

ANNOTATIE

Nadeelcompensatie Kijkduin

mr. dr. G.M. van den Broek

Annotatie bij Raad van State, 12-06-2024, ECLI:NL:RVS:2024:2412 (OGR-2024-0079)

Negen bedrijven in Kijkduin krijgen geen nadeelcompensatie vanwege werkzaamheden aan de herinrichting van de route Kijkduin-Houtrust in de periode maart 2018 tot eind april 2019. De ondernemers stellen dat hun omzet is gedaald door de (jarenlange) herinrichting van Kijkduin en de veranderingen in de aanrijroute van de badplaats.

De herinrichting van Kijkduin werd mogelijk gemaakt door het bestemmingsplan Kijkduin-Ockenburgh uit 2014. Dit bestemmingsplan maakt de realisering van een aantal projecten mogelijk, zoals een nieuw winkelcentrum met appartementen, een ondergrondse parkeergarage, de vernieuwing van de boulevard en het winkelcentrum aan het Deltaplein. Deze projecten zijn gerealiseerd tussen 2017 en 2022.

Daarnaast is er sprake van een herinrichting van de route Kijkduin-Houtrust. Dit is een wegverbinding tussen Kijkduin en Scheveningen. Het college heeft destijds drie instemmingsbesluiten (zogenoemde opbrekvergunningen op basis van de Apv) genomen voor de herinrichting van de route Kijkduin-Houtrust. De werkzaamheden aan de herinrichting van de route Kijkduin-Houtrust zijn uitgevoerd in de periode 26 maart 2018 tot eind april 2019.

Causaliteitsverdeling

Bij de beoordeling van een verzoek om nadeelcompensatie is relevant, aan welk besluit of welke maatregel de schade is toe te rekenen. In de casus Kijkduin wordt de schade deels veroorzaakt door het bestemmingsplan (planschade) en deels door route-herinrichting (nadeelcompensatie).

Op deze casus is het oude recht van toepassing. De toekenning van een tegemoetkoming in planschade en de toekenning van nadeelcompensatie vanwege wegwerkzaamheden, vielen onder het oude recht onder verschillende (wettelijke) nadeelcompensatieregelingen. Dat blijft zo onder de Omgevingswet (Ow). Op de schade die geleden wordt door besluiten op grond van de Ow is afdeling 15.1 van de Ow van toepassing. Op schade die geleden wordt door de besluiten en werkzaamheden in verband met de reconstructie en herinrichting van wegen is titel 4.5 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing. Deze uitspraak blijft dus ook relevant onder het nieuwe wettelijke nadeelcompensatiestelsel.

In hoger beroep staat niet ter discussie, dat het bestemmingsplan geen planologische verslechtering heeft veroorzaakt. Dat betekent dat de schade die voortvloeit uit het bestemmingsplan niet voor vergoeding in aanmerking komt. Voor de omvang van de eventueel toe te kennen schadevergoeding is dus essentieel welk deel van de schade als een gevolg wordt toegerekend aan het bestemmingsplan. Dat deel van de schade wordt immers niet vergoed omdat er geen sprake is van een causaal verband.

De gemeente heeft de SAOZ om advies gevraagd. Volgens de SAOZ kan de inkomensschade van de ondernemers *ex aequo et bono* voor 50% worden toegerekend aan de routeherinrichting en voor 50% aan de verwezenlijking van het bestemmingsplan. In een eerdere zaak (de zaak van Eetcafé Tios y Tias) heeft het college een vergelijkbaar advies van SAOZ aan de besluitvorming ten grondslag gelegd. In de zaak Tios y Tias werd door de gemeente een schadevergoeding toegekend. De gemeente twijfelde naar eigen zeggen destijds ook al aan de juistheid van deze causaliteitsverdeling maar had geen contra-expertise gevraagd omdat dat zou leiden tot vertraging in de besluitvorming.

In de negen nadeelcompensatiezaken waarover de Afdeling op 12 juni 2024 heeft geoordeeld, heeft de gemeente wel een contra-expertise aangevraagd. Daarin is, mede op basis van een verkeersonderzoek, uiteengezet dat hoogstens 10% van de inkomensschade aan de werkzaamheden ter uitvoering van de herinrichting van de route Kijkduin-Houtrust kan worden toegerekend en 90% aan de uitvoering van het bestemmingsplan. Het bestemmingsplan is als schadeoorzaak dus dominant. Nogmaals, deze schade komt niet voor vergoeding in aanmerking.

De benadeelde ondernemers menen dat de gemeente in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld. De Afdeling wijst dit beroep op het gelijkheidsbeginsel af. De causaliteitsverdeling wordt door de Afdeling gekenschetst als een 'incidentele fout'. De gemeente heeft een incidentele fout gemaakt, omdat in de zaak Tios y Tias de bedenkingen tegen de door SAOZ geadviseerde schadeverdeling niet tot uitdrukking zijn gebracht in het besluit op het verzoek om nadeelcompensatie. De gemeente is niet verplicht om diezelfde fout

in andere vergelijkbare zaken te herhalen. Dat door deze handelwijze het vertrouwen in de overheid wordt geschaad, leidt niet tot een verplichting om nadeelcompensatie toe te kennen, aldus de Afdeling.

Normaal maatschappelijk risico

De causaliteitsverdeling leidt ertoe dat (slechts) 10% van de geleden schade is toe te rekenen aan de route-herinrichting. Deze 10% van de geleden schade komt vervolgens slechts voor vergoeding in aanmerking, voor zover deze uitstijgt boven het normale maatschappelijke risico. Als maatstaf voor het normale maatschappelijke risico wordt een omzeldrempel gehanteerd van 8% van de jaaromzet. Dit is een drempel die in de nadeelcompensatiejurisprudentie is geaccepteerd in situaties waarin sprake is van inkomensschade door normale infrastructurele werkzaamheden (zie ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1650).

Omdat het normale maatschappelijke risico in beginsel per schadeveroorzakende maatregel moet worden toegepast, wordt er in deze casus niet beoordeeld of de totale schade uitstijgt boven de omzeldrempel. Er is ook geen reden om de 'anti-cumulatie'-jurisprudentie toe te passen. Zie de overzichtsuitspraken van de Afdeling van 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2583 en van 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2402. In deze overzichtsuitspraken heeft de Afdeling geoordeeld dat het normale maatschappelijke risico moet worden berekend per schadeveroorzakende maatregel, tenzij het gaat om maatregelen die zodanig met elkaar samenhangen dat ze als één en dezelfde maatregel moeten worden beschouwd. Daarvan is in dit geval geen sprake.

Overigens is ook in artikel 15.7, tweede lid, van de Ow een anti-cumulatiebepaling opgenomen. Wanneer de benadeelde kiest voor het indienen van een gebundelde aanvraag die ziet op verschillende besluiten met onderlinge samenhang daartussen, moet het bevoegd gezag het normaal maatschappelijk risico één keer toepassen, op de totale schade. Mijn verwachting is, dat de anti-cumulatiebepaling vaak zal worden ingeroepen door benadeelden die een verzoek om nadeelcompensatie indienen.

Second opinion: mag het bestuursorgaan afwijken van deskundigenadvies?

De wettelijke basis voor het vragen van een deskundigenadvies ten behoeve van de besluitvorming over een verzoek om nadeelcompensatie is te vinden in artikel 3:2 van de Awb, dat zorgvuldig onderzoek vereist van een bestuursorgaan ter voorbereiding van de besluitvorming. De nadeelcompensatieregeling in de Awb kent geen verplichting om een onafhankelijk, extern deskundigenadvies te vragen. De nadeelcompensatieregeling in afdeling 15.1 van de Ow kent een dergelijke verplichting evenmin. Dat wil echter niet zeggen,

dat onder de nieuwe wettelijke nadeelcompensatieregelingen nooit een extern, onafhankelijk deskundigenadvies behoeft te worden gevraagd. Uit artikel 3:2 van de Awb kan voortvloeien dat een bestuursorgaan een dergelijk onderzoek vraagt ter voorbereiding op de besluitvorming.

Wanneer een bestuursorgaan concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het advies heeft, mag het van het deskundigenadvies afwijken. Het bestuursorgaan moet deugdelijk motiveren waarom wordt afgeweken van het eerdere deskundigenadvies. In het algemeen wordt aan de motivering van de afwijking echter niet de voorwaarde gesteld dat een second opinion is uitgebracht door een onafhankelijke en onpartijdige deskundige. Of in een concreet geval een second opinion moet worden uitgebracht door een onafhankelijke en onpartijdige deskundige, hangt af van de aard van de twijfelpunten waarover advies wordt gevraagd. In dit geval zijn de twijfelpunten juridisch van aard. Voor het oordeel over deze juridische vragen (de causaliteitsverdeling, het normaal maatschappelijk risico, de voorzienbaarheid) is geen bijzondere expertise vereist waarover alleen een deskundige beschikt. Het bestuursorgaan kan daarover zelf oordelen en de rechter toetst de genoemde juridische onderwerpen zonder terughoudendheid.

Dat is anders als er een taxatie of schadebegroting nodig is, of als er twijfel bestaat over de juistheid van de taxatie of de schadebegroting. In dat geval bestaat er (eerder) aanleiding om een onafhankelijk deskundigenadvies te vragen. Zie ABRvS 18 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:794, ABRvS 10 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2321, ABRvS 21 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:850. Vergelijk ook de overzichtsuitspraak planschade van de Afdeling van 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582.

Conclusie

De afwijzing van de negen nadeelcompensatieclaims is vanuit juridisch perspectief juist. Maar achteraf gezien verdient de handelwijze van de gemeente, vanuit het perspectief van het gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, geen schoonheidsprijs. Deze beginselen vereisen een consistent en doordacht bestuursbeleid. Dat geldt ook voor nadeelcompensatie. Bij de herinrichting van een gebied als Kijkduin, waar veel horecaondernemers gevestigd zijn, en waarbij te voorzien is dat de werkzaamheden een aantal jaren gaan duren, mag van de gemeente worden verwacht dat er van tevoren, bij de planvorming, al wordt nagedacht over de mogelijke schade die de werkzaamheden zullen veroorzaken, en hoe deze wordt afgehandeld. Dit kan bijvoorbeeld door een risicoanalyse op te stellen. En als er een groot aantal claims te verwachten is, kan een algemeen deskundigenadvies worden opgesteld waarin het relevante beoordelingskader en de procedure voor de nadeelcompensatieclaims uiteengezet worden. Daarmee wordt aan ondernemers van tevoren duidelijkheid geboden over de haalbaarheid

van een verzoek om nadeelcompensatie en behoudt de gemeente de regie.