



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Voor hetzelfde geld. Over de kwalificatie van publiekrechtelijke financiële verstrekkingen en hun wettelijk kader

Ouden, W. den; Tjepkema, M.K.G.

Citation

Ouden, W. den, & Tjepkema, M. K. G. (2006). Voor hetzelfde geld. Over de kwalificatie van publiekrechtelijke financiële verstrekkingen en hun wettelijk kader. *Nederlands Tijdschrift Voor Bestuursrecht*, 2006(4), 101-116. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13876>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13876>

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

Voor hetzelfde geld Over de kwalificatie van publiekrechtelijke financiële verstrekkingen en hun wettelijk kader

15

W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema*

1 Inleiding

Hoe een concrete financiële verstrekking van een bestuursorgaan juridisch moet worden gekwalificeerd is een vraag die in de praktijk niet altijd eenvoudig valt te beantwoorden. In de volksmond, de wetgevingspraktijk en de jurisprudentie worden begrippen als tegemoetkoming, uitkering of inkomensvoorziening, bijdrage, (nadeel)compensatie, schadevergoeding, bekostiging, steun en subsidie niet altijd consequent en soms ronduit verkeerd¹ gebruikt. Dat is ook niet zo vreemd; de grenzen tussen de verschillende soorten financiële verstrekkingen van overheidswege zijn theoretisch vaak moeilijk scherp te trekken² en soms kunnen er binnen één verstrekking kenmerken van meer dan één financieel beleidsinstrument worden onderscheiden. In de literatuur is aan dit onderwerp wel enige aandacht geschonken³, maar grondig besproken is de zaak zeker niet. Wellicht komt dit voort uit de gedachte dat een juiste juridische kwalificatie in de praktijk ook niet erg belangrijk is. Immers, wanneer een beleidsdoelstelling met financiële middelen kan worden bereikt, lijkt de benaming die daaraan wordt gegeven niet van doorslaggevend belang.⁴ Ook de aanvrager van financiële verstrekkingen maakt het doorgaans niet veel uit in welke juridische vorm een financiële verstrekking wordt gegoten, als het geld maar wordt overgemaakt.⁵ Toch is de juiste kwalificatie van financiële verstrekkingen van overheidswege meer dan een academische kwestie; de verschillende soorten verstrekkingen hebben elk hun eigen doelstelling en kenmerken en (als het goed is) een daarop toegesneden en dus passend wettelijk kader. Wanneer een concrete, financiële ver-

strekking – abusievelijk dan wel bewust – verkeerd wordt benoemd, kan dat leiden tot allerlei theoretische en praktische problemen, waarvan er enkele in deze bijdrage zullen worden besproken, waar mogelijk aan de hand van een geschil over de vergoeding voor door de overheid opgekochte vleeskuikens, waarover de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) in juni 2005 uitspraak deed.⁶

Wij zullen in deze bijdrage een poging doen om te komen tot een ordening van de belangrijkste soorten publiekrechtelijke financiële verstrekkingen, waarbij wij – met het oog op de gekozen voorbeeldcasus en de wenselijke omvang van deze bijdrage – ons voornamelijk toespitsen op drie te onderscheiden soorten publiekrechtelijke financiële verstrekkingen, te weten de *subsidie*, de *verplichte nadeelcompensatie* en de (door ons als zodanig aangeduide) *onverplichte nadeelcompensatie*. Vanzelfsprekend zal daarbij veel aandacht uitgaan naar het probleem van de vloeiende grenzen tussen de verschillende financiële verstrekkingen. Wij zullen niet volstaan met de constatering dat een onjuiste kwalificatie van een publiekrechtelijke financiële verstrekking (door met name regelgevers) onwenselijke gevolgen kan hebben, maar ook criteria voorstellen aan de hand waarvan regelgevers kunnen vaststellen hoe de door hen te regelen financiële verstrekkingen dienen te worden gekwalificeerd en suggesties doen voor de daarvoor op te stellen wettelijke kaders. Daarbij wordt zoveel mogelijk rekening gehouden met eventuele randvoorwaarden die uit het Europese recht voortvloeien. Ook zullen wij een enkele opmerking maken over de rol van de rechter in geschillen waarin de kwalificatie van een publiekrechtelijke verstrekking relevant is.

* Willemien den Ouden en Michiel Tjepkema zijn beiden werkzaam bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Citeertitel: W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema, 'Voor hetzelfde geld, Over de kwalificatie van publiekrechtelijke financiële verstrekkingen en hun wettelijk kader', NTB 2006, 15.

1. Bijvoorbeeld ABRvS 1 december 1993, *Gst.* 1993, 6993, 8 (m.nt. CPJG), waarin appellant om subsidie vroeg 'ter delging van de geleden en nog te lijden schade ten gevolge van onrechtmatig handelen van de gemeente'.

2. In die zin bijv. B.P.M. van Ravels, *Nadeelcompensatie en andere vergoedingen in de waterstaatszorg. Materiële aspecten van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (VAR-reeks 128), p. 273 e.v. (verder Van Ravels 2002).

3. Zie naast Van Ravels 2002 vooral L.J.A. Damen, 'Moet pech weg? Alle pech voor risico

van de overheid?', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid. Vooruitzichten van de aansprakelijkheid van de overheid in bestuurs-, straf- en civielrechtelijk perspectief*, Deventer: 1996, p. 17-42, L.J.A. Damen, 'Alle schade op het bordje van de overheid?', in: N.F. van Manen & R.H. Stutterheim (red.), *Wie draagt de schade?* Nijmegen: 1998, p. 41-52 en de discussie tussen Van Ravels en Van Ommeren in VAR-reeks 129, p. 58 e.v.

4. Illustratief is de opmerking in de MvT bij art. 60 van de Regels inzake inburgering in de Nederlandse samenleving (Wet inburgering). Dit artikel strekt ertoe een wettelijke basis te creëren voor het aan de regionale opleidingscentra eenmalig ter beschikking stellen van een overgangsbudget. 'Voorzover de vergoeding niet het karakter heeft van nadeelcompensatie', aldus de MvT, 'kan het overgangsbudget naar nationaal recht als een subsidie in de zin van art. 4:21

Awb worden aangemerkt' (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 308, 3, p. 121). Vermeldenswaard is ook art. 2 sub d en e Regeling bijzondere subsidies waterkeren en beheren (*Stcrt.* 2006, 28), op grond waarvan de kosten die moeten worden gemaakt in verband met aan derden verschuldigde nadeelcompensatie 'subsidiabel' zijn.

5. Dat brengt soms mee dat een aanvraag nogal onduidelijk wordt geformuleerd, met alle lastige juridische vraagstukken die dat kan opleveren van dien. Zie bijv. ABRvS 11 mei 1998, *AB* 1998, 298 (*gift of publiekrechtelijke verstrekking?*; m.nt. Jacobs) en ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2005, 214 (*verzoek om vergoeding dan wel tegemoetkoming*; m.nt. CMB).

6. ABRvS 22 juni 2005, *AB* 2005, 441 (m.nt. WdO en Tjepkema).

2 Over zieke, verdachte en zielige kippen en vleeskuikens

Toen op 1 maart 2003 door het ministerie van LNV bekend werd gemaakt dat mogelijk de klassieke vogelpest (aviaire influenza, ook wel de vogelgriep genoemd) was uitgebroken, werd meteen een reeks maatregelen ter bestrijding van de dierziekte afgekondigd. Nog diezelfde week werd begonnen met het ruimen van besmette pluimveebedrijven om verdere verspreiding van de dierziekte te voorkomen. In totaal werden in de nasleep van deze uitbraak 30,7 miljoen dieren geruimd. Voor een deel ging het om verplichte ontruiming op locaties waar een besmetting met de vogelpest was vastgesteld en nabijgelegen locaties waar preventief werd geruimd. De door deze ruimingen getroffen bedrijven kregen een vergoeding voor de geruimde dieren op grond van Gezondheids- en welzijnswet voor dieren (GWD). Daarnaast kwamen veel bedrijven in problemen doordat zij zich in een vervoersbeperkingsgebied bevonden en daardoor hun pluimvee niet van een opfok- naar een productiebedrijf of naar de slacht mochten vervoeren. Dat leidde tot grote welzijnsproblemen bij de desbetreffende dieren en financiële schade voor de bedrijven. Deze schade kon niet op grond van de GWD worden vergoed.⁷ De Minister van LNV kwam echter met een Regeling subsidie opkoop in vervoersbeperkingsgebieden pluimvee 2003 (verder: de Opkoopregeling) op grond waarvan hij op aanvraag een 'subsidie' aan landbouwbedrijven verstrekke die hun vleeskuikens, vleeseenden en andersoortig gevogelte wilden laten ruimen. De 'subsidie voor de opkoop ter destructie' (art. 4 Opkoopregeling) bedroeg 80 of 50% van de vergoeding die op grond van de GWD werd betaald aan bedrijven die verplicht werden geruimd. Dat laatste aspect van de regeling vond de eigenares van een vleeskuikenhouderij uit Noord-Brabant (en zij niet alleen)⁸ onrechtvaardig. Het zat haar met name dwars dat zij een lagere vergoeding kreeg voor de geruimde kuikens dan andere vleeskuikenhouderijen in de buurt, die verplicht op grond van de GWD werden geruimd. Zij meende dat zij net zo goed – zij het niet juridisch maar feitelijk – werd gedwongen tot deelname aan de opkoopregeling en dus tot ruiming. Door de instelling van een vervoersbeperkingsgebied waren de welzijnsproblemen onder de dieren zo groot geworden dat ruiming de enige oplossing was. Extra wrang was dat het bedrijf van deze eigenares – althans in haar ogen – ten onrechte niet preventief werd geruimd, terwijl het bedrijf van de buurman wel 'verdacht' werd verklaard en dus preventief werd geruimd. Was er ook bij haar preventief geruimd, dan zou zij aanspraak hebben kunnen maken op een vergoeding van 100% van de schade in plaats van de 80% die zij nu kreeg. Daarom stelde de vleeskuikenhouder in hoger beroep

dat de Opkoopregeling in strijd kwam met het verbod van willekeur, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van *égalité devant les charges publiques*.

Voordat de Afdeling de rechtmatigheid van de Regeling kon beoordelen, moest zij het wettelijk relevante kader vaststellen en derhalve het karakter van de financiële verstrekking waarop op grond van de gewraakte regeling aanspraak kon worden gemaakt. In dat verband overwoog de Afdeling dat de Opkoopregeling 'erop (is) gericht een bepaalde activiteit te stimuleren, te weten het staken van het houden van deze dieren door deze ter verkoop aan te bieden en vervolgens af te laten voeren ter destructie', en dat de Opkoopregeling daarom als een subsidieregeling moest worden gekwalificeerd. Ook de verweerder in deze zaak, de Minister van LNV, had het zo gezien, zo blijkt uit de titel van de Opkoopregeling.

Zoals wij al schreven in een annotatie bij deze uitspraak, vinden wij dit gedeelte van de uitspraak niet overtuigend. Dat het subsidiebegriff soms lastig valt af te grenzen van andere publiekrechtelijke financiële verstrekkingen mag waar zijn⁹, maar in dit geval is het naar onze mening duidelijk dat de financiële verstrekking geen subsidie in de zin van art. 4:21 Awb vormt, omdat met deze verstrekking niets wordt 'gestimuleerd'. In onze noot kwalificeren wij de Opkoopregeling dan ook als een (juridisch) onverplichte nadeelcompensatieregeling die het directe resultaat was van een rechtmatige overheidshandeling, te weten de vaststelling van het vervoersbeperkingsgebied. Om deze stelling te staven zullen wij in de volgende paragrafen ingaan op de belangrijkste soorten publiekrechtelijke financiële verstrekkingen en hun te onderscheiden doelen. Voordat wij daartoe overgaan volgen eerst nog enkele opmerkingen over de redenen waarom de Opkoopregeling in deze casus door regelgever en rechter als subsidieregeling werd gekwalificeerd.

Het is niet onwaarschijnlijk dat de Minister van LNV bewust heeft gekozen voor een vorm van nadeelcompensatie 'verkleed' als subsidieregeling. Er was door de uitbraak van vogelpest en zeker binnen het vervoersbeperkingsgebied veel maatschappelijke onrust ontstaan. Op grond van de GWD, die (in afd. 2.2) specifieke regels bevat over maatregelen om besmettelijke dierenziekten te weren en (in afd. 7.2) over tegemoetkomingen in de schade die door dat soort maatregelen wordt geleden, kan de minister, zoals gezegd, voor schade ontstaan door vervoersbeperkingsgebieden echter geen schadevergoedingsregeling opstellen. Een 'subsidieregeling' was dus de enige mogelijkheid om tot vergoeding te kunnen overgaan.¹⁰ Men kan zich met reden afvragen of de GWD via deze 'subsidieregeling' op grond van de Kaderwet LNV-subsidies niet wordt doorkruist, zeker nu het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) eerder heeft overwogen dat de wetgever de regeling van art. 86 GWD uitputtend heeft

7. Art. 30 jo. art. 86 jo. art. 91 GWD.

8. Zie voor vergelijkbare zaken de LJN-nrs. AT 8009 en AT 8010.

9. Over de afbakening van het subsidiebegriff nog onlangs J.R. van Angeren, *Raakvlakken*

tussen het subsidierecht en het EG-recht inzake staatssteun (VAR-reeks 134), Den Haag: 2005, p. 83 e.v.

10. Dat dergelijke problemen al lang op die manier worden opgelost blijkt bijvoorbeeld uit

B.F.J. Grimberg en A.E. Steenge, 'Schadevergoedingen bij luchtverontreiniging', *Beleidswetenschap* 1988, p. 38-39.

bedoeld en dat schade als gevolg van maatregelen ter bestrijding van een besmettelijke dierziekte die niet op grond van de GWD voor vergoeding in aanmerking komen, in beginsel voor rekening en risico van de betreffende veehouder komt.¹¹ Die vraag wordt dringender nu blijkt dat de Minister van LNV regelmatig op deze (discutabele) manier van zijn bevoegdheid tot het vaststellen van subsidieregelingen gebruik maakt¹²; daar waar de wetgever een uitputtende schadevergoedingsregeling heeft vastgesteld, geeft de minister vele miljoenen euro's uit aan vergoedingen buiten deze regels om.¹³ Spanning met het legaliteitsbeginsel is niet het enige probleem dat kleeft aan deze handelwijze. Ook de bestuursrechter kan hierdoor in een lastig parket geraten. Vooropgesteld moet worden dat wij de problemen waartegen de Afdeling zou zijn aangelopen wanneer zij de Opkoopregeling als een – buitenwettelijke – nadeelcompensatieregeling had aangemerkt niet willen bagatelliseren. Het is aannemelijk dat in dat geval de beroepsgang tegen de beslissing over de schade zou worden gekoppeld aan de beroepsgang tegen het schadeveroorzakende besluit, in dit geval dus het instellen van het vervoersbeperkingsgebied op basis van de GWD. Nu de GWD in art. 109 tegen besluiten genomen op grond van haar bepalingen beroep openstelt bij het CBB, zou de Afdeling hebben moeten concluderen dat zij in casu niet bevoegd was; een wel zeer onbevredigende uitkomst van het geschil dat partijen al jaren verdeeld hield. Bovendien had het CBB dan vervolgens voor de moeilijke vraag gestaan of het – vasthoudend aan de lijn uitgezet in eerdere jurisprudentie – de vaststelling van de regeling moest kwalificeren als een doorkruising van de GWD; een mogelijkheid die ook niet tot de verbeelding zal hebben gesproken. Het resultaat van deze uitspraak is echter jurisprudentie van verschillende hoogste bestuursrechters die moeilijk met elkaar in overeenstemming is te brengen, en bovendien een toetsing van een subsidieregeling aan het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*, terwijl dit beginsel – zoals wij hieronder uiteen zullen zetten – binnen het subsidierecht geen relevantie heeft.

3 Soorten financiële verstrekkingen

Wij richten ons in deze bijdrage als gezegd op een zorgvuldige kwalificatie van de verschillende soorten publiekrechtelijke financiële verstrekkingen die de overheid kan (en soms moet) inzetten als instrument om bepaalde doelen te verwezenlijken.¹⁴ Aan de hand van het *oogmerk* van de publiekrechtelijke verstrekkingen onderscheiden wij de volgende categorieën:

- a. De subsidie in de zin van art. 4:21 Awb, die is gericht op het stimuleren c.q. sturen van bepaalde, wenselijk geachte, particuliere activiteiten.
- b. De uitkering op het gebied van de sociale zekerheid c.q. de inkomensvoorziening, die erop is gericht particulieren een bepaalde mate van bestaanszekerheid c.q. koopkracht te garanderen.
- c. Schadevergoeding bij een rechtmatige overheidsdaad, waarmee wordt beoogd schade van de burger te vergoeden. Deze 'nadeelcompensatie' kan verder worden onderscheiden in:
 - Nadeelcompensatie op grond van een rechtsplicht (bijvoorbeeld art. 1 Eerste Protocol (EP) EVRM, art. 14 Grondwet of het beginsel *'égalité devant les charges publiques'* (verder *égalité-beginsel*));
 - Nadeelcompensatie op grond van een politieke keuze, bijvoorbeeld op grond van solidariteits- en loyaliteitsgedachten of ter voorkoming van maatschappelijke onrust of schade aan de economie. Wij zullen hieronder spreken van 'onverplichte nadeelcompensatie', waarmee niets anders wordt bedoeld dan dat deze compensatie niet berust op een – juridisch afdwingbare – rechtsplicht van het desbetreffende bestuursorgaan.
- d. Tegemoetkomingen in schade die niet (direct) samenhangt met een overheidsdaad¹⁵, zoals schade als gevolg van rampen en ongevallen.¹⁶ Hieronder vallen in ons perspectief ook allerlei regelingen waarmee de overheid tegemoet wil komen in schade aan

11. CBB 16 november 1999, LJN-nr. AB 2365 en CBB 18 juli 2002, AB 2002, 344 (m.nt. JHvdV).

12. Zie bijv. de Subsidieregeling terugdringing salmonella in de pluimveesector 2004 (*Stcrt.* 2004, 246), de Regeling subsidie opkoop in beschermings- en toezichtsgebieden MKZ (*Stcrt.* 2001, 82) en de Subsidieregeling fokverbod varkens 1997 (*Stcrt.* 1997, 180). De toelichting bij de laatst genoemde regeling is een treffende illustratie van het soms weinig heldere zicht van de wetgever op de verschillende soorten verstrekkingen: voorzien wordt in een 'tegemoetkomingsregeling voor varkenshouders' (...) die 'in aanmerking komen voor compensatie' (...) 'in de vorm van een subsidie per zeug'.

13. Daarbij is van belang dat ons niet is gebleken van een eventuele andersoortige democratische legitimatie van deze uitgaven, bijvoorbeeld in de vorm van een motie waarin de kamer om de onderhavige Opkoopregeling verzoekt.

14. Deze focus betekent dat wij de (bijvoorbeeld naar aanleiding van een vernietigd besluit) te

verstrekken gelden uit hoofde van art. 6:162 BW of art. 8:73 Awb verder buiten beschouwing laten. In de regel zal duidelijk zijn wanneer de overheid verplicht is om schade ontstaan door een onrechtmatige daad te vergoeden, zodat het grensgebied tussen de uitkeringen die op deze grond plaatsvinden en de financiële verstrekkingen die als beleidsinstrument worden ingezet, in zoverre weinig problemen oplevert. Overigens is het grensgebied tussen schadevergoeding bij rechtmatige daad en onrechtmatige daad niet altijd duidelijk, getuige figuren als het 'onzelfstandig schadebesluit' (een besluit dat vernietigd kan worden (en dus onrechtmatig kan zijn) omdat daarin ten onrechte geen of te weinig schadevergoeding is toegekend), de in het civiele recht op art. 6:162 BW gebaseerde aanspraken op nadeelcompensatie en het feit dat de schending van art. 1 EP EVRM naar nationaal recht als een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW moet worden beschouwd. Gemakshalve scharen we deze figuren tevens onder het kopje 'nadeelcompensatie'.

15. Door ons tegemoetkoming genoemd in navolging van de belangrijkste regeling op dit gebied, de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en ongevallen (*Stb.* 1998, 325), maar door anderen ook gesignaleerd en (anders) benoemd. Zie bijvoorbeeld Damen (1998, p. 43) die spreekt over 'solidariteitsbijdrage', en verder noot 40.

16. Zoals voornamelijk geregeld in de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en ongevallen. Op basis van deze wet worden vele ministeriële regelingen vastgesteld, zoals bijvoorbeeld de Regeling tegemoetkoming bij schade bij dijkdoorbraak te Wilnis (*Stcrt.* 2003, 202). Maar ook daarbuiten vinden we vele van dergelijke regelingen, zoals de Uitkeringsregeling Fonds Slachtoffers legionella-epidemie (*Stcrt.* 2000, 123), de Regeling compensatie schade luchtvaartmaatschappijen 11 tot en met 14 september 2001 (*Stcrt.* 2001, 241) en de Regeling tegemoetkoming financiële gevolgen in verband met functionele invaliditeit nieuwjaarsbrand Volendam (*Stcrt.* 2004, 188).

particulieren die niet (direct) het gevolg is van een ramp of ongeval, zoals de tegemoetkomingen die worden gegeven aan (de nabestaanden van) asbestslachtoffers, die geen verhaal kunnen halen bij een voormalige werkgever¹⁷ en 'gebaren' zoals die bijvoorbeeld worden gemaakt naar oorlogsslachtoffers in het kader van rechtsherstel.¹⁸

Wij zullen ons hierna concentreren op de subsidie en de twee soorten nadeelcompensatie. Niet alleen omdat in de voorbeeldcasus een als subsidie verklede compensatie werd verstrekt, maar ook omdat wij menen dat de afbakening van deze financiële verstrekkingen in de praktijk vaak het moeilijkst is. De uitkering en de tegemoetkoming zullen slechts aan de orde komen waar de afgrenzing met de subsidie en de nadeelcompensatie vloeiend (en problematisch) blijkt te zijn.

4 De subsidie

Voor de omlijning van het begrip 'subsidie' sluiten wij aan bij de subsidiedefinitie van de Awb.

Voordat wij op die definitie ingaan een enkele opmerking over het begrip steun, dat vooral in het verleden wel als alternatief voor het begrip subsidie werd gebruikt.¹⁹ Vaak ging het dan om 'subsidie' van bedrijven die in moeilijkheden verkeerden, bijvoorbeeld om de werkgelegenheid op peil te houden of vanuit gevoelens van nationale trots. Soms werden – al dan niet onder het mom van het stimuleren van bepaalde activiteiten – rechtstreekse kapitaalinjecties gegeven of ging het om overheidsdeelnemingen. Tegenwoordig doet het begrip steun veeleer denken aan de 'steunmaatregelen van de Staten', die in beginsel verboden zijn, zoals blijkt uit art. 87 EG-Verdrag. Daarom zullen wij het begrip steun slechts gebruiken waar wij het oog hebben op staatssteun in communautairrechtelijke zin.²⁰

Blijkens art. 4:21 Awb is een subsidie een 'aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.' Dat het

bij een subsidie moet gaan om (een aanspraak op) *geld* dat door een bestuursorgaan wordt verstrekt, levert in de praktijk doorgaans weinig problemen op rond de afgrenzing met andere publiekrechtelijke verstrekkingen. Problemen op dat vlak ontstaan eerder rond het tweede deel van de definitie, waaruit blijkt dat het oogmerk van een subsidieverstrekking is het stimuleren van *bepaalde* activiteiten van de aanvrager. Met de formulering 'met het oog op bepaalde activiteiten' heeft de wetgever willen aangeven dat een subsidie bestaat uit een *gebonden* overdracht van gelden: de ontvanger krijgt geld voor een bepaald doel en mag dat geld dan ook alleen voor dat doel besteden. Daarom is bijvoorbeeld een overheidsdeelneming in het aandelenkapitaal van een vennootschap geen subsidiëring. Aandelenkapitaal kan immers juridisch niet aan een bepaalde besteding worden gebonden; het dient per definitie alle activiteiten van de onderneming. Hetzelfde geldt voor schadevergoedingen en schadeloosstellingen; zij vallen dus buiten de reikwijdte van de subsidietitel, aldus de toelichting bij art. 4:21 Awb.²¹

Dat regelgevers het verschil tussen subsidie en nadeelcompensatie niet altijd even duidelijk voor ogen staat, blijkt uit de vele voorbeelden van subsidieregelingen die (voornamelijk) voorzien in een financiële verstrekking ter vergoeding van schade. Soms gaat het daarbij om nadeel dat door de overheid zelf, in het kader van de uitvoering van de publieke taak is toegebracht. Een goed voorbeeld hiervan is de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland. Deze regeling werd in 1997 door de Minister van Financiën vastgesteld omdat een liter benzine in Nederland als gevolg van fiscale maatregelen soms 40 cent meer moest kosten dan in Duitsland. Het verschil in prijsniveau werd zo groot dat veel automobilisten in Duitsland gingen tanken. Op grond van de regeling konden Nederlandse ondernemers die op niet meer dan 20 kilometer afstand van een Nederlands-Duitse grensovergang waren gelegen in aanmerking komen voor een tegemoetkoming van maximaal € 100 000²², dit 'met het oog op het verminderen van onwenselijke grenseffecten als gevolg van het verschil in accijnsniveau'²³, aldus de toelichting op de regeling. Soms gaat het ook om schade die is ontstaan door een ramp; gewezen kan worden op het Besluit subsidies waterschade 1995²⁴, op grond waarvan 'subsidie' kon worden verleend aan ondernemers

17. Zoals op grond van de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers (*Stcrt.* 2000, 16).

18. Zoals bijvoorbeeld op grond van het Uitkeringsreglement individuele uitkeringen Stichting Het Gebaar (*Stcrt.* 2001, 225) en het Uitkeringsreglement individuele uitkeringen Stichting Rechtsherstel Sinti en Roma (*Stcrt.* 2001, 104).

19. Zie bijv. L.A. Geelhoed, 'Economische steunmaatregelen', *TVVS* 1981, 12, p. 277, die overigens wel een verschil tussen steun en subsidie ziet: bij steun staat de 'sturende functie' van de staat centraal, bij subsidie de 'presterende functie'. Zie ook zijn 'Fiscale en niet-fiscale steunmaatregelen als instrumenten ten behoeve van regionaal-economische politiek en ruimtelijke ordening: mogelijkheden en beperkingen', *Bouwrecht* 1980, p. 883 e.v.

20. Wij wijken daarmee af van andere schrijvers, die 'steunmaatregelen' kwalificeren als een

aparte categorie van financiële verstrekkingen, waarmee zij lijken te doelen op gelden verstrekt van overheidswege aan bedrijven in financiële moeilijkheden. Zie bijv. Van Ravels 2002, p. 273 en Damen 1998, p. 43. Wij menen dat er geen sprake is van een aparte juridisch te normeren categorie, daar mag worden aangenomen dat bestuursorganen niet bevoegd zijn tot het uitdelen van giften. Dergelijke verstrekkingen nemen – voor zover publiekrechtelijk vormgegeven – steeds één van de vier door ons geïdentificeerde verstrekkingvormen aan.

21. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 35.

22. Dit in verband met de zgn. de-minimisregeling, op grond waarvan staatssteun onder een bepaald bedrag geen goedkeuring van de Commissie behoeft en dus niet hoeft te worden gemeld. Overigens merkte de Commissie deze re-

geling en de op basis daarvan verstrekte bijdrage later toch aan als onrechtmatig verstrekte staatssteun die moest worden teruggevorderd. Het HvJ EG bevestigde dit oordeel (HvJ EG 13 juni 2002, zaak C-382/99, AB 2002, 248 (m.nt. FHvdB)).

23. *Stcrt.* 1997, 138. Hoewel met deze formulering kennelijk geprobeerd is aan te sluiten bij de subsidiedefinitie van art. 4:21 Awb, is hier o.i. sprake van een (onverplichte) nadeelcompensatieregeling. Aangenomen moet worden dat door fiscale maatregelen geleden schade van benzinepompeexploitanten in grensgebieden in beginsel tot het normaal maatschappelijk risico behoort (in gelijke zin: H.A.B. van Dorst-Tatomir, 'Normaal maatschappelijk risico: een remedie!', *NTB* 1992, p. 310).

24. *Stb.* 1995, 537.

die schade leden als direct gevolg van de hoge waterstanden in het stroomgebied van de Maas in januari en februari 1995.

Binnen het subsidierecht wordt aangenomen dat bij het onderscheid tussen subsidie en nadeelcompensatie van groot belang is dat nadeelcompensatie is bedoeld ter *compensatie* van geleden nadeel en dus niet is gericht op de stimulering van wenselijk geachte activiteiten.²⁵ Daarmee komen wij terug op het oogmerk van een subsidieverstrekker: de *stimulering* van bepaalde, *wenselijk geachte* activiteiten. Nu moet men het begrip 'wenselijk' in dit kader niet te beperkt interpreteren.²⁶ 'Wenselijk' betekent bijvoorbeeld niet per se dat de subsidiënt waarde hecht aan de concrete activiteiten die een bepaalde ontvanger verricht. De Staatssecretaris van Cultuur hoeft niet elk toneelstuk dat namens hem wordt gesubsidieerd, wenselijk of zelfs maar aardig te vinden. De theaterkunsten in het algemeen, waaronder de werkzaamheden van toneelgezelschappen, vormen de wenselijk geachte activiteiten.²⁷

Beëindigings- en opkoopregelingen

Door in het definitie-element 'met het oog op bepaalde activiteiten' van art. 4:21 Awb te lezen dat met subsidiegelden wenselijk geachte activiteiten moeten worden gestimuleerd, wordt de 'gebonden overdracht' een kenmerk van de meeste subsidieverstrekingen. Stimulering van bepaalde activiteiten door een financiële injectie vereist in veel gevallen dat de subsidiegelden ten behoeve van die activiteiten worden aangewend. Maar dat is niet altijd zo. Er zijn ook subsidieregelingen die een bepaald 'nalaten' stimuleren.²⁸ Een goed voorbeeld zijn de subsidieregelingen die het staken van bezigheden als te subsidiëren activiteit nemen, zoals de Beëindigingsregeling varkensbedrijven in de EHS en de Regeling bedrijfshervestiging en -beëindiging.²⁹ Deze regelingen beschouwen wij als subsidieregelingen omdat zij erop zijn gericht het gedrag van particulieren door

middel van een financiële prikkel te sturen in de richting van een wenselijk te achten resultaat, terwijl de realisering van dat resultaat afhankelijk blijft van de bereidwilligheid van diezelfde particulieren.³⁰ Van een gebonden overdracht van geld is in die gevallen echter geen sprake, want de gelden die worden overgedragen dienen doorgaans als vervanging voor de inkomsten die werden gegenereerd met de activiteiten die voor de aanspraak op subsidiegelden moeten worden nagelaten. Deze gelden mogen – net als de gelden die zij vervangen – naar eigen inzicht worden besteed.

Het is de vraag of hetzelfde kan worden gezegd van de vele 'opkoopregelingen' op grond waarvan 'subsidie' kan worden verstrekt aan particulieren die bepaalde producten of rechten door een bestuursorgaan laten opkopen. Ook hier is het feit dat er geen sprake is van een gebonden overdracht van gelden (de ontvanger mag de gelden ontvangen na de verkoop naar eigen inzichten aanwenden) niet doorslaggevend. Of sprake is van subsidiëring moet worden gezien aan de hand van het stimulerings- of sturingsdoel³¹ van de financiële verstreking. Zo tracht de Minister van LNV het afstand doen van het recht op toekenning van een licentie ten behoeve van vissersvaartuigen te stimuleren met de Opkoopregeling gereserveerde licenties 2003.³² Het gaat om de opkoop van eerder toegekende, schaarse, handelbare rechten in de vorm van een subsidieverstreking. Zolang dergelijke regelingen het gedrag van particulieren door een financiële prikkel trachten te *sturen* in een bepaalde richting, kunnen dergelijke regelingen nog als subsidieregeling worden gezien.³³ Dat wordt naar ons idee anders wanneer de overheid de ontvanger van een financiële verstreking feitelijk of juridisch *dwingt* tot bepaalde gedragingen en ter compensatie een financiële vergoeding beschikbaar stelt. Bij gebreke van het element van vrijwilligheid dat inherent

25. Vgl. M.J. Jacobs, *Subsidieovereenkomsten* (diss. VU), Den Haag: 1999, p. 33 e.v., W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: 2004, p. 16 en A.J. Bok, *Subsidies*, Deventer: 2002, p. 22.

26. De wenselijkheid van activiteiten die door subsidieontvangers worden verricht, is een kenmerk van de subsidiërelatie dat niet direct in art. 4:21 Awb of de toelichting daarop is terug te vinden. Wel wordt in de toelichting op de subsidiërelatie verschillende malen gesproken van de subsidiëring van wenselijk geachte activiteiten (o.a. *Kamerstukken II 1999/94*, 23 700, nr. 3, p. 25 en 34). Bovendien wordt de wenselijkheid van de gesubsidieerde activiteiten door juridische auteurs in hun definities sinds jaar en dag genoemd als kenmerk van het subsidie-instrument. Zie bijv. J.G. Steenbeek, 'De rechtsvorm', in: R.A.V. Baron van Haersolte, H.A. Brasz, J.G. Steenbeek, *De overheids subsidie* (VAR-ge-schriften XLIV), Haarlem: 1961, p. 71, D. Dolman, *Subsidies en gezondheidszorg: een feitelijk onderzoek naar financieringsstructuren* (diss. GU), Leiden: 1964, p. 7 en J.A. Winter, *Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht* (diss. Leiden), Deventer: 1981, p. 75.

27. Vgl. A. Reinders, *Subsidiëring van instellingen*, Zwolle: 1981, p. 21.

28. Interessant is in dit verband dat stimuleringsregelingen soms voorzien in een inkomensvoorziening als financiële prikkel. Hiervoor is bijvoorbeeld gekozen in de Bedrijfsbeëindigingsregeling binnenvaart (*Stcrt.* 1995, 251), die tot doel heeft het aantal binnenvaartondernemers te verminderen en hen daartoe uitzicht biedt op een inkomen ter voorziening in het levensonderhoud.

29. Respectievelijk *Stcrt.* 1998, 245 en *Stcrt.* 2000, 205. Zie ook de Tijdelijke regeling capaciteitsvermindering IJsselmeervisserij 2000 (*Stcrt.* 2000, 144). Zie over subsidies ter bestrijding van milieuvriendelijk gedrag W. Vermeulen, *De vervuiler betaald. Onderzoek naar de werking van subsidies op vier deelreinen van het milieubeleid* (diss. UU), Utrecht: 1992, p. 22-23.

30. Vgl. Bok 2002, p. 20, waar hij schrijft 'het doel van subsidies is om, via de prikkel van financiële verstrekkingen, een bepaald gedrag van burgers of ondernemingen uit te lokken.'

31. Vgl. Jacobs 1999, p. 34.

32. *Stcrt.* 2003, 42.

33. Daarbij moet overigens wel worden bedacht dat betalingen voor aan bestuursorganen gele-

verde goederen of diensten geen subsidies zijn in de zin van art. 4:21 Awb. Waarom dit anders zou zijn wanneer deze betaling plaatsvindt door een financiële verstreking op grond van een opkoopregeling valt niet bij voorbaat in te zien, zeker niet wanneer men bedenkt dat het bestuursorgaan er belang bij kan hebben een betaling als subsidie te vermommen. Immers, over gesubsidieerde activiteiten hoeft in beginsel geen BTW te worden betaald en te subsidiëren projecten hoeven ook niet te worden aanbesteed. De fiscus heeft in dat kader al vele als subsidie vermomde betalingen ontmaskerd (daarover o.a. M.J. Jacobs, 'Subsidiëring en BTW', *Gst.* 1994, 6992, 2 p. 380 e.v. en L.J. Lengkeek, 'Fiscale aspecten', in: *Praktijkboek Subsidierecht*, p. A 14-1 e.v.) en ook binnen het aanbestedingsrecht geldt dat de aanbestedingsplicht niet kan worden ontdoken door diensten of werken te 'subsidiëren'. Wanneer in een opkoopregeling middels een subsidie een marktconforme prijs wordt betaald voor hetgeen de overheid opkoopt – en er dus twee vergelijkbare economische prestaties tegenover elkaar komen te staan – dient derhalve wel zorgvuldig te worden nagegaan of het werkelijk subsidiëring of juist een betaling betreft.

is aan elke subsidiërelatie³⁴, verschuift het karakter van de regeling in die gevallen in de richting van een (al dan niet op een rechtsplicht gebaseerde) nadeelcompensatieregeling of een inkomensvoorziening. In die gevallen zouden de desbetreffende financiële verstrekkingen – alleen al vanuit het oogpunt van rechtszekerheid – geen subsidie moeten worden genoemd.³⁵

En zo keren wij terug naar de Regeling subsidie opkoop in vervoersbeperkingsgebieden pluimvee 2003. Op grond van deze regeling kon de Minister van LNV 'subsidie' verstrekken voor de opkoop van pluimvee met ernstige welzijnsproblemen die waren ontstaan door de afkondiging van een vervoersbeperkingsgebied. Van vrijwilligheid of bereidwilligheid aan de kant van de aanvragers van de subsidie was geen sprake. Door de afkondiging en voortdurende van het vervoersverbod in hun regio werden zij feitelijk gedwongen hun pluimvee ter opkoop aan de Minister van LNV aan te bieden. Het aanbieden van het pluimvee ter opkoop kan ook niet worden beschouwd als een wenselijk geachte activiteit, nu de regeling niet was gericht op het sturen richting een bepaald wenselijk te achten resultaat, maar was bedoeld als een doekje voor het bloeden. Dit blijkt ook uit de toelichting bij de Opkoopregeling, waarin wordt gesteld dat bij de vaststelling van de hoogte van de subsidie en de vergoeding voor opkoop aansluiting is gezocht bij de systematiek van de waardebeoordeling van de tegemoetkomingen in schade op grond van de GWD.³⁶ Wij menen dat het hier gaat om een vorm van (juridisch) onverplichte nadeelcompensatie, een begrip dat wij in paragraaf 7 zullen toelichten.³⁷

Dat deze regeling niet kan worden gekwalificeerd als een subsidieregeling blijkt onzes inziens ook uit dat deel van de uitspraak van de Afdeling, waarin zij – na te hebben gesteld dat het hier wél een subsidieregeling in de zin van de Awb betrof – de regeling toetst aan het *égalité*-beginsel, dat nu juist verboden is aan het nadeelcompensatierecht. Met het *égalité*-beginsel kan men binnen het subsidierecht niet goed uit de voeten. Juist omdat het gaat om het stimuleren van wenselijk ge-

achte activiteiten is de subsidieregellever doorgaans geheel vrij om te bepalen of en zo ja, in hoeverre hij bepaalde activiteiten wil stimuleren. Anders dan bij nadeelcompensatie op grond van het *égalité*-beginsel (waarbij onevenredig nadeel *moet* worden gecompenseerd), geldt bij subsidiëring niet een vast uitgangspunt bij de regeling van de omvang van het subsidiebedrag waarop aanspraak kan worden gemaakt. De subsidieregellever kan zodoende komen tot een bijdrage in de kosten van de gesubsidieerde activiteiten van elke omvang die hij maar wenselijk acht. Toetsing van subsidieregelingen aan het *égalité*-beginsel kan derhalve tot niets leiden.

Toetsing van subsidieregelingen aan het égalité-beginsel kan tot niets leiden

5 De rechtsplicht tot schadevergoeding voor rechtmatig overheidsoptreden

Hierboven is gebleken dat het onderscheid tussen 'subsidie' en 'nadeelcompensatie' in de praktijk – met name in de wetgevingspraktijk – niet altijd even consequent in het oog wordt gehouden. Voor een nadere afgrenzing van de twee begrippen lijkt het nuttig om nu bij het begrip nadeelcompensatie stil te staan. Wij zullen eerst ingaan op nadeelcompensatie die is gebaseerd op een rechtsplicht. Wij concentreren ons daarbij op het *égalité*-beginsel, nu dit beginsel zowel in rechterlijke procedures³⁸ als in de wetgevingspraktijk de primaire rechtsgrondslag voor nadeelcompensatie is. Naast het *égalité*-beginsel kan echter ook op basis van art. 14 Gw (en de verschillende daarop gebaseerde bijzondere wettelijke regelingen) en art. 1 EP EVRM een rechts-

34. Zie over deze vrijheid en de daarbij veronderstelde mogelijkheid om niet te reageren op de financiële prikkel die een subsidieregeling vormt: W. den Ouden, *De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt?* (diss. UL), Deventer: 2002, p. 41 e.v. Overigens beseffen wij goed dat de grens tussen vrijwillige deelname aan een subsidieregeling en een gedwongen beroep op een nadeelcompensatieregeling in de praktijk soms flinterdun is. In het kader van de herstructurering van de varkenshouderij zijn bijv. verschillende subsidiebeëindigingsregelingen opgesteld waarbij de wetgever aangaf dat daarmee een uitweg werd geboden aan 'varkenshouders in concentratiegebieden die geen perspectief meer zien in de voortzetting van de varkenshouderij', e.e.a. als gevolg van de verscherpte wettelijke eisen waaraan deze varkenshouders moeten voldoen. Dat deze verscherping onder omstandigheden kan leiden tot een feitelijke noodzaak om deel te nemen aan de 'subsidiereregeling' blijkt bijvoorbeeld uit CBB 3 april 2002, AB 2002, 192 (m.nt. JHvdV).

35. Het subsidiebegrip van de Awb is immers een materieel begrip: elke financiële verstrekking die voldoet aan de gegeven omschrijving valt

onder de reikwijdte van titel 4.2 Awb en elke financiële verstrekking die daaraan niet voldoet daarbuiten, ook als zij wel subsidie wordt genoemd. Dit maakt het toepasselijke rechtskader er voor de gemiddelde burger niet eenvoudiger op. Ook in het MDW-rapport *Verhandelbare rechten, Fase II, Ingrijpen en compenseren* (te raadplegen via www.ez.nl), p. 59 wordt het gebruik van subsidies en andere uitkeringen als vorm van (indirecte) compensatie ontraden: 'Met name subsidies worden gehanteerd voor het internaliseren van positieve externe effecten. Hiervan is bij het compenseren van schade door het geven van genoegdoening geen sprake, waar het bij uitstek gaat om het reduceren van private schade. Het verstrekken van subsidies als vorm van compensatie en/of genoegdoening is dan ook een onjuist gebruik van het beleidsinstrument.' Meer uitvoerig over deze rapporten F.J. van Ommeren, 'Verhandelbare rechten van publiekrechtelijke herkomst. Twee MDW-rapporten', *RegelMaat* 2002, p. 138-149.

36. *Stcrt.* 2003, nr. 52, p. 10.
37. Vgl. Verheij die onderaan zijn noot bij de uitspraak ABRvS van 20 oktober 2004 (AB 2005, 157) iets dergelijks opmerkt naar aanlei-

ding van een 'subsidie' op grond van de Regeling delegatie Stichting Fonds MKZ-AI. Op grond daarvan kunnen ondernemers worden 'gesubsidieerd' indien zij ernstig zijn getroffen in hun inkomen en draagkracht als gevolg van de maatregelen die de overheid nam ter bestrijding van de in 2001 uitgebroken MKZ-epidemie en de in 2003 uitgebroken AI-epidemie. Maar is, zo vraagt Verheij zich terecht af, de financiële tegemoetkoming in de schade die het gevolg is van deze maatregelen geen vorm van nadeelcompensatie?

38. De concentratie op het *égalité*-beginsel blijkt bijvoorbeeld uit ABRvS 9 juni 2000, AB 2001, 222 (m.nt. GJ), waarin de ABRvS stelt dat een verplichting tot nadeelcompensatie *uitsluitend* kan worden gebaseerd op het *égalité*-beginsel. Wij plaatsen daarbij als kanttekening dat de rechtsgrondslag voor onzelfstandige schadebesluiten wordt gezocht in art. 3:4 lid 2 Awb. Zie o.m. B.J. Schueler, 'Proportionaliteit en gelijkheid voor de publieke lasten', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: 2005, p. 176 e.v.

plicht tot compensatie bestaan. Daarover eerst nog een enkel woord.

Art. 14 lid 1 Gw voorziet in eigendomsbescherming bij de meest vergaande aantasting van eigendom, de onteigening. Volgens deze bepaling kan onteigening alleen geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling. Dit laatste betekent dat een volledige schadevergoeding moet worden betaald; de burger dient in beginsel³⁹ zonder schade (dus 'schade-loos') achter te blijven. Art. 14 lid 3 Gw regelt vervolgens het regime bij aantastingen van eigendom anders dan de onteigening en stelt dat bij vernietiging, onbruikbaarmaking of beperking van eigendom een 'recht op schadeloosstelling of tegemoetkoming in de schade' bestaat.⁴⁰ Dit recht bestaat echter alleen 'in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald'⁴¹, waarvan bijzondere nadeelcompensatieregelingen als de plan-schaderegeling van art. 49 WRO, art. 13 lid 4 Boswet en art. 18 NB-wet bekende voorbeelden zijn. Deze regelingen zijn niet per definitie een geschreven neerslag van het égalité-beginsel, zo heeft (vooral) de discussie rond art. 49 WRO laten zien.⁴² Wel dient de bijzondere wetgever volgens de memorie van toelichting bij art. 14 Gw het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques' als ondergrens in acht te nemen.⁴³

Art. 14 Gw heeft een Europeesrechtelijke pendant in art. 1 EP EVRM. Dit artikel is in zoverre met art. 14 Gw vergelijkbaar, dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bij de toepassing van art. 1 EP EVRM een onderscheid maakt tussen vergaande en minder vergaande inbreuken op eigendom (respectievelijk 'ontnemings' en 'regulering' van eigendom) en dat in aansluiting hierop een recht op schadeloosstelling, dan wel op een gedeeltelijke schadevergoeding kan bestaan. De meerwaarde van art. 1 EP EVRM ten opzichte van art. 14 Gw en het égalité-beginsel is vooral gelegen in het ruimere eigendomsbegrip van art. 1 EP EVRM⁴⁴ en in het feit dat wetten in formele zin wel aan art. 1 EP EVRM kunnen worden getoetst, terwijl

toetsing daarvan aan art. 14 Gw (gelet op art. 120 Gw) dan wel het égalité-beginsel (gelet op het Harmonisatiewet-arrest)⁴⁵ niet is toegestaan. Bij de toetsing aan art. 1 EP EVRM kijkt het Hof of er een 'fair balance' bestaat tussen de eisen van het door de overheid behartigde algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu. Deze balans wordt verstoord indien op de betrokken burger een 'individual and excessive burden' wordt gelegd. Dit zijn criteria die veel auteurs aan de 'speciale en abnormale last' van het égalité-beginsel doen denken.⁴⁶ Over de vraag of art. 1 EP een materieel andere toets verlangt dan het égalité-beginsel wordt in de literatuur echter uiteenlopend gedacht.⁴⁷

6 De verplichte nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel

Anders dan de subsidie, die primair dient om bepaalde, wenselijk geachte activiteiten te stimuleren, wordt verplichte nadeelcompensatie primair verstrekt om het door enig rechtmatig overheidshandelen geleden nadeel te compenseren. Voorzover aan de rechtsplicht tot nadeelcompensatie het égalité-beginsel ten grondslag wordt gelegd, is de functie van nadeelcompensatie meer specifiek het compenseren van nadeel door dit te *spreiden* over een collectief⁴⁸: met nadeelcompensatie wordt bereikt dat het nadeel dat een (beperkte groep) burger(s) lijdt door de (van het rechtmatig handelen immers profiterende) gemeenschap wordt gedragen. Het uitgangspunt daarbij is dat alleen het *onevenredige* nadeel hoeft te worden vergoed en dus niet alle schade, zoals bij de toepassing van art. 6:162 BW.⁴⁹ De Hoge Raad heeft van het begrip 'onevenredig' – in navolging van de ABRvS – de volgende omschrijving gegeven, die voor ons als leidraad zal dienen voor de vraag onder welke omstandigheden een rechtsplicht tot compensatie kan bestaan:

39. De wetgever is echter, al dan niet delegerend, niet gehouden van de marktwaarde uit te gaan; hij kan ook kiezen voor de gebruikswaarde (*T&C (Grondwet*; Kortmann)), aant. 2 bij art. 14).

40. Art. 14 lid 3 Gw maakt een onderscheid tussen 'schadeloosstelling of tegemoetkoming in de schade'. De term 'tegemoetkoming' wil volgens dit artikel dus niet zeggen dat geen *recht* op vergoeding bestaat, doch slechts dat een recht op een *minder dan volledige* vergoeding bestaat. Sommigen vatten het begrip 'tegemoetkoming' echter in die zin op dat daarbij slechts sprake is van een gunst (op bijv. 'humanitaire gronden': zie J.A.M. van den Berk, *Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid* (diss. UU), Zwolle: 1991, p. 31). Omdat in veel gevallen waarin geen rechtsplicht bestaat tot het doen van een financiële verstrekking wordt gesproken van een 'tegemoetkoming' (zie o.m. enige van de in noot 16 genoemde regelingen), heeft het onze voorkeur om, indien zo'n plicht wel bestaat, niet te spreken van een 'tegemoetkoming', omdat dit tot verwarring leidt. Vgl. B.P.M. van Ravels 2005, *Grenzen van voorzienbaarheid* (oratie RU), Deventer: 2005, p. 74, die uit het begrip 'tegemoetkoming' in de ontwerpwet voor een nieuwe planschaderegeling afleidt dat de regeling 'elementen van een soort steunmaatregel' bevat.

41. CBB 15 juni 1990, AB 1992, 229 (m.nt. RMvM): art. 14 Gw is geen algemene grondslag voor schadevergoeding indien de bijzondere wetgever daaromtrent niets heeft bepaald.

42. Zie vooral G.M. van den Broek, *Planschadevergoeding* (diss. UU), Deventer: 2002.

43. *Kamerstukken II 1976/77*, 13 872, nr. 11, p. 3.

44. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlands burgerlijk recht* (VBR-pleidvies) 2005, p. 93, en B.J. Schueler, *Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht* (VAR-reeks 128 2002), p. 154. Een voorbeeld is HR 16 november 2001, AB 2002, 25, (*Wet herstructurering varkenshouderij*; m.nt. PvB).

45. HR 14 april 1989, NJ 1989, 469.

46. Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 63, J.E.M. Polak, noot bij Wet herstructurering varkenshouderij, in: P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek* 2003, p. 458. Vgl. ook Schueler 2002, p. 148 e.v.

47. Janssen verdedigt dat er geen verschil is (J.F.M. Janssen, 'De invloed van artikel 1 van het eerste aanvullende protocol EVRM op het Nederlandse recht', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, De-

venter: 2005, p. 345 en dez., 'De (te) ruime marges van Straatsburg', in 2006 te verschijnen in *TAR Justitia*). Hoitink daarentegen meent dat bij de toepassing van het égalité-beginsel het accent meer ligt op de vergelijking met een referentiegroep, terwijl bij het 'fair balance'-criterium meer een evenwichtige belangenafweging in het individueel geval verlangt (J.E. Hoitink, *De ontbrekende schakel. Een beschouwing over eigendomsbescherming als fundament voor schadevergoeding* (oratie EUR, 14 oktober 2005, zie www.saoz.nl), p. 12-13). Ook T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid', *O&A* 2002, p. 114 wijzen erop dat een vergelijking met een referentiegroep bij art. 1 EP EVRM ontbreekt.

48. T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie RUL), Deventer: 1997, p. 19.

49. D.w.z. de gedachte van 'restitutio in integrum': het zoveel mogelijk bewerkstelligen van de situatie waarin de benadeelde bij initiële handhaving van zijn aanspraken zou hebben verkeerd (A.R. Bloembergen (S.D. Lindenbergh bew.), *Schadevergoeding: algemeen, deel I*, Deventer: 2001, p. 11).

‘Eén van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredige nadelige, – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld (vgl. HR 8 januari 1991, nr. 14 096, NJ 1992, 638, ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, alsmede art. 3:4 lid 2 Awb).’⁵⁰

Deze ‘regel’ wordt door verschillende overheidsorganen toegepast. Zo zijn *bestuursorganen* op grond van het égalité-beginsel verplicht tot compensatie van onevenredig nadeel, en kan de *bestuursrechter* aan de hand van het égalité-beginsel toetsen of de invulling die bestuursorganen daaraan hebben gegeven de juiste is geweest, en zonodig het nadeelcompensatiebesluit vernietigen. Bij de *burgerlijke rechter* zal niet het nadeelcompensatiebesluit centraal staan, maar de schadeveroorzakende handeling zelf; het égalité-beginsel fungeert daar als ‘norm waaraan schadeveroorzakend handelen wordt getoetst’.⁵¹ Het égalité-beginsel dient verder – voorzover voor deze bijdrage relevant – als inspiratiebron voor de *wetgever*.⁵² Zo heeft de wetgever aan de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 het égalité-beginsel ten grondslag gelegd: op grond van deze regeling kunnen burgers worden gecompenseerd indien zij onevenredig (abnormaal en speciaal) nadeel ondervinden door rechtmatig verrichte publiekrechtelijke handelingen die door of namens de Minister van V&W zijn verricht.⁵³ Ook wanneer op grond van een dergelijke regeling een verstrekking wordt gedaan kan dus worden gesproken van een compensatie gebaseerd op een rechtsplicht. Om deze rechtsplicht nader te omlijnen zullen wij hierna eerst ingaan op de twee kernelementen van de notie ‘onevenredig nadeel’, zoals deze volgen uit de jurisprudentie.

Speciale last

Een rechtsplicht tot compensatie op grond van de égalité bestaat allereerst slechts als de groep burgers die wordt gecompenseerd kan worden aangemerkt als een

‘beperkte groep’. De grootte van het aantal personen dat een verstrekking van de overheid ontvangt, biedt dus een aanknopingspunt bij de beantwoording van de vraag naar de aard van de verstrekking. In die zin onderscheidt de verplichte nadeelcompensatie zich reeds van subsidies en uitkeringen, waarbij de regelsteller in beginsel geheel vrij is in het bepalen van de kring van de op die subsidie of uitkering gerechtigden.⁵⁴ Ook de door ons in paragraaf 3 genoemde gevallen van ‘onverplichte nadeelcompensatie’ en ‘ramp- en andere schade’ onderscheiden zich op dit punt duidelijk van de égalité-compensatie. De gevallen van égalité-aansprakelijkheid en rampschade kunnen in dit opzicht worden beschouwd als twee uitersten: waar het voor de vaststelling van égalité-aansprakelijkheid noodzakelijk is dat de getroffen burger of instelling behoort tot een ‘beperkte groep’, is het motief om een rampenregeling in het leven te roepen nu net dat een grote groep burgers is getroffen.⁵⁵ Juist de diepe maatschappelijke impact en de enorme aard en omvang van de schade zijn bij rampen dus vaak belangrijke redenen voor de wetgever om in te grijpen.⁵⁶ Bij aanspraken op nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel is het daarentegen *niet* gunstig dat de desbetreffende burger kan wijzen op anderen die ook getroffen worden door het rechtmatige handelen: dit feit zal het betreffende orgaan (rechter, bestuur, wetgever) eerder brengen tot de conclusie dat de schade als een kennelijk ‘normaal’ risico moet worden gezien, waarmee een ieder kan worden geconfronteerd.⁵⁷

Een blik op de rechtspraak van de burgerlijke en de bestuursrechter leert dat deze het vereiste van een speciale last vrij strikt toepassen. Vaak wordt dit criterium zo geïnterpreteerd dat de referentiegroep bestaat uit de groep die door de schadeveroorzakende maatregel getroffen wordt, zodat men zich van die groep moet onderscheiden om voor égalité-compensatie in aanmerking te komen.⁵⁸ Het Leffers-arrest is van die benadering een goed voorbeeld.⁵⁹ Het schadeveroorzakende besluit was in dat geval de Regeling verbod voedsel- en slachtafval, die een einde moest maken aan de verspreiding van Afrikaanse varkenspest. Aan de invoering van deze regeling was inherent dat zij schade toebracht aan alle varkensboeren die voor hun bedrijfsvoering van ‘swillvervoeding’ (de bron van de pest) afhankelijk waren: zij mochten hun varkens niet meer op deze wijze voederen. Binnen die groep werd echter een subgroep extra hard getroffen omdat zij voor hun be-

50. HR 30 maart 2001, AB 2001, 412 (*Staat/-Lavrijsen*; m.nt. ThGD).

51. B.P.M. van Ravels, ‘Het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: 2004, p. 76.

52. Van Ravels 2004, p. 73-74, die nog meer functies van het égalité-beginsel bespreekt.

53. *Stcrt.* 1999, 172.

54. Natuurlijk mogen daarbij algemene beginselen van behoorlijk bestuur en hogere rechtsregels niet worden geschonden, zoals bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel, maar binnen deze grenzen is de vaststelling van de kring van (potentiële) gerechtigden een discretionaire bevoegdheid.

55. Zie bijv. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 159, nr. 3, p. 5: ‘Ook hier geldt dat niet elke “lichte” ramp een beroep op dit wetsvoorstel rechtvaardigt. Bovendien moet het (bij de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen – WdO/MT), net zoals bij overstromingen door zoet water en aardbevingen, gaan om grote aantallen getroffen met schade en kosten die niet elders kunnen worden verhaald dan wel die niet redelijkerwijs verzekeraar of vermijdbaar waren.’

56. Vgl. Van Ravels 2002, p. 276-277.

57. De vereisten van de speciale en de abnormale last zijn dan ook niet altijd van elkaar te scheiden. Vgl. J.E. Hoitink, *Bestaande rechten in het milieurecht*, Deventer: 1998, p. 177.

58. M.K.G. Tjepkema, ‘Het referentiekader van het égalité-beginsel. Over de vergelijking met andere burgers in égalité-situaties’, *O&A* 2004, p. 15-17. Vgl. Koopmans in zijn noot bij HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 67 (*Dierenartsen*):

‘Door het afleveringsverbod van bepaalde entstoffen aan anderen dan dierenartsen worden alle niet-dierenartsen op gelijke wijze getroffen, ongeacht of zij tot de vroegere diervetloeskundigen behoren, zoals de klagers, of niet. Er is nadeel, maar niet een onevenredig nadeel voor een beperkte categorie.’

59. HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 (m.nt. CJHB).

drijfsvoering *geheel* van swillvervoeding afhankelijk waren. Eén zo'n geval betrof boer Leffers, die zich door zijn wijze van bedrijfsvoering van de referentiegroep (de boeren die ook, maar niet geheel van swill afhankelijk waren) onderscheidde. Uit dit arrest – maar ook uit andere jurisprudentie⁶⁰ – valt op te maken dat het, om de drempel van de 'speciale last' te kunnen nemen, in de regel dus niet genoeg is dat de burger behoort tot een omliggende groep burgers die door een overheidsmaatregel wordt benadeeld, maar dat hij zich *binnen* die groep onderscheidt en dus deel uitmaakt van een *subgroep* die op bijzonder onevenredige wijze wordt getroffen ten opzichte van de grotere (referentie)groep. Toegepast op de casus van het Brabantse vervoersverbod zou de referentiegroep bestaan uit alle getroffen pluimveehouders, en zouden alleen de bijzondere gevallen binnen die groep voor égalité-compensatie in aanmerking komen. Daarom kan de Opkoopregeling naar ons idee niet als een typische égalité-regeling worden gezien, nu op grond daarvan *alle* getroffen pluimveehouders voor een compensatie in aanmerking kwamen.

Deze strenge toepassing van de égalité-leer spreekt niet tot ieders gevoel voor rechtvaardigheid. Het zal een getroffen burger vaak niet uitmaken dat ook anderen door het rechtmatige overheidshandelen zijn getroffen; als zijn nadeel maar wordt gecompenseerd.⁶¹ Toch valt voor de terughoudende opstelling van de rechter in dezen veel te zeggen. Het verdelen van publieke middelen behoort niet tot zijn takenpakket, maar tot dat van de wetgever. Koeman heeft in dit verband al eens geconstateerd dat het streven van de wetgever er in veel gevallen niet primair op is gericht om de gelijkheid te doen zegevieren (en dus recht te doen aan het égalité-beginsel), maar 'om een regeling tot stand te brengen waarbij de lusten en lasten voor groepen en individuen zodanig zijn verdeeld, als noodzakelijk geacht wordt overeenkomstig het ideaal van sociale rechtvaardigheid'.⁶² Een dergelijke politieke taak – kort gezegd: het verdelen van voor- en tegenspoed over de bevolking – is voorbehouden aan de wetgever; wat de rechter wel kan is ingrijpen wanneer enkelingen bij de verdeelarbeit van de overheid worden overgeslagen.⁶³ Zou de rechter nu op basis van de égalité ook een compensatieplicht willen aannemen voor het nadeel van grotere groepen

burgers, dan zal hij niet kunnen ontkomen aan een keuze voor bredere referentiegroepen als 'de gemiddelde burger' of 'het bedrijfsleven in het algemeen'.⁶⁴

Een dergelijke politieke taak – kort gezegd: het verdelen van voor- en tegenspoed over de bevolking – is voorbehouden aan de wetgever; wat de rechter wel kan is ingrijpen wanneer enkelingen bij de verdeelarbeit van de overheid worden overgeslagen

Het is de vraag of de rechter met een dergelijke uitbreiding van overheidsaansprakelijkheid niet teveel het terrein van de wetgever betreedt.

Abnormale last

Om te beoordelen of op een burger een 'abnormale last' rust, dient te worden gezien of zijn schade kan worden gerekend tot het 'normaal maatschappelijk risico'. Alleen voor schade die boven dat risico uitstijgt, bestaat een rechtsplicht tot compensatie. Besluit het bestuur of de regelgever tot compensatie van nadeel dat niet als onevenredig moet worden beschouwd, dan kan zij dit alleen doen uit beleidsmatige overwegingen; er bestaat dan geen juridische *plicht* om te voldoen aan een ingevolge het égalité-beginsel bestaande publiekrechtelijke verbintenis. Net als het vereiste van een 'speciale last' vervult dus ook het 'normaal maatschappelijk risico' een cruciale functie bij het afbakenen van het grensgebied tussen de compensatie op grond van een rechtsplicht en die op grond van politieke overwegingen.⁶⁵

De vraag *wanneer* een last 'abnormaal' wordt – met andere woorden: welke schade kan niet meer worden beschouwd als een 'normaal maatschappelijk risico'? – is hiermee nog niet beantwoord. Duidelijk zal zijn dat een antwoord ook niet eenvoudig valt te geven. Veel-

60. Zie voor verwijzingen Tjepkema 2004, p. 15-17, Schueler 2002, p. 134 en Van Ravels 2002, p. 277 (die stelt dat het criterium van de 'speciale last' zo lijkt te moeten worden uitgelegd dat een aanspraak bestaat op nadeelcompensatie voor degene die binnen de 'kleinst mogelijke groep' een onevenredig zware last krijgt te verduren). Zie ook het in noot 35 genoemde MDW-rapport, p. 24 en de noot van Van Buuren onder het Harrida-arrest (AB 2004, 84), sub 4.

61. Vgl. de A-G Spier in zijn conclusie bij het Harrida-arrest (NJ 2005, 189) onder 4.18 sub b: 'Weliswaar uit een oogpunt van beheersbaarheid alleszins begrijpelijk en tevens noodzakelijk is toepassing van het Leffersleerstuk te beperken tot (vergelijking met) een kleine groep benadeelden; de intrinsieke rechtvaardiging/rechtvaardigheid daarvan springt veel minder in het oog. Heel in het bijzonder is moeilijk uit te leggen dat een bedrijfsrisico van kleur verschiet

(van abnormaal normaal wordt) naarmate het aantal (toevallig) getroffen groter wordt.' Zie ook Van Ravels 2002, p. 275-276, met verwijzingen.

62. N.S.J. Koeman, *Bestemmingsplan en privaatrecht*, Deventer: 1979, p. 79. Dit brengt met zich dat de wetgever dus alleen 'recht hoeft te doen aan gelijkheid' als de groep voor wie hij een regeling wenst te treffen kan worden aangemerkt als een 'beperkte groep' in de zin van het égalité-beginsel. De 'speciale last' zou hierbij o.i. door de wetgever niet anders moeten worden geïnterpreteerd dan door de rechter: het égalité-beginsel heeft voor beiden dezelfde inhoud.

63. J.A.E. van der Does & G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht*, Deventer: 2001, p. 98. Vgl. J.A.E. van der Does en B.J.P.G. Roozendaal, 'Recht op schade', *O&A* 2002, p. 76 ('In wetelijke regelingen (voor groepen – WdO/MT) (ook in art. 49 WRo) zit vaak een politieke

component') en N.J.M. Kwakman, *Schadecompensatie in het strafprocesrecht* (diss. RUG 2003), p. 307 en p. 372 e.v.

64. Vgl. Verheij 2002, p. 120 e.v.

65. Zo ook Van Dorst-Tatomir (1992, p. 315) in een commentaar op het Leffers-arrest: 'Bij een toenemende overheidsaansprakelijkheid is de noodzaak tot aanpassing van deze kernbegrippen (normaal maatschappelijk risico en normaal bedrijfsrisico's vrijelijk op de publieke middelen worden afgewenteld, los van situaties waarin de overheid zich – uit eigen verkiezing – het desbetreffende belang uit een oogpunt van algemeen belang heeft willen aantrekken (bijvoorbeeld bewuste steunmaatregelen).' Vgl. W. Kohnenbelt, 'De égalité devant les charges publiques in het Franse administratieve recht', *Bestuurswetenschappen* 1971, p. 293.

zeggend is dat volgens de Hoge Raad het normaal maatschappelijk risico slechts kan worden bepaald 'met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval'.⁶⁶ Binnen het bestek van deze bijdrage kunnen wij niet meer dan een grove aanduiding geven van de in dit verband belangrijkste omstandigheden. In zijn oratie heeft Van Ravels laten zien dat het bij de invulling van dit begrip in de jurisprudentie vooral gaat om de *voorzienbaarheid*. Hij formuleert als uitgangspunt dat een op zichzelf rechtmatige overheidsdaad en de daaruit voortvloeiende nadelige gevolgen binnen het normaal maatschappelijk of bedrijfsrisico vallen wanneer deze maatregel en de daaruit voortvloeiende nadelen niet afwijken van hetgeen de benadeelde van de overheid te verwachten heeft. De schade zou buiten het normaal bedrijfsrisico vallen wanneer de benadeelde aannemelijk maakt dat deze maatregel een dermate uitzonderlijk en ongebruikelijk karakter heeft dat een redelijk handelende en denkende ondernemer een dergelijke gedraging naar objectieve maatstaven niet van de overheid had hoeven te verwachten. Daarbij kan worden gelet op de tijd, plaats, ontstaanswijze en begeleidende omstandigheden en/of de aard, ernst, duur en/of omvang van die schade.⁶⁷ Ook hiermee is natuurlijk nog niet alles gezegd – wat is in dit verband precies 'uitzonderlijk' en 'ongebruikelijk'? – maar het is de vraag of daarover in abstracto veel meer valt te zeggen. In elk geval staat vast dat het normaal maatschappelijk risico bij de toepassing van deze 'vuistregel' in de jurisprudentie in veel gevallen een onneembare horde blijkt. Zo hanteert de ABRvS bij verkeersmaatregelen het uitgangspunt dat de daardoor geleden schade in beginsel tot het 'normaal maatschappelijk risico' behoort en kunnen ook ondernemers die zich inlaten met maatschappelijk omstreden activiteiten als de exploitatie van gokhallen of de verkoop van softdrugs verwachten dat de overheid vroeg of laat regulerend gaat optreden.⁶⁸

Hoe zat dat nu in onze vogelpestcasus? Hoe zou de Afdeling bestuursrechtspraak hebben geoordeeld wanneer in casu *geen* regeling in het leven zou zijn geroepen en de vleeskuikenhouder een beroep op het ongeschreven *égalité*-beginsel zou hebben gedaan? Wij menen dat het niet aannemelijk is dat zij dan zou hebben aangenomen dat de door het vervoersverbod geleden schade boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt. Te wijzen valt op een uitspraak uit 1995, waarin de Af-

deling de door een vervoersverbod – ditmaal ter bestrijding van de varkenspest – geleden schade tot het normaal maatschappelijk risico rekent.⁶⁹ De lijn van de burgerlijke rechter lijkt hier niet veel van af te wijken, zo valt af te leiden uit het *Harrida*-arrest van de Hoge Raad. In dat arrest ging het, net als in de casus over de Brabantse vleeskuikenhouder, om schade door maatregelen ter bestrijding van besmettelijke dierziekten, in dit geval BSE. *Harrida*, die zich specialiseerde in de import van Iers rundvlees, leed door een importverbod van dergelijk vlees aanmerkelijke schade. De Hoge Raad stelt in zijn overwegingen voorop 'dat bij economische activiteiten met betrekking tot dierlijke producten eerder sprake zal zijn van een objectief voorzienbaar risico van ziekten en van in verband daarmee al dan niet met het oog op de volksgezondheid getroffen overheidsmaatregelen'. Dit betekent evenwel nog niet dat alle noodzakelijke overheidsmaatregelen ter bestrijding van zo'n ziekte voorzienbaar zijn, en met name hoeven ondernemers hun bedrijf niet zodanig in te richten dat zij 'van de ene op de andere dag op een andere, niet door een dergelijk verbod getroffen wijze van bedrijfsvoering kunnen overschakelen zonder dat de winstgevendheid van hun bedrijf verloren gaat'.⁷⁰ Nadeel dat voortvloeit uit onverhoedse bestrijdingsmaatregelen zal dus niet snel tot het normaal maatschappelijk risico worden gerekend. Daarmee zet het *Harrida*-arrest de lijn voort die met het *Leffers*-arrest was ingezet.⁷¹ Omdat in casu geen sprake was van plotselinge bestrijdingsmaatregelen⁷² was van een *abnormale* last onzes inziens dus ook geen sprake.

Nadeel is nadeel, wat maakt het uit of dat op een enkeling of op velen komt te rusten?

7 Onverplichte nadeelcompensatie

Uit de vorige paragraaf komt naar voren dat een beroep op het *égalité*-beginsel door de rechter slechts in zeer uitzonderlijke gevallen wordt gehonoreerd.⁷³ Deze beperkte interpretatie van het *égalité*-beginsel spreekt niet

66. HR 17 september 2004, NJ 2005, 392 (sub 3.3: 'Van belang kan hierbij onder meer zijn de aard van de overheids-handeling en het gewicht van het daarmee gediende belang alsmede in hoeverre die handeling en de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn voor de derde die als gevolg daarvan schade lijdt, en anderzijds de aard en de omvang van de toegebrachte schade').

67. Van Ravels 2005, p. 30. Aangenomen mag worden dat deze factoren niet alleen bij ondernemers maar ook bij 'gewone burgers' doorslaggevend zullen zijn.

68. Zie voor verwijzingen Van Ravels 2005, p. 31 en p. 26-27.

69. ABRvS 30 maart 1995, AB 1995, 375: 'Van algemene bekendheid is immers dat varkenspest een zodanig besmettelijke ziekte is dat bij het uitbreken daarvan bij andere in de omgeving

gelegen varkenshouderijen stringente maatregelen moeten worden genomen. Nu appellant zich als varkenshouder heeft gevestigd in een gebied met een hoge concentratie varkenshouders is alleszins voorzienbaar dat varkenspest uitbreekt in een op zodanige afstand gelegen andere varkenshouderij dat ook appellant door de te treffen maatregelen wordt geraakt. De Afdeling bestuursrechtspraak ziet mitsdien geen grond voor het oordeel dat de door appellant geleden schade de normale bedrijfsrisico's overstijgt.'

70. HR 20 juni 2003, NJ 2005, 189 (sub 3.5.3).

71. In het *Leffers*-arrest sprak de Hoge Raad ook van een 'plotseling opgelegd, drastisch verbod'.

72. Ter vergelijking: in het *Harrida*-arrest en het *Leffers*-arrest was er sprake van een maatregel die van de ene op de andere dag werd ingevoerd.

In onze vogelpestcasus brak de vogelpest in maart 2003 uit en kwam het bedrijf van appellante vanaf 24 april 2003 in een vervoersbeperkingsgebied te liggen. In de door ons geannoteerde uitspraak overweegt de ABRvS ook (sub 2.4) dat de rechtbank terecht heeft overwogen 'dat niet staande kan worden gehouden dat het instellen van vervoersbeperkingsgebieden ter bestrijding van de dierziekte AI een geheel onvoorziene omstandigheid is, waarvan de gevolgen niet (gedeeltelijk) voor risico van de pluimveehouders kunnen blijven.'

73. Vgl. Van Ravels 2005, p. 44: 'Bezie men het totale beeld dan kan bezwaarlijk geconcludeerd worden dat de overheidsaansprakelijkheid op grond van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten is doorgeschoten.'

iedereen aan. Vooral het vereiste van een 'speciale last' vinden sommigen onrechtvaardig. Nadeel is nadeel, wat maakt het uit of dat op een enkeling of op velen komt te rusten? Wordt, met andere woorden, niet in te weinig gevallen een rechtsplicht tot nadeelcompensatie aangenomen? Hoewel dit een legitieme vraag is, willen wij nadrukkelijk stellen dat wij haar in deze bijdrage niet wensen te beantwoorden; het gaat ons er slechts om een beschrijving te geven van de gevallen waarin naar de huidige stand van het recht zo'n rechtsplicht bestaat. Een belangrijke constatering in dat verband is dat getroffen burgers voor wie het *égalité*-beginsel niets te bieden heeft, beslist niet altijd in de kou blijven staan. In de praktijk wordt zelfs met grote regelmaat nadeelcompensatie verstrekt op grond van andere motieven dan het voldoen aan een rechtsplicht. Wij hebben dat verschijnsel in paragraaf 3 daarom 'onverplichte nadeelcompensatie' genoemd.

Onverplichte nadeelcompensatieregelingen⁷⁴ kunnen door verschillende motieven zijn ingegeven. Allereerst kan de wetgever politiek feitelijk gedwongen zijn tot het maken van een nadeelcompensatieregeling omdat hij anders het risico loopt te worden geconfronteerd met eindeloze, ongewenste procedures tegen het schadeveroorzakende handelen zelf. Dit 'smeerolie'-motief treedt zeer nadrukkelijk op de voorgrond in de Nadeelcompensatieregeling verleggen kabels en leidingen in en buiten rijkswaterstaatswerken en spoorwegwerken.⁷⁵ Ten tweede kunnen ook meer sociale motieven een goede reden vormen om over te gaan tot onverplichte nadeelcompensatie, bijvoorbeeld om te voorkomen dat grote groepen burgers brodeloos raken. In het verleden speelde dit motief bijvoorbeeld bij de totstandkoming van de Zuiderzeesteunwet, die werd opgesteld naar aanleiding van de afsluiting van de Zuiderzee.⁷⁶ Een derde motief dat kan spelen is het voorkomen dat bepaald schadeveroorzakend overheidsop treden ten behoeve van het ene beleidsdoel, teveel af-

breuk doet aan een ander beleidsdoel van diezelfde overheid. De Schaderegeling Schiedamseweg Rotterdam geeft daarvan een voorbeeld.⁷⁷ Deze regeling werd vastgesteld in verband met de aanleg van een metro in de binnenstad; een project dat zeker schade zou veroorzaken. Waarschijnlijk was dat daardoor sommige ondernemers in een unieke winkelstraat het loodje zouden leggen. Handhaving van die winkelstraat vormde echter een belangrijk beleidsdoel van B&W. In de schaderegeling werd daarom bepaald dat bedreigde winkeliers uit de unieke winkelstraat onder omstandigheden een deel van hun schade vergoed konden krijgen. De regeling werd niet zozeer vastgesteld vanuit de gedachte dat het al te schrijnend zou zijn wanneer de overheid op geen enkele manier zou bijspringen in de schade ontstaan door de aanleg van een metrotunnel; met de compensatieregeling moest vooral worden bereikt dat de aanleg van de metrotunnel een ander beleidsdoel van de gemeente Rotterdam niet zou doorkruisen.⁷⁸ Omdat de compensatie in zo'n geval onlosmakelijk is verbonden met een schadeveroorzakende overheidshandeling en zelf niet dient ter bevordering van wenselijk geachte activiteiten, is geen sprake van een subsidieregeling.⁷⁹

De hier gegeven voorbeelden staan niet op zichzelf.⁸⁰ Het komt regelmatig voor dat de wetgever een vergoedingsplicht in het leven roept die zonder interventie van de wetgever niet, of slechts zeer ten dele, zou hebben bestaan.⁸¹ Aan de hand van de al genoemde Schaderegeling Schiedamseweg kan kort worden geïllustreerd wat dat precies betekent voor de inhoud van zo'n onverplichte regeling. In de toelichting bij die regeling vermeldde het college uitdrukkelijk dat de toekenning van een financiële tegemoetkoming *onverplicht* geschiedde. Alleen *winkeliers* binnen dat gebied – en niet ook andere burgers, zoals bij het algemeen geldende *égalité*-beginsel het geval zou moeten zijn – konden een beroep op de regeling doen. Hun

74. Op zichzelf is ook denkbaar dat onverplichte nadeelcompensatie wordt verstrekt op individuele basis, zonder grondslag in een wettelijke regeling of beleidsregel. Aangenomen mag worden dat dergelijke verstrekkingen rechtmatig kunnen worden gedaan op grond van een begrotingspost, zolang daarbij geen sprake is van de verstrekking van (niet gemelde) staatssteun. In het vervolg zullen wij echter vooral onverplichte nadeelcompensatieregelingen bespreken, omdat de politieke keuzen die daaraan ten grondslag liggen – via de toelichting – kunnen worden aangetoond.

75. *Stcrt.* 1999, 97. Deze regeling moet voorkomen dat eigenaren van kabels en leidingen de voortgang van werkzaamheden aan grote infrastructurele projecten frustreren. Uit een uitspraak van de Rb. Groningen (16 januari 2001, *BR* 2001, 332) blijkt dat volgens de minister de NKL 1999 niet is gegeven 'als invulling van een in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel voor nadeelcompensatie, maar als afgeleide van overeenkomsten in een aantal politiek gevoelige zaken'. Vgl. R. Monnikhof, 'Compensatie: een gouden greep? Over de opkomst van het beleidsinstrument compensatie', *Bestuurswetenschappen* 1999, p. 484 e.v.

76. Uit de handelingen bij deze wet valt op te maken dat een belangrijke reden om de Zuiderzeesteunwet in het leven te roepen juist gelegen was in het feit dat een erg grote groep

werd getroffen (omdat 'het hier (...) een zoo groote groep van personen betrof' (*Handelingen II* 1924/25, 281, p. 2236)). Hoewel enkele kamerleden later hebben getracht het *égalité*-beginsel aan deze regeling ten grondslag te leggen (*Kamerstukken I* 1930/31, 35, p. 3 en *Handelingen I* 1930/31, p. 565 e.v.) vragen wij ons met Van Ravels (2002, p. 298) af of het *égalité*-beginsel voor deze regeling een geschikte grondslag zou hebben kunnen zijn.

77. Deze is gepubliceerd in nota's van 1 juli 1981, nr. 171 en 27 november 1981, nr. 346. Hierover Te Rijdt, *Bestuurscompensatie. Een juridisch onderzoek naar de praktijk* (diss. RUL 1991), p. 132-137, J.A.M. van den Berk, *Bestuursrecht*, Deventer: 1997, p. 128-129 (die meent dat de regeling 'qua karakter en inhoud nauwelijks als een bestuurscompensatieregeling te kwalificeren' is) en VAR-reeks 129, p. 58-60.

78. Zo blijkt uit ARRvS 9 juni 1990, *AB* 1991, 229 (m.nt. PCEvW).

79. In gelijke zin Verheij in zijn noot onder ABRvS 1 december 1995, *AB* 1996, 240, waar hij opmerkt dat een op basis van de Verordening Geldelijke Steun ingevolge de Wet op de Stads- en Dorpsvernieuwing van de gemeente Den Haag verstrekte tegemoetkoming ten onrechte als 'subsidie' werd aangeduid, nu er geen sprake was van stimulering van activiteiten van de aanvrager. De verstrekking is o.i. een geval van on-

verplichte nadeelcompensatie, bedoeld om een beleidsdoel van de gemeente Den Haag – het handhaven van winkels in een winkelconcentratiegebied – niet in gevaar te brengen. Deze figuur komt bij stadsvernieuwing vaker voor. Vgl. Van Ravels 2002, p. 338 en Geelhoed 1980, p. 894-895.

80. Enkele willekeurig gekozen voorbeelden zijn o.i. de (thans niet meer toegepaste) Haagse fietsrouteverordening (B&W Den Haag, 6 januari 1978, *Verz.* 1978 -r.o. 2, p. 1 (zie O.M. Te Rijdt 1991, p. 128 e.v. en Arr.-Rb. Breda 2 augustus 1983, *AB* 1984, 164); een – volgens B&W onverplichte – regeling voor winkeliers die vreesden door de aanleg van een tijdelijke fietsroute minder bereikbaar te zullen worden; de Regeling tegemoetkoming schade kalvereigenaren (*Stcrt.* 1996, 68); een tegemoetkomingsregeling voor kalvereigenaren die in verband met BSE moesten worden gedood, en de Beleidsregels compensatie meldingsplichtige vuurwerkdrijven (*Stcrt.* 2002, nr. 27); een compensatieregeling voor kleine handelaren van consumentenvuurwerk, die door de eisen uit het nieuwe Vuurwerkbesluit werden gedwongen hun bedrijfsactiviteit te beëindigen.

81. Vgl. de opmerking in veel nadeelcompensatieregelingen dat door het vaststellen van deze regeling 'geenszins wordt beoogd om aanspraken in het leven te roepen, die reeds niet al bestaan'.

nadeel kwam bovendien alleen voor vergoeding in aanmerking indien het inkomen uit de winst van een onderneming als rechtstreeks gevolg van de metrobouw minder was dan 70% van de gemiddelde winst. Dit duidt op een toepassing van het draagkrachtbeginsel, dat volgens de Hoge Raad bij *verplichtingen* tot nadeelcompensatie geen rol mag spelen.⁸² Ook hadden B&W een 'plafond' voor de totale omvang van de vergoedingen vastgesteld van f 50 000 per jaar. Bij aansprakelijkheid uit hoofde van een rechtsplicht is het stellen van 'plafonds' vanzelfsprekend niet aan de orde. Het onderscheid tussen verplichte en onverplichte compensatie komt in de jurisprudentie meestal niet uitdrukkelijk naar voren. Als de wetgever voor bepaalde gevallen een regeling heeft getroffen, heeft hij voor die gevallen een rechtsplicht *gecreëerd*, zodat de vraag of hij tot het treffen van die regeling verplicht was, op de achtergrond komt te staan. Het onderscheid tussen verplichte en onverplichte compensatie wordt bovendien niet makkelijker doordat de wetgever regelmatig het *égalité*-beginsel ook aan *onverplichte* nadeelcompensatieregelingen ten grondslag legt.⁸³ Wij vermoeden dat dit wordt ingegeven door de wens om de legitimatie van de regeling en de daaruit voortvloeiende bestedingen van gemeenschapsgeld te versterken. Toch zal het de lezer duidelijk zijn: als een nadeelcompensatieregeling een onverplicht karakter heeft, is de wetgever veel vrijer om te bepalen of, en zo ja, in hoeverre hij wil compenseren en is hij niet gebonden aan de grenzen van het *égalité*-beginsel. Dat neemt niet weg dat wanneer zo'n onverplichte compensatieregeling is vastgesteld, naderhand kan blijken dat door de schadeveroorzakende handeling die aanleiding gaf tot deze regeling, ook typische *égalité*-gevallen zijn ontstaan. Voor de afhandeling van schadeclaims van deze gevallen, zal in de praktijk al snel worden gegrepen naar de onverplichte regeling. Hier schuilt een gevaar, want door de discretie die bestaat bij het opstellen van onverplichte regelingen is niet verzekerd dat aan de typische *égalité*-gevallen, die (ook) onder deze regeling worden afgehandeld, recht zal worden gedaan. Zij kunnen bijvoorbeeld te laat komen met hun claim, waardoor een gesteld plafond al is bereikt, of behoren tot een categorie getroffen en blij-

kens de regeling niet of voor een te laag bedrag voor compensatie in aanmerking kan komen. Daarom is het van groot belang dat bestuursorganen en rechters het onderscheid tussen verplichte en onverplichte nadeelcompensatie goed voor ogen houden. Bestuursorganen dienen zich te realiseren dat echte *égalité*-gevallen niet zonder meer aan de hand van een onverplichte regeling kunnen worden afgehandeld, zodat zij voor deze gevallen niet zonder meer kunnen betogen dat de schade 'anderszins is verzekerd'.⁸⁴ Voor de bestuursrechter geldt hetzelfde; wanneer voor een bepaalde schadeveroorzakende overheidshandeling een compensatieregeling is opgesteld, mogen besluiten met betrekking tot vergoeding van die schade niet steeds slechts aan die regeling worden getoetst. Daarvoor moet op zijn minst worden vastgesteld dat in de desbetreffende onverplichte compensatieregeling het *égalité*-beginsel en de daaruit voortvloeiende eisen in acht worden genomen.⁸⁵ Is dat laatste niet het geval, dan dient bij toetsing van besluiten met betrekking tot typische *égalité*-gevallen alsnog een toetsing aan het (ongeschreven) *égalité*-beginsel plaats te vinden.

Ook de Afdeling lijkt zich dit te realiseren in haar uitspraak in onze voorbeeldcasus. De Opkoopregeling was er vooral op gericht 'iets te doen' voor de getroffen ondernemers. Het is niet onwaarschijnlijk dat juist het onverplichte karakter van de tegemoetkoming in de schade de minister op het spoor van de 'subsidie' heeft gebracht.⁸⁶ De onverplichte nadeelcompensatieregeling die in de Opkoopregeling is neergelegd wordt door de Afdeling marginaal getoetst, maar binnen deze toets wordt het *égalité*-beginsel als ondergrens gehanteerd.

Solidariteit als algemene grondslag?

De overheid verstrekt dus regelmatig onverplichte nadeelcompensatie omdat zij de nadelige gevolgen van rechtmatig overheidshandelen weg wil nemen. Hierbij spelen primair (politieke) overwegingen van effectiviteit, solidariteit, loyaliteit of het willen voorkomen van maatschappelijke onrust en/of economische schade een rol. Het *égalité*-beginsel is in deze gevallen niet de rechtsbasis voor de verstrekking, maar vervult hoog-

82. HR 3 april 1998, AB 1998, 241 (Meiland; m.nt. ThGD).

83. Zo wordt in de Nadeelcompensatieregeling verleggen kabels en leidingen in en buiten rijks-waterstaatswerken en spoorwegwerken 1999 in de toelichting naar het *égalité*-beginsel verwezen terwijl de regeling is opgesteld als politiek compromis (zie noot 75). Vgl. Van Ravels 2002, p. 330, die meent dat op grond van deze regeling 'een soort subsidie' wordt verleend, waarmee hij waarschijnlijk het onverplichte karakter van deze regeling wil aanduiden. Ook bij de verwijzing naar het *égalité*-beginsel in de toelichting bij de Beleidsregels compensatie meldingsplichtige vuurwerkbedrijven (Stcr. 2002, 79, p. 23) kunnen vraagtekens worden gezet. Wij menen dat het nadeel dat deze bedrijven lijden door de strengere afstandseisen behoort tot het normaal maatschappelijk risico, nu dit nadeel voor elk bedrijf dat een potentieel gevaar voor zijn omgeving oplevert tot op grote hoogte voorzienbaar is (vgl. noot 68). Deze regeling heeft naar onze

mening dus weinig te maken met de *égalité*-gedachte.

84. Die gedachte zou kunnen worden gevoerd door de stelling van Damen (1996, p. 40) dat de verschillende verstrekkingen communicerende vaten zijn, wat impliceert dat een inkomst uit de ene bron niet nodig is voorzover uit de andere bronnen inkomsten kunnen worden verworven. Deze stelling is naar ons idee juist voorzover de ene bron vanuit hetzelfde motief in een financiële verstrekking voorziet als de andere bron (vgl. Van Wijmen in zijn noot onder ABRvS 24 juli 1994, BR 1995, 509). Om die reden kan ook een reeds ontvangen 'subsidie' die in wezen een nadeelcompensatie is, worden meegewogen bij het oordeel omtrent de vraag of de schade al 'anderszins is verzekerd'. Ook klopt de stelling voorzover een regeling een uitdrukkelijk 'vangnetkarakter' heeft; op grond van de WTS is het bijv. niet mogelijk een tegemoetkoming te krijgen als sociale uitkeringen reeds voorzien in een voldoende mate van bestaanszekerheid. De stel-

ling klopt in elk geval niet voorzover in één casus vanuit verschillende motieven verstrekkingen worden gedaan.

85. Dit betekent tevens dat een codificatie van het *égalité*-beginsel in de vijfde tranche van de Awb de mogelijkheid overlet laat dat bijzondere wetgevers onverplichte regelingen treffen, de 'égalité'-regeling' zal in dat perspectief vooral als (aanvullende) 'ondergrens' hebben te gelden.

86. Ook zou kunnen worden betoogd dat de schade in de dierziektecasus niet is veroorzaakt door enig overheidshandelen, maar voortvloeit uit de uitbraak van AL. De vergoeding op grond van de Opkoopregeling zou dan moeten worden beschouwd als wat wij in par. 3 een 'tegemoetkoming' hebben genoemd. Wij menen echter dat dit niet het geval is. De vleeskuikens van appellante waren immers niet ziek, maar hadden te kampen met welzijnsproblemen die het gevolg waren van het instellen van een vervoersbeperkingsgebied.

stens een aanvullende rol voor (eventuele) speciale en abnormale gevallen onder de getroffen. Omdat het égalité-beginsel naar zijn aard geen 'strategisch-instrumenteel' beginsel is⁸⁷, achten wij het opmerkelijk dat in de literatuur pleidooien worden aangetroffen om ook vormen van onverplichte financiële verstrekkingen onder het égalité-beginsel te scharen⁸⁸, dan wel om de rechtsplicht tot compensatie te funderen op grondslagen die naar ons idee aan een rechtsplicht geen uiting geven. Zo wijst Van Maanen het 'principe van de solidariteit' aan als overkoepelende grondslag voor verschillende categorieën van rechtmatig overheidsoptreden waar compensatie geboden is.⁸⁹ Uit dit principe zouden ook meer concrete beginselen (zoals het égalité-beginsel) kunnen worden afgeleid. Vanuit onze missie – een duidelijke kwalificatie van verschillende publiekrechtelijke financiële verstrekkingen – is 'solidariteit' echter niet geschikt als grondslag voor verplichte nadeelcompensatie, nu deze grondslag bij uitstek wordt aangedragen als rechtsgrond (of reden) voor compensaties of tegemoetkomingen bij het *ontbreken* van een rechtsplicht.⁹⁰ Zo bestaat er, naar algemeen wordt aangenomen, geen algemeen rechtsbeginsel dat de overheid verplicht tot het vergoeden van schade ontstaan door natuur- en andere rampen waar de overheid niet of nauwelijks invloed op heeft,⁹¹ maar kan het op basis van (politieke) overwegingen van solidariteit, moreel of fatsoen alleszins rechtvaardig zijn om toch een tegemoetkoming aan de getroffen te bieden.⁹²

Omdat het égalité-beginsel naar zijn aard geen 'strategisch-instrumenteel' beginsel is, is het opmerkelijk dat sommigen ervoor pleiten om een rechtsplicht tot compensatie te baseren op grondslagen die aan die rechtsplicht geen uiting geven

8 Het belang van het onderscheid tussen verschillende verstrekkingen

In de voorgaande paragrafen zijn wij uitgebreid ingegaan op de aard van drie categorieën publiekrechtelijke financiële verstrekkingen, te weten de subsidie, de verplichte en de onverplichte nadeelcompensatie. Gebleken is dat vooral de subsidie en de onverplichte nadeelcompensatie nogal eens door elkaar worden gehaald. Dat is begrijpelijk wanneer men bedenkt dat beide soorten verstrekkingen niet zijn gebaseerd op een rechtsplicht, dit in tegenstelling tot de verplichte nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel. Die laatste verstrekking mag niet met onverplichte financiële verstrekkingen worden verward, alleen al vanuit het perspectief van de beheersing van overheidsuitgaven; immers slechts wanneer daartoe een juridische plicht bestaat is het onvermijdelijk om de algemene middelen aan te spreken om bepaalde (groepen van) burgers te compenseren.⁹³ Daarnaast geldt dat onverplichte en verplichte financiële verstrekkingen naar hun aard wezenlijk anders dienen te worden genormeerd door de regelgever. Volgt in een vastgesteld égalité-geval uit de rechtsplicht van de overheid dat nadeel voorzover deze het normaal maatschappelijk risico overstijgt moet worden gecompenseerd, bij onverplichte vormen van financiële verstrekkingen is de regelgever vrij om, binnen de grenzen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, te bepalen of en zo ja, hoever hij wil gaan in het creëren van aanspraken. Daaruit volgt dat financiële plafonds (per regeling of aanvrager), beperking van de groep potentiële aanvragers, een relatie met de draagkracht van aanvragers en aanvullende voorwaarden en verplichtingen in regelingen rond onverplichte financiële verstrekkingen heel goed kunnen worden opgenomen, terwijl deze verschijnselen op gespannen voet staan met de égalité-leer.⁹⁴

87. Over deze en andere functies van rechtsbeginselen R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van rechtsbeginselen', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel*, Deventer: 2004, p. 34-36.

88. R. Ortlep, 'Schadevergoeding en de Nationale Ombudsman', *O&A* 2004, p. 117-118, pleit ervoor om schadevergoedingen op basis van *coulance* te vervangen door schadevergoedingen op basis van een 'steviger grondslag' als het égalité-beginsel. Dit is geen aantrekkelijk voorstel omdat op die manier het onderscheid tussen verplichte en onverplichte compensatie verwatert. Vgl. ook F.J. de Vries, 'Vergoeding van rampschade', *NJB* 1998, p. 1913, die de égalité aanwijst als grondslag voor de tegemoetkomingsverplichting van de overheid op grond van de WTS.

89. G.E. van Maanen, 'Bestuurlijk schadevergoedingsrecht', in: E.C.H.J. van der Linden en F.A.M. Stroink, *Jurisprudentie bestuursrecht select*, Den Haag: 2004, p. 325-326 en Damen 1996, p. 27. Zie over het begrip solidariteit A. Hendriks, *In beginsel. De gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept* (rede UL), Leiden: 2006, p. 26-27.

90. G.E. van Maanen, *De onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter*:

zoektocht naar de kwadratuur van de cirkel (VAR-reeks 128), p. 23, ziet kennelijk ook een verschil tussen rampenregelingen en égalité-gevallen: in de Enschede- en Volendam-gevallen verstrekt de overheid geen schadevergoeding 'vanwege een welbewuste en gerechtvaardigde opoffering van de belangen van enkelen ten behoeve van het algemeen belang'. Wij zijn het met Van Maanen eens dat de overheid dan op andere grond politiek/maatschappelijk gehouden kan zijn tot compensatie, maar onderstreept dit nu juist niet dat solidariteit kennelijk een meer politiek beginsel is en dat daaruit, anders dan uit de égalité, geen rechtsplichten voortvloeien? Zie voorts de kritiek van Schlössels (die vreest voor een rechtspolitieke inkleuring van solidariteit als ultieme rechtsgrond voor nadeelcompensatie) en Schueler, VAR-reeks 129, p. 13-17.

91. Zie reeds J.A.J. Peeters, 'Rampschade', in: M.J.P. Verburgh e.a., *Schade lijden en schade dragen*, Zwolle: 1980, p. 75 en Van Ravels 2002, p. 286.

92. Zie het rapport van de Commissie tegemoetkomingen bij rampen en calamiteiten, *Solidariteit met beleid. Aanbevelingen over financiële tegemoetkomingen bij rampen en calamiteiten*, Den Haag: 2004, p. 44. Vgl. Koeman

1979, p. 79-84, die constateert dat 'in de wetgeving het gelijkheidsbeginsel in toenemende mate is opgegaan in een ander ruimer beginsel, namelijk dat van de solidariteit' (p. 79).

93. Zie bijv. de conclusies van A-G Spier (o.m. *NJ* 1998, 726 en *NJ* 2005, 189) alsmede R.J.N. Schlössels, 'Van Gog/Nederweert op de helling? Over oneigenlijke en eigenlijke formele rechtskracht, rechtsmachtverdeling en een dreigend failliet van de besluitenansprakelijkheid', *O&A* 2004, p. 70-71, met verwijzingen.

94. Vgl. bijv. art. 2 Regeling delegatie Stichting Fonds MKZ (*supra*, noot 37), waaruit blijkt dat bij de op basis van deze regeling verstrekte 'subsidie' ook rekening mag worden gehouden met de draagkracht van de onderneming. Bij *verplichte* nadeelcompensatie is de literatuur overwegend gekant tegen het gebruik van het draagkrachtprincipe. Zie voor verwijzingen R.J.N. Schlössels, 'De Achilleshiel van de égalité: nadeelcompensatie en het draagkrachtbeginsel', *NJB* 1998, p. 1388-1389. Zie tevens Ch. Backes, *Juridische bescherming van ecologisch waardevolle gebieden* (diss. UU), Zwolle: 1993, p. 255.

Een derde belangrijke reden om een helder zicht te houden op het onderscheid tussen verplichte en onverplichte verstrekkingen, spitst zich toe op verstrekkingen aan 'ondernemingen' in communautairrechtelijke zin.⁹⁵ Financiële verstrekkingen aan ondernemingen mogen niet in strijd komen met het verbod op staatssteun⁹⁶ zoals neergelegd in art. 87 EG-verdrag. Daarbij moet vooraf worden opgemerkt dat volgens art. 87 lid 2 sub b EG-verdrag steunmaatregelen tot herstel van schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn, zodat veel van de door ons in paragraaf 3 genoemde tegemoetkomingen in beginsel niet in strijd zullen zijn met het EG-verdrag.⁹⁷ Dat geldt ook voor nadeelcompensatie; schadevergoeding brengt namelijk volgens de Commissie in beginsel geen selectief voordeel voor een onderneming met zich mee voor zover:

'(...) zij louter dient ter compensatie van schade ten gevolge van een overheidsingrijpen, waarbij de schadevergoeding het directe resultaat is van dit overheidsingrijpen en bepaald wordt op basis van een algemene schadevergoedingsregeling die rechtstreeks gebaseerd is op het door de rechter erkende grondwettelijke eigendomsrecht.'⁹⁸

Uit deze formulering kan worden afgeleid dat 'overcompensatie' – dat wil zeggen dat een bedrijf meer compensatie ontvangt dan de schade die zij heeft geleden – wel degelijk kan leiden tot onrechtmatige steunverlening. Nu zal de kans hierop bij nadeelcompensatie op grond van het *égalité*-beginsel niet groot zijn, aan-

gezien op grond daarvan slechts het onevenredige na-deel hoeft te worden vergoed.⁹⁹ Volledige schadevergoeding, laat staan overcompensatie, zal derhalve niet snel in beeld komen.

Toch is daarmee het laatste woord over deze kwestie nog niet gezegd. Zo is bekend dat, bijvoorbeeld binnen het milieurecht, wel eens 'instrumenteel' gebruik wordt gemaakt van compensatieregelingen die zijn gebaseerd op het *égalité*-beginsel. Verschillende auteurs hebben beschreven dat in het kader van de onderhandelingen over de precieze inhoud van een nieuwe milieuvergunning, de mogelijkheid van compensatie beleidsmatig wordt ingezet om milieumaatregelen gerealiseerd te krijgen die zonder een compensatie toe te kennen niet tot stand zouden zijn gekomen.¹⁰⁰ Deze beleidsmatige invulling van het *égalité*-beginsel is mogelijk omdat bestuursorganen in de praktijk enige discretionaire ruimte wordt gelaten bij de invulling van het 'normaal maatschappelijk risico'.¹⁰¹ Daardoor is niet uitgesloten dat dit begrip in het ene geval op een minder stringente wijze wordt gehanteerd dan in het andere geval, zodat verschillen ontstaan die, door bevoordeling van de ene onderneming boven de ander, een marktverstoring tot gevolg kunnen hebben.¹⁰² Op die manier kan wat in de vorm van een *égalité*-compensatie is gegoten, toch een wellicht te ruimhartige compensatie voor overheidsmaatregelen zijn. Dit geldt zeker in gevallen waarin compensatiebesluiten niet berusten op een wettelijke regeling en rechtsgelijkheid en objectieve uitgangspunten voor het vaststellen van de hoogte van de schade dus niet zijn gegarandeerd.

Het gevaar dat een compensatie in strijd is met het EG-verdrag geldt onzes inziens in het bijzonder voor regelingen die worden gepresenteerd als *égalité*-regelingen, maar die bij betere bestudering (ook) onverplichte na-

95. Het HvJ EG verstaat daaronder 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd' (zaak C-41/90 (*Höfner*)). Het ondernemingsbegrip wordt dus breed uitgelegd, of de onderneming op winst is gericht is bijvoorbeeld niet relevant.

96. Van staatssteun is volgens het HvJ EG 24 juli 2003 (zaak C-280/00 (*Altmark*)) sprake als voldaan wordt aan vier (cumulatieve) voorwaarden: een maatregel 1. wordt door staatsmiddelen wordt bekostigd, 2. beïnvloedt het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig, 3. verschaft de begunstigde onderneming een niet marktconform voordeel en 4. vervalst of dreigt de mededinging te vervalsen.

97. Dit moge ook blijken uit Verordening nr. 2012/2002 van de Raad van 11 november 2002 tot oprichting van het Solidariteitsfonds van de Europese Unie, op grond waarvan voornamelijk bij natuurrampen steun kan worden verstrekt. Zie ook Commissiebeschikking 6 juni 2002, N 217/2002 (C (2002) 1674), waarin de vuurwerkramp Enschede als 'buitengewone gebeurtenis' werd aangemerkt en de steun aan de getroffen ondernemingen, onder meer omdat een eigen-risicoaftrek werd gehanteerd, niet in strijd met het EG-verdrag werd geacht. Voor een vergelijkbare zaak zie Commissiebeschikking 1 december 2003, N 42/B/2003 (C (2003) 4579) over de Regeling Tegemoetkoming schade bij overstroming van de Maas januari 2003. Door tijdsverloop tussen het schadeverwekkende feit en de invoering van de steunregeling kan een tegemoetkoming voor een ramp soms toch steun

opleveren (HvJ EG 29 april 2004 (zaak C-278/00, (*Tsjernobyľ*)). Zie over de WTS en het staatssteunrecht De Vries 1998, p. 1914.

98. Commissiebeschikking 16 juni 2004, N304/2203 (C (2004) 2026fin) (*Akzo Nobel*). Vgl. Commissiebeschikking 20 januari 1999 (*PbEG L 107/21*): een Duitse compensatiewet (*Ausgleichsleistungsgesetz*) voor onteigening leverde geen steun op 'voorzover de maatregelen slechts een compensatie voor onteigening of voor een daarmee gelijk te stellen overheidsingrijpen vormen en de toegekende voordelen tegen de daardoor veroorzaakte vermogensschade opwegen of geringer dan die schade uitvallen'. Vgl. GvEA 5 december 2002 (zaak T-114/00)). Uit de gevoegde zaken 106-120/87 (*Asteris*) volgt dat 'steunmaatregelen als maatregelen van de overheid ter begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producten juridisch een fundamenteel ander karakter hebben dan vergoedingen die de nationale autoriteiten op grond van een rechterlijke uitspraak eventueel aan particulieren moeten betalen ter zake van een schade die zij aan die particulieren hebben veroorzaakt.'

99. Daar komt bij dat het Hof zelf een rechtsplicht tot compensatie van schade voortvloeiend uit rechtmatig handelen van instellingen van de EG erkent op basis van de 'abnormale en speciale' aard van de schade, criteria die sterk aan het *égalité*-beginsel doen denken (zie HvJ EG 15 juni 2000, C-237/98 P (*Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH*), GvEA 6 december 2001, T-196/99 (*Cova e.a.*), GvEA 10 februari 2004, T-64/01 en T-65/01 (*Afrikanische Frucht-Com-*

pagnie) en GvEA 14 december 2005, T-69/00, T-151/00, T-301/00, T-320/00, T-383/00 en T-135/01 (WTO)). Het is dus onwaarschijnlijk dat op basis van die criteria verleende compensatie door nationale autoriteiten, verboden steun oplevert.

100. W. Brussaard e.a., *Milieurecht*, Zwolle: 1992, p. 43, Evaluatiecommissie Wet milieubeheer, *De toepassing van de schadevergoedingsbepalingen in de Wet milieubeheer*, Den Haag: 2003, p. 23, D. van der Meijden, 'Schadevergoedingen: instrument of waarborg?', *M & R* 1992, p. 81, Grimberg en Steenge 1988, p. 33 e.v. (i.h.b. p. 38-39) en B.F.J. Grimberg e.a., *Schadevergoeding als stimuleringsinstrument* (Centrum voor Bestuurskundig Onderzoek), UT 1988.

101. Schueler 2005, p. 183-184, met verwijzingen naar jurisprudentie. Zie ook Rb. 's-Gravenhage 14 april 2004, LJN-nr. AO9604: 'De rechtbank stelt vast dat het toekennen van nadeelcompensatie ter zake van een rechtmatige intrekking van een standplaatsvergunning gebaseerd op het algemeen rechtsbeginsel van gelijkheid voor openbare lasten een discretionaire bevoegdheid van verweerder betreft (...) [die] slechts terughoudend kan worden getoetst.'

102. Vgl. R.J.N. Schlössels en J.E. Hoitink in het verslag van de VAR-jaarvergadering van 2005, n.n.g. Zie ook J.H. Jans & H.W. Diender, *Effecten van het Europese integratieproces* (CRMH), Den Haag: 1990, p. 100-104 en J.H. Jans, *Europees milieurecht in Nederland*, Groningen: 1994, p. 282 e.v.

deelcompensatie blijken te regelen. Onverplichte na-deelcompensatie kan zeker onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt, zo bleek uit de Commissiebeschikking met betrekking tot de subsidiëring van de benzinepomphouders in de grensstreek.¹⁰³ Hoewel de regeling *beoogde* compensatie te verstrekken voor bepaalde belastingmaatregelen aan een groep door deze maatregelen zwaar getroffen ondernemers en in dat kader expliciet was aangehaakt bij de zogenoemde de-minimisgrens, keek de Commissie naar het *resultaat* dat die verstrekking had voor de onderlinge concurrentieverhoudingen. Ook bij het kabinetsstandpunt inzake de vergoedingen aan de kokkelvisserijsector kunnen in dit licht vraagtekens worden geplaatst¹⁰⁴, met name voor die kokkelvisserijbedrijven die zich niet alleen op de kokkelmarkt, maar ook op andere markten oriënteren.¹⁰⁵

9 Afronding

In deze bijdrage is aan de orde gekomen dat benamingen voor publiekrechtelijke financiële verstrekkingen in de rechtspraktijk vaak op een weinig consequente of doordachte manier worden gebruikt. Of regelgevers een dergelijke verstrekking *subsidie*, *nadeelcompensatie* of een *tegemoetkoming* zullen noemen, valt vaak moeilijk te voorspellen. Deze constatering roept de nodige vragen op. Is het moeilijk de verschillende verstrekkingsoorten van elkaar te onderscheiden? Heeft de benaming van een financiële verstrekking belangrijke juridische of andersoortige consequenties?

Om met de eerste vraag te beginnen: een goede kwalificatie van een concrete financiële verstrekking blijkt inderdaad niet steeds eenvoudig. Wij hebben in deze bijdrage vier hoofdsorten onderscheiden, te weten de subsidie, de uitkering, de – al dan niet op een rechtsplicht berustende – nadeelcompensatie en de tegemoetkoming. Op het eerste gezicht lijken zij, voornamelijk op grond van hun oogmerk, goed van elkaar te onderscheiden. Zo veronderstelt nadeelcompensatie de aanwezigheid van een rechtmatige, schadeveroorzakende overheidshandeling en subsidie de wil om wenselijk geachte activiteiten te stimuleren. Toch blijken twijfelgevallen te bestaan, bijvoorbeeld daar waar binnen één verstrekking kenmerken van zowel de subsidie (wens tot stimulering) als de nadeelcompensatie (aanwezigheid van door de overheid veroorzaakte schade) kunnen worden herkend. Voor die gevallen ontbreken duidelijke aanknopingspunten voor een goede kwalifi-

catie, en onze bijdrage vormt een poging om daarin voor een deel te voorzien. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat aan financiële verstrekkingen door regelgevers en bestuursorganen soms bewust een verkeerd label wordt gehangen. Zo kan, wanneer een wettelijke regeling nadeelcompensatie voor bepaalde schadeveroorzakende handelingen uitsluit, een ‘subsidie’ uitkomst bieden. Indien met een subsidieverstrekking het daarvoor geldende subsidieplafond zou worden overschreden, is het verstrekken van ‘nadeelcompensatie’ soms aantrekkelijker. Wanneer een financiële verstrekking wordt gebaseerd op een rechtsplicht voortvloeiend uit het *égalité*-beginsel, zullen concurrenten van de ontvanger van deze gelden wellicht minder snel geneigd zijn daarover bij de Europese Commissie te klagen, dan wanneer de verstrekking onverplichte nadeelcompensatie of subsidie wordt genoemd.

Hoewel dit soort motieven voor onjuiste benaming van financiële verstrekkingen in de praktijk natuurlijk altijd een rol zal blijven spelen, hebben wij in deze bijdrage het belang van het goed onderscheiden van de verschillende verstrekkingen willen benadrukken. Dat belang is allereerst gelegen in het wettelijke kader dat voor dergelijke verstrekkingen moet worden opgesteld. Daarbij gelden voor verplichte nadeelcompensatie welzenlijk andere uitgangspunten dan bij regeling van onverplichte financiële verstrekkingen, zoals de subsidie en de tegemoetkoming. Zo staan financiële plafonds en beperking van de groep potentiële aanvragers op gespannen voet met het *égalité*-beginsel, terwijl dergelijke bepalingen binnen het subsidierecht heel gebruikelijk zijn. Een juiste kwalificatie kan verder voorkómen dat het legaliteitsbeginsel wordt veronachtzaamd. In de praktijk worden door onjuiste kwalificaties soms grote bedragen gemeenschapsgeld uitgegeven zonder democratische legitimatie of zelfs in strijd met (de uitgangspunten van) andere regelgeving. Ook is gewezen op communautaire gevaren: Europese rechters en de Commissie kijken naar het *resultaat* van een financiële verstrekking op de markt en prikken al snel door het ‘label’ dat door wetgever of bestuur is aangebracht heen. Tot slot heeft de door ons gekozen voorbeeldcasus rond de ‘subsidiëring’ van door AI-maatregelen getroffen ondernemers laten zien dat onjuiste kwalificatie van financiële verstrekkingen door regelgevers kan leiden tot onduidelijke jurisprudentie. Voor de bestuursrechter, die zoveel mogelijk streeft naar een effectieve geschilbeslechting, is een correctie van de regelgever op dit punt vaak een onaantrekkelijke optie

103. Commissiebeschikking van 20 juli 1999, 1999/706 (waarover ook P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. VU), Amsterdam: 2006, p. 113).

104. Volgens de regering is er geen aanleiding de nadeelcompensatie aan de kokkelvisserijsector bij de Commissie aan te melden (*Kamerstukken II* 2005/06, 29 684, nr. 44, p. 7). De regering meent op grond van het *égalité*-beginsel verplicht te zijn €85 miljoen aan de kokkelsector te betalen. Wij betwijfelen dat, mede in het licht van het feit dat de kokkelvisserij in de

Waddenzee reeds sinds begin jaren 70 te maken kreeg met beperkende maatregelen, zodat voorzienbaar was dat de kokkelvisserij op enig moment geheel onmogelijk zou worden en de schade dus tot het normaal maatschappelijk risico moet worden gerekend. Vgl. Hoirink 2005, p. 13-14. De Minister van LNV werd op dit punt kritisch ondervraagd door de Kamer en merkte in dat kader onder meer op dat ‘de nadeelcompensatie (kolossaal is) als zij wordt afgezet tegen de onzekerheid over de toekomstige vergunningverlening’ (*Kamerstukken II* 2005/06, 29 684 en 29 675, nr. 48, p. 10) en

ABRvS 17 juli 2002, LJN-nr. AE5454 (sub 2.2.3).

105. In de getroffen kokkelsector bevinden zich enige bedrijven die tevens actief zijn in de verwerking van andere schaal- en schelpdieren, zoals garnalen, mosselen en oesters. De aan hen verstrekte compensatie zou, mede nu de ‘compensatieplicht’ is gebaseerd op een discutabele invulling van de vereiste ‘speciale en abnormale last’, hun positie op die markt kunnen versterken, zodat de compensatie een verboden steunmaatregel oplevert.

waarvan hij de gevolgen buiten het aan hem voorgelegde geschil niet goed kan overzien.

Niet het bestuursorgaan, maar de bestuursrechter heeft het laatste woord ten aanzien van het al dan niet bestaan van een rechtsplicht tot compensatie

Toch moet van de rechter o.i. onder omstandigheden een actieve houding worden geëist; daar waar typische égalité-gevallen door een bestuursorgaan aan de hand van een onverplichte nadeelcompensatieregeling worden afgehandeld, zal de rechter moeten beoordelen of in die regeling de 'bodem' van het égalité-beginsel wel is gerespecteerd. Niet het bestuursorgaan, maar de bestuursrechter heeft immers het laatste woord ten aanzien van het al dan niet bestaan van een rechtsplicht tot compensatie. Hiermee is meteen gezegd dat het ook voor een justitiabele kan lonen om de juridische kwalificatie van een verstrekking waarop hij aanspraak maakt, zorgvuldig na te gaan; onder omstandigheden kan hij betogen dat en waarom op hem een ander, gunstiger rechtsregime van toepassing behoort te zijn dan het bestuursorgaan voor ogen stond bij de afhandeling van zijn aanvraag.

Gezien de problemen waartegen de bestuursrechter aanloopt bij correctie van onjuiste kwalificatie van verstrekkingen, hebben wij ons pleidooi vooral op de regelgever gericht. De kwalificatiecriteria die wij aan de hand van het oogmerk van de verschillende verstrekkingen hebben geformuleerd, kunnen dienen als handvat bij beantwoording van de vraag wat voor soort financiële verstrekking in een concreet geval nu eigenlijk moet worden geregeld. Omdat wij, om te kunnen komen tot deze criteria, zoveel nadruk hebben gelegd op het onderscheid tussen de verschillende verstrekkingen, hechten wij eraan hier tot slot op te merken dat regelgevers zich daardoor niet onnodig moeten laten afschrikken. De dwingende redenen om de normering van onverplichte en verplichte financiële verstrekkingen verschillend vorm te geven, gelden veel minder voor de verschillende vormen van onverplichte financiële verstrekkingen. Zo hebben de onverplichte nadeelcompensatie, de subsidie en ook de in paragraaf 3 kort beschreven tegemoetkoming, veel met elkaar gemeen. Voor al deze vormen van verstrekkingen geldt dat zij zijn gericht op

politieke of beleidsmatige doelen en berusten op discretionaire bevoegdheden.¹⁰⁶ Deze voor een deel overeenkomstige aard brengt o.i. met zich dat regelgevers die het ene instrument van een normerend wettelijk kader moeten voorzien, daarvoor inspiratie kunnen opdoen bij een regeling waarin het andere instrument reeds is geregeld. Zo zal voor regeling van de onverplichte nadeelcompensatie inspiratie kunnen worden gevonden in het meer uitgekristalliseerde subsidierecht (en wellicht ook bij de WTS), bijvoorbeeld voor de gronden voor intrekking van verstrekkingen¹⁰⁷, de terugvordering van onverschuldigd betaalde gelden¹⁰⁸ en (op termijn) voor de aansluiting bij het staatssteunrecht.¹⁰⁹ Niet al het subsidierecht zal echter geschikt zijn om klakkeloos over te nemen.¹¹⁰ Steeds geldt dus dat regelgever op grond van het oogmerk van een te regelen financieel instrument, moet komen tot een zorgvuldige kwalificatie van de betreffende verstrekking, waarna hij het wettelijke kader daarop kan afstemmen.

106. Terzijde: de politieke druk om gebruik te maken van deze bevoegdheden zal sterker zijn bij onverplichte nadeelcompensatie, aangezien deze volgt op schadeveroorzakend overheids-handelen.

107. Vaak is over intrekking in nadeelcompensatieregelingen niets geregeld en moet in voorkomende gevallen, bijvoorbeeld wanneer fraude of andere onregelmatigheden worden geconstateerd, een intrekking- en terugvorderingsbesluit worden genomen op grond van algemene beginselen. Die situatie kan worden voorkomen

wanneer de regelgever in een nadeelcompensatieregeling bepalingen opneemt die zijn ontleend aan hetgeen over intrekking en terugvordering is bepaald in art. 4:49 Awb met betrekking tot de intrekking van vaststellingsbeschikkingen.

108. Na inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb zal het nieuwe art. 4:57 Awb bestuursorganen de bevoegdheid geven teveel betaalde subsidiebedragen terug te vorderen. Een dergelijke bepaling kan ook in nadeelcompensatieregelingen worden opgenomen.

109. Thans wordt gewerkt aan de aansluiting

van de Awb-subsidieregeling bij het staatssteunrecht. In dat kader heeft het WODC opdracht gegeven tot onderzoek naar mogelijkheden op dit terrein, wat resulteerde in B.W.N. de Waard e.a., *Terugvordering van staatssteun*, Den Haag: 2005. Zie over mogelijkheden op dit terrein ook W. den Ouden, *Subsidierecht en staatssteun: wetgever en rechter* (VAR-reeks 134), Den Haag: 2005, p. 141 e.v.

110. Zo zijn de intrekkingen gronden van art. 4:50 Awb gerelateerd aan een duurrelatie die bij nadeelcompensatiegevallen ontbreekt.