

ANNOTATIE

## Verzamelnoot inkomensderving

**bc. K-RMT P.A.H.M. Willems**

*Annotatie bij Raad van State, 24-01-2024, ECLI:NL:RVS:2024:223 (OGR-2024-0017)*

*Annotatie bij Raad van State, 17-01-2024, ECLI:NL:RVS:2024:124 (OGR-2024-0017)*

*Annotatie bij Raad van State, 13-12-2023, ECLI:NL:RVS:2023:4608 (OGR-2024-0017)*

*Annotatie bij Raad van State, 27-09-2023, ECLI:NL:RVS:2023:3623 (OGR-2024-0017)*

1. In de casus Almelo (ECLI:NL:RVS:2023:3623, OGR 2023-0166) had een banketbakker verzocht om nadeelcompensatie, vanwege een omzetederving door (weg)werkzaamheden voor de herontwikkeling van het centrum van Almelo. Niet in geschil is de schadeperiode van begin 2016 tot en met juli 2017 en evenmin dat er een causaal verband is tussen de werkzaamheden en de lagere omzet. Het college is geadviseerd door Thorbecke, die heeft geconcludeerd dat de omzet vanaf 2013 een bestendig dalende lijn vertoonde. Daarom is alleen de omzet van 2015 gebruikt voor het begroten van de normomzetten in 2016 en 2017. De banketbakker, bijgestaan door Langhout en Wiarda, stelt dat 2015 geen representatief jaar was, omdat de omzet toen werd beïnvloed door werkzaamheden in de Havenpassage, waar de winkel was gevestigd, en in het centrum van Almelo. De Afdeling is met de banketbakker van

mening dat de omzet in 2015 door deze twee factoren niet representatief was. Niet relevant is de vraag of deze factoren van privaatrechtelijke aard waren en of een aanspraak op nadeelcompensatie voor die eerdere jaren al verjaard is. De Afdeling doet de zaak niet zelf af, maar geeft mee dat in beginsel moet worden uitgegaan van een referentieperiode van drie jaar, onder verwijzing naar vaste rechtspraak.

2. In de casus Geertruidenberg (ECLI:NL:RVS:2023:4608) heeft een snackbarhouder in Raamsdonksveer verzocht om nadeelcompensatie, omdat door een verkeersbesluit paaltjes in de weg zijn geplaatst en de snackbar minder goed bereikbaar is geworden, met als gevolg een blijvende omzetsdaling. Het college heeft op basis van een advies van Gloudemans het verzoek afgewezen, omdat het causaal verband onvoldoende aannemelijk was gemaakt. Volgens een second opinion van SAOZ is er wel sprake van vergoedbare schade, maar is 50% van de omzetsdaling toe te rekenen aan gewijzigde concurrentieverhoudingen door verplaatsing van een concurrerende snackbar naar een betere locatie. SAOZ hanteert voor de berekening van de omzetsderving een kapitalisatiefactor 8 wegens voortgezet gebruik gedurende drie jaar tussen inwerkingtreding van het besluit en realisatie daarvan. STAB heeft als adviseur van de rechtbank eveneens een factor 8 gehanteerd. De Afdeling merkt allereerst op dat de begroting van blijvende inkomensschade is gebaseerd op het onteigeningsrecht. De kapitalisatiefactor heeft volgens de Afdeling geen relatie met de tijdsduur van de schade. Volgens vaste rechtspraak wordt bij een eigenaar/gebruiker factor 10 gehanteerd. De Afdeling merkt op dat in casu – anders dan bij planschade – als peildatum het moment van het realiseren van het verkeersbesluit moest worden gehanteerd. Er is geen goede reden om aan te sluiten bij de wettelijke regelingen zoals die gelden voor onteigening en planschade en dus evenmin bij de in die gevallen geldende peildatum. De datum van het ontstaan van de inkomensderving is daarom de peildatum voor de schadebegroting. Dat betekent dat er geen reden is om een lagere kapitalisatiefactor te gebruiken vanwege voortgezet gebruik. De Afdeling doet de zaak zelf af op basis van de schadebegroting van STAB.

3. Ook in de casus Rotterdam (ECLI:NL:RVS:2024:124, OGR 2024-0010) heeft een snackbarhouder verzocht om nadeelcompensatie. De snackbar is gevestigd op een bedrijventerrein en gedurende bijna twee jaar is sprake geweest van een lagere omzet door riool- en wegwerkzaamheden. Het college is geadviseerd door SAOZ die bij de schadebegroting een korting heeft toegepast vanwege een besparing op personeelskosten. De Afdeling verwijst naar de normale methodiek voor het begroten van gedeelde winst. SAOZ heeft terecht gesteld dat de personeelskosten van een horecabedrijf sterk samenhangen met de omzet. Vanwege de schadebeperkingsplicht mag daarom een besparing op de loonkosten worden verrekend, ook als die besparing feitelijk niet heeft plaatsgevonden. In casu speelde mee dat de snackbarhouder aanvankelijk weinig informatie had verstrekt, waardoor SAOZ

met aannames moest werken. In bezwaar heeft de snackbarhouder wel stukken overlegd, waaruit echter bleek dat de besparing zelfs groter was geweest dan hetgeen SAOZ had gehanteerd. Ook de berekening van het normale ondernemersrisico wordt door de Afdeling onder verwijzing naar rechtspraak goed bevonden. Een drempel van 8% van de gemiddelde (referentie)jaaronzet mag voor twee opeenvolgende jaren worden gehanteerd, ook als het om een instapdrempel gaat zoals in dit geval.

4. In de casus Volendam (ECLI:NL:RVS:2024:223, OGR 2024-0017) gaat het om een appellant uit Volendam die een visserijbedrijf heeft en die een verzoek om nadeelcompensatie heeft ingediend bij de minister van Infrastructuur en Waterstaat vanwege tijdelijke inkomensderving en extra kosten door een projectplan ter versterking van een dijk, waarvoor een aantal fuiken aan de dijk verwijderd moest worden, die pas na bijna twee jaar mochten worden teruggeplaatst. De door de minister ingestelde commissie heeft geconcludeerd dat de omzetten uit de jaarrekeningen en de veilinggegevens niet pasten bij de overzichten van de visvangsten die de visser heeft overgelegd, waardoor deze overzichten als niet bruikbaar zijn bestempeld. Vanwege de niet-verifieerbaarheid heeft de commissie de omzetzaling *ex aequo et bono* met 50% gecorrigeerd. Vervolgens is een korting van 26,5% toegepast voor het normale ondernemersrisico. De Afdeling merkt allereerst op dat bij een schadebegroting altijd keuzes moeten worden gemaakt, waarbij deze redelijk en aanvaardbaar moeten zijn. Daarna stelt de Afdeling vast dat de schadebegroting op de reguliere wijze heeft plaatsgevonden. De visser heeft niet aannemelijk gemaakt dat dit in casu niet mocht. Dat bij andere zaken een andere methodiek wordt toegepast, betekent niet dat de gebruikte methode onjuist, ondeugdelijk of onzorgvuldig is. De Afdeling meent dat de minister een korting mocht toepassen vanwege de niet-verifieerbaarheid van de gegevens, maar vindt wel dat deze korting gemotiveerd had moeten worden. De motivering voor de hoogte van het normale ondernemersrisico wordt door de Afdeling wel gevolgd.

5. Deze vier uitspraken geven een mooi beeld van wat zoal komt kijken bij het begroten van inkomensschade. De Afdeling geeft in het kort de methodiek aan: de schade wordt vastgesteld door een vergelijking te maken tussen het inkomen (c.q. omzet) dat men in de schadepriode heeft gehad (het schade-inkomen) en het inkomen dat men gehad zou hebben indien de schadeoorzaak zich niet had voorgedaan (het norminkomen). Dit is derhalve een hypothetische situatie. Het norminkomen wordt vastgesteld op basis van het inkomen dat men had in de jaren voorafgaand aan de schadepriode (het referentie-inkomen). Zoals in de standaardoverweging wordt aangegeven, zijn daarbij verschillende scenario's denkbaar. Bij een ondernemer met een stabiele omzet heeft men met drie referentiejaar een voldoende beeld van het omzetsniveau. De gemiddelde omzet kan dan gebruikt worden als basis voor de berekening van de normomzet(ten) in de schadepriode, onder andere door een correctie voor

de ontwikkeling in de branche en voor inflatie. Dat ligt anders wanneer de omzetten een bestendig dalende of stijgende lijn laten zien. De Afdeling geeft aan dat in die gevallen afgeweken kan worden van het uitgangspunt dat de omzetten gemiddeld moeten worden. In de praktijk wordt in dat geval de bestendige lijn doorgetrokken. Een voorbeeld: bij omzetten in drie achtereenvolgende referentie jaren van 11.000, 13.000 en 15.000 zou een gemiddelde omzet 13.000 bedragen, terwijl als de stijgende lijn wordt doorgetrokken in het vierde jaar een omzet van 17.000 was te verwachten. Bij een dalende lijn geldt dit eveneens: bij referentie-omzetten van 15.000, 13.000 en 11.000 is in het vierde jaar een omzet van 9.000 te verwachten en niet van 13.000. Het scenario dat de Afdeling niet bespreekt, is een ondernemer met een sterk fluctuerende omzet. In een dergelijk geval wordt het moeilijk om bij een lagere omzet een causaal verband aan te tonen met de gestelde externe schadeoorzaak. Bij het vaststellen van een bestendig dalende of stijgende lijn moet overigens wel onderkend worden dat met drie referentie jaren slechts een ontwikkeling van twee jaar inzichtelijk is gemaakt. In het voornoemde voorbeeld is bijvoorbeeld alleen voor het tweede en derde jaar duidelijk dat de ontwikkeling plus of minus 2.000 bedroeg. Dat is wellicht te weinig om te kunnen spreken van een bestendige lijn. In een dergelijk geval is daarom een langere referentieperiode van bijvoorbeeld vier of vijf jaren aan te raden.

6. De referentie jaren zijn over het algemeen de jaren die direct voorafgaan aan de schadeperiode. Uit de zaak Almelo bleek al dat jaren die om een bepaalde reden geen representatief beeld geven niet bruikbaar worden geacht, omdat die immers een onjuist beeld geven van het reguliere inkomen. Daarom is het ook van belang dat niet te ver in het verleden wordt gekeken: hoe verder terug in de tijd, hoe minder overeenkomst er is met de schadeperiode. Het is daarom logisch dat in de zaak Geertruidenberg als peildatum het moment is gehanteerd waarop de schade daadwerkelijk optreedt. Pas toen de paaltjes in de weg werden geplaatst, werd de snackbar moeilijker bereikbaar en trad een inkomensderving op. De Afdeling verwijst in dit verband naar onteigening en planschade, waarbij de peildatum vastligt. Bij planschade is dat het moment van inwerkingtreding van de gestelde schadeoorzaak, zoals bijvoorbeeld een bestemmingsplan. De Afdeling verwijst hierbij naar de tussenuitspraak in de zaak Peel en Maas van 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2553, waarin is bepaald dat bij planschade in de vorm van een inkomensderving toch de reguliere peildatum moet worden gebruikt. In die zaak was echter direct na de peildatum nog geen sprake van inkomensderving en was het toen nog maar de vraag of die later zou optreden. De feitelijke situatie was immers heel anders dan de (ongerealiseerde) planologische situatie. Indien in een dergelijk geval wellicht pas jaren later inkomensderving optreedt, ligt het mijns inziens niet in de rede om referentie jaren direct voor de peildatum te hanteren, die immers een sterk verouderd beeld kunnen geven. Logischerwijs wordt in een dergelijk geval voor de referentie jaren toch gekeken naar de financiële situatie direct voor het optreden van het

inkomensverlies. Als uitgangspunten gelden bij planschade immers ook dat de schadebegroting zo goed mogelijk moet aansluiten bij de werkelijk geleden schade en dat niet geleden schade niet vergoed dient te worden. De frase dat ook nog te lijden schade wordt vergoed, ziet mijns inziens met name op de begroting van tijdelijke of structurele inkomensderving die wel al is aangevangen, maar nog voortduurt. De Afdeling geeft bij planschade echter de voorkeur aan het begroten per peildatum met een eventuele correctie vanwege voortgezet gebruik, zoals ook blijkt uit de uitspraak van 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4165. Omdat in de zaak Peel en Maas de peildatum in 2009 lag, maar de schade pas in 2015 optrad, kon de kapitalisatiefactor worden aangepast van 10 naar 6, waarbij overigens nog expliciet een relatie werd gelegd met de duur van de schadeperiode, hetgeen thans door de Afdeling is losgelaten.

7. In de zaken Rotterdam en Volendam speelt een veelvoorkomend probleem bij nadeelcompensatie, namelijk dat informatie niet (tijdig) wordt overgelegd of dat sprake is van tegenstrijdige gegevens, waarvoor de benadeelde geen afdoende verklaring kan geven. In de zaak Rotterdam had SAOZ een aanneming gedaan voor de begroting van de bespaarde personeelskosten. Pas in bezwaar kwam de snackbarhouder met gegevens, waaruit echter bleek dat de besparing nog hoger was geweest. De Afdeling noemt dit in de overwegingen expliciet, maar er zijn geen consequenties verbonden aan het feit dat de benadeelde in eerste instantie de gegevens niet had overgelegd. Dat ligt iets anders bij de zaak Volendam. In die zaak had de commissie beoordeeld dat vanwege de niet-verifieerbaarheid van de gegevens een korting van 50% mocht worden toegepast. De Afdeling vond het redelijk dat een korting werd toegepast, maar miste een duidelijke motivering voor de hoogte. De Afdeling benadrukt dat de bewijslast voor het aannemelijk maken van de schade en de hoogte daarvan bij de benadeelde ligt. De hoge korting kon de Afdeling vooralsnog niet volgen, omdat de commissie had erkend dat geen goed verifieerbaar registratiesysteem bestond en omdat de visser niet had geweigerd gegevens over te leggen.

8. Deze rechtspraak lijkt voorlopig nog heel relevant te blijven. In de per 1 januari 2024 in werking getreden titel 4.5 van de Algemene wet bestuursrecht en afdeling 15.1 van de Omgevingswet ontbreken namelijk bepalingen over het begroten van inkomensderving. De Omgevingswet geeft wel een peildatum en methode voor het begroten van een waardevermindering van een onroerende zaak, wat nog niet geregeld was in de Wet ruimtelijke ordening. Kennelijk vond de wetgever de begroting van inkomensderving nog onvoldoende uitgekristalliseerd of onvoldoende algemeen toepasbaar om deze te codificeren.