



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Nadeelcompensatie, schadevergoeding, égalitébeginsel, normaal maatschappelijk risico, normaal ondernemersrisico, Handleiding nadeelcompensatie bij schade door infrastructurele maatregelen
Huijts, J.H.M.

Citation

Huijts, J. H. M. (2021). Nadeelcompensatie, schadevergoeding, égalitébeginsel, normaal maatschappelijk risico, normaal ondernemersrisico, Handleiding nadeelcompensatie bij schade door infrastructurele maatregelen. *Overheid & Aansprakelijkheid*, 2021(2), 71-79. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278661>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278661>

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

beoordeling van de genuanceerde formele rechtskracht, omdat daar nu juist geen nuance was aangebracht.

30. In mijn levendige verbeelding zitten er ergens in de coulissen van de Raad van State wat stafjuristen en Staatsraden te high-fiven. Zonder de nuancering van de formele rechtskracht had het Hof waarschijnlijk een andere conclusie getrokken en was het hele leerstuk gedoemd geweest. Toch mooi om op je CV te schrijven: '2016-2021: de formele rechtskracht gered'.

31. Dan heb ik nog twee losse opmerkingen over dit arrest.

32. Ten eerste heeft de Afdeling nog de suggestie gedaan dat het nog relevant zou kunnen zijn dat er in Ciola en Man Sugar sprake was van een punitieve sanctie. A-G Tanchev merkt in zijn conclusie op dat het onderscheid niet relevant is (r.o. 68). Het Hof maakt er in het arrest geen woorden aan vuil. Daaruit leid ik af dat het onderscheid voor het Hof niet relevant is.

33. Ten tweede, kan iemand het Hof alsjeblijft vragen om wat te doen aan de leesbaarheid van zijn arresten? Dit arrest was volstrekt onleesbaar. Het is al ingewikkelde materie, als je het als rechter dan ook op deze manier gaat opschrijven dan snapt niemand het straks meer. Het is verder bijna knap te noemen dat je in staat bent om een zin met 176 woorden, 4 komma's en 4 gedachtestreepjes te maken (r.o. 83), maar toegankelijk is het zeker niet. De kers op de taart is overigens wat mij betreft de meervoudige tangconstructie in r.o. 68. Misschien kan de Klare Taal Bokaal Commissie eens een briefje sturen naar Luxemburg dat de rechters in Luxemburg ook in aanmerking kunnen komen voor die prijs als zij hun best doen?

Tot slot

34. Op de VAR-jaarvergadering in 2019 hebben wij met zijn allen nog een rondje 'glazen bol kijken' gedaan over de uitkomst in deze zaak. Ik dacht zelf dat de lpg-tankwagens zaak het einde ging zijn van de formele rechtskracht. Marcelle Renneman (die haar Preadvies over de Unierechtelijke dimensies van de formele rechtskracht had geschreven), kwam ook tot die conclusie. De eerste stelling van Renneman die ter stemming is gebracht bij de vergadering, leverde het beeld op dat 55% dacht dat het Hof een schending van het Unierecht zou aannemen. 23% dacht van niet en de rest onthield zich van stemming (p. 81 Verslag). Ik denk dus niet dat ik de enige ben die dit arrest met verbazing heeft gelezen.

35. Toch bleek zich in de zaal een soort Unierechtelijk orakel te bevinden in de vorm van Rob Widdershoven. Hij verwees tijdens de discussies naar de ontwikkelingen in Kühne en Heitz en Byankov (ter herinnering: beiden van na Ciola) en stelde de volgende (retorische) vraag: "[z]ou het niet raar zijn dat het Hof enerzijds heel hard vasthoudt aan de regel dat geen enkel besluit hoeft te worden herzien behalve in extreme situaties zoals in Kühne en Heitz en Byankov, en vervolgens te kennen geeft dat die besluiten niet kunnen worden gehandhaafd?" Even later beantwoorde hij de vraag wat er ging komen met het lpg-tankwagens arrest: "[i]k denk [...] dat we, gelet op alle ontwikkelingen aan de andere kant, nog

iets subtiels gaan krijgen. Ik mis de logica van een systeem waarin je geen enkel besluit hoeft te herzien maar waarin je besluiten nooit mag handhaven. Dat zou raar zijn." Iets subtiels hebben wij zeker gekregen. Als Rob Widdershoven nu alleen ook zo wijs was geweest om met de 150 aanwezigen ook om een fles wijn te wedden, dan had hij denk ik een flinke wijnkelder kunnen bemachtigen.

T.N. Sanders

O&A 2021/22

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
18 november 2020, nr. 201905017/1/A2

(F.C.M.A. Michiels (voorzitter), G.T.J.M. Jurgens, en J. Gundelach)

m.nt. J.H.M. (Jonathan) Huijts¹

ECLI:NL:RVS:2020:2775

Nadeelcompensatie, schadevergoeding, égalitébeginsel, normaal maatschappelijk risico, normaal ondernemersrisico, Handleiding nadeelcompensatie bij schade door infrastructurele maatregelen

Op 18 november 2020 deed de Afdeling uitspraak in drie zaken waarin ondernemers nadeelcompensatie verzochten van het college van B&W van Katwijk wegens omzetschade door kustversterkingswerkzaamheden en de bouw van een parkeergarage. J.H.M. Huijts laat zien dat hieruit belangrijke nieuwe lessen kunnen worden getrokken met betrekking tot de afbakening van het normaal maatschappelijk risico bij tijdelijke omzetschade door infrastructurele werkzaamheden.

Overwegingen uit de uitspraak

32. De invulling van het normale maatschappelijke risico of het normale ondernemersrisico is afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het geval. Van belang zijn onder meer de aard van de schadeveroorzakende maatregel (tijd, duur, plaats, ontstaanswijze en andere relevante omstandigheden), de aard, ernst en omvang de schade en de vraag of de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag.

33. Anders dan [appellant sub 2] betoogt, hebben de werkzaamheden naar tijd, plaats, ontstaanswijze of begeleidende omstandigheden geen uitzonderlijk of ongebruikelijk karakter.

34. Voorop staat dat de uitvoering van het projectplan Kustversterking Katwijk een normale maatschappelijke ontwikkeling is, waarvan de nadelige gevolgen in beginsel voor

¹ J.H.M. (Jonathan) Huijts is universitair docent aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en onafhankelijk wetenschappelijk adviseur bij Corten De Geer Advocaten. Hij promoveerde 20 mei 2020 op het proefschrift: *Nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade. Titel 4.5 Awb en afdeling 15.1 Omgevingswet: tussen eenheid en verscheidenheid* (diss. UM), Den Haag: IBR 2020.

rekening van de benadeelde ondernemers dienen te blijven. De Afdeling heeft eerder over de kustversterking in Noordwijk geoordeeld dat de uitvoering van werkzaamheden voor een goede en veilige kustversterking een normale maatschappelijke ontwikkeling in het algemeen belang is (uitspraken van 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:163 en van 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1198). Er is geen aanleiding in dit geval anders te oordelen, omdat ook Katwijk een van de zwakke schakels van de Nederlandse kust was. De werkzaamheden lagen ook ter plekke in de lijn van de verwachtingen. De primaire waterkering in Katwijk liep dwars door het centrum en voldeed niet meer aan de veiligheidsnormen van de Waterwet. Door de kustversterking gingen bestaande parkeerplaatsen bij de zee verloren. Daarnaast was al langer bekend dat het parkeerprobleem in Katwijk moest worden opgelost en de parkeerdruk moest worden vermindert. In het ontwerpbestemmingsplan Kustwerk Katwijk is vermeld dat alternatieven voor de locatie niet of nauwelijks aanwezig waren, omdat het bebouwd gebied van Katwijk intensief is bebouwd en het dorp wordt omringd door natuurgebied (waar in beginsel niet gebouwd mag worden). De huidige ondergrondse parkeergarage ligt gunstig ten opzichte van het centrumgebied, het hart van de Boulevard en het strand. Dat ervoor is gekozen een ondergrondse parkeergarage te bouwen in het duingebied tussen de dijk en de Boulevard is, gelet op de noodzaak van de kustversterking en de gevolgen die de kustversterkingswerkzaamheden zouden hebben voor de parkeergelegenheid, daarom ook een normale maatschappelijke ontwikkeling, die ter plekke in de lijn der verwachtingen lag.

De bouw van de ondergrondse parkeergarage is ook het gevolg van een jaren lang gevoerd beleid. In de vergadering van 16 december 2010 heeft de raad van de gemeente Katwijk zich uitgesproken over een voorkeursvariant van kustversterking met een ondergrondse parkeergarage. De verschillende besturen (van de provincie, het Rijk, het Hoogheemraadschap van Rijnland en de gemeente) hebben deze wens gehonoreerd en vastgelegd in de bestuursovereenkomst Kustversterking van 23 februari 2011. Op 14 juni 2012 heeft de raad van Katwijk ingestemd met de omvang van de parkeergarage met bijbehorende investering. Het ontwerpbestemmingsplan Kustwerk Katwijk is vastgesteld op 26 juni 2012 en maakt onder meer de ruimtelijke inpassing van de parkeergarage mogelijk. Het bestemmingsplan Kustwerk Katwijk van 4 april 2013 is op 27 november 2013 in rechte onaanastbaar geworden.

35. De werkzaamheden voor de dijk-in-duinconstructie en de parkeergarage zijn zonder vertraging uitgevoerd. De kustversterkingswerkzaamheden hebben enkele maanden geduurd en zijn uitgevoerd in de duinen en op het strand, zodat de overlast voor de kiosk op de Boulevard beperkt is geweest. De werkzaamheden voor de bouw van de ondergrondse parkeergarage zijn uitgevoerd van half april tot eind december en hebben niet abnormaal lang geduurd. Er is geen grond voor het oordeel dat [appellant sub 2] ervan kon uitgaan dat de bouw van de parkeergarage uitsluitend in de winter zou plaatsvinden. De omstandigheid dat de bouwwerkzaamheden in het voor [appellant sub 2]

belangrijke zomerseizoenen hebben plaatsgevonden, is geen omstandigheid die maakt dat het hier niet om normale infrastructuurle werkzaamheden gaat. De duur van de werkzaamheden is ook niet abnormaal lang geweest. Verder waren de ijskiosken ten tijde van de bouw van de parkeergarage bereikbaar en operationeel, zij het in mindere mate. 36. Bij de vaststelling van het normaal maatschappelijk risico dient ook rekening gehouden te worden met omstandigheden die betrekking hebben op de benadeelde zelf. Het uitgangspunt is dat elke zelfstandige ondernemer zijn onderneming drijft voor eigen risico en ook zelf verantwoordelijk is voor zijn beslissingen. Tot het normale ondernemersrisico behoren dan ook de nadelen die direct samenhangen met de keuze die de ondernemer zelf heeft gemaakt voor een bepaald type bedrijfsvoering en de plek waarop hij zijn bedrijf uitoefent.

37. In dit geval gaat het om een ondernemer die al tientallen jaren standplaatsen op de Boulevard heeft. [appellant sub 2] moest jaarlijks een nieuwe vergunning aanvragen om een standplaats in te nemen in de openbare ruimte. Na afloop van een jaar beoordeelt het college elke keer opnieuw of de vergunning nogmaals zal worden verstrekt. [appellant sub 2] behoort niet tot de bedrijven die in de beleidsregel 'Beleid inzake standplaatsen, venten en snuffelmarkten 2007' als permanent zijn aangewezen. Inherent aan de exploitatie op basis van jaarlijks te verlenen vergunningen is een relatief groot ondernemersrisico. Een standplaatshouder kan niet rekenen op een ongestoord gebruik van zijn locatie. Het college heeft zich in dit verband terecht op het standpunt gesteld dat degene die slechts aanspraak kan maken op een standplaatsvergunning voor het gebruik van de openbare ruimte, het ondernemersrisico loopt dat die vergunning op enig moment vanwege infrastructuurle werken in die openbare ruimte niet langer of niet onder dezelfde voorwaarden wordt verleend en dat diegene daardoor wordt geconfronteerd met een lagere omzet. Bovendien neemt met het verstrijken van de tijd het risico op een inbreuk op het gebruik van een standplaats op een risicolocatie als deze navenant toe. Daar komt in dit geval nog bij dat de inbreuk op het gebruik van de standplaats, zoals hierboven is overwogen, gerechtvaardigd en tijdelijk was. Tot slot is relevant dat de overlast als gevolg van de werkzaamheden concreet is aangekondigd in de vergunning van 3 december 2012 en de werkzaamheden al langer van te voren in algemene zin waren aangekondigd. Daarom heeft [appellant sub 2] op die periode van tijdelijke overlast kunnen anticiperen.

38. Voor zover [appellant sub 2] betoogt dat zij vooraf geen mogelijkheden had om te voorkomen dat zij, als gevolg van de uitvoering van het project Kustversterking Katwijk schade zou lijden en dat zij genooddaakt was standplaats in te nemen in het gebied waar de werkzaamheden werden uitgevoerd, brengt dit, wat daar ook van zij, niet met zich dat zij de schade op de overheid kan afwentelen. Voor tal van risicofactoren, zoals weersgesteldheid, invloed van de seizoenen, ziekte, werknemers, stakingen, normale omzetschommelingen en economische recessie, geldt immers dat de betrokken ondernemer daarop geen invloed

heeft. Dit soort risicofactoren zijn inherent aan het drijven van een onderneming. De daardoor geleden schade behoort in beginsel tot het normale ondernemersrisico (zie de uitspraak van 18 maart 2020 ECLI:NL:RVS:2020:794). Een bijkomende reden om deze schade niet op de overheid te kunnen afwentelen, is het gegeven dat een onderneming als [appellant sub 2] op langere termijn ook de vruchten plukt van de maatregelen waardoor zij gedurende een korte periode is getroffen. [appellant sub 2] heeft dit niet weersproken.

39. De Afdeling komt tot de slotsom dat in dit geval een (zeer) hoge mate van risicotoerekening in de rede ligt. Dat het college, mede vanuit politiek-beleidsmatige afwegingen, aanleiding heeft gezien een drempel van 30% te hanteren voor de vaststelling van het normaal ondernemersrisico, leidt niet tot de conclusie dat [appellant sub 2] daarmee te kort is gedaan. De Afdeling acht het ook aanvaardbaar dat het college een hoger percentage aan ondernemersrisico heeft gehanteerd dan in de zaak van de viskiosk die tot de uitspraak van dezelfde dag, ECLI:NL:RVS:2020:2717, heeft geleid. Daarbij is van belang dat het college bij besluit van 21 maart 2014 de standplaatsvergunning voor de locatie 't Waaigat heeft geweigerd, omdat die locatie niet beschikbaar was vanwege de werkzaamheden. In beginsel bestaat geen aanspraak op nadeelcompensatie als gevolg van het niet verlenen van een jaarlijks te verlenen vergunning (zie de uitspraak van de Afdeling van 27 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ2652). Het college is [appellant sub 2] tegemoetgekomen door een vergunning voor een vervangende locatie te verlenen. Omdat de aangeleverde omzetcijfers niet konden worden uitgesplitst naar ijskiosk, heeft het college een groter aandeel van de schade voor risico van [appellant sub 2] kunnen laten dan het heeft gedaan in de zaak van de viskiosk.

40. Anders dan [appellant sub 2] betoogt, was het college niet gehouden een drempel van 8% van de gemiddelde jaaromzet te hanteren. De rechtspraak waarin een drempel van 8% is aanvaard, ziet op reguliere infrastructurele maatregelen (zie de uitspraak van 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1650 (AH Cassandraplein)). In die rechtspraak is onder meer overwogen dat voor de toepassing van een drempel van 8% bij schade als gevolg van reguliere infrastructurele werkzaamheden geen verhoogde motiveringsplicht geldt. Dit laat onverlet dat een bestuursorgaan in een andere situatie een hoger percentage als normaal ondernemersrisico als ondergrens kan hanteren dan wel op een tegemoetkoming in mindering kan brengen. In dit geval doet zich zo'n situatie voor, nu, zoals de Afdeling heeft overwogen, een zeer hoge mate van risicotoerekening in de rede ligt. Anders dan [appellant sub 2] betoogt, is er ook geen grond voor het oordeel dat de vergunningensituatie en concrete aankondiging van overlast in de vergunningen al verdisconteerd zijn in een drempel van 8%. Beide omstandigheden waren immers niet aan de orde in de *Cassandraplein*-uitspraak. Anders dan [appellant sub 2] betoogt, is er om deze reden ook geen grond voor het oordeel dat het college voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van de geleden schade een drempel van 15% had moeten toepassen,

die voor de vaststelling van het normaal ondernemersrisico van de exploitanten van strandpaviljoens is gehanteerd. Strandpaviljoenhouders exploiteren hun paviljoen op basis van een huurovereenkomst en niet op basis van een jaarlijks te verlenen opzegbare vergunning.

41. [appellant sub 2] heeft verder nog gewezen op de uitspraak van de Afdeling van 28 mei 2014 (Wouwse Tol II) en de Handleiding nadeelcompensatie bij infrastructurele maatregelen van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 2018. De Handleiding is voor een groot deel geïmplementeerd in de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Waterstaat 2019 (*Stcrt.* 2018/66154). Volgens [appellant sub 2] volgt hieruit dat bij ondernemingen met een hoge brutowinstmarge voor de vergoedbaarheid van de geleden schade een lagere drempel gerechtvaardigd is.

42. De schadecommissie hanteert een binnen het stelsel van nadeelcompensatie gangbare en door de Afdeling geaccepteerde methode om de schade te berekenen. De schadecommissie heeft voor de berekening van de uit de omzetzijging voortvloeiende schade een vergelijking gemaakt tussen de situatie waarin [appellant sub 2] zich als gevolg van de werkzaamheden voor de ondergrondse parkeer garage bevond en de hypothetische situatie waarin [appellant sub 2] 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 dus controleerbaar. Op de gemiddelde omzet uit de referentieperiode worden een inflatiecorrectie en een branchecorrectie en/of een trendcorrectie toegepast. Daarbij speelt de feitelijke context van marktontwikkelingen en consumentengedrag een rol. (Zie de uitspraak van de Afdeling van 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1650 (AH Cassandraplein).)

43. Voor de berekening van de vergoedbare schade hanteert de schadecommissie de zogenoemde drempelmethode. De Afdeling heeft eerder overwogen dat het in beginsel met het oog op de uniformiteit en de voorspelbaarheid van de eventuele tegemoetkoming in schade aanvaardbaar is dat het bestuursorgaan voor de beantwoording van de vraag of schade al dan niet tot het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico behoort, met een vaste drempel werkt. Daarbij komt alleen de schade, de winstderiving, die voortvloeit uit de omzetzijging die uitstijgt boven een percentage van de gemiddelde jaaromzet voor vergoeding in aanmerking. (Zie de uitspraak van de Afdeling van 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105 (Wouwse Tol I).)

44. Dat in de Handleiding een andere methode wordt gehanteerd voor de vaststelling van de omvang van het normaal ondernemersrisico en dit voordelen met zich brengt, betekent niet, nog daargelaten dat de Handleiding van na de besluitvorming dateert, dat de door het college gehanteerde methode onjuist of ondeugdelijk is. Het college heeft gemotiveerd betoogd dat de enkele omstandigheid dat een

wegrestaurant/hotel en een onderneming die een ijskiosk exploiteert beide een hoge brutowinstmarge hebben, onvoldoende is om eenzelfde percentage als normaal ondernemersrisico te hanteren. Daarbij wordt geen rekening gehouden met de omstandigheid dat een ijskiosk op basis van een jaarlijks opzegbare vergunning wordt geëxploiteerd en de overlast concreet is aangekondigd in de vergunningen. Volgens het college is het ook niet voldoende om een drempel alleen af te stemmen op de brutowinstmarge en moet ook rekening worden gehouden met een andere kostenstructuur en een andere verhouding tussen lage vaste kosten en variabele kosten. Ijskiosken hebben sterk fluctuerende, weersafhankelijke omzetten en zijn in staat te besparen op (variabele) personeelskosten. [appellant sub 2] heeft hier te weinig tegenover gesteld om tot een ander oordeel te komen.

Noot

1. In deze bijdrage bespreek ik drie uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) over de afbakening van het normaal maatschappelijk risico bij tijdelijke inkomstenderving door infrastructurele maatregelen. Het betreft geschillen tussen enerzijds het college van B&W van Katwijk en anderzijds de houder van een mobiele viskiosk (ECLI:NL:RVS:2020:2717), de huurder van een strandpaviljoen (ECLI:NL:RVS:2020:2774), en de houder van twee mobiele ijskiosken (ECLI:NL:RVS:2020:2775). Zij procederen allen om vergoeding van uit omzetzalingen voortvloeiende schade als gevolg van werkzaamheden die in het kader van het project Kustwerk Katwijk zijn uitgevoerd. In deze annotatie zal ik onder 2 ingaan op deze schadeoorzaak. Vervolgens wordt onder 3 aandacht besteed aan het schadecomplex van de verschillende exploitanten. Onder 4 en 5 ga ik in op het oordeel van de rechtbank, waarna onder 6 t/m 13 wordt stilgestaan bij het oordeel van de Afdeling. In onderdeel 14 en 15 sluit ik deze bijdrage af met een beschrijving van de huidige stand van de rechtspraak wat betreft de afbakening van het normaal maatschappelijk risico bij tijdelijke inkomstenschade door infrastructurele maatregelen.

2. Op 23 februari 2013 stelde het Hoogheemraadschap Rijnland een projectplan vast dat voorzag in de versterking van de Katwijkse kust. De noodzaak daartoe bleek onder andere uit sinds 2002 verrichtte studies naar de sterkte van primaire waterkeringen langs de kust in de provincies Noord- en Zuid-Holland, waarin Katwijk werd aangewezen als zwakke schakel. De Katwijkse gemeenteraad stelde op 4 april 2013 het bestemmingsplan Kustwerk Katwijk vast. Dat voorzag hoofdzakelijk in een wijziging van de primaire waterkering in Katwijk aan Zee die bestond uit de aanleg van een dijk-in-duinconstructie met daarin een parkeergarage, zodat het reeds bestaande parkeerprobleem in deze regio tegelijkertijd zou worden aangepakt in plaats van vergroot. Bij besluit van 11 april 2014 verleenden B&W van Katwijk de omgevingsvergunning voor de bouw van de parkeergarage. De kustversterking werd uitgevoerd

door het hoogheemraadschap Rijnland en de parkeergarage werd gerealiseerd in opdracht van de gemeente Katwijk.

3. De claims van de benadeelden horen thuis in het nadeelcompensatierecht en niet in het planschaderecht. Het is immers vaste jurisprudentie dat schade in de vorm van tijdelijke hinder als gevolg van werkzaamheden ter uitvoering van een besluit als bedoeld in art. 6.1 lid 2 Wro, niet als gevolg van een dergelijk besluit maar als gevolg van de feitelijke werkzaamheden ter uitvoering van de planologische mogelijkheden die dit besluit biedt aan het bestuursorgaan wordt toegerekend. De viskiosk en ijskiosken worden al sinds 1999 respectievelijk 2005 geëxploiteerd op basis van jaarlijks opnieuw te verlenen standplaatsvergunningen. Door de werkzaamheden was de plaats waar één van de twee ijskiosken normaliter stond niet beschikbaar en werd een minder gunstige plek toegewezen, alwaar ook overlast werd ondervonden door de werkzaamheden. In de vergunning voor de viskiosk voor 2013 werd reeds vermeld dat alle kiosken vanaf september weg moesten zijn, maar er werd een uitzondering gemaakt zodat voor 2014 (het schadejaar) alsnog een vergunning kon worden afgegeven. Desalniettemin ondervond de exploitant van deze kiosk inkomstschade door de werkzaamheden. Het strandpaviljoen werd sinds 2012 geëxploiteerd op basis van een doorlopende huurovereenkomst, steeds van 1 maart tot 1 november. Door de werkzaamheden kon het paviljoen in 2014 pas open vanaf 18 april. Bovendien maakten de werkzaamheden dat het paviljoen slechter bereikbaar was en te kampen had met onder andere verlies van uitzicht en opstuivend zand.

4. Dat deze schades werden veroorzaakt door de werkzaamheden was niet in geschil tussen partijen. De drie exploitanten waren steeds van mening dat B&W een te hoge aftrek wegens het normaal maatschappelijk risico hanteerden: 15% van de normomzet op jaarbasis voor het strandpaviljoen, 20% voor de viskiosk, en 30% voor de ijskiosk. Zij doen daartoe allen onder andere een beroep op de *Cassandra-plein*-uitspraak (ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1650 (*Nadeelcompensatie Eindhoven/AH Cassandra-plein*)), waaruit volgt dat het bestuur bij schade door “reguliere infrastructurele werkzaamheden” een omzetzakelijke drempel van 8% kan hanteren zonder “verhoogde motiveringsplicht”. De rechtbank kwalificeert dit beroep in alle drie de zaken als het standpunt dat een 8%-drempel had moeten worden toegepast, welk standpunt in de visie van de rechtbank onvoldoende werd bestreden door het college. Bovendien komt zij in alle drie de zaken tot het oordeel dat de door het bestuur gehanteerde aftrek onvoldoende draagkrachtig is gemotiveerd. Daartoe overweegt zij steeds dat niet is voldaan aan de vaste jurisprudentielijn dat zwaardere eisen aan de motivering worden gesteld naarmate een hogere drempel wordt tegengeworpen, omdat (1) de door het bestuur gegeven motivering – enkele uitzonderingen daargelaten – algemeen van aard en niet toegespitst op de omstandigheden van het geval is; (2) het bestuur niet heeft gemotiveerd wat de invloed van de aard en duur van de werkzaamheden op de hoogte van de drempel is; en (3) niet is komen vast te staan dat het bestuur een vaste uitvoeringspraktijk kent waarin voor de vaststelling van het normaal ondernemersrisico een

omzeldrempel van 15% wordt gehanteerd. Op grond hiervan matigt de rechtbank de drempel voor het strandpaviljoen tot 8%. De drempels voor de viskiosk en de ijskiosk worden gematigd tot 15% respectievelijk 20%. Daarbij was doorslaggevend dat de standplaatsvergunningen jaarlijks opnieuw moesten worden aangevraagd, en beide exploitanten op de hoogte waren gesteld van de geplande werkzaamheden in besluitvorming die voorafging aan de exploitatie van de kiosken in het schadejaar. In het geval van de ijskiosk speelde ook nog een rol dat de vergunningaanvraag voor de gebruikelijke standplaats was afgewezen.

5. Het oordeel van de rechtbank is om meerdere redenen opmerkelijk. Of de motivering inderdaad te algemeen was en wat de rol van de aard en duur van de werkzaamheden dient te zijn, zal hierna aan bod komen tijdens de bespreking van het oordeel van de Afdeling over deze geschillen. Ten aanzien van het als derde door de rechtbank gegeven argument – het ontbreken van een vaste uitvoeringspraktijk inhoudende een 15%-omzeldrempel – merk ik op dat de omstandigheid dat er een ongeschreven uitvoeringspraktijk is, of zelfs in een beleidsregel zou staan, dat een 15%-omzeldrempel wordt gehanteerd, niet zou moeten maken dat tegenwerping van die drempel sneller als rechtmatig wordt beoordeeld. Wel is het zo dat een 15%-drempel niet langer voor de hand ligt als hantering van een lager drempelpercentage in algemene zin deel uitmaakt van door het bestuur gevoerd nadeelcompensatiebeleid (ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1651, r.o. 4 (*Bandencentrum Eindhoven*)). Verder kan de vraag worden opgeworpen of het aankondigen van werkzaamheden een rol zou moeten spelen bij de vaststelling van het normaal maatschappelijk risico. Concrete voorzienbaarheid van de schade(oorzaak) is mijns inziens eerder een omstandigheid die moet worden meegewogen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van actieve risicoaanvaarding en/of de benadeelde heeft voldaan aan zijn schadebeperkingsplicht. Ook is niet duidelijk waarom de weigering van de vergunning voor de reguliere standplaats (ten aanzien van de ijskiosk) een rol zou moeten spelen bij de afbakening van het normaal maatschappelijk risico, en of zij maakte dat in geval van de ijskiosk de drempel 5% hoger werd vastgesteld. Is de achterliggende gedachte dat de drempel wegens normaal maatschappelijk risico best wat hoger mag zijn omdat een alternatieve standplaats is aangeboden? Zo ja, dan lijkt ook dat mij een onwenselijke onderbouwing van het rechterlijk oordeel. Het bieden van een alternatieve standplaats lijkt namelijk iets dat eerder een rol zou moeten spelen bij de vaststelling van de omvang van de schade (eventueel onder het mom van compensatie in natura), en het bestuur doet ter beperking van zijn eigen aansprakelijkheid.

6. In alle drie de zaken worden zowel door B&W als de benadeelde exploitant beroepsgronden aangevoerd die de Afdeling noodzaken zich uit te laten over het normaal maatschappelijk risico. De Afdeling vangt daarbij aan met enkele standaardoverwegingen. Het riedeltje zal voor de doorgewinterde nadeelcompensatiejurist niet nieuw zijn. De vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico is in de eerste plaats aan het bestuur, dat daarbij

beoordelingsruimte toekomt. Het bestuur moet zijn besluit naar behoren motiveren en de rechter toets deze motivering wanneer de beroepsgronden daartoe aanleiding geven. Als de door het bestuur gegeven motivering niet volstaat, kan de rechter zijn eigen oordeel over de omvang van het normaal maatschappelijk risico geven. Uiteraard moeten alle relevante omstandigheden van het geval in deze motivering worden betrokken. Het valt op dat de Afdeling haar overweging omtrent wat deze omstandigheden kunnen zijn heeft verduidelijkt door enige toelichting tussen ronde haken te plaatsen: “van belang zijn onder meer de aard van de schadeveroorzakende maatregel (tijd, duur, plaats, ontstaanswijze en andere relevante omstandigheden), de aard, ernst en omvang de schade en de vraag of de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag.” Dit is een ontwikkeling die ik toejuich, omdat zij bijdraagt aan de rechtszekerheid (vgl. in een andere context: Huijts 2020, p. 156). Mogelijkerwijs voorkomt zij tot op zekere hoogte dat bestuur, burgers, deskundigen en rechtbanken allerlei omstandigheden bij de afbakening van het normaal maatschappelijk risico betrekken die daarbij eigenlijk niet zouden moeten worden meegewogen (vgl. onderdeel 5 van deze bijdrage). Zij maakt immers duidelijker wat de Afdeling verstaat onder “alle relevante omstandigheden van het geval”, al is het zo bezien natuurlijk jammer dat de toelichting op de factor “aard van de schadeoorzaak” weer spreekt van “andere relevante omstandigheden”.

7. Na vermelding van de standaardoverwegingen gaat de Afdeling over tot de beoordeling van de aan haar voorgelegde zaken. Daarbij richt zij zich eerst op de schadeoorzaak. Hierover overweegt zij dat de uitvoering van het projectplan, mede omdat Katwijk een van de zwakke schakels van de Nederlandse kust was, een normale maatschappelijke ontwikkeling betreft, waarvan de nadelige gevolgen in beginsel voor rekening van de benadeelde ondernemers dienen te blijven. De werkzaamheden lagen bovendien ook ter plaatse in de lijn der verwachtingen, omdat de primaire waterkering in Katwijk dwars door het centrum liep en niet meer voldeed aan de veiligheidsnormen van de Waterwet. Ook de bouw van een parkeergarage op de bewuste locatie was een normale maatschappelijke ontwikkeling die ter plekke in de lijn der verwachtingen lag. De kustversterking zou immers ten koste gaan van bestaande parkeerplaatsen, terwijl alternatieven nauwelijks bestonden. Bovendien ging Katwijk al gebukt onder parkeerproblematiek. Voorts was de bouw van de parkeergarage de uitkomst van een jarenlang gevoerd beleid. Vervolgens richt de Afdeling zich op de wijze waarop uitvoering is gegeven aan de werkzaamheden: zij hadden naar tijd, plaats, ontstaanswijze, of begeleidende omstandigheden geen uitzonderlijk of ongebruikelijk karakter. Zo was de duur van de werkzaamheden niet abnormaal lang (enkele maanden voor de kustversterkingswerkzaamheden en een dikke negen maanden voor de bouw van de parkeergarage). Ook werden de werkzaamheden zonder vertraging uitgevoerd. Verder bleek reeds uit de *Wouwse Tol*-einduitspraak (ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1868) dat uitvoering van werkzaamheden in het normaliter qua omzet gunstige zomerseizoen

geen omstandigheid is die maakt dat werkzaamheden als niet normaal moeten worden gekwalificeerd. Ook was van belang dat alle etablissementen gedurende de werkzaamheden bereikbaar en operationeel waren, zij het enigszins verminderd. De plaatsing van het zanddepot naast het strandpaviljoen vormde ten slotte onvoldoende grond voor het oordeel dat de uitvoering van de werkzaamheden buitengewone aspecten kende. Kortom: vooralsnog staan alle seinen op groen om de schade (in grote mate) voor rekening van de ondernemers te laten.

8. Bijzonder aan deze uitspraken is dat de Afdeling een nieuwe standaardoverweging lijkt te introduceren: “bij de vaststelling van het normaal maatschappelijk risico dient ook rekening gehouden te worden met omstandigheden die betrekking hebben op de benadeelde zelf. Het uitgangspunt is dat elke zelfstandige ondernemer zijn onderneming drijft voor eigen risico en ook zelf verantwoordelijk is voor zijn beslissingen. Tot het normale ondernemersrisico behoren dan ook de nadelen die direct samenhangen met de keuze die de ondernemer zelf heeft gemaakt voor een bepaald type bedrijfsvoering en de plek waarop hij zijn bedrijf uitoefent.” Dit wisten we natuurlijk eigenlijk al door uitspraken als *Leffers* (HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC4031), *Harrida* (HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7902), en de *Wouwse Tol*. Toch is het verfrissend dat de Afdeling zich zo duidelijk in algemene bewoordingen hierover uitlaat. Zij concretiseert bovendien: “voor tal van risicofactoren, zoals locatie, weersgesteldheid, invloed van de seizoenen, ziekte, werknemers, stakingen, normale omzetschommelingen en economische recessie, geldt dat deze inherent zijn aan het drijven van een onderneming. De daardoor geleden schade behoort in beginsel tot het normale ondernemersrisico.” De exploitant van het strandpaviljoen mocht hierdoor niet op “ongestoord gebruik” van zijn locatie rekenen. Hij huurt immers een locatie op of dichtbij een waterstaatswerk, terwijl het in de lijn der verwachtingen lag dat daaraan werkzaamheden moesten worden uitgevoerd teneinde goede en veilige kustversterking te realiseren en parkeerproblematiek te verhelpen. De exploitanten van de vis- en ijskiosk mochten eveneens niet op ongestoord gebruik rekenen. Daarbij was relevant dat degene die aanspraak kan maken op een standplaatsvergunning voor het gebruik van de openbare ruimte, het ondernemersrisico loopt dat die vergunning op enig moment vanwege infrastructurele werken in die openbare ruimte niet langer of niet onder dezelfde voorwaarden wordt verleend en dat diegene daardoor wordt geconfronteerd met een lagere omzet. Met het verstrijken van de tijd neemt het risico op een inbreuk op het gebruik van een standplaats op een risicolocatie als deze bovendien navariant toe.

9. De Afdeling weegt ook een aantal omstandigheden mee ten aanzien waarvan de vraag kan worden gesteld of zij wel van invloed zouden moeten zijn op de omvang van het normaal maatschappelijk risico. Ten eerste is opmerkelijk dat de Afdeling onder de noemer van “omstandigheden die betrekking hebben op de benadeelde zelf” ook meeweegt dat de inbreuk op het gebruik van de standplaats gerechtvaardigd en tijdelijk was. Dat het tijdelijke karakter van de

inbreuk een rol speelt is logisch, maar de vraag of de inbreuk gerechtvaardigd was, is een rechtmatigheidsvraag en zou mijns inziens dus geen rol moeten spelen bij de afbakening van het normaal maatschappelijk risico. Ten tweede is opmerkelijk dat de Afdeling meeweegt dat de werkzaamheden van tevoren waren aangekondigd, in algemene zin én bij verlening van de (eerdere) standplaatsvergunningen. Het lijkt mij waarschijnlijk dat de Afdeling dit doet, omdat partijen de aankondiging van de werkzaamheden zelf hebben betrokken in hun discussie omtrent het normaal maatschappelijk risico. Dat laat echter onverlet dat deze concrete voorzienbaarheid mijns inziens enkel een rol zou moeten spelen bij de eventuele vaststelling van actieve risicoaanvaarding en/of de vaststelling of benadeelde aan zijn schadebeperkingsplicht heeft voldaan, maar niet bij de afbakening van het normaal maatschappelijk risico (vgl. onderdeel 5 van deze bijdrage). Volgens mij was het dus ‘zuiverder’ geweest als de Afdeling had overwogen dat deze omstandigheid – anders dan het college betoogde – niet relevant is voor de afbakening van het normaal maatschappelijk risico. Ten slotte refereer ik nog aan de overweging dat een bijkomende reden om de schade niet op de overheid te kunnen afwentelen is gelegen in het gegeven dat ondernemingen als die van de exploitanten op langere termijn ook de vruchten plukken van de maatregelen waardoor zij nu zijn getroffen. Waarschijnlijk heeft de Afdeling met de formulering “bijkomende reden” willen aangeven dat dit een overkoepelende reden betreft om de schade voor rekening van de benadeelde ondernemers te laten (en betreft dit dus – terecht – geen omstandigheid die zij in haar beoordeling van het normaal maatschappelijk risico heeft betrokken). Dat lijkt mij ook heel redelijk in het geval van het strandpaviljoen. In het geval van de vis- en ijskiosk vind ik dit enigszins wrang. De exploitanten daarvan werd eerder immers juist tegengeworpen dat zij opereerden op grond van jaarlijks opnieuw aan te vragen standplaatsvergunningen. Of zij in de toekomst opnieuw een vergunning zouden krijgen en daarmee ook daadwerkelijk voordeel zouden ondervinden van de verbeterde situatie, was dus nog onbekend op het moment dat het zelfstandig schadebesluit werd genomen.

10. Kort gezegd, komt de Afdeling in de zaak van het strandpaviljoen tot het oordeel dat de daarin gehanteerde 15%-omzetzijnsdrempel voldoende wordt gerechtvaardigd doordat (1) de schade werd veroorzaakt door werkzaamheden die kunnen worden gekwalificeerd als een normale maatschappelijke ontwikkeling die ook ter plaatse in de lijn der verwachtingen lag; (2) de werkzaamheden ook qua uitvoering niet uitzonderlijk waren; en (3) er verzwarende omstandigheden waren die betrekking hebben op de benadeelde zelf (zoals de kwetsbare locatie van het strandpaviljoen). In de zaken van de vis- en ijskiosk wordt hieraan toegevoegd dat “een (zeer) hoge mate van risicotoerekening in de rede ligt”. Anders dan het strandpaviljoen werden deze gelegenheden immers niet geëxploiteerd op basis van een doorlopende huurovereenkomst, maar op basis van jaarlijks opnieuw aan te vragen standplaatsvergunningen. Dat het college, mede vanuit politiek-beleidsmatige afwegingen aanleiding heeft gezien voor een omzetzijnsdrempel van

20% respectievelijk 30%, leidt volgens de Afdeling niet tot de conclusie dat de exploitanten daarmee te kort zijn gedaan. Dat de drempel in geval van de ijskiosk 10% hoger ligt, wordt volgens de Afdeling voldoende gerechtvaardigd door twee omstandigheden: (1) de vergunning voor de reguliere standplaats van de ijskiosk was oorspronkelijk geweigerd, waarna het college de exploitant reeds tegemoet kwam door de vergunning voor de alternatieve standplaats toe te kennen; en (2) de exploitant van de ijskiosk exploiteerde ook een tweede ijskiosk, terwijl het onmogelijk bleek de omzetcijfers uit te splitsen naar de getroffen ijskiosk. Ten aanzien van de eerste omstandigheid overweegt de Afdeling dat in beginsel geen aanspraak op nadeelcompensatie bestaat bij schade door het niet verlenen van een jaarlijks te verlenen vergunning (een vergelijkbare trend is waarneembaar bij het stopzetten van een langdurige subsidierelatie die jaarlijks werd hernieuwd (vgl. ABRvS 30 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3633)). Daarbij verwijst zij naar haar uitspraak van 27 april 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BQ2652) omtrent vergunningen voor kokkelvisserij die jaarlijks (al dan niet onder stringente voorwaarden) werden verleend of geweigerd. In deze uitspraak speelde niet enkel een rol dat de vergunningen jaarlijks werden verleend, maar achtte de Afdeling bijvoorbeeld ook van belang dat de kokkelvisserij al sinds de jaren '80 werd geconfronteerd met beperkingen en sprake was van een geleidelijke en voorzienbare ontwikkeling van het beleid ten aanzien van de kokkelvisserij. De Afdeling lijkt nu wat minder waarde te hechten aan dergelijke aanvullende omstandigheden, aangezien zij de algemeen geformuleerde stelregel geeft dat in beginsel geen aanspraak op nadeelcompensatie bestaat bij schade door het niet verlenen van een jaarlijks te verlenen vergunning. Ten aanzien van de tweede omstandigheid geeft de Afdeling geen nadere toelichting. Het betreft een omstandigheid die oorspronkelijk werd aangevoerd door de deskundige die het college in deze zaak adviseerde. Uit de uitspraak blijkt echter niet wat op dit punt de achterliggende gedachte van de deskundige was. Mij is dan ook niet direct duidelijk waarom deze omstandigheid van invloed zou moeten zijn op de omvang van het normaal maatschappelijk risico. Als omzetcijfers niet kunnen worden uitgesplitst, lijkt mij dat eerder van invloed te kunnen zijn op de vaststelling van het causaal verband tussen de werkzaamheden en de beweerdelijk daardoor geleden schade.

11. Tot slot besteedt de Afdeling nog enige aandacht aan twee resterende aspecten uit het betoog van de exploitanten: (1) de *Cassandraplein*-uitspraak, en (2) de Handleiding nadeelcompensatie bij infrastructurele maatregelen (hierna: de Handleiding). In de *Cassandraplein*-uitspraak overwoog de Afdeling dat geen "verhoogde motiveringsplicht" voor toepassing van een 8%-omzetzijndrempel bestaat bij schade door "reguliere infrastructurele werkzaamheden". De precieze betekenis van deze jurisprudentielijn was nog niet duidelijk, omdat de Afdeling zich sindsdien niet hoefde uit te laten over de toelaatbaarheid van hogere drempels (doorgaans omdat de schade niet boven de aangevochten 8%-drempel uitkwam, vgl. ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1228, r.o. 14; ABRvS 13 maart 2019,

ECLI:NL:RVS:2019:811, r.o. 5.3; en ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1652, r.o. 14.1 (*Supermarkt Haarlem*)). Wel overwoog de Afdeling in een uitspraak van 11 september 2019 het "aan de hoge kant" te vinden wanneer het bestuur een omzetzijndrempel van 15% als uitgangspunt neemt (vgl. ECLI:NL:RVS:2019:3121, r.o. 15.4). In de drie uitspraken die centraal staan in deze bijdrage herhaalt de Afdeling haar overweging uit de *Cassandraplein*-uitspraak, om vervolgens te overwegen dat die onverlet laat dat "een bestuursorgaan in een andere situatie een hoger percentage als normaal ondernemersrisico als ondergrens kan hanteren dan wel op een tegemoetkoming in mindering kan brengen." Op grond van het voorafgaande moge duidelijk zijn dat de Afdeling in de onderhavige drie zaken van oordeel was dat sprake was van zo'n andere situatie. Ze oordeelde immers dat de daarin door het bestuur gehanteerde drempelpercentages (15, 20 en 30 procent) naar behoren waren gemotiveerd. Op de vraag in hoeverre het niet bestaan van een verhoogde motiveringsplicht voor een drempel van 8% meebrengt dat thans wel een verhoogde motiveringsplicht geldt voor een hogere drempel (zoals de vroeger lange tijd gebruikelijke drempel van 15%) zal ik nog kort ingaan onder 14.

12. Dan is er nog het punt van de Handleiding. De exploitanten stellen in variërende mate dat (1) de handleiding een andere berekeningsmethode zou voorschrijven dan de methode die is gebruikt in het deskundigenadvies dat het college aan zijn besluitvorming ten grondslag heeft gelegd; en (2) dat de Handleiding had moeten worden gevolgd bij de afbakening van het normaal maatschappelijk risico. Qua schadebegroting vraag ik me af of het door bepaalde exploitanten ingewonnen tegenadvies wel daadwerkelijk conform de Handleiding is opgesteld. De Handleiding schrijft namelijk (grofweg) de drie fasen methode voor die ook door de deskundige van het bestuur is gebruikt: (1) vaststelling van de brutowinstderving aan de hand van een vergelijking tussen de in de schadepriode daadwerkelijk behaalde omzet en een normomzet die wordt bepaald aan de hand van referentiejaren, (2) verrekening van besparingen op de vaste kosten en andere voordelen, en (3) verrekening van eventuele extra kosten ter voorkoming of beperking van de schade (zie hierover uitgebreider Huijts 2020, p. 233 e.v. en hoofdstuk 6 van de Handleiding). Als het aankomt op de afbakening van het normaal maatschappelijk risico gebruiken de deskundigen wel echt uiteenlopende methoden. De deskundige van het bestuur gebruikt de reguliere drempelmethode, waarbij de hoogte van de drempel meteen de precieze omvang van het normaal maatschappelijk risico aangeeft. De deskundigen van de exploitanten gebruiken de Handleiding, die werkt met een ingangsdrempel die afhankelijk is van de brutowinstmarge van de getroffen onderneming. Pas als die ingangsdrempel blijkt te zijn gepasseerd, wordt de precieze omvang van het normaal maatschappelijk risico bepaald in de vorm van wat de Handleiding een 'forfait' noemt.

13. Eigenlijk rekent de Afdeling snel af met de onder 12 beschreven bezwaren van de exploitanten: het kan best zijn dat de methoden uit de Handleiding bepaalde voordelen meebrengen, maar dat betekent niet dat de door het

bestuur gehanteerde methoden onjuist of ondeugdelijk zijn. Dit oordeel past goed binnen de standaardoverweging die de Afdeling in algemene zin – en ook in twee van de zaken die centraal staan in deze bijdrage – bezigt in het kader van schadebegroting: “bij het begroten van schades moeten altijd keuzes worden gemaakt. Het gaat erom dat die keuzes redelijk en aanvaardbaar zijn” (vgl. ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3819). Bovendien zijn zowel de standaard drempelmethode als het gebruik van een ingangsdrempel gesanctioneerd in eerdere Afdelingsjurisprudentie. In de zaak van de ijskiosk gaf het college aan de in de Handleiding voorgeschreven afbakening van het normaal maatschappelijk risico in dit geval niet te onderschrijven, omdat het onvoldoende zou zijn een drempel alleen af te stemmen op de brutowinstmarge. Er zou volgens het college ook rekening moeten worden gehouden met een andere kostenstructuur en een andere verhouding tussen lage vaste kosten en variabele kosten. Zo zouden ijskiosken sterk fluctuerende, weersafhankelijke omzetten hebben en in staat zijn te besparen op (variabele) personeelskosten. Procee, Timmer en Jager merken hierover in hun annotatie (BR 2021/15, onderdeel 9) op dat de Afdeling zou hebben geoordeeld dat het college zich op dit standpunt mocht stellen. Volgens mij ligt het genuanceerder: de Afdeling oordeelde slechts dat de exploitant van de ijskiosk te weinig tegenover het betoog van het college had gesteld om tot een ander oordeel te komen dan dat het college zich mocht baseren op de afbakeningsmethode die door zijn deskundige was gebruikt. Daarmee zegt de Afdeling dus inhoudelijk niets over de mate waarin de door de Handleiding voorgeschreven methode al dan niet de rechterlijke toets kan doorstaan. Overigens zou dat ook vreemd zijn, omdat hetgeen het college tegen de Handleiding aanvoert geen hout snijdt: de Handleiding neemt de brutowinstmarge juist tot uitgangspunt omdat deze differentieert naar gelang verschillen in kostenstructuur tussen ondernemingen (vgl. Handleiding, p. 45 en 57 e.v.). Bovendien zal de Handleiding doorgaans worden geïmplementeerd bij wijze van beleidsregel (vgl. de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur & Waterstaat 2019) of verordening. In het eerste geval dienen eventuele omstandigheden die de systematiek van de Handleiding ten onrechte niet zou verdisconteren alsnog te worden meegewogen op grond van de inherente afwijkingsbevoegdheid van art. 4:84 Awb. In het tweede geval zou deze ruimte ook moeten bestaan, omdat de Handleiding adviseert een hardheidsclausule op te nemen in geval van implementatie bij wijze van verordening.

14. Tot slot resteert een belangrijke vraag: waar staan we nu na deze drie uitspraken? Procee, Timmer en Jager sluiten hun annotatie af met de opmerking dat het lastig blijft “Hard and fast rules” te formuleren. Dat ben ik graag met hun eens, met de kanttekening dat de Handleiding een heel eind komt voor schade door infrastructurele maatregelen. De Afdeling is echter ook duidelijk dat de Handleiding onder omstandigheden *kan*, maar niet *hoeft* te worden toegepast. Het blijft daarom van belang op basis van de rechtspraak richtlijnen te formuleren omtrent de afbakening van het normaal maatschappelijk risico bij dit soort schade.

Allereerst zal steeds moeten worden nagegaan of de schade-oorzaak een normale maatschappelijke ontwikkeling is. Is dat niet het geval, dan ligt het gebruik van een drempel niet “in de rede” (ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2052, r.o. 7.2 (*Hollandse brug*, tussenuitspraak)). Is dat wel het geval, dan kan een omzetzdrempel van 8% worden gehanteerd zolang het bestuur voldoende aannemelijk weet te maken dat de schade is veroorzaakt door “reguliere infrastructurele maatregelen”. Wil het een hoger percentage hanteren, dan dient dat te kunnen worden gemotiveerd aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval. Het is nog de vraag in hoeverre die motivering van meet af aan door het bestuur moet worden geleverd. De *Wouwse Tol*-uitspraak en nadien in 2016 gewezen jurisprudentie doen vermoeden dat het bestuur best beleidsmatig 15% als uitgangspunt mag hanteren – ook al vindt de Afdeling dat relatief hoog – maar in actie moet komen zodra de benadeelde bijzondere omstandigheden aanvoert (vgl. Huijts 2020, p. 298, m.n. voetnoot 206). Ik sluit echter niet uit dat nadien gewezen jurisprudentie omtrent de nieuwe wijze van toepassing van art. 4:84 Awb (ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, r.o. 4.3) meebrengt dat het bestuursorgaan ook al op voorhand actief dient na te gaan of sprake is van dergelijke bijzondere omstandigheden. Verder kunnen zich uiteraard ook omstandigheden die betrekking hebben op de benadeelde voordoen die aanleiding geven tot een verhoogde mate van risicotoerekening. Dan zal het percentage ook hoger mogen zijn dan 15. Of in absolute zin een maximumpercentage bestaat, is op grond van de tot op heden gewezen jurisprudentie niet te zeggen. Wel valt met zekerheid te zeggen dat 30% onder omstandigheden acceptabel wordt geacht door de Afdeling. Daarvan lijkt in ieder geval sprake te zijn bij schade door infrastructurele werkzaamheden die kunnen worden gekwalificeerd als normale maatschappelijke ontwikkeling die in de lijn der verwachtingen lag en ook qua uitvoering niet uitzonderlijk waren, terwijl de onderneming wordt geëxploiteerd op een locatie voor het gebruik waarvan jaarlijks een vergunning moet worden aangevraagd en ten aanzien waarvan de vergunninghouder dus geen recht op ongestoord genot kan ontlenen. Ook lijkt het me denkbaar dat dergelijke omstandigheden ertoe kunnen leiden dat een drempel of aftrek corresponderend met 15% van de omzet mag worden gehanteerd, ondanks dat de normale maatschappelijke ontwikkeling die de schade heeft veroorzaakt niet volledig in de lijn der verwachtingen lag. Op dit soort situaties, waarin volgens de Afdeling reden bestaat voor een zeer hoge mate van risicotoerekening, is de Handleiding nog niet toegepast. Wellicht kunnen de drie in deze bijdrage besproken uitspraken dus aanleiding vormen om de Handleiding op dit punt te actualiseren.

15. Tjepkema trok in 2016 de “sombere conclusie” dat door de *Wouwse Tol*-uitspraak “de onzekerheid voor de praktijk eerder is vergroot dan verkleind” (M.K.G. Tjepkema, ‘De Wouwse Tol. Nadeelcompensatie op grond van het beginsel ‘égalité devant les charges publiques’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opinie en thematisch geannoteerd*, Deventer: Wolters Kluwer

2016, p. 626-627). Die conclusie is op zichzelf nog steeds actueel. Voorafgaand aan deze uitspraak hanteerde de Afdeling immers als vaste lijn dat afbakening door middel van een 15%-omzetdrempel “rechtens aanvaardbaar” was (vgl. Huijts 2020, p. 293 e.v.). De omvang van het normaal maatschappelijk risico bij tijdelijke schade door infrastructurele maatregelen is helaas nog lang niet zo voorspelbaar als de omvang van het normaal maatschappelijk risico bij planschade in de vorm van permanente waardedaling van een onroerende zaak (vgl. Huijts 2020, p. 264 e.v.). Ook de drie in deze bijdrage besproken uitspraken dragen nauwelijks bij aan die voorspelbaarheid – in die zin dat op voorhand met relatief veel zekerheid kan worden gezegd wat de maximale omvang van het normaal maatschappelijk risico zal zijn. Dat geldt te meer nu het bestuur niet verplicht is de standaard drempelsystematiek te gebruiken, omdat ook een ingangsdrempel, een korting op het schadebedrag, een combinatie van een (ingangs)drempel en een korting, of een niet in percentages maar louter in woorden uitgedrukte afbakening van het normaal maatschappelijk risico zijn gesanctioneerd door de Afdeling. Het is immers lastig een rode draad te spinnen uit de uitkomsten van deze verschillende methoden. Toch maken deze drie uitspraken wellicht dat de destijds door Tjepkema tentoongespreide somberheid een beetje kan worden afgezwakt. Zoals ik in onderdeel 14 van deze bijdrage heb proberen te laten zien, bieden zij namelijk wel in algemene zin nieuw inzicht in de wijze waarop de omstandigheden van het individuele schadegeval kunnen doorwerken in de afbakening van het normaal maatschappelijk risico.

J.H.M. (Jonathan) Huijts