardigen. De keuze voor een percentage (dat minimaal 8% zal bedragen) is mijns inziens uiteindelijk vooral een bestuurlijk-politieke vraag, nl. wat in de visie van het bestuursorgaan een aanvaardbare, en dus voor eigen rekening blijvende omvang van de omzet-

daling is bij schade ten gevolge van rechtmatige infrastructurele maatregelen. Daarbij zijn mijns inziens niet zozeer de voornoemde aan het planschaderecht ontleende gezichtspunten maatgevend, maar gaat het (mede) om een politieke afweging, waarbij bestuursorganen zich vooral moeten laten leiden door bedrijfseconomische overwegingen. Het lastige is echter dat de vraag naar normale, en daarmee in beginsel aanvaardbare omzetfluctuaties van ondernemingen moeilijk in *abstracto* kan worden beantwoord, maar sterk sectorafhankelijk is. Het lastige is bovendien dat het voor juristen – waaronder bestuursrechters – niet altijd eenvoudig is om te beoordelen of bedrijfseconomische cijfers op een juridisch aanvaardbare manier in een omzetsdrempel van een bepaalde hoogte zijn ‘vertaald’. Wat we hebben is een rapport van Price Waterhouse Coopers, dat door de minister van I&M naar aanleiding van de uitspraak *De Wouwse Tol I* was gevraagd om onderzoek te doen naar normale omzetfluctuaties bij verschillende soorten bedrijven. Uit dit rapport kwam naar voren dat 15% een redelijk midden is, nu ‘normale’ omzetfluctuaties zouden schommelen tussen de 10 en de 18%. Mij is bekend dat deze analyse niet door alle deskundigen die bij nadeelcompensatieprocedures betrokken zijn wordt gedeeld. Of de Afdeling met een verwijzing naar het PWC-rapport – dat in de uitspraken inzake *De Wouwse Tol* al in procedure werd gebracht, maar toen niet openbaar is gemaakt – de toepassing van een 15% drempel zal aanvaarden is onzeker. Dat zou betekenen dat de Afdeling aanvaardt dat bestuursorganen in een casus die voldoet aan alle voorwaarden om een 8%-drempel toe te passen, ook aanvaardt dat een drempel wordt toegepast die bijna twee keer zo hoog ligt. De vraag is natuurlijk in hoeverre er recht wordt gedaan aan de *gelijkheid* voor de openbare lasten als verschillende bestuursorganen in vergelijkbare situaties ver uit elkaar lopende drempels mogen toepassen. De verplichting om drempels hoger dan 8% van een gedegen motivering te voorzien heeft de taak er voor bestuursorganen die niet met de 8% willen meegaan naar mijn idee niet gemakkelijker op gemaakt. Voor bestuursorganen die in beginsel wél met dit percentage willen meegaan, heeft de Afdeling, in combinatie met de in AB 2016/366 te bespreken overwegingen over de begrotingsmethodes, een handreiking gegeven voor een meer uniforme benadering voor de bepaling van de vergoedbaarheid van schade ten gevolge van omzetsdalingen bij infrastructurele maatregelen. De steeds grotere voorspelbaarheid waaraan uitspraken als deze bijdragen, laat echter onverlet dat het goed zou zijn als deskundigen met kennis van én de cijfers én de juridische kaders de jurist

blijven informeren over de precieze gevolgen van vast te stellen drempelwaarden.
M.K.G. Tjepkema

M.K.G. Tjepkema

2270