

TWEEDE CONCEPTADVIES

inzake het verzoek om schadevergoeding van:

vof [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Kenmerk adviescommissie: RWS / vof [REDACTED]

Datum: 21 november 2019

De commissie adviseert het verzoek om nadeelcompensatie af te wijzen.

INHOUDSOPGAVE

1. INLEIDING
 - 1.1 Adviesopdracht
 - 1.2 Het verzoek
 - 1.3 Beschrijving van de onderneming van verzoeker
 - 1.4 Procedure
 - 1.5 Ontvangen / gebruikte stukken
 - 1.6 Belanghebbende en indieningstermijn

2. OVERWEGINGEN MET BETREKKING TOT ARTIKEL 7.14 WATERWET

3. SCHADEOORZAAK
 - 3.1 Schadeoorzaak
 - 3.2 Project
 - 3.3 Voorbereiding en besluitvorming

4. VOORZIENBAARHEID
 - 4.1 Algemene overwegingen over voorzienbaarheid
 - 4.2 Beoordeling voorzienbaarheid

5. DE SCHADE
 - 5.1 Omvang van het nadeel
 - 5.1.1 Door aanvrager gestelde schade
 - 5.1.2 Grondslagen van de schadebeoordeling door de commissie
 - 5.1.2.1 Grondslagen schadebeoordeling – Algemeen
 - 5.1.2.2 Normomzet
 - 5.1.2.3 Gederfde omzet
 - 5.1.2.4 Gederfde brutowinst
 - 5.1.2.5 Besparingen / schadebeperking
 - 5.2 Schadebeoordeling
 - 5.2.1 Algemeen
 - 5.2.2 Analyse aannemelijkheid van de verstrekte gegevens
 - 5.2.3 Berekening omzetsderving in 2017 en 2018
 - 5.2.3.1 Schadevergoeding ex aequo et bono
 - 5.2.4 Normaal maatschappelijk risico

6. NORMAAL MAATSCHAPPELIJK RISICO
 - 6.1 Inleiding
 - 6.2 Beoordeling normaal maatschappelijk risico aanvrager

7. REACTIES PARTIJEN OP HET EERSTE CONCEPTADVIES
 - 7.1 Reactie aanvrager
 - 7.2 Reactie namens de minister

8. CONCLUSIE

NB Mede omdat overwegingen over de rechtspositie van aanvrager in het eerste conceptadvies waren weggefallen (dit advies is geschreven conform een nieuw model dat de adviescommissies gebruiken bij de advisering aan de minister/Rijkswaterstaat), biedt de commissie partijen op verzoek van de minister de gelegenheid op dit advies te reageren. Daarom brengt zij dit advies niet als eindadvies uit, maar als tweede conceptadvies.

In diverse paragrafen zijn aanvullingen opgenomen. Voor het gemak zijn deze rood gedrukt. Dit met uitzondering van het geheel nieuwe Hoofdstuk 11 *Reacties partijen op het eerste conceptadvies*.

1.1 Adviesopdracht

Namens de minister van Infrastructuur en Rijkswaterstaat heeft de heer mr. [REDACTED] [REDACTED] bij e-mail van 25 februari 2019 een onafhankelijke, enkelvoudige adviescommissie verzocht advies uit te brengen over het verzoek om nadeelcompensatie in verband met het Projectplan Waterwet Versterking Houtribdijk van september 2016 (hierna: Projectplan) van de [REDACTED] [REDACTED] verder te noemen "aanvrager" of "verzoeker". De adviescommissie ex artikel 15, derde lid, van de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014 (verder te noemen de "commissie") bestaat uit:

- de heer [REDACTED] AA/RB, kantoorhoudende te Zwolle (lid).¹
- de heer mr. dr. [REDACTED] [REDACTED], juridisch adviseur nadeelcompensatie en planschade te Almere (voorzitter).

Verzoeker heeft geen bedenkingen ingediend tegen de benoeming van deze commissie.

Voor een overzicht van de opleiding en ervaring van de adviescommissie wordt verwezen naar de websites www.omterijdt.nl en www.countus.nl. De adviescommissie verklaart hierbij dat zij in de afgelopen vijf jaar niet als partijadviseur/advocaat/verwerper van de Staat/minister/Rijkswaterstaat/ProRail en/of verzoeker zijn opgetreden. Ook overigens hebben de heren [REDACTED] en [REDACTED] geen belangen die strijdig zijn met hun onafhankelijke positie

¹ De heer [REDACTED] is als accountant verbonden aan Countus accountants + adviseurs. De heer [REDACTED] verricht zijn werkzaamheden voor de commissie in overeenstemming met in Nederland algemeen aanvaarde richtlijnen inzake Transactiegerelateerde adviesdiensten (5500N). (Dit houdt in dat op het door een verzoeker beschikbaar gestelde cijfermateriaal en toelichtingen geen accountantscontrole is toegepast en dat evenmin een beoordelingsopdracht is uitgevoerd. Het beschikbaar gestelde cijfermateriaal en de toelichtingen daarop zijn slechts marginaal beoordeeld. Een en ander impliceert dat geen zekerheid kan worden ontleend omtrent de getrouwheid van het beschikbaar gestelde cijfermateriaal c.q. stukken en de daarop in dit advies gebaseerde financiële gegevens.)

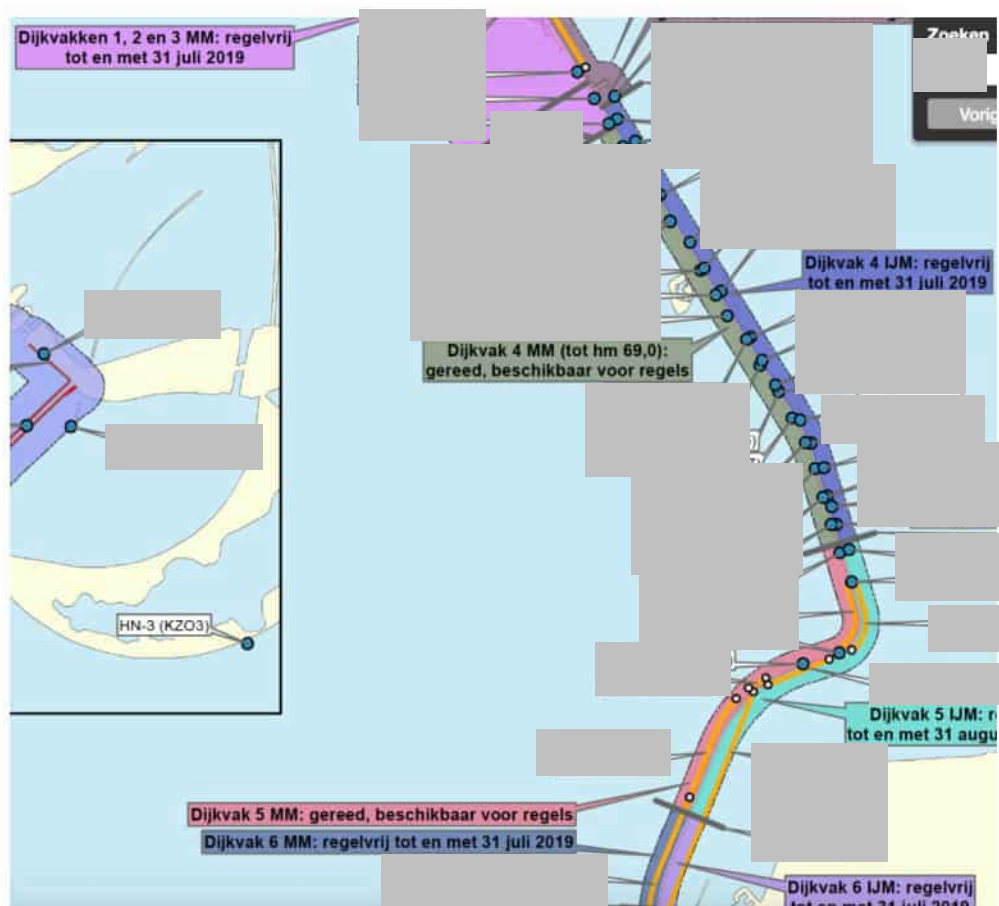
in deze zaak.

1.1 Het verzoek

Aanvrager stelt omzetterderving te lijden door de werkzaamheden aan de Houtribdijk in het kader van het Projectplan. De schade is ontstaan op 1 september 2017 en zal naar verwachting van aanvrager geëindigd zijn als de werkzaamheden medio 2020 voltooid zijn. Aanvrager schat de schade op minimaal € [REDACTED]--.

5.1.1b en 5.1.1c

Op onderstaande kaart *Planning werkzaamheden project Versterking Houtribdijk en uitbreiding Trintelzand* zijn de dertien regels te zien waar aanvrager fuiken heeft ([REDACTED], [REDACTED]; de volledige kaart d.d. 7 mei 2019 is als bijlage 2 bij dit advies gevoegd):



Het verzoek en relevante data	
Datum ontvangst verzoek door Rijkswaterstaat	21 november 2018
Datum 1 ^{ste} toestemming visserij Houtribdijk	2004
Datum inwerkingtreding van de betrokken maatregel (peildatum)	3 november 2016
Datum onherroepelijk worden van de betrokken maatregel	15 december 2016

Verder kan nog genoemd worden 30 mei 2018 (stcrt 2018 nr. 30301), de datum van de inwerkingtreding van het gewijzigde projectplan Dijkversterking Houtribdijk waarin de uitbereiding van Trintelzand mogelijk wordt gemaakt (Trintelzand A). Dit projectplan heeft overigens geen materiële gevolgen voor dit advies.

1.2 Beschrijving van de onderneming van verzoeker

Op basis van onderzoek bij de Kamer van Koophandel heeft de commissie met betrekking tot verzoeker en de door haar geëxploiteerde onderneming het volgende vastgesteld:

Verzoeker: Vennootschap Onder Firma [REDACTED]

KVK-nummer: [REDACTED]

Adres: [REDACTED]

Rechtsvorm: Vennootschap Onder Firma

Datum vestiging / start onderneming: [REDACTED]

Branche: Binnenvisserij

1.3 Procedure

Als een belanghebbende schade lijdt als gevolg van een Projectplan Waterwet, voorziet artikel 7.14 Waterwet in een aanspraak op schadevergoeding. Op de behandeling van verzoeken om schadevergoeding op grond van de Waterwet is de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing. Daarnaast past de minister op de behandeling van dergelijke verzoeken de bepalingen toe van de "Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Waterstaat 2019". Aangezien dit verzoek echter dateert van vóór 1 januari 2019, is in deze zaak van toepassing de "Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014", nader te noemen: "Beleidsregel nadeelcompensatie".²

De adviescommissie heeft conform artikel 18 lid 2 van de Beleidsregel nadeelcompensatie, aanvrager op 18 maart 2019 tijdens een hoorzitting de gelegenheid geboden een toelichting op

² Artikel II van het *Wijzigingsbesluit Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014 (nadere [...] en normaal ondernemersrisico en enige andere wijzigingen)* luidt: "*De [Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014](#), zoals deze luidde voor inwerkingtreding van dit besluit, blijft van toepassing op verzoeken die zijn ingediend vóór de datum van inwerkingtreding van dit besluit.*" (Dat is 1 januari 2019, OtR.)

het verzoek om schadevergoeding te geven en aanvullende informatie te verstrekken. Tijdens deze hoorzitting zijn ook de vertegenwoordigers van de minister/Rijkswaterstaat in de gelegenheid gesteld een toelichting te geven.

De adviescommissie heeft een toelichting gegeven op de procedure, de plaats en taak van de adviescommissie daarin, het toepasselijke schadevergoedingsstelsel en de inhoudelijke beoordelingscriteria waaraan het verzoek dient te worden getoetst.

Het conceptverslag van de hoorzitting is op 16 april 2019 per e-mail toegestuurd aan de betrokken partijen, en de gelegenheid geboden commentaar te leveren op de inhoud ervan. Een kopie van het definitieve verslag is opgenomen als bijlage 1 bij dit advies.

1.4 Ontvangen / gebruikte stukken

De adviescommissie is bij haar advisering onder meer uitgegaan van de volgende stukken:

1. Het verzoek om schadevergoeding en de daarop gegeven toelichting;
2. Het verslag van de hoorzitting (bijlage 1);
3. De relevante delen van het Projectplan Waterwet Versterking Houtribdijk;
4. Stukken met betrekking tot de voorbereiding/voorgeschiedenis van het Projectplan;
5. Informatie van de Kamer van Koophandel;
6. Door verzoeker overgelegde financiële informatie.

1.5 Belanghebbende en indieningstermijn

Aanvrager vist sinds 2004 bij de Houtribdijk. Dat betekent dat hij op de peildatum beschikte over de vereiste schriftelijke toestemming. (De toestemmingen d.d. 22 juni 2015, 30 mei 2016, 22 juni 2017 en 26 juni 2018 zijn door aanvrager bij het verzoek om nadeelcompensatie gevoegd.)

Het verzoek is tijdig ingediend, in elk geval binnen vijf jaar nadat de betrokken maatregel onherroepelijk is geworden. Er zijn dus geen belemmeringen om het verzoek inhoudelijk te beoordelen.

Verleende toestemmingen en vergunning

Aan aanvrager wordt op basis van de artikelen 8, eerste lid, en 12 van het Reglement voor de binnenvisserij 1985 en de artikelen 73, 74 en 75 van de Uitvoeringsregeling Visserij jaarlijks vergunning verleend voor aal- en schubvisvisserij in het IJsselmeer met de in de vergunning omschreven fuiken en staande netten en onder de in de vergunning opgenomen voorwaarden.³ Met het staande net kan ook op wolhandkrab worden gevist.

Verder wordt aanvrager jaarlijks tegen vergoeding toestemming verleend voor het uitoefenen van de visserij in het IJsselmeer. In de toestemming is onder meer bepaald: *"De toestemminghouder mag slechts op die plaatsen stokken en palen voor fuikenregels stellen, waarvoor "toestemming voor het stellen van vaste vistuigen" is verkregen van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit."*

2 OVERWEGINGEN MET BETREKKING TOT ARTIKEL 7.14 WATERWET

Artikel 7.14 Waterwet bepaalt dat als een belanghebbende als gevolg van de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer schade lijdt of zal lijden, op zijn verzoek door het betrokken bestuursorgaan een vergoeding wordt toegekend, voor zover de schade redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en voor zover de vergoeding niet of niet voldoende anderszins is verzekerd.

Uit de beleidsregel en de mede daarop gevormde nadeelcompensatiejurisprudentie volgt dat een aanspraak op nadeelcompensatie bestaat als voldaan wordt aan de volgende beoordelingscriteria:

1. De gestelde schadeoorzaak betreft een op zichzelf rechtmatig handelen dat binnen de rechtmatige uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende taak of bevoegdheid van de minister valt ("materiële connexiteit");
2. Er is geen sprake van risicoaanvaarding ("voorzienbaarheid");
3. Er bestaat een voldoende hecht verband tussen de gestelde schadeoorzaak en de gestelde schade ("causaal verband");
4. Eventuele voordelen van de gestelde schadeoorzaak dienen met het nadeel te worden verrekend ("verrekening van voordeel").

³ En tot voor enige jaren geleden ook artikel 77.

5. Er dient sprake te zijn van schade die in belangrijke mate afwijkt van de schade die ten gevolge van de schadeoorzaak op een ieder drukt, dan wel schade die op een naar verhouding gering aantal natuurlijke of rechtspersonen die in vergelijkbare positie verkeren drukt ("speciale last");
6. De vergoeding van de schade is niet of niet voldoende anderszins verzekerd;
7. Er dient sprake te zijn van onevenredige, dat wil zeggen buiten het normaal maatschappelijk risico vallende schade ("abnormale last");

3 SCHADEOORZAAK

3.1 Schadeoorzaak

Het verzoek om nadeelcompensatie heeft specifiek betrekking op het Projectplan Waterwet Versterking Houtribdijk van 26 september 2016.

3.2 Project

Het project betreft de uitvoering van de werkzaamheden ten behoeve van de versterking van de Houtribdijk, in het kader van het genoemde Projectplan. De werkzaamheden zijn aangevangen op 4 september 2017.

Inmiddels zijn de werkzaamheden aan dijkvak 1 en 2 aan de IJsselmeerzijde voltooid. Dit gedeelte van de dijk is op zodanige manier versterkt dat hier permanent niet meer gevist kan worden. Het hele project zal medio 2020 gereed zijn. De commissie verwijst verder naar de kaart die als bijlage 2 bij dit advies is gevoegd.

Het hele project zal medio 2020 gereed zijn. De commissie verwijst verder naar de kaart die als bijlage 2 bij dit advies is gevoegd. **Op de locaties waar de werkzaamheden gereed zijn, zijn de fuikenlocaties vrijgegeven aan de betreffende vissers. Op navolgende locaties zijn de werkzaamheden nog niet afgrond, dit is aan de Markeermeerzijde (aanleg van een watersport en afronden van de harde versterking (met stenen)). [REDACTED] zijn nog niet vrijgegeven. Per 1 oktober 2019 zullen deze werkzaamheden gereed zijn en zullen de fuikenlocaties vrijgegeven worden.**

3.3 Voorbereiding en besluitvorming

Ter voorbereiding op het Projectplan hebben van 9 juni tot en met 20 juli 2016 ter inzage gelegen het ontwerpbesluit Projectplan Waterwet dijkversterking Houtribdijk, het milieueffectrapport (MER) en de ontwerpbesluiten op grond van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, de Ontgrondingenwet, de Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora- en faunawet inclusief bijbehorende stukken.

De bekendmaking van de MER versterking Houtribdijk en benodigde ontgroning, Notitie Reikwijdte en Detailniveau vond plaats op 21 augustus 2014 (stcrt 2014 nr. 23793). Hierin staat in 5.3.3 vermeld:

“Het Markermeer en IJsselmeer worden momenteel gebruikt voor beroepsvisserij. Langs de Houtribdijk wordt gevisd met fuiken. In het open water vindt zogenaamde gemene weide visserij plaats met vistuig vanaf visschepen. Er wordt onderzocht in hoeverre er als gevolg van de dijkversterking verandering optreedt voor de fuik- en gemene weide visserij.”

Verder kan nog genoemd worden de Landelijke rapportage toetsing 2006, Inspectie Verkeer en Waterstaat (IVW), Primaire waterkeringen getoetst van 19 september 2006. Op de figuur op pagina 10 is aangegeven dat de Houtribdijk niet aan de norm voldoet. Het woord “Houtribdijk” komt overigens niet voor in deze rapportage.

Kortom, niet is gebleken dat al eerder dan 9 juni 2016 stukken openbaar zijn gemaakt waarin concreet wordt vooruitgelopen op het Projectplan voor wat betreft de positie van de beroepsvisserij bij de Houtribdijk. In de Notitie staat immers niets meer vermeld dan dat wordt onderzocht in hoeverre als gevolg van de dijkversterking verandering optreedt voor de fuik- en gemene weide visserij. Op basis van de bovengenoemde stukken en bescheiden stelt de commissie daarom vast dat het voornemen om de versterking Houtribdijk te realiseren bekend is geworden op 9 juni 2016.

4 VOORZIENBAARHEID

4.1 Algemene overwegingen over voorzienbaarheid

Artikel 7.14 Waterwet bepaalt dat van een aanspraak op schadevergoeding alleen sprake kan zijn

als de schade redelijkerwijs niet voor rekening van de verzoeker behoort te blijven. Volgens de wet en de jurisprudentie rechtspraak moet de schade voor rekening van de verzoeker worden gelaten indien en voor zover de schade op het moment van de aankoop van het object al voorzienbaar was. Als de verzoeker ten tijde van aankoop bekend kon zijn met (onder andere) ruimtelijke ontwikkelingen, dan waren deze voor de verzoeker op dat moment voorzienbaar en had hij daar bij zijn afweging om tot de aankoop, huur en dergelijke over te gaan rekening mee kunnen en moeten houden: hij heeft het risico op het ontstaan van schade dan aanvaard (actieve risicoaanvaarding). Om deze reden wordt, voordat de schade wordt bepaald, eerst de voorzienbaarheid van de eventuele schade beoordeeld.

Bij het beoordelen van de voorzienbaarheid is maatgevend of de verzoeker als “redelijk handelend en denkend koper” (en uiteraard ook huurder en dergelijke) rekening diende te houden met de kans dat de situatie ter plaatse in ongunstige zin zou veranderen. Daarbij wordt rekening gehouden met concrete beleidsvoornemens die openbaar zijn gemaakt, bijvoorbeeld een ontwerpbesluit. Voor voorzienbaarheid is niet vereist dat een dergelijk beleidsvoornemen een formele status heeft, en de plannen in kwestie hoeven ook niet al volledig te zijn uitgekristalliseerd. Onder omstandigheden kan ook sprake zijn van voorzienbaarheid als een aanvrager uit anderen hoofde kennis had van de ontwikkeling, bijvoorbeeld uit correspondentie met het betrokken bestuursorgaan of uit een door hem gesloten overeenkomst.

4.2 Beoordeling voorzienbaarheid

Voor het aannemen van voorzienbaarheid moet op de datum van huur van de regels door aanvrager sprake zijn van beleidsstukken die:

(1) van overheidswege (2) openbaar bekend zijn gemaakt (zelfstandig gepubliceerd), en (3) waaruit blijkt van een voldoende concreet beleidsvoornemen tot het wijzigen van de situatie ter plaatse.

De commissie gaat ervan uit dat aanvrager de regels vanaf 2004 huurt (zie ook paragraaf 1.5).

In paragraaf 3.3 hebben wij vastgesteld dat op 9 juni 2016 voor het eerst het concrete voornemen bekend werd de Houtribdijk te versterken. Wij hebben in het dossier dus geen stukken aangetroffen die er op wijzen dat de schade voor verzoeker ten tijde van de huur van de regels bij de Houtribdijk voorzienbaar was.

Op grond van het in 3.3 geschrevene en het vorenstaande concludeert de commissie dat 9 juni 2016 als peildatum voor de voorzienbaarheid moet worden gehanteerd. Zij acht de geciteerde passage uit de Notitie Reikwijdte en Detailniveau van augustus 2014 onvoldoende concreet om als grondslag voor de peildatum te dienen. Dit geldt in nog sterkere mate voor de Landelijke rapportage toetsing 2006.⁴

Voor de volledigheid merkt de commissie op dat voor de beantwoording van de vraag of actieve risicoaanvaarding kan worden tegengeworpen aan aanvrager ook betrokken zou kunnen worden de omstandigheid dat hij een jaarlijkse vergunning en toestemming krijgt (zie paragraaf 1.6). Dit zou echter onjuist zijn. Van doorslaggevend belang is immers het moment waarop een belanghebbende de investering heeft gepleegd. Zie bijvoorbeeld ABRS 19 september 2018, 2018:3023, r.o. 9.1:

“Beslissend is of op het tijdstip van investering de mogelijkheid van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel zodanig kenbaar was, dat hiermee bij de beslissing tot investering rekening kon worden gehouden.”

In dit geval heeft aanvrager de investeringen al vóór 2016 gedaan.

5. DE SCHADE

Nu moet worden beoordeeld of aanvrager schade lijdt door de werkzaamheden aan de Houtribdijk en zo ja, hoeveel.

Voor het vaststellen van schade zijn de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (BW) van overeenkomstige toepassing. Met name van belang zijn de artikelen 6:95 en 6:96 BW. Deze luiden, voor zover hier van belang:

Artikel 95

“De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.”

⁴ Misschien ten overvloede merkt de commissie op dat aanvrager ook al vóór 2006 ter plaatse viste. Dus zelfs als de Landelijke rapportage toetsing 2006 als uitgangspunt zou worden genomen, zou nog geen sprake zijn van voorzienbaarheid.

Artikel 96, lid 1

“Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst.”

In deze zaak zou de schade bestaan in gederfde winst.

5.1 Omvang van het nadeel

5.1.1 Door aanvrager gestelde schade

Aanvrager stelt tijdelijke schade te hebben geleden door de uitvoeringshandelingen ten behoeve van de versterking van de Houtribdijk.

5.1.2 Grondslagen van de schadebeoordeling door de commissie

5.1.2.1 Grondslagen schadeberekening – Algemeen.

De omvang van het nadeel wordt berekend door de omzet tijdens de uitvoeringswerkzaamheden te vergelijken met de zogenoemde normomzet; dat wil zeggen de omzet die gedurende de schadepriode redelijkerwijs verwacht had kunnen worden, indien geen sprake was geweest van die uitvoeringswerkzaamheden. De eventueel gederfde omzet wordt vervolgens vermenigvuldigd met een representatief brutowinstpercentage en zo nodig vermeerderd of verminderd met de bedrijfskosten wegens extra kosten of kostenbesparing.

5.1.2.2 Normomzet

Het uitgangspunt bij de berekening van de inkomensderving aan de hand van de omzeterderving wordt gevormd door de “normomzet”. Deze wordt bepaald aan de hand van in het verleden gerealiseerde omzetten. Als normomzet wordt beschouwd de omzet die naar redelijke verwachting behaald zou zijn in de schadepriode, indien de schade-ingreep wordt “weggedacht”.

De berekening van de normomzet geschiedt in beginsel in drie stappen. In de eerste plaats wordt een voor de schadepriode representatieve referentieperiode vastgesteld. Deze bestaat uit een aantal historische boekjaren of gedeelten van boekjaren. Vervolgens worden de in de

referentieperiode behaalde periodeomzetten gecorrigeerd voor inflatie naar een peildatum die voorafgaat aan het eerste schadejaar (inflatiecorrectie). Ten slotte wordt van deze gecorrigeerde periodeomzetten het gemiddelde genomen en wordt op dit gemiddelde een branchecorrectie toegepast die representatief wordt verondersteld voor de gemiddelde bedrijfsontwikkeling in de betreffende branche sedert de peildatum.

Referentieperiode

Het kan voorkomen dat de omzetten uit bij voorkeur drie jaren voorafgaand aan de schadeperiode niet beschikbaar zijn of niet voldoende representatief zijn. Ook kan het voorkomen dat de omzet in de jaren voorafgaand aan de schadeperiode een dusdanig trendmatig verloop vertoont dat het gemiddelde van deze omzetten geen representatief beeld oplevert. In die gevallen zal nagegaan worden of de normomzet anderszins kan worden benaderd.

Inflatiecorrectie

De in het verleden gerealiseerde omzetten dienen voor prijsinflatie te worden gecorrigeerd. Met behulp van een inflatiecorrectie worden alle in het verleden gerealiseerde omzetten omgerekend naar een peildatum, gelegen 12 maanden voor het einde van de schadeperiode indien deze korter is dan een jaar en in de andere gevallen 12 maanden voor het einde van het eerste schadejaar. Door gebruik te maken van de gemiddelde stand van het prijsindexcijfer van de betreffende referentiejaren (of perioden) betreft de inflatiecorrectie feitelijk een correctie van historische nominale omzetten tot de gemiddelde waarde in het aan de schadeperiode voorafgaande kalenderjaar. In de opvolgende periode na de peildatum, waarbinnen dus de schadeperiode valt, worden brancheontwikkelingen bepalend verondersteld voor de ontwikkeling van de omzet.

Ten behoeve van het berekenen van de prijsaanpassingen wordt gebruik gemaakt van de index CPI 2015 = 100. Deze index biedt een goed inzicht in de historische ontwikkeling van de prijsinflatie.

Branchecorrectie

De berekende gemiddelde, voor inflatie gecorrigeerde omzet uit de referentieperiode, de referentie-omzet, dient vervolgens omgerekend te worden naar de verwachte waarde gedurende de schadeperiode. Dit geschiedt door middel van een branchecorrectie. Hiervoor

wordt veelal gebruik gemaakt van door het CBS geproduceerde statistieken. Het verkregen resultaat kan worden gezien als de omzet die naar redelijke verwachting behaald had kunnen worden indien de schadeveroorzakende ingreep niet had plaatsgevonden. Dit omzetsniveau vormt de zogenaamde normomzet. Indien geen branchegegevens aanwezig zijn, of indien anderszins aanleiding bestaat geen branchecorrectie toe te passen, zal worden nagegaan of de berekende gemiddelde omzet op andere wijze kan worden aangepast, bijvoorbeeld op basis van een uit het verleden gesignaleerde omzettrend van de onderneming of van een groep van vergelijkbare bedrijven, of op basis van de inflatie die heeft plaatsgevonden tussen de peildatum van de referentieomzet en het einde van de schadeperiode.

5.1.2.3 Gederfde omzet

Het verschil tussen de normomzet en de behaalde omzet in de schadeperiode vormt de gederfde omzet. Indien een aanvrager beschikt over meerdere filialen (c.q. vestigingen) dan kan een eventuele omzetverplaatsing naar een ander filiaal hierop in mindering gebracht worden.

5.1.2.4 Gederfde brutowinst

De gederfde omzet wordt vervolgens vermenigvuldigd met een representatief brutowinstpercentage om tot de gederfde brutowinst te komen. Het gewogen gemiddelde brutowinstpercentage wordt in de regel berekend door de behaalde brutowinst te delen door de behaalde omzet in de referentieperiode. Indien een specifieke situatie hiertoe aanleiding geeft, kan van deze berekeningswijze worden afgeweken.

5.1.2.5 Besparingen / schadebeperking

Op de gederfde brutowinst worden besparingen in mindering gebracht. Hierbij moet vooropgesteld worden dat op iedere aanvrager een verplichting rust tot het beperken van de schade. Voor aanvragers die een onderneming exploiteren brengt deze verplichting met zich mee dat zij maatregelen dienen te nemen die gericht zijn op het realiseren, voor zover redelijkerwijs mogelijk, van een vermindering van de bedrijfskosten tijdens de schadeperiode. Deze verplichting wordt verzwaaard naarmate de schadeperiode langer doorloopt en aldus voor de aanvrager tijdsruimte ontstaat om de onderneming op de nieuwe situatie in te stellen en het kostenniveau daaraan aan te passen. Daarom wordt onderzocht welke kosten de aanvrager

tijdens de schadeperiode heeft bespaard of in redelijkheid had kunnen besparen. Leidt dit tot de conclusie dat geen of onvoldoende besparingen zijn gerealiseerd, dan wordt hetgeen de aanvrager in redelijkheid had kunnen en moeten besparen als fictieve besparing in mindering gebracht op de gedeefde brutowinst. De omvang van deze fictieve besparing wordt daarbij in redelijkheid ingeschat, mede op basis van een analyse van de vaste en variabele kosten en de beïnvloeding van de hoogte daarvan binnen een bepaalde periode.

5.2 Schadebeoordeling

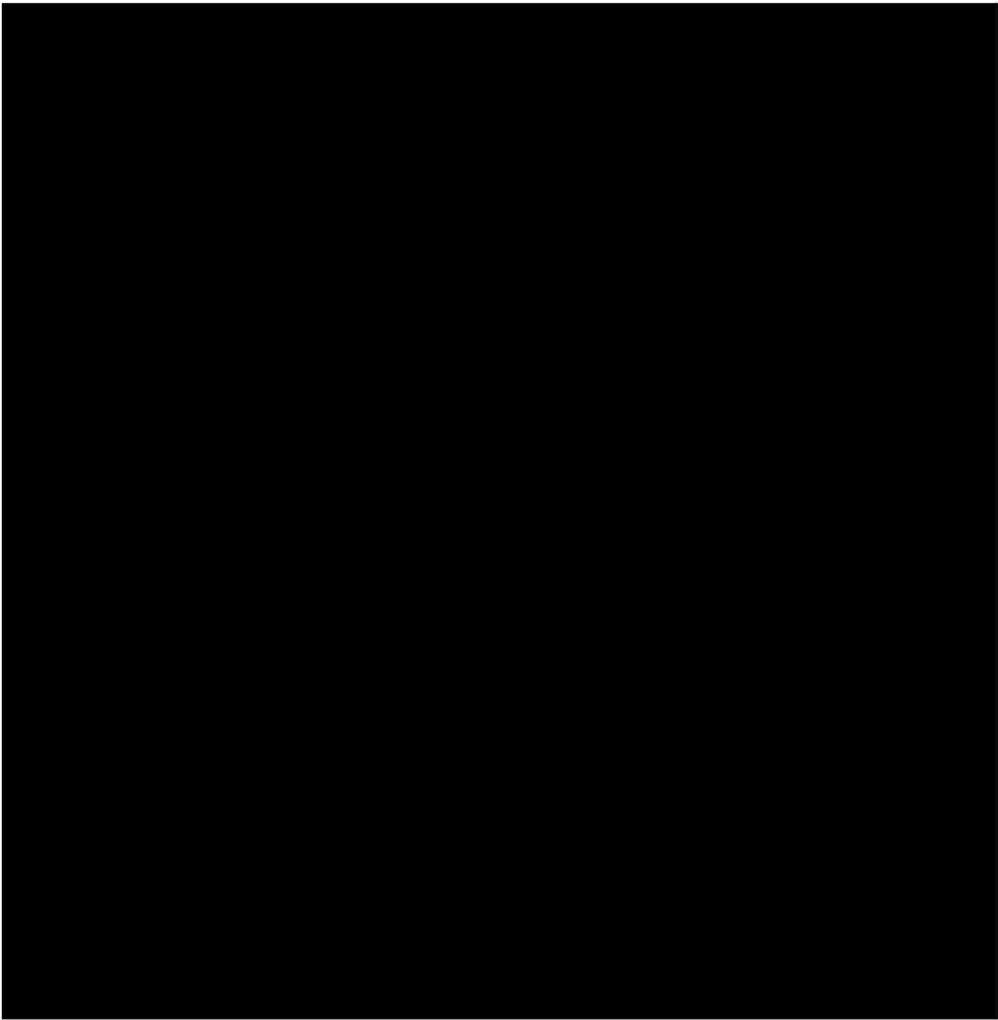
Het onderzoek naar de schade is uitgevoerd door het beoordelen van het door aanvrager verstrekte cijfermateriaal en aanvullende informatie. Met name de volgende informatie is bij de uitvoering betrokken:

- a. Jaarrekening 2015 t/m 2018;
- b. Overzicht aantal fuiken tabel 1 en Overzicht besomming tabel 2 bij het verzoek om schadevergoeding d.d. 20 november 2018;
- c. Jaaroverzichten totale besomming IJsselmeervisafslag te Urk 2014 t/m 2018

Hierna zijn de bevindingen van het onderzoek naar de schade weergegeven.

5.2.1 Algemeen

Aan de hand van de jaarrekeningen over 2015 tot en met 2018 is in onderstaand overzicht 1 een overzicht van de winst- en verliesrekeningen over 2014 tot en met 2018 opgesteld.



5.1.1c

- [REDACTED]
 - [REDACTED]
 - [REDACTED]
- [REDACTED]
 - [REDACTED]
 - [REDACTED]
- [REDACTED]
 - [REDACTED]
 - [REDACTED]

5.2.2 Analyse aannemelijkheid van de verstrekte gegevens.

Aanvrager heeft Overzicht aantal fuiken tabel 1 en Overzicht besomming tabel 2 bij het verzoek

om schadevergoeding d.d. 20 november 2018 verstrekt. De jaartotalen van 2015 t/m 2017 in het Overzicht besomming sluiten aan bij de totale omzet in de jaarrekeningen over die jaren.

Bij de email van 18 maart 2019 van de heer [REDACTED] is een jaaroverzicht 2018 van de visafslag Urk verstrekt. [REDACTED]

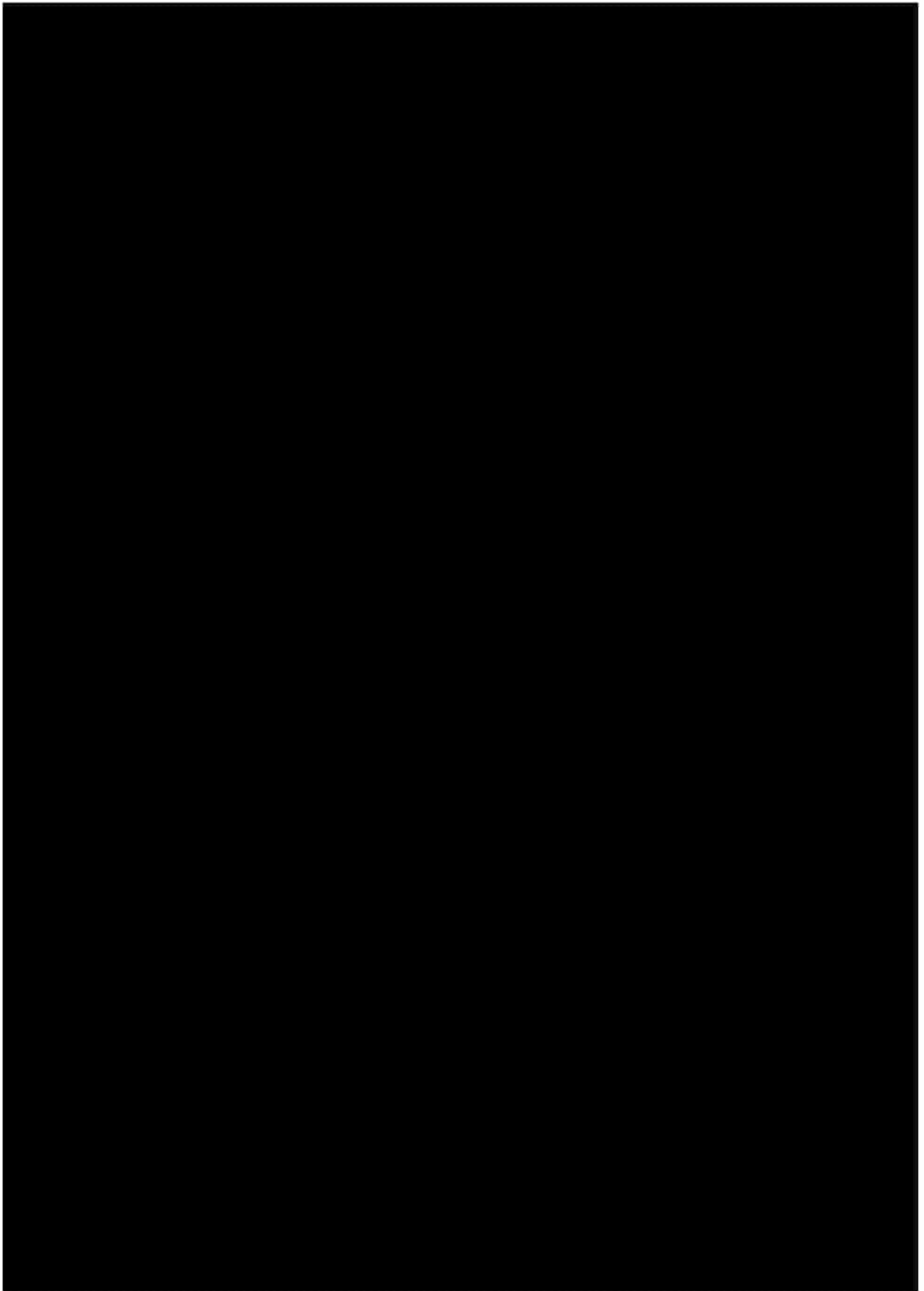
In overzicht 2 is op basis van het Overzicht aantal fuiken tabel 1 en het Overzicht besomming tabel 2 een analyse van de opbrengst per fuik en per vangstgebied in de jaren 2015 t/m 2018 gemaakt.

Ter toelichting geldt het volgende.

5.1.1c

Het aantal fuiken aan de Markermeerzijde en de IJsselmeerzijde van de Houtribdijk in 2018 is jaarevenredig (gemiddeld op jaarbasis) berekend. Aan de IJsselmeerkant hebben het gehele jaar 18 fuiken gestaan. Aan de Markermeerkant stonden er gedurende [REDACTED]

Daarna volgt de uitkomst van de omzet per fuik en is de omzet toegerekend aan de vangstgebieden door het aantal (gemiddelde) fuiken te vermenigvuldigen met de (gemiddelde) omzet per fuik. Door deze rekenwijze te hanteren wordt er van uitgegaan van het fictieve gegeven dat de omzet per fuik in alle gebieden gelijk is. Een nauwkeuriger berekening van de omzet per vangstgebied kan de commissie naar haar oordeel niet maken.



De commissie wijst er nadrukkelijk op dat de berekening is gebaseerd op het door aanvrager

opgegeven aantal fuiken en de opgegeven verdeling van de fuiken over de visgebieden. De conclusie uit de voorgaande analyse is dat, hoewel er op zich geen indicaties zijn dat de verstrekte gegevens niet betrouwbaar zijn, de commissie de aannemelijkheid van de gegevens niet kan vaststellen.

Hierna zal de berekening van de omzetzerving worden gemaakt, waarbij wordt aangegeven in hoeverre er onduidelijkheid is over de in de berekening gehanteerde variabelen. Als gevolg van de onzekerheid van de uitgangspunten, zoals de verdeling van de omzet over de visgebieden en de berekende omzetgroei in die gebieden, heeft de commissie de schade ex aequo et bono begroot op [REDACTED] van de schade die wordt vastgesteld als de niet-verifieerbare gegevens van aanvrager worden gevolgd. Voor een verdere uitleg over deze vergoeding ex aequo et bono verwijst de commissie naar paragraaf 5.2.3.1.

Misschien ten overvloede merkt de commissie op dat het in beginsel wel aannemelijk is dat aanvrager als gevolg van de werkzaamheden aan de Houribdijk in 2018 omzetzerving heeft geleden, omdat minder fuiken konden worden ingezet. Een causaal verband tussen de werkzaamheden en de omzetzontwikkeling van aanvrager in 2018 is naar de mening van de adviescommissie daarom niet onaannemelijk. Wel benadrukt de commissie het volgende.

De commissie gaat ervan uit dat de omzet van aanvrager zou zijn afgenomen in 2018 met de wijziging van de totale besomming van de IJsselmeervisafslag in Urk in die jaren. Of dat klopt, is vanzelfsprekend niet te verifiëren. De aangeleverde vissoorten zullen immers niet in dezelfde verhouding zijn geweest en evenmin wordt rekening gehouden met het verschil in opbrengst per visgebied.

Het bevreemdt de commissie dat aanvrager in 2018 met minder netten vist, de opbrengsten volgens de veiling lager zijn, maar de omzet per fuik van aanvrager aanzienlijk hoger is. De totale omzet is weliswaar afgenomen maar zelfs minder dan de afname van de totale besomming op de veiling. Dit kan twee oorzaken hebben:

1. Er wordt gevist op soorten en op plekken waardoor de opbrengst relatief (met minder fuiken) hoger is.
2. Het omzetverlies door de verwijderde fuiken wordt gecompenseerd door extra omzet die wordt behaald op plekken waar voorheen niet werd gevist en of door het (meer) inzetten van

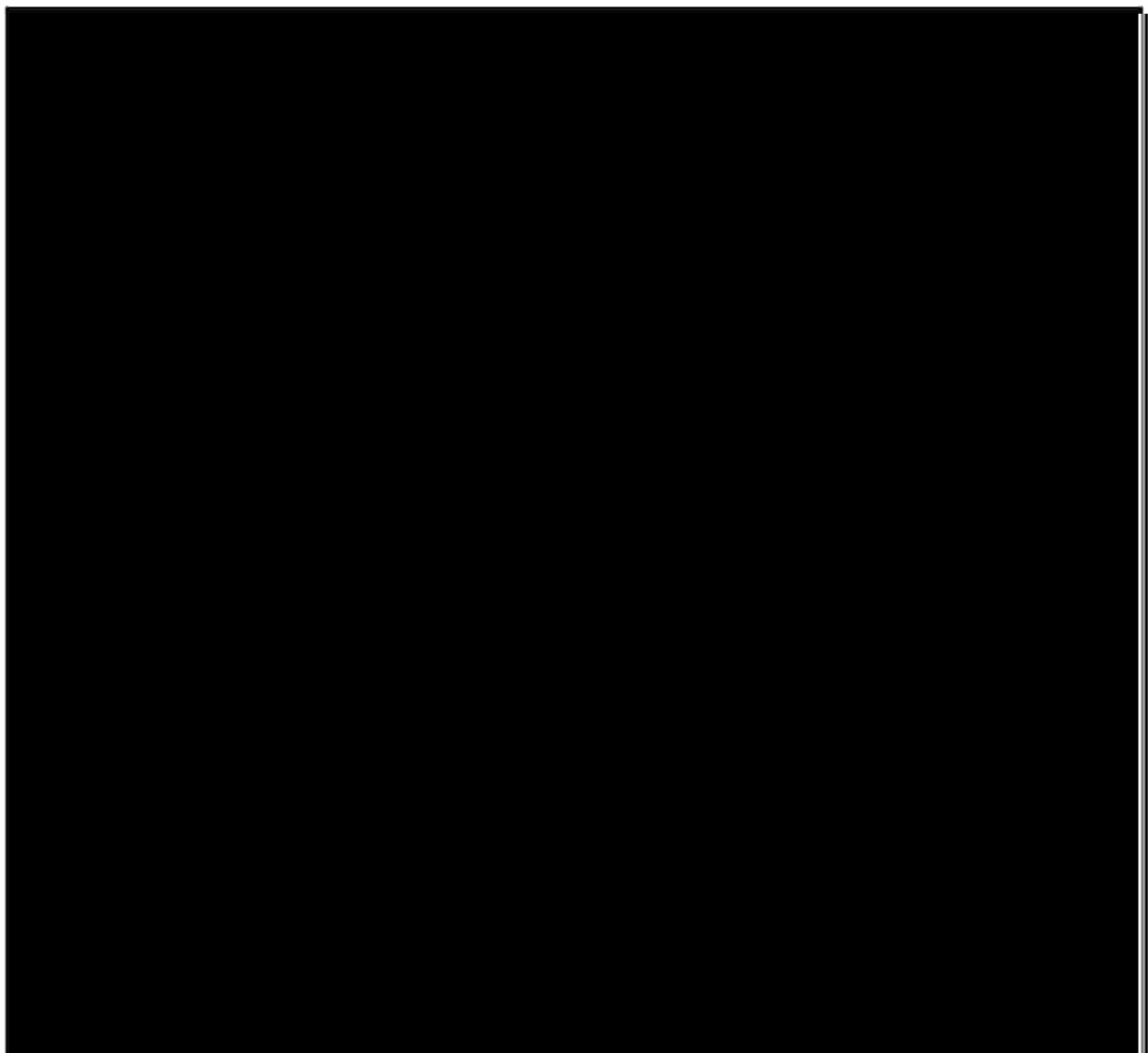
ander vistuig.

Ook het voorgaande leidt ertoe dat de commissie de schade ex aequo et bono vaststelt.

5.2.3 Berekening omzetsderving in 2018

Hierna zal de omzetsderving in 2018 worden berekend. Daarbij zijn de uitgangspunten zoals weergegeven in paragraaf 5.1.2 gehanteerd en is uitgegaan van de omzet van aanvragerster zoals weergegeven in overzicht 2.

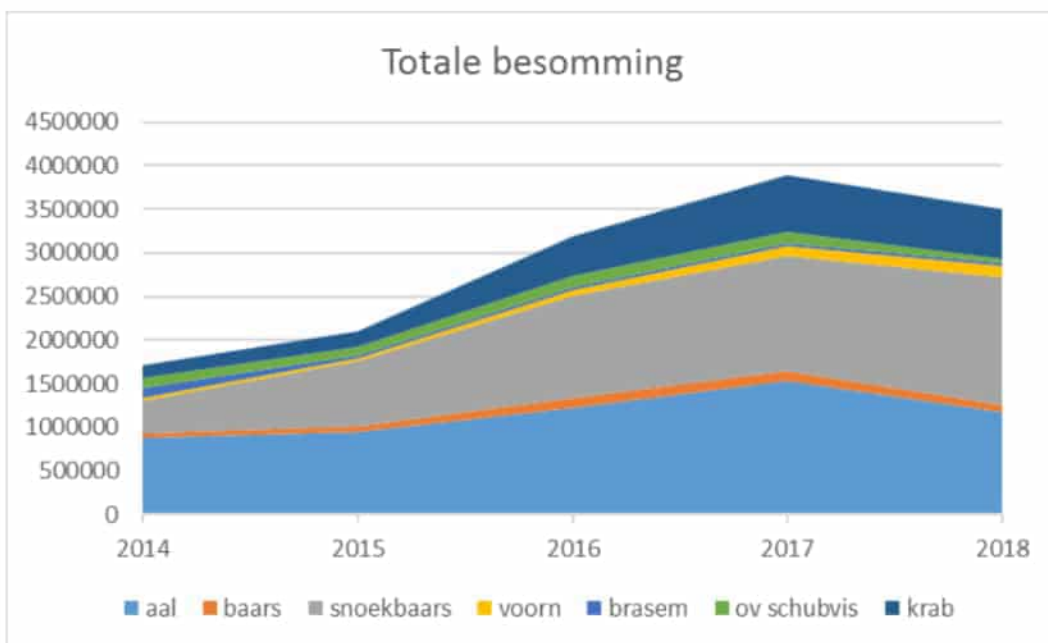
5.1.1c



De afname van de totale besomming van de IJsselmeervisafslag te Urk in 2018 blijkt uit het volgende overzicht:

Overzicht 4: Besomming IJsselmeervisafslag te Urk 2014 t/m 2018			
Jaar		Besomming totaal	Groei in % t.o.v. vorig jaar
2014		1.717.950	
2015		2.106.991	22,6%
2016		3.202.150	52,0%
2017		3.887.578	21,4%
2018		3.511.926	-9,7%

Het bureau Wageningen Economic Research van Wageningen University & Research heeft deze gegevens en de verdeling daarbinnen van de vissoorten als volgt grafisch weergegeven:



Op de normomzet na branchecorrectie van € [REDACTED] wordt de werkelijke omzet in 2018 in de visgebieden aan de Markermeer- en IJsselmeerszijde van € [REDACTED] in mindering gebracht. Dit resulteert in een omzetzerving van € [REDACTED].

5.1.1c

5.2.3.1 Schadevergoeding ex aequo et bono

Zoals hierboven is gebleken, zijn een aantal gegevens die aanvrager heeft aangeleverd niet verifieerbaar. In beginsel dient de aanvrager dan informatie te leveren die wel verifieerbaar is voor de commissie. De commissie begrijpt evenwel dat dit in een soort onderneming als een visserij als die van aanvrager zeer lastig is. Dit omdat er geen eenduidige en verifieerbare

registratiesystemen zijn die het vaststellen van aansluiting van de omzet per visgebied met de verantwoorde omzet in de jaarrekening c.q. fiscale aangifte mogelijk maakt.

Op grond van vorenstaande zou de commissie kunnen concluderen dat zij over onvoldoende precieze gegevens beschikt om de schade en schadevergoeding vast te stellen, en adviseren het verzoek om die reden af te wijzen. Dat lijkt haar in dit geval echter niet terecht, aangezien het op zich niet onaannemelijk lijkt dat aanvrager schade heeft geleden doordat hij in 2018 als gevolg van de uitvoeringswerkzaamheden niet heeft kunnen vissen bij – kort gezegd – de Houtribdijk.

De commissie kiest er daarom voor de schade ex aequo et bono vast te stellen. Dit wordt in nadeelcompensatie- en de hieraan zeer nauw verwante planschadezaken wel vaker gedaan, getuige onder meer de uitspraken van de Afdeling van 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5973, 26 maart 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF6361 en 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1131.

Bijvoorbeeld in de uitspraak van 26 maart 2003 beslist de Afdeling (r.o. 2.7.1): *“Zo dit nadeel niet kan worden becijferd, dient dit ex aequo et bono te worden begroot.”* En in de planschadevergoeding-uitspraak van 29 augustus 2012 conformeerde de Afdeling zich aan de schadevergoeding ex aequo et bono die de rechtbank in eerste aanleg had vastgesteld (r.o. 2.10). De rechtbank had in de uitspraak in eerste aanleg overwogen (ECLI:NL:RBLEE:2011:BU3448, r.o. 3.4):

“Nu ook [X] er naar het oordeel van de rechtbank niet in is geslaagd om de door haar gestelde schade, een bedrag van bijna € 24.000, aannemelijk te maken, zal de rechtbank in het kader van een finale geschillenbeslechting de aan [X] toekomende planschadevergoeding daarom in goede justitie vaststellen en wel op een bedrag van € 5.000.”

Voor de volledigheid merkt de commissie op dat in een zaak als deze, waarin de schade ex aequo et bono wordt vastgesteld, het criterium normaal maatschappelijk risico vervolgens op de gewone wijze wordt toegepast. Zie bijvoorbeeld deze recente planschade-uitspraak van de Afdeling (12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1882, r.o. 10):

“Gezien het voorgaande stelt de Afdeling de waardedaling van het perceel van [appellant] ten gevolge van de planologische verandering ex aequo et bono vast op een bedrag van € 20.000,00, hetgeen neerkomt op ongeveer 5,1% van de waarde van dat perceel onder het oude planologische regime. Volgens het herziene SAOZ-advies bedraagt het normaal maatschappelijk risico van [appellant] in deze zaak 2% van de waarde van het perceel voor het ontstaan van de schade, zijnde een bedrag van € 7.800,00. Het college heeft het SAOZ-advies op dit punt gevolgd. De Afdeling zal de tegemoetkoming in planschade vaststellen op

een bedrag van (€ 20.000 - € 7.800 =) € 12.200,00..."

Als de commissie de niet-verifieerbare gegevens van aanvrager als uitgangspunt neemt, zou de schade € [REDACTED] bedragen. De commissie stelt deze schade ex aequo et bono bij tot [REDACTED] ervan. Voor het vervolg van dit advies gaat de commissie dus uit van bedrag van € [REDACTED] als schade.

De commissie is zich ervan bewust dat het percentage [REDACTED] min of meer willekeurig is gekozen, maar dat is nu eenmaal inherent aan de bepaling ex aequo et bono. De commissie ziet in elk geval geen aanleiding om dichter bij de 100% te gaan zitten, en evenmin om een lager percentage dan [REDACTED] te nemen. Zij benadrukt dat als aanvrager toch in staat is wél te verifiëren gegevens te overleggen, dit percentage wellicht kan worden bijgesteld tot in beginsel 100%.

5.2.4 Normaal maatschappelijk risico

De door de commissie gehanteerde drempel voor het normale maatschappelijke c.q. ondernemersrisico bedraagt 8 % van de normale jaarlijkse omzet van de onderneming. Zie hiervoor verder Hoofdstuk 6 van het onderhavige advies. De omvang van de normale jaarlijkse omzet kan als volgt worden berekend:

Omzet 2018 volgens jaarrekening
Omzetderving
Totaal norminkomen 2018



De drempel is [REDACTED].

De gedeerde omzet 2018 van € [REDACTED] % van de normomzet en stijgt dus niet boven de drempel uit. De schade valt dus geheel onder het normale ondernemersrisico van aanvrager.

6. NORMAAL MAATSCHAPPELIJK RISICO

6.1 Inleiding

Het criterium normaal maatschappelijk risico is al kort aan de orde gekomen in Hoofdstuk 5. De commissie merkt te dien aanzien verder het volgende op.

Zoals in hoofdstuk 2 van dit advies is aangegeven komt eventuele toerekenbare schade alleen voor vergoeding in aanmerking binnen het stelsel van nadeelcompensatie als deze schade uitgaat boven het normale maatschappelijke risico of het normale ondernemersrisico (onevenredig nadeel) van de benadeelde en de benadeeld in vergelijking met anderen onevenredig zwaar is getroffen.

Als uitgangspunt geldt dat een overheidshandeling zoals het treffen van een verkeersmaatregel of de uitvoering van een infrastructureel project als een normale maatschappelijke ontwikkeling moet worden beschouwd, waarmee eenieder kan worden geconfronteerd en waarvan de nadelige gevolgen in beginsel voor rekening van de daardoor getroffen en moge worden gelaten.

Het bovenstaande neemt evenwel niet weg dat zelfs als sprake is van een normaal maatschappelijke ontwikkeling, er sprake kan zijn van zodanige feiten en/of omstandigheden die de overheid verplichten (een deel van) de toerekenbare schade te vergoeden. Dit betekent dat bij het beoordelen van het normale maatschappelijke risico onderzocht moet worden of en zo ja in welke mate sprake is van dergelijke bijzondere feiten en/of omstandigheden. Hierbij kan worden gedacht aan de aard van de schadeoorzaak, de duur ervan, de wijze van verwezenlijking ervan en de (relatieve) omvang van de schade (zie onder meer ABRS d.d. 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105, 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2052, 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1868, en 15 juni 2016 ECLI:NL:RVS:2016:1650).

Deze invulling van het normaal maatschappelijk risico komt veelal tot uitdrukking in een door het bestuursorgaan gehanteerde vaste drempel ten opzichte van een referentie (omzet of brutowinst) of een korting op de berekende nadelen, eventueel in combinatie met elkaar.

De eerste vraag die de commissie zich stelt, is of de versterking van de Houtribdijk als een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd.

In de afgelopen decennia is men bezig geweest de dijken "aan te pakken" om (nieuwe) overstromingen of watersnood te voorkomen. Dat ook maatregelen zouden worden genomen aan de Houtribdijk, was dan ook zonder meer te verwachten. Een maatregel als de dijkversterking is dan ook aan te merken als een normale maatschappelijke ontwikkeling. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2108, waar het om

de ophoging van een dijk gaat:⁵

“Voor de beoordeling of de schade binnen het normaal maatschappelijk risico valt, is van belang dat de ligging van een woning vlak bij een dijk leidt tot een verhoogde kans op het ontstaan van uitzichtschade als gevolg van de ophoging van een dijk. Gelet op de uitspraken van de Afdeling van 9 april 2014 in zaak 201211639/1/A2 en van 2 juli 2014 in zaak 201307733/1/A2, waarin is overwogen dat het in dergelijke gevallen in de rede ligt een drempel van 5% te hanteren, heeft het college zich derhalve terecht op het standpunt gesteld dat de door [appellant] gestelde schade binnen het normaal maatschappelijk risico valt.”⁶

De hier relevante overweging uit de uitspraak van de Afdeling van 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1198, waarnaar wordt verwezen, luidt:

“Uit de tussenuitspraak volgt dat de kustversterkingswerkzaamheden als een normale maatschappelijke ontwikkeling moeten worden aangemerkt.”

De commissie acht de versterking van de Houtribdijk eenzelfde normale maatschappelijke ontwikkeling als onder meer de ophogingen van dijken en de kustversterking waar het in de hier aangehaalde uitspraken om ging.

6.2 Beoordeling normaal maatschappelijk risico aanvrager

Artikel 3a van de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014 luidt, voor zover van belang voor de vaststelling van het drempelpercentage:

“1. Onverminderd artikel 2, eerste lid, valt schade ten gevolge van een infrastructurele maatregel in ieder geval binnen het normaal ondernemersrisico indien de schade het gevolg is van een tijdelijke omzetsdaling dan wel een tijdelijke kostenstijging en die omzetsdaling dan wel kostenstijging niet uitgaat boven de drempelwaarde van 15% van de normomzet op jaarbasis dan wel de normkosten op jaarbasis.

2. Indien de infrastructurele maatregel naar aard, duur of voorzienbaarheid bijzonder dan wel uitzonderlijk is, kan de Minister een lager drempelpercentage dan bedoeld in het eerste lid toepassen.

3. Voorts kan de Minister een lager drempelpercentage dan bedoeld in het eerste en tweede lid, toepassen, indien op aangeven van verzoeker bijzondere omstandigheden, die verband houden met de ernst van de schade voor de onderneming van verzoeker, daartoe aanleiding geven.”

⁵ Evenzo ABRS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2396.

⁶ Voor de volledigheid merkt de commissie op dat het gehanteerde percentage van 5% betrekking heeft permanente schade. Dat percentage is hier dus op zich niet van belang. Wel van belang is dat dit percentage alleen mag worden toegepast als het gaat om een normale maatschappelijke ontwikkeling. In zoverre zijn deze uitspraken hier dus relevant.

De commissie acht de Beleidsregel nadeelcompensatie redelijk en in overeenstemming met de jurisprudentie ter zake van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Zij ziet dan ook geen aanleiding om hiervan af te wijken.

Wel acht de commissie aanleiding om af te wijken van het in artikel 3a van de Beleidsregel genoemde percentage van 15%. In aanmerking genomen de soort onderneming die een vissersbedrijf als aanvrager is, en meer in het bijzonder de hoogte van de normbrutowinstmarge, en gezien de totale duur van de werkzaamheden (weliswaar blijft de omzetsderving van aanvrager in 2017 onder de drempel voor het normale ondernemersrisico, maar deze periode moet vanzelfsprekend wel worden meegenomen bij de bepaling van de totale duur van de uitvoeringswerkzaamheden) moet in dit geval naar de mening van de commissie een drempel worden toegepast van 8%. Uit overzicht 1 blijkt namelijk dat de brutowinstmarge, wanneer wordt afgezien van de beperkte variabele kosten die onder de bedrijfslasten zijn verantwoord, 100% is. De commissie acht 8% daarom een reële drempel.

Zoals in Hoofdstuk 5 is gebleken, vormt in het onderhavige geval de gedeerde omzet in procenten van de normale omzet op jaarbasis 7,5%. Dit betekent dat de schade de drempel van 8% niet overstijgt en daarom geheel tot het normale ondernemersrisico van aanvrager behoort.

7. REACTIES PARTIJEN OP HET EERSTE CONCEPTADVIES

7.1 Reactie aanvrager

In zijn e-mail van 23 september 2019 heeft aanvrager het volgende geschreven (bijlage 1):

"Misschien wel buiten de wettelijke termijn toch nog enige informatie.

De omzet van de visafslag Urk was niet hoger in 2018 omdat de [REDACTED] en wij, de [REDACTED], niet aan de Houtribdijk konden vissen. Deze bedrijven lossen bijna alles via de afslag van Urk.

Nog een opmerking over de besomming van de afslag Urk:

Een groot gedeelte van de besomming wordt door snoekbaars vissers geleverd. Is dit minder dan is de totale omzet ook minder, maar dit zegt nog niets over de besommingen van paling en krab.

Tevens wordt er ook door vissers buiten het IJssel/Markermeer aangevoerd, zodat U niet alles aan het IJssel/Markermeer mag relateren."

Reactie commissie

De commissie beschikt niet over informatie waaruit blijkt wat de groei cq. afname van de

besomming van paling en krab van de afslag Urk zou zijn geweest wanneer de werkzaamheden aan de Houtribdijk niet zouden hebben plaatsgevonden. Ook aanvrager heeft deze informatie niet aangereikt, zodat de commissie geen aanleiding ziet om de berekening van de omzetzijdering aan te passen.

7.2 Reactie namens de minister

Namens de minister is gereageerd op het conceptadvies bij e-mail van 18 september 2019 (bijlage 2). In het onderstaande wordt telkens een gedeelte van de zienswijze namens de minister geciteerd, waarna de reactie van de commissie daarop volgt.

Minister

De commissie is in het advies niet ingegaan op de rechtspositie van de beroepsvisser. Naar mijn mening dient de rechtspositie van de beroepsvissers te worden betrokken bij het advies van uw commissie. Derhalve moeten de vergunning(en) en privaatrechtelijke toestemming(en) inclusief de daarbij opgenomen voorwaarden alsmede de termijn waarvoor deze is verleend/aangegaan worden beoordeeld en worden betrokken in de afweging. Ook dient de daaromtrent gevormde jurisprudentie van de Afdeling te worden betrokken zoals o.a.: ECLI:NL:RVS:2009:BH1100 en ECLI:NL:RVS:2011:BQ2650.

Reactie commissie

De eerste bemerking van de minister is juist. De commissie heeft rood gedrukt in de betreffende passages aanvullingen geplaatst omtrent de rechtspositie van aanvrager.

Wat betreft de door de minister genoemde jurisprudentie merkt de commissie op dat het in de eerste “kokkelvisserijzaak” om permanente schade ging. Alleen daarom al is die situatie niet goed te vergelijken met die waarop dit advies ziet. Hier gaat het uitsluitend om de in 2018 geleden schade.⁷

Uit de tweede aangehaalde uitspraak volgt dat de positie van de betreffende kokkelvissers kwetsbaarder was dan die van de vissers rondom de Houtribdijk (r.o. 2.7, mijn onderstreping, OtR):

“Daarbij is tevens van belang dat zij, gezien de kwetsbaarheid van het gebied waarin zij hun activiteiten wensen uit te voeren, alsmede in aanmerking genomen dat de vergunningen jaarlijks worden verleend of geweigerd, er rekening mee hadden dienen te houden dat een vergunning niet,

⁷ Anders zal het mogelijk zijn wanneer het eventuele geleden schade in 2019 betreft.

of slechts onder stringente voorwaarden verleend zou worden.”

Aan aanvrager wordt jaarlijks vergunning verleend voor aal- en schubvisserij. Niet gesteld noch gebleken is dat aanvrager en andere vissers de afgelopen jaren of zelfs decennia vergunningen zijn geweigerd vanwege de kwetsbaarheid van het gebied, of om een andere reden.

Gezien vorenstaande ziet de commissie geen beletsel om een schadevergoeding als hiervóór is vastgesteld voor één jaar toe te kennen.

Minister

Het gebruik van de bodem van het IJsselmeer wordt gereguleerd door de privaatrechtelijke toestemming. Een de toestemming kan geheel of gedeeltelijk worden opgezegd wanneer het openbaar belang dit vordert. Deze situatie doet zich hier voor. Er is sprake van huur, nu door het Visserijbedrijf een vergoeding voor de toestemming betaald wordt. Het betreft dan de huur van onbebouwd onroerend goed, waarvoor geen bijzondere wettelijke bepalingen gelden die het Visserijbedrijf bescherming bieden. Een dergelijke overeenkomst is, tenzij anders is overeengekomen, in zijn algemeenheid opzegbaar tegen een redelijke termijn.

Onderzocht moet worden of er afspraken zijn gemaakt over een tussentijdse beëindiging: opzegging is mogelijk in het algemeen belang zonder dat aanspraak kan worden gemaakt op vergoeding van schade. Wanneer de toestemming na afloop van de geldigheidstermijn niet opnieuw verleend wordt is van opzegging geen sprake. Ik meen dat zeker ook in dat geval het Visserijbedrijf aan het onthouden van de toestemming geen recht op schadevergoeding kan ontfemen. Met het voorgaande is echter niet gezegd dat het Visserijbedrijf in het geheel geen -aanspraak op enige vergoeding kan maken. In artikel 7.14 Waterwet is immers bepaald dat aan degene die als gevolg van de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer schade lijdt of zal lijden, op zijn verzoek door het betrokken bestuursorgaan een vergoeding wordt toegekend, voor zover de schade redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en voor zover de vergoeding niet of niet voldoende anderszins is verzekerd.

De opzegging of het niet vernieuwen van de toestemming geschiedt in het kader van het waterbeheer. De vraag is vervolgens of het feit dat in de toestemming is bepaald dat bij opzegging geen recht op vergoeding van schade bestaat er aan in de weg staat dat het Visserijbedrijf op basis van dit artikel aanspraak op een vergoeding kan maken. Daartoe is van belang dat het beheer van het IJsselmeer en de regulering van de visserij op het IJsselmeer een sterk publiekrechtelijk karakter hebben, terwijl de opzegging eveneens door het algemeen belang is ingegeven. Daarbij komt dat het Visserijbedrijf, wil het in het IJsselmeer kunnen vissen, geen andere keuze heeft dan zich neer te leggen bij de in de toestemming opgenomen voorwaarden.

Reactie commissie

De commissie herhaalt dat het in dit advies om tijdelijke schade gaat, voor de duur van één jaar. En aangezien aan aanvrager geen jaarlijkse vergunning en/of toestemming is geweigerd, is deze

duur van de vergunning en toestemming geen beletsel om nadeelcompensatie toe te kennen. Zie ook de namens de minister aangehaalde uitspraak van 28 januari 2009. Daarin acht de Afdeling de vergoeding voor één jaar aanvaardbaar (en behoefde de minister niet ook mogelijk toekomstig te lijden schade door middel van kapitalisatie te vergoeden).

Minister

In paragraaf 1.1 van het advies wordt aangegeven dat de heer [REDACTED] ondersteunend (artikel 17, derde lid, van de Beleidsregel Nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014) is aan de onafhankelijke adviescommissie. De aanstelling van de heer [REDACTED] in deze dient te worden gekwalificeerd als commissielid (artikel 15, derde lid, van de Beleidsregel Nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014).

Reactie commissie

De tekst is ter plaatse aangepast.

Minister

In het paragraaf 3.3 Voorbereiding en besluitvorming, verzoek ik uw commissie tevens rekening te houden met de landelijke rapportage toetsing 2006, Inspectie Verkeer en Waterstaat (IVW), Primaire waterkeringen getoetst (19-09-2006) waarin op de figuur op pagina 10 is aangegeven dat de Houtribdijk niet aan de norm voldoet. Tevens verzoek ik uw commissie rekening te houden met de bekendmaking van de MER versterking Houtribdijk en benodigde ontgroning, Notitie Reikwijdte en Detailniveau zoals gepubliceerd op 21-08-2014 (stcrt 2014 nr. 23793).

Reactie commissie

De tekst is ter plaatse en in paragraaf 4.2 aangevuld. Zoals de commissie in 4.2 al heeft overwogen, leidt deze aanvulling niet tot wijziging van de peildatum voorzienbaarheid.

Minister

*Met betrekking tot het vaststellen van de schade ex aequo et bono wil ik graag het volgende opmerken: [ECLI:NL:RVS:2003:AF6361 Raad van State, 26-03-2003, 200202716/1](#): r.o. 2.7.1.: "Niet aannemelijk is geworden dat de door [verzoeker] aangeleverde gegevens daartoe een **onvoldoende basis vormen**. De gegevens vanaf 1994 **bieden een voldoende representatief beeld** voor de berekening van het door de dijkwerkzaamheden geleden omzetverlies aan de hand van vergelijking van de gemiddelde omzet over de drie jaren voorafgaande aan de schadeveroorzakende gebeurtenis met de omzet in de periode, waarin de schade is geleden."*

Deze situatie lijkt me in het voorliggende geval niet vergelijkbaar. Dit te meer omdat de aangeleverde omzet cijfers te veel van elkaar afwijken en mijn inziens dus onvoldoende basis kunnen vormen voor een berekening/beoordeling ex aequo et bono.

Reactie commissie

De commissie heeft al gesteld dat de schade weliswaar niet-verifieerbaar is, maar dat zonder meer moet worden aangenomen dat aanvrager schade heeft geleden door het tijdelijke verlies van de regels bij de Houtribdijk. De commissie verwijst naar paragraaf 5.2.3.1 waarin zij overweegt dat het voor een soort onderneming als een visserij als die van aanvrager zeer lastig is om (geheel) verifieerbare gegevens te overleggen. Dit omdat er geen eenduidige en verifieerbare registratiesystemen zijn die het vaststellen van aansluiting van de omzet per visgebied met de verantwoorde omzet in de jaarrekening c.q. fiscale aangifte mogelijk maakt.

Dat de Afdeling ook in een geval als dit het vaststellen van de schade ex aequo et bono aanvaardbaar acht, blijkt onder meer uit de uitspraak van 1 februari 2017, 2017:274, rechtsoverwegingen 3.2 en 9:

“Nu de schadeberekeringen uiteenlopen van € 0,00 tot € 1009.890,00 en gegevens waarmee de concreet gemiste omzet en brutomarge enigszins betrouwbaar kunnen worden berekend ontbreken, heeft de commissie de schade ex aequo et bono gesteld op € 500.000,00 (ongeveer [REDACTED] van € 1009.890,00). De commissie heeft geadviseerd [appellante] een schadevergoeding toe te kennen van € 460.000,00 (€ 500.000,00 - € 40.000,00 aan kostenbesparing). Bij besluit van 9 december 2013 heeft de hoofdingenieur-directeur dit bedrag toegekend, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 januari 2006.

(...)

De slotsom is dat hetgeen [appellante] heeft betoogd, geen reden vormt 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 de adviezen van de commissie ondeugdelijk zijn. De rechtbank was derhalve reeds daarom niet gehouden zelf een deskundige in te schakelen.”

Kortom, uit de Afdelingsjurisprudentie volgt dat vaststelling van de schade ex aequo et bono ook op haar plaats is in gevallen als dit van aanvrager, waarin enigszins betrouwbare gegevens voor de schadeberekening ontbreken, ofwel de gegevens die door de minister worden beschouwd als “onvoldoende basis”.

Minister

Op pagina 3 en 4 zijn de relevante data opgenomen. Ik verzoek u hieraan 30 mei 2018 (stcrt 2018 nr. 30301) toe te voegen. Dit is de datum van de inwerkingtreding van het gewijzigde projectplan Dijkversterking Houtribdijk waarin de uitbereiding van Trintelzand mogelijk wordt gemaakt (Trintelzand A). Dit besluit heeft geen materiële gevolgen voor het concept advies omdat bij de beoordeling van de schadepriode is uitgegaan van beide schade veroorzakende besluiten zoals opgenomen in de door RWS opgeleverde kaart Planning werkzaamheden d.d. 7 mei 2019 (bijlage 2 bij het advies).

Reactie commissie

De commissie heeft de tekst ter plaatse aangevuld.

Minister

In aanvulling op hetgeen wordt opgemerkt op pagina 7 in paragraaf 3.2 merk ik op dat op dit moment de werkzaamheden aan de Houtribdijk grotendeels afgerond zijn. Op de locaties waar de werkzaamheden gereed zijn, zijn de fuikenlocaties vrijgegeven aan de betreffende vissers. Op navolgende locaties zijn de werkzaamheden nog niet afgrond, dit is aan de Markermeerszijde (aanbrengen van vooroeverdammen bij de zandige versterking). [REDACTED] van [REDACTED] zijn nog niet vrijgegeven. Per 1 oktober 2019 zullen deze werkzaamheden gereed zijn en zullen de fuikenlocaties vrijgegeven worden.

Reactie commissie

De commissie heeft de tekst ter plaatse aangevuld.

Minister

Redactionele opmerking: op pagina 7 onder punt 7 "dat wil zeggen" vervangen door "dat wil zeggen".

Reactie commissie

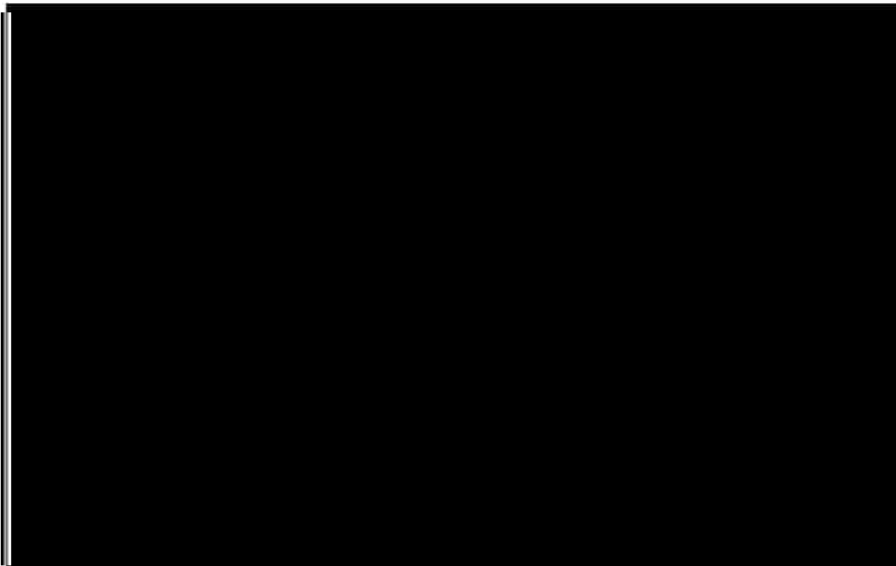
De commissie heeft de tekst ter plaatse gewijzigd.

Minister

Op pagina 15 stelt u dat aan de IJsselmeerkant in 2018 het gehele jaar 18 fuiken hebben gestaan. Kunt u dit afzetten tegen de verleende vergunning/toestemming, daar wij twijfels hebben of dit mogelijk was op grond van de verleende toestemming/vergunning.

Reactie commissie

De bijlagen bij de publiekrechtelijke IJsselmeervergunningen die aan aanvrager in 2017 en 2018 zijn verleend, laten dezelfde aantallen fuiken et cetera zien (dit is de bijlage van 27 juni 2017, zoals gezegd kent de bijlage van 27 juni 2018 dezelfde aantallen):



5.1.1c

De schadeberekening in Overzicht 3 (paragraaf 5.2.3) is gebaseerd op de informatie zoals weergegeven in Overzicht 2 opbrengst per fuik en per gebied in paragraaf 5.2.2. Hiervoor is gebruikt: Overzicht aantal fuiken tabel 1 en Overzicht besomming tabel 2 die aanvrager bij het verzoek om schadevergoeding d.d. 20 november 2018 heeft verstrekt. Uit tabel 1 wordt afgeleid dat er aan de IJsselmeerkant in 2018 het gehele jaar 18 fuiken hebben gestaan. Of dat aantal er in 2018 daadwerkelijk heeft gestaan, kan de commissie niet vaststellen. De commissie begrijpt overigens niet waarom zij had moeten twijfelen over het aantal fuiken aan de IJsselmeerkant op grond van de verleende toestemming/vergunning.

Minister

Op pagina 18 wordt uitgelegd waarom er niet kan worden uitgegaan van het gemiddelde van 3 referentie jaren. Waarom is er niet voor gekozen om een groter aantal jaren te betrekken bij de berekening en analyse (bijvoorbeeld 5 jaar)?

Reactie commissie

De reden om uit te gaan van één referentiejaar en niet van drie jaren, of maximaal vier jaren waarvan de informatie beschikbaar is, is vermeld in de op de geciteerde zin volgende tekst: "Wanneer namelijk zou worden uitgegaan van het gemiddelde van 3 referentie jaren, wordt onvoldoende rekening gehouden met de stijgende omzettrend in met name 2016." Het hanteren van een groter aantal referentie jaren dan drie neemt dit bezwaar niet weg.

Minister

"pagina 21: de [REDACTED] reducering is onvoldoende onderbouwd, zie ook mijn eerdere opmerking

op dit punt. Hierbij dient betrokken te worden of de visser überhaupt de benodigde informatie aan kan leveren?"

Reactie commissie

De commissie verwijst allereerst naar haar eerdere overwegingen inzake ex aequo et bono. Zij voegt hieraan toe dat (misschien niet toevallig) de adviescommissie in de hierboven aangehaalde uitspraak van 1 februari 2017 eveneens (ongeveer) op een halvering van de schade was uitgekomen.

In het algemeen merkt de commissie op dat de vaststelling van schade ex aequo et bono *altijd* een "sprong naar een conclusie is". Zie bijvoorbeeld de eerder aangehaalde uitspraak van 29 augustus 2012, waarin de Afdeling zich conformeerde aan de schadevergoeding ex aequo et bono die de rechtbank in eerste aanleg had vastgesteld (r.o. 2.10). De rechtbank had in de uitspraak in eerste aanleg overwogen (ECLI:NL:RBL EE:2011:BU3448, r.o. 3.4):

"Nu ook [X] er naar het oordeel van de rechtbank niet in is geslaagd om de door haar gestelde schade, een bedrag van bijna € 24.000, aannemelijk te maken, zal de rechtbank in het kader van een finale geschillenbeslechting de aan [X] toekomende planschadevergoeding daarom in goede justitie vaststellen en wel op een bedrag van € 5.000."

Ook hier wordt op geen enkele manier duidelijk waarom de rechtbank op € 5.000,-- is terechtgekomen, en niet op een ander bedrag.

Ten aanzien van de door de minister gestelde vraag verwijst de commissie naar de laatste alinea van paragraaf 5.2.3 van het eerste (en dit) conceptadvies. Met name de laatste zin is hier van belang.

"De commissie is zich ervan bewust dat het percentage [REDACTED] min of meer willekeurig is gekozen, maar dat is nu eenmaal inherent aan de bepaling ex aequo et bono. De commissie ziet in elk geval geen duidelijke aanleiding om dichterbij de 100% te gaan zitten, en evenmin om een lager percentage dan [REDACTED] te nemen. Zij benadrukt dat als aanvrager toch in staat is wél te verifiëren gegevens te overleggen, dit percentage wellicht kan worden bijgesteld tot in beginsel 100%."

Of aanvrager betrouwbaardere cijfers kan overleggen is dus de vraag, maar de commissie laat die mogelijkheid wel open voor aanvrager.

Minister

Gelet op onder meer mijn opmerkingen inzake de rechtspositie van de vissers (vergunningen en toestemmingen) alsmede de beoordeling van ex aequo et bono zie ik aanleiding u te verzoeken een tweede concept advies uit te brengen.

Reactie commissie

Dit gebeurt hier.

Minister

Met betrekking tot de schadepriode verzoek ik u onderstaande tabel te betrekken bij uw advies:

[REDACTED]	ingetrokken vanaf 05-01-2018 t/m 31-07-2019
[REDACTED]	ingetrokken vanaf 05-01-2018 t/m 31-07-2019
[REDACTED]	ingetrokken vanaf 05-01-2018 t/m 31-07-2019
[REDACTED]	ingetrokken vanaf 05-01-2018 t/m 31-07-2019
[REDACTED]	ingetrokken vanaf 01-09-2018 t/m 31-08-2019
[REDACTED]	ingetrokken vanaf 01-09-2018 t/m 31-08-2019
[REDACTED]	ingetrokken vanaf 01-09-2018 t/m 31-08-2019
[REDACTED]	ingetrokken vanaf 01-09-2018 t/m 31-08-2019
[REDACTED]	ingetrokken vanaf 05-09-2017 t/m 31-07-2019
[REDACTED]	ingetrokken vanaf 05-09-2017 t/m 28-02-2019
[REDACTED]	[REDACTED] ingetrokken vanaf 01-09-2018 t/m 30 september 2019
[REDACTED]	[REDACTED] ingetrokken vanaf 1-10-2019 t/m 31-03-2020
[REDACTED]	ingetrokken vanaf 01-09-2018 t/m 28 februari 2019
[REDACTED]	ingetrokken vanaf 01-09-2018 t/m 28 februari 2019

Reactie commissie

Uit de gegevens die zijn verstrekt (zie de in paragraaf 5.2 onder b. genoemde informatie) leidt de commissie af dat het aantal ingezette fuiken in 2017 gelijk is gebleven ten opzicht van 2016. In 2018 zijn er ten opzichte van eerdere jaren minder fuiken gebruikt. Daar leidt de commissie uit af dat er in 2017 geen derving is geleden. De commissie gaat daarom uit van heel 2018.

8. CONCLUSIE / ADVIES

De adviescommissie adviseert de minister op het door vof [REDACTED] ingediende verzoek om schadevergoeding op basis van artikel 7.14 Waterwet en artikel 2 van de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014 als volgt te besluiten:

Onderwerp	Conclusie
Verzoek tijdig ingediend	Ja
Voorzienbaarheid	Nee
Toerekenbare schade	Nee (2017) / Ja (2018)
Omzetderiving excl. evt. besparingen en extra kosten	€ [REDACTED]--
Anderszins verzekerd	Nee
Normaal maatschappelijk risico	Drempel [REDACTED]-
Schadevergoeding	NIHIL
Vergoeding wettelijke rente	n.v.t.
Vergoeding deskundigenkosten	n.v.t.

Almere, november 2019,

[REDACTED]

[REDACTED]

Bijlagen:

1. Reactie aanvrager op het eerste conceptadvies.
2. Reactie namens de minister op het eerste conceptadvies.