

Heroriëntatie van de kapitalisatie: vergoeding van nadeelcompensatie bij gebodsbepalingen

mr. ing. P.W.H. Herder

Afdeling 15.1 van de Omgevingswet voorziet in wijzigingen ten opzichte van de voorheen geldende planschadesystematiek. Veel is al geschreven over het opschuiven van het moment van ontstaan van de schade, de feitelijke vergelijking, voorzienbaarheid en het normaal maatschappelijk risico.¹ Naast de gewijzigde nadeelcompensatieregeling in de Omgevingswet zal ook het gewijzigde omgevingsrecht gevolgen hebben op de beoordeling van de nadeelcompensatie. Eén van die wijzigingen betreft het loslaten van zowel het principe van “toelatingsplanologie” als de wettelijke plicht tot standaard overgangsrecht, waardoor de mogelijkheid ontstaat tot het opnemen van gebodsbepalingen in het omgevingsplan. Met de gebodsbepaling kan de gebruiker verplicht worden bepaalde activiteiten te verrichten, wat een zware last en mogelijk aanzienlijke schade tot gevolg kan hebben. Biedt het nadeelcompensatierecht voldoende compensatie voor die schade?

Voor wat betreft de inkomensschade is het vaste rechtspraak om de in het onteigeningsrecht gebruikelijke kapitalisatiefactor 10 toe te passen. Is dit ook redelijk bij een gebodsbepaling of kan in die gebodsbepaling een bijzondere omstandigheid worden gevonden die een hogere kapitalisatiefactor rechtvaardigt? Gelet op het gegeven dat bij nadeelcompensatie voor wat betreft de kapitalisatiefactor aansluiting wordt gezocht bij het onteigeningsrecht wordt in deze bijdrage eerst ingegaan op de verhouding tussen de schadebegroting in het nadeelcompensatie- en onteigeningsrecht en de wijze waarop de kapitalisatiefactor bij de beoordeling van een aanvraag om nadeelcompensatie wordt toegepast. Vervolgens wordt kort stilgestaan bij de reikwijdte

van gebodsbepalingen, waarna wordt betoogd dat een gebodsbepaling een zwaardere last tot gevolg kan hebben dan een onteigening, wat een hogere kapitalisatie dan factor 10 kan rechtvaardigen.

1. De schadeloosstelling en de schadevergoeding

De onteigende heeft conform artikel 15.17 Omgevingswet recht op een *schadeloosstelling*. De benadeelde heeft conform artikel 4:126 van de Algemene wet bestuursrecht recht op een *vergoeding*. De keuze in terminologie wijst er al op dat de schadeloosstelling meer omvattend is dan de schadevergoeding in geval van nadeelcompensatie. Gelet op de lange historie en uitgekristalliseerde jurisprudentie rond de vaststelling van de schadeloosstelling is het vanuit de praktijk wenselijk dat voor de schadebegroting bij nadeelcompensatie aansluiting wordt gezocht bij de onteigeningsrechtspraak. Het verschil tussen de schadevergoeding bij nadeelcompensatie en de schadeloosstelling bij onteigening zou gelegen moeten zijn in de beoordeling van normaal maatschappelijk risico en de voorzienbaarheid van de schade en niet in de schadebegroting. Dit is eerder in de literatuur betoogd.² De rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: “de Afdeling”) laat geregeld verzet zien tegen aansluiting bij de onteigeningsystematiek.

In de uitspraak van de Afdeling van 11 juni 2008 overwoog de Afdeling dat de inkomensschade gekapitaliseerd diende te worden met factor 8 omdat “*het in dit geval geen onteigening betreft maar omzetschade die*

1 Zie bijvoorbeeld: C.M.L. van der Lee, ‘Praktijkboek Planschade – Van Wro naar Omgevingswet’, ‘s-Gravenhage: IBR 2022; J.H.M. Huijts en M.K.G. Tjepkema, ‘Het planschaderecht als paradijs van ficties’ in: J.E. van den Brink e.a., *Bestuursrecht in het echt*, Deventer: Kluwer 2021.

2 H.J.M. van Mierlo en B.P.M. van Ravels, ‘Kapitalisatie en nadeelcompensatie’, *O&A* 2011, nr. 4; A.C.M.M. van Heesbeen en S. Berns, ‘De verhouding tussen vermogens- en inkomensschade bij nadeelcompensatie en planschade’, *PRO* 2014, afl. 4.

samenhang met de exploitatie van een onderneming en niet met eigendomsverhouding".³ In latere rechtspraak is deze overweging niet herhaald en is het vaste rechtspraak dat de inkomensschade overeenkomstig de systematiek van het onteigeningsrecht moet worden gekapitaliseerd met factor 10 voor een eigenaar.⁴ Voor permanente inkomensschade wordt de jaarlijkse schade vastgesteld. Om de jaarlijkse schade over een langere periode te vergoeden wordt in het onteigeningsrecht een kapitalisatiefactor toegepast. In het onteigeningsrecht dient de onteigende volledig schadeloos gesteld te worden. Dit geldt ook voor de toekomstige inkomensschade. In het onteigeningsrecht bestaat de vuistregel om de jaarlijkse inkomensschade te vergoeden met kapitalisatiefactor 10. Door de jaarlijkse schade met factor 10 te vergoeden is de onteigende volledig schadeloos gesteld. Een onderbouwing van deze factor is in de rechtspraak niet gegeven. In de literatuur is veelal aangegeven dat factor 10 bij een rentevoet van 4% correspondeert met een periode van 13 jaar.

Omtrent de verhouding tussen de waardedaling en de inkomensschade hanteert de Afdeling een eigen gedragslijn waarin beoordeeld wordt in hoeverre de inkomensschade is verdisconteerd in de begroting van de waardedaling. Deze overweging wordt aan de orde gesteld bij zaken waarbij de waarde van het onroerend goed wordt bepaald door de te genereren inkomsten. In de literatuur is de ongewenste afwijking ten opzichte van de systematiek van het onteigeningsrecht meermaals benoemd.⁵

Ook zijn er voorbeelden waarin de Afdeling expliciet aansluit bij de onteigeningsrechtspraak van de Hoge Raad. In een zaak waarin het onroerend goed en de exploitatie bij verschillende rechtspersonen waren ondergebracht, overwoog de Afdeling dat die rechtspersonen dienden te worden vereenzelvigd.⁶ Daarbij werd betrokken dat in feite sprake was van een samenwerkingsverband waarbij zeggenschap en belang uiteindelijk geheel berusten bij één persoon. Onder verwijzing naar onteigeningsrechtspraak doet dit recht aan de economische werkelijkheid, aldus de Afdeling.

Op basis van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de rechtspraak op het gebied van

nadeelcompensatie selectief aansluiting zoekt bij het onteigeningsrecht voor wat betreft de schadebegroting. Dat die aansluiting in de rede ligt, laat overigens onverlet dat de uitgangspunten voor die schadebegroting verschillen. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de maximalisatie van de planologische mogelijkheden bij schade op grond van artikel 6.1 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) (oud). Anderzijds bestaat bij een verzoek om nadeelcompensatie geen wettelijke grondslag voor een complexwaardering zoals die was vastgelegd in artikel 40d Onteigeningswet (oud).⁷

2. De kapitalisatiefactor bij nadeelcompensatie

Misschien al een eeuw zijn juristen op zoek naar de onderbouwing van kapitalisatiefactor 10 in het onteigeningsrecht. In het nadeelcompensatierecht heeft de Afdeling de praktijk verlost van deze zoektocht. Het is inmiddels vaste rechtspraak dat bij de bepaling van de inkomensschade rekening wordt gehouden met zogenaamd "voortgezet gebruik".⁸ Indien sprake is van een periode tussen het besluit dat de schade veroorzaakt en het moment dat dat besluit feitelijk wordt uitgevoerd, dient het genoten voordeel in deze periode te worden verrekend in de gekapitaliseerde inkomensschadevergoeding. Daarbij heeft de Afdeling aanvaard dat kapitalisatiefactor 10 overeen komt met een periode van 13 jaar. Indien bijvoorbeeld sprake is van een periode van voortgezet gebruik van 12 jaar, resteert een periode van 1 jaar waarvoor de inkomensschade dient te worden vergoed. Zoals reeds uiteengezet door Van Heijst is van een kortere schadepriode door voortgezet gebruik echter geen sprake.⁹ Van Heijst merkt op: *'de onteigeningsrechter heeft reeds lang geleden bepaald dat deze omstandigheid niet mag/ moet leiden tot het in aanmerking nemen van een kortere schadepriode (door uit te gaan van een korting op de toepasselijke kapitalisatiefactor), maar 'slechts' tot een contant maken van de inkomensschadevergoeding naar de schadepeildatum'*. Onlangs heeft de Afdeling aanleiding gezien om de aftrek voor voortgezet gebruik in te perken tot de gevallen waar bijzondere wettelijke regelingen een

3 ABRvS 11 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3621.

4 ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:488; 13 december 2023, ECLI:NL:RVS:2023:4608.

5 Zie onder meer I.P.A. van Heijst, annotatie bij ABRvS 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2382, BR 2021/5.

6 ABRvS 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2382.

7 ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1337.

8 Zie ABRvS 27 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA8139; ABRvS 12 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT7434; ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4165; ABRvS 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2382.

9 I.P.A. van Heijst, annotatie bij ABRvS 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2382, BR 2021/5.

vaste peildatum voorschrijven voor de begroting van de schade.¹⁰ Concreet worden genoemd de vaste peildatum voor de vaststelling van de volledige schadeloosstelling in het onteigeningsrecht en de vaste peildatum voor de beoordeling van de planschade conform artikel 6.1 Wro. Het is overigens maar de vraag in hoeverre aftrek voor voortgezet gebruik in het omgevingsrecht blijft bestaan. De wetgever wijst bij inkomensschade op de noodzaak om met “andere peildata” te werken dan de inwerkingtreding van het schadeveroorzakend besluit.¹¹ Gesteld zou kunnen worden dat daarmee de vaste peildatum voor de vaststelling voor de inkomensschade wordt verlaten.

Op basis van de rechtspraak over voortgezet gebruik zou geconcludeerd kunnen worden dat de Afdeling in afwijking van de Hoge Raad een onderbouwing heeft geaccepteerd van de kapitalisatiefactor. Die onderbouwing lijkt voorsnog alleen tot verfijning van de kapitalisatiefactor te kunnen leiden in verband met de aftrek voor voortgezet gebruik. In de uitspraak van de Afdeling van 16 februari 2022 stelde de eigenaar dat hij al langer dan 13 jaar geen mogelijkheden heeft gehad om de bedrijfsvoering te wijzigen, wat een hogere kapitalisatiefactor dan 10 zou rechtvaardigen. De Afdeling volgt in haar oordeel de onteigeningsrechtspraak en overweegt dat de kapitalisatiefactor niet verbonden is aan de tijdsduur van de schade of een periode waarin de schade zich manifesteert.¹² De feitelijke termijn waarbinnen een eigenaar de bedrijfsvoering aanpast, kan korter, maar ook langer zijn. De berekening blijft daarbij ongewijzigd en die voor eigenaren is factor 10, aldus de Afdeling.

3. Schade door een gebodsbepaling

Een gebodsbepaling verplicht de gebruiker om bepaalde activiteiten te verrichten. De beperkingen voor de reikwijdte van gebodsbepalingen zijn in de literatuur uitgebreid beschreven.¹³ Samengevat weergegeven wordt de reikwijdte hoofdzakelijk beperkt door artikel 1 Eerste Protocol EVRM en het evenredigheidsbeginsel. Door Sanderink en Scheltens-Fokke wordt onder meer onderscheid gemaakt tussen een gebod om een nieuwe functie te verwezenlijken en

een gebod om gronden en gebouwen in een bepaalde staat te houden. Het gebod om een nieuwe functie te verwezenlijken is een ingrijpende verplichting die in strijd is met het evenredigheidsbeginsel en artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Het gebod om gronden en gebouwen in een bepaalde staat te houden is onder omstandigheden aanvaardbaar. In mijn ogen kan hierbij gedacht worden aan een gebod om een bestaande poel door middel van jaarlijks beheer in stand te houden of een bestaande bloemrijke akkerrand jaarlijks in te zaaien. Of dergelijke gebodsbepalingen aanvaardbaar zijn zal de rechtspraak moeten uitwijzen. Voor zover dergelijke geboden op zichzelf te verstrekkend zijn, gaat de regering ervan uit dat evenredigheid kan worden bereikt door het bieden van een overgangsregeling of door nadeelcompensatie toe te kennen.¹⁴ Overigens hoeft de rechtmatigheid van een gebodsbepaling voor de nadeelcompensatie niet per definitie als uitgangspunt te gelden. Denkbaar is dat een verstrekkende gebodsbepaling wordt opgenomen in een omgevingsplan. Indien die regeling niet wordt bestreden en onherroepelijk wordt, dient van de rechtmatigheid te worden uitgegaan en bestaat er een grondslag voor nadeelcompensatie.

Schade als gevolg van een bepaling in een omgevingsplan betreft een waardedaling en/of inkomensschade. De waardedaling wordt bepaald door een waardering van de onroerende zaak onder de oude en nieuwe situatie, het eventuele verschil betreft de waardedaling. Voor de waardedaling als gevolg van een gebodsbepaling zal de methode niet anders zijn.

Voor permanente inkomensschade wordt de jaarlijkse schade vastgesteld. Voor bijvoorbeeld een poel waar geen beheer werd uitgevoerd die de verplichting krijgt tot jaarlijks beheer, betreffen de jaarlijkse kosten de schade. Om de jaarlijkse schade over een langere periode te vergoeden wordt aangesloten bij de kapitalisatiefactor uit het onteigeningsrecht. De vraag is relevant of in geval van schade door een gebodsbepaling ook bij de kapitalisatiefactor uit het onteigeningsrecht kan worden aangesloten. Wordt de gebruiker bij een gebodsbepaling voor wat betreft de schade niet zwaarder getroffen dan een onteigende bij een onteigening? Ik zou menen dat dit het geval kan zijn. Waar na een onteigening de onteigende de keuze heeft om zijn activiteiten te staken of op

10 ABRvS 13 december 2023, ECLI:NLRVS:2023:4608.

11 *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 227 en 228.

12 ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:488.

13 F.A.G. Groothuijse, e.a., ‘*Omgevingsplan: overgangsrecht, gebodsbepalingen en het verschuiven van onderzoeksplichten*’, TBR 2016/111; D.G.J. Sanderink en J.J. Scheltens-Fokke, ‘*Gebodsbepalingen en overgangsrecht in het omgevingsplan*’ in: S. Hillegers e.a., *Vertrouwen in de Omgevingswet*, Deventer: Kluwer 2021, p. 283 – 310.

14 Zie nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit, p. 101 (*Stb.* 2018, 290).

andere wijze in te richten, is die keuze niet aanwezig bij een gebodsbepaling. Denk bijvoorbeeld aan de onteigende akkerbouwer die door de komst van een nieuwe weg waarvoor onteigend is, moet omrijden om verschillende percelen te bereiken. De onteigende kan in de toekomst kiezen voor een teelt waarvoor minder rijbewegingen nodig zijn of de bewerkingen kunnen volledig door een derde worden uitgevoerd. In het uiterste geval heeft de onteigende ook de keuze om de agrarische activiteiten te staken. In het geval van een gebodsbepaling zijn de mogelijkheden zeer beperkt. De verplichting van het jaarlijkse beheer van een bestaande poel of het jaarlijks inzaaien van een bloemrijke akkerrand blijft bestaan. De mogelijkheden om de last van deze beheermaatregelen te beperken zijn grotendeels gelegen buiten de invloedssfeer van de gebruiker. Denk hierbij aan een aanpassing van het omgevingsplan, de beschikbaarheid van subsidies of het uitvoeren van de maatregel door vrijwilligers.

Daarnaast heeft de onteigende die moet omrijden de mogelijkheid om de afweging te maken of de kosten voor het omrijden opwegen tegen de opbrengsten van de agrarische exploitatie op het perceel. Het jaarlijkse beheer van de poel en het jaarlijks inzaaien van een bloemrijke akkerrand betreffen enkel lasten die kosten met zich meebrengen waaraan geen baat is gekoppeld waaruit opbrengsten voortvloeien. Er bestaat derhalve geen keuze om in geval van lage marktprijzen voor het op de akker te telen gewas, het gehele perceel een jaar braak te laten liggen. Indien dit wél het geval zou zijn (de akkerrand zou alleen ingezaaid moeten worden als de akker wordt beteeld), zou deze bepaling eerder een voorwaardelijke verplichting betreffen waarbij de gebruiker jaarlijks de keuze heeft om de opbrengsten tegen de kosten af te wegen. In mijn ogen is voor die gevallen waar sprake is van een voorwaardelijke verplichting geen sprake van een zwaardere last dan in het geval van onteigening.

Bij inkomensschade voor natuurgronden rijst de vraag of de inkomensschadevergoeding de waarde kan overtreffen. Daarnaast worden in de praktijk (agrarische) natuurgronden ook verkocht met kwalitatieve verplichtingen tot natuurbehoud zonder dat ook in een inkomenscomponent wordt voorzien. Ligt een (omvangrijke) inkomensschadevergoeding dan wel in de rede? Voor wat betreft de vergoeding van inkomensschade bij onteigening en nadeelcompensatie ziet de waardedaling op de onroerende zaak (het object) en de inkomensschade op de eigenaar/gebruiker (het subject). Daarbij is het voorbeeld van

de akkerbouwer die moeten omrijden als gevolg van de onteigening illustratief. De omrijdschade betreft inkomensschade voor de onteigende. Dat het perceel aan derden kan worden verkocht zonder vergoeding van de omrijdschade (voor zover aan de orde), is niet relevant. De inkomensschade wordt immers niet vastgesteld aan de hand van de waarde van het perceel.

3.1 Belangen vorderen onteigening

Kan een gebodsbepaling die een zwaardere last tot gevolg heeft dan onteigening, rechtsgeldig zijn? Zoals benoemd mag er geen sprake zijn van strijdigheid met het evenredigheidsbeginsel en artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Onderdeel van deze beoordeling is of de belangen geen onteigening vorderen. Bij gedoogplichten is dit reeds een vastgesteld toetsingskader.¹⁵ De belangen vorderen onteigening indien het huidige gebruik onmogelijk wordt gemaakt en een belangrijk deel van het perceel wordt belemmerd. Bij de genoemde voorbeelden van een poel of akkerrand hoeven deze criteria niet in de weg te staan aan een gebodsbepaling. Indien de gebodsbepaling ziet op het huidige gebruik en slechts een klein deel van het perceel, vorderen de belangen geen onteigening. In de regel is de omvang van de schade geen onderdeel van de beoordeling. Dat de eigenaar voor wat betreft de schade zwaarder wordt geraakt dan bij een onteigening, is derhalve geen onderdeel van de toets.

4. Omvang kapitalisatiefactor

Indien het betoog wordt gevolgd dat sprake is van een zware last als gevolg van een gebodsbepaling, wat moet dan de kapitalisatiefactor zijn? Nu zowel factor 10 als de periode van 13 jaar niet zijn onderbouwd, valt ook geen onderbouwing te geven voor een factor of periode waarmee de factor overeenkomt bij een zwaardere last. Wellicht kan aansluiting worden gezocht bij een kapitalisatiefactor die eerder is toegepast bij de overdracht van jaarlijkse lasten. In het verleden is onderzoek gedaan naar de omvang van afkoopsommen bij overdracht van beheer en onderhoud van Rijkswerken, wat heeft geresulteerd in het rapport “afkoopsommen 1979”.¹⁶ Rekenende met een rente van 4,5% wordt bij een oneindige tijdsduur van de afkooptermijn een kapitalisatiefactor vastgesteld van 22,22. Veel kan worden gezegd over de uitgangspunten voor deze kapitalisatiefactor. Naast dat de rente wellicht lager dient te worden vastgesteld, is het maar

¹⁵ Artikel 10.11 aanhef en onder d van de Omgevingswet.

¹⁶ *Kamerstukken II 1979/80*, 15 679, nr. 6.

de vraag of bij een gebodsbepaling van een oneindige tijdsduur kan worden gesproken. Het omgevingsplan kent dan wel geen actualiseringsplicht maar daarmee is niet gezegd dat de gebodsbepaling per definitie oneindig zal gelden. Aan de andere kant heeft de benadeelde geen zekerheid dat de gebodsbepaling op enig moment komt te vervallen. Deze risico's en onzekerheden zullen moeten worden betrokken bij de bepaling van de kapitalisatiefactor. Wellicht gaat het al te ver om aansluiting te zoeken bij een dergelijke

onderbouwde kapitalisatiefactor en wordt het een willekeurig getal tussen 10 en 22,22.

Over de auteur

Paul Herder is werkzaam bij Gloudemans als deskundige op het gebied van planschade en nadeelcompensatie.