Universiteit
Leiden
The Netherlands

Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel : een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht

Tjepkema, M.K.G.

Citation
Tjepkema, M. K. G. (2010, June 16). *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel : een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*. *Meijers-reeks*. Kluwer, Deventer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/15694

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/15694

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

Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel

Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel

Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 16 juni 2010
klokke 16.15 uur

door

Michiel Kees Gerard Tjepkema

geboren te Ede in 1974

Promotiecommissie:

Promotoren:	prof. mr. T. Barkhuysen
	prof. mr. J.E.M. Polak
Overige leden:	prof. mr. P.J.J. van Buuren (Universiteit Utrecht)
	prof. mr. J.H. Gerards
	prof. mr. W. den Ouden
	prof. mr. B.P.M. van Ravels (Radboud Universiteit Nijmegen)
	prof. mr. B.J. Schueler (Universiteit Utrecht)

Dit onderzoek is mede tot stand gekomen dankzij een subsidie van de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek
(NWO; dossiernr. 400-04-278).

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2010 M.K.G. Tjepkema

ISBN 978 90 1307 679 0

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Aan mijn ouders

"Een wandelaar langs het strand die hevig met een lantaarn zwaait kan een krankzinnige zijn. Maar 's nachts, als een verdwaald bootje op de golven dobbert, is dezelfde man een redder. De planeet waarop we leven is een grensgebied tussen hemel en hel. Geen handeling is op zichzelf goed of slecht. Pas haar plaats in de orde maakt die goed of slecht."

Milan Kundera, *De grap*

Woord vooraf

In 2002 schreef ik bij Jaap Polak een scriptie over de grondslagen voor nadeelcompensatie in de rechtspraak van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. De scriptie eindigde met de verzuchting dat de door de wetenschap voorgestelde interpretaties en redeneringen niet kunnen verhelpen dat de rechter maar moet zien hoe hij in het concrete geval tot het redelijkste resultaat komt. Hoewel ik het met deze conclusie nog steeds eens ben, leek het een mooie uitdaging om te kijken of de rechter niet toch wat meer op weg kon worden geholpen. Een subsidie van NWO gaf een goede steun in de rug en zo startte eind 2003 dit promotieonderzoek onder begeleiding van Tom Barkhuysen en Jaap Polak. Nu het onderzoek is afgerond, zeg ik hun dank voor hun inspirerende begeleiding en de leuke en leerzame gesprekken over de concepthoofdstukken. Een beter begeleidingsduo had ik mij niet kunnen wensen.

Ook veel anderen hebben een waardevolle bijdrage aan dit boek geleverd. Voor hun commentaar op het manuscript dank ik de leden van de promotiecommissie Peter van Buuren, Janneke Gerards, Willemien den Ouden, Bruno van Ravels en Ben Schueler. Collega's Gert-Jan van der Heide, Ymre Schuurmans en Wim Voermans deden waardevolle suggesties op de terreinen van hun persoonlijke expertise. Voor het rechtsvergelijkend overzicht in hoofdstuk 12 maakte ik dankbaar gebruik van de informatie van mijn buitenlandse 'correspondenten' Fréderic Colin, Marse-Ann Farrugia, Bernhard Gomard, Pavlos Kyprianou, Nuno Peres Alves & José Azevedo Moreira en Georges Ravarani. Dat het onderwerp van mijn proefschrift niet altijd op begrip stuitte, moge blijken uit een opmerking van één van hen na mijn uitleg over de égalité: "Liability for *lawful* acts? It sounds like law for idiots!"

Inspirerend was en is ook de werkomgeving van de Leidse afdeling staats- en bestuursrecht. Ik dank mijn naaste collega's voor de goede werksfeer, hun interesse in de voortgang van dit onderzoek en de ruimte die ze mij lieten om ongelooflijk ongezellig te zijn. De leden van het dagelijks bestuur dank ik voor hun vertrouwen. Gezellig en leerzaam waren de reizen met mijn collega's naar het Max Planck Institut für ausländisches recht (Heidelberg), waar ik veel nuttige literatuur verzamelde. Christine Visser, Steven Hillebrink en Taco Leemans waren de leukste collega's die ik mij kon wensen. Met mijn trouwe kamergenoot Henk Griffioen deelde ik zes jaar lang met veel plezier mijn kamer, belangstelling voor bonsaibomen en lief en leed.

In de laatste fase van dit onderzoek trok ik mij geregeld terug in de plaats waar Anton Pieck belangrijke sporen heeft nagelaten, het niet zo Anton Pieck-

achtige Kaatsheuvel. Terwijl vrouw en kind op vakantie waren mocht ik in de zomer van 2009 drie weken in het huis van mijn schoonouders doortypen. In de witte wintermaanden van 2009 legde ik op het kantoor van mijn schoonvader de laatste hand aan het manuscript. Olav en Maria, dank voor jullie gezelligheid en gastvrijheid. Er is slechts één spreuk van toepassing als ik jullie mijn proefschrift mag overhandigen: papier hier!

Bij het maken van de registers was de hulp van student-assistenten Machteld Claessens, Sanne van der Horst en Ernst Haverkamp onmisbaar. Steven Hillebrink wierp een kundige blik op de *summary*. Eventuele fouten in dit deel van het proefschrift zijn dus voor zijn rekening. Dankzij Anne-Marie Krens verliep het opmaaktraject snel en soepel.

Over weloverwogen offers ten behoeve van een hoger belang gesproken: er zijn drie mensen die daar alles van weten. Mijn moeder, op wie Minke en ik nooit een vergeefs beroep deden. Mijn vader, mijn meest trouwe lezer, die ik letterlijk dag en nacht kon vragen om een stukje mee te lezen. En natuurlijk jij, Elisabeth. Door dit proefschrift werd de gelijkheid voor de private lasten in huize Tjepkema lang niet altijd gerespecteerd. Verdere verwijzingen naar onevenredige (bijzondere, abnormale) lasten kunnen achterwege blijven. Duidelijk is dat mede dankzij jouw geduld en steun dit proefschrift er nu ligt en daar kan ik je niet genoeg voor bedanken.

Dit onderzoek werd afgerond op 1 maart 2010. Met latere publicaties en jurisprudentie is geen rekening gehouden.

Leiden, april 2010

Michiel Tjepkema

Verkorte inhoudsopgave

1 INLEIDING 1

1.1 Inleiding 1
1.2 Aanleiding tot het onderzoek 4
1.3 Probleemstelling 10
1.4 Methode en afbakening 10
1.5 Indeling 12
1.6 Leeswijzer 16

DEEL I – DE RECEPTIE VAN HET ÉGALITÉBEGINSEL IN DE NEDERLANDSE RECHTSORDE 19

2 DE ÉGALITÉ AAN HET BEGIN VAN DE TWINTIGSTE EEUW 21

2.1 Inleiding 21
2.2 De monopoliepositie van de wetgever 22
2.3 De billijkheid als schadevergoedingsgrondslag 28
2.4 Het grondslagendebat in de literatuur 31
2.5 Intermezzo: de ontwikkeling van het égalitébeginsel in het Franse recht 36
2.6 De receptie van het égalitébeginsel in de jaren 20 en 30: doctrine, bestuur en wetgeving 46
2.7 De eerste civiele rechtspraak over schadevergoeding bij 'rechtmatige' overheidsdaad 60
2.8 Conclusie 68

3 DE ONTWIKKELING VAN DE ÉGALITÉ-AANSPRAKELIJKHEID VANAF 1955 73

3.1 Inleiding 73
3.2 Geen eenstemmigheid in de literatuur 74
3.3 Naar een uniforme schadevergoedingsregeling in de formele wetgeving: de parlementaire behandeling van de Monumentenwet, de Boswet en de Wet op de Ruimtelijke Ordening 83
3.4 Ontwikkelingen in de jaren 70, 80 en 90: belangenafweging, bestuurscompensatie en beginselen van behoorlijk bestuur 102
3.5 Nadeelcompensatie in het Awb-tijdperk 114
3.6 Meer eenstemmigheid, nog wel onduidelijkheid 121
3.7 Conclusie 125

DEEL II – DE REIKWIJDTE VAN HET ÉGALITÉBEGINSEL EN ANDERE MATERIËLE ASPECTEN VAN DE ÉGALITÉ-AANSPRAKELIJKHEID 129

4 DE ÉGALITÉ-AANSPRAKELIJKHEID NAAR FRANS RECHT 131
4.1 Inleiding 131
4.2 De égalité: een *principe général du droit* 133
4.3 Procedurele opmerkingen 137
4.4 Algemene voorwaarden voor overheidsaansprakelijkheid 140
4.5 De aansprakelijkheid op grond van de égalité 148
4.6 De aansprakelijkheid op grond van risico 177
4.7 Naar een overkoepelende grondslag? Het Franse grondslagendebat 188
4.8 Conclusie 192

5 HET TOEPASSINGSBEREIK VAN HET ÉGALITÉBEGINSEL 197
5.1 Inleiding 197
5.2 De 'openbare last' als toepassingsvoorwaarde van het égalitébeginsel 198
5.3 De égalité en het bestuursrecht 220
5.4 De égalité en het strafrecht 228
5.5 De égalité en gevaarzettend overheidshandelen 259
5.6 De égalité en het privaatrecht 269
5.7 De égalité en de solidariteit 273
5.8 Conclusie 279

6 HET ÉGALITÉBEGINSEL EN DE MATERIËLE SCHADEVERGOEDINGSBEPALINGEN UIT HET BURGERLIJK WETBOEK 285
6.1 Inleiding 285
6.2 Afdeling 6.1.10 BW: het geëigende kader voor nadeelcompensatie? 286
6.3 Vermogensschade en ander nadeel (art. 6:95 en 6:96 BW) 296
6.4 De vaststelling van het nadeel 308
6.5 Causaal verband (art. 6:98 BW) 316
6.6 Voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) 339
6.7 Eigen schuld (art. 6:101 BW) 343
6.8 Wijze van compensatie (art. 6:103 BW) 348
6.9 Conclusie 349

7 DE SPECIALE LAST 355
7.1 Inleiding 355
7.2 Omschrijvingen van de speciale last 356
7.3 Ratio van de speciale last 359
7.4 De referentiegroep bij maatregelen met een algemeen karakter 362
7.5 De referentiegroep bij maatregelen met een individueel karakter 383
7.6 De speciale last en grote groepen getroffenen 391
7.7 De verhouding tot de abnormale last 400
7.8 Conclusie 405

8 DE ABNORMALE LAST

8.1 Inleiding
8.2 Ratio van de abnormale last
8.3 Begripsbepaling
8.4 Normale risico's
8.5 De toepassing van de abnormale last op deelterreinen
8.6 Risicoaanvaarding
8.7 Is de schade anderszins verzekerd?
8.8 Conclusie

9 MATERIËLE EN PROCEDURELE ASPECTEN VAN DE RELATIE TUSSEN HET ÉGALITÉBEGINSEL EN ARTIKEL 3:4, TWEEDE LID AWB

9.1 Inleiding
9.2 De ontkoppelingsjurisprudentie
9.3 De égalité en de subelementen van het evenredigheidsbeginsel
9.4 De verplichting tot nadeelcompensatie en de (on)mogelijkheid tot het afwegen van belangen
9.5 De verplichting tot het nemen van een onzelfstandig schadebesluit bij 'ernstige schade'
9.6 Medeverantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor het ontstaan van schade
9.7 Bewijslast en onderzoeksplicht
9.8 Het fenomeen 'doorschuiven' en zijn bereik
9.9 Knelpunten en oplossingsrichtingen
9.10 Conclusie

DEEL III – EUROPEESRECHTELIJKE ASPECTEN VAN DE ÉGALITÉ-AANSPRAKELIJKHEID

10 HET ÉGALITÉBEGINSEL EN HET EIGENDOMSRECHT VAN ART. 1 EP EVRM

10.1 Inleiding
10.2 De totstandkoming van art. 1 EP
10.3 Algemene kenmerken van art. 1 EP
10.4 Een vergelijking van het toepassingsbereik van art. 1 EP en de égalité
10.5 De 'fair balance' in vier vuistregels
10.6 De toepassing van art. 1 EP op twee deelterreinen
10.7 De toegevoegde waarde van art. 1 EP op nationaal niveau
10.8 Conclusie

11 HET ÉGALITÉBEGINSEL EN HET STAATSSTEUNRECHT

11.1 Inleiding
11.2 Wanneer is sprake van verboden staatssteun?
11.3 Art. 107 VwEU en verplichte nadeelcompensatie
11.4 Wanneer valt nadeelcompensatie aan te merken als verboden staatssteun?
11.5 Onverplichte nadeelcompensatie in de praktijk van de Commissie
11.6 Onverplichte nadeelcompensatie en de Awb
11.7 Conclusie

12 HET ÉGALITÉBEGINSEL ALS RECHTSGROND VOOR DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE EUROPESE UNIE

12.1 Inleiding
12.2 Aspecten van de buiten-contractuele aansprakelijkheid van art. 340 VwEU
12.3 Het recht op nadeelcompensatie in de lidstaten van de EU
12.4 De FIAMM-arresten
12.5 De materiële nadeelcompensatiecriteria op EU-niveau
12.6 Resterende mogelijkheden tot nadeelcompensatie op EU-niveau
12.7 Blik op de toekomst
12.8 Conclusie

DEEL IV – AFRONDING

13 AANDACHTSPUNTEN VOOR EEN WETTELIJKE REGELING VAN NADEELCOMPENSATIE

13.1 Inleiding
13.2 Het grondslagendebat
13.3 De reikwijdte van de voorgestelde regeling
13.4 De materiële criteria voor nadeelcompensatie
13.5 De toekomst van bijzondere nadeelcompensatieregelingen
13.6 Pleidooi voor een regeling van 'bijzondere gevallen'
13.7 Voorstel voor een wettelijke regeling van nadeelcompensatie in de Awb
13.8 Conclusie

14 SAMENVATTENDE SLOTBESCHOUWING

14.1 Inleiding
14.2 De reikwijdte van het égalitébeginsel
14.3 De materiële nadeelcompensatiecriteria
14.4 De égalité en het evenredigheidsbeginsel
14.5 Het Europese recht
14.6 Een vergelijking op hoofdlijnen tussen Frankrijk en Nederland
14.7 Slotopmerkingen

SUMMARY

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

JURISPRUDENTIEREGISTER

TREFWOORDENREGISTER

CURRICULUM VITAE

Uitgebreide inhoudsopgave

1 INLEIDING 1

1.1 Inleiding 1
1.2 Aanleiding tot het onderzoek 4
1.2.1 Behoefte aan inzicht in de betekenis en reikwijdte van het égalitébeginsel 4
1.2.2 Behoefte aan inzicht in materiële criteria voor nadeelcompensatie 6
1.2.3 Europeesrechtelijke ontwikkelingen 7
1.2.3.1 Artikel 1 EP EVRM 8
1.2.3.2 Artikelen 107-108 VwEU 8
1.2.3.3 Artikel 340 VwEU 9
1.3 Probleemstelling 10
1.4 Methode en afbakening 10
1.5 Indeling 12
1.6 Leeswijzer 16

DEEL I – DE RECEPTIE VAN HET ÉGALITÉBEGINSEL IN DE NEDERLANDSE RECHTSORDE 19

2 DE ÉGALITÉ AAN HET BEGIN VAN DE TWINTIGSTE EEUW 21

2.1 Inleiding 21
2.2 De monopoliepositie van de wetgever 22
2.3 De billijkheid als schadevergoedingsgrondslag 28
2.4 Het grondslagendebat in de literatuur 31
2.4.1 Verschillende grondslagen 31
2.4.2 Steun voor de offertheorie, maar twijfels over haar consequenties 33
2.5 Intermezzo: de ontwikkeling van het égalitébeginsel in het Franse recht 36
2.5.1 De égalité en de Franse Revolutie 36
2.5.2 Het arrest *Blanco* (1873) 38
2.5.3 De opkomst van de *responsabilité sans faute* 42
2.5.4 Twee regimes van *responsabilité sans faute*: *risque* en *égalité* 44
2.6 De receptie van het égalitébeginsel in de jaren 20 en 30: doctrine, bestuur en wetgeving 46
2.6.1 Inleiding 46
2.6.2 Doctrine: de visie van Van der Grinten 46
2.6.3 De impuls vanuit het bestuur (I): de praktijk rond de Woningwet 49
2.6.4 De wetgever in formele zin: de Verkeerswet tegen lintbebouwing (1937) 52

2.6.4.1 Inleiding 52
2.6.4.2 Van 'onredelijk zwaar' naar 'onevenredig zwaar' 53
2.6.4.3 Het debat over het onevenredigheidscriterium 55
2.7 De eerste civiele rechtspraak over schadevergoeding bij 'rechtmatige' overheidsdaad 60
2.7.1 Inleiding 60
2.7.2 Het debat rond *Voorste Stroom V, VI en VII en Haagse Duinwaterleiding* 61
2.7.3 Het égalitébeginsel als maatstaf voor de 'zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt'? 64
2.8 Conclusie 68

3 De ontwikkeling van de égalité-aansprakelijkheid vanaf 1955 73
3.1 Inleiding 73
3.2 Geen eenstemmigheid in de literatuur 74
3.2.1 Inleiding 74
3.2.2 Onduidelijkheid over de betekenis van de égalité 76
3.2.3 Onderscheid tussen aantasting van recht of belang blijft relevant 77
3.2.4 "Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad is een kwestie van politiek" 79
3.2.5 "Voor schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad is geen plaats naast de onrechtmatige overheidsdaad" 81
3.3 Naar een uniforme schadevergoedingsregeling in de formele wetgeving: de parlementaire behandeling van de Monumentenwet, de Boswet en de Wet op de Ruimtelijke Ordening 83
3.3.1 Inleiding 83
3.3.2 De Monumentenwet 84
3.3.3 De Boswet 87
3.3.4 Het schadevergoedingssyteem van de Monumenten- en Boswet: onderscheid tussen 'normale' en 'abnormale' risico's 89
3.3.5 De Wet op de Ruimtelijke Ordening 91
3.3.6 De redelijkerwijsformule en de égalité 98
3.4 Ontwikkelingen in de jaren 70, 80 en 90: belangenafweging, bestuurscompensatie en beginselen van behoorlijk bestuur 102
3.4.1 De jurisprudentie van de Kroon 102
3.4.2 De impuls vanuit het bestuur (II): het stelsel van bestuurscompensatie 104
3.4.3 De *Paul Krugerbrug*-uitspraken 107
3.4.4 Een brug te ver: de égalité als grondslag voor zelfstandige schadebeschikkingen 109
3.4.5 Het *Leffers*-arrest 111
3.5 Nadeelcompensatie in het Awb-tijdperk 114
3.5.1 Égalité *à la hollandaise*: de égalité en art. 3:4, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht 114
3.5.2 De *Van Vlodrop*-jurisprudentie en verder 118
3.5.3 De burgerlijke rechter op bestuursrechtelijk terrein 119
3.6 Meer eenstemmigheid, nog wel onduidelijkheid 121
3.7 Conclusie 125

DEEL II – DE REIKWIJDTE VAN HET ÉGALITÉBEGINSEL EN ANDERE MATERIËLE ASPECTEN VAN DE ÉGALITÉ--AANSPRAKELIJKHEID 129

4 DE ÉGALITÉ-AANSPRAKELIJKHEID NAAR FRANS RECHT 131
4.1 Inleiding 131
4.2 De égalité: een *principe général du droit* 133
4.3 Procedurele opmerkingen 137
4.4 Algemene voorwaarden voor overheidsaansprakelijkheid 140
4.4.1 Schade 140
4.4.2 Causaal verband 142
4.4.3 Exoneratieclausules 144
4.4.4 *La situation de la victime* 145
4.4.4.1 Slachtoffer bevindt zich in een onzekere situatie 145
4.4.4.2 Slachtoffer bevindt zich in een met het recht strijdige situatie 146
4.4.4.3 Slachtoffer heeft risico aanvaard 147
4.5 De aansprakelijkheid op grond van de égalité 148
4.5.1 Inleiding 148
4.5.2 Rechtmatige besluiten 150
4.5.3 Formele wetten 154
4.5.3.1 De beperkte navolging van *La Fleurette* 154
4.5.3.2 Wetten die een belang aantasten dat geen schadevergoeding waard is 157
4.5.3.3 Wetten die een ongelijke lastenverdeling beogen 158
4.5.3.4 Wetten die een bij uitstek algemeen belang dienen 162
4.5.3.5 Recente ontwikkelingen 164
4.5.4 Verdragen 168
4.5.5 Permanente schade door openbare werken *(travaux publics, ouvrages publics)* 171
4.5.6 Zijn er handelingen waarvoor geen égalité-aansprakelijkheid aan de orde kan zijn? 175
4.6 De aansprakelijkheid op grond van risico 177
4.6.1 Inleiding 177
4.6.2 Gevaarlijke objecten 178
4.6.3 Gevaarlijke methoden 181
4.6.4 Gevaarlijke situaties 185
4.6.5 Kenmerken van de aansprakelijkheid op grond van risico 186
4.7 Naar een overkoepelende grondslag? Het Franse grondslagendebat 188
4.8 Conclusie 192

5 HET TOEPASSINGSBEREIK VAN HET ÉGALITÉBEGINSEL 197
5.1 Inleiding 197
5.2 De 'openbare last' als toepassingsvoorwaarde van het égalitébeginsel 198
5.2.1 Inleiding 198
5.2.2 Overheidshandeling in het algemeen belang 200
5.2.3 Weloverwogen veroorzaakt nadeel 207
5.2.4 Noodzakelijk c.q. onvermijdelijk nadeel 216

5.3 De égalité en het bestuursrecht 220
5.3.1 Welke bestuursorganen? 220
5.3.2 Welke bestuurshandelingen? 221
5.3.2.1 Besluiten in de zin van de Awb 221
5.3.2.2 Feitelijke handelingen 222
5.3.2.3 Nalaten 225
5.3.2.4 Formele wetten 226
5.3.3 De overheid als gelaedeerde 227
5.4 De égalité en het strafrecht 228
5.4.1 Inleiding 228
5.4.2 De égalité en de onschuldige derde (*Staat/Lavrijsen*) 230
5.4.2.1 De schade kwalificeert niet als een 'openbare last' 232
5.4.2.2 Speciale last niet relevant 236
5.4.2.3 Normaal maatschappelijk risico niet relevant 238
5.4.2.4 Slotopmerkingen 247
5.4.3 De égalité en de ex-verdachte 249
5.4.3.1 De schade kwalificeert niet als een 'openbare last' 249
5.4.3.2 Speciale last niet relevant 251
5.4.3.3 Normaal maatschappelijk risico niet relevant 252
5.4.4 Kanttekeningen bij het wetsvoorstel schadecompensatie 255
5.5 De égalité en gevaarzettend overheidshandelen 259
5.5.1 Het *TBS*-arrest 259
5.5.2 Analyse 260
5.5.3 Wenselijke denkrichting voor 'bijzondere gevallen' 266
5.6 De égalité en het privaatrecht 269
5.6.1 Frans recht 269
5.6.2 Nederlands recht 271
5.7 De égalité en de solidariteit 273
5.7.1 Frans recht 273
5.7.2 Nederlands recht 276
5.8 Conclusie 279

6 HET ÉGALITÉBEGINSEL EN DE MATERIËLE SCHADEVERGOEDINGSBEPALINGEN UIT HET BURGERLIJK WETBOEK 285
6.1 Inleiding 285
6.2 Afdeling 6.1.10 BW: het geëigende kader voor nadeelcompensatie? 286
6.2.1 Onderscheid in omvang van de schadevergoeding 288
6.2.2 Onderscheid in doelstellingen 290
6.2.3 Onderscheid in het systeem van aansprakelijkheid 293
6.3 Vermogensschade en ander nadeel (art. 6:95 en 6:96 BW) 296
6.3.1 Vermogensschade 296
6.3.2 Ander nadeel 300
6.3.3 Kosten die mede als vermogensschade kunnen worden vergoed 302
6.3.3.1 Kosten ter beperking of voorkoming van schade 302
6.3.3.2 Kosten ter vaststelling van de schade en de aansprakelijkheid 305

6.4 De vaststelling van het nadeel 308
6.4.1 De vergelijking tussen twee toestanden 308
6.4.2 Het verschil met de vergelijking in het planschaderecht 311
6.4.3 Peildatum 314
6.5 Causaal verband (art. 6:98 BW) 316
6.5.1 Inleiding 316
6.5.2 Wettelijke regeling van toepassing? 317
6.5.3 Schaduwschade 319
6.5.4 Bestaat er een *condicio sine qua non*-verband? 321
6.5.5 Nadeelcompensatie en de leer van de toerekening naar redelijkheid 325
6.5.5.1 Aard van de aansprakelijkheid en van de schade 327
6.5.5.2 Een 'rechtstreeks' verband 329
6.5.6 Meer dan één (potentiële) oorzaak van de schade 333
6.6 Voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) 339
6.7 Eigen schuld (art. 6:101 BW) 343
6.7.1 Eigen schuld 343
6.7.2 Schadebeperkingsplicht 346
6.8 Wijze van compensatie (art. 6:103 BW) 348
6.9 Conclusie 349

7 DE SPECIALE LAST 355
7.1 Inleiding 355
7.2 Omschrijvingen van de speciale last *356*
7.3 Ratio van de speciale last 359
7.3.1 Ratio van de speciale last 359
7.3.2 Ratio van de strikte interpretatie van de speciale last 360
7.4 De referentiegroep bij maatregelen met een algemeen karakter 362
7.4.1 Inleiding 362
7.4.2 Wetten die beogen een omlijnde groep te treffen 363
7.4.2.1 Formele of materiële gelijkheid? 363
7.4.2.2 Het Leffers-arrest en andere Nederlandse jurisprudentie 367
7.4.2.3 Voorbeelden uit de Franse jurisprudentie 371
7.4.3 Overige maatregelen met een algemeen karakter 374
7.4.3.1 Verkeersmaatregelen 374
7.4.3.2 Voorbeelden uit de Franse jurisprudentie 376
7.4.4 Factoren die (g)een ongelijke behandeling vereisen 377
7.4.5 Conclusie 381
7.5 De referentiegroep bij maatregelen met een individueel karakter 383
7.5.1 Beschikkingen 383
7.5.2 Voorbeelden uit de Franse jurisprudentie 386
7.5.3 Paul Krugerbrug-achtige gevallen 387
7.5.4 Conclusie 390
7.6 De speciale last en grote groepen getroffenen 391
7.6.1 Frankrijk 391
7.6.2 Nederland 394
7.6.3 Beoogde en niet-beoogde gevolgen 397

7.7 De verhouding tot de abnormale last 400
7.8 Conclusie 405

8 DE ABNORMALE LAST
8.1 Inleiding
8.2 Ratio van de abnormale last
8.3 Begripsbepaling
8.3.1 Opvatting 1: zuiver abstracte invulling
8.3.2 Opvatting 2: invulling aan de hand van abstracte en (enkele) concrete omstandigheden
8.3.2 Eigen opvatting: de abnormale last als koepelbegrip
8.4 De rol van de rechter
8.5 Normale risico's
8.5.1 Inleidende opmerkingen
8.5.2 Voorzienbaarheid: algemene aspecten
8.5.2.1 Inleidende opmerkingen
8.5.2.2 Variërende bronnen van voorzienbaarheid
8.5.2.3 Geen één-op-één-relatie tussen voorzienbaarheid en normale risico's
8.5.2.4 Kortingspercentages
8.5.3 Omvang van de schade
8.5.3.1 Bagatelschade
8.5.3.2 Drempelpercentages
8.5.3.2 Kritiek op drempelpercentages
8.5.3.4 Pleidooi voor meer rechtseenheid
8.5.4 Aard van de schade
8.5.5 Aard van het geschade belang
8.5.6 Aard van de overheidshandeling
8.5.7 Draagkracht
8.5.7.1 Inleiding
8.5.7.2 Uitgangspunt: vermogenspositie speelt geen rol
8.5.7.3 Indirecte toepassingen van het draagkrachtbeginsel
8.5.7.4 Publiekrechtelijke voordeelverrekening
8.5.7.5 Conclusie
8.6 Voorbeelden uit de jurisprudentie
8.6.1 Schade door normale maatschappelijke ontwikkelingen
8.6.1.1 Verkeersmaatregelen en reconstructiewerkzaamheden
8.6.1.2 Frans recht inzake aanpassingen aan de infrastructuur
8.6.2 Schade die samenhangt met de (structuur van de) omgeving
8.6.3 Schade die samenhangt met de aard van een bedrijf
8.6.3.1 Maatregelen ter bestrijding van besmettelijke dier- en plantenziektes
8.6.4 Schade door hinderlijke activiteiten
8.6.4.1 Omstandigheden van het geval bepalend
8.6.4.2 Frans recht
8.7 Risicoaanvaarding
8.7.1 Begrip
8.7.2 Verhouding tot de 'normale risico's'

8.7.3 Enkele algemene aspecten van risicoaanvaarding
8.7.3.1 Actieve en passieve risicoaanvaarding
8.7.3.2 Vereiste mate van voorzienbaarheid
8.7.3.3 Geobjectiveerde voorzienbaarheid
8.7.3.4 Informatieplicht
8.7.4 Bronnen van voorzienbaarheid
8.7.4.1 Gepubliceerde (concept)besluitvorming
8.7.4.2 Andere bronnen van voorzienbaarheid
8.7.5 Gedeeltelijke risicoaanvaarding
8.8 Is de schade anderszins verzekerd?
8.9 Conclusie

9 MATERIËLE EN PROCEDURELE ASPECTEN VAN DE RELATIE TUSSEN HET ÉGALITÉBEGINSEL EN ARTIKEL 3:4, TWEEDE LID AWB
9.1 Inleiding
9.2 De ontkoppelingsjurisprudentie
9.2.1 Voorgeschiedenis
9.2.2 Huidig recht
9.3 De égalité en de subelementen van het evenredigheidsbeginsel
9.3.1 De égalité en geschiktheid
9.3.2 De égalité en noodzakelijkheid
9.3.3 De égalité en de evenredigheid in concreto
9.4 De verplichting tot nadeelcompensatie en de (on)mogelijkheid tot het afwegen van belangen
9.4.1 Geen mogelijkheid tot belangenafweging
9.4.2 Beperkte mogelijkheid tot belangenafweging
9.5 De verplichting tot het nemen van een onzelfstandig schadebesluit bij 'ernstige schade'
9.5.1 Inleiding
9.5.2 Ernstige schade
9.6 Medeverantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor het ontstaan van schade
9.6.1 Inleiding
9.6.2 Voorbeelden uit de jurisprudentie
9.6.2.1 Handhavingsbesluiten
9.6.2.2 Gedoogbesluiten
9.6.2.3 Onjuiste uitleg van EG-recht
9.6.3 Analyse
9.6.4 Slotsom: de verhouding van het égalitébeginsel tot het vertrouwensbeginsel
9.7 Bewijslast en onderzoeksplicht
9.7.1 Meer nadruk op de bewijslast van de gelaedeerde
9.7.2 De onderzoeksplicht van het bestuursorgaan (art. 3:2 Awb)
9.8 Het fenomeen 'doorschuiven' en zijn bereik
9.8.1 Niet doorschuiven in twijfelgevallen
9.8.2 Niet doorschuiven bij niet-appellabel overheidshandelen
9.8.3 Doorschuiven en art. 1 EP EVRM
9.8.4 Doorschuiven en het formele zorgvuldigheidsbeginsel

9.9 Knelpunten en oplossingsrichtingen
9.10.1 Stapeling van procedures
9.10.2 Meer duidelijkheid over 'ernstige schade' gewenst
9.10.3 Naar een efficiëntere afdoening van nadeelcompensatieclaims
9.10 Conclusie

DEEL III – EUROPEESRECHTELIJKE ASPECTEN VAN DE ÉGALITÉ-AANSPRAKELIJKHEID

10 DE ÉGALITÉ EN ART. 1 EP EVRM
10.1 Inleiding
10.2 De totstandkoming van art. 1 EP
10.3 Algemene kenmerken van art. 1 EP
10.3.1 Het stappenschema
10.3.2 Het eigendomsbegrip
10.3.3 Inmenging in de eigendom: de drie subregels van art. 1 EP
10.3.3.1 Ontneming
10.3.3.2 Regulering
10.3.3.3 De genotsregel
10.3.4 De lawfulness-toets
10.3.5 De general interest-toets
10.3.6 De margin of appreciation
10.4 Een vergelijking van het toepassingsbereik van art. 1 EP en de égalité
10.4.1 De égalité heeft het meeste gemeen met het regime van regulering van eigendom
10.4.2 Overlap en aanvulling in rechtsbescherming bij schade door rechtmatige overheidsdaden
10.4.3 Bereik van art. 1 EP echter ruimer dan alleen 'rechtmatig' overheidsoptreden
10.4.4 Drempel voor égalitéclaims lager vanwege possessions-toets onder art. 1 EP
10.4.5 Drempel voor égalitéclaims lager vanwege interference-toets onder art. 1 EP
10.4.6 Verschil in *ratione personae*
10.5 De 'fair balance' in vier vuistregels
10.5.1 Algemene opmerkingen
10.5.2 Vuistregel 1: ernst van de aantasting van het eigendomsrecht
10.5.2.1 Ernst van de inbreuk op eigendom
10.5.2.2 Voldoende mogelijkheden tot gebruik van eigendom
10.5.3 Vuistregel 2: redelijk aanbod tot schadevergoeding
10.5.3.1 Ontneming
10.5.3.2 Regulering
10.5.4 Vuistregel 3: rechtsonzekerheid en gerechtvaardigde verwachtingen
10.5.4.1 Rechtsonzekerheid
10.5.4.2 Schending van gerechtvaardigde verwachtingen en voorzienbaarheid
10.5.5 Vuistregel 4: procedurele waarborgen
10.5.6 Slotopmerkingen

10.6 De toepassing van art. 1 EP op twee deelterreinen
10.6.1 Inleiding
10.6.2 Maatregelen die een bepaalde beroepsgroep of bedrijfstak treffen
10.6.2.1 Maatregelen ter bestrijding van BSE
10.6.2.2 Beperking van de verkoop van handwapens
10.6.2.3 Vergunningvrij vissen in Zweden
10.6.2.4 Conclusies
10.6.3 Maatregelen in de sfeer van de ruimtelijke ordening
10.6.3.1 Nogmaals de *margin of appreciation*
10.6.3.2 Actieve en passieve risicoaanvaarding
10.6.3.3 Art. 1 EP en de Franse Code de l'urbanisme
10.6.3.4 Conclusies
10.7 De toegevoegde waarde van art. 1 EP op nationaal niveau
10.7.1 Inleiding
10.7.2 Toetsing van wetten in formele zin
10.7.2.1 Geen rechtstreekse aanspraak op de égalité
10.7.2.2 Duidelijke parallellen tussen art. 1 EP en de égalitétoets
10.7.2.3 Parallellen doen aan niet af aan de wenselijkheid om de égalité ook toe te passen op formele wetten
10.7.3 Beperkte mogelijkheden tot nadeelcompensatie
10.7.3.1 Art. 1 EP naast een formeelwettelijke nadeelcompensatieregeling
10.7.3.2 Art. 1 EP naast een vaste lijn in de rechtspraak
10.8 Conclusie

11 HET ÉGALITÉBEGINSEL EN HET STAATSSTEUNRECHT

11.1 Inleiding
11.2 Wanneer is sprake van verboden staatssteun?
11.2.1 Criteria voor verboden staatssteun
11.2.2 Uitzonderingen op het staatssteunverbod
11.2.2.1 Algemene opmerkingen
11.2.2.2 De tegemoetkomingen ex art. art. 107 lid 2 sub b
11.2.2.3 De tegemoetkomingen ex art. art. 107 lid 3 sub c
11.3 Art. 107 VwEU en verplichte nadeelcompensatie
11.3.1 Inleiding
11.3.2 Uitgangspunt: verplichte schadevergoeding voor overheidshandelen is geen verboden staatssteun
11.3.3 Geen risico's bij strikte interpretatie van het égalitébeginsel
11.4 Wanneer valt nadeelcompensatie aan te merken als verboden staatssteun?
11.4.1 Categorisering van enkele financiële verstrekkingen
11.4.1.1 Communicerende vaten?
11.4.2.2 Relativering van het onderscheid tussen verschillende verstrekkingen
11.4.2 Hoe kan onverplichte nadeelcompensatie worden herkend?
11.4.2.1 Meer doelstellingen dan alleen compenseren
11.4.2.2 Normaal ondernemersrisico
11.4.2.3 Aard en opzet van de schadevergoedingsregeling

11.5 Onverplichte nadeelcompensatie in de praktijk van de Commissie
11.5.1 De beschikking inzake de *Berlijnse richtsnoeren*
11.5.2 Nadeelcompensatie bij voorkoming en bestrijding van dierziekten
11.5.3 Terugvordering van onrechtmatige verleende schadevergoeding
11.6 Onverplichte nadeelcompensatie en de Awb
11.7 Conclusie

12 HET ÉGALITÉBEGINSEL ALS RECHTSGROND VOOR DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE EUROPESE UNIE

12.1 Inleiding
12.2 Aspecten van de buiten-contractuele aansprakelijkheid van art. 340 VwEU
12.2.1 Algemene kenmerken van art. 340 VwEU
12.2.2 De égalitécriteria als maatstaf voor de voldoende gekwalificeerde schending
12.2.3 De huidige invulling van de voldoende gekwalificeerde schending
12.3 Het recht op nadeelcompensatie in de lidstaten van de EU
12.3.1 Inleiding
12.3.2 Rechtsvergelijkend overzicht
12.3.2.1 België
12.3.2.2 Luxemburg
12.3.2.3 Duitsland
12.3.2.4 Frankrijk
12.3.2.5 Spanje
12.3.2.6 Portugal
12.3.2.7 Estland
12.3.2.8 Polen
12.3.2.9 Verenigd Koninkrijk
12.3.2.10 Ierland
12.3.2.11 Malta
12.3.2.12 Scandinavië
12.3.2.13 Italië
13.3.2.14 Oostenrijk
12.3.2.15 Griekenland
12.3.2.16 Cyprus
12.3.2.17 Hongarije
12.3.2.18 Bulgarije
12.3.2.19 Roemenië
12.3.2.20 Tsjechië
12.3.2.21 Slowakije
12.3.2.22 Litouwen
12.3.2.23 Letland
12.3.2.24 Slovenië
12.3.3 Bevindingen
12.4 De FIAMM-arresten
12.4.1 De aansprakelijkheid uit rechtmatige daad voor de FIAMM-arresten
12.4.2 De FIAMM-arresten

12.4.3 Analyse
12.4.3.1 Het argument van de onontbeerlijke vrijheid bij normatieve handelingen
12.4.3.2 Het rechtsvergelijkende argument
12.4.3.3 Past de égalité in het systeem?
12.5 De materiële nadeelcompensatiecriteria op EU-niveau
12.5.1 Inleiding
12.5.2 Reële en zekere schade
12.5.3 Causaal verband
12.5.4 Speciale last
12.5.5 Abnormale last
12.5.5.1 De aan de sector inherente risico's
12.5.5.2 De voorzienbaarheid
12.5.6 Strookt de égalité met de kenmerken en behoeften van de Unie?
12.6 Resterende mogelijkheden tot nadeelcompensatie op EU-niveau
12.6.1 Mogelijkheden op het niveau van de Unie
12.6.2 Mogelijkheden op nationaal niveau
12.7 Blik op de toekomst
12.8 Conclusie

DEEL IV – AFRONDING

13 AANDACHTSPUNTEN VOOR EEN WETTELIJKE REGELING VAN NADEELCOMPENSATIE
13.1 Inleiding
13.2 Een breder evenredigheidsbeginsel als grondslag voor nadeelcompensatie?
13.3 De reikwijdte van de voorgestelde regeling
13.3.1 De eis van rechtmatigheid
13.3.1.1 Wat is eigenlijk een rechtmatige overheidsdaad?
13.3.1.2 Pleidooi voor een nieuwe uitspraakbevoegdheid van de bestuursrechter
13.3.2 De uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak
13.3.2.1 Een 'publiekrechtelijke bevoegdheid of taak'
13.3.2.2 Privaatrechtelijk handelen
13.3.2.3 Formele wetten
13.3.2.4 Nalaten
13.4 De materiële criteria voor nadeelcompensatie
13.4.1 Inleiding
13.4.2 De speciale last
13.4.3 De abnormale last
13.4.3.1 Terminologie
13.4.3.2 Verhouding tussen verschillende subcriteria
13.4.3.3 Selectie van in de wet op te nemen subcriteria
13.5 De toekomst van bijzondere nadeelcompensatieregelingen
13.5.1 Lagere regelingen en beleidsregels
13.5.2 Formele wetten
13.5.3 Toespitsing van het recht op nadeelcompensatie

13.6 Pleidooi voor een regeling van 'bijzondere gevallen'
13.6.1 Inleiding
13.6.2 Gewenste reikwijdte van art. 4.5.1, eerste lid
13.6.3 Een regeling voor 'bijzondere gevallen'
13.6.4 Enige bijzondere gevallen
13.6.4.1 Risicovol overheidsoptreden
13.6.4.2 Gerechtvaardigd vertrouwen
13.6.4.3 Overige gevallen
13.6.5 Schematisch overzicht van nadeelcompensatiegrondslagen
13.7 Voorstel voor een wettelijke regeling voor nadeelcompensatie in de Awb
13.7.1 Tekst van het Voorontwerp
13.7.2 Alternatief voorstel
13.7.3 Artikelsgewijze toelichting
13.8 Conclusie

14 SAMENVATTENDE SLOTBESCHOUWING
14.1 Inleiding
14.2 De reikwijdte van het égalitébeginsel
14.2.1 Reikwijdte naar Frans recht
14.2.2 Gewenste reikwijdte naar Nederlands recht
14.2.3 Toepassing van de notie van 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel
14.3 De materiële nadeelcompensatiecriteria
14.3.1 Afdeling 6.1.10 BW
14.3.2 Speciale last
14.3.3 Abnormale last
14.4 De relatie tussen de égalité en art. 3:4 lid 2 Awb
14.5 Het Europese recht
14.5.1 Art. 1 EP EVRM
14.5.2 Art. 107 VwEU
14.5.3 Art. 340 VwEU
14.6 Een vergelijking op hoofdlijnen tussen het Nederlandse en het Franse recht
14.7 Slotopmerkingen

SUMMARY
LITERATUURLIJST
JURISPRUDENTIEREGISTER
TREFWOORDENREGISTER
CURRICULUM VITAE

Lijst van afkortingen

AA	*Ars Aequi*
AAL	Ars Aequi Libri
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
A-G	advocaat-generaal
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AGRvS	Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State
AJ	*Actualité juridique*
AJDA	*Actualité juridique, droit administratif*
amvb	algemene maatregel van bestuur
appl.no.	application number
ARRvS	Afdeling rechtspraak van de Raad van State
A&V	*Aansprakelijkheid & Verzekering*
AV&S	*Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade*
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Bestuurswet.	*Bestuurswetenschappen*
BJu	Boom Juridische uitgevers
BR	*Bouwrecht*
B&W	Burgemeester & Wethouders
BW (oud)	Burgerlijk Wetboek van 1838
BW	Burgerlijk Wetboek (nieuw)
CAA	Cour administrative d'appel
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CE, Ass.	Conseil d'Etat, assemblée du contentieux
CE, Sect.	Conseil d'Etat, section du contentieux
C-G	Commissaire de gouvernement
Cie	Compagnie
CJEG	*Les cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*
CLP	*Current Legal Problems*
CLR	*Comparative law review*
CMLR	*Common Market Law Review*
Cne	Commune
D.	*Le recueil Dalloz*
DA	*Droit administratif*
DD	*Delikt en Delinkwent*
Diss.	Dissertatie
Dle	demoiselle
Dpt.	département

eds.	editors
ECRM	Europese Commissie voor de rechten van de mens
EG	Europese Gemeenschap
EHRLR	*European Human Rights Law Review*
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de mens
ELR	*European Law Review*
EPL	*European Public Law*
ETL	*European Tort Law*
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
GJ	*Gezondheidszorg Jurisprudentie*
Gst.	*Gemeentestem*
GvEA	Gerecht van Eerste Aanleg
Gw	Grondwet
GWD	Gezondheids- en welzijnswet voor dieren
Gww	Grondwaterwet
HR	Hoge Raad
HRLJ	*Human Rights Law Journal*
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IJLI	*International Journal of Legal Information*
JA	*Jurisprudentie Aansprakelijkheid*
JB	*Jurisprudentie Bestuursrecht*
JCP	*La semaine juridique*
JOM	*Jurisprudentie Omgevingsrecht*
Jur.	*Jurisprudentie van de Europese Gemeenschappen*
KB	Koninklijk Besluit
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
losbl.	losbladige
M.	monsieur
M en R	*Milieu en Recht*
Mlle	mademoiselle
Mme	madame
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
NG	*Nederlandse Gemeente*
n.g.	niet gepubliceerd
NJ	*Nederlandse Jurisprudentie*
NJB	*Nederlands Juristenblad*
NJF	*Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak*
NKL	Nadeelcompensatieregeling voor het verleggen van kabels en leidingen in Rijkswaterstaatswerken
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
NTB	*Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*
NTBR	*Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*
O&A	*Overheid & Aansprakelijkheid*
OSO	Onteigening en schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad (losbl.)

OUP	Oxford University Press
Pb	*Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*
pkb	planologische kernbeslissing
PL	*Public Law*
Rb	Rechtbank
RDP	*Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*
Rec.	*Recueil des décisions du Conseil d'Etat*
Rec. CC	*Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*
red.	redactie
RFDA	*Revue française de droit adminstratif*
RHDI	*Revue Hellénique du droit international*
RIDC	*Revue Internationale de Droit Comparé*
RM Themis	*Rechtsgeleerd Magazijn Themis*
RMCUE	*Revue du Marché commun et de l'Union européenne*
RNVW 1999	Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999
r.o.	rechtsoverweging
RTDE	*Revue trimestrielle du droit européenne*
Rv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
S	*Staatsblad*
SA	Société Anonyme
SAOZ	Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken
SEW	*Sociaal-Economische Wetgeving. Tijdschrift voor Europees en economisch recht*
Soc.	Société
Stb.	*Staatsblad*
Stcrt	*Staatscourant*
Sté	Société
t.	tome
TA	Tribunal administratif
t.a.p.	ter aangehaalder plaatse
TAR	*Tijdschrift voor ambtenarenrecht*
TBR	*Tijdschrift voor Bouwrecht*
TC	Tribunal des conflits
TvO	*Tijdschrift voor Openbaar bestuur*
TVP	*Tijdschrift voor vergoeding personenschade*
VAR	Vereniging voor Bestuursrecht
VK	Verenigd Koninkrijk
VwEU	Verdrag inzake de werking van de Europese Unie
W	*Weekblad voor het recht*
Wet Arob	Wet Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen
WPNR	*Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*
WRO	Wet op de Ruimtelijke Ordening
Wro	Wet op de ruimtelijke ordening
WTS	Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen
W.v.h.r.	*Weekblad van het Recht*

1 Inleiding

1.1 INLEIDING

De klassieke leer wil dat er drie elementen nodig zijn om een ander aansprakelijk te houden: schade, een onrechtmatige daad en een causaal verband. In de loop van de twintigste eeuw is echter in steeds meer gevallen waarin geen sprake was van onrechtmatigheid, toch aansprakelijkheid aanvaard. Dat ons recht behoefte zou hebben aan de erkenning van vormen van aansprakelijkheid zonder onrechtmatigheid, had Paul Scholten in zijn proefschrift *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* uit 1899 reeds voorspeld. Destijds was de opvatting gemeengoed dat alleen bij schuld een schadevergoedingsverbintenis kon bestaan. Scholten meende echter dat '[e]en schadevergoeding in vele gevallen behoort te worden uitgekeerd, ook door hem, die geen schuld had [en] dat het zeker is, dat die gevallen in de toekomst met talrijke behoren te worden vermeerderd.'[1] Zijn voorspelling is uitgekomen; voor de meest uiteenlopende schadeoorzaken (de exploitatie van spoorlijnen, verkeersongelukken, rampen, beroepsziekten) zijn vormen van aansprakelijkheid in het leven geroepen waarvoor schuld niet langer vereist was. In de bundel *Honderd jaar billijkheid*, gewijd aan het proefschrift van Scholten, stellen de redacteuren zelfs dat schadevergoeding bij rechtmatige daad zich als hét thema van de 21e eeuw lijkt te profileren.[2]

In de overheidsaansprakelijkheid heeft zich een vergelijkbare ontwikkeling voltrokken. Onrechtmatigheid was ook hier van oudsher (en is nog steeds) de primaire voorwaarde voor aansprakelijkheid, maar de overheid heeft zich in de loop van de twintigste eeuw veelvuldig opgesteld als 'superverzekeraar' voor de schade van haar onderdanen zonder dat sprake was van onrechtmatigheid. Bij rampen werden op *ad hoc*-basis geregeld fondsen in het leven geroepen; tegenwoordig kan op een ramp de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen (1998) worden toegepast. Ook zijn permanente voorzieningen in het leven geroepen, zoals het Schadefonds Geweldsmisdrijven (1976). Al veel eerder echter waren sporen te herkennen van het fenomeen dat in dit boek centraal staat: de aansprakelijkheid van de overheid voor haar eigen rechtmatige daden. Het bekendste voorbeeld, de regeling voor schadever-

1 Scholten 1899, p. 151.
2 Van Manen & Stutterheim 1999, p. 11.

goeding bij onteigening, werd in de tweede helft van de negentiende eeuw gevolgd door wetten waarin bij het opleggen van gedoogplichten een recht op schadevergoeding bestond. Ook in andere gevallen werd een recht op schadevergoeding erkend, zoals wanneer land onder water werd gezet om de vijand op afstand te houden. Anno 1925 nam de Nijmeegse hoogleraar Van der Grinten een duidelijke tendens waar waarbij de wetgever in steeds meer gevallen overging tot het creëren van een recht op schadevergoeding voor rechtmatig overheidsoptreden.[3] Deze tendens heeft zich nadien doorgezet. Het calvinistische adagium 'niet klagen, maar dragen'[4] maakte zo in de loop van de twintigste eeuw steeds vaker plaats voor het uitgangspunt 'pech moet weg'.[5]

Het recht op schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden heeft zich vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw langs verschillende lijnen ontwikkeld. In baanbrekende rechtspraak uit de jaren veertig en vijftig gaf de Hoge Raad aan het leerstuk een impuls door ook in gevallen waarin geen wettelijke aanspraak op schadevergoeding bestond, toch tot een aansprakelijkheid van de overheid te komen door een creatieve interpretatie van art. 1401 BW (oud). De daarbij gevolgde redenering vertoonde grote overeenkomsten met de redenering op grond waarvan de Afdeling rechtspraak van de Raad van State begin jaren tachtig een aansprakelijkheid aanvaardde op grond van het willekeurverbod in de bekende *Paul Krugerbrug*-rechtspraak. Deze rechtspraak vertoonde op haar beurt duidelijke sporen van de vaste formule op grond waarvan de formele wetgever sinds halverwege de jaren vijftig een recht op schadevergoeding erkende: indien iemand een schade lijdt die 'redelijkerwijs' niet te zijnen laste behoort te blijven, heeft hij volgens deze formule aanspraak op een 'naar billijkheid te bepalen schadevergoeding'. In de loop van de jaren tachtig is men gaan spreken van een recht op 'nadeelcompensatie'.[6]

Het overgrote deel van de literatuur is het er altijd over eens geweest dat – wat er ook zij van de veelsoortige procedurele wegen waarlangs compensatie kan worden verkregen – de rechtsgrond voor nadeelcompensatie vooral moet worden gezocht in het rechtsbeginsel 'égalité devant les charges publiques', de gelijkheid voor de publieke lasten. Dit beginsel is afkomstig uit Frankrijk. De hoogste Franse bestuursrechter, de Conseil d'Etat, erkende het al in 1923 als buitenwettelijke rechtsgrond voor schadevergoeding ten gevolge van besluiten. Het égalitébeginsel verlangt, kort gezegd, dat de lasten die het gevolg zijn van overheidshandelen in het algemeen belang, niet ten laste van een toevallige burger komen, maar door de gemeenschap worden gedragen.

3 Van der Grinten 1925, p. 152.
4 Huls 1999, p. 93.
5 Damen 1996.
6 Als term geïntroduceerd door Winter 1985, maar zie reeds Van der Gouwe 1973, p. 825: 'Men zou m.i. verkeerd oordelen als men van mening zou zijn dat slechts dan een juiste nadelencompensatie plaats vindt als de wet daaromtrent voorschriften inhoudt.'

Als een burger in vergelijking met andere burgers een onevenredig zwaar nadeel draagt, dan is de overheid gehouden dit nadeel te compenseren.

Al in de jaren twintig en dertig klonken in de Nederlandse literatuur pleidooien om het égalitébeginsel ook hier te erkennen. Toen eenmaal in steeds meer gevallen een recht op nadeelcompensatie werd erkend, werd dit echter niet gebaseerd op het égalitébeginsel, maar op andere grondslagen, zoals het verbod van willekeur,[7] de beginselen van behoorlijk bestuur[8] en het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb.[9] In de literatuur is de heersende mening echter altijd geweest dat het égalitébeginsel in elk geval een van de belangrijke normerende principes is op grond waarvan de overheid tot nadeelcompensatie gehouden kan zijn.[10]

Sinds de jaren negentig is de égalité in de rechtspraak een steeds duidelijker rol gaan spelen. Naar algemeen wordt aangenomen paste de Hoge Raad het égalitébeginsel in het klassieke *Leffers*-arrest uit 1991 impliciet toe. In de parlementaire stukken bij de Algemene wet bestuursrecht werd de égalité *expliciet* genoemd als grondslag voor nadeelcompensatie.[11] Van groot belang was ook de jurisprudentie van de bestuursrechter inzake het zelfstandig schadebesluit. In de *Beurskens*-uitspraak overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat bij schade tengevolge van rechtmatig overheidsoptreden het publiekrechtelijk rechtsgevolg van beslissingen over schadevergoeding voortvloeit uit het:

> "(…) mede aan art. 3:4 lid 2 Awb ten grondslag liggende algemene rechtsbeginsel van 'égalité devant les charges publiques', op grond waarvan bestuursorganen zijn gehouden tot compensatie van onevenredige – buiten het maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade als gevolg van een op de behartiging van het openbaar belang gerichte optreden".[12]

In deze uitspraak wees de Afdeling het égalitébeginsel dus aan als publiekrechtelijke grondslag voor 'zelfstandige' nadeelcompensatiebesluiten. Ook formuleerde zij twee maatstaven die van belang zijn bij de invulling van het begrip 'onevenredig nadeel': er dient sprake te zijn van een abnormale ('buiten het maatschappelijk risico vallende') en speciale ('op een beperkte groep burgers of instelling drukkende') last. In het arrest *Staat/Lavrijsen* uit 2001 volgde de

---

7 ARRvS 12 januari 1982, *AB* 1982, 299, m.nt. PCEvW (*Paul Krugerbrug I*) en ARRvS 22 november 1983, *AB* 1984, 154, m.nt. dP (*Paul Krugerbrug II*).

8 AGRvS 23 maart 1989, *AB* 1989, 428, m.nt. PCEvW; ARRvS 8 november 1990, *AB* 1991, 323, m.nt. JJIV; AGRvS 31 december 1990, *AB* 1991, 424, m.nt. JJIV.

9 ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229, m.nt. PvB (*Van Vlodrop*).

10 Zie de literatuuroverzichten in Holleman 1985 en Van den Berk 1991.

11 PG Awb I, p. 212.

12 ABRvS 18 februari 1997, *AB* 1997, 143, m.nt. PvB (*Beurskens*).

Hoge Raad het voetspoor van de Afdeling door het égalitébeginsel expliciet te erkennen.[13]

De ontwikkelingen hebben sindsdien niet stilgestaan. De aandacht in de literatuur voor het beginsel is toegenomen. Sinds de jaren negentig komen succesvolle beroepen op het égalitébeginsel in de jurisprudentie steeds vaker voor. De kroon op deze ontwikkeling wordt gevormd door het in 2007 gepresenteerde Voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad. In dit ontwerp wordt onder meer een voorstel gedaan voor een wettelijke regeling van het nadeelcompensatieleerstuk in de Algemene wet bestuursrecht, gebaseerd op het égalitébeginsel. Indien dit voorontwerp wet wordt, zal het égalitébeginsel in de nabije toekomst een (formeel)wettelijke status krijgen.

1.2 Aanleiding tot het onderzoek

1.2.1 Behoefte aan inzicht in de betekenis en reikwijdte van het égalitébeginsel

Hoewel het égalitébeginsel een belangrijke rol speelt als rechtsgrondslag voor nadeelcompensatie, is het in Nederland nog niet eerder voorwerp geweest van een promotieonderzoek. Eerdere proefschriften hebben het onderwerp 'schadevergoeding bij rechtmatig overheidshandelen' wel tot voorwerp van onderzoek gehad, maar richtten zich niet specifiek op het égalitébeginsel.[14] Ook konden daarin de ontwikkelingen sinds de jurisprudentie over het zelfstandig schadebesluit niet worden meegenomen. De nadeelcompensatierechtspraak van de civiele en de bestuursrechter is juist sindsdien in een stroomversnelling geraakt.

De steeds belangrijker plaats die het leerstuk van de nadeelcompensatie in de rechtspraak inneemt is hand in hand gegaan met een debat in de literatuur over de betekenis en de reikwijdte van de égalité. Uit dit debat komt naar voren dat hierover nog weinig duidelijk is.[15] In het bestuursrecht is haar gelding tamelijk onomstreden, hoewel zich ook daar soms vragen over de reikwijdte van het égalitébeginsel aandienen.[16] De onduidelijkheid over de grenzen van de égalité is echter vooral voelbaar in de rechtspraak van de civiele rechter, waar het beginsel een enigszins onrustig bezit is gebleken. Zo past de Hoge Raad de égalité wel toe als de schade door een 'rechtmatig'

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

14 Zie Holleman 1985, Te Rijdt 1991 en Van den Berk 1991.

15 Vgl. Van Ravels 2006a, p. 31: 'Omtrent de reikwijdte van dit beginsel is nog maar weinig bekend.'

16 Zie bijv. de 'openbaar belang'-jurisprudentie uit 2000 (o.m. ABRvS 9 juni 2000, *AB* 2001, 222, m.nt. GJ), verlaten met ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 252, m.nt. BPMvR.

besluit wordt veroorzaakt,[17] maar bij schade door strafvorderlijk overheidsoptreden alleen op onschuldige derden[18] en niet op ex-verdachten.[19] De problematische afbakening van de égalité blijkt ook goed uit het *TBS*-arrest, waarin de Hoge Raad de égalité evenmin toepasselijk achtte toen een TBS'er tijdens zijn proefverlof, dat rechtmatig was verleend, schade toebracht aan derden.[20] Bij de argumenten die door de Hoge Raad zijn aangedragen om de égalité hier niet op van toepassing te verklaren, zijn in de literatuur kritische kanttekeningen geplaatst. De daadwerkelijke redenen om het égalitébeginsel wel op de ene, en niet op de andere overheidshandeling toe te passen, lijken niet zelden mede rechtspolitiek van aard. De precieze grenzen van het égalitébeginsel zijn daarmee in de praktijk tamelijk grillig en onvoorspelbaar.

Deze onduidelijkheid over de reikwijdte van de égalité is onbevredigend. Allereerst komt daardoor de *rechtseenheid* in het gedrang. Het *TBS*-arrest laat zien dat de verschillende rechtscolleges niet altijd dezelfde maatstaven hanteren om de reikwijdte van het égalitébeginsel te bepalen, wat de voorspelbaarheid in de toepassing van het beginsel en de rechtseenheid niet ten goede komt.[21] Meer inzicht in de reikwijdte van het égalitébeginsel kan er aan bijdragen dat de verschillende rechters die het égalitébeginsel toepassen meer op één lijn komen.

Nader inzicht in het égalitébeginsel is voorts van belang voor de *rechtszekerheid*. Het besluit in de zin van de Awb, van oudsher de primaire bron van nadeelcompensatieverplichtingen, is al lang niet meer de enige oorzaak die aanleiding is geweest tot een beroep op de égalité.[22] De sterk uiteenlopende geluiden in de rechtspraak en doctrine over de situaties waarop het égalitébeginsel van toepassing is, tonen echter aan dat wordt geworsteld met de toepassing van de égalité op 'atypische' (dat wil zeggen: niet typisch bestuursrechtelijke) situaties. Van Maanen spreekt in dit verband van 'klassieke' égalitésituaties, ter onderscheiding van andersoortige situaties.[23] Dit roept de vraag op waarin het 'eigene' van de égalité schuilt. Een andere civielrechtelijke auteur, Spier, heeft bij herhaling benadrukt dat die rechtszekerheid thans ver te zoeken is. De aansprakelijkheid op grond van de égalité duidt hij zelfs aan als een 'juridisch, maatschappelijk en politiek mijnenveld'.[24] De situaties

17 HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638, m.nt. CJHB (*Leffers*), HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84, (*Staat/Harrida*).
18 HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412, m.nt. ThGD (*Staat/Lavrijsen*).
19 HR 18 november 2005, *AB* 2006, 57, m.nt. BPMvR.
20 HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430, m.nt. JBMV (*TBS*).
21 Zo wordt de eis van de voorzienbaarheid van de schade door de overheid niet gehanteerd door de Afdeling, die daarmee afstand lijkt te nemen van de Hoge Raad. Zie ABRvS 28 juni 2006, *AB* 2007, 20, m.nt. BPMvR.
22 Zie bijv. Rb Den Haag 13 december 2006, *JA* 2007, 28 (*Vuurwerkramp Enschede*), HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412, m.nt. ThGD (*Staat/Lavrijsen*) en HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430, m.nt. JBMV (*TBS*).
23 Zie bijv. Van Maanen 2004, p. 325 alsook Engelhard & Van Maanen 2008, p. 89.
24 Spier 2002, p. 34. Vgl. Hartlief 1997, p. 56.

waarin een mogelijk recht op nadeelcompensatie bestaat zijn veelal zo ongelijksoortig dat we er volgens hem niet veel meer over kunnen zeggen dan dat het aan de rechter is om per geval keuzes te maken.[25] De vraag is of er maatstaven te vinden zijn die de rechter bij het maken van zijn keuze van dienst kunnen zijn.

Tot slot is ook de *verantwoorde besteding van publieke middelen* gediend met meer inzicht in de reikwijdte van de égalité. In de huidige rechtscultuur richten burgers en bedrijven zich steeds vaker tot de overheid als zij geconfronteerd worden met schade waaraan enige overheidsbemoeienis ten grondslag ligt.[26] Deze tendens is bijvoorbeeld waarneembaar in de discussie over de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de overheid voor falend toezicht.[27] Ook in het leerstuk van de nadeelcompensatie is er echter sprake van een tendens waarin de égalité steeds vaker en in sterk ongelijksoortige situaties naar voren wordt geschoven. Het perspectief van een te ver uitdijende aansprakelijkheid uit rechtmatige daad is weinig aantrekkelijk, evenmin als dat van een overheid die haar beurs louter op grond van *policy*-overwegingen gesloten houdt. Gezocht moet worden naar een stelsel waarin de uitgave van publiek geld op een juridisch verantwoorde wijze kan plaatsvinden. Inzicht in de reikwijdte van de égalité als een van de bouwstenen van de aansprakelijkheid van de overheid is daarvoor een randvoorwaarde.

1.2.2 Behoefte aan inzicht in materiële criteria voor nadeelcompensatie

Inzicht in de reikwijdte van de égalité betekent dat ook moet worden bestudeerd wat de inhoud is van de aan dit beginsel verbonden criteria van een speciale en abnormale last. Een verantwoorde toepassing van de égalité is voor een groot deel afhankelijk van de toepassing van deze criteria. Onmogelijk elk schadeveroorzakend rechtmatig overheidsoptreden kan de overheid tot nadeelcompensatie verplichten. Het is niet voor niets dat de aansprakelijkheid op grond van de égalité een drempelkarakter heeft: alleen schade die 'speciaal en abnormaal' is verplicht de overheid tot nadeelcompensatie.

Ook over de betekenis van deze criteria bestaat veel onduidelijkheid. Veel auteurs hebben vraagtekens gesteld bij de bruikbaarheid van het égalitébeginsel als (directe) bron van aansprakelijkheid, omdat deze normen te vaag zouden zijn. Zo meent Van Buuren dat het égalitébeginsel niet concreet genoeg is. Als 'verschijningsvorm' van het gelijkheidsbeginsel brengt het met zich dat alleen

25 Zie zijn conclusie bij HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430, m.nt. JBMV (*TBS*, sub 5.15.3 – 5.17.3). Vgl. Bolt & Spier 1996, p. 267, p. 294.

26 Zie over de *deep pockets* van de overheid onder meer Vranken 2005, p. 47, Polak e.a. 2008, p. 117-118, 125. Zie ook de Brief van de minister van Justitie inzake de claimcultuur (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 630, nr. 1, i.h.b. p. 4 en de reactie van de Kamer (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 630, nr. 2, i.h.b. p. 5-6).

27 Polak e.a. 2008, p. 117-118, 125.

een recht op nadeelcompensatie bestaat als een burger *in vergelijking met een andere burger* onevenredig zwaar getroffen wordt. Maar steeds rijst de vraag: met welke anderen moet de gedupeerde of de groep gedupeerden vergeleken worden?[28] Ook andere auteurs hebben gewezen op de problematische toepassing van de in het égalitébeginsel besloten liggende 'vergelijkende evenredigheid'.[29] Ten aanzien van de in de praktijk belangrijke, maar al niet veel concretere notie 'normaal maatschappelijk risico' klinken vergelijkbare bezwaren.[30] Omdat de reikwijdte en de betekenis van het égalitébeginsel mede wordt bepaald door de interpretatie van deze criteria – de vergoeding van niet-speciale en niet-abnormale nadelen kan men bezwaarlijk als een toepassing van de égalité zien – is het noodzakelijk om ook hun inhoud te bestuderen.

Aan deze bezwaren over de vaagheid van de égalité is de afgelopen jaren in enige mate tegemoetgekomen. Jarenlang is veel aandacht uitgegaan naar de constructie van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad, wat mede samenhing met het feit dat dit leerstuk deels is ontwikkeld door de civiele rechter. Ook meer formele bevoegdheidskwesties (de competentieafbakening tussen bestuursrechter en civiele rechter, de figuur van het zelfstandig schadebesluit) hebben lange tijd meer aandacht gekregen dan de materiële criteria voor nadeelcompensatie. Met name sinds de preadviezen uit 2002 voor de Vereniging voor bestuursrecht is er echter meer aandacht voor de vraag onder welke omstandigheden een recht op nadeelcompensatie kan bestaan. Ook in de rechtspraak is meer aandacht voor deze vraag gekomen; zo heeft de Hoge Raad in een arrest uit 2004 met een 'catalogusformule' het begrip 'normaal maatschappelijk risico' nader omschreven.[31] Het onderhavige onderzoek sluit aan bij deze tendens om preciezer te kunnen vaststellen welke voorwaarden gelden om een succesvol beroep op het égalitébeginsel te kunnen doen.

1.2.3 Europeesrechtelijke ontwikkelingen

De toekenning van nadeelcompensatie door nationale bestuursorganen is allang niet meer alleen een kwestie van nationaal recht. Ook het Europese recht doet zijn invloed gevoelen. Deze invloed is het voorwerp van veel belangstelling in de literatuur[32] en speelt ook bij de totstandkoming van wetgeving een niet te onderschatten rol.[33] In een proefschrift dat zich ten doel stelt om meer

28 Van Buuren 2009, p. 99.
29 Hoitink 2002, Tjepkema 2004.
30 Zie bijv. Schueler 2002, p. 136 (een begrip van een 'onovertrefbare vaagheid'), N. Verheij, noot bij ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 268 (een 'glibberige en daardoor problematische notie') en Schlössels, noot bij ABRvS 8 november 2006, *JB* 2007, 8 (een 'ongrijpbare norm').
31 HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*).
32 Zie onder meer Widdershoven e.a. 2007.
33 Vgl. Barkhuysen & Van Emmerik 2002, p. 115-116.

inzicht te krijgen in het materiële nadeelcompensatierecht, kan een studie van het relevante Europese recht dan ook niet worden gemist.

In het leerstuk van de nadeelcompensatie is deze Europeesrechtelijke dimensie drieledig van aard. Het regime van artikel 1 EP EVRM biedt een *ondergrens* die nationale bestuursorganen hoe dan ook dienen te respecteren. De artikelen 107 e.v. van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie (VwEU) inzake staatssteun stellen een *bovengrens* aan de mogelijkheid om op nationaal niveau nadeelcompensatie te verstrekken. Artikel 340 VwEU tot slot regelt de aansprakelijkheid van de Europese Unie, bij de vormgeving waarvan het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg zich mede laat leiden door de regeling van het recht op nadeelcompensatie op het nationale niveau. Elk van deze regimes zal thans kort worden toegelicht.

1.2.3.1 Artikel 1 EP EVRM

Het duidelijkste voorbeeld van het toenemende belang van het Europese recht is zonder twijfel de invloed van artikel 1 van het Eerste Protocol (EP) bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Art. 1 EP bevat minimumnormen voor de bescherming van de eigendom van particulieren en werkt rechtstreeks door in de nationale rechtsorde.

In hoofdstuk 10 wil ik stilstaan bij de vraag in hoeverre de nationale, op het égalitébeginsel gebaseerde rechtsbescherming in de pas loopt met de Europeesrechtelijke rechtsbescherming die is gebaseerd op art. 1 EP en waar beide rechtsnormen elkaar mogelijk aanvullen. Een vergelijking tussen deze grondslagen voor schadevergoeding bij 'rechtmatig' overheidsoptreden ligt voor de hand, nu zowel art. 1 EP als het égalitébeginsel steeds vaker ten grondslag wordt gelegd aan schadeclaims gericht tegen de overheid en er tussen de Europeesrechtelijke eigendomsbescherming en het égalitébeginsel duidelijke parallellen bestaan. Zo is in veel égalitégevallen ook sprake van de aantasting van een eigendomsrecht. Daar komt bij dat de criteria waaraan een succesvol beroep op het égalitébeginsel moet voldoen, de 'speciale en abnormale last', sterk doen denken aan de 'individual and excessive burden' van art. 1 EP, hoewel beide regimes zich los van elkaar hebben ontwikkeld. De vraag dringt zich op in hoeverre de toepassing van het égalitébeginsel zich verhoudt tot de eisen die het Europees recht stelt. Hoe vullen beide grondslagen elkaar precies aan? Zijn het daadwerkelijk vergelijkbare rechtsnormen? Meer inzicht in deze verhouding tussen beide schadevergoedingsregimes is van belang, mede omdat zo kan worden voorkomen dat door een al te strikte interpretatie van het égalitébeginsel leidt tot een veroordeling in Straatsburg.

1.2.3.2 Artikelen 107-108 VwEU

Een tweede beïnvloedingsmechanisme gaat uit van het EU-recht. Het gaat hierbij om de vraag welke grenzen het *staatssteunrecht* (art. 87-88 EG-verdrag)

aan de toekenning van nadeelcompensatie stelt. Een compensatie van nadeel op grond van het égalitébeginsel valt binnen de definitie die art. 107 VwEU[34] van verboden steunmaatregelen geeft: de compensatie is een voordeel voor de betrokken ondernemer, wordt met staatsmiddelen bekostigd en kan de tussenstaatse handel negatief beïnvloeden. Aangezien de aan het égalitébeginsel verbonden criteria – in het bijzonder het 'normaal maatschappelijk risico' – veel interpretatieruimte laten, bestaat het gevaar dat onder de noemer van de égalité verboden staatssteun wordt verstrekt. Dit onderwerp staat in toenemende belangstelling van de literatuur.[35] Het (maatschappelijke) belang van de precieze grenzen tussen nadeelcompensatie en verboden staatssteun wordt ook onderstreept door het feit dat er vanuit het ministerie van Economische Zaken een Handreiking staatssteun en nadeelcompensatie is opgesteld, die bestuursorganen een leidraad verschaft om te beoordelen wanneer nadeelcompensatie in strijd kan komen met art. 107 VwEU.[36]

1.2.3.3 Artikel 340 VwEU

Het derde beïnvloedingsmechanisme gaat uit van art. 340 VwEU (art. 288 EG-verdrag (oud)), op grond waarvan burgers en bedrijven de Europese Unie aansprakelijk kunnen stellen voor schade ten gevolge van handelingen van de instellingen van de EU. Het gaat hierbij dus niet om een vorm van *nationale* overheidsaansprakelijkheid. Toch is dit regime wel rechtstreeks relevant voor Nederland en daarom ook voor dit proefschrift. Nederlandse bedrijven hebben immers vaak te maken met handelingen van EU-instellingen die hen rechtstreeks in hun rechten kunnen raken. Een nadere studie van de jurisprudentie rond art. 340 VwEU kan een antwoord geven op de vraag welke mogelijkheden hen ten dienste staan om de instellingen voor eventuele schade aansprakelijk te stellen.[37] Het gaat hier om een actuele vraag, nu het Hof van Justitie in het *FIAMM*-arrest van 9 september 2008 uiteen heeft gezet welke mogelijkheden justitiabelen hebben tot nadeelcompensatie op EU-niveau. Welke lessen leert dit arrest over de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad van de Europese Unie?

Ook om andere redenen is het interessant om het regime van de aansprakelijkheid van de EU te bestuderen. De EU-rechters laten zich bij de ontwikkeling van de aansprakelijkheid van de EU volgens de woorden van art. 340 VwEU leiden door 'de algemene beginselen die de lidstaten gemeen hebben'. Omdat

---

34 De afkorting VwEU staat voor Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, de thans gebruikelijke afkorting van de naam van het Hervormingsverdrag (voluit: Het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap). In dit proefschrift wordt de nieuwe nummering aangehouden.

35 Zie bijv. Hoitink & Backes 2006, p. 24-30, Den Ouden & Tjepkema 2005.

36 Zie <www.minbuza.nl/ecer>.

37 Zie hierover eerder Van Casteren 1997.

dit proefschrift beoogt het nadeelcompensatierecht in een 'meerlagig' perspectief te bestuderen, kan ook de aansprakelijkheid van de EU niet worden gemist. De vraag is dan immers of het nationale égalitébeginsel ook doorwerkt in de EU. Het zal blijken dat van een dergelijke doorwerking thans nauwelijks sprake is. Waarom is dat het geval, en kunnen suggesties voor verbetering (of nuancering) worden gedaan?

1.3 Probleemstelling

De hoofdvragen die dit boek beoogt te beantwoorden luiden:

> *Wat is de reikwijdte en betekenis van het égalitébeginsel als grondslag voor nadeelcompensatie? Hoe wordt het naar Frans recht geïnterpreteerd en kan deze interpretatie iets voor het Nederlandse recht betekenen? Hoe wordt het recht op nadeelcompensatie op grond van het nationale égalitébeginsel beïnvloed en/of aangevuld door het Europese recht? Welke knelpunten doen zich voor bij de toepassing van het égalitébeginsel, en wat is daarvoor een wenselijke oplossing?*

Het gaat bij deze vragen zowel om de betekenis en de reikwijdte van het égalitébeginsel als om de – daarvan overigens niet helemaal te scheiden – vraag naar de aan het beginsel verbonden materiële criteria voor nadeelcompensatie. In de derde vraag komt tot uitdrukking dat dit onderzoek zich niet beperkt tot het nationale niveau maar deze vragen beziet in een 'meerlagig' perspectief. De vierde vraag spreekt voor zich. Deze hoofdvragen kunnen worden onderverdeeld in verschillende subvragen. Eerst zal echter worden ingegaan op de onderzoeksmethode en vervolgens op de indeling van het onderzoek.

1.4 Methode en afbakening

De methode van onderzoek is klassiek-juridisch van aard en richt zich op literatuur, rechtspraak en wetgeving. Voor wat betreft de nationale rechtspraak, die vooral aan de orde komt in de hoofdstukken 2, 3 en 5 tot en met 9, heb ik mij in hoofdzaak beperkt tot de jurisprudentie vanaf 1997, het jaar waarin het égalitébeginsel expliciet werd erkend als grondslag voor zelfstandige beslissingen over nadeelcompensatie. Voor zover jurisprudentie van voor die tijd ook thans nog relevant is, is ook die jurisprudentie in het onderzoek betrokken. Het accent zal liggen op de bestuurs- en civielrechtelijke jurisprudentie van zowel de lagere als hoge rechtscolleges. Het ambtenarenrecht en de oordelen van de Nationale ombudsman vallen buiten het blikveld van dit proefschrift.

Binnen het aldus afgebakende corpus van rechtspraak beperk ik mij niet tot rechtspraak waarin de toepassing van het *ongeschreven* égalitébeginsel aan

de orde is. Een voor de praktijk belangrijke regeling als de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 noemt in de toelichting expliciet het égalitébeginsel als grondslag. Ook op basis van andere regelingen, zoals de Regeling Nadeelcompensatie Betuweroute en de Verordening Nadeelcompensatie Noord-Zuidlijn zijn uitspraken gewezen die voor het nadeelcompensatierecht in algemene zin van belang zijn. Met name uit hoofdstuk 6 zal blijken dat ook uit de planschadejurisprudentie bruikbare inzichten zijn af te leiden voor het algemene, op het égalitébeginsel gebaseerde nadeelcompensatierecht. Een beperking van het onderzoek tot alleen op grond van het ongeschreven égalitébeginsel gewezen jurisprudentie zou een niet erg compleet beeld bieden van de huidige stand van het nadeelcompensatierecht. Men zal in dit boek echter geen gedetailleerde beschrijvingen aantreffen van het recht op nadeelcompensatie op verschillende deelterreinen waar geschreven regelingen worden toegepast, zoals de ruimtelijke ordening (art. 6.1 Wro, voorheen art. 49 WRO), milieumaatregelen (art. 15.20 Wet milieubeheer), de bestrijding van dierziektes (de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren), strafvorderlijk optreden (art. 89 Wetboek van Strafvordering) en infrastructurele projecten (bijv. de Verordening Nadeelcompensatie Noord-Zuidlijn). Ook op de afstemmingsproblemen die de wirwar aan nadeelcompensatieregelingen soms met zich brengt, zal in dit boek niet worden ingegaan.[38]

Bij de ontwikkeling van het Nederlandse bestuursrecht is het Franse recht van oudsher een belangrijke bron van inspiratie geweest.[39] De aansprakelijkheid op grond van het égalitébeginsel is daarvan een sprekend voorbeeld. Ik heb gemeend dat de wijze waarop de Franse rechter het égalitébeginsel interpreteert in dit onderzoek niet buiten beeld kon blijven. Het is immers aannemelijk dat men op vergelijkbare problemen en interpretatievragen stuit indien de rechtsplicht tot nadeelcompensatie op hetzelfde beginsel wordt gestoeld en daarbij dezelfde toetsingscriteria worden gehanteerd. Een blik op het Franse recht zou meer duidelijkheid kunnen bieden over de betekenis van het égalitébeginsel en zijn toepassingsbereik en zou daarmee mogelijk ook als een inspiratiebron voor juridische ontwikkelingen in Nederland kunnen fungeren. Ook in de Nederlandse literatuur wordt herhaaldelijk gepleit voor rechtsvergelijkend onderzoek naar de Franse égalité-aansprakelijkheid,[40] terwijl Backes meer in het algemeen het belang van rechtsvergelijking op het terrein van het bestuursrecht heeft benadrukt.[41] De keuze om in dit proefschrift ook het Franse recht te betrekken, ligt daarom voor de hand. Daarbij heb ik mij voor-

38 Zie Hoitink & De Looij 2007 voor een overzicht van verschillende regelingen op het terrein van Verkeer & Waterstaat.

39 Vgl. De Haan, Drupsteen en Fernhout 1999, p. 15, die stellen dat de Franse beïnvloeding van het Nederlandse bestuursrecht zich kenmerkt door 'een praktischer gerichtheid op de organisatie van de rechtspraak, de omvang van de rechterlijke toetsing en de ontwikkeling van toetsingsnormen.'

40 Van Ravels 2002b, p. 522, Hennekens 2000, p. 575.

41 Backes 2009.

namelijk gericht op de literatuur en de jurisprudentie van de Conseil d'Etat, hoewel incidenteel ook naar lagere Franse rechtspraak wordt verwezen.

In het Europeesrechtelijke deel van het onderzoek, dat centraal staat in de hoofdstukken 10 tot en met 12, heb ik mij gericht op ontvankelijkheidsbeslissingen en beslissingen ten gronde van de Europese Commissie voor de rechten van de mens (ECRM) en het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) (hoofdstuk 10), op arresten van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie (hoofdstukken 11 en 12) en op de beschikkingen van de Europese Commissie inzake staatssteun (hoofdstuk 11).

Vraagstukken betreffende de afbakening van rechtsmacht tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter krijgen in dit boek slechts summiere aandacht.[42] Verder beperk ik mij tot de betekenis van het égalitébeginsel als grondslag voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van de *overheid*. De problematiek van afwenteling, die ziet op de vraag of het de overheid is toegestaan om een op haar rustende compensatieplicht af te wentelen op een burger (vaak een projectontwikkelaar) laat ik onbesproken.[43]

1.5 INDELING

Dit boek is opgebouwd uit vier delen. Het eerste deel is historisch van aard, in het tweede deel komt het materiële (nationale en Franse) recht aan de orde, in het derde deel staat het Europese recht centraal en in het vierde deel worden de inzichten uit de voorgaande hoofdstukken samengevat in een hoofdstuk over een toekomstige regeling van nadeelcompensatie in de Awb en een concluderend hoofdstuk.

Deel I

In het eerste deel van dit boek wordt vanuit een historisch perspectief bezien hoe de égalité-aansprakelijkheid in Nederland tot ontwikkeling is gekomen. Het huidige nadeelcompensatielandschap is het resultaat van een ontwikkeling waarbij verschillende 'actoren' – rechter, wetgever, bestuur – betrokken waren, zonder dat zij zich daarbij lieten leiden door één vastomlijnd rechtsbeginsel. De invloed van sommige ontwikkelingen doen zich ook vandaag de dag nog gevoelen. Zo heeft de nog steeds niet verdwenen figuur van het onzelfstandig schadebesluit duidelijke historische wortels. Een ander duidelijk voorbeeld is de in veel wettelijke nadeelcompensatieregelingen en beleidsregelingen voorkomende 'redelijkerwijsformule'. Een belangrijke vraag – ook voor toekomstige nadeelcompensatieregelingen – is in hoeverre deze formule uitdrukking

42 Denk aan de arresten HR 6 december 2002, *AB* 2004, 17, m.nt. PvB (*Pannenkoekenhuis de Kabouter*) en HR 28 maart 2008, *JB* 2008, 105, m.nt. JT (*Asha*). Zie Van Ravels 2004 over de verschillende functies van het égalitébeginsel, waaronder de rechtspolitiek-strategische.

43 Zie Mulder & Elmhassani 2008, p. 58 e.v. en Tolsma 2008, p. 106 e.v.

geeft aan het égalitébeginsel. Om een antwoord op die vraag te krijgen, is het zinvol om het parlementaire debat over deze formule te bestuderen. Meer in het algemeen kan een blik terug in de tijd meer inzicht bieden in de vraag hoe ieder van de genoemde actoren van invloed is geweest op de ontwikkeling van het nadeelcompensatierecht en welke factoren aan de ontwikkeling van dit leerstuk hebben bijgedragen of haar juist hebben geremd.

Deze historische ontwikkelingen staan centraal in de hoofdstukken 2 en 3. In hoofdstuk 2 komen de ontwikkelingen tot 1955 aan de orde en zal ook de geschiedenis van de égalité in het Franse recht worden geschetst; in hoofdstuk 3 ligt het accent op de periode vanaf 1955 tot 2009. Als 'breekpunt' is 1955 aangehouden, aangezien met de indiening van het wetsontwerp voor de Monumentenwet in dat jaar de aftrap werd gegeven voor de ontwikkeling van het nadeelcompensatierecht als een zelfstandig, publiekrechtelijk leerstuk. In de periode tot 1955 was die opvatting veel minder gemeengoed.

Deel II

Het tweede deel is getiteld 'De reikwijdte van het égalitébeginsel en andere materiële aspecten van de égalité-aansprakelijkheid'. Dit deel ziet louter op Nederlands en Frans recht. In hoofdstuk 4 wordt eerst op hoofdlijnen geschetst hoe het stelsel van buitenwettelijke aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad in Frankrijk er uitziet. Daarbij komt niet alleen jurisprudentie, maar ook de doctrine aan de orde, want Frankrijk kent een lange traditie van theorievorming over het égalitébeginsel. De vraag naar de invulling van de aan het égalitébeginsel verbonden criteria komt in dit hoofdstuk slechts terloops ter sprake.

Mede aan de hand van het positieve Franse recht zal in hoofdstuk 5 worden stilgestaan bij het gewenste toepassingsbereik van het égalitébeginsel. Is de égalité een algemeen toepasselijk beginsel dat bij iedere vorm van (rechtmatig) overheidsoptreden toepassing kan vinden? Om inzicht te krijgen in de reikwijdte van de égalité, zal in dit hoofdstuk voor verschillende vormen van rechtmatig overheidsoptreden worden bezien wat het égalitébeginsel daarvoor mogelijk kan betekenen. De aandacht gaat in dit hoofdstuk uit naar de toepassing van de égalité in het bestuursrecht, bij schade door gevaarzettend overheidshandelen, bij schade door strafvorderlijk overheidsoptreden, privaatrechtelijk overheidsoptreden en de verhouding van de égalité tot op grond van de solidariteit verstrekte tegemoetkomingen.

In de hoofdstukken 6, 7 en 8 komen de materiële nadeelcompensatiecriteria aan de orde. Het bestaan en de omvang van een nadeelcompensatieplicht wordt mede bepaald door de maatstaven uit afdeling 6.1.10 BW. In hoofdstuk 6 zal worden bezien hoe de bepalingen uit deze afdeling in de context van nadeelcompensatie worden ingevuld. De vraag of een bepaald nadeel 'oneven-redig' is, wordt bovenal bepaald door de specifiek aan het égalitébeginsel verbonden criteria van een 'speciaal' en 'abnormaal' nadeel. De inhoud daarvan staat centraal in de hoofdstukken 7 respectievelijk 8.

Het tweede deel wordt afgesloten met hoofdstuk 9, waarin wordt ingegaan op de verhouding van het égalitébeginsel tot het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb. Het gaat daarbij ten eerste om materiële vragen. De figuur van het onzelfstandig schadebesluit en daarmee de rol van art. 3:4 lid 2 Awb zijn naar huidig recht sterk gemarginaliseerd, maar nog niet geheel verdwenen. Wanneer kan art. 3:4 lid 2 Awb nog een rol spelen als rechtsgrondslag voor nadeelcompensatie? Uit de jurisprudentie blijkt voorts dat de mogelijkheid om bepaalde belangen mee te wegen van invloed kan zijn bij een verplichting tot nadeelcompensatie. Hoe moet deze jurisprudentie worden gewaardeerd, en hoe kan zij worden verklaard in het licht van de mogelijkheid om het égalitébeginsel als *zelfstandig* rechtsbeginsel in te roepen? In hoofdstuk 9 worden voorts enige procedurele aspecten besproken, waaronder de grenzen van het fenomeen 'doorschuiven', de bewijslastverdeling en de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan.

Deel III

Het derde deel ziet op het Europese recht. In hoofdstuk 10 wordt eerst ingegaan op de jurisprudentie van het EHRM en Nederlandse rechters over art. 1 EP. Daarbij richt ik mij vooral op de mogelijke verschilpunten en overeenkomsten tussen art. 1 EP en de égalité en de vraag op welke wijze art. 1 EP als 'ondergrens' van invloed is op het nationale nadeelcompensatierecht.

De invloed vanuit het EU-recht wordt in twee hoofdstukken besproken. In hoofdstuk 11 staat het staatssteunverbod van art. 107 VwEU centraal. Voornamelijk aan de hand van beschikkingen van de Europese Commissie zal ik trachten een beeld te krijgen van de eisen die art. 107 VwEU stelt aan nationale verstrekkingen van nadeelcompensatie. In hoofdstuk 12 zal ik ingaan op de potentiële betekenis van art. 340 VwEU als grondslag nadeelcompensatie. In dit hoofdstuk wordt onder meer bezien hoe het recht op nadeelcompensatie in de andere lidstaten van de EU is geregeld. Naar aanleiding van het *FIAMM*-arrest zal ik proberen te verklaren waarom de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad op EU-niveau tot op heden geen hoge vlucht heeft genomen en ook schetsen welke mogelijkheden justitiabelen nog wel ten dienste staan om de Unie uit rechtmatige daad aansprakelijk te houden.

Deel IV

Het onderhavige onderzoek hoopt ook van betekenis te zijn voor de regeling van nadeelcompensatie die in de nabije toekomst waarschijnlijk deel zal uitmaken van titel 4.5 van de Algemene wet bestuursrecht. Mede aan de hand van het Voorontwerp schadevergoeding bij rechtmatig en onrechtmatig overheidsoptreden zullen in hoofdstuk 13 enkele aandachtspunten worden geformuleerd die van belang zijn voor een wettelijke regeling van nadeelcompensatie in de Awb. Aan het slot van dit hoofdstuk formuleer ik ook zelf een alternatief voorstel voor een dergelijke regeling.

In hoofdstuk 14 worden de bevindingen van het onderzoek samengevat en worden de hoofd- en de deelvragen beantwoord.

Op basis van het voorgaande kunnen de voornoemde hoofdvragen worden toegespitst in de volgende subvragen:

Historisch deel

1 Hoe is het égalitébeginsel in de Nederlandse rechtsorde gerecipieerd? Welke factoren hebben aan de acceptatie van de égalité bijgedragen of daaraan in de weg gestaan?

Materieelrechtelijk deel

2 Welke betekenis wordt naar huidig positief recht aan het égalitébeginsel in Frankrijk toegekend?
3 Wat is de reikwijdte van het égalitébeginsel? Is het zonder meer op alle rechtmatige overheidshandelingen van toepassing? Zo nee, hoe kan zijn bereik nader worden bepaald?
4 Hoe worden de civielrechtelijke normen voor schadevergoeding uit afdeling 6.1.10 BW toegepast in geschillen over nadeelcompensatie? Krijgen deze normen een bijzondere inkleuring in de context van het nadeelcompensatierecht?
5 Wat is de betekenis van de voorwaarde van een 'speciale' last?
6 Wat is de betekenis van de voorwaarde van een 'abnormale' last?
7 Hoe verhoudt het égalitébeginsel zich tot art. 3:4 lid 2 Awb? Welke materiële en procedurele gevolgen heeft de ontkoppelingsjurisprudentie in de praktijk en welke knelpunten doen zich hier voor?

Europeesrechtelijk deel

8 Hoe wordt het nationale nadeelcompensatierecht aangevuld en/of beïnvloed door de bescherming van het eigendomsrecht op grond van art. 1 EP EVRM? In hoeverre kunnen de aan dit artikel verbonden maatstaven van een 'individual and excessive burden' worden vergeleken met de 'speciale en abnormale last' van het égalitébeginsel?
9 Onder welke omstandigheden kunnen nationale verstrekkingen van nadeelcompensatie in strijd komen met art. 107 VwEU, dat verboden staatssteun verbiedt?
10 Welke rol speelt het égalitébeginsel bij de toepassing van art. 340 VwEU? Wat zijn de mogelijkheden en de beperkingen van het recht op nadeelcompensatie op EU-niveau?

Slotdeel

11 Welke aandachts- en verbeterpunten vloeien uit dit onderzoek voort voor een wettelijke regeling van nadeelcompensatie in de Awb?
12 Welke algemene conclusies kunnen worden getrokken bij een vergelijking van het Nederlandse nadeelcompensatiestelsel met het Franse?

Hoewel mijn onderzoeksmethode in belangrijke mate rechtsvergelijkend van aard is, komt het Franse niet bij alle bovengenoemde vragen aan de orde. De rechtsvergelijking met Frans recht is het sterkst aanwezig bij de vragen 2, 3, 5, 6 en 13. Een en ander zal ik thans nog kort toelichten door middel van een leeswijzer.

1.6 LEESWIJZER

Zij die zich vooral interesseren in de historische ontwikkeling van het recht op nadeelcompensatie in Nederland en Frankrijk en de rol van het égalitébeginsel daarin, kunnen terecht in de hoofdstukken 2 en 3. Ook zonder de voorkennis van deze hoofdstukken laten de overige hoofdstukken zich overigens goed begrijpen; waar wordt teruggegrepen naar deze historische hoofdstukken, wordt daarnaar verwezen.

Het tweede deel vangt aan met hoofdstuk 4, waarin louter het Franse recht centraal staat. Dit hoofdstuk kan worden gezien als de opmaat naar het vijfde hoofdstuk. Dit hoofdstuk, waarin het toepassingsbereik van het égalitébeginsel centraal staat, laat zich zelfstandig lezen. Voor zover daarin wordt voortgebouwd op hoofdstuk 4, is daarnaar zonodig verwezen. In andere delen van het boek, zoals de hoofdstukken 10 en 13, zal nog worden teruggegrepen op de inzichten uit hoofdstuk 5, in het bijzonder op de daarin voorgestelde beperking van het toepassingsbereik van het égalitébeginsel.

Ook hoofdstuk 13, waarin de aandachtspunten voor een wettelijke regeling van nadeelcompensatie centraal staan, laat zich zelfstandig lezen. Om herhaling te voorkomen heb ik, voor zover bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken relevant zijn voor een wettelijke regeling, zoveel mogelijk verwezen naar eerdere hoofdstukken.

Ik heb ervoor gekozen om de rechtsvergelijking met Frankrijk zoveel mogelijk te concentreren op de plekken waar de relevante onderwerpen worden besproken. Hoofdstuk 4 is het enige hoofdstuk waarin louter het Franse recht centraal staat, maar ook in andere hoofdstukken zal geregeld een vergelijking met het Franse recht worden gemaakt. Dit geldt in het bijzonder voor de hoofdstukken 2 (waarin wordt stilgestaan bij de ontwikkeling van de égalité in het Franse recht), 5 (toepassingsbereik), 7 (speciale last), 8 (abnormale last) en 10 (EVRM). In de andere hoofdstukken is de parallel met het Franse recht minder evident en wordt daarnaar slechts sporadisch verwezen. Deze gespreide behandeling van het Franse recht heeft als relatief nadeel dat wie wil weten hoe het égalitébeginsel zich in het Franse recht heeft ontwikkeld en welke inhoud daaraan naar huidig recht wordt gegeven, meerdere hoofdstukken zal moeten raadplegen. Met behulp van de inhoudsopgave en het register komt men daarbij echter een heel eind. Een voordeel van de geïntegreerde bespreking is dat het relevante Franse recht aan de orde kan komen op die plekken waar ook het nationale of het Europese recht ter zake wordt

besproken. In hoofdstuk 14 (§ 14.6) wordt op hoofdlijnen beschreven wat het Nederlandse recht op verschillende onderdelen van het Franse recht kan leren.

In de besprekingen van het Franse recht heb ik er verder voor gekozen om citaten uit de Franse jurisprudentie en van Franse auteurs niet te vertalen, ervan uitgaande dat de lezer die er niet uitkomt zijn weg naar het (digitale) woordenboek zal weten te vinden. Wel is meestal getracht om de essentie van het citaat in het Nederlands aan te duiden. Terzijde zij opgemerkt dat het woord 'cheptel' op p. 161 'veestapel' betekent.

Deel I

De receptie van het égalitébeginsel in de Nederlandse rechtsorde

2 De égalité aan het begin van de twintigste eeuw

2.1 INLEIDING

In dit en het volgende hoofdstuk zal worden ingegaan op de vraag hoe de receptie van het égalitébeginsel in Nederland is verlopen.[1] In het onderhavige geval gaat het daarbij vooral om de vraag hoe de ontwikkeling van het égalitébeginsel in het Franse recht de ontwikkeling van de aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad in Nederland heeft beïnvloed. Anders dan eerdere overzichten van de ontwikkeling van het nadeelcompensatieleerstuk,[2] wil ik in het bijzonder stilstaan bij de rol die het égalitébeginsel in deze ontwikkeling heeft gespeeld. In dit hoofdstuk staat de ontwikkeling tot 1955 centraal. In deze periode werden de grenzen van het recht op schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden nog duidelijk afgetast. Wetgever, bestuur, (civiele) rechter en doctrine hebben daarbij alle bijgedragen aan het beeld van een 'geleidelijke, doch principiële omslag'[3] die het gehele terrein van de overheidsaansprakelijkheid heeft laten zien, maar die zeker ook in het nadeelcompensatierecht zichtbaar is: de steeds ruimere mogelijkheden van de burger om de overheid aansprakelijk te houden.

Het recht op nadeelcompensatie is lange tijd louter een wetgevingsvraagstuk (§ 2.2), waarbij vooral bij vergaande inbreuken op het eigendomsrecht de regeling voor schadevergoeding bij onteigening analoog werd toegepast. Van de erkenning van een algemeen recht op schadevergoeding wilden wetgever en doctrine niet weten. Het leerstuk bevond zich geheel in de gunstensfeer, waarbij slechts één grondslag paste: de billijkheid (§ 2.3). Toch wordt in de literatuur wel gedebatteerd over meer precieze verklaringen voor het recht op schadevergoeding uit rechtmatige overheidsdaad, waarbij een meerderheid uitkwam bij de 'offertheorie', die veel weg had van het huidige égalitébeginsel (§ 2.4). Rond dezelfde tijd kwam in de rechtspraak van de Franse

---

1 Onder 'receptie' verstaat *Van Dale* 'de overneming van rechtsgewoonten door de ene gemeenschap van de andere'.

2 Overzichten van de vroegste wetgeving op dit gebied geven Van Dorp 1903, p. 129-227 en Scholtens 1929, p. 16-82. Bij Van der Schaaf 1971, Holleman 1985, p. 101 en Van Wijmen 1991 vindt men gegevens over latere wetgeving. Van Netburg 1984 heeft de parlementaire stukken van deze wetgeving in kaart gebracht. Een bespreking van literatuur en jurisprudentie geeft Koeman 1979; een overzicht van de historische ontwikkelingen tot en met de jaren 70 geeft Tak 1980. Van Ravels (losbl.) bespreekt veel relevante jurisprudentie.

3 Ten Berge & Van Wijmen 1995.

bestuursrechter het égalitébeginsel tot ontwikkeling, een beginsel dat in de kiem al aanwezig was in de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, de bekende mensenrechtencatalogus uit 1789 (§ 2.5). De ontwikkelingen in de Franse rechtspraak blijven ook in Nederland niet onopgemerkt en in de naoorlogse doctrine wordt het égalitébeginsel steeds vaker genoemd. Onder invloed daarvan speelt het égalitébeginsel eind jaren dertig voor het eerst een duidelijke rol als leidraad voor de formele wetgever (§ 2.6). Deze laatste ontwikkeling laat de monopoliepositie van de wetgever echter onaangetast en uiteindelijk is de Hoge Raad nodig om hierin een doorbraak te forceren met de bekende Voorste Stroom-rechtspraak (§ 2.7). Ook deze rechtspraak zal ik vooral bespreken in het licht van de vraag in hoeverre zij kan worden gezien als een erkenning van het égalitébeginsel, zoals dat door de Conseil d'Etat werd toegepast.

2.2 De monopoliepositie van de wetgever

Sporen van een aansprakelijkheid van de overheid uit rechtmatige daad vindt men reeds in de Middeleeuwen. In 1611 speelde bij het Hof van Friesland een casus over een burger wiens huis op last van een militaire commandant in brand was gestoken en was verwoest, omdat dit huis vlakbij een stadsschans was gelegen en dus kon dienen als een steunpunt voor de Spaanse vijand. Het Hof meende dat er aanleiding was om de schade van de eigenaar te vergoeden en verwees daarbij naar de Rhodische zeewet, de *Lex Rhodia de iactu*. Deze wet werd in de Griekse oudheid toegepast indien de goederen van sommige opvarenden overboord moesten worden gegooid om een schip heelhuids door woelige baren te loodsen. In zo'n geval dienden degenen wier goederen gespaard waren gebleven, bij te dragen aan de schade van hen wier goederen verloren waren gegaan.[4] Een analoge toepassing van deze wet rechtvaardigde volgens het Hof de toekenning van een schadevergoeding. Dat daarmee van een vaste schadevergoedingspraktijk of een heldere rechtsregel nog geen sprake was, bewees een later, vergelijkbaar geval, waarin een nabij stadsmuren gelegen appelboomgaard vanuit defensieoverwegingen werd vernietigd. Dit keer kende hetzelfde Hof geen vergoeding toe.[5]

Het zou nog enkele eeuwen duren voordat in Nederland recht de eerste sporen van een recht op schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden zich lieten herkennen. Het verbaast niet dat deze eerste stappen werden gezet op het terrein van het onteigeningsrecht. Zelfs onder het absolutisme, toen de vorst alle staatsmacht in zijn persoon verenigde en naar willekeur over de goederen van zijn onderdanen kon beschikken, werd het veelal redelijk geacht dat de overheid die aan de burger zijn eigendom ontnam en deze ging

4 Van Maanen 2002, p. 11.
5 Hartog 1971, p. 68-71.

aanwenden voor het dienen van het 'algemeen belang', aan deze burger een schadevergoeding verschuldigd was. Aanvankelijk geschiedde dit nog uit billijkheidsmotieven (als 'genadegift'), maar onder invloed van de Franse revolutie veranderde dit. In art. 17 van de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789 stond dat een eventuele onteigening door de *nécessité publique* moest worden gevorderd en niet kon plaatsvinden dan onder de toekenning van een *juste indemnité*. De toekenning van schadevergoeding was daarmee niet langer onderdeel van de gunstensfeer, maar een recht waarop elke burger in gelijke mate aanspraak kon maken.[6]

Ook in Nederland vond deze gedachte ingang. Reeds in de Staatsregeling van 1798 voor het Bataafse volk werd als voorwaarde voor de beroving van eigendom 'eener billyke schaevergoeding' gesteld.[7] Dat in 1810 uiteindelijk de eerste Onteigeningswet tot stand kwam, was eveneens aan Frankrijk te danken. Napoleon had in 1809 bepaald dat in Frankrijk een algemene onteigeningswet tot stand moest worden gebracht. De hoofdlijnen daarvan luidden dat de eigenaren zich tegen de onteigening moesten kunnen verzetten, dat de rechter de onteigening moest uitspreken en dat de onteigening gepaard moest gaan met een billijke schadevergoeding. Een jaar later werd Nederland bij Frankrijk ingelijfd en werd de Franse onteigeningswet ook in Nederland van toepassing verklaard. Krachtens deze wet was de burgerlijke rechter bevoegd om te oordelen over de vraag of de door de overheid aangeboden vergoeding voldoende was om te mogen overgaan tot verwerving van het goed. De Onteigeningswet van 1810 was geen succes: de burger kon de procedure tot onteigening eindeloos rekken en ook was de betrokken overheid vaak verplicht om veel meer grond te onteigenen dan nodig voor het aan te leggen werk.[8] Nog lang nadat de Fransen in 1813 uit Nederland vertrokken bleef de wet echter van kracht.

De in deze wet neergelegde regel dat onteigening slechts kon onder het aanbieden van een schadevergoeding kreeg al spoedig grondwettelijke status. Zo bepaalde de Grondwet van 1815 dat niemand van enig gedeelte van zijn eigendommen kon worden ontzet 'dan ten algemeenen nutte in de gevallen en op de wijze bij de wet te bepalen en tegen behoorlijke schadeloosstelling'. Ook de Wet regelende de onteigening ten algemeenen nutte uit 1851 bepaalde dat een 'schadeloosstelling' diende te worden gegeven.[9] In een arrest uit 1864 maakte de Hoge Raad duidelijk wat hiermee werd bedoeld: 'bij die wet [de Onteigeningswet van 1851 – MT] kennelijk is aangenomen het beginsel eener

6 Jonckers Nieboer 1931, p. 45.

7 Art. 40: 'Niemand kan van het geringst gedeelte van zyn eigendom buiten zyne toestemming beroofd worden, dan alleen wanneer de openbaare noodzaaklykheid door de vertegenwoordigende magt erkend zulks vorderd en alleenlyk op voorwaarde eener billyke schaevergoeding.'

8 Sluysmans 2008, p. 25 e.v.

9 Wet van 28 augustus 1851, *S 125*. Zij was voorafgegaan door de wet van 8 maart 1810 (die nog onder het Franse bewind was ingevoerd) en de wet van 29 mei 1841.

volledige schadevergoeding voor alles, wat is een regtstreeksch en noodzakelijk gevolg der onteigening.'[10] De onteigende moest dus zoveel mogelijk in dezelfde toestand worden geplaatst als waarin hij voor de onteigening verkeerde.

De rol van de burgerlijke rechter als schadevergoedingsrechter in geschillen met de overheid was niet tot de onteigening beperkt. Een algemene bevoegdheid om te oordelen over de rechtmatigheid van een overheidshandelingen leidde de burgerlijke rechter al vanaf 1815 af uit art. 165 Grondwet.[11] Deze bevoegdheid kon worden doorkruist doordat het bestuur een 'conflict van attributie' opwierp, een mogelijkheid die de administratie zich voorbehield in politiek gevoelige zaken.[12] Werd een conflict opgeworpen, dan moest de koning bij Koninklijk Besluit beslissen of de zaak inderdaad aan een beoordeling door de burgerlijke rechter was onttrokken. Tot de bevoegdheden van de burgerlijke rechter in dezen behoorde ook de mogelijkheid om de overheid tot het betalen van een schadevergoeding te veroordelen. Ook zonder dat van onteigening sprake was, kon de burgerlijke rechter op die wijze al oordelen over geschillen die naar huidig recht als geschillen over schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden kunnen worden gezien. Van belang was dat de schade door inbreuken op het eigendomsrecht in het algemeen niet werd gerekend tot een politiek gevoelig terrein. Toch werden ook in die gevallen soms conflicten opgeworpen, zoals bleek uit een geval dat rond 1820 speelde, toen het polderbestuur een deel van een dijk op de grond van een burger aanlegde.[13] De burger vroeg om een vergoeding, maar het polderbestuur wierp een conflict op en de minister adviseerde dit conflict te handhaven, omdat de burger in kwestie de rechtmatigheid van het aanleggen van de dijk betwistte. Dat de burgerlijke rechter dit handelen mogelijk als onrechtmatig zou aanmerken, ging de minister te ver. Hij voegde daar echter aan toe dat dit anders was geweest als de eiser een schadevergoeding had gevraagd *zonder* de onwettigheid van het bestuurlijk handelen tot uitgangspunt van de vordering te nemen. In dat geval namelijk, was volgens de minister dezelfde situatie als bij onteigening aan de orde geweest. De Koning nam dit advies over en handhaafde het conflict met de overweging dat als de eiser zich had bepaald tot het vragen van vergoeding door de aangelegde werken, de rechter wel bevoegd was geweest.[14] Toen zich een aantal jaren een vergelijkbaar geval deed – dit keer over een zaak in Antwerpen waar een kademuur werd opgehoogd en de voordeur van een burger onder het niveau van de straat kwam

10 HR 23 december 1864, *W*. 2652.

11 'Alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortspruitende regten, over schuldvordering of burgerlijke regten, behooren bij uitsluiting tot de kennis van de regterlijke magt.'

12 Het Conflictenbesluit gold van 1822 tot 1844 en was een erfenis uit het Franse recht. Toen het besluit werd ingetrokken, kon het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad tot ontwikkeling komen (Van Maanen & De Lange 2005, p. 15 e.v, Scheltema & Scheltema 2008, p. 301 e.v.).

13 Genoemd door Drion 1950, p. 192-193.

14 KB 16 december 1824, *Stb*. 64.

te liggen – kwam het niet tot een principiële uitspraak over de bevoegdheid van de rechter, omdat de zaak werd geschikt.[15] Voor zover de burgerlijke rechter bij inbreuken op eigendom de overheid succesvol aansprakelijk hield, zonder daarbij te worden gedwarsboomd door een opgeworpen 'conflict', ging het vooral om gevallen waarin deze eigendom door 'willekeurige daden van die autoriteiten (…) zijn gekrenkt geworden'.[16] Met de ontwikkeling van een buitenwettelijk leerstuk van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad was met deze schaarse uitspraken bepaald nog geen aanvang gemaakt. Hoofdregel was en bleef dat een recht op schadevergoeding alleen bestond als de wet dit toekende.

Een opmerking in de memorie van antwoord bij de Wet op de militaire inundatiën
Van belang is nu dat een dergelijk wettelijk recht op schadevergoeding vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw ook veelvuldig werd erkend buiten het onteigeningsrecht. Zo werd het uitgangspunt van een schadeloosstelling ook gehanteerd in verschillende gedoogwetten, krachtens welke de burger verplicht was om bepaalde werken op zijn land te dulden en dus in het genot van zijn eigendom werd gestoord. Dergelijke wetten namen in de loop van de tweede helft van de negentiende eeuw en de eerste helft van de twintigste eeuw in aantal sterk toe, nu met de opkomst van de techniek de behoefte groeide om land dat in private eigendom was te kunnen gebruiken voor allerhande publieke werken. De Belemmeringenwet Privaatrecht[17] is van deze 'gedoogwetten' het meest bekend; zij werd voorafgegaan door verschillende vergelijkbare wetten, waarin de oplegging van de gedoogplicht werd gekoppeld aan een schadeloosstelling.[18] Een recht op volledige schadevergoeding was voorts neergelegd in enkele wetten die voorzagen in de mogelijkheid tot het nemen van maatregelen die eigendom onbruikbaar maakten, zoals de Wet

15 Drion 1950, p. 194.
16 KB 2 juni 1928, *Stb.* 43, genoemd door Van Maanen & De Lange 2005, p. 16.
17 Wet van 13 mei 1927, *S 159*, houdende een plicht tot het dulden van de aanleg en instandhouding van werken op onroerende goederen ten behoeve van de uitvoering en instandhouding van openbare werken.
18 Enige voorbeelden zijn de Wet tot vaststelling van bepalingen betrekkelijk het begraven van lijken (Wet van 10 april 1869, *S 65* met gedoogplicht tot het begraven van een lijk in daartoe door de burgemeester aangewezen gronden, niet zijnde rijks- of gemeentegronden), de Wet tot regeling van het bakenwezen (Wet van 20 april 1895, *S 71* houdende een gedoogplicht voor eigenaars e.a. gebruikers van gronden van voorwerpen in het belang van de bakendienst), de Waterstaatswet (Wet van 10 november 1900, *S 176* met plicht tot dulden van de aanleg, het onderhoud of verbetering van o.m. waterstaatswerken), de Telegraaf- en Telefoonwet (Wet van 11 januari 1904, *S 7* met gedoogplicht voor de aanleg en instandhouding van telegraaf- en telefoonlijnen) en de Rivierenwet (Wet van 9 november 1908, *S 339*, plicht tot dulden van de aansluiting van rivierwerken op gronden en de ophoging, afgraving e.d. daarvan).

op de militaire inundatiën,[19] die een betere landsverdediging mogelijk moest maken, de Wet houdende bepalingen tot het voorkomen van bedrog in den boterhandel[20] en de Wet rakende de phosphorlucifers,[21] die de schadevergoeding bij het nemen van monsters in het belang van de volksgezondheid, regelden. Anno 1925 concludeerde de Nijmeegse hoogleraar Van der Grinten dan ook dat de wetgever in steeds meer gevallen overging tot het creëren van een recht op schadevergoeding voor rechtmatig overheidsoptreden.[22]

Deze brede wettelijke praktijk riep de vraag op of er, naast de notie dat bij ontneming van eigendom schadevergoeding diende te worden gegeven, wellicht een meer algemeen rechtsbeginsel gold dat burgers een recht op schadevergoeding verschafte wanneer zij ernstig in hun belangen werden getroffen door rechtmatige overheidsdaden. Een indicatie dat een algemene rechtsplicht tot schadevergoeding niet werd uitgesloten en dat de grondslag daarvoor zou kunnen liggen in de gedachte van een gelijke spreiding van overheidslasten, vindt men al zo vroeg als 1890 in een opmerking van de regering naar aanleiding van de Wet op de militaire inundatiën. Op grond van die wet was het mogelijk om ten behoeve van de landsverdediging het land van burgers onder water te zetten. Voor de daardoor ontstane schade kende de wet een recht op schadevergoeding toe, mede omdat de zekerheid van het ontvangen van een volledige schadeloosstelling zou kunnen voorkomen dat de geschade burgers zich tegen de inundatie zouden verzetten. In de memorie van antwoord motiveerde de regering het recht op schadevergoeding met de stelling dat de Nederlandse wetgeving in het algemeen de verplichting erkent om bij in het publiek belang op eigendom gemaakte inbreuken de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden.[23] De grondslag voor die vergoeding zocht de regering in de gedachte van een gelijke spreiding van overheidslasten:

---

19 Wet van 15 april 1896, *S 71* (vergoeding van schade voor het onder water laten lopen van land ten behoeve van de landsbescherming). Van Dorp 1903, p. 221 wijst erop dat Napoleon al bij decreet van 10 oktober 1811 een schadeloosstelling had toegekend aan de ingezetenen der departementen van de monde van Schelde en Rijn en het arrondissement van Breda, wier landerijen kortstondig waren geïnundeerd toen de Engelsen daar in 1809 landden.

20 Wet van 9 juli 1900, *S 112* (vergoeding van de volledige schade toegebracht door het nemen van monsters van partijen boter indien achteraf bleek dat met de boter geen overtreding was gepleegd).

21 Wet van 28 mei 1901, *S 133* (vergoeding van de volledige schade toegebracht door het nemen van monsters van partijen phosphorlucifers wanneer daarmee geen overtreding was gepleegd; zie Van Dorp 1903, p. 144).

22 Van der Grinten 1925, p. 152.

23 *Kamerstukken II* 1890/91, 19, p. 2 (MvA). Dit zou blijken 'uit de bepalingen der wetten van 20 Juli 1870 (*Stb*. no. 131) [Wet tot regeling van het veeartsenijkundig staatstoezicht en de veeartsenijkundig staatstoezicht – MT], 4 december 1872 (*Stb*. 134) [Wet tot voorziening tegen besmettelijke ziekten – MT] en 2 juni 1875 (*Stb*. 94) [Wet houdende bepalingen betreffende de veeartsenijkundige politie ten opzigte van paarden van het leger – MT], terwijl ook het eerste lid van artikel 152 der Grondwet bedoelde verplichting als algemeenen regel stelt.'

> 'Het behoeft geen betoog, dat het in deze paragraaf behandelde onderwerp, namelijk het al dan niet verstrekken van schadevergoeding of schadeloosstelling in geval van gebruik van eigendom ten behoeve van militaire inundatiën, zeer moeilijk is. Van de ene zijde namelijk is het niet mogelijk, *alle* gevolgen van den oorlog – waaronder er zijn, die, zelfs uit financieel oogpunt, veel schadelijker zijn dan onderwaterzetting – door allen gelijkelijk te doen dragen. Van den anderen kant treedt steeds meer het beginsel op den voorgrond, dat de lasten, die de overheid in aller belang moet opleggen, zooveel mogelijk gelijkelijk op allen moeten drukken en derhalve hij, die de eigenlijke schade lijdt, moet worden geïndemniseerd.'

Of dit beginsel ook als *rechtsbeginsel* kon worden aangemerkt, liet de regering in het midden:

> 'Nauwlettende overweging (…) heeft de Regeering er toe geleid, om dengenen, aan wie, door het in gebruik nemen van eigendom ten behoeve van militaire inundatiën, schade is toegebracht, aanspraak op vergoeding der door hen geleden schade toe te kennen en zulks daargelaten de vraag, of bedoelde aanspraak zich grondt op de billijkheid, dan wel op een rechtsbeginsel.'[24]

Al spoedig zou blijken dat de wetgever niet bereid was te erkennen dat het hier om een rechtsbeginsel ging. Dat bleek een paar jaar later bij de behandeling van de Wet op den staat van oorlog en beleg in 1899. Ditmaal ging het onder meer om schade veroorzaakt door het houden van militaire oefeningen en schietproeven. In het parlementaire debat bepleitten enkele kamerleden het bestaan van een algemene regel dat wat in het algemeen belang geschiedt, door de gemeenschap betaald moet worden. De regering zag daar blijkens de memorie van antwoord geen aanleiding toe:

> 'Het is in het algemeen niet juist van den Staat te eischen, dat deze zal vergoeden alle schade ten behoeve van het publiek belang aan de rechten van particulieren toegebracht. In welke mate particuliere rechten door het publiek belang kunnen worden beperkt hangt af van de beslissing van den wetgever. Wenschelijk is het om schadevergoeding toe te kennen, behalve wanneer het eigendom geheel en al wordt opgeheven, alleen in die gevallen welke binnen nauwkeurig te trekken grenzen zijn bepaald.'[25]

Overwegingen als deze domineerden het debat in de literatuur in de daarop volgende decennia, tot grofweg de jaren dertig. Van Dorp, die in 1903 inventariseerde welke lijn er in de wetgeving te ontdekken was, concludeerde dat alleen de wet het recht geeft en dat buiten de wet alles 'meer of minder sterk

24 *Kamerstukken II* 1890/91, 19, p. 2 (MvA).
25 Geciteerd door Van Dorp 1903, p. 233.

gevoelde billijkheid [is], die, misschien eens, door de wet gesanctioneerd, recht zal worden.'[26]

Ruim vijfentwintig jaar later was hierin weinig veranderd. Dat bleek uit de vergadering naar aanleiding van de preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereeniging uit 1929, waarin de preadviseurs zich moesten buigen over de vraag: Behoeven de geldende regelen betreffende schadeloosstelling voor de gevolgen van niet-onrechtmatige overheidsdaden wijziging of aanvulling? Scholtens signaleerde in zijn preadvies dat de wetgever een 'tussenstelsel' volgde, waarbij nu eens wel, dan weer niet een geldelijke tegemoetkoming werd verleend.[27] Aan de beslissing of al dan niet vergoeding zou moeten worden gegeven kon, aldus Scholtens, 'geen scherper norm dan de billijkheid' ten grondslag worden gelegd. Hij vond het dan ook onwenselijk om een algemeen wetsartikel inzake het verlenen van schadevergoeding in het leven te roepen.[28] De andere preadviseur, De Vos van Steenwijk, concludeerde ook dat het bij de niet onrechtmatige uitvoering van de overheidstaak 'steeds gaat om het verleenen van een gunst en dat er geen beginsel van administratief recht bestaat, waarop de benadeelde zich bij zijn verzoek om schadevergoeding kan beroepen.'[29] Bij die terughoudende opstelling speelde vooral de vrees mee dat de positie van de Staat bij het uitvoeren van tal van openbare werken zou worden bemoeilijkt en de overheidskas te zeer zou worden belast als voor elke beperking op het eigendomsrecht een plicht zou bestaan om de schade te vergoeden.[30] Ook bij de stemming naar aanleiding van de preadviezen beantwoordde men de vraag of de wetgever een algemene regeling voor schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad zou moeten opnemen, met algemene stemmen in ontkennende zin.[31]

2.3 De billijkheid als schadevergoedingsgrondslag

Weliswaar was er een duidelijke tendens waarneembaar waarbij de wetgever in steeds meer gevallen tot het toekennen van schadevergoeding overging, maar van de erkenning van een algemeen rechtsbeginsel dat de wetgever

26 Van Dorp 1903, p. 85. Vgl. Krabbe 1893, p. 180-182, die stelde dat '(…) [d]e zeer uiteenloopende opvattingen die èn in de wetgeving èn in de literatuur en de jurisprudentie omtrent de grenzen dier schadevergoeding bestaan, duidelijk aantoonen, dat billijkheidsoverwegingen, geen vast rechtsbeginsel deze materie beheerschen.'

27 Scholtens 1929, p. 82 e.v. Vgl. zijn mede-preadviseur De Vos van Steenwijk 1929, p. 16 en 31 alsmede de bespreking van de preadviezen door Van der Pot 1929, p. 358 ('Het heeft mij niet verwonderd, maar niettemin verheugd, dat geen van beide preadviseurs van een verplichting tot schadevergoeding op grond van een algemeen rechtsbeginsel iets wil weten.').

28 Scholtens 1929, p. 86, p. 89.

29 De Vos van Steenwijk 1929, p. 58.

30 Zie bijv. De Vos van Steenwijk 1929, p. 16.

31 *Handelingen NJV* 1929, p. 206-209.

hiertoe ook *verplicht* zou zijn, was dus geen sprake. In wetgeving en literatuur was de *communis opinio* dat de vraag *of* enig rechtmatig overheidshandelen tot schadevergoeding aanleiding moest geven, een zaak was waarover de wetgever het laatste woord had en waarover deze per geval diende te beslissen. Het principe waarin dit karakter van een door de wetgever te verlenen gunst het beste tot uitdrukking kwam, was de billijkheid, dat in de literatuur en de wetgeving unaniem werd aangewezen als de primaire grondslag voor schadevergoeding bij 'niet onrechtmatig' toegebrachte schade.[32] Deze grondslag bood het voordeel dat werd voorkomen dat *elke* inbreuk op een eigendomsrecht of de aantasting van enig ander belang tot vergoeding aanleiding zou moeten geven, maar dat het op basis daarvan wel mogelijk was om in schrijnende individuele gevallen, hoe uiteenlopend van aard ook, een schadevergoeding toe te kennen. Zo werd op de billijkheid een beroep gedaan in het geval van de aantastingen van belangen (en dus niet eigendoms*rechten*) door de afsluiting van de Zuiderzee,[33] en in gevallen waarin aantasting van eigendom geen voorwaarde was voor schadevergoeding, zoals het in het Wetboek van Strafvordering neergelegde recht op vergoeding voor materiële en immateriële schade in verband met de beperking van het recht op persoonlijke vrijheid tengevolge van preventieve hechtenis.[34]

De billijkheid had als evidente zwakte dat zij geen enkel houvast gaf.[35] De Brauw zou haar later typeren als een begrip 'dat nauwelijks een eigen inhoud heeft' en 'waaruit in iedere bepaalde periode en voor iedere situatie, voor een belangrijk deel gevoelsmatig, zal worden afgeleid, wat behoorlijk

---

32 Zie bijv. de MvA bij de Veewet, waarin de minister als zijn mening uitsprak dat de billijkheid kon meebrengen dat de kosten om vee 'voorbehoedend' tegen ziektes te behandelen uit 's Rijks kosten zouden moeten worden betaald (*Kamerstukken II* 1919/20, 43, p. 2). Zie voorts de verschillende voorbeelden bij Van der Schaaf 1971, p. 18 e.v.

33 *Bijlagen Handelingen II* 1924/25, 281, no. 3, p. 25: 'Daartegenover behoeft evenmin van een bloote gunst te worden gesproken, wanneer tot zodanige tegemoetkoming bij uitzondering wordt overgegaan. In dit geval staat de zaak (…) eenvoudig zoo, dat uit overwegingen van billijkheid aan de Regeering een bevoegdheid wordt toegekend onder bepaalde omstandigheden en met inachtneming van zekere voorwaarden tegemoetkoming van onderscheiden aard te verleenen.'

34 Wet van 29 juni 1925, *S* 1925, 308. Vgl. de MvT bij de bepalingen in het wetboek van Strafvordering bij preventieve hechtenis: 'Een algemene rechtsplicht tot wegneming van de niet-beoogde gevolgen van op zichzelf rechtmatige toepassing van voorloopige hechtenis schijnt derhalve niet te construeeren, althans niet langs den aangeduiden weg, noch ook in consequentiën te aanvaarden' (*Kamerstukken II* 1913/14, 286).

35 Over zijn eigen, op de billijkheid gebaseerde, voorstel voor een wettelijke bepaling oordeelde Scholtens dan ook dat deze zó algemeen was dat zij weinig houvast zou kunnen bieden (p. 87). Om die reden was men ook in de preadviezen voor de NJV van 1887 ('Hoever moet de bevoegdheid, om het eigendomsrecht door politieverordeningen te beperken, zich uitstrekken?') over de billijkheid niet erg enthousiast; zie de *Handelingen NJV* 1887 p. 263, waar preadviseur De Leao Laguna opmerkte dat wanneer de vraag naar schadevergoeding zou worden teruggebracht tot 'eene vraag van billijkheid', zij niet meer zou bewegen 'op den vasten bodem van het recht'.

en redelijk is'.[36] Deze bezwaren gingen ook op voor de benadering van de wetgever in dit tijdvak. Het voordeel van maatoplossingen woog niet op tegen het feit dat het stelsel dat Scholtens een 'tussenstelsel' noemde, een allesbehalve consistent stelsel was, waarin zonder duidelijk houvast nu eens wel, dan weer geen schadevergoedingsbepaling in de wet werd opgenomen. Weliswaar waren er gevallen waarin het redelijk leek om geen schadevergoedingsplicht in het leven te roepen, zoals de gevallen van een rechtmatige vernietiging van zaken die voor de samenleving gevaarlijk of schadelijk waren,[37] maar het bleek lastig in meer algemene termen te beschrijven welke maatstaven bepalend zouden moeten zijn ten aanzien van de vraag of de wetgever een recht op schadevergoeding zou moeten erkennen.

Het gebrek aan een duidelijke maatstaf wreekte zich met name bij wetgeving die de mogelijkheden tot gebruik van eigendom *beperkte*. Een goed voorbeeld daarvan waren de wetten die de mogelijkheden van eigenaren om hun gronden op de door hen gewenste wijze te exploiteren, beperkten of onmogelijk maakten. In deze wetten werd in sterk vergelijkbare gevallen een allesbehalve consistente lijn gevolgd. In sommige wetten werd geen,[38] in andere wetten wel[39] (en dan ook een algehele) schadevergoeding toegekend. Een bekend voorbeeld van de eerstgenoemde groep was de Woningwet, op grond waarvan een 'rooilijn' (een denkbeeldige lijn langs een weg waarbuiten niet gebouwd mag worden) kon worden vastgesteld, die het grondeigenaren onmogelijk maakte hun grond op de door hen gewenste manier te gebruiken.[40] Ondanks verzet in de kamer – enkele kamerleden merkten het ontbreken van een schadevergoedingsregeling aan als een vorm van 'landnationalisatie zonder schadeloosstelling'[41] – wenste de regering geen recht op schadevergoeding in de wet op te nemen. Hier tegenover stond het ruimhartige regime van de Boterwet, op grond waarvan monsters konden worden genomen die

36 De Brauw 1955, p. 74.

37 Van Dorp 1903, p. 167 e.v. bespreekt een aantal voorbeelden, zoals de Wet op de besmettelijke ziekten van 1872 en de Wet tot vaststelling van bepalingen bij het voorkomen van hondsdolheid van 1875.

38 Zoals de Spoorwegwet van 1859 (*S* 98; geen schadevergoeding voor een bouwverbod binnen een zekere afstand van de spoorbaan), de Begrafeniswet van 1869 (*S* 65; geen vergoeding bij weigering van een vergunning voor het oprichten van een gebouw binnen een zekere afstand van begraafplaatsen) en de Rivierenwet van 1908 (*S* 339; bouwverbod voor werken op het zomer- en het winterbed van de rivier),

39 Zoals de Kringenwet van 1853 (*S* 128; bouwverbod voor gronden tot zover als één kilometer buiten vestingswerken, teneinde het schootsveld vrij te houden), de Scheurwet van 1918 (*S* 503; op basis van deze wet kon een gebod worden opgelegd om in het belang van de volksvoeding grasland om te zetten in bouwland), de Verkeerswet tegen lintbebouwing van 1922 (*S* 698; bouwverbod voor gronden gelegen langs rijkswegen) en de Luchtvaartwet van 1926 (*S* 249; bouwverbod op luchtvaartterreinen of terreinen in de onmiddellijke nabijheid daarvan).

40 Wet van 22 juni 1901 (*S* 158).

41 *Kamerstukken II* 1900/01, nr. 34, nr. 1, p. 37. Zie ook De Vos van Steenwijk 1929, p. 43-45 en Van Dorp 1903, p. 199 e.v.

konden worden getest op mogelijke overtredingen. Geheel consequent vanuit de Onteigeningswet geredeneerd moest die monsterneming worden beschouwd als een vorm van ontneming van eigendom, waarvoor, ondanks de geringe waarde van het ontnomen goed, een schadeloosstelling kon worden gegeven.

Op het centraal stellen van het 'heilige eigendomsrecht' als in deze wet werd in de literatuur de nodige kritiek uitgeoefend.[42] Het beroep op de billijkheid verschafte nauwelijks helderheid ten aanzien van de vraag of de door de wetgever soms toegekende vergoedingen slechts een gunst van de overheid waren of dat er tot op zekere hoogte sprake was van een recht op vergoeding en, indien die laatste vraag bevestigend zou moeten worden beantwoord, naar welke maatstaven het recht op schadevergoeding zou moeten worden beoordeeld. In de literatuur werden verschillende theorieën aangedragen om te komen tot een nadere concretisering van de grondslag voor schadevergoeding.

2.4 Het grondslagendebat in de literatuur

2.4.1 Verschillende grondslagen

Het terughoudende standpunt van de wetgever weerhield de literatuur er niet van theorieën te ontwikkelen over de mogelijke rechtvaardiging van een rechtsplicht tot schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden. Die theorieën werden in eerste instantie ontwikkeld in het kader van het leerstuk van de onteigening. In zijn proefschrift over onteigening uit 1931 noemde Jonckers Nieboer vier theorieën die een verklaring konden geven voor de vraag 'welke overwegingen van billijkheidsaard de schadeloosstelling in de wet hebben doen opnemen':[43]

> 1. De noodrechttheorie. Deze theorie legde een parallel tussen het handelen in nood en de onteigening. In beide gevallen wordt door het recht bewust een nadeel toegebracht aan een ander. Net als de handeling in nood kan ook de onteigening niet onrechtmatig worden genoemd, maar hij, in wiens belang de handeling geschiedde, dient de ontstane schade wel te vergoeden.[44]
> 2. De waardetheorie, die uitging van de onaantastbaarheid van de waarde van een goed, dit ter onderscheiding van het goed zelf. Wanneer een bepaald goed nodig is in het belang van de gemeenschap, kan het recht op dat goed worden opgeheven. Het gaat er de overheid echter primair om het object, het goed te

42 Zo meende Van der Does (*Handelingen NJV* 1929, p. 128-136 en p. 173-174) dat het meer voor de hand lag iemand dat 'kleine kluitje boter' te ontnemen zonder hem daarvan de waarde te vergoeden.

43 Jonckers Nieboer 1931, p. 48 e.v.

44 Deze theorie werd ook aangehangen door Paul Scholten in diens proefschrift *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* uit 1899. Scholten leek op zijn beurt geïnspireerd te zijn door de *Lex Rhodia de iactu*.

verkrijgen, niet om een burger in zijn vermogen aan te tasten. De waarde van het object wordt hem daarom gelaten; de onteigende wordt slechts gedwongen zijn kapitaal in andere vorm om te zetten. Zou het goed zonder meer worden afgenomen, dan zou een niet door de overheid gewilde en voor de uitvoering van haar plannen niet nodige bijdrage worden geëist, die in strijd zou zijn met 'het beginsel van de gelijkmatige verdeeling der staatslasten.'[45]

3. De offertheorie, die ervan uitging dat schadevergoeding moet worden gegeven 'waar ten opzichte van anderen één burger bijzonder sterk getroffen wordt; waar dus één een bijzonder offer moet brengen, dat niet van anderen geëischt wordt.'[46] Voor dit onderscheid tussen bijzondere en algemene offers werd aangesloten bij het onderscheid tussen daden van de uitvoerende en de wetgevende macht. Bij ontneming van een recht door de wet lijden allen en hoeft dus geen schadevergoeding te volgen; bij ontneming door de uitvoerende macht, slechts een enkele, zodat een vergoeding wel op haar plaats kan zijn.[47]

4. De theorie van het positief voordeel, die als algemene regel stelde dat de gemeenschap zich wel op kosten van de rechthebbenden mag beschermen tegen uitoefening van rechten, die voor de gemeenschap gevaarlijk of schadelijk is, maar niet op kosten van bepaalde rechthebbenden van het recht van een ander mag profiteren in het belang van door haar nagestreefde doeleinden. In de visie van Scholtens moet men een onderscheid maken tussen handelingen die beogen een positief voordeel voor de gemeenschap te bewerkstelligen (in de regel wel schadevergoeding) en handelingen waarbij slechts een nadeel voor de gemeenschap wordt afgewend (in de regel geen schadevergoeding).[48]

Van deze theorieën konden de noodrechttheorie en de theorie van het positief voordeel in de literatuur niet op brede steun in de literatuur rekenen. De noodrechttheorie werd bekritiseerd omdat de analogie tussen handelen in nood en publiekrechtelijk rechtmatig handelen niet zou opgaan.[49] De theorie van het positief voordeel ging uit van het onderscheid tussen handelingen als de onteigening waar de gemeenschap van profiteerde en waar dus schadeloosstelling moest worden gegeven en handelingen waar de gemeenschap alleen tegen een bepaald gevaar wordt beschermd en waar dus geen schadeloosstelling

45 Jonckers Nieboer 1931, p. 50. In het onteigeningsrecht genoot de waardetheorie de nodige aanhang (zie bijv. Buys 1884, p. 275-276 en Visser 1884, p. 88-89).

46 Van Dorp 1903, p. 94.

47 Jonckers Nieboer 1931, p. 50-52. Vgl. Van Dorp 1903, p. 94: 'Het postulaat is dus niet meer: geen inbreuk mag gemaakt worden door het openbaar gezag zonder schadeloosstelling, maar: de inbreuken die op den eigendom gemaakt worden moeten gelijk zijn voor allen. Is dat niet zoo, dan is er sprake van een bijzonder offer, waarvoor schadevergoeding vereischt wordt.'

48 Scholtens 1929, p. 70 e.v. Onder die laatste categorie, de beperking van 'schadelijke rechten', vielen volgens Scholtens onder meer de inbreuk op eigendom door het slavernijverbod (waarbij volgens Scholtens sprake was van een 'betwistbaar, wederregtelijk eigendom') en de afschaffing van jachtrechten (die schadelijk werden geacht voor de landbouw).

49 Zie bijv. Van Dorp 1903, p. 116-117, die stelt dat 'noodrecht' in het publiekrecht een onbruikbaar begrip zou zijn, onder meer omdat de ontneming van eigendom door de staat geen exceptionele daad is, maar 'volkomen normaal'.

vereist was. Nog afgezien van de vraag of niet *elke* rechtmatige overheidshandeling een positief voordeel voor de gemeenschap beoogt,[50] waren er verschillende wettelijke regelingen op grond waarvan wel degelijk schadevergoeding werd toegekend bij de ontneming of beperking van 'schadelijke rechten', zodat in het al dan niet schadelijk zijn van een recht in elk geval niet altijd een sluitend criterium kon worden gezocht.[51]

De waardetheorie genoot weliswaar enige aanhang in het onteigeningsrecht,[52] maar de vraag was of deze theorie ook bruikbaar was voor andere handelingen dan de ontneming van eigendom. Deze theorie ging immers uit van de situatie waarin een goed in andere handen overging. Het positieve recht aan het begin van de twintigste eeuw gaf er geen blijk van dat het ook buiten onteigening gebruikelijk was om de onaantastbaarheid van de eigendom van de burger als uitgangspunt te nemen. Eerder gold het uitgangspunt dat de burger in die situaties zijn schade ten gevolge van rechtmatige overheidshandelingen in beginsel zelf diende te dragen.

2.4.2 Steun voor de offertheorie, maar twijfels over haar consequenties

De offertheorie genoot in de literatuur wel ruime aanhang. Reeds in 1847 stelde Olivier in zijn proefschrift over beperkingen van eigendom door 'politieregt' (een vroege term voor bestuursrecht) dat bij onteigening schadevergoeding moet worden gegeven:

> '[o]mdat het offer hier geheel en al ten laste komt van één enkel lid der gemeente. Trof de schade allen gezamenlijk, er zoude geene vergoeding behoeven gegeven te worden, even weinig als men den burgers de belastingen vergoedt, welke men hun oplegt. Maar waar men van een enkel lid het offer vordert van zijn regt, omdat het nu juist zoo uitkomt, dat *zijn* regt onbestaanbaar is met het belang des geheelen ligchaams, daar is ook de gemeente verpligt de schade te vergoeden, welke dat lid door zijn offer geleden heeft. Men vergoedt de schade, niet omdat de onteigende partij zijn bijzonder eigendomsregt tegenover het publiek regt der gemeente kan geldend maken, niet omdat de Staat den burger dat regt als het ware moet afkoopen, maar op eenen grond van billijkheid, opdat een publieke last niet uitsluitend ten laste dier eigenaars zou gebragt worden, wier eigendommen toevallig juist in de rigting van het aan te liggen werk liggen.'[53]

Thorbecke (zoon van de staatsman) maakte een vergelijkbaar onderscheid tussen maatregelen die een algemene last oplegden (zoals het oproepen voor de militaire dienst en de belastingheffing) en waarvoor dus geen vergoeding

50 De Brauw, *Handelingen NJV* 1929, p. 141-143.
51 Zie ook Scholtens 1929, p. 86 en Van der Pot 1929, p. 361.
52 Buys 1884, p. 275-276, Visser 1884, p. 88-89.
53 Olivier 1847, p. 13.

diende te worden gegeven, en de situatie, zoals bij de inbezitneming van onroerend goed, waarin de gehele last van een werk dat iedereen tot nut is neerkomt op 'eenige weinigen'. In die laatste situatie was het volgens hem billijk 'aan hem, die alleen, en zoo buitengewoon zwaar, getroffen wordt, vergoeding te geven'.[54] Later zou ook Hamming menen dat de offertheorie het recht op (volledige) schadevergoeding bij onteigening kon verklaren.[55]

Ook buiten het onteigeningsrecht treft men al vroeg door de offertheorie geïnspireerde pleidooien aan, zoals bij Leyds, die haar aanwees als grondslag voor het recht op schadevergoeding voor rechtmatig ondergane preventieve hechtenis.[56] Van Dorp zocht in de met de offertheorie verwante notie van een gelijke spreiding van overheidslasten zelfs de rechtsgrond voor schadevergoeding voor *elke* rechtmatige uitoefening van het openbaar gezag.[57] Gemeenschappelijk aan deze steun voor de offertheorie is dat 'gelijkheid' in die zin werd geïnterpreteerd dat de getroffen burger door het toekennen van schadevergoeding in een gelijke positie zou moeten komen te verkeren als de (niet getroffen) burgers die deel uitmaken van het collectief dat van het overheidshandelen profiteert. De getroffene kon daarom aanspraak maken op een schadeloosstelling. Zeer duidelijk komt dit tot uiting in het volgende citaat van De Brauw:

> 'Mijn stelling is dus, dat het een eisch is zoowel van billijkheid als ook van economisch belang, dat in den regel (…) men behoort te kunnen rekenen op volledige schadevergoeding. (…) Wanneer het geldt algemeene maatregelen van de Overheid, die voor allen dezelfde gevolgen hebben, is er geen gevaar. Maar het betreft hier

54 Thorbecke 1880, p. 46. Vgl. De Vos van Steenwijk 1929, p. 57: het feit dat een monsterneming op grond van de Boterwet in het belang van de boterhandel plaats had betekende volgens hem niet dat schadeloosstelling kon worden uitgesloten, aangezien de daardoor veroorzaakte schade niet onevenredig op één bepaalde handelaar mag worden gelegd.

55 Hamming 1948, p. 33: 'Het is de overheid er om te doen de beschikkingsmacht over het goed te krijgen, niet om de eigenaren in hun vermogenspositie te treffen. Ware het anders, dan zouden op een kleine groep van eigenaren de lasten drukken van wat in het algemeen belang tot stand moet worden gebracht. De betrokken eigenaren mogen derhalve ten gevolge van de onteigening in hun vermogen geen nadelige invloed ondervinden. Zij behoren volledige vergoeding te ontvangen van de door hen te lijden schade.'

56 Leyds 1884, p. 62-64, erkende het beginsel 'dat alle offers en lasten, noodzakelijk voor het algemeen belang, worden gebracht en gedragen gelijkmatig door allen', een beginsel dat volgens hem ook ten grondslag lag aan het belastingstelsel. Met 'gelijkmatig' bedoelde hij dat alle burgers 'in gelijke mate den druk moeten ondervinden, die een gevolg is van het brengen van offers, het dragen der lasten, noodig ter bereiking van het staatsdoel', zodat die gelijke maat niet anders zou kunnen worden bereikt dan door ieder te belasten naar zijn draagvermogen. Vgl., met verwijzingen, Mom-Visch 1882, p. 268-269. Een historisch overzicht van dit strafrechtelijke debat geeft Dane 2009 (i.h.b. p. 275-276).

57 Van Dorp 1903, p. 71: 'dat aan de overheerschende macht van den staat, met het oog op de belangrijkheid van den particulieren eigendom, paal en perk moet worden gesteld bij het inbreuk maken in dien eigendom, opdat die inbreuken én in het algemeen niet te groot zijn, én in het bijzonder den eenen burger niet op bovenmatige wijze treffen boven de anderen.'

> allerlei maatregelen, die speciale menschen, op bepaalde categorieën drukken, terwijl de anderen vrijlopen. (…) Wanneer men bij een uitbreidingsplan hier een straat legt, ondervindt deze de voordeelen en gene de nadeelen; wanneer men daar een straat legt, juist andersom. (…) De angel is eruit, zoodra men zeggen kan: gij wordt allen gelijk behandeld; wanneer een dergelijke schade wordt toegebracht, wordt die uit de openbare kas vergoed en wordt dus de last over allen gelijkelijk verdeeld.'[58]

Dit standpunt mag illustratief heten voor de manier waarop destijds, óók door de wetgever, tegen het recht op schadevergoeding werd aangekeken: voor zover een recht op schadevergoeding in de wet werd opgenomen, was in de regel – op regelingen als de Zuiderzeesteunwet na, waarin het sociaal-economische motief domineerde – sprake van een recht op een *volledige* schadevergoeding.[59] De vraag of al dan niet schadevergoeding diende te worden verleend, werd dus tamelijk absoluut benaderd: als het antwoord op die vraag bevestigend luidde, zou ook de schade geheel moeten worden vergoed.

Die consequentie van een algehele vergoeding – althans de afwezigheid van een duidelijke rechtvaardiging voor een *minder* dan algehele vergoeding – bracht met zich dat zowel in de literatuur als in de wetgeving rechtspolitieke bezwaren bestonden tegen de aanvaarding van een algemeen rechtsbeginsel dat bij rechtmatige overheidsdaden tot schadevergoeding zou verplichten. De financiële gevolgen daarvan zouden immers zo groot zijn dat de overheid in haar rechtmatige handelen alleen maar zou worden gehinderd.

Dat die vrees niet zonder grond was, bewees het voorbeeld van de Wet houdende regeling inzake vaststelling van een bouwverbod op gronden langs rijkswegen.[60] Deze wet beoogde de vrijwel aangesloten bebouwing langs hoofdwegen ('lintbebouwing') tegen te gaan omdat de langs deze wegen gelegen gronden in de toekomst voor de verbetering (verbreding) van de weg nodig zouden kunnen zijn. Daartoe kon bij algemene maatregel van bestuur een verbod worden opgelegd om op, in of boven aangewezen gronden langs of dichtbij rijkswegen te bouwen. Het betrof hier dus een *beperking* en geen ontneming van het eigendomsrecht. In de regel werd voor beperkingen van eigendom door de wetgever geen vergoeding gegeven, maar in deze wet werd daarop een uitzondering gemaakt, volgens de Memorie van Toelichting omdat het beginsel van schadevergoeding voor een geval als dit 'welhaast geen toelichting' behoefde.[61] Volgens Van der Pot was juist dat de reden dat de wet weinig werd toegepast:

---

58 *Handelingen NJV* 1929, p. 144-146.

59 Zie de voorbeelden van wetgeving genoemd in noot 129.

60 Wet van 22 december 1922, *S*. 698.

61 *Kamerstukken II* 1915/16, nr. 230. Een ander voorbeeld van een wet waarin voor een beperking van eigendom schadeloosstelling werd gegeven was de Luchtvaartwet van 1926 (*Stb*. 249), die het verbood om op grond in de onmiddellijke nabijheid van luchtvaartterreinen te bouwen.

> 'Deze wet is echter een doode letter gebleven. Zij is nimmer toegepast, naar men zegt, omdat de erkenning van een recht der eigenaren op volledige schadevergoeding aan het leggen van bouwverboden uiterst bezwarende financieele gevolgen verbond. De lintbebouwing langs de groote wegen is zoodoende hand over hand toegenomen, waardoor, naast andere belangen, ook het financieele belang der openbare lichamen ten zeerste is geschaad, aangezien bij het steeds toenemend verkeer de verbreeding der hoofdverbindingswegen toch op den duur onvermijdelijk is.'[62]

Het vooruitzicht van talloze schadeclaims, telkens strekkend tot de vergoeding van alle schade, leidde er in dit geval dus toe dat de overheid niet tot het opleggen van een bouwverboden overging. Er was een andere benadering nodig, een die zowel recht deed aan individuele schrijnende gevallen als aan de noodzaak voor de overheid om beleid te kunnen voeren en daarbij niet telkens gehinderd te worden door schadeclaims. In de loop van de jaren twintig en dertig gingen er steeds meer stemmen op om ook hier te lande te kiezen voor de oplossing die de Franse rechter had gekozen. Om dit debat goed te kunnen plaatsen, is het nuttig om eerst stil te staan bij de aard en de achtergronden van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad naar Frans recht.

2.5 Intermezzo: de ontwikkeling van het égalitébeginsel in het Franse recht

2.5.1 De égalité en de Franse Revolutie

Het beginsel 'égalité devant les charges publiques' is opgekomen in het kielzog van de Franse Revolutie. Het *Ancien Régime*, het Frankrijk van voor de Revolutie, kenmerkte zich door grote ongelijkheden, vooral in het fiscale systeem. De derde stand (de burgerij of *Tiers*) moest een veel groter deel van de belastingen (de *taille*) voor zijn rekening nemen dan de overige standen, terwijl de burgerij de minste grond in eigendom had. De andere twee standen, de geestelijkheid en de adel, waren van deze belasting uitgesloten en leverden louter op basis van vrijwilligheid een bijdrage aan de staatskas. Bepaalde provincies en talloze steden hoefden aan deze belasting slechts een deel bij te dragen. Ten aanzien van de indirecte belastingen was het beeld niet anders. De accijnzen verschilden per provincie en ook de douaneregimes verschilden onderling sterk. De onvrede over deze ongelijkheden was groot en werd versterkt toen Louis XVI in mei 1789 opnieuw van plan was een belasting in te voeren die vooral op de derde stand zou drukken. De *Tiers* verzette zich en richtte een eigen parlement op, de Assemblée. Toen de adel en de geestelijkheid zich hierbij aansloten, stuitte dit op wantrouwen van het gewone volk, dat op

62 Van der Pot e.a. 1932, p. 555. Zie ook Scholtens 1929, p. 76 en Kruseman 1946, p. 43.

14 juli 1789 met de bestorming van de Bastille de aftrap gaf voor de Franse Revolutie.

Spoedig na de Revolutie ging de Assemblée over tot het ontwerpen van een nieuwe Grondwet, waarvan het eerste onderdeel, de *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, al op 26 augustus 1789 werd aanvaard. Volgens de Preambule bij deze verklaring bestaan er natuurlijke, onvervreemdbare en heilige rechten van de Burger en de Mens. In de artikelen 10 en 11 werden de vrijheid van meningsuiting en godsdienst geproclameerd en in het slotartikel 17 het eigendomsrecht, maar de verklaring stelde bovenal de gelijkheid van alle Fransen voorop. Deze keerde verschillende malen in de tekst terug: genoemd werden de gelijkheid van de burgers (*égalité de droits entre les hommes* (art. 1)), de gelijkheid voor de wet (*égalité devant la loi* (art. 6)) en de gelijke toegang tot publieke functies (*égal accès aux emplois publics* (art. 6)). In artikel 13 werd voorts de gelijkheid van de Fransen voor de belastingen geproclameerd, de *égalité devant l'impôt*:

> 'Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.'

Dit artikel beoogde in eerste instantie een eind te maken aan de ongelijke verdeling van de belastingdruk onder het *Ancien Régime*. Uit verschillende documenten die in de aanloop naar de *Déclaration* werden opgesteld, bleek echter dat de Assemblée van opvatting was dat onder de lasten die door de leden van de collectiviteit gelijkelijk moesten worden gedragen, niet alleen de belastingen dienden te worden verstaan, maar *alle* lasten die particulieren in het algemeen belang moesten dragen. Wat de derde stand wilde, was een einde aan het feodale systeem met zijn heerlijke rechten en privileges van de eerste en de tweede stand. Dit ging niet alleen over de belastingen, maar ook over een eerlijker verdeling van de grond, over de vordering van strijdkrachten voor de militaire dienst, van huizen, koopwaren en voeding in tijden van oorlog, en over voorrechten die de vrijheid van grondeigenaren belemmerden, zoals het jachtrecht. Volgens Siéyès, gedeputeerde in de Staten-Generaal, ging het erom *al* deze voorrechten af te schaffen. Hij streefde na dat 'tout besoin public doit être à la charge de tout le monde et non d'une classe particulière de citoyens'. Zou dit niet het geval zijn, dan waren de verhoudingen tussen burgers geen werkelijk vrije verhoudingen en domineerde het particuliere belang boven het algemeen belang.[63] In de nacht van 4 augustus 1789, waarin de Assemblée besloot tot afschaffing van de feodale rechten, betoogde de burggraaf van Noailles dat het er niet alleen om ging dat de belasting voortaan

63 Siéyès 1888, p. 13.

naar rato van ieders vermogen zou worden geheven, maar 'que toutes les charges publiques seront à l'avenir également supportées par tous'.[64]

Zelfs al noemde de *Déclaration* de *égalité devant les charges publiques* niet expliciet, duidelijk is dat het gelijk verdelen van de publieke lasten geheel in de geest was van wat de opstellers beoogden toen zij de *égalité devant la loi* en de *égalité devant l'impôt* codificeerden. Het solidariteitsdenken waarvan de latere *égalité devant les charges publiques* uitdrukking geeft, lag in de kiem dus al in art. 13 van de *Déclaration* besloten.[65] Belin noemt de *égalité devant les charges publiques* in dat verband 'une notion constitutionnelle qui s'entend par opposition à l'idée de privilège' – een concept dus dat uitdrukking gaf aan de afkeer van het toekennen aan privileges voor bepaalde groepen in de maatschappij.[66] Een beperkte opvatting van het begrip *charge publique* (als zou dit alleen zien op de belastingen) paste daarbij volgens hem niet: een *charge publique* is simpelweg elke last die op een burger in het algemeen belang wordt gelegd. Wat daartoe behoort, verschilt per tijdvak, afhankelijk van politieke, economische, militaire en andere omstandigheden.[67] Deze brede interpretatie treft men ook aan in tal van constitutionele teksten van na de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.[68]

2.5.2 Het arrest *Blanco* (1873)

De *Déclaration* en het gedachtegoed van de Franse Revolutie in meer algemene zin hebben de inhoud en de inrichting van het Franse rechtssysteem blijvend beïnvloed en zouden in latere grondwetsherzieningen een belangrijke bron van inspiratie blijken.[69] Deze invloed was ook te merken in de opstelling die de rechter tegenover het handelen van het bestuur had in te nemen. Ten tijde van het *Ancien Régime* was het niet ongebruikelijk dat gerechtshoven werden bezet door de adel, zodat maatregelen van de Koninklijke administratie die

64 Belin 1934, p. 348 e.v.
65 Delvolvé 1969, p. 12.
66 Belin 1934, p. 353.
67 Belin 1934, p. 341, Caporal 1995, p. 198-199.
68 Zo bevatten de *acte additionel* van 1815 en de *Charte* van 1830 de bepaling 'Les Français sont égaux devant la loi (…) pour la contribution aux impôts et aux charges publiques', terwijl de Constitutie van 1848 in zijn preambule stelde dat Frankrijk 's'est proposé pour but (…) d'assurer une répartition de plus en plus équitable des charges et des avantages de la société.' Meer dan 150 jaar na de *Déclaration* van 1789, in de Constitutie van 1946, werd expliciet op de *Déclaration* teruggegrepen en werden de bepalingen daaruit herbevestigd voor de nieuwe tijd. In de Constitutie van 1946 werd bovendien de gelijkheid van de Fransen voor de lasten die voortvloeien uit nationale rampen vooropgesteld: 'La nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales'.
69 Ook de huidige Franse grondwet (die dateert van 1958) verwijst in de preambule naar de *Déclaration*.

een bedreiging vormden voor de privileges van de eigen stand, in de regel op sterk verzet stuitten.[70] Deze vermenging van staatsmachten was velen een doorn in het oog, zodat in het post-revolutionaire Frankrijk een strikte scheiding van staatsmachten werd nagestreefd. In de *Loi des 16-24 août 1790* werd – conform de leer van Montesquieu – aan de rechterlijke macht de mogelijkheid ontzegd '[de] troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs'. Deze wet werd bevestigd door een (nog steeds van kracht zijnde) wet uit 1795, het *Décret du 16 fructidor an III*, die de civiele en strafrechter een vergaande beperking tot toetsing van overheidshandelen oplegde. Een aparte bestuursrechtelijke rechtskolom werd echter niet gecreëerd. In plaats van een controle op het bestuur door de burgerlijke rechter kwam een systeem van intern-bestuurlijke controle, waarbij de Chef de l'Etat, het hoofd van de uitvoerende macht, in hoogste instantie oordeelde en de Conseil d'Etat vooral een adviserende rol vervulde. Onvrede met dit systeem van *justice retenue* (waarbij niet de rechter, maar het bestuur de laatste stem had) leidde tot de opkomst van het systeem van *justice déléguée*, waarbij het oordeel over het overheidshandelen werd overgelaten aan de rechter. De restrictieve opvatting van de rechterlijke taak (conform de gedachte dat 'juger l'administration, c'est encore administrer') werd daarbij verlaten: bij wet van 24 mei 1872 werd de Conseil d'Etat een onafhankelijke rechter, die zijn oordelen niet langer aan de Chef de l'Etat diende voor te leggen. Vanaf dat moment kwam de Conseil d'Etat de bevoegdheid toe om zich zelfstandig, zonder tussenkomst van de Chef de l'Etat, uit te spreken over klachten tegen bestuurlijk handelen en in dat kader ook beschikkingen te vernietigen.[71]

Vanaf 1872 bestonden er dus twee rechters, de één – de burgerlijke rechter of *juge judiciaire* – met een competentie ten aanzien van vooral civiele en strafrechtelijke zaken, de ander – de Conseil d'Etat, destijds nog in eerste en enige instantie rechtsprekend in administratieve zaken – primair bevoegd ten aanzien van overheidshandelen. In 1872 werd ook een ander college in het leven geroepen, de Tribunal des Conflits, die moest beslissen over de competentieverdeling tussen de beide rechters. Al in 1873 wees dit college het arrest *Blanco*. Een meisje, Agnes Blanco, was overreden door een karretje van het staatstabakbedrijf. Toen de vader naar de burgerlijke rechter stapte om schadevergoeding te vragen, verklaarde deze zich onbevoegd. Het Tribunal des Conflits moest zich over de zaak buigen en wees een arrest dat vooral om twee redenen belangrijk is. Ten eerste bleek eruit dat de bestuursrechter bevoegd was als het geschil was gerelateerd aan de *service public*. Het gaat daarbij niet alleen om geschillen omtrent typische bestuurshandelingen als beschikkingen, maar ook om feitelijke handelingen en overeenkomsten die het bestuur sluit in het kader van de *service public*.[72] De bevoegdheid van de civiele rechter,

70 Zie nader Bok 1992, p. 25, Debeyre 1936, p. 15-23 en Hink 1964, p. 481.
71 Zie over deze ontwikkeling Klap 1994, p. 103 e.v.
72 Bok 1992, p. 30.

die zich tot dan toe bevoegd had geacht om van geschillen met betrekking tot overheidshandelen kennis te nemen, onder toepassing van de Code Civil, werd dus flink ingedamd. Ten tweede bevestigde het Tribunal dat voor de aansprakelijkheid van de overheid andere regels gelden dan voor burgers onderling. Het overwoog, geparafraseerd, dat de aansprakelijkheid van de overheid niet wordt geregeerd door dezelfde regels als die gelden in de verhouding tussen particulieren onderling, en vervolgde:

> 'Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés.
> Que, dès lors (…) l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître.'[73]

Een nadere rechtvaardiging voor het bestaan van *règles spéciales* voor de aansprakelijkheid van de overheid gaf de Tribunal des Conflits in het arrest-*Blanco* niet. In de literatuur werd daarover wel getheoretiseerd. Invloedrijk waren vooral de denkbeelden van de filosoof Léon Duguit (1859-1928). De overheid kon in zijn visie niet onrechtmatig handelen;[74] wel kon zij burgers zekerheid bieden dat zij hun schade vergoed krijgen die voortvloeit uit het functioneren van de *service public*, die immers plaatsvindt in het belang van de gehele samenleving. In zijn visie was de basis van alle recht dat mensen sociale wezens zijn, met een universeel instinct voor solidariteit en onderlinge afhankelijkheid. Om in een maatschappij samen te kunnen leven diende men zich ervan bewust te zijn tot een *collectief* te behoren. Op het gebied van de aansprakelijkheid van de overheid maakte het uitgangspunt dat ieder zijn eigen schade heeft te dragen dan ook plaats voor de gedachte dat het dienen van het algemeen belang vraagt om compensatie van enkelen die daardoor meer dan anderen getroffen worden. De Staat was in zijn visie de verzekeraar van het 'sociale risico', dat wil zeggen het risico dat voortvloeit uit het maatschappelijk leven, welk risico voor burgers 'voelbaar' wordt door interventie van de Staat.[75]

Als rechtsbasis voor dit idee van een 'sociale verzekering' wees Duguit het beginsel *égalité devant les charges publiques* en de *théorie du risque* aan. De *théorie du risque* ontleende hij aan het civiele recht. Zoals in het civiele recht

---

73 TC 8 februari 1873, *D*. 1873,3, 317 (*Blanco*).

74 Het begaan van een fout veronderstelt, aldus Duguit, de *bewuste* schending van een rechtsregel, waarbij de vrije wil van de persoon die onrechtmatig handelt dus wordt verondersteld. De aansprakelijkheid van deze persoon is dan gegrond op het feit dat hij uit vrije wil een bepaald doel wilde bereiken en daartoe een schadelijke handeling heeft verricht. Op *statelijk* handelen konden deze uitgangspunten volgens Duguit echter niet zonder meer worden toegepast, want met het handelen van de staat worden geen individuele doelen bereikt, maar altijd *collectieve*. Een bestuursdaad wordt zonder twijfel verricht door individuen, maar altijd met een collectief doel.

75 Schwartz 2006, p. 295.

een risicoaansprakelijkheden bestonden (ten aanzien van ondergeschikten bijvoorbeeld), zou ook de overheid risicoaansprakelijk zijn indien schade ontstaat in de uitoefening van de *service public*. De rechtvaardiging voor deze risicoaansprakelijkheid was gelegen in een combinatie van *risque social* (het leven in een samenleving met anderen kan vragen om een interventie van de overheid; als dan schade ontstaat, moet de overheid deze voor haar rekening nemen) en *risque profit* (de samenleving heeft het voordeel van het optreden van de staat en moet dus ook de nadelen daarvan dragen). De rol van de overheid als 'superverzekeraar' van nadeel door overheidshandelen bracht Duguit echter ook in verband met het beginsel van de égalité devant les charges publiques:

> 'On ne peut édifier la responsabilité de l'Etat que sur l'idée d'une assurance sociale, supportée par la caisse collective, au profit de ceux qui subissent un préjudice provenant du fonctionnement des services publics, lequel a lieu en faveur de tous. Cette conception se rattache elle-même à une idée qui a profondément pénétré la conscience juridique des peuples modernes, celle de l'égalité de tous devant les charges publiques. L'activité de l'Etat s'exerce dans l'intérêt de la collectivité tout entière; les charges qu'il entraîne ne doivent pas peser plus lourdement sur les uns que sur les autres. Si donc il résulte de l'intervention étatique un préjudice spécial pour quelques-uns, la collectivité doit le réparer, qu'il y ait une faute des agents publics, soit même qu'il n'y en ait pas. L'Etat est, en quelque sorte, assureur de ce qu'on appelle souvent le risque social, c'est-à-dire le risque provenant de l'activité sociale, se traduisant dans l'intervention de l'Etat.'[76]

Uit dit citaat valt af te leiden dat de *égalité devant les charges publiques* in de visie van Duguit niet alleen de rechtsbasis was voor schadevergoeding bij *rechtmatig* overheidsoptreden, maar voor *elk* statelijk handelen ('l'activité de l'Etat', 'l'intervention étatique') dat schade veroorzaakt. Aangezien de staat handelt in het belang van allen, moet ook de schade die ten gevolge van statelijk handelen ontstaat door de collectiviteit worden gedragen.[77] Telkens wanneer zulk nadeel ontstaat, of dat handelen nu foutief van aard is of niet, resulteert dat in een *charge publique* die de getroffene zwaarder belast dan anderen en uit dien hoofde tot schadevergoeding verplicht.

Deze visie beïnvloedde ook andere auteurs, die het égalitébeginsel aanwezen als een beginsel dat typisch was voor het publiekrechtelijke vermogens-

---

76 Duguit 1923, p. 435. Zie ook Dufour 1868, p. 147 (een schadevergoeding 'procède moins d'une responsabilité proprement dite que d'un sentiment d'équité qui conduit à répartir sur l'ensemble des citoyens la perte ou le dommage dont l'un d'eux est atteint par suite d'imperfection du mécanisme administratif'). Vgl. ook al Aucoc 1879, p. 394-395, die de verplichting tot schadevergoeding bij onteigening zocht in het principe 'que, si l'intérêt privé doit être sacrifié à l'intérêt public, c'est à la condition d'un juste dédommagement'.

77 Duez 1938, p. 11.

recht.[78] Benadrukt moet echter worden dat het égalitébeginsel in hun visie bovenal fungeerde als een rechtstheoretisch principe. De verwijzing naar de égalité bood een aannemelijke verklaring voor de vraag waarom het billijk is om de samenleving voor de schade veroorzaakt door overheidshandelen te laten opdraaien. Zij zagen het nog niet als een rechtsregel waaruit rechtstreeks kon worden afgeleid of de overheid aansprakelijk was en ontwikkelden evenmin maatstaven waaraan aanspraken op schadevergoeding konden worden getoetst. Het égalitébeginsel kon verklaren *waarom* er zoiets bestond als overheidsaansprakelijkheid, maar het fungeerde zelf nog niet als directe bron van overheidsaansprakelijkheid.[79] Een dergelijke rol zou het égalitébeginsel vanaf de jaren twintig echter wel gaan spelen, toen de Conseil d'Etat het beginsel aandroeg als een van de *principes généraux du droit*.

2.5.3 De opkomst van de *responsabilité sans faute*

De opkomst van een *responsabilité sans faute* kan mede worden verklaard door de inhoud die de Conseil d'Etat sinds het arrest *Blanco* had gegeven aan de aansprakelijkheid *pour faute*. Hoe vooruitstrevend het Tribunal des Conflits ook was geweest door te erkennen dat ook de overheid 'gewoon' aansprakelijk kon zijn, de Conseil d'Etat onderkende al snel de beperkingen van dit regime. Ten aanzien van rechtshandelingen waarbij de overheid over veel beleidsvrijheid beschikte, zou niet snel van aansprakelijkheid sprake zijn, omdat voor die gevallen een gekwalificeerde onrechtmatigheid (*faute grave*) werd vereist.[80] Mogelijk onder invloed van de denkbeelden van Duguit, die meende dat de overheid ook zonder een *faute* aansprakelijk kon zijn, kwam de Conseil d'Etat tot ontwikkeling van de *responsabilité sans faute*. De toevlucht tot deze 'objectieve' aansprakelijkheid was tot op grote hoogte een compromis: door voor (abnormale) nadelen in sommige gevallen een vergoeding te geven zonder onrechtmatigheid te eisen, liet de Conseil d'Etat de overheid buiten schot én konden slachtoffers van in beleidsvrijheid genomen besluiten of van gevaarzettend overheidshandelen worden gecompenseerd.[81] Algemeen wordt aangeno-

78 Hauriou 1896, p. 51-65 ('Les choses se passent comme si l'Etat, en sa qualité de personne morale, gérait une assurance mutuelle contractée entre les administrés contre le risque des accidents administratifs. L'idée d'une assurance pareille procède logiquement du principe de l'égalité devant la loi et les charges publiques'.); Tirard 1906, p. 138 ('Le véritable fondement de la responsabilité de la puissance publiques, le seul qui ait l'autorité d'une règle incontesté de notre droit public, c'est le principe de l'égalité des charges.').

79 Vgl. Deguergue 1994, p. 139-140.

80 Zie bijv. CE 26 juli 1918, *Rec*. 762 (*Lemonnier*; 'faute grave'), CE 10 februari 1905, *D*. 1906, 3.81 ('faute grave'), CE 4 januari 1918, *Rec*. 9 (*Zulémaro*;'faute manifeste et d'une particulière gravité').

81 Vgl. Amselek 1977, p. 257: '[E]n se référant, non pas au fondement de la faute, mais à celui du dommage anormal, le juge parvient tout à la fois à sécourir la victime et à ménager la personne publique en cause'. Zie ook Lochak 1993, p. 284 en Guettier 1996, p. 115.

men dat vooral billijkheidsmotieven aan deze ontwikkeling ten grondslag lagen: indien de rechter zulks billijk achtte, greep hij één van de grondslagen binnen de *responsabilité sans faute* aan om een compensatie te rechtvaardigen.[82]

Een andere factor die bijdroeg aan de erkenning van een aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad, is dat met die figuur al veel ervaring was opgedaan. Een recht op schadevergoeding bij onteigening bestond in Frankrijk al sinds de veertiende eeuw. In de loop van de zeventiende eeuw, toen het in het kader van de toenemende verstedelijking en de ontwikkeling van verbindingswegen steeds vaker voorkwam dat gronden onteigend moesten worden, werd voor dit recht op schadevergoeding een rechtvaardiging gezocht in het natuurrecht, in het bijzonder in de ideeën van Hugo de Groot.[83] Zoals gesteld vond de aantasting van het eigendomsrecht tegen een *juste et préalable indemnité* zelfs een plek in artikel 17 van de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* uit 1789 en werd onder Napoleon in 1810 de eerste onteigeningswet aangenomen. Ook in de sfeer van *travaux publics* ontstonden in het 18e en 19e eeuwse Frankrijk al schadevergoedingsregelingen. Deze werkzaamheden leidden in de loop van de achttiende eeuw steeds vaker tot een rigoureuze herinrichting van het landschap en leidden tot de opkomst van schadevergoedingsregelingen, niet alleen op lokaal, maar ook op centraal niveau.[84] Op grond van de wet van *28 pluviôse de l'an VIII* (in onze jaartelling het jaar 1800), was de staat aansprakelijk voor schade die derden (passanten, omwonenden van publieke wegen en bouwterreinen) ondervonden door publieke werken.[85] Deze wet wordt door verschillende schrijvers gezien als het startpunt van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad.[86] Ook op veel andere terreinen ontstonden wettelijke regelingen, zoals bij schade aan roerende en onroerende goederen en schade door de economische activiteiten van de Staat. Evenmin als in Nederland wenste men echter uit het enkele bestaan van deze regelingen een algemene rechtsplicht tot schadevergoeding voor rechtmatig overheidsoptreden af te leiden. De grondslag voor deze regelingen van schadevergoeding uit rechtmatige daad lag in de billijkheid (*équité*), een begrip dat zo open was voor verschillende interpretaties dat per regio grote verschillen in de schadevergoedingspraktijk ontstonden.[87] Het woord *responsabilité* werd in deze regelingen

82 Amselek 1977, p. 256 spreekt van 'une jurisprudence d'inspiration charismatique' en 'une politique jurisprudentielle d'équité (…)'.

83 Mestre 1985, p. 241-242.

84 In een snel groeiende stad als Parijs werd het Bureau de Ville in de tweede helft van de achttiende eeuw geregeld verzocht tot het vergoeden van schade door de aanleg van een wegennet, het herstructureren van de wegen langs de Seine, in verband waarmee huizen moesten worden afgebroken, en schade in de vorm van fysiek letsel of de dood van werknemers bij publieke werken door ongelukken tijdens het werk. Ten aanzien van de laatstgenoemde vorm van schadevergoeding was sprake van een efficiënte, zij het niet erg ruimhartige schadevergoedingspraktijk. Zie nader Boulet-Sautel 1989, p. 107.

85 De Béchillon 1997, p. 78; zie ook Duguit 1923, p. 441 e.v.

86 Zie o.m. Hennette-Vauchez 2005, p. 3, Duez 1938, p. 64 e.v., Debeyre 1936, p. 225.

87 De Béchillon 1997, p. 77 spreekt van 'une incertitude à peu près complète'.

gemeden; de *travaux préparatoires* wezen het bestaan van de publieke werken zelf aan als bron van de aansprakelijkheid. Het ging er bovenal om dat de getroffene een relatie kon aantonen tussen zijn schade en het bestaan van de werken, hetgeen in de regel snel werd aangenomen. Op grond van een regeling die haar basis zocht in de aansprakelijkheid *sans faute* werd de overheid in deze periode zelfs vaker aansprakelijk gehouden dan in het kader van de aansprakelijkheid *pour faute*.[88]

2.5.4 Twee regimes van *responsabilité sans faute*: *risque* en *égalité*

Uit het bovenstaande vallen enkele factoren af te leiden die een verklaring kunnen bieden voor het ontstaan van de figuur 'aansprakelijkheid uit rechtmatige daad'. Ten eerste het solidariteitsdenken dat ontstond in het kielzog van de Franse revolutie en dat ook duidelijk doorklonk in de doctrine, in het bijzonder in de geschriften van Duguit. Ten tweede de hoge drempels die de Conseil d'Etat in zijn jurisprudentie inbouwde om de overheid uit *on*rechtmatige daad aansprakelijk te houden. Het 'solidariteitsdenken' zou te zeer worden beperkt wanneer alleen een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou worden erkend. Tot slot was met een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad al vanaf de 18e eeuw ervaring opgedaan.

Welke van deze factoren ook het belangrijkste is geweest, feit is dat de Conseil d'Etat vanaf het eind van de negentiende en het begin van de twintigste eeuw een aantal belangrijke uitspraken doet waarin de overheid tot schadevergoeding werd veroordeeld, hoewel haar handelen niet onrechtmatig was. Daarbij ging de Conseil d'Etat van meet af aan uit van twee afzonderlijke schadevergoedingsregimes. Ging het om schade die ontstond in gevaarlijke situaties, dan geldt het regime van de *responsabilité pour risque*. Het klassieke arrest – dat tevens geldt als de start van de ontwikkeling van de *responsabilité sans faute* – is het arrest *Cames* uit 1895. De Conseil hield hierin de staat aansprakelijk voor een ongeluk dat één van haar werknemers bij een gevaarlijke situatie (een ongeluk op een werkplaats) had opgelopen, zelfs al kon een fout niet worden aangewezen.[89] Het laten drukken van een last op de schouders van de collectiviteit was daarmee voortaan in het recht geworteld, op basis van een redenering die bekend zou worden onder de naam *théorie du risque*.

Werd de schade veroorzaakt door een juridische handeling, dan gold het regime van de aansprakelijkheid gebaseerd op het beginsel 'égalité devant les charges publiques'. Als startpunt van deze jurisprudentie geldt het arrest *Couitéas* uit 1923.[90] Aanleiding was de bezetting van het land van een Franse kolonist in Tunesië door Tunesische opstandelingen. Couitéas beschikte over

88 Zie voor voorbeelden Bréchon-Moulènes 1974, p. 22 e.v. en p. 114 e.v.
89 CE 21 juni 1895, *Rec.* 509 (*Cames*).
90 CE 30 november 1923, *Rec.* p. 789 (*Couitéas*).

een uitspraak van een Franse rechtbank, die hem aanspraak gaf op militaire bijstand bij het verwijderen van de opstandelingen van zijn land. Uit vrees voor een opstand weigerde de Franse minister echter het vonnis ten uitvoer te leggen. Voor de schade die hij leed door het feit dat hij al vanaf 1908 geen gebruik kon maken van zijn land stelde hij de Franse staat aansprakelijk. Een *faute* zou de weigering het vonnis ten uitvoer te leggen niet snel hebben opgeleverd, aangezien daarvoor een goede rechtvaardiging werd gevonden in het algemeen belang van het voorkómen van wanordelijkheden.[91] De Conseil d'Etat wenste het bestuur de vrijheid te laten om deze afweging aldus te maken, maar overwoog dat

> '(…) le préjudice qui résulte de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être une charge incombant normalement à l'intéressée, et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité.'[92]

Vrij vertaald: er was sprake van een last die, zo zij boven een bepaalde duur zou uitstijgen, niet geacht kon worden als 'normaal' op de betrokkenen te rusten en die daarom door de collectiviteit moest worden gedragen.

De Conseil d'Etat noemde de égalité niet met zoveel woorden; dat zou hij pas vanaf 1944 doen, toen de *principes généraux du droit* in de rechtspraak een steeds belangrijkere rol gingen spelen. Duidelijk was echter dat de Conseil hiermee een andere grondslag voor de aansprakelijkheid *sans faute* had geïntroduceerd dan het risicobeginsel. Niet alleen werd het begrip *risque* helemaal niet genoemd, ook was duidelijk dat dit begrip de aansprakelijkheid van de overheid in een geval als dit niet goed kon verklaren. Hier ging het immers niet om gevaarzettend overheidshandelen, maar om de rechtmatige uitoefening van een discretionaire bestuursbevoegdheid. De *Couitéas*-uitspraak was ook van belang omdat de Conseil d'Etat duidelijk maakte dat niet alle schade ten gevolge van de rechtmatige uitoefening van discretionaire bevoegdheden diende te worden vergoed. De Conseil bracht een onderscheid aan tussen lasten die 'normaal' waren (niet boven *une certaine durée* uitstegen) en die daarom geen aanleiding tot schadevergoeding zouden zijn en de daarboven uitstijgende lasten die wel tot een vergoeding verplichten en waarvan ook in het geval van Couitéas sprake was. De Conseil zag het blijkens het citaat als haar taak om te bepalen waar die grens tussen het normale en het abnormale loopt. In nadien gewezen arresten voegde zich bij de voorwaarde van een abnormale last ook de voorwaarde dat de last *in het bijzonder* op de betrokkene diende te rusten.[93] De last diende dus niet alleen abnormaal te zijn, maar ook *speciaal*: een aansprakelijkheid bestaat niet als de burger zich in de schade die hij

91 Vgl. Duez 1938, p. 84.
92 CE 30 november 1923, *Rec*. p. 789.
93 CE 18 juli 1928, *Rec*. p. 923 (*Commune de Corbieres*), CE 27 maart 1926, *Rec*. p. 387 (*Besançon*).

ondervindt niet van anderen onderscheidt. Met deze jurisprudentie zette de Conseil d'Etat dus niet alleen de eerste stappen in de ontwikkeling van een stelsel van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad, maar formuleerde hij ook criteria die behulpzaam zouden kunnen zijn om te bepalen *wanneer* een aansprakelijkheid zou kunnen bestaan.

2.6 De receptie van het égalitébeginsel in de jaren 20 en 30: doctrine, bestuur en wetgeving

2.6.1 Inleiding

De schijnbaar vanzelfsprekende wijze waarop in Frankrijk de rechtsbescherming tegen de overheid tot stand kwam, inclusief de mogelijkheid de overheid voor rechtmatige besluiten en risicovolle handelingen aansprakelijk te houden, stond in schril contrast met de terughoudendheid waarop deze vorm van aansprakelijkheid aan het begin van de twintigste eeuw in Nederland stuitte. Mogelijk zou het 'collectivistische'[94] Franse denken in Nederland ook tot ontwikkeling van een vergelijkbaar schadevergoedingsstelsel hebben geleid, maar het ontbrak in Nederland aan een algemeen bevoegde administratieve rechter om die ontwikkeling in gang te zetten. Er waren wel aanzetten gedaan om ook hier een stelsel van administratieve rechtspraak te ontwikkelen (de ontwerpen van minister Loeff uit 1905), maar deze stuitten op het verzet van Struycken, die in de moderne democratische staat geen tegenstelling zag tussen overheid en burger, aangezien de wet de waarborg voor de burgers was. Naast die wettelijke waarborgen was naar zijn idee geen behoefte aan een vorm van administratieve rechtspraak.[95] Toch betekende dit ontbreken van een algemeen bevoegde bestuursrechter niet dat de Franse ontwikkelingen in Nederland geheel ongemerkt voorbij gingen, alleen waren in dit tijdvak andere 'gremia' voor de receptie van het égalitébeginsel verantwoordelijk: de doctrine, het bestuur en de formele wetgever.

2.6.2 Doctrine: de visie van Van der Grinten

Zoals aan het slot van § 2.2 gesteld, stemde de meerderheid van de aanwezigen op de NJV-vergadering van 1929 tegen een algemene wettelijke regeling voor schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad. Te midden van deze terug-

94 Vgl. Fairgrieve 2003, p. 266, die spreekt van 'a tradition of collectivist thought'. Zie ook Van Dam 2006, p. 479, die het égalitébeginsel kwalificeert als 'an expression of community thinking and solidarity, as opposed to the prevailing individualized thinking in English law (…)'.

95 Simons 1970, p. 237 e.v., Michiels 2009, p. 341.

houdende opstelling liet de Nijmeegse hoogleraar staats- en administratief recht J.H.P.M. van der Grinten een heel ander geluid horen.[96] Zijn pleidooi is een goed voorbeeld van de aansluiting die Nederlandse schrijvers voor de ontwikkeling van een eigen bestuursrecht zochten bij buitenlandse, met name Franse inzichten. Het ontbreken van een algemene, zelfstandige administratieve rechtspraak noopte hen ertoe voor het ontwikkelen van specifiek op de verhouding overheid-burger toegesneden toetsingsnormen over de grens te kijken. Van der Grinten had in een artikel uit 1925 als eerste Nederlandse auteur al aandacht besteed aan het égalitébeginsel. In dit stuk oefende hij kritiek uit op een arrest van de Hoge Raad uit 1924, waarin deze had bepaald dat 'ook het publiekrechtelijk lichaam bij de vervulling zijner overheidstaak, handelend door zijn organen, zijnen rechtsplicht behoort na te komen, en, daarbij wettelijke voorschriften, van welken aard ook, niet eerbiedigend, zonder meer een onrechtmatige daad pleegt en tot vergoeding der daardoor veroorzaakte schade gehouden is'.[97] Volgens Van der Grinten zette dit arrest de deur open naar een veel te vergaande overheidsaansprakelijkheid. Het arrest zou ertoe leiden dat de enkele overtreding van dikwijls vage publiekrechtelijk voorschriften (met normen als 'het algemeen belang', de 'openbare orde', 'ten algemeenen nutte') reeds aanspraak zou geven op de vergoeding van schade die daaruit zou voortvloeien. Dat zou volgens Van Grinten een verlammend effect hebben op de vrijheid van de administratie. Naar zijn idee zou men moeten erkennen dat ook de uitoefening van de overheidsfunctie mensenwerk is, waarbij fouten worden begaan en dat de normale risico's daarvoor bij het individu zouden moeten blijven.[98]

Van der Grinten liet zich daarmee kennen als een aanhanger van de denkbeelden van Duguit, die al evenzeer had gesteld dat de civiele onrechtmatige overheidsdaad niet diende te worden toegepast op handelingen die slechts door de overheid konden worden verricht. Evenals Duguit meende Van der Grinten dat de égalité zowel voor schade bij onrechtmatige daad als bij 'een volkomen regelmatige verzorging van eenig openbaar belang door de Overheid' een geschikte grondslag zou kunnen zijn.

Drie jaar later, op de NJV-vergadering van 1929, kwam hij op de égalité als grondslag voor schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaden nog eens terug. In zijn interventie hield Van der Grinten de preadviseurs voor ten

96 Van der Grinten, *Handelingen NJV* 1929, p. 123-128.

97 HR 20 november 1924, *W.v.h.R.* 11293.

98 Van der Grinten 1925, p. 149 e.v. Het hele citaat: 'Het normale risico daarvoor behoort te blijven bij het individu. Slechts als tengevolge van een daad of nalaten van eenige Overheidsorgaan een exceptioneele last op den burger zou worden gelegd, bestaat er voor vergoeding aanleiding.' Zie ook p. 152: 'En geleidelijk is hij [de Conseil d'Etat], al is de evolutie in deze richting nog niet geheel voltrokken, uitgaande van de gedachte der égalité des individus devant les charges publiques, gekomen tot aanvaarding van het beginsel van het exceptioneele risico: het risico dus, dat het normale risico, waaraan elkeen bloot staat, overschrijdt, behoort te worden gedragen door de Overheid.'

onrechte geen aandacht te hebben geschonken aan de ontwikkelingen in de Franse jurisprudentie. Onder verwijzing naar de rechtspraak van de Conseil d'Etat brak hij een lans voor het beginsel van *l'égalité des individus devant les charges publiques*. Van der Grinten wees op het *Couitéas*-arrest van de Conseil d'Etat en trok daaruit de conclusie

> 'dat het normale risico, dat voor de burgers verbonden is aan de gestie van het overheidsbedrijf, aan het maatschappelijk leven in het algemeen, door het individu zelf moet worden gedragen en dat er alleen reden is om dat risico te laten dragen door de gemeenschap, wanneer het de grenzen van het normale risico overschrijdt, wanneer het dus geldt een exceptioneel risico. In exceptioneele gevallen behoort het risico dus te komen ten laste van de gemeenschap.'[99]

Men zal, in de visie van Van der Grinten, op zoek moeten gaan naar 'een zeker gemiddelde, dat door het individu zou moeten worden gedragen en wat daarboven gaat zou ten laste moeten komen van de gemeenschap'. Die benadering verschaft 'voor vele gevallen een aannemelijke gedragslijn'.[100] Van der Grinten paste deze theorie toe op de aan de preadviseurs voorgelegde vraag of de wetgever het beginsel zou moeten aannemen dat de overheid *altijd* verplicht zou moeten worden om de schade te vergoeden. Deze vraag beantwoordde hij ontkennend: 'Neen, meneer de Voorzitter, alleen in exceptioneele gevallen.' Men diende volgens het égalitébeginsel dus niet te spreken in termen van een 'altijd' of een 'nooit' bestaand recht op schadevergoeding, maar van een recht dat alleen bij *abnormale* schade, schade die het normale risico overstijgt, bestond. Het van oudsher geldende twistpunt of de vergoeding van schade veroorzaakt door rechtmatige daden een recht was of een gunst werd met het criterium van 'abnormale schade' aldus beantwoord: alleen een recht bij abnormale schade. Van der Grinten onderstreepte dit door te stellen dat schadevergoeding in zijn visie nooit een kwestie was van 'liberaliteit', maar 'geheel een kwestie van redelijkheid'.[101]

Van der Grinten is de eerste Nederlandse auteur geweest die nadrukkelijk het égalitébeginsel naar voren schoof als uitkomst uit het dilemma waar zowel de wetgever als de doctrine mee worstelde. Hij liet zien dat het égalitébeginsel het midden koos tussen het extreme standpunt van de enkeling die meende dat *elke* beperking van een recht gepaard zou moeten gaan met schadevergoeding[102] en het andere uiterste, namelijk dat vergoeding van schade altijd een kwestie was van 'goedgeefsheid' van de overheid en in beginsel *geen* vergoe-

99 Ibid., p. 124. Jonckers Nieboer 1931 bestempelde de theorie op basis van dit citaat als de 'theorie van het exceptioneel risico', die hij een 'variant' van de offertheorie noemde.
100 Ibid., p. 125-126.
101 Van der Grinten 1929, p. 128.
102 *Handelingen NJV* 1929, p. 137-138 (Van Hinloopen Labberton) en 143 (De Brauw).

ding diende te worden gegeven.[103] Deze middenweg had zoveel aantrekkelijke kanten dat de eerder besproken theorieën in de doctrine gaandeweg buiten beeld verdwenen. De eerste toepassing van deze 'middenweg' van een recht op een minder dan volledige vergoeding vond plaats op het terrein van de ruimtelijke ordening.

2.6.3 De impuls vanuit het bestuur (I): de praktijk rond de Woningwet

Ook het bestuur gaf aan het leerstuk van de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad een impuls, door zichzelf in gevallen van uitzonderlijk nadeel tot schadevergoeding te verbinden en een schadevergoedingsverordening op te stellen. Deze verordeningen vulden de leemte die het gevolg was van het feit dat de wetgever niet bereid was gebleken om een schadevergoedingsbepaling op te nemen in de Woningwet.[104] In 1901 speelden daarbij vooral rechtspolitieke argumenten een rol; volgens de regering was 'schadevergoeding als regel, onder normale omstandigheden niet te verdedigen'.[105] In 1912, toen de Woningwet werd gewijzigd, werd opnieuw nagelaten een schadevergoedingsbepaling in de wet op te nemen. Toen anno 1931 de Woningwet weer werd gewijzigd, was bij de formele wetgever echter het besef toegenomen dat stedenbouwkundige maatregelen (in het bijzonder het vaststellen van rooilijnen, maar ook andere ruimtelijke maatregelen) het individueel belang enorm konden schaden, en dat dergelijke maatregelen niet altijd zonder meer konden worden genomen.[106] Toch liet hij opnieuw na een schadevergoedingsrecht in het leven te roepen voor schade door stedenbouwkundige maatregelen, omdat de regering het ondoenlijk achtte om de veelvormige praktijk onder één wettelijke regeling te brengen. Bovendien was volgens de regering een bevredigende praktijk ontstaan waarbij 'Gedeputeerde Staten bij de beoordeling van uitbreidingsplannen (...) als vroede mannen letten op de benadeling van de belangen der betrokkenen en de gemeentebesturen brengen tot redelijke vergoeding van schade'.[107]

---

103 Vgl. De Vos van Steenwijk 1929, p. 16; nog extremer was de opvatting van Stheeman 1919, p. 466 e.v. Hij achtte schadevergoeding bij onteigening niet gemotiveerd omdat er welhaast geen enkel voordeel door een individu wordt genoten zonder dat de gemeenschap daar op enigerlei wijze haar aandeel in heeft gehad. Het voordeel, dat de gemeenschap aan haar leden verschaft, overtreft het nadeel. Daarom zou het een ongerijmdheid zijn om van de gemeenschap te vorderen dat zij de schade, door haar werk aan een enkeling berokkend, vergoedt, doch rustig toeziet, dat de vruchten van haar arbeid door hem worden binnen gehaald.

104 Een voorloper van de Woningwet, de Kringenwet van 1853, kende wel een schadevergoedingsbepaling.

105 *Kamerstukken II* 1900/01, nr. 34, nr. 1, p. 38 (MvA).

106 Van der Drift 1939, p. 68.

107 *Kamerstukken II* 1929/30, nr. 297, nr. 3, p. 8 (MvT).

De praktijk waaraan de regering refereerde, was begin jaren twintig ontstaan, toen Gedeputeerde Staten bij de beoordeling van uitbreidingsplannen niet alleen gingen letten op de doelmatigheid van die plannen uit een oogpunt van ruimtelijk beleid, maar ook op de schade die ontstond door hun toepassing. Zou een plan tot onevenredig nadeel leiden, dan verlangden Gedeputeerde Staten een toezegging van de gemeente dat tot aankoop of onteigening zou worden overgegaan, of dat een schadevergoedingsverordening zou worden vastgesteld en toegepast, op straffe van de onthouding van goedkeuring aan het uitbreidingsplan.[108] Bij de Kroon kon van het oordeel van Gedeputeerde Staten in beroep worden gegaan. Daarmee ontstond een figuur die ook later ingang zou vinden: het niet doorgang kunnen vinden van een overheidshandeling waarmee algemene belangen worden gediend, omdat met de belangen van enkelen geen rekening is gehouden.[109]

Om de inzet van dit paardenmiddel te voorkomen stelden veel gemeenten – hoewel nog altijd een minderheid – schadevergoedingsverordeningen op. Tilburg was in 1923 de eerste en anno 1954 telde de Vereniging van Nederlandse Gemeenten 269 van dergelijke verordeningen.[110] De gedachte dat niet altijd alle schade ten gevolge van beperkingen van eigendom zou hoeven te worden vergoed, vond door deze verordeningen voor het eerst in veel bestuurslagen ingang. In veel verordeningen werd een recht op vergoeding van 'onevenredige' schade opgenomen. In plaats van 'onevenredig' spraken sommige verordeningen ook wel van 'abnormale' of 'ernstige' schade.[111] Ook ontstond veel jurisprudentie over schadekwesties, die zich kenmerkte door een 'element van onvastheid',[112] omdat de feitelijke omstandigheden van het concrete geval sterk bepalend waren. Toch viel in de Kroonjurisprudentie wel enige lijn te bespeuren. De schadeplicht van de overheid werd veelal aan de hand van de aanwezigheid van 'onevenredig' nadeel beoordeeld. Op sommige punten deden de door de Kroon gehanteerde criteria ook denken aan die van de Conseil d'Etat. Zo stelde deze in haar égalitéjurisprudentie als eis dat de schade 'zeker en werkelijk' (*certain et actuel*) en dus niet alleen mogelijk (*éventuel*) moest zijn.[113] In sommige Kroon-uitspraken werd hierbij aangesloten door geen vergoeding te geven voor schade door te niet gedane verwachtingen voor

108 J.M. Polak 1961, p. 443.

109 Zie voor enige voorbeelden uit deze Kroonjurisprudentie Van Poelje 1954, p. 286, *Schade en baat,* p. 13 e.v., Van Wijmen (losbl.), p. F-2-27 e.v. en Tak 1980, p. 660-661, die erop wijst dat deze jurisprudentie verwantschap vertoonde met de jurisprudentie van de Hoge Raad; 'Het bestuurlijk handelen was alleen "gedekt", indien vooraf compensatie was gegeven of verzekerd (...).'

110 Zie Van Poelje 1954, p. 287 e.v. en het Rapport van de commissie inzake schadevergoedingsverordeningen, p. 56 e.v.

111 Van der Drift 1939, p. 73; Van Poelje 1954, p. 409.

112 *Schade en Baat*, p. 13.

113 *Schade en Baat*, p. 45.

de toekomst.[114] Waar de Conseil d'Etat geen vergoeding gaf voor gering nadeel, bleek dit ook in de jurisprudentie van de Kroon van belang.[115]

Deze schadevergoedingsverordeningen en de jurisprudentie van de Kroon droegen eveneens sterk bij aan het besef dat het niet-verlenen van schadevergoeding bij maatregelen op het terrein van de ruimtelijke ordening niet langer een vanzelfsprekende zaak was.[116] Zeker is dat deze praktijk ook de literatuur stimuleerde om naar de grondslagen voor een eventueel schadevergoedingsrecht op zoek te gaan. Daarbij dook geregeld het égalitébeginsel op. Geredeneerd werd bijvoorbeeld dat een rooilijn *iedere* belanghebbende schaadt, maar in het bijzonder degene wiens huis door die rooilijn wordt gesneden. 'De algemeene schade komt niet voor vergoeding in aanmerking; het zwaard treft allen gelijkelijk, doch de bijzondere (ernstige) schade moet wèl worden vergoed', aldus Van der Drift.[117]

Een grote bijdrage aan de rechtsbescherming van burgers werd met de opkomst van deze verordeningen echter niet gecreëerd. Omdat elke gemeente een eigen invulling gaf aan haar verordening, was de waarborg tegen vergelijkbare eigendomsaantastingen in verschillende gemeenten op sterk uiteenlopende wijze geregeld.[118] Weliswaar wekten de verordeningen de indruk een materieel recht op schadevergoeding te creëren, maar in wezen lagen de waarborgen vooral op het procedurele vlak: de burger had in elk geval recht op een behoorlijke behandeling van zijn zaak.[119] Erkenning van onevenredige schade bleef een hoge uitzondering en de daarbij toegekende bedragen waren laag.[120] Liever dan onevenredige schade te vergoeden, zochten gemeentebesturen de oplossing in het zoveel mogelijk voorkómen van onevenredig nadeel, door onteigening of aankoop van het getroffen pand of in de figuur van de gemeentelijke baatbelasting, waarbij werd getracht van hen, die door stedenbouwkun-

114 Bijv. KB 22 februari 1940, nr. 50 (*Ermelo*). Zie verder *Schade en Baat*, p. 17 e.v.

115 *Schade en Baat*, p. 14.

116 Aldus ook Van der Schaaf 1970, p. 133. Vgl. Verpaalen 1969, p. 8.

117 Van der Drift 1939, p. 73. Volgens hem hadden de in de wetgeving en rechtspraak van de Kroon gehanteerde criteria 'iets aantrekkelijks', omdat 'zij de suggestie wekken van schade *voor een ieder* in het plan, die men behoort te dulden, en relatief te groote schade voor den enkeling, die niet behoeft te worden geduld, doch incidenteele tegemoetkooming eischt. (…) Zoo is het ook met een uitbreidingsplan. In het algemeen schaadt het de eigenaren; zij worden in hunne eigenaarsrechten beperkt. Doch sommigen worden onevenredig zwaar benadeeld, en die eigenaren moeten schadevergoeding hebben, subsidiair op eene andere wijze worden geholpen. Dit is, in alle vaagheid, wel zoo ongeveer de heerschende opvatting.' Vgl. Van Poelje 1954, p. 411: De waardevermeerdering door stedebouwkundige maatregelen komt veelal ten goede aan grotere groepen burgers en is ook niet altijd exact te bepalen, 'terwijl de waardevermindering soms slechts enkelen treft en wel vrij nauwkeurig kan worden vastgesteld. Het beginsel van de "égalité devant les charges publics" eist dus schadevergoeding voor de benadeelden.' In dezelfde zin Stellinga 1949, p. 178 en Droogleever Fortuyn 1962, p. 242.

118 Vgl. J.M. Polak 1961, p. 446, die spreekt van een 'onaanvaardbare rechtsongelijkheid'.

119 J.M. Polak 1961, p. 447. Zie bijv. KB 24 november 1959, *Stb*. 446 (*Laren*).

120 J.M. Polak 1961, p. 443. Vgl. Van Poelje 1954, p. 411.

dige maatregelen voordeel genoten een bijdrage te vragen ter compensatie van de geleden nadelen. Alleen in het uitzonderlijke geval dat een van deze uitwegen geen soelaas bood, werd de schade vergoed. In gemeenten waarin geen schadevergoedingsverordening bestond, werden bovendien op ad hoc-basis *onverplichte* vergoedingen verstrekt, terwijl deze figuur zelfs voorkwam in gemeenten mét een schadevergoedingsverordening.[121] Verordeningen bleven vaak een dode letter. De praktijk rond de Woningwet vergrootte weliswaar het besef dat onder omstandigheden schadevergoeding moest worden gegeven, maar zelf vertoonde zij vooral sporen van terughoudendheid.

2.6.4 De wetgever in formele zin: de Verkeerswet tegen lintbebouwing (1937)[122]

2.6.4.1 Inleiding

Vrij algemeen wordt aangenomen dat met de parlementaire behandeling van de 'redelijkerwijsformule' halverwege de jaren 50 het nadeelcompensatieleerstuk in Nederland pas echt een aanvang heeft genomen. Dit beeld is goeddeels juist, zoals in het volgende hoofdstuk zal blijken. Minder bekend is echter dat het in die wetten gevolgde stelsel al een historische voorloper kende in de Verkeerswet tegen lintbebouwing uit 1937. Deze wet kwam in § 2.4.2 al ter sprake als voorbeeld van een wet die geen effect sorteerde omdat daarin een recht op schadeloosstelling was opgenomen voor maatregelen die niet als ontneming kwalificeerden. De wetgever had van deze ervaringen geleerd en de nieuwe wet bevatte een bepaling waarin alleen een recht op vergoeding bestond indien een burger 'onevenredig zwaar' werd getroffen. Omdat het égalitébeginsel daarmee voor het eerst als leidraad werd aanvaard door de formele wetgever, kan het debat rond deze wet niet onbesproken blijven. Hoe kwam het schadevergoedingsartikel in deze wet precies tot stand? Was de formele wetgever wel in staat om aan het vage begrip 'onevenredig nadeel' handen en voeten te geven?

---

121 Van Poelje 1954, p. 314: in feite werden meer vergoedingen betaald buiten een schadevergoedingsverordening om dan met toepassing van dergelijke verordeningen. Andere conclusies: de overgrote meerderheid van de verordeningen werd nooit toegepast, met name na 1949 nam het aantal verordeningen toe en het beroep op Gedeputeerde Staten leidde slechts in enkele gevallen tot inwilliging in strijd met de opvatting van het gemeentebestuur.

122 Wet van 31 mei 1937, *Stb*. 522 (ingetrokken per 14 november 1996). Aan Verpaalen 1969, p. 44 komt de verdienste toe de historische wortel van het begrip 'onevenredig' in de Verkeerswet tegen lintbebouwing te hebben blootgelegd.

2.6.4.2 Van 'onredelijk zwaar' naar 'onevenredig zwaar'

De wetgever zag het falen van de Verkeerswet van 1922 als een probleem. In het licht van de sterk toegenomen verkeersstromen werd lintbebouwing als een groot gevaar voor de verkeersveiligheid gezien. Ook vormde zij een belemmering om de stroken langs hoofdwegen in de toekomst te kunnen verbreden.[123] In 1931 nam minister Reymer van Verkeer en Waterstaat het initiatief tot een nieuwe wet, die wel het beoogde effect moest sorteren. In de ontwerpwet waren verschillende maatregelen opgenomen die voor eigenaren van gronden langs hoofdwegen tot schade konden leiden. Zo kon een verbod worden opgelegd om binnen een strook van vijf meter uit de grens van een weg een gebouw op te richten, geheel te vernieuwen, te veranderen of uit te breiden (art. 5). Voorts kon het worden verboden om dezelfde handelingen te verrichten binnen een afstand van ten hoogste dertig meter uit de as van het verharde gedeelte van de hoofdverkeersbaan van een door de Minister aangewezen weg (art. 6) en kon een verbod worden opgelegd om bij een bocht van een weg of op kruisingen voorwerpen of beplantingen te hebben die het vrije uitzicht konden belemmeren (art. 8). Van deze verboden kon de overheid ontheffing verlenen.

Bij de behandeling van de Zuiderzeesteunwet had minister Reymer reeds betoogd dat uitbreiding van het grondwettelijk erkende recht op schadevergoeding bij onteigening en vernietiging of onbruikbaarmaking van eigendom op vergelijkbare aantastingen van eigendom hem niet gewenst voorkwam.[124] Volgens hem diende ook thans voorop te staan dat deze schade in beginsel niet vergoed zou moeten worden, maar zou in bepaalde gevallen, met name als binnen een straal van dertig meter vanaf de hoofdweg niet zou mogen worden gebouwd, toch door middel van een tegemoetkoming met de getroffen belangen 'rekening moeten worden gehouden':

> 'Verder aanvaardt het ontwerp niet als een axioma, dat, wanneer in het algemeen belang eigenaren in hunne bevoegdheid ten aanzien van het gebruik van hunne eigendommen worden beperkt, deswege steeds schadeloosstelling moet worden gegeven. Ging men er van uit, dat, indien de Overheid, rechtmatig handelende, in het algemeen belang regelen stelt, waardoor particulieren worden geschaad, alle schade steeds moest worden vergoed, dan werd behoorlijke verzorging der algemeene belangen onmogelijk. De niet toepassing van de wet van 1922 kan tot waarschuwing dienen. Dit neemt niet weg, dat met gevallen, waarin iemand als gevolg van eene rechtmatige Overheidsdaad onredelijk zwaar wordt getroffen, rekening worde gehouden. Vandaar dat wordt voorgesteld (artikel 10) eene tegemoetkoming te verleenen aan hem, die door het ver strekkende bouwverbod van artikel 6 in deze omstandigheid komt te verkeeren.'[125]

123 *Kamerstukken II* 1931/32, 403, nr. 3, p. 3 (MvT).
124 *Handelingen II* 1929/30, 247, 5, p. 17.
125 *Kamerstukken II* 1931/32, 403, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

Het genoemde artikel 10 luidde:

> 'Onze minister kent den eigenaar van of zakelijk gerechtigde op gronden, ten aanzien waarvan een verbod geldt, als bedoeld in artikel 6, een tegemoetkoming uit 's Rijks schatkist toe, indien de eigenaar of zakelijk gerechtigde een daartoe strekkend verzoekschrift bij Onzen Minister indient binnen één jaar na den dag, waarop de aan het slot van het laatste lid van artikel 7 bedoelde mededeeling [de mededeling van de beschikking om bepaalde bouwhandelingen te verrichten langs hoofdwegen – MT] in een nieuwsblad is geschied, en hij naar het oordeel van Onzen Minister door het verbod onredelijk zwaar wordt getroffen. Van de beschikking van Onzen Minister staat den eigenaar of zakelijk gerechtigde zoowel ten aanzien van de beslissing omtrent de vraag, of hij onredelijk zwaar wordt getroffen, als ten aanzien van de hoegrootheid van de tegemoetkoming beroepen op Ons open binnen dertig dagen, te rekenen van de dagteekening van de verzending van de beschikking.'[126]

Enkele leden van de Vaste Commissie voor Openbare Werken, Verkeers- en Waterstaatsaangelegenheden die de regering over het wetsontwerp moest adviseren, waren kritisch over de voorgestelde schadevergoedingsbepaling, onder meer vanwege de subjectiviteit van het criterium 'onredelijk zwaar'. Dit zou aanleiding geven tot willekeur en bovendien geen enkele regel stellen, in hoeverre de werkelijk geleden schade vergoed wordt. Andere leden benadrukten juist dat niet elke rechtmatige overheidsdaad billijkerwijze een schadeloosstelling eist, nu beperking van de beschikking over het eigendom iets is 'dat dagelijks en feitelijk bij elke eigendom kan voorkomen'.[127] De minister antwoordde dat bij bouwverboden binnen een strook van vijf meter van de weg geen vergoeding diende te worden gegeven, maar dat dit niet zonder meer gold voor verder strekkende bouwverboden:

> 'Zulk een maatregel zal het beschikkingsrecht van den eigenaar veel meer kunnen beperken dan (...) als billijk en sociaal geoorloofd kan worden beschouwd; de gevolgen er van zullen zoo ingrijpend kunnen zijn, dat de eigenaar onredelijk zwaar wordt getroffen en aanspraak op schadevergoeding behoort te hebben. Maar dit zal volstrekt niet altijd het geval zijn; veelal zal het bouwverbod, uitgevaardigd krachtens artikel 6, slechts een voorbehoedmiddel zijn, dat voor alle zekerheid wordt ter hand genomen. Van schade behoeft dan geen sprake te zijn, veel minder van onredelijk zwaar treffende schade.'[128]

De minister brak hiermee met de tot dan toe in de wetgeving gebruikelijke praktijk dat voor zover een recht op schadevergoeding werd aangenomen, ook *alle* schade werd vergoed. Reymer betoogde dat, omdat het bouwverbod

126 *Kamerstukken II* 1931/32, 403, nr. 2, p. 2.
127 *Kamerstukken II* 1932/33, 58, nr. 1, p. 4.
128 *Kamerstukken II* 1932/33, 58, nr. 1, p. 5.

rechtmatig was, slechts het *onredelijke* deel van de schade voor vergoeding in aanmerking zou komen. Een bouwverbod tot vijf meter was nog 'redelijk'; verderstrekkende bouwverboden waren dat in zijn visie niet per definitie. Omdat het wetsvoorstel hiertoe koos voor de term 'tegemoetkoming' bleef echter verwarring ontstaan omtrent de vraag in hoeverre de onredelijk zwaar getroffenen daadwerkelijk hun schade vergoed zouden zien. Het woord 'tegemoetkoming' impliceerde volgens het Eerste Kamerlid Michiels van Kessenich dat bijvoorbeeld kon worden volstaan met het vergoeden van 5% van 100% onredelijke schade. Het nieuwe systeem was in zijn visie dan ook veel minder gunstig dan het 'rechtvaardigde systeem' van talloze andere wetten, die bij enigszins ernstige schade *volledige* vergoeding garandeerden.[129]

Ook zijn collega-Eerste Kamerlid Kranenburg had kritiek op het wetsvoorstel. Hij bracht de égalité in stelling:

> 'Inderdaad kan als beginsel worden aanvaard, dat de speciale schade, die door Overheidsmaatregelen worden veroorzaakt, komt voor rekening van de gemeenschap. De gemeenschap functioneert niet op risico van den enkeling. Als door de gedragingen van de gemeenschap zeer speciale schade veroorzaakt wordt, "préjudice spécial", moet dat komen ten laste van de gemeenschap.'

Hierop aansluitend vervolgde Kranenburg:

> 'Ik vind dien term: "onredelijk zwaar" niet bijzonder gelukkig, ik zou daarvoor liever willen lezen: "onevenredig zwaar", hetgeen zeker ook wel de bedoeling zal zijn geweest. Ik acht den term "onevenredig zwaar" in dit verband juister.'[130]

Minister Colijn, inmiddels minister van Waterstaat a.i., repliceerde: 'Ik heb geen bezwaar, al heeft dat geen wettelijke kracht, om het woord onredelijk te vervangen door: onevenredig'.[131] Ook op andere punten dan de schadevergoedingsbepalingen ondervond de Verkeerswet echter zoveel kritiek dat het ontwerpvoorstel werd verworpen.[132]

2.6.4.3 Het debat over het onevenredigheidscriterium

Een nieuw ontwerp van wet werd op 2 februari 1937 aan de Tweede Kamer aangeboden. Uit dit ontwerp bleek dat de regering het voorstel van Kranen-

---

129 *Handelingen I* 1934/35, p. 492. Ter onderbouwing daarvan wees hij 'niet limitatief' op art. 22-34 Luchtvaartwet, art. 15-17 Wet op den Staat van Oorlog en beleg 1899, art. 12 Ruilverkavelingswet 1924, art. 4, 7 en 9 Telegraaf- en Telefoonwet 1904, art. 39-41 en 43 Veewet 1908, art. 16 Rivierenwet 1908, art. 22-23 Verenwet 1921, art. 3 Boswet 1922 en art. 1 en 9 Privaatrechtelijke Belemmeringenwet 1927.

130 *Handelingen I* 1934/35, p. 496-497.

131 *Handelingen I* 1934/35, p. 501 (r.k.).

132 *Handelingen I* 1934/35, p. 503.

burg ter harte had genomen en had besloten de term 'onredelijk zwaar' te vervangen door 'onevenredig zwaar', omdat die laatste term volgens haar 'scherper en juister' was dan de woorden 'onredelijk zwaar getroffen' van het eerste ontwerp.[133] Het nieuwe artikel 9 lid 1 kwam als volgt te luiden:

> 'De eigenaar van of zakelijk gerechtigde op gronden, ten aanzien waarvan artikel 5, 7, of 8, vijfde lid, wordt toegepast, heeft aanspraak op een billijke tegemoetkoming uit 's Rijks schatkist in het nadeel, dat hij lijdt, indien en voor zover hij onevenredig zwaar wordt getroffen.'[134]

In de toelichting noemde de regering als voorbeeld waarin aanleiding zou kunnen bestaan tot het verlenen van een tegemoetkoming de situatie waarin een uitweg jarenlang ongestoord in gebruik is geweest ten behoeve van een fabriek, en deze uitweg door de toename van het verkeer niet langer kan worden gehandhaafd, zodat de ontheffing moet worden ingetrokken of daaraan zeer bezwarende voorwaarden worden verbonden. Zou de betreffende grondeigenaar daardoor in de verdere uitoefening van zijn bedrijf ter plaatse belet worden, dan kon dat een grond zijn om aan te nemen dat deze eigenaar onevenredig werd getroffen. Van onevenredig nadeel zou echter geen sprake zijn als hem een alternatieve uitweg kon worden geboden, of als de getroffene was gebaat bij het verfraaien of opnieuw bestraten van de weg waarlangs zijn gronden waren gelegen.[135]

Niet alleen ten aanzien van het onevenredigheidscriterium, ook op drie andere punten bevatte bovenstaand artikel een nieuwe lijn ten opzichte van het oude ontwerpartikel. Ten eerste werd niet meer gesproken van een 'tegemoetkoming', maar van een 'billijke tegemoetkoming'. Uit de Memorie van Toelichting bleek dat deze invoeging diende 'ten einde de opvatting, dat ook het minimaal bedrag als tegemoetkoming in den zin van dit artikel zou kunnen gelden, uit te sluiten'. Zo hoopte de regering de kritiek van Michiels van Kessenich weg te nemen dat ook een zeer geringe tegemoetkoming in onevenredige schade al voldoende zou zijn. Wel riep deze toevoeging de kritiek op dat zij overbodig zou zijn, aangezien de rechter bij het vaststellen van het bedrag van de tegemoetkoming, ook als de wet daar niets over bepaalt, de

133 *Kamerstukken II* 1936/37, 330, nr. 3, p. 5.

134 *Kamerstukken II* 1937/37, 330, nrs. 1-2, p. 2. In art. 5 ging het om een bouwverbod 'binnen een door Onzen Minister bepaalden afstand van ten hoogste dertig meter uit de as van het verharde gedeelte van de hoofdverkeersbaan van een door Onzen Minister aangewezen weg', in art. 7 om een verbod om voorwerpen (gebouwen uitgezonderd) en beplantingen te hebben bij een bocht van een wet of waar wegen samenkomen, die het uitzicht zouden kunnen belemmeren en in art. 8 lid 5 om de intrekking van of het stellen van nieuwe voorwaarden aan een ontheffing om te mogen uitwegen of werken, dienende tot uitweg te hebben.

135 *Kamerstukken II* 1936/37, 330, nr. 3, p. 4: '[A]an den eigendom van langs een weg gelegen gronden zijn nu eenmaal zoowel goede als kwade kansen verbonden.'

billijkheid zal nastreven.[136] Een tweede verandering betrof het feit dat in de huidige redactie expliciet tot uitdrukking werd gebracht dat de tegemoetkoming *alleen* de onevenredige schade betrof, hetgeen bleek uit de woorden 'en *voor zoover* hij onevenredig zwaar wordt getroffen'.[137] Tot slot was in het nieuwe ontwerpartikel niet de Minister bevoegd tot het beoordelen van schadevergoedingsverzoeken en niet de Kroon de beroepsinstantie, maar de (burgerlijke) rechter. Daarmee werd tegemoetgekomen aan de kritiek van het Eerste Kamerlid Van der Hoeven, die de in het oorspronkelijk ontwerp staande 'rechtspraak door den belanghebbende zelf' een 'vreeslijke figuur' had genoemd. Ook het beroep op de Kroon achtte hij als tegenwicht niet voldoende, omdat de uitspraak van de Kroon zijns inziens zeer werd beïnvloed door de betreffende Minister.[138] Aan deze kritiek werd in het nieuwe wetsontwerp tegemoetgekomen door een beroep op de onafhankelijke, burgerlijke rechter mogelijk te maken.[139]

De nieuwe term 'onevenredig zwaar' mocht volgens de regering 'scherper en juister' zijn, de vraag was aan wie of wat de evenredigheid moest worden afgemeten. Paradoxaal genoeg betwijfelde Kranenburg, die voor de introductie van de onevenredigheidsmaatstaf verantwoordelijk was, of dit criterium voor *deze* wet een juiste maatstaf bood. Het zou immers op grond van deze Verkeerswet in algemene zin verboden worden om langs hoofdwegen te bouwen, zodat gezien de algemene werking van de wet niet snel van een *préjudice spécial* sprake zou zijn. Ook het voordeel dat de eigenaren genoten van goede wegen zou tegen een recht op schadevergoeding pleiten.[140] De ministers (Van Lidth de Jeude (Waterstaat) en Slingenberg (Sociale Zaken)), door de Vaste Commissie gevraagd welk praktisch resultaat de regering verwachtte van de vervanging van de woorden 'onredelijk zwaar' door 'onevenredig zwaar' en op welke maatstaf de term 'onevenredig' betrekking had,[141] leken het op dit punt niet met Kranenburg eens te zijn:

> 'De vervanging van de woorden "onredelijk zwaar" door "onevenredig zwaar" dient om duidelijk te doen uitkomen, dat de normale schade, welke in soortgelijke

136 Aldus de Vaste Commissie voor Openbare Werken, Verkeers- en Waterstaatsaangelegenheden, *Kamerstukken II* 1936/37, 330, 4, p. 10. In reactie hierop stelde de regering voor het woord 'billijke' toch te handhaven (*Kamerstukken II* 1936/37, 330, nr. 5, p. 14 (MvA)). Dit stelde zeker dat de rechter met alle omstandigheden van het aan zijn oordeel onderworpen geval rekening diende te houden, terwijl daardoor werd verhinderd dat de betrokkene slechts een minimaal bedrag zou worden toegekend.

137 Mijn cursivering. De voornoemde Vaste Commissie oordeelde de invoeging van deze woorden van groot gewicht: 'Deze woorden hebben in dit verband immers de beteekenis, dat de tegemoetkoming slechts zooveel mag bedragen, dat de eigenaar of zakelijk gerechtigde niet meer "onevenredig zwaar" wordt getroffen' (t.a.p.).

138 *Handelingen I* 1934/35, p. 489.

139 *Kamerstukken II* 1936/37, 330, nr. 3, p. 5.

140 *Handelingen I* 1934/35, p. 497.

141 *Kamerstukken II* 1936/37, 330, nr. 4, p. 10.

> gevallen pleegt te worden geleden, ten laste van de gerechtigden op de gronden blijft. Slechts indien en voor zoover zoodanige gerechtigde in vergelijking met andere belanghebbenden door het verbod of de intrekking eener ontheffing grootere schade ondervindt, bestaat aanspraak op een tegemoetkoming.'[142]

De maatregelen op grond van de Verkeerswet konden in de visie van de regering dus wel degelijk tot onevenredig nadeel leiden. Deze toelichting ontlokte echter nieuwe discussie. De regering stelde dat de onevenredigheid van het nadeel moest worden bepaald door de positie van de getroffene te vergelijken met die van 'andere belanghebbenden'. Bij de behandeling van het wetsontwerp in de Eerste Kamer werden bij deze invulling van het begrip 'onevenredig' vraagtekens geplaatst. De Commissie van Rapporteurs – die aan de Kamer over de wet verslag moest uitbrengen – merkte in haar voorlopig verslag op dat het er maar van afhing met welke burgers zou worden vergeleken, zodat nog steeds onrechtvaardige situaties denkbaar waren:

> 'Volgens de meervermelde Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer over dit wetsontwerp (…) beteekent bedoeld voorschrift, dat slechts aanspraak op tegemoetkoming kan maken degene, die in vergelijking met andere belanghebbenden grootere schade lijdt. Mitsdien zou de aanspraak op tegemoetkoming geheel van het toeval afhangen en bij gelijke schade, al is deze nog zoo zwaar, geen enkele belanghebbende eenige aanspraak hebben. De Memorie van Toelichting evenwel (…) motiveert de evenvermelde bepaling met de billijkheid en de redelijkheid van eene aanspraak op tegemoetkoming voor den grondeigenaar, wien bij voorbeeld de verdere uitoefening van zijn bedrijf wordt belet, zulks zonder dat er sprake is van eenige vergelijking met andere belanghebbenden. Diensvolgens achtten zij die bepaling duister en bij de lezing, welke in de evengenoemde memorie er aan wordt gegeven, onrechtvaardig.'[143]

De Commissie van Rapporteurs achtte het dus een bezwaarlijk gevolg van het nieuwe criterium dat grote groepen in gelijke mate, doch ernstig getroffen grondeigenaren van een tegemoetkoming verstoken blijven. Ook had de commissie als bezwaar dat de toepassing van het criterium van de 'onevenredig zware' last lang niet altijd een bruikbare maatstaf opleverde. In het eerder genoemde voorbeeld kon het volgens de regering redelijk zijn om uit overwegingen van verkeersveiligheid de ontheffing voor een uitweg in te trekken. De Commissie vermocht niet in te zien met wie dit bedrijf dan diende te worden vergeleken ('zulks zonder dat er sprake is van eenige vergelijking met andere belanghebbenden').

Geconfronteerd met deze kritiek zag de regering zich genoodzaakt nader te motiveren welke rol de vergelijking met 'andere belanghebbenden' bij de bepaling van de onevenredigheid van het nadeel zou kunnen spelen. De

142 *Kamerstukken II* 1936/37, 330, nr. 5, p. 14.
143 *Kamerstukken I* 1936/37, 330, p. 3.

regering gaf toe dat met het woord 'onevenredig' geen nauwkeurig omlijnd begrip was geïntroduceerd, maar zij achtte dit geen groot bezwaar, daar de rechter ook in vele andere gevallen ruime of min of meer vage voorschriften moet toepassen. Ten aanzien van de kritiek dat een grote groep ernstig, maar gelijk getroffenen geen aanspraak zou kunnen maken op een tegemoetkoming antwoordde de regering:

> 'De conclusie van de hier aan het woord zijnde leden, dat de aanspraak op tegemoetkoming geheel van het toeval zou afhangen en bij gelijke schade, al is deze nog zoo zwaar, geen enkele belanghebbende eenige aanspraak zou hebben, kan niet worden gedeeld. Mochten bij eenig weggedeelte de belanghebbenden allen ernstige schade lijden, vergeleken bij de gewone schade, welke door belanghebbenden bij het overige gedeelte van den weg of bij soortgelijke wegen wordt gelden, dan bestaat naar het oordeel van de ondergeteekenden wel degelijk aanspraak op tegemoetkoming; in zoodanig geval zal dan ook aanbieding van een tegemoetkoming niet achterwege blijven.'[144]

In de visie van de regering was er dus altijd zoiets als 'gewone schade', of die nu werd gezocht bij andere getroffenen aan dezelfde weg of op soortgelijke wegen. Ook als een groep van enige omvang werd getroffen kon men dus stellen dat deze onevenredige schade leed. Uit dit antwoord bleek in elk geval dat de vergelijking met 'andere belanghebbenden' diende plaats te vinden met andere getroffenen, andere 'schadelijders'. Hoewel zij daar niet expliciet op inging, leek de wat abstracte vergelijking met andere getroffenen aan soortgelijke wegen ook de maatstaf voor het enkele bedrijf dat zijn ontheffing voor een uitweg verloor.

Deze vergelijking met andere getroffenen stuitte in de Eerste Kamer nog op kritiek van Michiels van Kessenich.[145] Hij meende dat de regering een onjuiste maatstaf aanhing door de vergelijking met andere getroffenen als uitgangspunt te nemen en zocht daarvoor met behulp van Kranenburg steun in de wijze waarop dit begrip in Frankrijk zelf geïnterpreteerd werd. Onder verwijzing naar een annotatie van Jèze bij een uitspraak van de Conseil d'Etat, meende hij dat 'speciale schade aanwezig is als men onevenredig zwaar, of juister: ongelijk zwaar of zwaarder getroffen wordt, niet dan andere lotgenooten, maar dan andere individuen.'[146] Zou de evenredigheidsnorm op die wijze geïnterpreteerd worden, dan zou hij zich wel met het nieuwe wetsvoorstel kunnen verenigen; vergeleken met 'andere individuen' in het algemeen

144 *Handelingen I* 1936/37, 330, p. 6.

145 *Handelingen I* 1936/37, p. 679-683.

146 *Handelingen I* 1936/37, p. 680-681. Het citaat van Jèze (*Revue du Droit Public* 1919): 'Il y a dommage spécial toutes les fois, qu'il résulte des circonstances, que la victime supporte du fait de l'administration, un préjudice que les autres individus *ne sont pas* appellés à supporter, en sorte que l'égalité des individus devant les charges publiques est violée au détriment de la victime.'

is het lot van de getroffene immers al snel onevenredig. Michiels van Kessenich vreesde echter dat de Nederlandse rechter niet snel de door hem gewenste invulling zou aanhangen, nu de regering een andere interpretatie van het égalitébeginsel aanhing dan de Conseil d'Etat volgens de door hem aangehaalde Franse schrijvers. Minister van Lidth de Jeude herinnerde eraan dat het vorige ontwerp was weggestemd, dat een Staatscommissie was ingesteld om te onderzoeken hoe aan verschillende bezwaren tegemoet kon worden gekomen, dat in het huidige ontwerp uiteindelijk een veel ruimhartiger recht op schadevergoeding was opgenomen en dat begrippen als 'onevenredig' en 'onredelijk' altijd een zekere subjectiviteit bevatten.[147] Zijn antwoord kon de Kamer overtuigen, zodat de Verkeerswet tegen lintbebouwing op 28 mei 1937 met 29 stemmen voor en 12 tegen werd aangenomen.

2.7 De eerste civiele rechtspraak over schadevergoeding bij 'rechtmatige' overheidsdaad

2.7.1 Inleiding

Door het bestaan van wettelijke schadevergoedingsregelingen was een recht op schadevergoeding in veel gevallen gewaarborgd. De burger die schadevergoeding wenste zonder dat hij een beroep kon doen op een wettelijke regeling, kreeg echter met een gat in de rechtsbescherming te maken. Een algemeen bevoegde administratieve rechter was er niet, hoewel al sinds de grondwetsherziening van 1887 werd gediscussieerd over de invoering van een administratieve rechtspraak. Dit gebrek aan rechtsbescherming bij de bestuursrechter betekende dat de burger voor die 'ongeschreven' gevallen was aangewezen op de civiele rechter. Deze was sinds het arrest *Guldemond-Noordwijkerhout* bevoegd om kennis te nemen van vorderingen tegen de overheid zodra men stelde dat de overheid onrechtmatig had gehandeld.[148]

Aanvankelijk was de civiele rechter terughoudend om te toetsen aan art. 1401 BW (oud), in het licht van het feit dat dit artikel primair is geschreven voor de verhouding tussen burgers onderling. In die verhouding is een afweging aan de orde tussen in beginsel *gelijkwaardige* belangen; hoe zou dit artikel kunnen worden tegengeworpen aan de overheid, die niet alleen veelal over een ruime beleidsvrijheid beschikt, maar ook nog hoeder is van het algemeen belang, waaraan particuliere belangen haast per definitie onder-

147 Zie reeds *Kamerstukken II* 1932/33, nr. 58, p. 5: '[Het wetsontwerp] onthoudt zich er dan ook van normen aan te geven, welke bij het bepalen van schadeloosstelling moeten worden in acht genomen, en te bepalen, wat wel of wat niet onder te vergoeden schade te begrijpen zou zijn.'

148 HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407.

geschikt zijn?[149] Voor gevallen waarin ook nog eens sprake was van 'gerechtvaardigd en zelfs geboden' overheidshandelingen was er bovendien het probleem dat de gelaedeerde burger door het 'gesloten stelsel van verbintenissen' wel op art. 1401 BW (oud) was aangewezen, maar dit artikel zich op dergelijke handelingen moeilijk liet toepassen.[150] Met een creatieve interpretatie van het begrip 'onrechtmatig' wist de Hoge Raad de schade door dit soort overheidshandelingen echter onder het bereik van art. 1401 BW te brengen. De arresten en het debat dat zich naar aanleiding daarvan ontspon komen thans eerst aan de orde. De vraag of de Hoge Raad in deze jurisprudentie impliciet een aansprakelijkheid op grond van de égalité aanvaardde, wordt daarna besproken.

2.7.2 Het debat rond *Voorste Stroom V, VI* en *VII* en *Haagse Duinwaterleiding*

In jurisprudentie uit de jaren twintig en dertig had de Hoge Raad vooral de beleidsvrijheid van de overheid vooropgesteld. Overheidshandelen werd in de regel iet even indringend aan art. 1401 BW (oud) getoetst als handelen van particulieren.[151] De *Voorste Stroom*-arresten leken te wijzen op een kentering. De aanleiding tot deze jurisprudentie werd gevormd door de onwelriekende dampen en stank die het gevolg waren van het besluit van de gemeente Tilburg om te kiezen voor een goedkope methode van reiniging van het rioolwater. Uit kostenoverwegingen had de gemeente niet voor de minder hinderlijke methode van reiniging gekozen. De Hoge Raad legde dit keer minder sterk de nadruk op de beleidsvrijheid van de overheid. Zelfs al was de handelwijze van de gemeente volkomen gerechtvaardigd en zelfs geboden, dat nam niet weg dat de eventueele nadelige gevolgen die daaruit voortvloeiden, voor haar rekening behoorden te komen. In casu had de gemeente geen maatregelen genomen die de overlast ophieven en handelde zo in strijd met

149 Huijgen 1991, p. 186. Van Maarseveen 1954, p. 918 meende bijvoorbeeld dat de zorgvuldigheidsnorm zich niet laat toepassen 'wanneer partijen niet op gelijk niveau staan, omdat "zorgvuldigheid" neerkomt op een oordeel over het handelen, een oordeel dat bij de hiërarchieke verhouding overheid-particulier zo goed als onmogelijk te geven is.'

150 Weliswaar zou de Hoge Raad later, in het arrest Quint/Te Poel van 30 januari 1959 (*NJ* 1959, 548) dit stelsel in zoverre openbreken dat een verbintenis ook kan ontstaan indien het geval past in het systeem van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen, maar ondanks enkele wettelijke aanknopingspunten – denk aan de hierna te bespreken formele wetten met een redelijkerwijsformule – heeft de Hoge Raad voor de aansprakelijkheid uit rechtmatige *overheids*daad nog niet van een inbreuk op dit systeem willen weten (zie ook HR 15 februari 1991, *NJ* 1992, 639 (*Aalscholvers*)).

151 HR 29 juni 1928, *NJ* 1928, p. 1138. Van Maanen en De Lange 2005, p. 18 e.v. laten zien dat de Hoge Raad overheidsgedrag tot 1896 nog wel toetste aan de 'maatschappelijke zorgvuldigheid', maar daarna, met name wanneer het ging om terreinen met beleidsvrijheid, terughoudender werd.

de zorgvuldigheid welke in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van eens anders goed betaamt.[152]

Deze nieuwe lijn werd bevestigd in het *Haagse Duinwaterleiding*-arrest. In casu ging het om een door de gemeente Den Haag geëxploiteerde sprank in de Haagse Duinen, waardoor grote hoeveelheden grondwater aan een belendend perceel werden onttrokken. Volgens de Hoge Raad handelde de gemeente volkomen gerechtvaardigd en was dit handelen zelfs geboden, maar diende zij tegenover de eigenaren van de nabijgelegen, bedreigde percelen de eventuele nadelige gevolgen voor haar rekening te nemen. Door zich deze belangen niet aan te trekken meende de Hoge Raad dat de gemeente niet de zorgvuldigheid in acht had genomen 'welke in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van diens goed betaamde.'[153]

Met deze arresten leek de aanvankelijk terughoudende lijn van eerdere arresten verlaten en bleek de Hoge Raad bereid ook overheidshandelen aan de norm van maatschappelijke zorgvuldigheid te toetsen.[154] Naar aanleiding van de arresten ontvouwde zich een uitvoerig debat in de literatuur, waarvan vooral de opvattingen van Drion en Bregstein bekend zijn geworden. Drion herkende in de arresten van de Hoge Raad een vorm van schadevergoeding uit rechtmatig overheidsoptreden. Volgens hem bewezen de arresten dat de Hoge Raad bereid was een risico-aansprakelijkheid in te passen in het leerstuk van de onrechtmatige daad. Hij pleitte ervoor de arresten zo te begrijpen dat de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm was gelegen in 'het complex van handeling en niet-vergoeden der schade', welke redenering zijn voorkeur genoot omdat in dat geval de betreffende handeling zou kunnen worden verboden.[155] Door afwezigheid van schuld was het overheidshandelen weliswaar 'foutloos', maar door de verplichting tot schadevergoeding te koppelen aan deze niet-onrechtmatige handeling, werd een verbod van die handeling mogelijk. Drion bereikte zo een compromis tussen de benadering van de Conseil d'Etat (in Drions visie is het schadetoebrengende handelen zelf immers rechtmatig) en het Nederlandse gesloten stelsel van verbintenissen (de door hem herkende risicoaansprakelijkheid kon eenvoudigweg in art. 1401 BW (oud) worden 'ingepast').

152 HR 19 maart 1943, *NJ* 1943, 312 (*Voorste Stroom VI*).

153 HR 18 februari 1944, *NJ* 1944, 226. Voor dit soort schade zou men later een beroep kunnen doen op de Grondwaterwet Waterleidingbedrijven (Wet van 21 juli 1954, *Stb.* 383).

154 Ibid. Asser-Hartkamp III (2006, p. 302): 'Dat in de Voorste Stroom-arresten V en VI de overheidshandeling werd getoetst aan de zorgvuldigheidsnorm is m.i. buiten kijf.' In *Voorste Stroom V* (HR 20 december 1940, *NJ* 1941, 366) had de Hoge Raad reeds overwogen dat de gemeente met de vervuiling 'de grens overschrijdt van hetgeen oirbaar is'.

155 Drion 1968, p. 85. De inspiratie voor deze constructie vond Drion in HR 3 mei 1946, *NJ* 1946, 323; ook in enkele Franse en Engelse geschriften bleek de redenering opgeld te hebben gedaan (zie t.a.p. p. 81-84).

Bregstein interpreteerde de arresten van de Hoge Raad anders. Hij herkende in de arresten de constructie van de 'rechtvaardigingsgrond-in-wording'.[156] Het feit dat de overheid in het algemeen belang handelt, vormt een begin van een rechtvaardigingsgrond, die compleet kan worden gemaakt door schadevergoeding aan te bieden. Het geboden zijn van de handeling kreeg in zijn visie een plaats tussen rechtvaardigingsgronden als overmacht, noodweer, wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel, op grond waarvan aan een op zichzelf *onrechtmatige* daad het onrechtmatige karakter zou kunnen komen te ontvallen. Anders dan Drion meende Bregstein dus dat men niet zou kunnen spreken van 'op zichzelf gerechtvaardigd handelen'; de schadeveroorzakende handeling was, omdat zij inbreuk maakte op een subjectief (eigendoms)recht (het verontreinigen van de Voorste Stroom en het onttrekken van duinwater), in beginsel onrechtmatig. De onrechtmatigheid was in deze visie dus niet gelegen in het enkele niet-aanbieden van schadevergoeding. Deze invalshoek bood de burger zijn inziens meer garanties dan de risicoaansprakelijkheid die Drion de overheid voorhield.[157] Schoordijk zou deze visie later verklaren door de politieke opvatting van Bregstein, 'die (…) socialistisch was, maar – voeg ik hieraan toe – dan wel getuigend van een socialisme waarin het individu uiterst centraal stond.'[158]

Het debat rond de jurisprudentie van de Hoge Raad liet ook zien dat het égalitébeginsel in de literatuur uit dit tijdvak – eind jaren veertig, begin jaren vijftig – sterk aan bekendheid had gewonnen. Waar de NJV-interventie van Van der Grinten in 1929 nog was opgevallen in het stilzwijgen van de preadviseurs ten aanzien van het égalitébeginsel, was daarvan thans niet langer sprake. Dat kan mogelijk mede worden verklaard doordat de égalité ook in de jurisprudentie van de Conseil d'Etat steeds vastere voet aan de grond begon te krijgen,[159] hoewel sommige Nederlandse auteurs de Franse ontwikkelingen

156 Bregstein 1951, p. 299-300.

157 Vgl. Schoordijk 1979, p. 379: 'Het verschil [tussen de visies van Drion en Bregstein] is gelegen in een door Bregstein beoogd machtsevenwicht. Het lijkt natuurlijk prachtig wanneer een beschadigde aan een ander, die op zwaarwegende gronden schade toebracht, risicoaansprakelijkheid kan voorhouden. De praktijk leert anders. De beschadigde verkeert in een kwetsbare positie. Hij moet maar afwachten of die ander over de brug komt. Hij is het lijdend voorwerp. In Bregsteins opvatting kan in het geschetste geval de bedreigde huiseigenaar [wiens huis schade zal oplopen door in het algemeen belang noodzakelijke heiwerkzaamheden – MT] een verbodsactie aankaarten, in de aanval gaan en goede garanties vragen. Hij ziet de behandeling verboden, tot dat hem die garanties gegeven zijn. Hij heeft in wezen een opschortingsrecht, dat wil zeggen, de eigenaar dient zich niet aan als bedelaar, maar als iemand die van tevoren orde op zaken wil stellen.'

158 Schoordijk 1991, p. 467.

159 Zie bijv. de arresten CE 14 januari 1938, *Rec.* p. 25 (*La Fleurette*), CE 1 januari 1944, *Rec.* p. 22 (*Caucheteux et Desmonts*) en CE 16 maart 1945, *DP* 1946, 3, 290 (*Société des chemins de fer français*).

met gefronste wenkbrauwen gadesloegen.[160] In elk geval kan worden geconstateerd dat veel auteurs op het égalitébeginsel wezen als de primaire rechtsgrond om de schade voor rekening van de overheid te brengen. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op artikelen van Van den Bergh,[161] Kranenburg[162] en Van Maarseveen.[163] Deze stukken gaven blijk van een kentering in het debat over de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad: anders dan ten tijde van de NJV-preadviezen van 1929 stelden de auteurs zich niet meer zozeer de vraag *of* de overheid ook zonder interventie van de wetgever aansprakelijk kon zijn, maar veeleer op welke wijze de buitenwettelijke aansprakelijkheid uit rechtmatige daad in het systeem zou moeten worden ingepast. Het lijkt er dan ook op dat de jurisprudentie van de Hoge Raad in sterke mate heeft bijgedragen aan de acceptatie van een plicht van overheden om schade ten gevolge van 'rechtmatige' daden te vergoeden, óók indien de wetgever een dergelijk recht niet had erkend. Zoals thans zal blijken, kon uit de jurisprudentie van de Hoge Raad zelf echter niet worden afgeleid dat hij iets zou voelen voor een impliciete toepassing van het égalitébeginsel onder de vleugels van art. 1401 BW (oud).

2.7.3 Het égalitébeginsel als maatstaf voor de 'zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt'?

Ook Drion en Bregstein spraken zich in hun geschriften uit over de verenigbaarheid van het égalitébeginsel met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Drion zag hier weinig problemen: 'Het beginsel van de "égalité devant les charges publics", waarop in Frankrijk de aansprakelijkheid van de overheid buiten faute gebaseerd wordt, zal aldus ook in ons recht zijn invloed kunnen doen gelden. Het scheppen, bijvoorbeeld, van een 'risque de nature exceptionelle' door de overheid zal zo tot een schadevergoedingsplicht kunnen leiden, hoewel het scheppen van dat risico in het openbaar belang op zich zelve in casu niet als rechtens verboden kan worden aangemerkt.'[164] De invalshoek van Bregstein liet zich met het égalitébeginsel veel minder goed verenigen en hij had dan ook weinig met het beginsel op: dat de behartiging van het gemeenschapsbelang niet het offer van een enkeling zou mogen kosten, maar

160 Zie bijv. Scholten 1949, p. 66-67, die betoogde dat de Franse ontwikkeling in strijd zou zijn met onze eigen rechtsontwikkeling ('schadevergoeding blijve aan onrechtmatigheid gebonden') en dat het Nederlandse recht ook geen mogelijkheden bood om een vergelijkbare oplossing te aanvaarden, aangezien de Franse rechtspraak werd uitgeoefend door een administratieve rechter die met de burgerlijk wetboek slechts terzijde te maken had.

161 Van den Bergh 1952, p. 503-512.

162 Kranenburg 1953, p. 352.

163 Van Maarseveen 1954, p. 919.

164 Drion 1968, p. 95-96. Van Drion is bekend dat hij een bijzondere interesse had in rechtsvergelijking en regelmatig blijk gaf van zijn kennis van het Frans, Belgisch, Duits en Engels recht (Sütõ 2004, p. 39-41 en 204-205).

over het geheel zou moeten worden omgeslagen, achtte hij 'onaanvaardbaar'.[165] Zo bezien was Bregstein verantwoordelijk voor een sterk tegengeluid in de literatuur, die juist in deze periode steeds welwillender stond tegenover een eventuele aanvaarding van een recht op schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden. Een eventuele 'adoptie' van het égalitébeginsel paste echter slecht bij de door Bregstein gekozen invalshoek.[166]

Algemeen wordt aangenomen dat de Hoge Raad in het arrest *Voorste Stroom VII* de Bregstein-constructie tot de zijne heeft gemaakt.[167] De Hoge Raad meende dat het beroep op het algemeen belang het schadeveroorzakende handelen niet zonder meer kon rechtvaardigen. Het beroep op het feit dat de handeling 'gerechtvaardigd en zelfs geboden' was uit het oogpunt van de te behartigen gemeentebelangen hield, aldus de Hoge Raad, niet méér in 'dan dat de gedragslijn van de gemeente, indien zij uitsluitend vanuit het gezichtspunt van die belangen werd beoordeeld, als de aangewezene zou moeten beschouwd'. Een rechtvaardiging zonder meer van dit handelen – in die zin dat dit voor rechtmatig moet worden gehouden – leverde dit dus niet op. Bregsteins uitgangspunt van de *on*rechtmatigheid van het overheidshandelen bleek duidelijk uit de volgende passage uit *Voorste Stroom VII*:

> 'dat immers bij het vorderen en het opleggen van een verbod als het onderhavige ervan wordt uitgegaan, dat het verbod zal vervallen voor zover na het vonnis [het vonnis waarin een verbod wordt uitgesproken – MT] een rechtvaardigingsgrond ontstaat, welke aan de onder het verbod vallende handelingen de onrechtmatigheid ontneemt.'

Uit dit arrest kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat het vooraf aanbieden of betalen van schadevergoeding een voorwaarde is voor de rechtmatigheid van de schadeveroorzakende, aanvankelijk onrechtmatige handeling.

Zoals gesteld werd ter verklaring van de aansprakelijkheid van de overheid door veel auteurs gewezen op het typisch publiekrechtelijke égalitébeginsel. Teunissen heeft in dit verband gesteld dat de "strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed" niet kan worden toegepast op de verhouding overheid-burger en dat het nodig was het égalitébeginsel aan te grijpen om die verhouding te normeren aan de hand van eigen, publiekrechtelijke beginselen:

---

165 Bregstein 1951, p. 304-305.

166 Latere geestverwanten van Bregstein waren vooral Verpaalen (1969) en Schoordijk (1979, 1991).

167 HR 19 december 1952, *NJ* 1953, 642 (*Voorste Stroom VII*). Zie o.m. Drion 1953, p. 101, Ph.A.N. Houwing, noot onder Voorste Stroom VII (*NJ* 1953, 642, p. 1193), Schoordijk 1991, p. 471, Van Wijmen (losbl.), p. F-2-9, Van Maanen 2002, p. 34, Van Buuren 2009, p. 267. Zie voor een ander geluid Van Nispen 1978, p. 343 en Langemeijer 1941, p. 12, die menen dat de Hoge Raad aansluiting zocht bij het leerstuk van 'misbruik van recht'.

> 'Men zou over de genoemde arresten [de Voorste Stroom-jurisprudentie – MT] kunnen zeggen dat de Hoge Raad in juiste intuïtie goed heeft begrepen dat het égalitébeginsel hier in het geding was, maar zó vast zit in een "privaatrechtelijk begrippenapparaat", dat hij de *materiële* toetsing aan dit beginsel *formeel* aankleedt als toetsing aan de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, ofschoon deze voor inter-persoonlijke relaties bedoelde – op de iustitia *commutativa* gebaseerde – norm naar haar aard incompatibel is met het – op de iustitia *distributiva* gebaseerde – égalitébeginsel.'[168]

Mijns inziens leert de omarming van de leer-Bregstein door de Hoge Raad echter vooral dat ook hij, net als Bregstein, van het égalitébeginsel weinig moest hebben. Ik betwijfel dan ook of de arresten zo kunnen worden gelezen dat de Hoge Raad reeds een *materiële* toetsing aan het égalitébeginsel verrichte, zij het in het 'jasje' van de onrechtmatige overheidsdaad. Het meest in het oog springende verschil tussen de wijze waarop de Conseil d'Etat de égalité toepaste is vanzelfsprekend dat de Hoge Raad gebonden was aan de onrechtmatigedaadsconstructie. Door de aanvaarding van de Bregstein-constructie maakte de Hoge Raad duidelijk dat achter deze constructie geen 'pseudo'-risicoaansprakelijkheid schuilging, maar dat – anders dan in het Franse recht – de schadetoebrengende handeling kon worden verboden.[169] Ook voor wat betreft de *omvang* van de schadevergoeding leek de Hoge Raad zich niet te laten leiden door de gedachte dat met de vergoeding van onevenredig nadeel kon worden volstaan. In het Haagse Duinwaterleiding- en zesde Voorste Stroom-arrest werd in algemene zin overwogen dat de gemeente eventuele nadelige gevolgen die uit de behartiging van gemeentebelangen mochten voortvloeien, voor haar rekening behoorde te nemen. Dit uitgangspunt van schadeloosstelling werd bevestigd door het zevende Voorste Stroom-arrest.[170]

Het meest belangrijke verschil is echter dat de nieuwe constructie van de Hoge Raad beperkt was tot gevallen waarin tevens sprake was van een inbreuk op een subjectief (eigendoms)recht, één van de categorieën die een 'echte' onrechtmatige daad constitueren. Zo overwoog hij in het *Haagse Duinwaterleiding*-arrest:

---

168 Teunissen 1996, p. 170.

169 Of de HR-constructie vaak daadwerkelijk werd aangegrepen om een verbod te vorderen, is mij niet bekend. Wellicht was deze consequentie vooral theoretisch van aard.

170 Het Hof had daarin nog overwogen dat de gemeente door een bijkomende omstandigheid aan haar handelwijze het onrechtmatig karakter kon doen verliezen, 'waarbij met name gedacht kan worden aan het betalen van een *redelijke* schadevergoeding'. De Hoge Raad liet in zijn lezing van de overwegingen van het Hof het woordje 'redelijke' weg, stellend dat de gemeente zich de belangen van Van Roessel kon aantrekken 'bijvoorbeeld door aanbieding van een schadevergoeding'. Vgl. Keiser 1966, p. 138: 'In het bekende duinwaterleiding-arrest (…) blijkt, dat de rechtbank de schade, welke de landerijen onder Wassenaar geleden hebben ten gevolge van wateronttrekking, volledig wil doen vergoeden. De rechtbank stelt de vergoeding op de aanschaffingskosten van een bemalingsinstallatie, vermeerderd met de gekapitaliseerde exploitatiekosten.'

> 'dat derhalve de Gemeente door handelingen op haar eigen terrein verricht inbreuk maakt op den eigendom van daarnevens liggende terreinen, terwijl deze *rechtsinbreuk* voor de Gemeente als mogelijk gevolg van haar handelingen redelijkerwijze te voorzien was (…).'[171]

In aansluiting hierop stelde de Hoge Raad in *Voorste Stroom VII* voorop dat de gedraging van de gemeente 'moet worden opgevat als een inbreuk op een aan van Roessel toekomend subjectief recht'. Voorts vond de Hoge Raad in dat laatste arrest geen reden 'om aan te nemen dat de algemene regel dat de rechter bij dreigende *rechtsinbreuk* zodanig verbod [tot het verrichten van de gewraakte lozingshandelingen – MT] kan geven, te dezen uitzondering zou lijden'. Met de voorwaarde van een inbreuk op een subjectief recht om aan de toepassing van de Voorste Stroom-constructie toe te komen, was de Hoge Raad ver verwijderd van de risicoaansprakelijkheid op grond van het égalité-beginsel die Drion in de jurisprudentie herkende. Daarop wees ook Wiarda:

> 'Een algemene erkenning van het beginsel der "égalité devant les charges publiques" is er zeker niet uit te lezen, alleen al daarom niet, omdat in beide gevallen [het vijfde Voorste Stroom-arrest en het Haagse Duinwaterleiding-arrest – MT] niet het toebrengen van een bizondere schade zonder meer, doch eigendomsaantasting de grondslag der schadevergoedingsverplichting uitmaakte. (...) Inzoverre kan in de besproken arresten een erkenning van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur worden gezien, dat echter door zijn beperking tot de aantasting van subjectieve rechten zonder wettelijke grondslag het algemeen beginsel der "égalité devant les charges publiques" slechts van verre nadert.'[172]

De eis van de inbreuk op een subjectief eigendomsrecht impliceerde dat de constructie van de Hoge Raad niet opging voor de gevallen waarin sprake was van de aantasting van *belangen* (zoals schade door het wegvallen van bestaande voordelen of kansen). Dit onderscheid tussen de aantasting van rechten of belangen was niet onomstreden[173] maar werd door de meeste schrijvers onderschreven.[174] Zo betoogde Bregstein dat de *Voorste Stroom-* en *Haagse Duinwaterleiding*-arresten pasten 'bij de wederzijdse afpaling van de bevoegdheden der tot *conflicterende subjectieve rechten* gerechtigden, ook

---

171 HR 18 februari 1944, *NJ* 1944, 226, p. 311 (curs. MT).

172 Wiarda 1952, p. 71.

173 Zie over de afbakeningsproblemen rond het begrip 'subjectief recht' De Brauw 1955, p. 112.

174 Zie bijv. Scholtens 1929, p. 11, die stelde dat het wel geen betoog zou behoeven dat een krenking van belangen in het algemeen zonder meer zal moeten worden aanvaard en gedragen, alsook De Vos van Steenwijk 1929, p. 16 en de *Handelingen* NJV 1929, p. 206-207, waar in de vraagstelling wordt onderscheiden tussen de niet-onrechtmatige daad die 'eenig recht van den benadeelde' opheft of beperkt en de aantasting van 'een niet door het recht beschermd belang'.

tussen privaatechtelijke en publiekrechtelijke'.[175] Hij wenste geen vergoeding toe te kennen als het overheidshandelen zou leiden tot een aantasting van belangen of het verminderen van kansen.[176] Een publiekrechtelijk geschoold jurist als Van den Bergh betoogde echter dat het voor de toepassing van het égalitébeginsel niet uitmaakte of een aantasting van een recht of een belang aan de orde was. Volgens hem zou ook de exploitant van het Brielse strandbad, die het uitzicht verliest op de zee door afdamming van de Brielse Maas zijn schade vergoed moeten zien, en niet alleen boer Jansen die voor die afkalving een stuk grond verloor:

> 'De "atavistische" leer: *wel* vergoeding bij aantasting van een subjectief recht, *geen* vergoeding van andere schade (hoe groot ook) kan ook hier, in deze variant, niet gehandhaafd blijven. (…) Er blijft dan [ook bij krenking van belangen – MT] het grote en vruchtbare beginsel van de "égalité devant les charges publiques"'.[177]

Al met al gaf de Hoge Raad met zijn rechtspraak dus een belangrijke impuls aan de ontwikkeling van het buitenwettelijke recht op schadevergoeding bij 'rechtmatige' overheidsdaad, maar de reikwijdte van zijn jurisprudentie was beperkt. Het was niet slechts een kwestie van het toepassen van het égalitébeginsel binnen een privaatrechtelijk 'begrippenapparaat'. Met name door de beperking van de toepassing van de 'nieuwe' constructie tot inbreuken op een subjectief recht week de rechtspraak op een belangrijk onderdeel af van de égalitérechtspraak van de Conseil d'Etat.

2.8 Conclusie

Sporen van een recht op nadeelcompensatie vindt men in Nederland al zo vroeg als de Middeleeuwen. Met name vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw begint het leerstuk van het recht op schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden contouren te krijgen. Het bestaan van een recht op schadevergoeding was in deze tijd afhankelijk van de vraag of in een bijzondere (formele) wet een dergelijk recht werd toegekend. De wetgever liet zich daarbij leiden door de vraag of er sprake was van een inbreuk op een eigendomsrecht. Werd eigendom ontnomen of werd het eigendomsrecht beperkt door het opleggen van een gedoogplicht, dan was een wettelijk recht op schadevergoeding in de regel gegarandeerd. Maar ook daarbuiten werd voor inbreuken op het eigendomsrecht soms een recht op schadevergoeding gecreëerd. De vraag drong zich op of er een algemeen rechtsbeginsel bestond op grond

175 Bregstein 1951, p. 301 (curs. MT); vgl. p. 298 e.v. In dezelfde zin: Kranenburg 1953, p. 346, Houwing, *NJ* 1953, 642 (noot bij *Voorste Stroom VII*).
176 Bregstein 1951, p. 302.
177 Van den Bergh 1951, p. 523-524.

waarvan de overheid bij rechtmatig overheidsoptreden een schadevergoedingsplicht had. Bij de behandeling van de Wet op de militaire inundatiën hintte de wetgever voor het eerst naar het bestaan van een rechtsbeginsel met als inhoud 'dat de lasten, die de overheid in aller belang moet opleggen, zooveel mogelijk gelijkelijk op allen moeten drukken en derhalve hij, die de eigenlijke schade lijdt, moet worden geïndemniseerd.' Spoedig werd echter duidelijk dat het hier niet om een zelfstandig rechtsbeginsel ging, maar veeleer om een belangrijk gezichtpunt dat de wetgever ertoe kon bewegen om uit billijkheidsoverwegingen (bij wijze van gunst) een recht op compensatie in het leven te roepen.

De notie van de ongelijke verdeling van lasten ten gevolge van rechtmatig overheidsoptreden had echter voor veel auteurs aantrekkelijke kanten; de 'offertheorie' (die deze notie ook centraal stelde) was in elk geval concreter dan de loutere verwijzing naar de billijkheid, waarvan velen het als een bezwaar voelden dat deze zo weinig houvast gaf. Een lastige vraag was hoe deze theorie praktisch hanteerbaar kon worden gemaakt. Verschillende schrijvers meenden dat met het geven van een schadevergoeding een gelijkheid werd gecreëerd in die zin dat de burger die schade had geleden in een gelijke situatie kwam te verkeren als die van zijn medeburgers die van het overheidshandelen hadden geprofiteerd. Dit impliceerde dat de getroffene aanspraak had op een schadeloosstelling, een uitgangspunt dat ook de bijzondere wetgever in veel wetten had neergelegd. Dat gold bijvoorbeeld voor de Verkeerswet tegen lintbebouwing van 1922, die juist door de verplichting tot schadeloosstelling op een fiasco was uitgelopen. Het vooruitzicht van talloze schadeclaims in verband met eigendomsbeperkende maatregelen weerhield de overheid ervan om maatregelen te nemen die in het algemeen belang noodzakelijk waren.

Er was een andere benadering nodig, een die zowel recht deed aan individuele schrijnende gevallen als aan de noodzaak voor de overheid om beleid te kunnen voeren en daarbij niet telkens gehinderd te worden door schadeclaims. Voor deze nieuwe grondslag keken schrijvers in de jaren twintig en dertig veelal over de grens, in casu naar Frankrijk. De Conseil d'Etat bracht de égalité in de uitspraak *Couitéas* voor het eerst in stelling als buitenwettelijke rechtsgrond voor schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden. Dit beginsel kwam niet uit de lucht vallen. De égalité-aansprakelijkheid was in de kiem al aanwezig in de na de Revolutie tot stand gekomen *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Het Franse rechtsstelsel kenmerkte zich sindsdien door een sterk 'collectivistisch' denken, waarbij alle burgers voor elkaar gelijk waren, voor elkaar dienden in te staan en bijzondere privileges die tijdens het *Ancien Regime* hadden bestaan, uit den boze waren. Dit bleek een goede voedingsbodem voor het ontstaan van een stelsel van overheidsaansprakelijkheid, inclusief een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad. Met deze laatste vorm van aansprakelijkheid was bovendien al tijdens de Napoleontische tijd

(rond 1800) geruime ervaring opgedaan; de filosoof als Léon Duguit had haar bovendien van een theoretische voedingsbodem voorzien.

De 'adoptie' van het égalitébeginsel ging niet helemaal van harte. Dat had een aantal oorzaken. Ten eerste had Nederland niet een met de Franse Revolutie vergelijkbare ontwikkeling doorgemaakt. Een dergelijk historisch gegroeid, niet bij formele wet geregeld stelsel van aansprakelijkheid uit rechtmatige daad kende Nederland aan het begin van de twintigste eeuw niet. Het besef dat burgers tot een collectief behoorden was in ons aansprakelijkheidsrecht wel enigszins aanwezig – getuige ook de brede steun voor de offertheorie – maar een aanvaarding van de égalité zou hier te lande een breuk hebben betekend met het uitgangspunt dat het toch eigenlijk een wetgevingsvraagstuk betrof, in plaats van de logische uitbouw van een vorm van aansprakelijkheid met duidelijke historische wortels. Juist omdat het hier ging om een rechtsbeginsel dat een rechtsgrondslag gaf voor vergoeding uit *rechtmatige* daad, waren de Nederlandse juristen beschroomd om dit beginsel één-op-één over te nemen. Een pleidooi als dat van Van der Grinten op de NJV van 1929 was vooral het pleidooi van een eenling. Vooralsnog bleef onrechtmatigheid de hoofdvoorwaarde voor aansprakelijkheid van de overheid. Alles wat daarbuiten aan vergoedingen werd uitgekeerd, was afhankelijk van een uitspraak van de wetgever.

Een tweede oorzaak voor de wat aarzelende receptie van het égalitébeginsel lag in het feit dat wetgever noch doctrine helemaal helder voor ogen stond onder welke omstandigheden dit beginsel nu een recht op schadevergoeding gaf. Het onderscheid dat de égalité maakte tussen abnormale en normale risico's, en de vraag met welke 'andere burgers' op grond van dit beginsel moest worden vergeleken, gaf bijvoorbeeld aanleiding tot veel debat. Eén van de eerste keren dat op deze vermeende zwakke plek van de égalité werd gewezen, was tijdens de parlementaire behandeling van de (nieuwe) Verkeerswet tegen lintbebouwing. Op initiatief van Eerste Kamerlid Kranenburg kwam in de schadevergoedingsbepaling uit deze wet de notie van een *onevenredig* nadeel centraal te staan. In het debat dat zich naar aanleiding van deze notie ontspon, werd wel iets meer duidelijk over de wenselijke invulling van dit begrip – de rechter zou in beginsel moeten vergelijken met andere, ook benadeelde burgers – maar Kamerleden plaatsten kritische kanttekeningen bij de bruikbaarheid van een beginsel dat voor het bestaan van een recht op schadevergoeding primair keek naar de wijze waarop het nadeel van de een zich verhield tot het nadeel van vergelijkbare anderen.

Een derde en laatste oorzaak lag in het ontbreken van een administratieve rechter. Was daarvan wel sprake geweest, dan zou waarschijnlijk al in een veel vroeger stadium een ontwikkeling in gang zijn gezet waarbij burgers onder omstandigheden recht hadden op schadevergoeding uit rechtmatige daad, en zouden de contouren van een 'speciaal' en 'abnormaal' nadeel langzaam duidelijk zijn geworden. Het is niet gezegd dat deze rechter zich net zo activistisch zou hebben opgesteld als de Franse Conseil d'Etat, die al in

1938 een aansprakelijkheid voor rechtmatige formele wetgeving erkende, maar in elk geval zou dit hebben voorkomen dat het operationaliseren van het recht op schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden in de handen van tal van instanties zou komen te liggen: het bestuur, de bijzondere wetgever en de civiele rechter.

De rechtsbescherming bij schade door rechtmatige overheidsdaden bood daardoor al vanaf de jaren 20 een sterk gefragmenteerde aanblik. Voor sommige gevallen konden burgers een wet inroepen. Bestond een wet niet, dan was er onder omstandigheden wel een gemeentelijke verordening, met name wanneer de schade voortvloeide uit maatregelen op grond van de Woningwet. Was er geen geschreven regeling, dan kon de burger vanaf 1944 zijn geluk beproeven bij de Hoge Raad, die de overheid soms ook aansprakelijk hield indien zij handelde ter behartiging van het algemeen belang en één of meer burgers daardoor in hun rechten werden aangetast. In de slotparagraaf is betoogd dat deze rechtspraak aan de ontwikkeling van een op de égalité gebaseerd stelsel van nadeelcompensatie nauwelijks een impuls gaf, aangezien de Hoge Raad het recht op schadevergoeding noodgedwongen moest inpassen in de *on*rechtmatige daad. Bovendien was constructie van de Hoge Raad beperkt tot de gevallen waarin sprake was van een inbreuk op een subjectief recht en schending van een zorgvuldigheidsnorm. Deze rechtspraak zorgde er voor dat het nog tot diep in de jaren tachtig *communis opinio* bleef dat in buitenwettelijke gevallen iets onrechtmatigs in het rechtmatige overheidshandelen moest worden aangewezen, wilde de overheid aansprakelijk zijn. Wel droeg deze rechtspraak bij aan de opvatting dat het recht op nadeelcompensatie in buitenwettelijke gevallen niet altijd afhankelijk was van een van overheidswege te verlenen gunst.

3 De ontwikkeling van de égalité-aansprakelijkheid vanaf 1955

3.1 INLEIDING

De arresten van de Hoge Raad waarmee het vorige hoofdstuk werd afgesloten, werden gewezen in een periode waarin de overgang van de klassiek-liberale nachtwakersstaat naar een verzorgingsstaat duidelijk waarneembaar was. In die periode beperkte de overheid zich steeds minder tot het onthouden van het ingrijpen in de privésfeer van burgers, maar ging er meer en meer toe over zelf actief het welzijn van haar burgers te waarborgen. Naast haar klassieke taken (defensie, handhaving van de openbare orde, waterstaat, justitie) greep de overheid ook actief in op gebieden als het onderwijs, de infrastructuur, de volksgezondheid, de sociale zekerheid, het milieu en de ruimtelijke ordening. Deze ontwikkeling zette zich na de Tweede Wereldoorlog in versterkte mate door.[1] Anno 1955 is Nederland volgens De Brauw een 'ver doorgevoerd georganiseerde samenleving', waarin de Staat ondanks alle rechtsbescherming die hij verleent, telkens moet ingrijpen in de vrijheid en de eigendom der burgers, wanneer het algemeen belang dat eist.[2]

Deze verandering in de taakopvatting van de overheid heeft ook gevolgen voor de verdere ontwikkeling van het leerstuk van de schadevergoeding van de rechtmatige overheidsdaad. De uitbreiding van het stelsel van wetgeving waarmee in de eigendom van burgers wordt ingegrepen maakt het wenselijk te beschikken over een uniforme benadering van het leerstuk en niet meer, zoals voor de Tweede Wereldoorlog, op *ad hoc*-basis te beslissen over een eventueel recht op schadevergoeding. Bij gebrek aan eenstemmigheid in de doctrine (§ 3.2) was hier vooral een taak voor de wetgever neergelegd. Bij de behandeling van de Boswet, de Monumentenwet en de Wet op de Ruimtelijke Ordening ontspon zich een debat tussen Kamer en regering waarin met enig duwen en trekken uiteindelijk overeenstemming ontstond over de inhoud en de bedoeling van de in die wetten opgenomen 'redelijkerwijsformule' (§ 3.3). Deze formule was een novum en betekende dat er naast de privaatrechtelijke pijler van de Voorste Stroom-jurisprudentie voortaan ook een publiekrechtelijke pijler bestond, waarin het recht op schadevergoeding werd beoordeeld naar zuiver publiekrechtelijke maatstaven. Ook hier dient zich de vraag op in

1 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 16-17, De Haan, Drupsteen & Fernhout 1999, p. 17-18.

2 De Brauw 1955, p. 78.

hoeverre deze redelijkerwijsformule geacht kan worden een uitdrukking te zijn van de égalité (§ 3.3.6).

De invloed van de redelijkerwijsformule bleef niet tot de wetgeving beperkt maar zou met name in de jaren zeventig en tachtig ook op andere terreinen de centrale norm zijn waaraan een eventueel recht op schadevergoeding werd getoetst. Niet alleen in de jurisprudentie van de Kroon, ook in het buitenwettelijke stelsel van bestuurscompensatie en uiteindelijk ook in de Paul Krugerbrug-jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State werd veelal expliciet bij deze formule aansluiting gezocht (§ 3.4). De égalité kwam in deze jurisprudentie niet voor, maar toen de Awb-wetgever eind jaren tachtig het leerstuk van de nadeelcompensatie een plek moest geven in de Awb, koppelde deze de Paul Krugerbrug-jurisprudentie aan de égalité. Toen was het nog maar een kleine stap om de égalité ook ten grondslag te leggen aan de jurisprudentie inzake het zelfstandig schadebesluit en – weer ruim tien jaar later – om het égalitébeginsel te codificeren in de Awb (§ 3.5). Aan het slot van dit hoofdstuk zullen de ontwikkelingen in dit tijdvak op hoofdlijnen worden samengevat.

3.2 Geen eenstemmigheid in de literatuur

3.2.1 Inleiding

Wanneer Verpaalen in zijn VAR-preadvies uit 1969 *Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad 1955-1968* 'kritisch omziet' naar de wijze waarop het leerstuk van de rechtmatige overheidsdaad zich heeft ontwikkeld, merkt hij op dat de Nederlandse burger door de Tweede Wereldoorlog meer 'schadevergoeding-minded' is geworden. Oorlogs- en bezettingsschade is in meer gevallen vergoed, terwijl bijvoorbeeld ook aan de slachtoffers van de februarivloed van 1953 een vergoeding is gegeven. Terecht wijst hij 1955 aan als het keerpunt.[3] De vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging op 24 juni 1955 gaat opnieuw over schadevergoeding voor rechtmatig overheidsoptreden. Drie maanden later vangt met de indiening van het ontwerp voor de Monumentenwet een nieuw tijdperk aan. De wetgever is zich, aldus Verpaalen, bewust van het feit dat met de NJV-vergadering van 1955 een ontwikkeling in rechtspraak en rechtswetenschap is afgesloten. In de rechtspraak en de civiele rechtswetenschap zijn bovendien geen nieuwe ideeën meer tot uiting gekomen: anno 1955 is het woord aan de wetgever.[4]

Naar aanleiding van de preadviezen van de NJV van 1955 heeft Verpaalen gesteld dat er sprake is van een 'zeer duidelijke ontwikkeling in de geesten der juristen'.[5] Waar op de NJV van 1929 vrijwel niemand wenste te aanvaarden

3 Verpaalen 1969, p. 9. In dezelfde zin: Kan 1968, p. 147 en Van Wijmen (losbl), p. F-2-5 e.v.
4 Verpaalen 1969, p. 7-10.
5 Verpaalen 1969, p. 9.

dat de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad een kwestie van *recht* was, is die gedachte in 1955 in beginsel aanvaard. De aan de preadviseurs voorgelegde vraag is nu niet *of* een schadevergoedingsplicht kan bestaan bestaat maar *in hoeverre* en *naar welke beginselen* schadeloosstelling moet worden toegekend. Deze vraagstelling leidt tot beschouwingen waarbij preadviseurs Vegting en De Brauw zich beiden, zij het met andere accenten, laten inspireren door het égalitébeginsel. Uitgaande van de égalité en Kranenburgs 'wet van het rechtsbewustzijn' formuleert Vegting als uitgangspunt dat 'als gevolg van overheidshandelingen voor individuele burgers optredende schade aan dezen uit de publieke kas(sen) vergoed dient te worden, wanneer en voorzover de schade niet beschouwd moet worden als een last, welke tot de sfeer der getroffen individuen behoort, en waarvoor dezen dus het risico hebben te dragen, maar als één, welke in de sfeer der collectiviteit valt en daarom voor risico moet zijn van de collectiviteit'.[6] De Brauw concentreert zich iets minder op dit beginsel, maar ook hij stelt uiteindelijk vast dat in de Nederlandse rechtsorde 'blijkbaar' de overtuiging bestaat dat rechtmatig overheidsoptreden dat onredelijke offers vraagt van een enkeling of een bepaalde groep, ook al is er geen sprake van onbehoorlijk bestuur en is het optreden wat de wijze van totstandkoming en inhoud betreft onberispelijk, toch aanleiding geeft tot een vergoeding of tegemoetkoming, zodat het onredelijke offer tot redelijke grenzen wordt gereduceerd. Daarmee wordt dan voldaan aan een eis van verdelende gerechtigheid, aldus De Brauw.[7]

De preadviezen van 1955 zijn illustratief voor het feit dat het égalitébeginsel sterk aan bekendheid heeft gewonnen, maar dat er nog steeds wordt geworsteld met de precieze betekenis van dit beginsel en de wijze waarop het zou moeten worden 'geoperationaliseerd'. Als Langemeijer de preadviezen bespreekt, vraagt hij zich zelfs af: 'Is het niet een blamage voor ons juristen, dat wij zelfs geen afdoende probleemstelling kunnen voor den dag brengen, dat wij tenminste kunnen aanwijzen welke factoren, misschien vele, gewicht in de schaal kunnen leggen, al is het dan misschien ondoenlijk in elke afzonderlijke casuspositie die factoren stuk voor stuk nauwkeurig te wegen?'[8] Woorden die erop wijzen dat er anno 1955 nog steeds geen overeenstemming is over de aan de schadevergoeding ten grondslag liggende beginselen. Toch was de égalité expliciet ten grondslag gelegd aan de schadevergoedingsbepaling in de Verkeerswet tegen lintbebouwing en werd, met name in het debat over de jurisprudentie van de Hoge Raad, herhaaldelijk aan de égalité gerefereerd. Wat zijn er de oorzaken van dat men rond deze periode, in een Nederland

6 Vegting 1955, p. 3, p. 10. Zijn preadvies bevat het eerste uitvoerige Nederlandstalige overzicht van de Franse égalitéjurisprudentie. Vegting was hoogleraar aan de UvA en gaf onderwijs in het vergelijkend staats- en administratiefrecht.

7 De Brauw 1955, p. 135. Samenvattingen van deze preadviezen zijn gegeven door Van der Schaaf 1971, p. 99 e.v. en Holleman 1985, p. 75 e.v.

8 Langemeijer 1955, p. 534.

dat steeds meer 'schadevergoeding-minded' is geworden, van de égalité als algemeen rechtsbeginsel nog steeds niet veel wil weten?

3.2.2 Onduidelijkheid over de betekenis van de égalité

Een eerste oorzaak kan worden gezocht in onduidelijkheid over de vraag waartoe het égalitébeginsel precies verplichtte. In het bijzonder de vaagheid van het begrip 'onevenredig' nadeel bleef problematisch. Betekende 'onevenredig' nu dat een minder dan volledige vergoeding moest worden gegeven? Zo ja, aan de hand van welke maatstaven zou men het 'evenredige' van het 'onevenredige' nadeel moeten scheiden? De Franse leer maakte duidelijk dat hierbij de 'gelijkheid tussen burgers onderling' een rol speelde. Maar hoe kon aan de hand van deze vage notie worden bepaald wanneer de overheid al dan niet tot vergoeding verplicht was? Tussen welke burgers zou dan moeten worden vergeleken? Die laatste vraag was bij de parlementaire behandeling van de Verkeerswet tegen lintbebouwing reeds een punt van geschil en ook de commissie Schade en Baat meende dat deze vraag diende te worden opgehelderd. Deze commissie bracht in 1947 rapport uit ten aanzien van de vraag door welke beginselen de overheid zich moest laten leiden bij het bepalen van haar houding ten opzichte van schade door stedenbouwkundige maatregelen, mede in het licht van het feit dat die maatregelen soms ook een waardestijging tot gevolg hadden. De scheidslijn tussen wel en niet te vergoeden schade zocht de commissie onder meer in de vraag of door de publieke regeling of maatregel een *bijzonder* nadeel wordt toegebracht, waardoor de gelijkheid van allen tegenover de openbare lasten wordt opgeheven. 'Het normale risico van het maatschappelijk leven, met inbegrip van de overheidsvoorschriften, moet ieder zelf dragen. Maar als door een zodanig voorschrift aan een bepaald persoon of een bepaalde groep een abnormaal risico wordt te dragen gegeven, moet dat tot vergoeding van de abnormaal geachte schade leiden.'[9] Hoewel de commissie het niet onredelijk vond dat op deze grond het recht op schadevergoeding kon worden beperkt, constateerde zij toch problemen bij de toepassing daarvan in het concrete geval. De Commissie:

> '"Een bepaalde persoon of een bepaalde groep", in die – toch noodzakelijke – woorden ligt intussen een dubium, en dus een zwakheid van het criterium, opgesloten. Denkt men aan allen, die tot een bepaalde groep behoren, bv. alle eigenaren van bos, dat men niet mag kappen, van kunstvoorwerpen, die men niet naar Amerika mag verkopen, en acht men dat risico, dat alleen die groep treft, abnormaal en dus tot vergoedingsplicht aanleiding gevend? Of vindt men de beperkingsmogelijkheid een natuurlijke omstandigheid van de gehele groep en allen die ertoe

9 *Schade en baat*, p. 44.

behoren, zodat alleen een afwijkende behandeling van een bepaald lid van de groep een *abnormaal* risico zou scheppen?'[10]

Mede vanwege de problematische bepaling van de grens tussen 'normale' en 'abnormale' risico's meende de commissie dat het gelijkheidsbeginsel niet het enige relevante gezichtspunt zou moeten zijn. De égalité zou volgens de commissie moeten worden aangevuld met de theorie van het positief voordeel (§ 2.4.1) en de vraag of een recht, dan wel 'slechts' een belang werd getroffen.[11] Ook Vegting meende dat de égalité veeleer als een achterliggend principe diende te fungeren, dan als een maatstaf aan de hand waarvan in een concreet geval kon worden bepaald *of* een recht op schadevergoeding bestond.[12] Het onderscheid tussen normale en abnormale risico's vonden velen te vaag, zodat het heldere uitgangspunt van een volledige schadevergoeding volgens veel auteurs ook bij de schadevergoeding uit rechtmatige daad had te gelden.[13] Beunke zou hierover later stellen 'dat men in de praktijk er nog wel eens moeite mee heeft, om wanneer men eenmaal tot de overtuiging gekomen is dat een burger schade lijdt, bij de vergoedingsregeling dan nog met beperkingen rekening te houden'.[14]

3.2.3 Onderscheid tussen aantasting van recht of belang blijft relevant

Een tweede oorzaak voor het niet onverkort omarmen van het égalitébeginsel in de naoorlogse periode, was gelegen in het feit dat veel schrijvers de vraag of een recht op schadevergoeding niet primair wensten te beantwoorden aan de hand van het vaag geachte égalitéprincipe, doch aan het helder(der) geachte onderscheid tussen de vraag of een rechtmatige overheidshandeling slechts een belang aantastte dan wel een beperking, een aantasting of een ontneming van een subjectief *recht* met zich bracht. Werd men 'slechts' in een belang getroffen, dan achtten veel schrijvers het redelijk geen vergoeding toe te kennen. Werd daarentegen een recht aangetast, dan zou in beginsel, in navolging van de Onteigeningswet en de gedoogwetten, een schadeloosstelling moeten volgen. Ook in de rechtspraak bleek dit onderscheid van belang.

---

10 *Schade en baat,* p. 44.

11 *Schade en baat*, p. 42 e.v.

12 Vegting 1955, p. 10: 'Natuurlijk heeft het [égalitébeginsel] geen criterium, van welks hantering een gemakkelijke beantwoording van de vraag of schadevergoeding al dan niet op haar plaats is in de uiteenlopende gevallen verwacht kan worden.'

13 Zie bijv. Van Oordt 1950, p. 92. Volgens hem werd het égalitébeginsel om begrijpelijke redenen niet toegepast in Nederland: 'Dit principe brengt immers integrale vergoeding uit de publieke kas van de geleden schade met zich mede.' Vgl. ook Beunke 1969, p. 25, voor wie het niet duidelijk was of het égalitébeginsel zich verdroeg met beperkingen op het schadevergoedingsrecht.

14 Beunke 1969, p. 26.

> Te wijzen valt op een arrest van het Hof Leeuwarden uit 1957, waarin het Hof zich moest uitspreken over de schadeclaim van een brandstoffenhandel die voor zijn aanvoer vroeger gebruik kon maken van een waterweg, maar door de afsluiting van die waterweg door de provincie sindsdien was aangewezen op veel kostbaarder vervoer over de weg. De rechtbank had overwogen dat de beperking van de exploitatie van de brandstoffenhandel niet het gevolg was van een aantasting van haar subjectieve rechten, nu er geen sprake van een recht op het gebruik van de afgesloten waterweg. Het Hof bekrachtigde dit vonnis: de provincie handelde niet in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid door bij de doelmatige uitoefening van een publiekrechtelijke functie een handeling te verrichten, die een ander schade berokkent.[15]

Dit arrest laat zien dat de inbreuk op een subjectief recht voor de civiele rechter nog altijd als voorwaarde gold om aan de toepassing van de Voorste Stroom-constructie toe te komen.[16] Maar los daarvan meenden veel schrijvers dat dit ook de meest *redelijke* oplossing was. Zij benadrukten vooral het risico de burger met de vestiging op een bepaalde plek had aanvaard. Waarom zou de overheid compensatie moeten geven indien een wijziging optrad in de feitelijke omstandigheden, indien een burger of een ondernemer juist van het bestaan daarvan jarenlang profijt had gehad?[17] Een eventuele aanvaarding van het égalitébeginsel zou volgens hen die relevantie toedichtten aan dit onderscheid tussen subjectieve rechten en belangen betekenen dat te vaak een compensatieplicht zou bestaan. Het standpunt van de Franse Conseil d'Etat, die ook een schadevergoedingsplicht erkende bij speciale en abnormale aantastingen van belangen, ging deze schrijvers te ver. Daarentegen meende Vegting dat daar waar eigendomsrechten in het geding waren (ook als deze niet werden ontnomen) er geen aanleiding zou moeten zijn om een minder dan volledige schadevergoeding uit te keren. 'Voor een beperking van de schadeloosstelling door het stellen van de eis van zekere omvang van de schade, zoals dit principieel in overeenstemming schijnt met de Franse rechtspraak, zie ik geen enkele reden', aldus Vegting.[18]

Deze andere waardering van de mate van 'beschermenswaardigheid' van de aantasting van een belang enerzijds en de aantasting van het 'heilige' eigendomsrecht anderzijds, bleef in de literatuur nog lange tijd dominant.[19] Weliswaar gingen er ook stemmen op die het onderscheid tussen rechten en

15 Hof Leeuwarden, 29 mei 1957, *NJ* 1958, 181, besproken door Van Oordt 1965, p. 26.
16 Aldus ook Kortmann 1971, p. 81.
17 Vegting 1955, p. 31 e.v. en *Handelingen NJV* 1955, p. 82 e.v.; vgl. ook Droogleever Fortuyn 1962, p. 235.
18 Vegting 1955, p. 30.
19 Nog in 1968 stelt Kan (p. 157) dat de exploitanten van cafés soms schade lijden als gevolg van de aanleg of sluiting van openbare wegen, maar dat zij op vergoeding daarvan bij ons geen aanspraak kunnen maken. In gelijke zin Verpaalen 1969, p. 33 en VAR-verslag 1969, p. 48 en Beunke 1969, p. 19.

belangen wensten te relativeren,[20] maar het onderscheid tussen rechten en belangen werd in de naoorlogse literatuur en rechtspraak over het algemeen niet minder relevant gevonden dan ten tijde van de preadviezen van 1929.

3.2.4 "Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad is een kwestie van politiek"

Een derde oorzaak sloot hierbij nauw aan en lag in het feit dat in de ogen van velen schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad niet zozeer een kwestie was van een door *rechts*beginselen gedomineerd terrein, maar voornamelijk van *politiek*. Ter adstructie hiervan werd veelal gewezen op de Zuiderzeesteunwet, waaruit viel op te maken dat de overheid bij de aantasting van belangen soms toch, al was het maar om schade aan de economie te voorkomen, een taak had. Duidelijk was dat de overheid zich daarbij liet leiden door 'in de samenleving levende gevoelens van solidariteit tussen de burgers',[21] dus door politieke beweegredenen. De gedachte dat de overheid in die gevallen toch haar portemonnee trok en dat dit ook rechtvaardig werd gevonden, versterkte het gevoelen dat het niet mogelijk was de zeer uiteenlopende gevallen van rechtmatig veroorzaakte schade onder één rechtsbeginsel te scharen en dat het noodzakelijk bleef dat de wetgever van geval tot geval zou beslissen.[22] Een in dit verband veel aangehaald citaat was afkomstig van de Leidse hoogleraar administratief recht C.H.F. Polak, die in een interventie voor de NJV-vergadering van 1955 verdedigde dat 'de vraag of wegens het rechtmatig optreden van de overheid schadevergoeding moet worden gegeven, veel minder een juridische dan een beleidsvraag [is], waarbij allerlei overwegingen van sociale, economische, budgettaire en politieke aard mede de doorslag moeten geven' en dat het daarbij ging om kwesties 'waarvan de beslissing

20 Zie bijv. De Brauw 1955, p. 112, de interventie van Van Oven, *Handelingen NJV* 1955, p. 16-19 en Langemeijer 1955, p. 536.

21 Vegting 1955, p. 35. Volgens hem werd het in de Nederlandse samenleving als een 'eis van gerechtigheid' ervaren dat de collectiviteit zich de belangen en moeilijkheden van de getroffenen aantrekt. Bij die wet was niet het lot van de enkeling bepalend, zoals in de égalitéleer, maar het feit dat de overheidsmaatregel een min of meer grote groep van burgers een tot dusver voor hen bestaande broodwinning ontneemt (ibid., p. 36).

22 Aldus Langemeijer 1955, p. 536: dat soms volkomen onjuridische overwegingen de aanleiding tot vergoeding waren, zoals de overweging dat een grote economische schok moest worden voorkomen (vgl. het Zuiderzee-geval), toonde volgens hem aan dat 'men alleen daarom niet in rechtsbeginselen kan verwerken, omdat zij [de verschillende rationele factoren die tot vergoeding aanleiding kunnen zijn – MT] oneindig zijn geschakeerd. (...) Dit alles schijnt slechts één oplossing over te laten: regeling door de wetgever van geval tot geval.' Vgl. ook Beunke 1969, p. 6, voor wie de geheel heterogene materie die onder het kopje "rechtmatige overheidsdaad" werd gevat zelfs aanleiding was een oproep te doen '*nooit* meer' te spreken over schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad.

niet bij de rechter thuishoort'.[23] Dat bij die vraag betekenis zou mogen en zelfs moeten toekomen aan de financiële grenzen van de overheid, stond ook voor andere auteurs vast.[24] Ook voor Polak, voor wie het belang van deze factor aanleiding was om te bepleiten dat 'alleen die organen, die die omstandigheden kunnen en moeten overzien (…) met de financiële consequenties kunnen rekening houden en voor hun beslissing volledig verantwoordelijk zijn tegenover de volksvertegenwoordiging (…). De rechter is (…) niet iemand die de belangen van de schatkist in zijn overwegingen behoort te betrekken. Dit is een niet-juridische overweging, waarmee men de rechter niet moet bezwaren.'[25]

Deze politieke benadering van het leerstuk had ook gevolgen voor de invulling die een schrijver als Vegting aan het gelijkheidsbeginsel gaf. Volgens zijn gelijkheidsbeginsel moet schade uit de publieke kas worden vergoed 'wanneer en voor zover de schade niet beschouwd moet worden als een last, welke tot de sfeer der getroffen individuen behoort, en waarvoor dezen dus het risico hebben te dragen, maar als één, welke in de sfeer der collectiviteit valt en daarom voor risico moet zijn van de collectiviteit'.[26] Voor een helder beeld van wat hij hiermee voorstond, moet erop worden gewezen dat bij de vraag welke risico's 'in de sfeer der collectiviteit' dienden te vallen, bij Vegting ook ruimte is voor noties van solidariteit. Zijn 'gelijkheidsbeginsel' heeft bij oppervlakkige lezing wel iets weg van het égalitébeginsel, maar blijkt bij nadere beschouwing ook ten grondslag te liggen aan de Zuiderzeesteunwet en de regeling voor de slachtoffers van de stormramp in Zeeland van februari 1953.[27] Het verbaast in dat licht niet dat Vegting meende dat schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden een exclusief aan de wetgever voorbehouden terrein zou moeten blijven.[28]

23 C.H.F. Polak, *Handelingen NJV* 1955, p. 58. Vgl. Droogleever Fortuyn 1962, p. 241 (volgens wie Polak daarmee de meest verbreide mening, ook onder publiekrechtelijke juristen, weergaf) en p. 249, J.M. Polak 1961, p. 446 en Van der Weijde 1965, p. 55-56.

24 Zie bijv. Vegting 1955, p. 63 en Verburg 1958, p. 20 ('Het met toekenning van [schadevergoeding] gepaard gaand beroep op de overheidskas mag niet te zwaar zijn.').

25 C.H.F. Polak, *Handelingen NJV* 1955, p. 58-59.

26 Vegting 1955, p. 10.

27 Zie m.n. Vegting 1955, p. 31 e.v. In zijn conclusie (p. 63) wijst hij erop dat in het grootste deel der gevallen bij de beslissing over schadevergoeding slechts 'vage rechtsbeginselen' ter beschikking staan, waarbij rekening moet worden gehouden met de omstandigheden van het geval en 'waarbij ook de financiële en andere mogelijkheden, waarover de overheid beschikt, een rol kunnen spelen'.

28 Vegting 1955, p. 61. In dezelfde zin Langemeijer 1955, p. 536 en De Brauw 1955, die de toepassing van de Franse égalitéleer hier te lande verwierp, omdat in Frankrijk werd uitgegaan van een recht op vergoeding bij het stilzwijgen van de wetgever (p. 93).

3.2.5 "Voor schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad is geen plaats naast de onrechtmatige overheidsdaad"

Een vierde en laatste oorzaak die zou kunnen hebben bijgedragen aan de wat afwerende houding van de rechtswetenschap ten aanzien van de égalité, kan worden gezocht in de Voorste Stroom-jurisprudentie van de Hoge Raad. Door deze jurisprudentie waren sommige schrijvers, vooral die met een civiele achtergrond, geneigd schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad te beschouwen als een subcategorie van de *on*rechtmatige overheidsdaad, zodat ook voor wat betreft de maatstaven voor en omvang van de schadevergoeding bij civielrechtelijke uitgangspunten zou moeten worden aangesloten. Zo meende Vegting dat bij de aantasting van subjectieve rechten bij de aanleg van openbare werken – de uitvoering van waterleidingwerken, waardoor de grond van een derde eigenaar uitdroogt, het opblazen van een dijk ter voorkoming van een dijkdoorbraak elders met veel ernstiger gevolgen – in de uitvoering van die werken een onrechtmatige daad moest worden gezien. In elk geval bevond men zich daarmee naar zijn mening in het grensgebied van de onrechtmatige overheidsdaad.[29] Ook De Brauw verkoos een benadering vanuit de onrechtmatige overheidsdaad, omdat men daarmee inmiddels vertrouwd was geraakt 'en wat nu een rechtmatige overheidsdaad is en wat nu als zodanig rechtmatig is, dat weten wij niet'.[30] Deze geluiden onderstreepten dat de onrechtmatige overheidsdaad anno 1955 nog altijd de primaire bron van schadevergoedingsverbintenissen was. Rond die tijd waren er wel tendensen in de literatuur en in de Kroonjurisprudentie te bespeuren om onrechtmatigheid niet als voorwaarde te stellen, maar meer ook niet. De Voorste Stroom-rechtspraak bevestigde slechts dat de onrechtmatige daad nog altijd de regel was, en aansprakelijkheid uit rechtmatige daad de uitzondering. De betogen van Vegting en De Brauw lieten zien dat zij het moeilijk vonden om buiten dit traditionele denkkader te stappen.

Auteurs met een publiekrechtelijke achtergrond keken echter verder en meenden dat er wel degelijk zoiets was als een zelfstandig leerstuk van rechtmatige overheidsdaad, dat los stond van de onrechtmatige overheidsdaad. C.H.F. Polak stelde in zijn al genoemde interventie dat de vraag naar de schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad moest worden bezien 'als een onderdeel van de algemene vraag, op welke gronden en in welke gevallen de door een rechtmatige daad veroorzaakte schade vergoed dient

29 Vegting 1955, p. 28.

30 De Brauw, *Handelingen NJV* 1955, p. 89 en De Brauw 1955, p. 79-80 en 99-102. Zie voor een vergelijkbare latere visie Verpaalen 1969, die ervoor pleitte om het leerstuk zich te laten ontwikkelen door het begrip onrechtmatige overheidsdaad te 'moderniseren'. Vgl. ook R.J. Polak, *Handelingen NJV* 1955, p. 19 e.v. en Van Oordt 1962, p. 23 e.v.

te worden'.[31] In zijn analyse van de Voorste Stroom-rechtspraak van de Hoge Raad bepleitte ook Van den Bergh dat in Nederland een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad moest worden erkend op grond van 'ons billijkheidsgevoel, de "égalité devant les charges publiques".'[32] Met zijn opmerking dat de gemeente Tilburg bij een rechtmatige vervulling van haar taken in een verordening normen zou moeten opnemen, op grond waarvan een recht op schadevergoeding kon bestaan en dat geschillen daarover zouden moeten worden beslecht door een *publiekrechtelijk* scheidsgerecht, nam hij een voorschot op de wijze waarop het stelsel van schadevergoeding uit rechtmatige overheidsdaad decennia later vorm zou krijgen.[33] Tot slot meende ook een publiekrechtelijk geschoold jurist als G.A. van Poelje, oud-lid van de Raad van State, dat de preadviseurs van 1955 het leerstuk te veel vanuit de onrechtmatige overheidsdaad hadden benaderd:

> '[Het is niet] een verdere ontwikkeling van wat zich met betrekking tot de zogenaamde onrechtmatige overheidsdaad heeft afgespeeld tot het gebied van de zogenaamd rechtmatige overheidsdaad, maar een zelfstandig vraagstuk van administratief recht, dat slechts in en door de administratie en onder handen van hen die met de toepassing van het administratieve recht vertrouwd zijn, kan worden opgelost'.[34]

Deze geluiden vanuit publiekrechtelijke hoek waren een voorbode van de lijnen waarlangs het leerstuk later vorm zou krijgen. In het wetenschappelijke debat anno 1955 over het bestaan van een rechtsplicht tot schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden waren het echter slechts enkele tussen de vele, sterk uiteenlopende geluiden over de wijze waarop het leerstuk moest worden benaderd. De geringe eenstemmigheid in de rechtswetenschap bood – op zijn zachtst gezegd – geen ideaal startpunt voor het parlementaire debat over schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, dat met de indiening van een ontwerp-Monumentenwet een aanvang zou nemen.

---

31 C.H.F. Polak, *Handelingen NJV* 1955, p. 50-51. Vgl. ook de Amsterdamse hoogleraar staats- en administratief recht G. van den Bergh, genoemd in § 2.7.3, die een zelfstandige aansprakelijkheid op grond van de égalité bij de bestuursrechter bepleitte.

32 Van den Bergh 1952, p. 503-512.

33 Van den Bergh 1952, p. 508.

34 Van Poelje 1965, p. 9.

3.3 Naar een uniforme schadevergoedingsregeling in de formele wetgeving: de parlementaire behandeling van de Monumentenwet, de Boswet en de Wet op de Ruimtelijke Ordening

3.3.1 Inleiding

De Verkeerswet tegen lintbebouwing, waarin in afwijking van eerdere wetten een recht op vergoeding voor *onevenredig* nadeel in het leven was geroepen, vond aanvankelijk maar op beperkte schaal navolging. Zo leek in de toelichting bij de Bodemproductiewet van 1938 nog wel aansluiting te zijn gezocht bij de Verkeerswet, maar ontbrak daarin enige verwijzing naar de notie van het 'onevenredig nadeel'.[35] De nog wat aarzelende lijnen in de wetgeving weerspiegelden in zoverre de geringe eenstemmigheid in de literatuur. Dat veranderde echter met de indiening van een wetsontwerp voor de Monumentenwet. Daarmee werd de aftrap gegeven voor een meer uniforme benadering van het leerstuk, waarvan de contouren bij de behandeling van de Boswet en de Wet op de Ruimtelijke Ordening steeds duidelijker werden. De debatten rond deze wetten zijn belangrijk geweest voor de wijze waarop de wetgever in het naoorlogse tijdvak het leerstuk van de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad zou gaan benaderen, maar ook voor de ontwikkeling van het administratieve schadevergoedingsrecht in het algemeen.[36] Dat rechtvaardigt dat ik bij deze debatten in deze paragraaf uitvoerig stilsta.

De overheidsdaden die in deze drie wetten tot een vergoedingsregeling aanleiding gaven, hielden telkens een beperking van het eigendomsrecht in, meer in het bijzonder de beperking van het vrije gebruik van onroerend goed: het weigeren van een vergunning om een beschermd monument af te breken of te wijzigen krachtens de Monumentenwet, het opleggen van een kapverbod krachtens de Boswet en de toepassing c.q. wijziging van een bestemmingsplan krachtens de Wet op de Ruimtelijke Ordening, waardoor bij de eigenaren van gronden of woningen een waardevermindering kon optreden. Het was de vraag hoe de formele wetgever zou omgaan met deze beperkingen van het

35 Krachtens deze wet konden in geval van oorlog, oorlogsgevaar of andere buitengewone omstandigheden bij amvb algemene of bijzondere voorschriften worden gegeven met betrekking tot het gebruik van landbouwgronden. In de toelichting bij art. 4, waarin gesteld werd dat in bij amvb te bepalen gevallen een uitkering in geld kon worden verstrekt, stelde de Minister van Economische Zaken: 'Tijden van oorlog en oorlogsgevaar eisen offers van de gehele bevolking, ook van die ten platten lande. Het is echter mogelijk, dat een bepaald individu of een bepaalde groep in die mate door wettelijke maatregelen wordt getroffen, dat een geldelijke uitkering billijk moet worden geacht.' Vgl. De Brauw 1955, p. 125 e.v.

36 In de literatuur zijn verschillende overzichten gegeven van deze debatten. Ik noem Verpaalen 1969, p. 15 e.v., Beunke 1969, p. 5 e.v. Van der Schaaf 1970, p. 36 e.v., Koeman 1979, p. 108 e.v. en (met name t.a.v. de WRO) Van den Broek 2002, p. 149 e.v.

eigendomsrecht. Zowel vanuit de Kamer[37] als de regering[38] werd benadrukt dat de keuzes die de wetgever op dit punt zou maken, een principieel karakter droegen en gevolgen hadden voor de wijze waarop de wetgever in het algemeen diende te staan tegenover het vraagstuk van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad. Zoals gesteld was in veel vooroorlogse wetgeving het uitgangspunt geweest dat bij de beperking van eigendom volledige schadevergoeding (schadeloosstelling) kon worden gegeven. Zou dit uitgangspunt moeten worden gehandhaafd in de naoorlogse wetgeving, ondanks de mogelijk zware repercussies voor de staatskas? Zou het voorbeeld van de Verkeerswet tegen lintbebouwing – een vergoeding van onevenredig nadeel, uitdrukkelijk gebaseerd op het égalitébeginsel – worden gevolgd? Of was nog een andere modaliteit denkbaar?

3.3.2 De Monumentenwet

Regering en parlement keken tegen bovenstaande vragen aanvankelijk fundamenteel verschillend aan. Ook binnen het parlement was men sterk verdeeld. Het standpunt van de regering was zeer terughoudend, waar verschillende parlementariërs een meer progressief standpunt innamen. De visie van de regering weerspiegelde zich goed in de bewoordingen van art. 15 lid 4 Monumentenwet, waarmee op 27 september 1955 de aftrap werd gegeven voor het parlementaire debat:

> 'Ingeval de vergunning is geweigerd of aan de vergunning voorwaarden zijn verbonden en de belanghebbende daardoor schade lijdt, die redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven, kent Onze Minister hem op zijn verzoek een naar billijkheid te bepalen tegemoetkoming toe.'[39]

Ten aanzien van de vraag welke normen en beginselen hierbij bepalend waren, hield de regering zich op de vlakte: met de billijkheid als richtsnoer zou bij de vaststelling van de tegemoetkoming met de bijzondere omstandigheden van ieder geval rekening kunnen worden gehouden.[40] Die opmerking was typerend voor de wijze waarop de regering de redelijkerwijsformule aanvankelijk benaderde. Waar bij de Verkeerswet tegen lintbebouwing nog was getracht

37 *Handelingen II* 1960/61, p. 3949 (Schilthuis: 'Het is erg gevaarlijk wanneer wij dit van geval tot geval zouden beslissen. Wij moeten ons ervan bewust zijn, dat dit een algemeen vraagstuk is, dat vanuit een algemene benadering moet worden opgelost.').

38 *Handelingen II* 1960/61, p. 3971 (staatssecretaris Scholten: 'Ik meen dat het goed is [bij het kapverbod] vrij uitvoerig stil te staan, omdat het kapverbod een onderdeel is van een veel groter probleem, nl. van het probleem hoe de wetgever dient te staan tegenover het vraagstuk van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad.'), p. 3974 en p. 3993.

39 *Kamerstukken II* 1955/56, 4115, p. 3.

40 *Kamerstukken II* 1959/60, 4115, p. 3 (MvA).

aan de hand van het égalitébeginsel het recht op schadevergoeding te omlijnen, liet de regering de modaliteiten van het recht op schadevergoeding – welke criteria en welke beginselen zouden daarbij bepalend moeten zijn? – thans in het midden. De redactie van de bovenstaande bepaling was in zekere zin een stap terug ten opzichte van de vorderingen die waren geboekt in het debat over de Verkeerswet tegen lintbebouwing: tijdens dat debat was immers de term 'onredelijk zwaar getroffen' vervangen door 'onevenredig zwaar getroffen', omdat laatstgenoemde term 'scherper en juister' werd geacht. Nu keerde toch weer de redelijkheid terug, een stap die door de regering niet werd gemotiveerd en waarbij de Kamer evenmin stilstond. Mogelijk deed hier de invloed van het debat naar over het onevenredigheidsbegrip in de Verkeerswet zich gelden. Daaruit was vooral naar voren gekomen dat het nog niet zo eenvoudig was te bepalen wat een 'speciaal' en 'abnormaal' nadeel nu precies betekende. Waarschijnlijk is ook dat de regering het – in aansluiting op de geringe eenstemmigheid over het égalitébeginsel in de literatuur – te vroeg achtte om zich bij de verdere vormgeving van dit leerstuk expliciet te laten leiden door de égalité. Door voor de meer open 'redelijkerwijsformule' te kiezen, kon aan de met de toepassing van de rederlijkerwijsformule belaste organen worden overgelaten hoe breed of eng zij de grenzen van het recht op schadevergoeding wilde trekken.

Het opduiken van de 'billijkheid' ('een naar billijkheid te bepalen tegemoetkoming') werd door de regering wel nader gemotiveerd. Hiermee wenste de regering uit te drukken dat de tegemoetkoming complementair was aan de subsidie: de voor de subsidiëring van de restauratie van monumenten beschikbaar gestelde gelden zouden ook voor de tegemoetkoming kunnen worden gebruikt.[41] Bij een verzoek om schadevergoeding zou voorts moeten worden bezien in hoeverre 'aan de wensen van de belanghebbende tegemoet [kon worden gekomen] op een wijze, welke uit een oogpunt van monumentenzorg aannemelijk is, waarbij, indien hieruit hogere kosten zouden voortvloeien, eventueel na overleg met de betrokken provincie en gemeente, subsidie van overheidswege in uitzicht kan worden gesteld'.[42] Dergelijke overwegingen verraadden dat de regering de regeling in de Monumentenwet niet primair zag als de neerslag van een algemeen tot schadevergoeding verplichtend rechtsbeginsel, maar (mede) als iets wat, net als de subsidie, deel uitmaakte van de beleidsvrije sfeer van de overheid.

Vooral Kamerlid Baeten (KVP) verzette zich tegen deze opvatting. Hij diende een amendement in waarin de door hem verfoeide term 'tegemoetkoming' werd vervangen door 'schadevergoeding'. Baeten beoogde belanghebbenden een *recht* te geven op volledige schadevergoeding voor die schade die redelij-

41 *Handelingen II* 1960/61, p. 2423.
42 *Kamerstukken II* 1955/56, 4115, nr. 3, p. 9 (MvT).

kerwijs niet te hunnen laste behoorde te blijven.[43] Het ging hem erom vast te stellen dat de schadevergoeding:

> 'niet een geste van de Overheid is, die ergens in de buurt ligt van de subsidiesfeer tegenover de eigenaar of de zakelijk gerechtigde, maar dat wel degelijk van de zijde van de eigenaar of de zakelijk gerechtigde in die bepaalde gevallen, wanneer de redelijkheid dat aanwijst, ook een recht op schadevergoeding bestaat.'[44]

Staatssecretaris Scholten (Onderwijs, Kunsten en Wetenschappen) bestreed het amendement. Hoewel hij niet uitsloot dat onder omstandigheden een vergoeding van 100% van de (werkelijk geleden) schade het gevolg zou kunnen zijn, meende hij dat er twee beperkingen nodig waren. Ten eerste was het begrip 'redelijkerwijs' nodig, aangezien dit zou voorkomen dat in alle gevallen een tegemoetkoming diende te worden gegeven. Scholten gaf als voorbeeld het geval dat een monument al jaren beschermd was en op een monumentenlijst heeft gestaan. Als de eigenaar plotseling de grond tegen een hoge prijs kan verkopen, vraagt hij een sloopvergunning aan. Gezien de waarde van het monument kan er geen sprake van zijn dat deze vergunning kan worden verleend. De redelijkheid zou dan kunnen voorkomen dat een tegemoetkoming zou moeten worden gegeven: 'Het monument heeft altijd onder die bescherming gestaan, men heeft dit geweten. De redelijkheid is dus bepaald een element, dat een rol moet spelen.' Scholten meende voorts dat de billijkheid nodig was om de schadevergoeding in een bepaald geval te kunnen plaatsen binnen het totale vergunningbeleid. Als te veel tegemoetkomingen worden verleend, is er, aldus Scholten, minder geld beschikbaar voor subsidies. Het bestuur zou de vrijheid moeten toekomen op basis van deze nadere afweging geen tegemoetkoming te geven in *alle* schade die redelijkerwijs niet ten laste van de belanghebbende diende te komen.[45] De redelijkheid had, zoals hij later bij de behandeling van de Boswet zou motiveren, 'een zekere objectiverende werking, terwijl de billijkheid (…) een werking heeft ten aanzien van het specifieke geval, waarbij dan die overweging van billijkheid zowel betrokken is op de belangen van de burger als op het algemeen belang'.[46] Met name in het licht van de nadere beperking op grond van de billijkheid achtte hij de term 'schadevergoeding' – die z.i. altijd een volledige schadevergoeding impliceerde – niet juist. Scholten hield vast aan zijn bezwaren tegen het amendement, maar zou uiteindelijk het onderspit delven: een sterk verdeelde Kamer (56-47) aanvaardde het amendement-Baeten. In een laatste verklaring vóór de aanvaarding van het amendement benadrukte Scholten evenwel dat met de vervanging van het woord 'tegemoetkoming' door 'schadevergoeding' geen

43 *Kamerstukken II* 1960/61, 4115, nr. 16.
44 *Handelingen II* 1960/61, p. 2423.
45 *Handelingen II* 1960/61, p. 2422-2423.
46 *Handelingen I* 1960/61, p. 3475.

recht op een volledige schadevergoeding in het leven was geroepen. Hij wenste uitdrukkelijk vast te stellen 'dat het volgens de voorsteller niet de bedoeling van dit amendement is, dat er bij elke rechtmatige overheidsdaad – daarom gaat het hier – zonder meer een recht op volledige schadevergoeding zou bestaan.'[47] Dit werd door de Kamer niet tegengesproken, waarop het amendement werd aanvaard.

3.3.3 De Boswet

Voor de principiële erkenning van een *recht* op schadevergoeding ging het initiatief dus uit van de Tweede Kamer, maar daarna nam de regering de regie over. Dat bleek in het debat over het schadevergoedingsartikel in de Boswet, een half jaar na de aanvaarding van het amendement-Baeten. Dit artikel was vóór de kamerbehandeling van de Monumentenwet ingediend en het bevreemdt dus niet dat daarin, in lijn met het oorspronkelijke artikel uit de Monumentenwet, werd gesproken van 'een naar billijkheid te bepalen tegemoetkoming'.[48] Aanvankelijk trachtte de regering de gedachte ingang te doen vinden dat die tegemoetkoming niet uit een schadevergoeding zou hoeven bestaan. Zij zou ook de vorm van een 'jaarlijkse uitkering' kunnen aannemen.[49] Toen daarop vanuit de Tweede Kamer kritiek kwam, verzette staatssecretaris Scholten zich niet noemenswaardig tegen de term 'schadevergoeding', nu hij dit ook uit een oogpunt van eenheid van wetgeving beter vond.[50] Het debat rond de Boswet had echter een veel verder strekkende betekenis dan deze – weliswaar belangrijke – woordenkwestie, omdat in dit debat definitief duidelijk zou worden dat met de 'redelijkerwijsformule' geen recht op een schadeloosstelling in het leven was geroepen voor elke keer dat een nadelige kapverbod zou worden opgelegd en omdat Scholten de gelegenheid kreeg om te expliciteren waarom hij zulks redelijk achtte.

Verschillende Kamerleden meenden dat bij de oplegging van een kapverbod een volledige vergoeding van alle schade zou moeten worden gegeven.[51] Zij beriepen zich op een advies dat de Leidse hoogleraar C.H.F. Polak had

---

47 *Handelingen II* 1960/61, p. 2435.

48 *Kamerstukken II* 1959/60, 5308, nr. 2, p. 2.

49 *Kamerstukken II* 1959/60, 5308, p. 5 (MvA).

50 *Handelingen II* 1960/61, p. 3974. Voor die wijziging was ditmaal geen amendement nodig. Bij nota van wijzigingen (*Kamerstukken II* 1960/61, 5308, nr. 17) kwam het definitieve art. 13 lid 4 tot stand ('Indien de in het tweede lid bedoelde gebruiker of eigenaar ten gevolge van een verbod, als bedoeld in het eerste lid, schade lijdt, welke redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven, kennen Onze in het eerste lid genoemde Ministers hem op zijn verzoek een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding uit 's Lands kas toe.').

]51 Zie *Handelingen II* 1960/61, p. 3945 (Den Hartog, die ook een (later ingetrokken) amendement met die strekking indiende), p. 3957 (Biewenga), p. 3981 (Engelbertink) en, *Handelingen I* 1960/61, p. 3466 (Geuze).

uitgebracht aan het Bosschap en dat aan de Tweede Kamer was gepresenteerd.[52] Het algemeen belang – in casu het natuurschoon, de recreatie en soortgelijke algemene belangen – mocht, hoe gewichtig ook, niet worden behartigd op kosten van de individuele burger, aldus Polak. Voor hem was het vanzelfsprekend dat degene aan wie een kapverbod werd opgelegd, recht had op een, door de burgerlijke rechter vast te stellen, volledige schadeloosstelling. Dat zou in lijn zijn met de Boswet van 1922, waarin het 'een eisch van recht' was genoemd dat in dat geval aan de benadeelde een schadeloosstelling werd toegekend. Dat sloot voorts aan, aldus Polak, bij de vaste praktijk van de Onteigeningswet, de Belemmeringenwet Privaatrecht, de Grondwaterwet waterleidingbedrijven en de Luchtvaartwet.

Bij monde van staatssecretaris Scholten maakte de regering duidelijk dat zij deze visie niet deelde. Ter weerlegging van de stelling dat een volledige schadevergoeding diende te worden verstrekt, wees Scholten erop dat de inhoud van het eigendomsrecht met de tijden en omstandigheden wisselt. Van een *droit inviolable et sacré* was allang geen sprake meer; de werkelijkheid van de 19e en begin 20e eeuw was in zijn ogen niet meer dezelfde werkelijkheid als die van het naoorlogse Nederland. Dit zag men niet alleen in het burenrecht – waar de eigenaar in de uitoefening van zijn eigendomsrecht beperkt is door allerlei verplichtingen jegens zijn buren – maar ook in het handelen van de overheid. Scholten noemde als voorbeeld de woningvoorschriften, waardoor een eigenaar bepaalde dingen niet mag doen. Het was volgens hem de vraag of de overheid alleen beperkingen in het genot van eigendom zou mogen aanbrengen indien zij in al die gevallen de daardoor ontstane schade volledig en integraal vergoedt. Scholten meende van niet, omdat men dan 'in wezen het risico van de eigendom ontneemt. Men wil de voordelen van de eigendom wel, maar niet de nadelen'.[53] Volgens hem was het gerechtvaardigd om een andere benadering van het schadevergoedingsrecht te hanteren dan bij de onteigening of bij de wetten waar een recht op medegebruik werd geëist. Bij het verwerven van grond hangt met de 'aard van het goed' namelijk inherent het risico samen dat mogelijk een kapverbod zal worden opgelegd; hetzelfde was zijns inziens het geval bij de Monumentenwet en bij schade door de wijziging van bestemmingsplannen.[54] Scholten achtte het van groot belang om op dit punt eenheid in de wetgeving te hebben. In alle gevallen ging het om 'een afweging van beleidsoverwegingen en van algemeen belang tegen particulier belang (…)', waarbij door de administratie – juist vanwege die betrokkenheid van beleidsoverwegingen – moest worden beslist, en dus niet

52 Gepubliceerd in het *Nederlands Bosbouw Tijdschrift* 1958, p. 336 e.v. Zie ook Verpaalen 1969, p. 48-49.

53 *Handelingen II* 1960/61, p. 3972.

54 *Handelingen II* 1960/61, p. 3973.

(anders dan bij de onteigeningswet en de gedoogwetten) door de civiele rechter.[55]

Sommige Kamerleden hielden vast aan hun stelling dat een volledige schadevergoeding regel zou moeten zijn[56] of stelden dat het element 'redelijkerwijs' geen toegevoegde waarde zou hebben.[57] De enige wijziging ten opzichte van het eerdere voorstel was echter dat het woord 'tegemoetkoming' door 'schadevergoeding' werd vervangen. De Kamer schaarde zich uiteindelijk achter dit voorstel, waarmee de visie van Scholten uiteindelijk als 'de wil van de (Bos)wetgever' kon gelden: artikel 13 lid 4 bevatte de mogelijkheid van een volledige vergoeding, maar ook de mogelijkheid 'dat er vele gevallen zijn, waarin die volledige schadevergoeding niet wordt gegeven.' In dat opzicht sloot het artikel volgens Scholten aan op het besprokene bij de behandeling van de Monumentenwet.[58]

3.3.4 Het schadevergoedingssyteem van de Monumenten- en Boswet: onderscheid tussen 'normale' en 'abnormale' risico's

Op enige momenten tijdens de parlementaire behandeling van de Monumentenwet en de Boswet liet Scholten doorschemeren wanneer sprake zou kunnen zijn van een situatie waarin de schade *wel* zou moeten worden vergoed. Hiervoor is beschreven dat Scholten het aan het eigendom verbonden risico vooropstelde en dat daaruit volgens hem logisch volgde dat een volledige schadevergoeding niet telkens – sterker: in beginsel niet – aan de orde zou moeten zijn als een rechtmatige overheidsdaad (anders dan een onteigening of een gedoogplicht) schade toebrengt. Tijdens de behandeling van de Monumentenwet verduidelijkte Scholten zijn positie. Hij deed dit in antwoord op de vraag vanuit de Kamer wat redelijk is als een kasteelboerderij te groot is voor modern gebruik en men die gedeeltelijk wil afbreken. Scholten antwoordde:

> 'Aan de ene kant is natuurlijk het te groot zijn van een boerderij voor een modern gebruik, indien dat voorkomt, een risico, dat ook een eigenaar van een te grote

55 *Handelingen II* 1960/61, p. 3974.

56 Zo diende Den Hartog (VVD) een amendement in ertoe strekkende 'dat de eigenaar, die ten gevolge van het opleggen van een kapverbod schade ondervindt, die schade vergoed dient te krijgen en dat het niet aangaat hem slechts een z.g. tegemoetkoming in het vooruitzicht te stellen'. Hij wilde in de wet een recht op een 'schadeloosstelling' neerleggen (zie *Handelingen II* 1960/61, p. 3945-3946). Toen de regering bij nota van wijziging de term 'tegemoetkoming' door 'schadevergoeding' had vervangen, was dit voor Den Hartog aanleiding zijn amendement in te trekken (ibid., p. 3997).

57 *Handelingen II* 1960/61, p. 3989 (Van Rijckevorsel (KVP): '[I]ndien werkelijk (…) is aangetoond (…) dat en welke schade is geleden, is daarbij vanzelf al verrekend, dat geen vergoeding kan worden verkregen van schade, die geacht wordt redelijkerwijze voor rekening van de eigenaar zelf te komen.').

58 *Handelingen II* 1960/61, p. 3998.

> boerderij, die niet op de monumentenlijst staat, loopt. Daar zit dus een deel van het risico voor de eigenaar in. Het is natuurlijk mogelijk, dat er een extrarisico in zit, en dan is het mogelijk om deze bepaling toe te passen. De wijze, waarop die zal worden toegepast, zou ik gaarne aan de jurisprudentie van de Raad van State willen overlaten.'[59]

Bij de behandeling van de Boswet kwam ook ter sprake wanneer een schadevergoedingsplicht bestond. Kamerlid Van Meeuwen had betoogd dat 'men een schadevergoeding zal moeten betalen telkens wanneer men van een boseigenaar meer eist dan een redelijk mens, die zich bewust is van zijn verplichtingen jegens de gemeenschap, bereid is vrijwillig te doen'.[60] In 't Veld, een ander Kamerlid, meende eveneens dat 'het normale risico van de boseigenaar' inherent is aan het eigendomsrecht en daarom zonder schadevergoeding zou moeten blijven, maar dat de boseigenaar art. 13 lid 4 van de Boswet zou kunnen inroepen 'zodra het abnormaal risico wordt'. Scholten haalde deze woorden instemmend aan:

> 'Ik meen, dat de oplossing die wij uiteindelijk in gemeen overleg hebben gevonden, de opening laat om de extrarisico's (…) die de eigenaar heeft, te kunnen vergoeden. Een zeker risico zal toch elke eigenaar altijd zelf blijven dragen, want dit is nu eenmaal inherent aan de eigendom.'[61]

In alle vaagheid die inherent is aan begrippen als 'extra risico's' en 'meer dan van een redelijk mens kan worden verwacht' is duidelijk dat de regering (bij monde van Scholten) een stelsel voor ogen had waarbij alleen boven een bepaalde drempel een recht op schadevergoeding bestond. Deze drempel tussen *normale* en *extra* risico's werd mede bepaald door de wetenschap van aan de eigendom verbonden risico's.[62] Vermeldenswaard is in dat verband ook dat bij de behandeling van de Boswet in de Eerste Kamer werd gevraagd naar de betekenis van de redelijkerwijsformule. Enige Kamerleden wilden zeker stellen dat deze formule geen recht op integrale vergoeding behelsde, doch veeleer ertoe strekte slechts *onevenredige* nadelen te compenseren. De regering antwoordde:

> 'Indien de hier aan het woord zijnde leden met het begrip onevenredige benadeling bedoelen de extra-benadeling, die uitgaat boven het normale risico, dat men redelijkerwijs op een eigenaar van bossen en andere houtopstanden, die uit hoofde van natuur- en landschapsschoon van bijzondere betekenis zijn, mag leggen, dan

59 *Handelingen I* 1960/61, p. 2360.
60 *Handelingen I* 1960/61, p. 3468.
61 *Handelingen I* 1960/61, p. 3476.
62 Vgl. het in § 3.3.2 aangehaalde voorbeeld van de eigenaar die een monument aanschaft in de wetenschap dat het beschermd is. In zo'n geval gebiedt de redelijkheid, aldus Scholten, dat geen schade wordt vergoed (*Handelingen II* 1960/61, p. 2422-2423).

dient de vraag of het voorschrift van artikel 13, lid 4, een verder strekkende inhoud heeft dan bedoelde leden juist achten, ontkennend te worden beantwoord'.[63]

Zowel het drempelkarakter van het schadevergoedingsrecht als de daarbij door de regering gehanteerde terminologie maakt het verleidelijk deze schadevergoedingsbepalingen in het licht van het égalitébeginsel te plaatsen. In § 3.3.6 kom ik daarop terug.

3.3.5 De Wet op de Ruimtelijke Ordening

De schadevergoedingsbepaling in de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) ontwikkelde zich langs andere lijnen. Ten aanzien van schade door ruimtelijke maatregelen had zich rond 1955 een omvangrijke Kroonjurisprudentie gevormd, waarin voor 'ernstige', 'abnormale' of 'onevenredige' schade een tegemoetkoming kon worden gegeven (§ 2.6.3). Belangrijk was ook de Staatscommissie Frederiks, die zich in 1938 over een nieuwe Woningwet moest buigen, en die, in aansluiting op de Kroonjurisprudentie, opteerde voor een schadevergoedingsregeling waarin alleen voor *onevenredig* nadeel een vergoedingsplicht gold.[64] Zij stelde een bepaling voor inhoudende dat Gedeputeerde Staten c.q. de Kroon aan de gemeente de verplichting konden opleggen een billijke tegemoetkoming toe te kennen aan de belanghebbende, die onevenredig zwaar getroffen wordt door een stedenbouwkundige maatregel. In de toelichting stelde de commissie 'dat niet alle schade, die tengevolge van een uitbreidingsplan wordt geleden, voor vergoeding in aanmerking komt, doch dat slechts ernstige (in overeenstemming ook met den term "onevenredige" van artikel 9 der Verkeerswet tegen lintbebouwing) schade wordt vergoed.' Die beperking zou, aldus de Commissie, billijk zijn omdat de gevolgen van sommige bestemmingswijzigingen 'niet bezwaarlijker [zijn] dan tal van andere

63 *Kamerstukken I* 1960/61, 5308, nr. 124a, p. 3.

64 Verslag van de Staatscommissie, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 16 februari 1938, no. 25 (Commissie Frederiks). Den Haag: Algemeene Landsdrukkerij 1940, p. 87. Na de oorlog meende de regering dat het nodig was een nieuwe commissie in te stellen. Deze Commissie Van den Bergh stelde in haar rapport een tegemoetkoming (dus geen volledige vergoeding) voor in ernstige schade, vast te stellen door de onteigeningskamer bij het gerechtshof. Ook deze commissie meende dus dat een beperking op het schadevergoedingsrecht mogelijk zou moeten zijn: 'Indien de billijkheid zulks medebrengt, wordt tegemoetkoming verleend aan eigenaren van onroerend goed en de met hen gelijk te stellen rechthebbenden, die ernstige schade lijden, doordat het bestaande gebruik van hun goed wordt belemmerd als rechtstreeks gevolg van de aanhouding van een aanlegvergunning of de naleving van een gemeentelijk bestemmingsplan' (Verslag van de Staatscommissie voor de herziening van de Woningwet, Staatsdrukkerij en uitgeversbedrijf: Den Haag 1950, p. 48). 'Het is de bedoeling deze tegemoetkoming vast te stellen op zodanige wijze, dat van de belanghebbenden geen *onredelijke* offers worden geëist; immers lang niet ieder offer moet als onredelijk worden beschouwd' (p. 83).

gevolgen van de rechtmatige uitoefening van de taak der Overheid, waarvoor evenmin schadevergoeding wordt toegekend'.[65]

Door het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog kwam het niet tot een parlementaire behandeling van dit voorstel, maar op het rapport zou later, in het kader van behandeling van de Wet op de Ruimtelijke Ordening, worden teruggegrepen. Het wetsontwerp voor een schadevergoedingsbepaling in de WRO was gesteld in vrijwel gelijke bewoordingen als in het voorstel van de Commissie Frederiks.[66] Het begrip 'onevenredig' impliceerde volgens de Memorie van Toelichting dat:

> 'de overheid niet tot vergoeding gehouden is, indien haar maatregelen niet verder gaan dan het concretiseren van de vrijheidsbeperking, die voortvloeit uit het feit, dat de burger tezamen met anderen op een beperkt territoir in een gemeenschap verenigd leeft. Deze vrijheidsbeperking kan geacht worden alle burgers even zwaar te belasten. Het kan echter voorkomen, dat een maatregel moet worden getroffen, die de vrijheid van een burger sterker aantast, dan met de algemene sociale situatie in overeenstemming is. Alsdan zal er grond zijn voor tegemoetkoming in de schade. In de beslissingen van de Kroon terzake van uitbreidingsplannen wordt in dergelijke gevallen gesproken van "onevenredig zware belasting". Deze uitdrukking is overgenomen door de Staatscommissie-Frederiks in artikel 26 van haar ontwerp. Aan dit artikel is het thans voorgestelde artikel 51 ontleend.'[67]

In de memorie van antwoord werd hieraan toegevoegd dat er geen aanspraak op volledige vergoeding werd gegeven, maar een tegemoetkoming, aangezien slechts de schade vergoed dient te worden, voor zover die de normale te dulden schade overschrijft. De regering meende dat er een verschil was tussen normale, te dulden schade en excessieve schade. De eigenaar moet beperkingen dulden in verband met andere belangen dan de zijne, zo was de gedachte. Indien een bestemmingsplan die beperkingen slechts concretiseert, is er geen grond voor schadevergoeding. Bepalingen, die meer inhouden, leggen een onevenredig zware last op en zijn dus aanleiding tot een tegemoetkoming in de schade.[68] Met het oorspronkelijke wetsvoorstel beoogde de regering dus in wezen niets anders dan voort te gaan op de met de Monumentenwet en de Boswet ingeslagen weg: toekenning van schadevergoeding was mogelijk bij schade die de drempel van de normale, te dulden schade overschreed.

Dit voorstel gaf opnieuw aanleiding tot een uitvoerig debat tussen regering en parlement. Eén van de kritiekpunten betrof het gebruik van de term 'tegemoetkoming'. In de nog maar kort voor het parlementaire debat rond de WRO aangenomen Boswet en de Monumentenwet was die term geschrapt en vervangen door de term 'schadevergoeding'. Dat de regering zelf meermalen had

65 Rapport, p. 13.
66 *Kamerstukken II* 1955/56, 4233, nr. 2, p. 6.
67 *Kamerstukken II* 1955/56, 4233, nr. 3, p. 18 (MvT).
68 *Kamerstukken II* 1958/59, 4233, nr. 6, p. 16 (MvA).

aangedrongen op één vaste lijn in de wetgeving, maar nu, in afwijking van de nog maar zeer recent gevoerde parlementaire debatten, de term 'tegemoetkoming' hanteerde,[69] was op zijn minst inconsistent. De regering wekte daarmee de indruk dat de tegemoetkoming niet meer was dan een 'welwillendheid van overheidswege.'[70] Om zeker te stellen dat er sprake was van een *recht*, diende Van Rijckevorsel een amendement in, waarin de term 'schadevergoeding' was opgenomen.

Dit amendement was ook om een andere reden belangrijk. In het amendement was het oorspronkelijke criterium 'onevenredig zwaar getroffen' vervangen door de 'redelijkerwijsformule'. Minister Van Aartsen (Volkshuisvesting en Bouwnijverheid) zag tussen beide begrippen 'niet zo'n groot verschil',[71] maar met name Tweede Kamerlid Berkhouwer zag dit anders:

> 'Ik zou echter gaarne willen vaststellen, dat hier een wezenlijk verschil bestaat. In de wet stond, dat alleen kans bestond op een tegemoetkoming in de schade, wanneer men in zodanige overwegende mate werd getroffen, dat enz. Volgens die formule is er dus een hele range, waarin men niet voor schadeloosstelling in aanmerking kan komen. Nu is het mijn bedoeling, Mijnheer de Voorzitter, duidelijk vast te stellen, dat die man schadeloosstelling krijgt, die redelijkerwijze die schade niet dient te dragen. Dat is fundamenteel iets anders dan dat men pas over de mogelijkheid van een tegemoetkoming gaat denken, wanneer iemand in zodanige en in zo overwegend onredelijke mate is getroffen, dat enz.'[72]

Aan de 'redelijkerwijsformule' was in de ogen van Berkhouwer dus niet inherent dat zij een drempel voor het recht op schadevergoeding inhield. Dat schade die redelijkerwijs niet ten laste moet blijven van een burger, moet worden vergoed, impliceerde in zijn ogen *soms* dat alleen de onevenredig grote schade moest worden vergoed. Met de redelijkheid als centraal criterium had men echter een veel ruimere armslag dan wanneer *alleen* de onevenredige schade zou kunnen worden vergoed. Als bijkomend bezwaar meende Berkhouwer dat de invulling door de regering van het onevenredigheidscriterium 'veel te vaag' was en aan justitiabelen 'geen enkel houvast' zou geven.[73] Veel helderder was naar zijn idee het stelsel dat eerder onder meer in de Grondwaterwet, de Luchtvaartwet en de Kringenwet was gevolgd. Daarin werd een integrale schadevergoeding gegeven op grond van de overweging dat het onbillijk is iemand schade te laten lijden ten voordele van een ander. Feitelijk

---

69 Minister Van Aartsen stelde dat hij de voorkeur gaf aan het begrip tegemoetkoming, 'omdat dit veel meer in de gedachtengang van de regering past' (*Handelingen II* 1960/61, p. 4169). Hij liet in het midden of hij daarmee ook een verandering beoogde ten opzichte van de lijn van de aanvaarde Monumenten- en de Boswet.

70 *Handelingen II* 1960/61, p. 4168 (Berkhouwer).

71 *Handelingen II* 1960/61, p. 4169.

72 *Handelingen II* 1960/61, p. 4171.

73 *Handelingen II* 1960/61, p. 4101.

een toepassing van het gelijkheidsbeginsel, aldus Berkhouwer. Dit beginsel zou in deze wet zodanig moeten worden uitgewerkt dat net als bij de onteigening een integrale schadevergoeding zou moeten volgen, nu de genotsontneming van eigendom door de toepassing van een bestemmingsplan een reële onteigening zeer nabij kon komen.[74] Berkhouwer kreeg hierin steun van zijn collega Van Vliet (KVP), die het amendement-Van Rijckevorsel ook ondertekende. Met de woorden 'welke redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven' werd volgens Van Vliet het volgende beoogd: 'Indien een belanghebbende erin slaagt om te bewijzen of aannemelijk te maken, dat hij ten gevolge van een bestemmingsplan schade heeft geleden, dan behoort ons inziens die schade te worden vergoed.'[75]

Met name in de hoofdregel dat een (volledige) vergoeding diende te worden gegeven bij de beperking van (het genot van) subjectieve rechten weken deze betogen scherp af van de lijn die met de Monumentenwet en de Boswet was ingezet.[76] Ook in de visie van de opstellers van het amendement was er weliswaar ruimte om een minder dan volledige vergoeding toe te kennen, maar een zodanige vergoeding was niet hun uitgangspunt. De redelijkheid fungeerde in hun visie niet als drempel om normale van abnormale risico's te scheiden, zoals bij de Monumenten- en de Boswet het geval was. De hoofdregel was dat in beginsel een recht op (volledige) schadevergoeding bestaat, indien een belanghebbende kan aantonen schade te lijden door een planologische maatregel.[77]

Waar staatssecretaris Scholten bij de parlementaire behandeling van de Monumenten- en Boswet nog had vastgehouden aan het nieuwe stelsel dat hij voorstond – en dat naar zijn idee het stelsel bij schadevergoeding voor rechtmatig overheidsoptreden in het algemeen zou moeten zijn – had de regering in minister Van Aartsen thans een veel minder sterke vertegenwoordiger. Hoewel Van Aartsen er van verschillende kanten op werd gewezen dat het uitgangspunt van de amendementen fundamenteel verschilde van het oorspronkelijke wetsvoorstel en dat de genoemde kamerleden een recht op schadevergoeding voor *werkelijk* geleden schade in de wet wensten neer te leggen, bleef de minister volhouden 'niet zo heel veel verschil' te zien tussen

74 *Handelingen II* 1960/61, p. 4098-4099.

75 *Handelingen II* 1960/61, p. 4167. Zie ook Van den Broek 2002, p. 156.

76 Van Rijckevorsel deed voorkomen dat de door hem voorgestane lijn bij de WRO aansloot op de betogen die hij reeds had gehouden bij de behandeling van de Boswet: 'Alleen werkelijke schade, die uit een kapverbod voortvloeit, die door een kapverbod wordt veroorzaakt, behoort te worden vergoed.' (*Handelingen II* 1960/61, p. 3997). Hoewel hij stelde dat hij het op dit punt met de staatssecretaris 'volledig eens' was, hield staatssecretaris Scholten hem terecht voor dat er tussen zijn interpretatie en die van Van Rijckevorsel 'een kloof ligt' (*Handelingen II* 1960/61, p. 3998).

77 Vgl. Van Vliet (*Handelingen II* 1960/61, p. 4167): 'Indien een belanghebbende erin slaagt om te bewijzen of aannemelijk te maken, dat hij ten gevolge van een bestemmingsplan schade heeft geleden, dan behoort ons inziens die schade te worden vergoed.'

het wetsvoorstel en de in het amendement voorgestelde tekst.[78] Wellicht dat hij zich liet misleiden door het feit dat Van Vliet stelde met zijn amendement te beogen 'een gelijksoortige regeling te treffen voor de schadevergoeding (...) als door deze Kamer is aanvaard bij de behandeling van de ontwerp-Monumentenwet en de ontwerp-Boswet'.[79] Die stelling berustte echter op een verkeerde voorstelling van zaken. In de toelichting bij die wetten had Scholten duidelijk gemaakt dat de redelijkerwijsformule was bedoeld als beperking van het schadevergoedingsrecht, en niet als norm die het uitgangspunt neerlegde dat in beginsel een recht op (volledige) schadevergoeding bestaat, indien een belanghebbende kan aantonen schade te lijden door een planologische maatregel. Een amendement met als strekking om ook bij het opleggen van een kapverbod een in beginsel integrale vergoeding van 'werkelijke schade' te geven was bij de behandeling van de Boswet dan ook ingetrokken.[80] Omdat Van Aartsen de verschillen tussen het oorspronkelijke wetsvoorstel en de tekst van het amendement-Van Rijckevorsel echter onvoldoende onderkende, werd het amendement zonder veel verzet van de kant van de regering (en zonder hoofdelijke stemming) aangenomen.[81]

Met de aanvaarding van het amendement-Van Rijckevorsel stond vast dat voor de WRO een ander schadevergoedingsregime gold dan voor de Monumenten- en de Boswet. De redelijkheid fungeerde in het nieuwe artikel niet als schadevergoedingsdrempel, maar als maatstaf aan de hand waarvan bepaalde schade – bijvoorbeeld schade waarvan niet kon worden aangetoond dat zij in een causaal verband met de rechtmatige overheidsdaad of schade die naar haar aard niet voor vergoeding in aanmerking kwam – voor rekening van de getroffene kon worden gelaten.[82] Ook aan de billijkheid kwam een andere rol toe dan de regering beoogde: zij had niet een eenzijdige beperkende of matigende werking op de vast te stellen schadevergoeding, maar kon zowel in het voordeel als in het nadeel van de gemeenten of de getroffen belanghebbenden zijn. Zo zou aan de rechtspraak meer vrijheid en meer mogelijkheid worden gegund om werkelijk naar beide zijden 'recht te doen', aldus Van Vliet.[83]

Die vrijheid zou de rechtspraak later ook benutten: waar de Kroon aanvankelijk nog trouw bleef aan de uitleg die de regering aan het begrip 'oneven-

78 *Handelingen II* 1960/61, p. 4172.
79 *Handelingen II* 1960/61, p. 4167 en 4171.
80 Het amendement-Den Hartog (zie hiervoor, noot 56).
81 *Handelingen II* 1960/61, p. 4175.
82 Men kan zeggen dat de redelijkheid aldus opgevat overbodig was. Vgl. ook Van Vliet: 'Men kan op goede grond volhouden, dat iedere rechter, zowel de gewone burgerlijke rechter als de administratieve rechter, nimmer een schadevergoeding mag toekennen die redelijkerwijze ten laste van de benadeelde behoort te blijven' (*Handelingen II* 1960/61, p. 4167). In gelijke zin Verpaalen 1969, p. 45, die een aardig, maar sterk gekleurd overzicht geeft van de inhoud van de parlementaire debatten over de redelijkerwijsformule.
83 *Handelingen II* 1960/61, p. 4167.

redig' had gegeven (dus geen vergoeding voor schade die voortvloeit uit 'normale maatschappelijke ontwikkelingen'), kwam in latere rechtspraak naar voren dat burgers in beginsel beschermd dienen te worden tegen de nadelige gevolgen van de wijziging van het planologische regime.[84] Het voor rekening laten van de burger van 'normale risico's' was daarbij niet langer het uitgangspunt en speelde vanaf het einde van de jaren tachtig zelfs helemaal geen rol meer in de planschadejurisprudentie. De Afdeling heeft expliciet een beroep gedaan op de wil van de wetgever om deze ruimhartige lijn te rechtvaardigen.[85] Uit de aanvaarding van het amendement-Van Rijckevorsel kan men inderdaad opmaken dat de ruimere lijn in de Kroon- en de latere afdelingsjurisprudentie in overeenstemming is met de 'wil' van de wetgever.[86] Daarbij dient men echter wel voor ogen te houden dat de Tweede Kamerleden die dat ruimere schadevergoedingsrecht wensten in te voeren geen duidelijke argumenten aanvoerden voor dit ruimhartiger schadevergoedingsstelsel.[87] De stelling van Berkhouwer dat niet alleen bij ontneming van goederen zelf, maar ook bij de ontneming van het *genot* van goederen een schadeloosstelling zou moeten worden gegeven, was in strijd met de wil van de Monumenten- en de Boswetgever. Bij het toepassen van bestemmingsplannen was immers, evenmin als bij de oplegging van een kapverbod of de aanwijzing van een huis tot monument, sprake van onteigening of van het opeisen van medegebruik van een bepaald goed. Scholten zelf had met zoveel woorden bepleit dat ook bij waardevermindering van grond door een bestemmingswijziging uit de 'aard van het goed' zou volgen dat eigenaren ook zelf risico's dragen, wat een in beginsel minder dan volledige schadevergoeding zou rechtvaardigen.[88]

Men kan tegenwerpen dat de Kamer met de aanvaarding van het amendement-Van Rijckevorsel er bewust voor koos om de lijn van de Monumenten- en de Boswet te verlaten en voor schadevergoeding bij beperkingen van het genot van eigendom op grond van de WRO voor een ruimere benadering te kiezen dan Scholten in zijn toelichting bij die wetten had voorgestaan. Uit de betogen van Berkhouwer kan dit ook wel worden afgeleid; volgens hem ging de ingreep op grond van de WRO veel verder dan die op grond van de Monumenten- en de Boswet. Daartegen kan ten eerste worden ingebracht dat

84 Deze ontwikkeling is beschreven door Van den Broek 2002, p. 174 e.v.

85 ABRvS 10 augustus 2000, *BR* 2001, 692, ABRvS 17 augustus 2005, LJN AU1131, ABRvS 6 mei 2004, LJN AO8865.

86 Vgl. Van den Broek 2002, p. 154 e.v. Zie ook Van der Does & Roozendaal 2002, p. 76, waar Van der Does het ruimhartige nadeelcompensatieregime onder de oude WRO op één lijn plaatst met een regeling als de WTS en subsidieregelingen in de landbouw. Een verwijzing naar de noodzaak om als 'smeerolie' voor de wederopbouw ruimhartig te zijn bij de vergoeding van planschade heb ik in de parlementaire stukken echter niet aangetroffen.

87 Zie ook Koeman 2002, p. 277 en Van Ravels 2005b, p. 264-265. Het ontbreken van die rechtvaardiging is gaan klemmen toen in latere jurisprudentie en wetgeving het 'normaal maatschappelijk risico' een algemeen gebruikelijke schadevergoedingsdrempel is geworden.

88 *Handelingen II* 1960/61, p. 3973.

het sterk de vraag is of juist de betogen van Berkhouwer in dit verband maatgevend dienen te zijn: uiteindelijk trok Berkhouwer zijn amendement in en was de tekst van het uiteindelijke wetsvoorstel de tekst van het amendement-Van Rijckevorsel.[89] Verder kan tegen deze redenering worden ingebracht dat eerder zowel vanuit de regering als de Kamer was benadrukt dat het van belang was eenheid van wetgeving te hebben.[90] Weliswaar is ook dan nog denkbaar dat de Tweede Kamer voor schade door bestemmingsplannen meteen al een uitzondering wenste te maken, maar dan had het voor de hand gelegen dat bij de behandeling van de WRO uitdrukkelijk zou zijn gekozen voor een van de Monumenten- en de Boswet afwijkende benadering. Dat is niet het geval: de indieners van het amendement-Van Rijckevorsel spiegelden de Kamer zelfs voor dat met hun amendement de met de Monumenten- en de Boswet ingezette lijn werd doorgezet.[91] Die stelling klopte in die zin dat ook in de WRO een recht op schadevergoeding (en dus geen tegemoetkoming) werd neergelegd, maar niet voor wat betreft de inhoudelijke invulling en functie van de redelijkerwijsformule. De indieners van het amendement introduceerden immers een recht op schadevergoeding voor de werkelijk geleden schade die in een causaal verband staat met de in de wet opgenomen schadeoorzaak.

Debet aan het laten voortbestaan van dit misverstand is ook het zwakke optreden van minister Van Aartsen geweest. Het door Scholten voorgestane 'systeem' met het onderscheid tussen normale en abnormale risico's stond hem niet duidelijk voor ogen, zodat hij nauwelijks weerwoord gaf bij de behandeling van het amendement dat aan het ruimere schadevergoedingsrecht vorm gaf.[92] Wanneer men stelt dat het de 'wil van de wetgever' is geweest om bij de wijziging van bestemmingsplannen in meer gevallen een recht op schadevergoeding toe te kennen dient men derhalve te bedenken dat die wil tot stand is gekomen onder invloed van misverstanden en een onjuiste voorstelling van zaken. De inhoud van het uiteindelijke artikel was niet het resultaat van een debat waarin deugdelijk werd beargumenteerd waarom de WRO zou moeten afwijken van de eerder aanvaarde schadevergoedingssystematiek.

---

89 *Handelingen II* 1960/61, p. 4168.

90 Zie § 3.3.1. Zie ook *Handelingen II* 1960/61, p. 3974 en p. 3993 ('Het gaat bij dit soort van zaken niet om één geval, maar om een reeks gevallen, waarbij een zekere eigendomsbeperking noodzakelijk wordt geacht door de wetgever (Staten-Generaal en Regering te zamen). Nu meen ik, dat wij juist vanwege de precedentwerking dit geval in het totale verband moeten zien (...).').

91 Vgl. de toelichting bij het amendement-Van Rijckevorsel (*Kamerstukken II* 1960/61, 4233, nr. 37): 'Dit amendement beoogt voor de door gemeentelijke bestemmingsplannen veroorzaakte schade een overeenkomstige regeling te treffen als is aanvaard bij de wetsontwerpen-Monumentenwet en Boswet.'

92 Volgens de uitstekende website <www.parlement.com> had Van Aartsen mede door zijn slechte spreekvaardigheid een moeizame verhouding met het parlement.

3.3.6 De redelijkerwijsformule en de égalité

De wens van staatssecretaris Scholten om uiteindelijk één vaste lijn in de wetgeving te creëren voor wat betreft het recht op schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden werd, ondanks de afwijkende schaderegeling in de WRO, uiteindelijk toch vervuld. In de loop van de jaren zestig werd in verschillende wetten het schadevergoedingsrecht in gelijke bewoordingen neergelegd als in de Boswet, de Monumentenwet en de WRO. Aanvankelijk ging dat nog met enige haperingen gepaard.[93] Al snel zou de frase dat een recht bestond op een 'naar billijkheid te bepalen schadevergoeding' (dus geen tegemoetkoming) voor schade 'welke redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven' in veel wetten de standaardformule zijn en was het recht op schadevergoeding in zoverre dus gelijkelijk geregeld.[94]

Met dat stelsel zette de wetgever de eerste stappen in de richting van een door publiekrechtelijke normen bepaald schadevergoedingsrecht. Zoals Van der Hoeven heeft gesteld was het uitgangspunt in de Onteigeningswet en vergelijkbare wetten in essentie privaatrechtelijk: bij ernstige inbreuken op eigendom als de onteigening of het opleggen van een gedoogplicht dient een volledige schadevergoeding te volgen. Conform de systematiek van het BW volgde ook het systeem van schadevaststelling en schadevergoeding in de Onteigeningswet, de Belemmeringenwet Privaatrecht, de Grondwaterwet waterleidingbedrijven en talloze andere wetten de uitgangspunten van het privaatrecht. Het oorzakelijk verband en de schadeomvang werden in die wetten beoordeeld op een wijze die niet principieel verschilde van die welke werd gevolgd bij de vaststelling van de schadeplichtigheid bij wanprestatie en onrechtmatige daad.[95] Anders dan in de pijler van de Onteigeningswet en andere tot een schadeloosstelling dwingende wetten, gold de inbreuk op

93 De regering stelde in de ontwerpen van de Ontgrondingenwet (*Kamerstukken II* 1960/61, 6338, nr. 2, p. 4) en de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (*Kamerstukken II* 1964/65, 7884, nr. 2, p. 2) toch weer een afwijkende formulering voor: er zou een tegemoetkoming moeten worden gegeven voor hen die 'onevenredig zwaar' werden getroffen. Dit stuitte op verzet van de Kamer. Omdat deze materie vergelijkbaar was als die van de Monumentenwet, de Boswet en de WRO, zou dit ook in de formulering tot uitdrukking moeten komen. De regering sloot zich hierbij aan en wijzigde de term 'tegemoetkoming' in 'een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding' voor die schade 'welke redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven', met een recht van beroep bij de Kroon (zie t.a.v. de Ontgrondingenwet: *Kamerstukken II* 1963/64, 6338, nr. 10, p. 1 en t.a.v. de Wvo *Kamerstukken II* 1965/66, 6764, nr. 16). Bij de behandeling van de Wvo stelde de regering dat hiermee werd beoogd om de regeling 'volledig in overeenstemming te brengen met de huidige meer gebruikelijke redactie' (*Kamerstukken II* 1967/68, 7884, nr. 6).

94 Zie onder veel meer de Wet chemische afvalstoffen (*Stb*. 1976, 214), de Afvalstoffenwet (*Stb*. 1977, 455), de Wet geluidhinder (*Stb*. 1979, 99), de Kampeerwet (*Stb*. 1981, 372), de Grondwaterwet (art. 41; *Stb*. 1981, 392) en de Interimwet bodemsanering (*Stb*. 1982, 763).

95 Van der Hoeven 1970, p. 214-215. Vgl. Holleman 1985, p. 166 e.v. die de schadevergoeding bij onteigening en het opleggen van gedoogplichten plaatst in het licht van de 'vergeldende rechtvaardigheid'.

een subjectief recht in de 'nieuwe' wetgeving niet als voorwaarde voor aansprakelijkheid. Niet de onrechtmatigheid, maar de rechtmatigheid van het overheidshandelen was het vertrekpunt voor de schadevergoeding. Daarmee hing samen een verschil in de wijze waarop tegen het nadeel van de gelaedeerde werd aangekeken.

Van der Hoeven heeft dit verschil verklaard doordat de materiële rechtsinhoud in de nieuwe wetgeving vooral werd bepaald door 'de maatschappelijke functie van de handeling'. Het feit dat het schadetoebrengende handeling in het algemeen belang was, betekende dat alleen de schade wordt vergoed die 'redelijkerwijze niet of niet geheel' ten laste van een toevallig getroffen enkeling behoort te blijven.[96] Deze verklaring sluit goed aan bij de toelichting die staatssecretaris Scholten bij de Monumenten- en de Boswet gaf. Onder een andere noemer (de 'aard van het goed') kwam diens betoog in essentie op hetzelfde neer: eigendom is geen statisch gegeven, maar kan worden beperkt al naar gelang de behoeften die daartoe op een bepaald moment in de maatschappij bestaan. De afweging welke aan de eigendom verbonden risico's wel en welke niet meer ten laste van de belanghebbende dienen te blijven hangt, zo stelde Scholten, af van de evolutie van de gedachten in dit opzicht. Wat op dit punt billijk is vergde naar zijn inzicht een 'afweging van de erbij betrokken belangen: het overheidsbelang en het algemene belang enerzijds en het particuliere belang anderzijds'.[97] Dit 'beleidselement' had ook gevolgen voor de te volgen rechtsgang. In plaats van een civiele rechtsgang werd een rechtsgang bij de Kroon in het leven geroepen.[98]

Uit dit beleidselement zou men kunnen opmaken dat van een daadwerkelijk recht op schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad feitelijk geen sprake was. Altijd bestond immers de mogelijkheid dat, zelfs al zou de drempel van de 'redelijkheid' zijn genomen, op basis van de billijkheid alsnog een schadevergoeding zou worden geweigerd. Uit de parlementaire stukken valt echter op te maken dat het noch de intentie van de regering, noch die van de Kamer was om het recht op schadevergoeding te laten frustreren door de billijkheid. Met het opnemen van de billijkheidsclausule werd veeleer beoogd om in uitzonderlijke omstandigheden – bijvoorbeeld wanneer het recht op schadevergoeding een al zware wissel zou trekken op het overheidsbeleid – de mogelijkheid te hebben minder schadevergoedingen toe te kennen. Weliswaar was er daardoor niet per definitie sprake van een afdwingbaar *recht* op

96 Van der Hoeven 1970, p. 214-215.

97 *Handelingen II* 1960/61, p. 3972-3973. Zie verder *Handelingen II* 1960/61, p. 3974-3975 en p. 3994 en *Handelingen I* 1960/61, p. 3475-3476. Scholten kreeg steun van het kamerlid Schilthuis (*Handelingen II* 1960/61, p. 3949 en p. 3978). Zie ook J.M. Polak 1961, p. 149 en Troostwijk 1969, p. 852.

98 *Handelingen II* 1960/61, p. 3994. Sommige schrijvers hebben niet uitgesloten dat hierbij mogelijk ook de angst meespeelde dat de burgerlijke rechter een te ruime en derhalve onjuiste interpretatie aan de schadevergoedingsartikelen zou geven. Koeman 1979, p. 119 en in dezelfde zin Verpaalen 1969, p. 55.

schadevergoeding, maar met de door de Kamer geïnitieerde vervanging van het woord 'tegemoetkoming' door 'schadevergoeding' was hoe dan ook beoogd duidelijk te maken dat de schadevergoeding niet langer louter onderdeel was van de gunstensfeer. Hoewel de rol van de billijkheid nog niet was uitgespeeld, had zij haar allesbepalende rol van voor de oorlog dus wel degelijk verloren.

De vraag *welk* publiekrechtelijk principe nu achter de redelijkerwijsformule schuilging, was daarmee nog niet beantwoord. Een expliciete grondslag was noch door de Kamer, noch door de regering aangedragen. Opmerkelijk was dat in de Monumentenwet, waarmee de aftrap voor het debat werd gegeven, de term 'onevenredig nadeel' was komen te vervallen en was vervangen door een ruimere 'redelijkerwijsformule'. Het is een beetje gissen waarom het begrip 'onevenredig' het veld moest ruimen. Mogelijk deed dit begrip de regering te veel denken aan het égalitébeginsel en achtte zij het te vroeg om de égalité als het leidende principe aan te wijzen in de nieuwe wetgeving. Ook speelde wellicht de in de vorige paragraaf genoemde onduidelijkheid over de égalité mee. In de parlementaire debatten droegen verschillende kamerleden het égalitébeginsel zelfs aan als beginsel dat tot een *volledige* schadevergoeding van de *werkelijk* geleden schade zou verplichten. Zo beargumenteerde Berkhouwer zijn pleidooi voor een ruimere aansprakelijkheid in de WRO (*zonder* schadevergoedingsdrempels) met een beroep op het égalitébeginsel.[99] Ook Oud meende dat het égalitébeginsel in beginsel recht gaf op vergoeding van de 'werkelijk geleden schade'.[100] In een reactie op Oud reageerde staatssecretaris Scholten afhoudend:

> '[Oud] heeft op het Franse begrip van de "égalité devant les charges publiques" gewezen. Ik meen, dat in Nederland de gedachte, zoals die door de Franse Raad van State wordt toegepast, niet is overgenomen, maar ik zou hierop niet direct uitvoerig in willen gaan.'[101]

Deze woorden sluiten goed aan bij de voorzichtige eerdere betogen van Scholten, die het onverantwoord achtte om tot een algemene erkenning van de égalité over te gaan in het licht van de mogelijke repercussies die dit zou hebben voor het functioneren van de overheidsdienst. Ik meen dat deze afwachtende houding ook een verklaring zou kunnen zijn voor het feit dat de onevenredigheidsnorm uiteindelijk het veld moest ruimen. Weliswaar achtte de regering het van belang om één uniforme benadering te kiezen bij het probleem van de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, maar die kon ook worden gevonden *zonder* een expliciete erkenning van de égalité, een

99 *Handelingen II* 1960/61, p. 4170: 'Het gaat nu dus over die burgers, die schade lijden, als gevolg niet van politieke, maar van planologische maatregelen. Ik meen, dat hierbij toch door de Minister uit het oog is verloren die regel van de égalité devant les charges publiques.'

100 *Handelingen II* 1960/61, p. 3991.

101 *Handelingen II* 1960/61, p. 3994.

beginsel waarvan de betekenis en de reikwijdte bovendien onduidelijk was. Om in individuele gevallen toch maatwerk te kunnen verrichten, volstond het aan te haken bij de vage norm van de 'redelijkheid'.

De regering had het égalitébeginsel dus niet voor ogen als het achter de 'redelijkerwijsformule' schuilende principe. Toch lieten met name de betogen van Scholten zien dat de redelijkerwijsformule wel duidelijke raakvlakken had met de jurisprudentie die zich later onder de vlag van de égalité zou ontwikkelen. Dat gold bijvoorbeeld voor zijn herhaalde betogen om in beginsel niet uit te gaan van een recht op volledige schadevergoeding en te onderscheiden tussen 'normale' en 'abnormale' risico's ('extrarisico's'). De vraag hoe deze grens precies moest worden bepaald, liet de wetgever verder aan de Kroon over. Duidelijk was echter dat de voorzienbaarheid en de aan het eigendom verbonden inherente risico's belangrijke 'oriëntatiepunten' zouden zijn.[102] Op deze punten laat de redelijkerwijsformule zich derhalve goed verenigen met de jurisprudentie die zich later onder de noemer van de 'égalité' zou ontwikkelen. Hoewel de redelijkerwijsformule niet was bedoeld als een geschreven neerslag van de égalité, hebben de twee duidelijke raakvlakken met elkaar. Achter dezelfde formulering ging in de WRO weliswaar een andere invulling schuil – die later is herkend als de 'materiële rechtszekerheid'[103] – maar goede argumenten voor dit afwijkende regime waren door de wetgever niet aangedragen. Overigens zou de WRO in dit opzicht ook in de latere jurisprudentie een buitenbeentje blijven; in de jurisprudentie die zich op basis van de verschillende wettelijke redelijkerwijsformules heeft ontwikkeld, nam in andere gevallen het onderscheid tussen normale en abnormale risico's veelal een centrale plaats in.

In één opzicht verschilde de Nederlandse benadering van die van de Franse rechter: vooralsnog was de vraag *of* een recht op schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden bestond, afhankelijk van een actie van de wetgever. Met de aanvaarding van de redelijkerwijsformule in verschillende formele wetten had weliswaar een nieuw publiekrechtelijk principe zijn intrede gedaan in het Nederlandse bestuursrecht, maar zonder uitspraak van de wetgever bestond een recht op schadevergoeding alleen in het uitzonderlijke geval dat de burgerlijke rechter bereid zou zijn de overheid uit 'rechtmatige' daad te veroordelen.[104] Naar mijn idee kan men het effect van de erkenning van het

102 In de loop van de jaren zestig keerde het 'normale risico' ook regelmatig terug in beslissingen van Gedeputeerde Staten. Zie bijv. GS Gelderland, 13 juli 1964, *AB* 1964, p. 642 en p. 647, waarin werd overwogen 'dat een lid van de gemeenschap zelf het normale risico van het maatschappelijk leven behoort te dragen en dat het abnormale risico voor rekening van de gemeenschap, die door haar organen de onevenredige schade veroorzaakt, dient te zijn.'

103 Van den Broek 2002.

104 Vgl. Troostwijk 1969, p. 892, die stelt dat het 'een algemeen beginsel van behoorlijke wetgeving' is om het individu en recht tegenover de collectiviteit te verlenen, wanneer te voorzien is dat uit de rechtmatige overheidsdaad grote schade *kan* voortvloeien.

recht op schadevergoeding in de Monumentenwet, de Boswet en de WRO echter nauwelijks onderschatten. Voortaan was de notie dat de collectiviteit de lasten zou moeten dragen voor abnormale risico's geworteld in het recht en was er dus sprake van een *reproduceerbare* 'oplossing'. Het bewijs daarvan is dat er al spoedig in meer wetten in exacte dezelfde bewoordingen gegoten schadevergoedingsbepalingen verschenen.[105] Toen dit eenmaal gebruikelijk was geworden, was daarvan een ander, niet door de wetgever beoogd effect dat het nog maar een kleine stap was het égalitébeginsel niet langer louter te laten fungeren als een beginsel van behoorlijke *wetgeving*, maar ook als beginsel van behoorlijk *bestuur*.

3.4 Ontwikkelingen in de jaren 70, 80 en 90: belangenafweging, bestuurscompensatie en beginselen van behoorlijk bestuur

3.4.1 De jurisprudentie van de Kroon

Anno 1969 waren er nog steeds schrijvers die moeite hadden met het feit dat in de wetgeving de Kroon was aangewezen als beroepsinstantie die aan het schadevergoedingsrecht vorm zou moeten geven. Verpaalen zag niets in de ontwikkeling van een administratiefrechtelijk schadevergoedingsrecht: er bestond naar zijn mening geen enkele behoefte in Nederland een nieuwe rechter te creëren 'die aarzelend en tastend zal moeten beginnen met het vaststellen van vergoedingen, welke toch in de meeste gevallen in geld zullen luiden, terwijl de gewone civiele rechter over een enorme ervaring en know how beschikt.'[106]

De geschiedenis heeft Verpaalen ongelijk gegeven, hoewel de kwalificatie 'aarzelend en tastend' de geschreven en ongeschreven nadeelcompensatiepraktijk uit de jaren zeventig adequaat weergeeft. Maar toch: in sommige gevallen aanvaardde de Kroon zelfs in buitenwettelijke gevallen een nadeelcompensatieplicht. In navolging van de vaste lijn in de wetgeving werd de grondslag daarvoor in de 'redelijkheid' gezocht.

> In het KB *Hazerswoude* uit 1969 overwoog de Kroon dat 'nochtans (...) de redelijkheid in bepaalde gevallen medebrengen dat het betrokken gezagsorgaan een tegemoet-

105 Aldus ook Kan 1968, p. 152. Ook hij benadrukte de parallel tussen de redelijkerwijsformule en de égalité (p. 156) en stelde verder: 'er [is] een rechtsovertuiging groeiende – ik stel het met opzicht voorzichtig – dat de wetgever, wanneer bij het opleggen van beperkingen van het recht op of het gebruik van onroerend goed rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van het ontstaan van onevenredige of abnormale schade, waarvan de vergoeding niet of niet voldoende door aankoop, onteigening of anderszins is verzekerd, de wet het bevoegd gezag de verplichting moet opleggen de belanghebbende op zijn verzoek een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding toe te kennen.'

106 Verpaalen, VAR-verslag 1969, p. 53.

> koming geeft in de kosten' die in dit geval uit de opzegging van een vergunning tot het hebben van een gasbron voortvloeide.[107]
> Een jaar later volgde het KB *Tweemanspolder*, waarin de aanspraak op schadevergoeding werd gehonoreerd: de opzegging van een vergunning tot het hebben van een dam met duiker geschiedde volgens de Kroon uitsluitend in het belang van de ingelanden van de Tweemanspolder. In verhouding tot dit belang werden de belangen van de Nederlandse Spoorwegen als vergunninghouder onevenredig geschaad. Het bestuur van de polder diende daarom naar het oordeel van de Kroon de helft van de uit de opzegging voor de NS voortvloeiende kosten te betalen.[108]
> In deze ontwikkeling past tot slot het KB *DOA*, waarin centraal stond een beleidswijziging waarbij zonder enige compensatie een aan de NV Dienstverlening toegekende machtiging (om deel te nemen aan een gemeenschappelijke regeling op het gebied van automatisering van bevolkingsboekhoudingen) werd ingetrokken. De minister wierp tegen dat het niet kunnen verkrijgen van een verwachte order tot het bedrijfsrisico behoorde, maar de Kroon zag dat anders. DOA kon er volgens haar bij de opstelling van haar plannen redelijkerwijs vanuit gaan dat ook in de toekomst van haar diensten gebruik zou worden gemaakt. Daarom kon 'bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de bestreden beschikking worden gekomen'.[109]

In twee KB's werd dus op grond van de redelijkheid een buitenwettelijke verbintenis uit rechtmatige overheidsdaad aanvaard. Met *DOA* plaatste de Kroon de verplichting om met geschonden belangen rekening te houden, uitdrukkelijk in het kader van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de c-grond van de toenmalige Wet beroep administratieve beschikkingen. De redenering was dat de overheid zich bij haar rechtmatige handelingen rekenschap diende te geven van de door die handelingen getroffen belangen. Deed zij dat niet of onvoldoende, dan kon dit tot vernietiging van een beschikking leiden of tot het opschorten van de inwerkingtreding van een besluit totdat met de belangen van de getroffenen op adequate wijze rekening was gehouden. De Kroon greep dus terug op een constructie die de Hoge Raad decennia eerder in zijn jurisprudentie had gehanteerd: ook bij afwezigheid van een wettelijke schadevergoedingsregeling kan een overheidshandelen onrechtmatig zijn om de enkele reden dat door dat besluit bepaalde belanghebbenden onevenredig in hun belangen worden getroffen. De uitspraken van de Kroon lieten zien dat die redenering ook bij schade door beschikkingen opging.

De KB's moeten niet de indruk wekken dat in de praktijk ruimhartig werd omgesprongen met de toekenning van schadevergoeding bij rechtmatige

---

107 KB 19 december 1969, no. 17, *AB* 1970, p. 321. De Kroon meende evenwel dat in dit geval geen grond bestond voor schadevergoeding, omdat de belanghebbenden 'niet onevenredig in hun belangen werden geschaad': het waterschap nam de kosten voor het dichten van de bronnen voor zijn rekening. Zie ook al KB 6 mei 1968, *Gst*. 6011, p. 228.

108 KB 8 april 1970, *AB* 1970, p. 577.

109 KB 11 januari 1973, *AB* 1974, 173, m.nt. JHvdV.

overheidsdaad. Kijkt men naar de ontwikkeling in de Kroon-jurisprudentie in het verdere verloop van de jaren zeventig, dan ziet men vooral sporen van terughoudendheid. Op buitenwettelijke grondslag werden zelden schadevergoedingen toegekend.[110] In enkele uitspraken werd met zoveel woorden overwogen dat er bij gebreke van een wettelijke schadevergoedingsregeling voor schadevergoeding geen ruimte was.[111] Ook op een belangrijk terrein als het planschadevergoedingsrecht was de jurisprudentie van de Kroon aanvankelijk uiterst restrictief.[112] Naar aanleiding hiervan hielden schrijvers vergeefse pleidooien om door middel van ingrijpen van de wetgever de civiele rechter bevoegd te maken.[113]

3.4.2 De impuls vanuit het bestuur (II): het stelsel van bestuurscompensatie

De geschiedenis zou zich echter herhalen: waar in § 2.6.3 werd geschetst dat het bestuur in het kader van maatregelen op grond van de Woningwet een impuls gaf aan het recht op vergoeding van onevenredig nadeel door zelf schadevergoedingsverordeningen vast te stellen, ging het bestuur er in de jaren zeventig en tachtig op grote schaal toe over om zich onder omstandigheden tot schadevergoeding te verbinden. Dit stelsel zou bekend worden onder de naam 'bestuurscompensatie'.

Het werd ontwikkeld door J.A.C. van der Gouwe, ambtenaar op het ministerie van Rijkswaterstaat. In de praktijk van de droge en natte waterstaat kwam het geregeld voor dat rechtmatige daden een inbreuk maakten op bepaalde belangen zonder dat getroffenen een beroep konden doen op een wettelijke regeling. Om aan hun positie recht te doen waren zij aangewezen op een civiele rechtsgang, waar het in beginsel rechtmatige en geboden handelen naar Van der Gouwe's idee principieel onjuist werd getoetst aan de onrechtmatige overheidsdaad. Van der Gouwe wenste aan die onbevredigende situatie een eind te maken; waarschijnlijk speelde ook de praktische overweging mee dat voorkómen moest worden dat geschade burgers hun pijlen zouden richten tegen het rechtmatige overheidshandelen zelf. Zo kwam hij tot de ontwikkeling van het stelsel van bestuurscompensatie. Zijn gedachten legde hij neer in de losbladige *Onteigening en schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, waarin

110 Zie voor schaarse voorbeelden KB 6 april 1971, *NG* 1972, p. 459, KB 26 mei 1977, *AB* 1977, 342 en KB 5 februari 1982, *AB* 1982, 275.

111 Zie o.m. KB 28 februari 1974, *AB* 1974, 157, KB 12 oktober 1979, *AB* 1980, 120. Vgl. ook KB 10 maart 1978, *AB* 1978, 381, waarin de Kroon volstond met de constatering dat het met het rechtmatige besluit gediende belang zwaarder woog dan het nadeel dat appellante ondervond, zodat voor schadevergoeding geen plaats was. Zie voor deze en andere uitspraken Van Netburg 1984-I.

112 Vgl. De Haan, Drupsteen & Fernhout 1978, p. 470, die vaststelden dat art. 49 WRO 'in feite niet functioneert' en Van den Broek 2002, p. 71 e.v.

113 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1978, p. 462, p. 471 en Tak 1978, p. 369 e.v.

beoordelingscriteria voor de toekenning van bestuurscompensatie waren neergelegd met een duidelijke 'publiekrechtelijke' inslag.[114]

Ook in dit stelsel bestond een recht op schadevergoeding alleen boven een bepaalde drempel, maar Van der Gouwe kleurde deze anders in dan de wetgever met de redelijkerwijsformule had voorgestaan. Zoals we zagen beoogde de regering met het introduceren van de redelijkheidsdrempel het recht op schadevergoeding tot op zekere hoogte te objectiveren.[115] Van der Gouwe stond echter een subjectieve benadering voor, die vooral oog had voor de financiële positie van de getroffene. De redelijkheidsnorm had in Van der Gouwe's visie betrekking op 'de relatie tussen de omvang van het nadeel en de mate waarin de verzoeker in zijn situatie daardoor wordt getroffen'. Ging het om schade van een bedrijf, dan diende de methode erop te zijn gericht 'een zodanige vergoeding te bepalen dat de continuïteitshandhaving van het bedrijf is gewaarborgd'. Daartoe diende volgens Van der Gouwe gebruik te worden gemaakt van een bedrijfseconomisch model, aan de hand waarvan met behulp van een aantal kengetallen (de liquiditeit, de rentabiliteit en de solvabiliteit) kon worden berekend hoe een bedrijf zou reageren op de schade.[116] Die benadering was typerend voor het stelsel van bestuurscompensatie, waarin 'schadevergoeding' onder één noemer was gebracht met financiële instrumenten figuren als subsidie, steunverlening en belastingvoordelen. In zijn uitwerking was dit stelsel in eerste instantie schatplichtig aan een wet als de Deltaschadewet, die Van der Gouwe meermalen als inspiratiebron citeerde.[117]

Als verdienste van Van der Gouwe's stelsel van bestuurscompensatie kan vooral worden genoemd dat hij de redelijkheidsnorm als beginsel van behoorlijk bestuur 'ontdekte'.[118] Met de Paul Krugerbrug-uitspraken zou de Afdeling rechtspraak van de Raad van State (ARRvS) deze visie overnemen. Polak heeft in dit verband terecht benadrukt dat de Afdeling rechtspraak het stelsel van bestuurscompensatie niet ontwikkelde, maar dat dat stelsel al ontwikkeld *was*: de Afdeling hoefde in wezen weinig anders te doen dan uit te gaan van de erkenning van een compensatieplicht door het bestuur.[119] Wel vulde de Afdeling de redelijkheidsnorm veel objectiever in en nam zij in de eerste Paul Krugerbrug-uitspraak zelfs uitdrukkelijk afstand van de bedrijfseconomische benadering van de minister. Ook was een verdienste dat Van der Gouwe het specifiek publiekrechtelijke karakter van het bestuurscompensatierecht

114 Deze losbladige verscheen voor het eerst in de eerste helft van de jaren 70, en is in 1992 overgegaan in de losbladige *Bestuursrechtelijke schadevergoeding*.

115 Zie § 3.3.2.

116 Van der Gouwe (losbl.), p. VII-45-49. Voor gegevens over deze zgn. KPD-methode verwijs ik naar de noot van J.W. Meijer onder ARRvS 22 november 1983, *BR* 1984, 228.

117 Zie Van der Gouwe (losbl.), p. I-7-8 en VII-38-39.

118 Nicolaï 1990, p. 200. Vgl. Konijnenbelt 1979, die het stelsel van bestuurscompensatie heeft aangemerkt als een vorm van 'rechtsvinding door het bestuur'.

119 Polak 1992, p. 296.

concretiseerde en richtlijnen opstelde voor de interpretatie van vage begrippen als 'normaal maatschappelijk risico', 'normaal bedrijfsrisico' en 'risicoaanvaarding'. In de latere rechtspraak van met name de ARRvS keerden veel van die criteria terug. Het bestuur vervulde in dit verband duidelijk een voortrekkersrol.

De indruk dat het stelsel van bestuurscompensatie kan worden gezien als een buitenwettelijke toepassing van het égalitébeginsel moet worden weggenomen. Typerend voor het stelsel van bestuurscompensatie was dat dit niet primair beoogde aan te geven onder welke voorwaarden de overheid *aansprakelijk* was, maar aan welke voorwaarden een goede bestuurlijke belangenafweging diende te voldoen. Van zo'n afweging kon ook sprake zijn zonder een recht op schadevergoeding te aanvaarden, reden waarom Van der Gouwe het onjuist achtte het égalitébeginsel (in de losbladige consequent het 'gelijkheidsbeginsel' genoemd) in algemene zin leidend te laten zijn bij de vraag of er plaats was voor bestuurscompensatie; bestuurscompensatie was lang niet altijd 'bestuurscompensatie in geld'. Ook in de subjectieve benadering van het recht op schadevergoeding week dit stelsel af van de égalité. Wat aan 'bestuurscompensatie in geld' werd uitgekeerd, had bovenal het karakter van een van overheidswege te verlenen duwtje in de rug om bedrijven niet nodeloos in problemen te brengen. Zelfs al was sprake van een boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgend nadeel, dan nog kon dit op grond van draagkrachtoverwegingen voor rekening van de betrokkene worden gelaten. Deze 'trapsgewijze' toetsing bracht met zich dat succesvolle beroepen op bestuurscompensatie feitelijk weinig voorkwamen.[120]

Het stelsel van bestuurscompensatie vond in de jaren tachtig op bredere schaal ingang. Tal van gemeenten gingen over tot het opstellen van bestuurscompensatieregelingen. Deze regelingen werden met name opgesteld rond infrastructurele projecten, waardoor omwonenden, vaak winkeliers, schade konden lijden. Ook deze regelingen zochten hun grondslag veelal niet in het égalitébeginsel. In de toelichting bij de regelingen werd veelal benadrukt dat het bestuur op *onverplichte* gronden tot het opstellen van een regeling was gekomen.[121] Ook keerde het draagkrachtbeginsel daarin vaak terug, al dan niet in de vorm van een 'winstdrempel'.[122]

De conclusie kan zijn dat, zodra het initiatief tot het toekennen van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaden aan het bestuur werd overgelaten, het resultaat zich meestal kenmerkte door een grote vrees voor een te vergaande overheidsaansprakelijkheid: dat was zo in de praktijk van de schadevergoe-

120 Vgl. Polak 1992, p. 293: 'De indruk bestaat, dat waar de toetsing meer gericht is op het omvattende criterium van de onevenredige benadeling eerder plaats is voor toekenning van bestuurscompensatie dan wanneer men – zoals in het stelsel van Van der Gouwe – nagaat of aan alle vereisten die Van der Gouwe noemt is voldaan.'

121 Dat gold bijvoorbeeld voor de Haagse Fietsrouteverordening (Te Rijdt 1991, p. 128) en de Metroschaderegeling Schiedamseweg Rotterdam (ibid., p. 132).

122 Zie uitvoerig Te Rijdt 1991.

dingsverordeningen rond de Woningwet (§ 2.6.2) en was in het stelsel van bestuurscompensatie opnieuw het geval. Naar mijn idee schuilt het belang van de 'impuls van het bestuur', zoals dat in dit en het vorige hoofdstuk is genoemd, dan ook niet zozeer in de waarde van het door het bestuur ontwikkelde schadevergoedingsregime *op zich*, maar in het feit dat die impuls niet meer, maar ook niet minder dan de aanzet vormde tot andere ontwikkelingen, die voor het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht werkelijk bepalend zijn geweest. Zo was de praktijk rond de Woningwet een belangrijke impuls voor de wetgever om tot een algemene regeling van de schadelijke gevolgen door ruimtelijke maatregelen over te gaan en vonden Van der Gouwe's inzichten over het belang van een zorgvuldige belangenafweging veel navolging in de literatuur, maar vooral in de rechtspraak van de administratieve rechter, zoals de *Paul Krugerbrug*-uitspraken zouden bewijzen.

3.4.3 De *Paul Krugerbrug*-uitspraken

Van der Gouwe koppelde de verplichting tot bestuurscompensatie nadrukkelijk aan de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de plicht tot een zorgvuldige afweging van de door het overheidshandelen getroffen belangen. Begin jaren tachtig werd dit ook vaste jurisprudentie van de Afdeling rechtspraak. Uit deze jurisprudentie kon de (nieuwe) rechtsregel worden afgeleid dat bestuursorganen die in het kader van hun belangenafweging zich onvoldoende rekenschap gaven van de belangen die door een op zichzelf rechtmatig beschikking worden getroffen (door geen of onvoldoende compensatie toe te kennen) onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig konden handelden. In de uitspraak inzake de *Baalderbrug* van 15 december 1981 had de ARRvS al bepaald dat een besluit (inzake de onttrekking aan het verkeer van een brug) de toetsing aan het willekeurverbod van art. 8 lid 1 sub c Wet Arob kon doorstaan, aangezien aan de getroffene een genoegzame schadevergoeding in het vooruitzicht was gesteld.[123] In de *Paul Krugerbrug*-uitspraken bleek de ARRvS ook bereid de conclusie te aanvaarden dat een besluit waarbij geen schadevergoeding werd aangeboden in strijd kon zijn met het willekeurverbod.

> Aanleiding tot deze uitspraken was de verlening door Verkeer en Waterstaat van een vergunning aan de gemeente Utrecht voor de bouw van een vaste brug over het Merwedekanaal. De aan dat kanaal gelegen scheepswerf De Liesbosch werd daardoor onbereikbaar voor schepen met een breedte van 12 tot 14 meter, welke soort schepen meer dan de helft van de omzet van De Liesbosch bepaalde. De totale schade werd vastgesteld op f 6.138.500,-. Met Van der Gouwe als vertegenwoordiger in rechte had de minister toepassing gegeven aan het stelsel van bestuurscompensatie door de belangen van De Liesbosch in de afweging te betrekken. Daartoe was

123 ARRvS 15 december 1981, *AB* 1982, 298 (*Baalderbrug*).

> aan de vergunning de voorwaarde verbonden dat de gemeente Utrecht als vergunninghouder 'de redelijkerwijs mogelijke maatregelen [moest] nemen ten einde te voorkomen dat het Rijk dan wel derden ten gevolge van het gebruik maken van de vergunning schade lijden'. De Liesbosch werd in het ongewisse gelaten in welke mate zij op vergoeding aanspraak kon maken. De ARRvS kwam tot de slotsom dat het besluit tot vergunningverlening in strijd was met het willekeurverbod: De Liesbosch had vooraf aan het besluit tot vergunningverlening moeten worden meegedeeld op welke wijze en naar welke normen de omvang van de haar toekomende schadevergoeding zou worden bepaald.[124]

De minister nam een nieuwe beschikking, maar ook daarover ontstond een rechtsstrijd, die uiteindelijk leidde tot de *tweede Paul Krugerbrug*-uitspraak.[125] Terecht, zo stelde de ARRvS, had de minister tot uitgangspunt genomen dat in het kader van de belangenafweging tot verlening van de vergunning een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding behoorde te worden toegekend voor de schade die redelijkerwijze niet of niet geheel ten laste van De Liesbosch behoorde te blijven. Het bedrag waarop de minister was uitgekomen (40% van het totale schadebedrag) achtte de Afdeling echter te laag. De minister was op dit bedrag uitgekomen door de positie van De Liesbosch niet afzonderlijk te beschouwen, maar te relateren aan het moederbedrijf Ballast Nedam, waarvan de werf deel uitmaakte. Volgens de ARRvS stond echter in voldoende mate vast dat De Liesbosch als zelfstandige eenheid functioneerde. Zelf in de zaak voorziend bepaalde de Afdeling dat 80% van de schade voor rekening van de minister diende te komen. De resterende 20% werd als een normaal bedrijfsrisico voor rekening van De Liesbosch gelaten, omdat de werf hadden moeten, althans kunnen beseffen dat de scheepvaartfunctie van het Merwedekanaal geleidelijk aan betekenis inboette, terwijl de drang van weg- en railverkeer allengs toenam.

Het belang van de *Paul Krugerbrug*-uitspraken lag zowel op het procedurele als het materiële vlak. Procedureel waren de uitspraken belangrijk omdat bij appellabele beschikkingen in de zin van de Wet Arob voortaan een bevoegdheid van de bestuursrechter kon worden gecreëerd, waar deze voorheen niet bestond. Het schadevergoedingsaspect was voortaan immers een noodzakelijk aspect van elke aan een dergelijke beschikking voorafgaande belangenafweging. Het materiële belang lag in het feit dat de ARRvS duidelijk maakte dat precies dezelfde ongeschreven publiekrechtelijke norm die bepalend was geweest voor de opneming van de redelijkerwijsformule in de formele wetgeving, ook zijn werking deed gelden in de gevallen dat een geschreven regeling ontbrak. Het bezien of er een verplichting bestond tot 'bestuurscompensatie' was daarmee niet langer slechts aan het terrein van Rijkswaterstaat voorbehouden, maar

124 ARRvS 12 januari 1982, *AB* 1982, 299, m.nt. PCEvW (*Paul Krugerbrug I*).
125 ARRvS 22 november 1983, *AB* 1984, 154, m.nt. dP.

een algemene eis waaraan *elk* overheidsbesluit zou moeten voldoen.[126] Aldus loopt er een rechte lijn tussen de aanvaarding van de rechtsplicht in de verschillende schadevergoedingswetten en de grondslag voor de schadevergoedingsplicht bij 'onzuivere schadebeschikkingen'[127] in de *Paul Krugerbrug*-uitspraken.

Het materiële belang van de uitspraken lag in het feit dat de ARRvS korte metten maakte met het terugvoeren van het recht op schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden tot een hoofdzakelijk bedrijfseconomisch probleem. In de *tweede Paul Krugerbrug*-uitspraak zette de ARRvS de eerste stappen in de richting van een systeem waarbij objectieve rechtsnormen het recht op vergoeding regeerden en bleek zij zelfs bereid zelf te bepalen welke schade redelijkerwijs niet ten laste van de burger behoorde te blijven. Het 'normale bedrijfsrisico' was ook in de visie van de ARRvS een belangrijk criterium om te bepalen of een schadevergoedingsplicht bestond, maar de ARRvS had een duidelijk voorkeur voor een objectieve invulling hiervan in plaats van de subjectieve benadering van Van der Gouwe.

3.4.4 Een brug te ver: de égalité als grondslag voor zelfstandige schadebeschikkingen

De omarming van de redelijkerwijsformule door de ARRvS in de *tweede Paul Krugerbrug*-uitspraak was belangrijk was voor de eenheid van het nadeelcompensatierecht in *materiële* zin, maar in *procedureel* opzicht was de eenheid ver te zoeken. Als een wettelijke bepaling van toepassing was, was de Kroon (en later de Afdeling geschillen van bestuur) bevoegd. Een rechtsgang bij de bestuursrechter was voorts gewaarborgd in de gevallen waarin een beschikking de schade veroorzaak te (de *Paul Krugerbrug*-jurisprudentie). Werd de schade niet veroorzaakt door een beschikking, maar bijvoorbeeld een algemeen verbindend voorschrift of een feitelijke handeling, dan volgde een civiele rechtsgang. Vanaf 1986 kon echter ook voor feitelijk handelen een bevoegdheid van de bestuursrechter worden gecreëerd door voor schade door feitelijk handelen een beleidsregeling in het leven te roepen, mits deze voldoende was bekendgemaakt.[128]

De oplossing voor dit versnipperde stelsel leek simpel: door een ongeschreven publiekrechtelijke rechtsregel te erkennen op grond waarvan bestuursorganen verplicht zijn om onder omstandigheden een compensatie te geven, zouden beslissingen die op grond van deze regel werden genomen per definitie op

126 Aldus ook Hessel 1982, p. 372. Buiten het ministerie van Rijkswaterstaat had het stelsel van Van der Gouwe weinig navolging gevonden (Van Rijckevorsel, *BR* 1983, p. 861).

127 Mogelijk is deze term geïntroduceerd door Van Wijmen (noot onder ARRvS 5 april 1983, *AB* 1983, 534).

128 ARRvS 14 mei 1986, *AB* 1986, 568, m.nt. PCEvW (*Metroschade*).

rechtsgevolg zijn gericht, zodat de bestuursrechter altijd bevoegd was. Een aanknopingspunt voor het bestaan van een dergelijke rechtsregel boden de *Paul Krugerbrug*-rechtspraak en enkele uitspraken van de Afdeling geschillen van bestuur, waarin werd gesteld dat 'de algemene beginselen van behoorlijk bestuur [kunnen] vorderen dat in bepaalde gevallen schade welke redelijkerwijs niet of niet geheel voor rekening van de belanghebbende behoort te blijven, voor vergoeding in aanmerking komt.'[129] Een van de eerste auteurs die deze oplossing bepleitte was Van Rijckevorsel – dezelfde man wiens amendement ten grondslag lag aan de afwijkende interpretatie van de redelijkerwijsformule in de WRO. Hij meende dat beslissingen over schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden bij de bestuursrechter appellabel zouden moeten zijn, onafhankelijk van de vraag of de schadeveroorzakende handeling zelf appellabel was:

> 'De beslissing van een administratief orgaan op een verzoek tot toekenning van schade tengevolge van bestuurlijke rechtmatige gedragingen, welk verzoek steunt op de stelling, dat de verplichting tot toekenning van schade voortvloeit uit [het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het égalitébeginsel – MT], is reeds om die reden een "besluit gericht op enig rechtsgevolg" en daarom een "beschikking".'[130]

Een meerderheid van de auteurs wenste echter niet zo ver te gaan. Michiels wees de égalité of meer in het algemeen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur af als een geschikte publiekrechtelijke grondslag, omdat deze beginselen niet los van een schadeveroorzakende beschikking zouden kunnen worden gezien, maar de vraag of schadevergoeding moet worden aangeboden deel uitmaakt van de vraag of de beschikking zelf rechtmatig is. Bovendien was er het probleem dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de égalité zowel zagen op beschikkingen als privaatrechtelijke en feitelijke overheidshandelingen. Volgens hem lag het niet voor de hand dat beslissingen over schade ook dan als beschikking zouden worden aangemerkt, nu de administratieve rechter in zulke gevallen überhaupt geen rechtsmacht had.[131] Ook andere auteurs signaleerden dit probleem: bij de erkenning van de égalité als grondslag voor zelfstandige verzoeken om schadevergoeding zou de afbakening tussen de zelfstandige verzoeken om schadevergoeding en de strikt civielrechtelijke acties uit onrechtmatige overheidsdaad moeilijk te handhaven zijn. Het gevaar van overlappende competentie zou daarmee groot zijn, nu de inhoudelijke benadering van de gewone rechter op grond van de onrecht-

129 AGRvS 23 maart 1989, *AB* 1989, 428 (*Erven Beekhof*), AGRvS 31 december 1990, *AB* 1991, 424 (*Alblasserwaard*).

130 Van Rijckevorsel, noot onder ARRvS 14 mei 1986, *BR* 1986, 852 (*Metroschade*). Zie ook Van Rijckevorsel 1985, p. 168 en zijn noot bij College van B&W Rotterdam, 12 april 1983, *BR* 1983, 854 (*Hartelkanaal*). Zie voor een vergelijkbaar geluid Winter 1985, p. 552.

131 Michiels 1987, p. 165-166. Vgl. Steenbeek 1986, p. 82-83, Van Wijmen & Van Ravels 1988, p. 270.

matige overheidsdaad vergaand overeenstemde met die van de Afdeling rechtspraak op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[132]

Deze discussie liet zien dat het nader operationaliseren van de égalité op een procedurele hindernis stuitte: diverse auteurs betwijfelden of met een eventuele erkenning van het égalitébeginsel ook het beschikkingskarakter van op grond van dat beginsel genomen beslissingen was gegeven. In elk geval zou dit hebben geleid tot nieuwe vragen ten aanzien van de afbakening van de rechtsmacht van de bestuursrechter ten opzichte van de civiele rechter. De heersende mening in de literatuur was dat de bestuursrechter niet over een schadeplicht van de overheid zou mogen oordelen indien hij evenmin bevoegd was om te oordelen over de rechtmatigheid van de handeling die tot de nadeelcompensatieclaim aanleiding gaf. Daarmee bleef het versnipperde stelsel bestaan en bleef de weg naar de civiele rechter open die, door zijn gebondenheid aan het gesloten stelsel van verbintenissen, niet de geëigende rechter was de ontwikkeling van de buitenwettelijke aansprakelijkheid uit rechtmatige daad voor zijn rekening te nemen. Uit het *Leffers*-arrest uit 1991 bleek echter dat juist de civiele rechter verantwoordelijk was voor de volgende impuls aan het op het égalitébeginsel gebaseerde nadeelcompensatieleerstuk.

3.4.5 Het *Leffers*-arrest

Als in 1988 een voorontwerp voor de Algemene wet bestuursrecht wordt gepresenteerd, stelt de Awb-wetgever dat het nog te vroeg is voor een algemene regeling van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad. Volgens de regering was het leerstuk schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in afzonderlijke wetgeving, maar vooral ook in de rechtspraak en de doctrine volop in beweging.[133] Dit was niet bezijden de waarheid. Niet alleen de kwestie van de competentieverdeling leverde problemen op, écht duidelijke lijnen tekenden zich in de rechtspraak nog niet af. Duidelijkheid was er wel in zoverre, dat het algemene beeld er een van grote terughoudendheid was. De Planque zette in 1989 de jurisprudentie inzake zes jaar 'onzuivere schadebesluiten' op een rij en concludeerde dat de Afdeling rechtspraak slechts bij uitzondering tegen de opvatting van het bestuur in een vergoedingsplicht aannam. Het bestuur bleef dus een voortrekkersrol vervullen. De gevallen van 'onaanvaardbaar nadeel' dat in het kader van de belangenafweging moest worden gecompenseerd vielen volgens De Planque in twee categorieën uiteen: ten eerste de schending van gewekte verwachtingen, bijvoorbeeld in het kader van verleende vergunningen en daarop volgende aanschrijvingen tot bestuursdwang, en ten tweede de gevallen van 'anderszins beschermenswaardige

132 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1986, p. 409-410, Van den Berk 1991, p. 160.
133 PG Awb I, p. 213.

belangen', bijvoorbeeld de verandering van een feitelijke situatie die lange tijd ongewijzigd had mogen voortbestaan.[134]

Als 'restrechter' had de civiele rechter in enkele uitspraken uit de jaren tachtig laten zien dat hij zich liet leiden door dezelfde criteria (onevenredig nadeel, normaal maatschappelijk risico) die de bestuursrechter ook hanteerde.[135] In sommige gevallen leidde dat tot succes; al lang voor het Leffers-arrest bleek de civiele rechter bleek soms bereid een op zichzelf rechtmatig overheidshandelen onrechtmatig te verklaren (en dus te verbieden) wanneer met de daardoor getroffen belangen onvoldoende rekening werd gehouden.[136] Maar evenals zijn bestuursrechtelijke collega weigerde hij meer te doen dan in incidentele gevallen een rechtsplicht tot het vergoeden van schade te aanvaarden. In verschillende uitspraken onderstreepte de civiele rechter dat er niet zoiets bestaat als een algemene regel die de overheid verplicht tot het vergoeden van rechtmatig toegebrachte schade.[137] Deze lagere rechtspraak werd ook door de Hoge Raad gevolgd: het enkele nalaten een adequate vergoeding aan te bieden bij een verder op zichzelf rechtmatig overheidshandelen was volgens het arrest *Hofman/Vlissingen* uit 1989 niet voldoende om een onrechtmatige daad te kunnen aannemen.[138] Het verbaast in dat licht niet dat een pleidooi van advocaat-generaal Bloembergen om onverkort een recht op schadevergoeding uit *rechtmatige* overheidsdaad op grond van het égalité-beginsel te erkennen, door de Hoge Raad in het arrest *Staat/B.* uit 1990 niet werd gevolgd.[139]

In haar proefschrift uit 1991 concludeerde Van den Berk dat de mogelijkheden om bij de civiele rechter met succes 'de facto' uit rechtmatige daad te procederen gering waren. De civiele rechtspraak was volgens haar in een impasse geraakt, waaraan waarschijnlijk alleen ingrijpen van de wetgever iets zou kunnen veranderen.[140] Met het *Leffers*-arrest uit datzelfde jaar zou de

134 De Planque 1989, p. 39 e.v.

135 Zie o.m. Rb Den Haag 31 januari 1986, *BR* 1986, 437 (*Waldorpstraat Den Haag*), Rb Breda 2 augustus 1983, *AB* 1984, 164, m.nt. PCEvW. Zie voor meer civiele rechtspraak Koeman 1989, p. 180 e.v. en Van Ravels (losbl.), p. F-3-50 e.v.

136 Zie bijv. Rb Groningen 10 oktober 1978, *NJ* 1979, 35 ('De afsluiting van de havenmond is onrechtmatig omdat gedaagde (…) tot uitvoering is overgegaan zonder zich de belangen van eiseressen op behoorlijke wijze aan te trekken.'), Hof Den Haag 29 december 1988, *NJ* 1990, 320 (door het niet volledig vergoeden van de kosten van beschermende voorzieningen van een drinkwaterleidingbedrijf in verband met de aanleg van een rijksweg handelde de Staat onrechtmatig), Rb Middelburg 21 november 1990, *KG* 1990, 403 (afsluiting winkelstraat onrechtmatig, nu niet was nagegaan of de winkeliers onredelijk werden benadeeld, 'ook in verhouding tot het nadeel dat door de maatregelen aan de andere betrokkenen zou zijn toegebracht').

137 Zie bijv. Rb Middelburg 12 oktober 1983, *Gst.* 6776, 8 ('In het burgerlijk recht bestaat immers niet een algemene regel dat wie bouwt en daardoor uitzicht van een ander wegneemt, de daardoor aan die andere berokkende schade aan deze moet vergoeden.').

138 HR 16 juni 1989, *AB* 1989, 437.

139 HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794, m.nt. CJHB (*Staat/B.*).

140 Van den Berk 1991, p. 169.

Hoge Raad echter laten zien dat hij toch mogelijkheden zag om ook zonder ingrijpen van de wetgever een resultaat te bereiken dat materieel veel weg had van een rechtstreekse actie uit rechtmatige daad. Voortaan kon in het ontbreken van een aanbod tot schadevergoeding bij een verder op zichzelf rechtmatig overheidshandelen een zelfstandige onrechtmatige daad schuilen.

> In 1986 brak de Afrikaanse varkenspest uit. Deze ziekte werd in verband gebracht met het voeren van varkens met 'swill' (voedsel- en slachtafval). Een week na de ontdekking van de ziekte trad de Regeling verbod voedsel- en slachtafvallen (varkens) in werking. Varkens mochten voortaan niet meer met swill gevoerd worden. Leffers bedrijf was uitsluitend ingericht op swillvervoedering. De tijd om op een andere wijze van vervoedering over te schakelen was te kort. De regeling voorzag niet in overgangsmaatregelen, want dat zou strijdig zijn met het doel van de regeling – het zo spoedig mogelijk wegnemen van de ziektebron. De regeling bevatte ook geen schadevergoedingsbepaling voor de omvangrijke vermogensschade voor gevallen als Leffers, maar alleen een opkoopregeling voor waardeloos geworden ketels om swill te koken. Voor Leffers betekende de regeling dat hij zijn bedrijf moest opdoeken.

In hoger beroep had het Hof Den Haag nog een klassieke, 'verticale' toets op willekeur uitgevoerd.[141] Het bestaan van een recht op nadeelcompensatie werd in essentie afgewezen omdat de (volgens het hof zwaarwegende) financiële belangen van Leffers het moesten afleggen tegen de belangen die werden gediend met de Regeling (de hoge bestrijdingskosten van de ziekte en financiële schade door het wegvallen van exportmogelijkheden). Volgens het hof kon niet worden gezegd dat de minister 'aan de economische belangen van de varkensmesters redelijkerwijze een zodanig gewicht had behoren toe te kennen dat hij, gelet op de daartegenover staande belangen, de onderhavige regeling niet tot stand had mogen brengen zonder een verdergaande schadevergoeding aan te bieden.' Met een vergoedingsregeling voor de waardeloos geworden kookketels moest Leffers het derhalve doen.

Dat de Hoge Raad uiteindelijk tot een heel ander resultaat kwam, kan mede worden toegeschreven aan de conclusie van advocaat-generaal Koopmans. Hij onderschreef de door het Hof gehanteerde toetsing op willekeur, maar meende dat deze terughoudende toets 'te globaal' was. Het Hof had moeten nagaan, aldus Koopmans, 'of de invoering van zulk een ingrijpend voorschrift zonder overgangsregeling en zonder adequate schadevergoeding niet onrechtmatig kan zijn jegens een bepaalde groep ondernemers'. Een dergelijke onrechtmatigheid deed zich in casu volgens Koopmans voor: Leffers werd in vergelijking met zijn, ook door het verbod getroffen concurrenten bijzonder zwaar door het verbod getroffen, aangezien hij, anders dan zijn concurrenten, geheel op swillvervoedering was aangewezen. Daarbij legde hij een expliciete parallel

141 Vgl. HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251 (*Landbouwvliegers*).

met de égalité. De Hoge Raad noemde de égalité niet, maar de formulering van het arrest liet weinig aan duidelijkheid te wensen over. Hij stelde dat door de belangen die de Regeling beoogde te dienen:

> '(…) een naar verhouding kleine groep van bedrijfsmatige varkensmesters die, anders dan het overgrote deel van hun concurrenten, hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoedering van swill en niet van de ene dag op de andere op een ander vervoederingsstelsel hebben kunnen overschakelen zonder dat daardoor de winstgevendheid van hun bedrijf verloren zou gaan, in onevenredige mate in haar belangen [werd] getroffen, en wel in de onderhavige zaak naar de stellingen van Leffers in dier voege dat het bedrijf van Leffers is moeten worden geliquideerd met aanzienlijke vermogensschade. Niet kan worden gezegd dat dit plotseling opgelegd, drastisch verbod als in de onderhavige Regeling vervat, behoort tot de normale bedrijfsrisico's die voor rekening van de ondernemer behoren te blijven.'[142]

Met deze passage maakte de Hoge Raad duidelijk dat hij de Bregstein-constructie alsnog had verlaten voor de Drion-constructie: de onrechtmatigheid werd in het *Leffers*-arrest gezocht in het uitvoeren van de schadeveroorzakende handeling zonder de daarbij veroorzaakte schade te vergoeden. Niet langer was het nodig iets 'echt' onrechtmatigs in het schadeveroorzakende handelen te zoeken: in de schending van de plicht om, in strijd met het égalitébeginsel, geen compensatie aan te bieden, school de onrechtmatigheid van de Regeling. Van Buuren heeft een aannemelijke verklaring gegeven waarom de Hoge Raad de impliciete erkenning van een recht op nadeelcompensatie op grond van de égalité thans wel aandurfde: anno 1991 was de rechter beter dan in 1952 in staat was een antwoord te geven op de hamvraag in welke gevallen en naar welke criteria de overheid voor rechtmatig toegebrachte schade aansprakelijk kan worden gehouden.[143] De ontwikkelingen in het bestuursrecht lieten aldus ook hun sporen na in het civiele recht.

3.5 Nadeelcompensatie in het Awb-tijdperk

3.5.1 *Egalité à la hollandaise*: de égalité en art. 3:4, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht

De wijze waarop de égalité precies moest worden geoperationaliseerd, bleef de gemoederen bezig houden. De noodzaak om in buitenwettelijke gevallen zowel bij de bestuurs- als de civiele rechter iets onrechtmatigs in het overheidshandelen te zoeken, bracht veel auteurs ertoe het égalitébeginsel niet op zichzelf, maar in samenhang met het zorgvuldigheidsbeginsel als de relevante

142 HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638, m.nt. CJHB (*Leffers*).
143 Van Buuren 2009, p. 269.

rechtsgrondslag(en) voor nadeelcompensatie aan te wijzen.[144] Hoewel de precieze relatie tussen deze zorgvuldigheidsplicht en het égalitébeginsel vaak onduidelijk bleef, kenden de meeste auteurs aan de égalité een 'invullende' rol toe in het kader van de belangenafweging: uitgaande van de uit het égalitébeginsel voortvloeiende rechtsplicht tot compensatie, was overheidshandelen waarbij in strijd met de égalité onevenredig nadeel niet werd gecompenseerd, onzorgvuldig en dus onrechtmatig, bij gebreke aan een deugdelijke belangenweging. De aansprakelijkheid was in hun visie uiteindelijk gebaseerd op een gebrek in de belangenafweging of, om het met De Haan c.s. preciezer te formuleren, op strijd met de publiekrechtelijke materiële zorgvuldigheidsplicht.[145] Vrij algemeen leefde in dit tijdvak dus de opvatting dat het égalitébeginsel niet *op zichzelf* altijd kon verklaren waarom een nadeelcompensatieplicht bestond, maar dat het zich slechts over de band van de beginselen van behoorlijk bestuur liet toepassen. De auteurs die erop wezen dat het égalitébeginsel een fundamenteel ander principe was, waren in de minderheid.[146]

Een grote meerderheid van de auteurs meende derhalve dat de égalité in buitenwettelijke gevallen slechts kon worden geoperationaliseerd door in het overheidshandelen iets onrechtmatigs te zoeken. Deels vloeide dit logisch voort uit het in § 3.4.4 gesignaleerde procedurele probleem dat er geen algemene wettelijke grondslag was voor schadebeschikkingen en dat ook de égalité volgens veel auteurs niet als zodanig kon gelden. Door het in acht nemen van de égalité te zien als een eis van zorgvuldig bestuur, bleef een heldere competentieverdeling gewaarborgd.[147] Maar veel auteurs benadrukten dat de koppeling tussen égalité en zorgvuldigheid ook *materieel* gerechtvaardigd was. Bij een erkenning van de égalité als *zelfstandig* beginsel zouden overheden ook lang nadat een rechtmatig besluit in werking is getreden, nog met onverwachte rekeningen kunnen worden geconfronteerd, terwijl bij de figuur van de onzuivere schadebeschikking reeds voordat het besluit effect sorteert, bekend is hoe hoog de rekening is.[148] Ook werd herhaaldelijk op een rechtsbeschermingsargument gewezen: de integrale beoordeling van de belangenafweging (inclusief het schadevergoedingsaspect) bood de burger de mogelijkheid de voorgenomen of reeds in uitvoering zijnde overheidswerkzaamheden stop te zetten tot hun de schade was vergoed of daartoe zekerheid was gegeven.[149] Schoordijk wees in zijn rede *Bestuursrecht en privaatrecht* dan ook op de parallellen

144 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1978, p. 460, Van Buuren 1980, p. 190-191, Konijnenbelt 1979, p. 11-12, Van Rijckevorsel 1985, p. 170 en diens noot bij ARRvS 14 mei 1986, *BR* 1986, 852 alsmede Koeman 1989, p. 184. Zie voor vergelijkbare betogen voorts de verwijzingen bij Van den Berk 1991, p. 34 e.v.

145 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1978, p. 462.

146 Heldeweg 1988, p. 69, Messer & Heldeweg 1990, p. 154 en De Planque 1989, p. 14.

147 Van den Berk 1991, p. 160. Zij was zelf overigens voorstander van een ontkoppelde benadering.

148 De Planque 1989, p. 53 alsmede Hessel 1982, p. 372.

149 Zie bijv. Otten 1986, p. 102. Vgl. ook De Planque 1989, p. 13.

tussen de civiele rechtspraak uit de jaren vijftig en de *Paul Krugerbrug*-rechtspraak van de Afdeling Rechtspraak en herkende in beide de denkbeelden van Bregstein.[150] Drupsteen vond deze lezing overtuigend[151] en ook Van Wijmen herkende de leer van Bregstein in de rechtspraak van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State. In een noot wees hij erop 'hoezeer dit stelsel aanleunt tegen, verwant is met, ja in het verlengde ligt van het complex der onrechtmatige overheidsdaad, alle andersgerichte pogingen tot theorievorming ten spijt'.[152] De al in de jaren vijftig veel gehoorde geluiden dat er niet zoiets bestond als een buitenwettelijk leerstuk uit 'op zichzelf rechtmatig' overheidshandelen, waren dertig jaar later derhalve nog nauwelijks verstomd.

De visie dat het recht op nadeelcompensatie duidelijke banden had met de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad beïnvloedde uiteindelijk ook de Awb-wetgever, die er begin jaren tachtig toe overging de *Paul Krugerbrug*-jurisprudentie als de algemeen wenselijke koers in gevallen van buitenwettelijke nadeelcompensatie aan te wijzen. In de toelichting bij art. 3.2.3 lid 2 Awb (zoals art. 3:4 oorspronkelijk was genummerd) overwoog de regering dat 'de onevenredigheid van de gevolgen van een besluit voor een of meer belanghebbenden soms kan worden weggenomen doordat een financiële compensatie wordt aangeboden.'[153] Enkele kamerleden vroegen zich af of de égalitémaatstaf niet geschikter was om als grondslag voor schadevergoeding te dienen. De regering hield echter vast aan art. 3:4 lid 2 Awb als grondslag, maar expliciteerde wel wat de relatie was tussen beide:

> 'Het verband tussen onevenredigheid in de lastenverdeling tussen de verschillende burgers die in gelijke of vergelijkbare positie verkeren en de regel die in artikel 3.2.3 tweede lid is verwoord, is, dat bij het niet aanbieden van schadevergoeding aan de onevenredig zwaar (in vergelijking met anderen) getroffen burgers, tevens gesproken moet worden van een voor de gedupeerde nadelig gevolg dat (door het uitblijven van vergoeding) als onevenredig moet worden beschouwd in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.'[154]

Volgens Bos heeft de wetgever, door het égalitébeginsel niet als afzonderlijk beginsel te erkennen maar aan art. 3:4 lid 2 Awb te koppelen, de rechtsontwik-

150 Schoordijk 1991, p. 483.

151 Drupsteen 1985, p. 222: 'Het heeft niet zoveel zin te zeggen dat het overheidshandelen op zich rechtmatig, gerechtvaardigd of niet onjuist is (...). Overheidshandelen op zich is niet rechtmatig of onrechtmatig. Het gaat om de bijzonderheden van de concrete overheidshandeling. De Afdeling rechtspraak vernietigt een concrete overheidsbeschikking, omdat onvoldoende recht is gedaan aan de belangen van derden/gelaedeerden. Zou aan die belangen wel recht zijn gedaan dan zou daarmee het overheidshandelen gerechtvaardigd zijn.'

152 Vz ARRvS 16 februari 1984, *AB* 1984, 422, m.nt. PCEvW. Zie ook Van Ravels 2009b, p. 323-324.

153 PG Awb I, p. 211.

154 PG Awb I, p. 212.

keling geen goede dienst heeft bewezen. Omdat in de praktijk de behoefte toenam om de verplichting tot nadeelcompensatie los van de rechtmatigheidsvraag te kunnen beoordelen, zou de koppeling tot een verstoring van de vrije rechtsontwikkeling hebben geleid.[155] Ik zou daar tegenover willen stellen dat art. 3:4, tweede lid, Awb nooit bedoeld is als een definitieve regeling van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in de Awb. Het artikel is een typisch voorbeeld van een codificatie van ontwikkelingen in de jurisprudentie, een van de centrale doelstellingen van de Awb. Die codificatie mocht geenszins – zo had de regering expliciet gesteld – een verdere rechtsontwikkeling belemmeren; in de toekomst zou de rechter zich nog steeds op niet in de Awb gecodificeerde rechtsbeginselen kunnen beroepen. In zoverre was de codificatie van art. 3:4, tweede lid, Awb niet minder, maar ook niet meer dan een tussenstap in de ontwikkeling van een leerstuk waarin nog vele vragen moesten worden beantwoord en waarbij dit artikel 'intussen (...) dienst [kan] doen als basis voor de bestaande rechtspraak en de verdere ontwikkelingen daarin'.[156] Bovendien vormde de codificatie van het nadeelcompensatieleerstuk in de Awb een precaire materie, juist omdat het ging om schadevergoeding bij *rechtmatig* overheidsoptreden. Het lag niet voor de hand dat de wetgever in een tijdvak waarin dit leerstuk sterk in ontwikkeling was, een algemene schadevergoedingsplicht in de Awb zou neerleggen. Bij dit gevoelige onderwerp was het logischer de ontwikkelingen in de jurisprudentie af te wachten en de rechter dit stelsel stap voor stap te laten uitbouwen.[157] Een enigszins gebrekkige inbedding van het égalitébeginsel in de Awb had daarbij nog altijd de voorkeur boven het in het leven roepen van een aansprakelijkheid waarvan de gevolgen nauwelijks te overzien zouden zijn, laat staan dat duidelijk was *hoe* die regeling er precies uit zou moeten zien. Een laatste reden voor een wat positievere waardering van de stap van de wetgever is dat hij, door de bestaande lijn in de jurisprudentie met het égalitébeginsel in verband te brengen, de rechtsontwikkeling in elk geval in zoverre stimuleerde dat de later door de Afdeling bestuursrechtspraak gezette stap om dit beginsel te erkennen als grondslag voor zelfstandige, voor Awb-bezwaar en -beroep vatbare schadebesluiten, zonder twijfel een stuk kleiner was dan wanneer de wetgever op dit punt zou hebben gezwegen.[158] De Awb-wetgever had hiermee immers reeds aanvaard dat bestuursorganen op basis van het égalitébeginsel compensatieplichtig kunnen zijn, zij het dat het nog niet mogelijk was dit beginsel

155 Bos 2004, p. 100 e.v. Zie ook 'Haastige wetgever verstoort rechtsontwikkeling', *Staatscourant* 23 juli 2004.

156 PG Awb I, p. 213.

157 Vgl. Scheltema 1980, p. 254: 'In dat opzicht verkeert de rechter in een betere positie. Hij kan van geval tot geval gaan. Hij kan volstaan met het toekennen van schadevergoeding in een concreet geval, dat sterk spreekt. Daardoor kan hij ook een beheerste en niet te vrijgevige ontwikkeling in gang zetten, terwijl de wetgever de ontwikkeling met één klap geheel uit handen moet geven.'

158 Aldus ook Polak 1999, p. 73.

zelfstandig in te roepen. De daartoe benodigde stappen zou de bestuursrechter uiteindelijk zetten.

3.5.2 De *Van Vlodrop*-jurisprudentie en verder

De ontwikkelingen in het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht zouden de keuze van de wetgever voor de koppeling van de égalité aan art. 3:4 lid 2 Awb al snel op losse schroeven zetten. Met de *Van Vlodrop*-rechtspraak erkende de ABRvS alsnog dat de égalité een publiekrechtelijke grondslag bood voor zelfstandige schadebesluiten:

> 'Het publiekrechtelijk rechtsgevolg van dit besluit, voor zover het betreft schade ten gevolge van rechtmatig bestuursoptreden, vloeit voort uit het, mede aan art. 3:4 lid 2 Awb ten grondslag liggende algemene rechtsbeginsel van "égalité devant les charges publiques" (gelijkheid voor de openbare lasten) op grond waarvan bestuursorganen zijn gehouden tot compensatie van onevenredige – buiten het maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade als gevolg van hun op de behartiging van het openbaar belang gerichte optreden.'[159]

Deze rechtspraak was een belangrijke stap in de ontwikkeling van het nadeelcompensatierecht. Zelfstandige uitspraken omtrent nadeelcompensatie werden immers niet langer beschouwd als rechtshandelingen naar burgerlijk recht, maar geacht te zijn gericht op publiekrechtelijk rechtsgevolg – iets waar Van Rijckevorsel in begin jaren tachtig al had bepleit. De égalité bood voortaan dus een grondslag voor schadebesluiten, ook zonder dat deze op een geschreven regeling waren gebaseerd. Wel stelde de Afdeling de eis van 'processuele connexiteit'. Was tegen het schadeveroorzakende besluit geen bezwaar en beroep mogelijk, dan was dat evenmin mogelijk terzake van een zelfstandig schadebesluit naar aanleiding daarvan. Toepassing van die eis betekende dat beslissingen op verzoeken om schadevergoeding ten gevolge van de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, zoals beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften, wel als schadebesluiten werden aangemerkt, maar niet appellabel waren. Zo behield de civiele rechter een bevoegdheid in nadeelcompensatiezaken.

De *Van Vlodrop*-jurisprudentie had ook tot gevolg dat er een omslag in de literatuur plaatsvond voor wat betreft de waardering van de constructie van het onzelfstandig schadebesluit. Nu werd juist gewezen op de nadelen van het vooraf meewegen van de getroffen belangen: de erkenning van de figuur van de zuivere schadebeslissing als afzonderlijk beroepbaar besluit zou

159 ABRvS 18 februari 1997, *AB* 1997, 143 (*Beurskens*), bevestigd in ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229 (*Van Vlodrop*).

enerzijds het belang dienen van de overheid (tegen het besluit hoeft geen beroep te worden ingesteld, zodat het spoedig formele rechtskracht kan krijgen), zonder dat de getroffen burger werd gekort in zijn mogelijkheden om schadevergoeding toegewezen te krijgen.[160] In een commentaar op de jurisprudentie over het zelfstandig schadebesluit beschouwde Koetser dat als de 'grootste winst' van deze jurisprudentie: de burger zou voortaan kunnen afzien van een 'zinledige, immers alleen pro forma, procedure tegen het onderliggende besluit en zich kunnen concentreren op een schadevergoedingsprocedure'.[161] Van Buuren wees er bovendien op dat de koppeling van art. 3:4 lid 2 Awb aan het égalitébeginsel bij zelfstandige schadebesluiten niet goed kon worden beredeneerd: het nemen van een zelfstandig schadebesluit op grond van het égalitébeginsel als rechtsgrond voor *rechtmatig* overheidsoptreden verhield zich niet goed met de aan art. 3:4 lid 2 ten grondslag liggende veronderstelling dat het ontbreken van nadeelcompensatie 'eigenlijk' onrechtmatig is.[162]

Op de VAR-vergadering uit 2002 stemde een overgrote meerderheid van de aanwezigen vóór de stelling dat het aanbeveling verdient er niet langer van uit te gaan dat het égalitébeginsel mede ten grondslag ligt aan artikel 3:4, tweede lid, Awb.[163] De bestuursrechter zou deze opvatting uiteindelijk overnemen. Indien het égalitébeginsel wordt ingeroepen als grondslag voor een zelfstandig, buitenwettelijk nadeelcompensatiebesluit, gaat de Afdeling er sinds 2003 vanuit dat de nadeelcompensatieplicht niet voortvloeit uit art. 3:4 lid 2 Awb, maar uit het los daarvan staande égalitébeginsel.[164] De 'ontkoppeling' van art. 3:4 lid 2 Awb en de égalité was daarmee een feit.

3.5.3 De burgerlijke rechter op bestuursrechtelijk terrein

De ontwikkelingen in het bestuursrecht hadden ook hun weerslag in het civiele recht. Deze wederzijdse beïnvloeding, die in het *Leffers*-arrest al merkbaar was, kwam in het arrest *Staat/Lavrijsen* uit 2001 duidelijk naar voren. Aanleiding tot dit arrest was een huiszoeking die door justitie werd verricht in het kader van een verdenking van een overtreding van de Opiumwet door ene L. Hierbij leed Lavrijsen, die met dit misdrijf niets te maken had, schade. In aansluiting

160 Konijnenbelt 1996, p. 19-20, en al eerder Van den Berk 1991, p. 162. Zie nadien onder meer Tak 2003, p. 185. Zie ook § 9.2.

161 Koetser 1997, p. 744. In gelijke zin Polak 1998, p. 497.

162 Zie zijn noot onder ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229 alsmede Van Buuren 1997, p. 763.

163 VAR-reeks 129, p. 97. Zie voorts de preadviezen van Schueler 2002, p. 160 e.v. en Van Ravels 2002a, p. 289 e.v.

164 ABRvS 12 november 2003, *AB* 2004, 95, m.nt. ARN en *JB* 2004, 12, m.nt. RJNS, ABRvS 8 november 2006, *AB* 2007, 252, m.nt. BPMvR, *Gst*. 7274, nr. 67, m.nt. ARN. De rechtbanken Utrecht (29 januari 2002, LJN AD9421) en Almelo (7 oktober 2003, *AB* 2004, 16, m.nt. BJS) gingen de Afdeling voor.

op de bestuursrechtelijke jurisprudentie bleek ook de Hoge Raad bereid om het égalitébeginsel expliciet aan de nadeelcompensatieplicht van de overheid ten grondslag te leggen:

> '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). Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige huiszoeking jegens de getroffene onrechtmatig is.'[165]

De Hoge Raad volgde hiermee de bestuursrechter in diens koppeling van artikel 3:4 lid 2 Awb en het égalitébeginsel, zoals bleek uit de verwijzing naar deze beginselen en de uitspraak *Van Vlodrop*. De aansluiting bij deze jurisprudentie lag vanuit het perspectief van de civiele rechter voor de hand in het licht van de noodzaak om in de civielrechtelijke kolom aan te knopen bij de onrechtmatige daad en het feit dat men bij een schending van art. 3:4 lid 2 Awb ook niet langer van een rechtmatig besluit kan spreken. Dit betekende echter wel dat de civielrechtelijke jurisprudentie blootstaat aan precies dezelfde kritiek als de rechtspraak van de bestuursrechter waarin die koppeling werd aangebracht. Sinds het *Lavrijsen*-arrest merkt de Hoge Raad de schadeveroorzakende handeling consequent aan als '*op zichzelf* rechtmatig'; van een *echte* aansprakelijkheid uit rechtmatige daad wil de civiele rechter alleen nog steeds niet weten.[166] De kritiek op de nog steeds bestaande noodconstructies in de jurisprudentie van de Hoge Raad, is sindsdien dan ook niet verstomd. Volgens Van Maanen zou de Hoge Raad er beter aan doen volmondig te erkennen dat de overheid aansprakelijk is uit *rechtmatige* daad.[167] Ook Kortmann komt tot de conclusie dat het ongelukkig is dat de Hoge Raad zich nog steeds bedient van art. 6:162 BW. De rechtspraak van de Hoge Raad laat volgens hem zien dat voor de Hoge Raad niet bepalend is dat er iets mis is met het gedrag van overheden – normaal gesproken het uitgangspunt om een onrechtmatige daad aan te nemen – maar met de *gevolgen* van dat gedrag. Naar zijn idee

---

165 HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412, m.nt. ThGD (*Staat/Lavrijsen*). Zie nadien ook bijv. Rb Leeuwarden 27 februari 2002, LJN AD9649, HR 21 maart 2003, *NJ* 2009, 232, m.nt. MRM (*Xenos*), HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*).

166 Vgl. Slier 2007, p. 380. Ook in de nadien gewezen jurisprudentie heeft de Hoge Raad aan zijn oude jurisprudentie vastgehouden, zie bijv. HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84, m.nt. PvB (*Harrida*), HR 21 maart 2003, *NJ* 2009, 232, m.nt. MRM (*Xenos*), HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*).

167 Zie zijn noot onder *Staat/Lavrijsen* in *NTBR* 2001, p. 323.

is in het arrest *Lavrijsen* geen sprake van een onrechtmatige daad, maar van een risicoaansprakelijkheid van de overheid.[168]

Los van deze dogmatische aspecten hebben verschillende schrijvers de vraag opgeroepen of uitgerekend de casus van het *Lavrijsen*-arrest wel geschikt was om het égalitébeginsel naar voren te schuiven. In de stroom aan commentaren die naar aanleiding van het arrest zijn verschenen, is erop gewezen dat men in de strafvorderlijke context met de égalité niet goed uit de voeten kan, en dat een specifiek op die context gekozen grondslag moet worden gekozen, die onder meer is gezocht in het evenredigheidsbeginsel[169] en in het beginsel dat de overheid dient in te staan voor de exceptionele risico's die met haar handelen gemoeid zijn.[170] Deze commentaren laten zien dat over de precieze reikwijdte en betekenis van de égalité nog veel onduidelijk is.

3.6 Meer eenstemmigheid, nog wel onduidelijkheid

Dit hoofdstuk begon met een schets van enige ontwikkelingen in de literatuur in de aanloop naar de parlementaire debatten van 1955. In de literatuur bleek de eenstemmigheid gering, de onduidelijkheid over de grondslagen voor schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden groot en was er veel onenigheid over de vraag welke rechter aan het leerstuk vorm zou moeten geven. Anno 2010 is het beeld heel anders. Ten eerste is er brede overeenstemming dat nadeelcompensatie eerst en vooral een vraagstuk is dat moet worden opgelost aan de hand van specifiek *publiekrechtelijke* principes, in het bijzonder het égalitébeginsel. De visie dat van aansprakelijkheid in buitenwettelijke gevallen slechts sprake zou kunnen zijn door iets onrechtmatigs in het handelen te zoeken, een visie die het debat tot in de jaren negentig heeft beheerst, krijgt thans weinig handen meer op elkaar. Ook bestaat er brede overeenstemming over het feit dat het nadeelcompensatieleerstuk zoveel mogelijk bij de *bestuursrechter* dient te worden geconcentreerd.[171] De voornaamste argumenten daarvoor zijn de typisch publiekrechtelijke aard van geschillen omtrent nadeelcompensatie, de ruime ervaring van de bestuursrechter met het beslechten van dit soort geschillen en de geforceerde wijze waarop de burgerlijke rechter de égalité noodgedwongen operationaliseert. Latere arresten bewijzen dat ook de Hoge Raad zichzelf op dit terrein vooral als restrechter ziet. Van een analoge toepassing van de *Groningen/Raatgever*-jurisprudentie heeft de Hoge Raad in nadeelcompensatiezaken niet willen weten, nu 'de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter meebrengt, dat de burgerlijke

168 Kortmann 2006, p. 72-79. In gelijke zin Van Dam 2000, p. 815.
169 Kwakman 2003.
170 Van Maanen 2002, p. 65-69.
171 Zie bijv. Verheij 1999, p. 52, Schlössels 2002-II, p. 190, De Graaf & Marseille 2004, p. 784. Zie voor een ander geluid: Tak 2003.

rechter het oordeel of een belanghebbende op grond van het égalité-beginsel recht heeft op vergoeding van de schade die hij heeft geleden als gevolg van een of meer besluiten als in deze zaak aan de orde, dient over te laten aan de bestuursrechter'.[172] Dat de civiele rechter een bevoegdheid heeft gehouden bij niet-appellabel overheidshandelen, wordt algemeen gezien als een ongewenste situatie.

Ook ten aanzien van de opvatting dat nadeelcompensatie primair een kwestie van politiek is, en niet van recht, heeft zich een duidelijke ontwikkeling voltrokken. Dat bestuursorganen slechts op onverplichte gronden tot de verstrekking van nadeelcompensatie zouden kunnen overgaan, kan anno 2009 niet meer worden volgehouden. Toch heeft leerstuk nog steeds ook een duidelijke politieke dimensie. Ten eerste is dit duidelijk voelbaar in het debat over de vraag of het oordeel van een bestuursorgaan of en zo ja, in hoeverre een bepaald nadeel boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt, door de rechter vol of (enigszins) afstandelijk zou moeten worden getoetst. De meningen daarover verschillen sterk, maar de rechtspraak lijkt bestuursorganen hier toch enige marge te laten.[173] Ten tweede zien we de politieke dimensie nog terug bij die auteurs die de égalité-aansprakelijkheid primair zien als een uiting van de *solidariteit* van de overheid met haar onderdanen. Zo wijst Van Maanen het 'principe van de solidariteit' aan als overkoepelende grondslag voor verschillende categorieën van rechtmatig overheidsoptreden waar compensatie geboden is.[174] Nog verder gaat Kortmann jr., die ervoor heeft gepleit om de verdere ontwikkeling van de nadeelcompensatie geheel in handen te leggen van de (bijzondere) wetgever. De rechtszekerheid gebiedt volgens hem dat ook voor *publiekrechtelijke* verbintenissen tot schadevergoeding een basis in de wet te vinden moet zijn.[175] Hoewel deze opvatting geen gemeengoed is, laat zij zien dat het geluid dat sommige schrijvers rond 1955 al lieten horen (§ 3.2.4), anno 2009 nog niet is verstomd. Opmerkelijk is dat voor deze opvatting ook (enige) steun kan worden gevonden in de rechtspraak van de Europese rechters. Dat blijkt bijvoorbeeld uit jurisprudentie van het Hof van Justitie, die het bestaan van leerstuk van aansprakelijkheid uit rechtmatige daad op EG-niveau in het *FIAMM*-arrest uit 2008 heeft ontkend – een arrest dat in hoofdstuk 13 nog uitvoerig zal worden besproken. Niet de égalité, maar het grondrecht op eigendom geldt in de visie van het Hof als de minimumnorm die de instellingen in elk geval dienen te respecteren. Wat daarboven aan geldelijke uitkeringen wordt verstrekt, is geen zaak van de rechter, maar van de wetgever.

---

172 HR 28 maart 2008, *JB* 2008, 105, m.nt. JT (*Asha*). Vgl. HR 11 april 2008, *AB* 2008, 170, m.nt. GAvdV, HR 6 december 2002, *AB* 2004, 17, m.nt. PvB (*Pannenkoekenhuis De Kabouter*), Rb Alkmaar 6 juli 2005, *JA* 2005, 70.

173 Zie § 8.4.

174 Van Maanen 2004, p. 325-326 en Damen 1996, p. 27.

175 Kortmann 2006, p. 86-87.

Het is een wat wrange constatering dat de rechtsontwikkeling ten aanzien van de vraag naar de precieze betekenis van de égalité anno 2009 veel minder voltooid lijkt. Enerzijds is er veel meer inzicht gekomen in de vraag onder welke omstandigheden burgers recht hebben op nadeelcompensatie. De rechtspraak van bestuursrechter en civiele rechter vertonen op dit punt enige verschillen, maar het algemene beeld is dat van een grote mate van convergentie, niet alleen ten aanzien van de keuze voor de égalité als hét relevante rechtsbeginsel, maar ook ten aanzien van de inhoud van de égalitécriteria.[176] Zou de rechtsontwikkeling op dit punt moeten worden getypeerd, dan is het beeld eerder 'ius commune' dan 'chaos'.[177] Ook in de literatuur is sinds de Van Vlodrop-jurisprudentie veel meer aandacht gekomen voor de materiële nadeelcompensatiecriteria,[178] ook op belangrijke deelterreinen.[179]

Anderzijds kan worden vastgesteld dat de in de jaren vijftig en daarna klinkende bezwaren over de vermeende vaagheid van de égalité zich in de decennia daarna hebben doorgezet[180] en ook thans bepaald nog niet zijn verdwenen.[181] Daarnaast blijft er discussie over de verhouding van het égalitébeginsel tot andere rechtsgrondslagen voor nadeelcompensatie. De stelling dat uitsluitend de égalité een grondslag voor nadeelcompensatie zou zijn, zoals de Afdeling in enkele zaken uit 2000 stelde,[182] kan wel op enige,[183] maar zeker niet op unanieme steun in de literatuur rekenen. Argumenten om voor andere grondslagen dan de égalité te kiezen, zijn van verschillende aard. Zo

176 Vgl. bijv. de overeenkomsten ten aanzien van de invulling van het normaal maatschappelijk risico in HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*), ABRvS 21 juni 2006, LJN AX9047 en CBB 10 december 2008, *AB* 2009, 90, m.nt. BPMvR.

177 In antwoord op de titel van de bijdrage van Schlössels 2002.

178 Zie bijv. Van Ravels 2002b, p. 517 e.v., Tjepkema 2004, Barkhuysen & Tjepkema 2006, p. 179 e.v.

179 Zie in het bijzonder Hoitink 1998 (milieurecht), Van den Broek 2002 (planschade), Dane 2009 (strafrecht).

180 Zie bijv. Ruiter 1971, p. 248 ('[Het is] niet geheel duidelijk of wij meer van de Fransen hebben overgenomen dan hun terminologie (…) het is nog steeds een punt van discussie of het beginsel ook in zijn volle omvang geldt voor ons rechtsstelsel'.), Van Wijk/Konijnenbelt 1979, p. 196 (omhelzing van het égalitébeginsel geeft nog geen rechtstreeks antwoord op de vraag in welke gevallen schade voor vergoeding in aanmerking komt en of dan een volledige schadevergoeding of een minder dan volledige schadevergoeding moet worden gegeven), Hessel 1980, p. 370 (die wees op de 'praktische problemen die aan de hantering van het gelijkheidsbeginsel kleven'), De Groot 1982, p. 27 (die stelde 'dat het niet in zichzelf aangeeft, wat de rechtens relevante aspecten zijn aan de hand waarvan moet worden uitgemaakt of sprake is van een (on)gelijkheid') en Kan 1983, p. 172 (die zich afvroeg of het égalitébeginsel 'ons in concreto veel verder [brengt]').

181 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 546-547 ('Overigens moet worden erkend dat met beginsel van de égalité eerder een rechtsgrond voor vergoeding van onevenredige schade is gegeven, dan een objectief criterium.') en de in § 1.2.1 en 1.2.2 genoemde auteurs.

182 ABRvS 18 mei 2000, *Gst*. 2000, 7128, 3, m.nt. HH (*Borsele*) en ABRvS 9 juni 2000, *JB* 2000, 243, m.nt. RJNS en *AB* 2001, 222, m.nt. GJ, ABRvS 10 juli 2000, *Gst*. 2000, 7128, 9.

183 Zie bijv. Verheij 2002, p. 121, Schlössels 2002 (II) p. 181-182 en K.J. de Graaf, noot bij ABRvS 29 september 2004, *AB* 2005, 46, m.nt. KJdG.

wijst Hoitink het evenredigheidsbeginsel aan als overkoepelende grondslag, omdat een vergelijking met andere burgers niet altijd een bruikbaar aanknopingspunt biedt om een aanspraak op nadeelcompensatie te beoordelen.[184] Volgens Schueler ligt een belangrijke beperking van de égalité besloten in de veronderstelling van de égalité dat met het schadeveroorzakende handelen collectieve belangen worden gediend, omdat alleen dan de ratio van het beginsel opgaat en de gemeenschap voor de schade moet opdraaien.[185] Van Maanen leidt uit de Franse jurisprudentie af dat de égalité alleen van toepassing is bij een 'weloverwogen' opoffering van de belang van enkelingen.[186] Ondertussen heeft dit debat niet een zuiver theoretisch karakter, want het gevaar van rechtsongelijkheid bij het aanvaarden van verschillende grondslagen is groot, zoals Van Ravels terecht constateert.[187]

De onduidelijkheid over de situaties waarin de égalité tot aansprakelijkheid kan leiden, is ook zichtbaar in de rechtspraak. Hoewel primair tot ontwikkeling gekomen in het besluitenrecht, is er in de rechtspraak een voorzichtige, maar duidelijke tendens waarneembaar waarbij het égalitébeginsel steeds vaker wordt ingeroepen in gevallen die minder goed in dat traditionele beeld passen. Naast de klassieke gevallen waarin de schade rechtstreeks voortvloeit uit rechtmatige besluiten in de zin van de Awb, treft men bijvoorbeeld een beroep aan op het égalitébeginsel als de Staat nalaat om uitgeprocedeerde asielzoekers uit te zetten maar tegelijk geen tegemoetkoming meer verstrekt aan instellingen voor geestelijke gezondheidszorg die kosten moeten maken om deze illegalen te behandelen. De Rechtbank Den Haag achtte de Staat tot nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel gehouden,[188] maar in hoger beroep volgde de Afdeling alsnog een andere lijn door de tegemoetkomingen als 'subsidie' aan te merken.[189] Ook het *TBS*-arrest uit 2004, dat hierna nog uitvoerig aan de orde zal komen, heeft aanleiding geven tot twijfels over de reikwijdte van de égalité.[190] Opmerkelijk is voorts dat de wetgever in een voorstel voor een regeling van schadevergoeding door rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden nadrukkelijk afstand neemt van de égalité, omdat de toepasselijkheid van het égalitébeginsel op dit terrein ter discussie zou staan.[191]

Dit alles laat zien dat over de betekenis van de égalité nog veel onduidelijkheid bestaat. Dat roept de vraag op of de wetgever, zo hij de égalité zou codificeren, een Paard van Troje de Awb binnenrijdt. Om een antwoord op die vraag te krijgen, moeten we ons eerst richten op de bakermat van de égalité, Frankrijk.

---

184 Hoitink 2002, p. 235, p. 241-242, Hoitink 2006 en Hoitink & Koetser 2007.
185 Schueler 2002.
186 Van Maanen 2002, p. 68.
187 Van Ravels 2002a, p. 408.
188 Vzr. Rb Den Haag 26 juli 2006, *GJ* 2006, 103, m.nt. VLD.
189 ABRvS 18 juni 2008, *AB* 2008, 235, m.nt. TB en WdO.
190 HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430, m.nt. JBMV.
191 Zie § 5.4.

3.7 CONCLUSIE

Anno 1955 is het stelsel van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad behoorlijk aan het uitdijen. Nederland telt op dat moment 269 verordeningen die bij rechtmatige maatregelen op grond van de Woningwet een recht op schadevergoeding geven. Er bestaan talloze bijzondere wetten die een recht op (meestal volledige, door de civiele rechter vast te stellen) schadevergoeding creëren. Ook de rechtspraak van de Hoge Raad is inmiddels meer uitgekristalliseerd; met arrest *Voorste Stroom VII* uit 1952 heeft de Hoge Raad zich de leer van Bregstein eigen gemaakt. In de discussies in de literatuur over deze ontwikkeling wijzen steeds meer schrijvers het égalitébeginsel aan als het *de facto* rechtvaardigende principe voor schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden.

De aarzelingen die in het vorige tijdvak werden gesignaleerd, blijken echter nog niet helemaal te zijn verdwenen. Hoeveel schrijvers het égalitébeginsel ook omarmen, van eenstemmigheid is allerminst sprake. Men blijft worstelen met de precieze betekenis van de égalité, maar ook met de aard van het recht op nadeelcompensatie: veel auteurs menen dat voor het bestaan daarvan een uitspraak van de wetgever nodig blijft, terwijl weer andere auteurs in de rechtspraak van de Hoge Raad een bewijs zien dat dit recht in wezen berust op een vorm van aansprakelijkheid uit *on*rechtmatige daad.

Vanaf 1955 gaat de wetgever zoeken naar een manier om het leerstuk voortaan op een eenduidige wijze te regelen, zowel voor wat betreft de rechtsgrondslag en de schadevergoedingscriteria als de te volgen rechtsgang. Bij de keuze voor de rechtsgrondslag laat de wetgever zich vooralsnog niet expliciet leiden door de égalité. In plaats daarvan opteert de wetgever voor een formulering waarin een recht op een naar billijkheid te bepalen recht op schadevergoeding bestaat voor schade die redelijkerwijs niet ten laste van de burger behoort te blijven. Uit de betogen van Staatssecretaris Scholten in het debat over deze formule valt af te leiden dat hij wilde hoeden voor de suggestie dat hiermee een algemene erkenning van het égalitébeginsel zou zijn gegeven. Uit zijn toelichtingen bij de redelijkerwijsformule valt op te maken dat hij het daarvoor nog te vroeg vond. Om in individuele gevallen toch maatwerk te kunnen verrichten, werd aangehaakt bij de vage norm van de 'redelijkheid'. Dat er wel degelijk sprake was van een breuk met het voorheen bestaande schadevergoedingsstelsel, bleek onder meer uit het feit dat voortaan niet meer de civiele rechter, maar de Kroon in beroep over verzoeken om schadevergoeding zou oordelen. Een andere verandering lag in het gegeven dat afscheid was genomen van het uitgangspunt dat, wanneer wél een recht op schadevergoeding bestond, dit ook een recht op schadeloosstelling zou zijn. Kamer en regering werden het erover eens dat deze formule geen verplichting inhield tot een volledige schadevergoeding, maar dat aan de hand van het onderscheid tussen normale en extra risico's met een minder dan volledige vergoeding kon worden volstaan. Sterker: een minder dan volledige

vergoeding was de regel. Hoewel de regering afstand nam van de suggestie dat de redelijkerwijsformule gelijk zou staan aan de égalité, kan worden vastgesteld dat de wijze waarop de wetgever aan deze formule invulling gaf, met de égalité veel overeenkomsten had. Alleen voor wat betreft de Wet op de Ruimtelijke Ordening werd op dit systeem al snel een – niet goed beargumenteerde – uitzondering gemaakt.

Zo er één gebeurtenis zou moeten worden aangewezen die als startpunt kan gelden voor latere ontwikkelingen in het nadeelcompensatierecht, dan is het wel deze formeelwettelijke erkenning van de redelijkerwijsformule. Het belang daarvan voor de verdere ontwikkeling van het nadeelcompensatiestelsel kan moeilijk worden onderschat. Ten eerste ging daarvan een duidelijke precedentwerking naar andere wetten uit. Na de Monumenten- en Boswet en de WRO volgden talloze andere wetten waarin, ongeacht de aard van de schadeveroorzakende overheidshandeling, op grond van de redelijkerwijsformule een recht op schadevergoeding werd gecreëerd. Met het *ad hoc*-stelsel van de eerste helft van de twintigste eeuw was, zo lijkt het, afgedaan. Ten tweede stimuleerde deze formeelwettelijke praktijk ook de ontwikkelingen *buiten* de formeelwettelijke praktijk. Dat bleek bijvoorbeeld uit het stelsel van bestuurscompensatie dat in de jaren zeventig op Rijkswaterstaat tot stand kwam, in welk stelsel de redelijkerwijsformule als een nieuw algemeen beginsel van behoorlijk bestuur werd 'herkend'. Deze gedachte beïnvloedde op haar beurt de Afdeling rechtspraak, die met de *Paul Krugerbrug*-uitspraken haar competentie in geschillen over 'bestuurscompensatie' uitbreidde via de figuur van het onzelfstandig schadebesluit. Daarbij liet de Afdeling zich voor wat betreft de modaliteiten van het recht op schadevergoeding door precies dezelfde redelijkerwijsformule leiden. Deze rechtspraak was bovendien van belang omdat de ARRvS met de keuze voor een objectieve invulling van het 'normaal bedrijfsrisico' duidelijk afstand nam van de subjectieve wijze van schadeberekening in het stelsel van bestuurscompensatie. Zo kwam langzaamaan steeds meer duidelijkheid over de invulling van de relevante nadeelcompensatiecriteria.

De doorwerking van het égalitébeginsel in het bestuursrecht ging medio jaren tachtig echter nog steeds langzaam. Daar lagen mede procedurele perikelen aan ten grondslag. Uit de Paul Krugerbrug-rechtspraak bleek dat de ARRvS impliciet een ongeschreven rechtsbeginsel erkende dat de overheid ook bij op zichzelf rechtmatig overheidsoptreden verplichtte tot compensatie. In de literatuur werd gefilosofeerd over de vraag of een expliciete erkenning van de égalité (of althans de redelijkerwijsformule) als grondslag voor *zelfstandige* schadebeschikkingen wellicht een oplossing zou kunnen bieden voor het probleem van de lappendeken aan rechtsbescherming in nadeelcompensatiezaken. Diverse auteurs betwijfelden echter of met een eventuele erkenning van het égalitébeginsel ook het beschikkingskarakter van op grond van dat beginsel genomen beslissingen was gegeven. Bovendien was niet duidelijk hoe in dat geval de rechtsmacht zou moeten worden verdeeld. De bestuurs-

rechter achtte het vooralsnog niet aangewezen om hier anders over te denken en hield in buitenwettelijke gevallen vast aan de constructie van het onzelfstandig schadebesluit. In buitenwettelijke gevallen moest men derhalve nog altijd stellen dat het niet rekening houden met onevenredige belangenschendingen een onrechtmatige daad opleverde, zowel wanneer de bestuursrechter als wanneer de burgerlijke rechter bevoegd was.

Verschillende schrijvers zagen in de rechtspraak van de ARRvS een zuivere toepassing van de Bregstein-constructie die de Hoge Raad in 1952 omarmd had. Het *Leffers*-arrest liet echter zien dat ook een andere benadering denkbaar was. Enerzijds hield de Hoge Raad gewoon nog vast aan de onrechtmatige daad, anderzijds kon uit het arrest worden opgemaakt dat de onrechtmatigheid kon schuilen in het enkele feit dat in strijd met het égalitébeginsel geen schadevergoeding was aangeboden. Deze Drion-constructie inspireerde vervolgens ook de wetgever van de Algemene wet bestuursrecht, die in de toelichting bij art. 3:4 lid 2 Awb een voorwaardelijke relatie tussen dit artikel en de égalité aanbracht: het aanbieden van een schadevergoeding voor onevenredige nadelen was een voorwaarde om te kunnen stellen dat een besluit getuigde van een evenredige belangenafweging.

De koppeling van deze beginselen is later sterk bekritiseerd, maar het lijkt erop dat zij de erkenning van de égalité als grondslag voor zelfstandige besluiten over nadeelcompensatie heeft vergemakkelijkt. Daarna was het nog slechts een kwestie van tijd alvorens de Afdeling in 2003 beide beginselen daadwerkelijk zou ontkoppelen. Met deze jurisprudentie is een belangrijke stap gezet op weg naar een stelsel waarbij het égalitébeginsel fungeert als een zelfstandige toetsingsmaatstaf, de schending waarvan niets zegt over de rechtmatigheid van het handelen als zodanig. Wordt een bestuursorgaan veroordeeld tot het compenseren van nadelen op grond van het égalitébeginsel, dan impliceert dat dus niet dat er met dat besluit zelf iets mis was, doch slechts met zijn gevolgen. Daarmee toetst de Nederlandse bestuursrechter inmiddels op dezelfde wijze aan de égalité als zijn Franse collega.

De figuur van het onzelfstandig schadebesluit is sindsdien sterk gemarginaliseerd. Een nog verder opschuiven in de richting van de Franse rechter is mogelijk, maar daarvoor is ingrijpen van de wetgever nodig, want bij niet-appellabel handelen is de burger naar huidig recht gedwongen om op te komen tegen het schadeveroorzakende besluit zelf. De Studiegroep die een regeling van nadeelcompensatie in de Awb heeft voorbereid, heeft deze verschuiving in de rechtsmachtverdeling dan ook voorgesteld. De kern van haar voorstel is dat bij elke rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak een burger een zelfstandig compensatiebesluit kan aanvragen. Indien de wetgever dit voorstel volgt, zal de door velen bepleite concentratie van rechtsmacht in nadeelcompensatiezaken bij de bestuursrechter er uiteindelijk toch komen. Er resteren echter nog veel vragen over de precieze betekenis en reikwijdte van het égalitébeginsel. Daarom zal thans eerst het Franse recht worden bestudeerd.

Deel II

De reikwijdte van het égalitébeginsel en andere materiële aspecten van de égalité-aansprakelijkheid

4 De égalité-aansprakelijkheid naar Frans recht

4.1 INLEIDING

Om inzicht te krijgen in de betekenis van het égalitébeginsel is het onontbeerlijk om ook een blik te werpen op het Franse recht. Over de achtergronden en de ontstaansgeschiedenis van de *responsabilité sans faute* heb ik in § 2.5 al het nodige gezegd. In dit hoofdstuk wil ik ingaan op de vraag hoe deze aansprakelijkheid nadien in de jurisprudentie van de Conseil d'Etat is uitgewerkt. Daarbij komen de twee grondslagen voor nadeelcompensatie in Frankrijk, de égalité (§ 4.5) en het risico (§ 4.6), opnieuw aan bod. De aansprakelijkheid op grond van risico valt strikt genomen weliswaar buiten het blikveld van dit boek, maar toch is het nuttig om erbij stil te staan, omdat juist de kenmerken van dit regime iets vertellen over het onderscheid met het égalitéregime. Het zal blijken dat het égalitéregime vooral beperkt is tot schade door juridische handelingen: besluiten, formele wetten en verdragen.

In de daaraan voorafgaande paragrafen bespreek ik eerste enkele algemene aspecten die van belang zijn voor een goed inzicht in het Franse systeem van overheidsaansprakelijkheid uit rechtmatige daad. Eerst komt ter sprake de plaats van de égalité binnen de zogenaamde *principes généraux du droit* (§ 4.2). Vervolgens worden enkele procedurele aspecten van de *responsabilité sans faute* besproken (§ 4.3). In § 4.4 wordt stilgestaan bij de algemene voorwaarden waaraan elke vorm van aansprakelijkheid moet voldoen: het bestaan van schade, causaal verband en de zogenaamde *situation de la victime*. Bij dit alles

kijk ik niet alleen naar de jurisprudentie,[1] maar ook naar de doctrine, want Frankrijk kent een lange traditie van theorievorming over het égalitébeginsel.[2]

1 Voor de teksten van uitspraken van de Franse bestuursrechters (zonder noten) kan de lezer terecht bij de *Recueil des décisions du Conseil d'Etat* (ook *Recueil Lebon* genoemd, hierna afgekort als '*Rec.*'; de betreffende jaargang is telkens het jaar waarin de uitspraak werd gedaan; wordt naar een nummer verwezen, dan kan de uitspraak worden nagezocht op de hierna te noemen website van de CE). Daarin staan ook uitspraken van lagere bestuursrechters en (soms) de conclusies van de *commissaire du gouvernement*. Andere bladen met bestuursrechtelijke jurisprudentie zijn de *Recueil Dalloz-Sirey* (*D.*), de *Revue du droit public de la science politique en France et à l'étranger* (*RDP*), *Revue français de droit administratif* (*RFDA*) en – in Nederland helaas nergens volledig verkrijgbaar – *Actualité Juridique – droit administratif* (*AJDA*). Bruikbare en vaak gebruiksvriendelijke websites zijn <www.conseil-etat.fr> (teksten van de uitspraken, maar ook een samenvatting van oudere jurisprudentie met toelichting en pdf-documenten van rapporten van de Conseil d'Etat), <www.conseil-constitutionnel.fr> (teksten van de uitspraken met verwijzingen naar literatuur) en <www.legifrance.gouv.fr> (regeringswebsite met veel juridische informatie en een subsite met de teksten van uitspraken van Franse rechters; verwijzingen naar zaaknummers in dit hoofdstuk kunnen via deze site worden teruggezocht). Voor een goed overzicht van de bronnen van Frans recht zij verwezen naar <http://www.llrx.com/features/frenchlaw.htm>.

2 Er bestaat een omvangrijke literatuur over de Franse overheidsaansprakelijkheid in het algemeen en het égalitébeginsel in het bijzonder. Een uitstekend en up-to-date overzicht van de belangrijkste arresten van de Conseil d'Etat, met annotaties, is M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé en B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris: Dalloz 2007 (16e druk). Overzichten vindt men ook bij R. Chapus, *Droit administratif général*. Paris: Montechristien 2001, C. Guettier, *La responsabilité adminstrative*, Paris: LGDJ 1996, G. Darcy, *La responsabilité de l'administration*, Paris: Dalloz 1996 en D. Fairgrieve, *State liability in tort. A comparative law study*, New York: Oxford UP 2003. Een goede ingang tot de actuele stand van zaken in literatuur en jurisprudentie over de *responsabilité sans faute* biedt de losbladige P.-L. Frier & D. de Béchillon (red.), *Dalloz Encyclopédie de Droit Public: Répertoire de la responsabilité de la puissance publique* (Paris 1999), waarin voorheen M. Rougevin-Baville het deel over de *responsabilité sans faute* verzorgde en vanaf 2005 S. Hennette-Vauchez. Van de talloze proefschriften over het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht noem ik P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris: LGDJ 1969 (nog altijd bruikbaar proefschrift waarvan het tweede deel gaat over de égalité als schadevergoedingsgrondslag), J.-F. Davignon, *La responsabilité objective de la puissance publique*, diss. Univ. De Lyon 1976, C. Broyelle, *La responsabilité de l'état du fait des lois*, Paris: LGDJ 2003 (over de *La Fleurette*-rechtspraak, maar met veel uitweidingen over de égalité in algemene zin), M. Deguergue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élobartion du droit de la responsabilité administrative*, Paris: LGDJ 1994 (uitputtend overzicht van ontwikkelingen in de jurisprudentie en de doctrine, met verspreide opmerkingen over de égalité), C. Cormier, *Le préjudice en droit administratif français*, Paris: LGDJ 2002 (over het schadebegrip in het Franse recht, met beschouwingen over de *anormalité du dommage* als directe grondslag voor overheidsaansprakelijkheid), P. Senkovic, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire* en H. Muscat, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, Paris: L'Harmattan 2001.

4.2 DE ÉGALITÉ: EEN *PRINCIPE GÉNÉRAL DU DROIT*

Het Franse stelsel onderscheidt zich op één fundamenteel punt van het Nederlandse, namelijk in de bevoegdheid van de bestuursrechter tot oordelen in geschillen die voortvloeien uit de *service public*, dat wil zeggen handelingen waarin enige overheidsbemoeienis valt te ontwaren.[3] Dergelijke handelingen kunnen overigens ook worden verricht door privé-personen, terwijl omgekeerd niet al het overheidshandelen aan de rechtsmacht van de bestuursrechter is onderworpen. Feit is in elk geval dat de aard van de rechtshandeling naar Frans recht niet primair bepalend is voor de vraag of deze handeling wordt genormeerd door het publiek- of het privaatrecht. Dit betekent dat ook voor overheidscontracten, overheidseigendom en voor feitelijke handelingen (bijvoorbeeld in het kader van *travaux publics*) bijzondere, publiekrechtelijke regels gelden en dat de bestuursrechter (dus) in eerste instantie de bevoegde rechter is.

De dualiteit tussen publiek- en privaatrecht brengt niet alleen met zich dat de bestuursrechter in beginsel over overheidshandelen dient te oordelen, maar ook dat het bestuur aan bijzondere, op de verhouding tussen overheid en burger toegesneden regels gebonden is.[4] Een kernrol wordt hierbij vervuld door de *principes généraux du droit*, die vooral in de rechtspraak van de Conseil d'Etat tot ontwikkeling zijn gekomen.[5] De opkomst van deze beginselen viel samen met de opkomst van de verzorgingsstaat, die ook in Frankrijk gepaard ging met een terugtred van de wetgever. Deze volstond steeds vaker met het stellen van globale normen ten opzichte van het bestuur.[6] De Conseil d'Etat wilde het bestuur hierbij geen carte blanche geven en formuleerde enkele uitgangspunten die de machtsuitoefening van het bestuur beperkten. Ten eerste het uitgangspunt dat de overheid bij *elke* uitoefening van een haar bevoegdheden gebonden aan het recht (*légalité*). Een logische aanvulling hierop is – ten tweede – dat de burger die schade lijdt door overheidshandelen de mogelijkheid heeft de overheid aansprakelijk te stellen (*responsabilité*).[7]

Uit de *légalité* vloeit voort dat de overheid niet alleen aan wettelijke bepalingen gebonden is, maar ook aan de buitenwettelijke *principes généraux du droit*. Deze hebben weliswaar geen formele band met een geschreven tekst, maar

3 Versteeg 1987, p. 156, Schlössels 2003, p. 18 e.v.

4 Daarbij spelen in het bijzonder vier 'kernwaarden' een rol: het respecteren van de gelijkheid tussen burgers (*égalité*); neutraliteit (*neutralité*), het aanpassen van het beleid aan de behoeftes die voortvloeien uit de behartiging van het algemeen belang (*mutabilité*) en een bestendige uitoefening van de publieke dienst, waarbij onderbrekingen slechts zijn toegestaan voor zover een regeling daarin voorziet (*continuité*; bij een staking van een overheidsdienst moet bijvoorbeeld worden gewaarborgd dat een minimum aan diensten wordt geleverd). Zie Bell, Boyron & Whittaker 2008, p. 170-171.

5 De uitspraak CE 26 oktober 1945, *Rec.* 213 (*Aramu*) geldt als startpunt van deze ontwikkeling.

6 Bok 1992, p. 69.

7 Brown & Bell 1998, p. 182-183.

de Conseil d'Etat heeft zich bij de ontwikkeling van deze beginselen wel laten inspireren door geschreven teksten. Als voornaamste inspiratiebronnen kunnen worden genoemd de *Déclaration* uit 1789, de Preambule bij de Constitutie van 1946, het natuurrecht en beginselen van burgerlijk (proces)recht.[8] Bij het handelen in strijd met deze *principes* zal de bestuursrechter de betreffende overheidshandeling vernietigen in het kader van een *recours en annulation*.

> Als zodanig zijn onder meer erkend het beginsel van de individuele vrijheid, het beginsel van de onpartijdigheid van het bestuur, het beginsel van de niet-terugwerkende kracht van besluiten, diverse verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel (*égalité devant la loi*, *égalité devant l'impôt*, *égalité entre les usagers des services publics*, *égalité des usagers du domaine public*, *égal accès des nationaux aux emplois publics*, *égalité entre les candidats à un concours*, *égalité devant la réglementation économique*, *égalité des sexes*), de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen, het evenredigheidsbeginsel en het 'verdedigingsbeginsel'.[9] Ook erkent de Conseil diverse beginselen met een zeer specifieke inhoud, zoals het beginsel dat verplicht tot het opnemen in het arbeidsproces van lichamelijk gehandicapten, het beginsel dat zwangere vrouwen in overheidsdienst niet mogen worden ontslagen en de verplichting om verordeningen te publiceren.[10] Vanwege dit specifieke karakter van sommige *principes* gaat de vergelijking met de Nederlandse beginselen van behoorlijk bestuur niet helemaal op.[11]

De *principes* staan hoog in de hiërarchie van op de overheid toepasselijke rechtsnormen: zij zijn weliswaar ondergeschikt aan de constitutionele regels, regels van internationaal recht en formele wetten, maar superieur aan alle overige bestuurshandelingen.[12] Een vernietiging wegens strijd met een ongeschreven rechtsbeginsel kan dus het lot zijn van beschikkingen, maar ook van verordeningen en andere wetgevende maatregelen, zoals *arrêtés* (die worden vastgesteld door een departementale prefect, de gemeentelijke *maire* of door vertegenwoordigende organen op regionaal, departementaal of gemeentelijk niveau).[13] De formele wet neemt een status aparte in; als 'exponent van de volkswil' kan de formele wetgever derogeren aan de principes. Dit laatste geldt echter niet voor die beginselen waaraan de Conseil Constitutionnel constitutionele waarde heeft toegekend. Deze beginselen, die hun bron vinden in een

8 Brown & Bell 1998, p. 218.

9 Dit schrijft voor dat een autoriteit verplicht is om bezwaren van mogelijk gedupeerden door een besluit of handeling in acht te nemen en zo mogelijk mondeling aan te horen (Kortmann 1971, p. 87 e.v.).

10 Overzichten worden gegeven door Chapus 2001, p. 96 e.v., Rivero & Waline 2006, p. 265 e.v. en De Laubadère, Venezia & Gaudemet 1994, p. 585 e.v.

11 Van Male 1988, p. 109.

12 Auby 2002, p. 72.

13 CE 26 juni 1959, *Rec.* p. 394 (*Syndicat général des ingenieurs-conseils*): '(…) les principes généraux du droit qui, résultant notamment du préambule de la Constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives.'

van de constitutionele regels (en daarmee dus in het geschreven recht), hebben ook een hogere status dan de formele wet, die aan deze beginselen dus niet kan derogeren.[14]

De *responsabilité* van de overheid is op de *recours en annulation* een belangrijke aanvulling, want soms heeft een burger, als hij eenmaal met de schade is geconfronteerd, aan een vernietigingsactie niets meer (bijvoorbeeld wanneer een ambtenaar door een ongeluk tijdens werktijd fysiek letsel ondervindt). Ook de ontwikkeling van dit leerstuk kan primair op het conto van de Conseil d'Etat worden geschreven, die vanaf ongeveer 1870 niet schroomde de overheid op grond van een *faute* aansprakelijk te houden. Het beginsel *égalité devant les charges publiques* vervulde daarbij een spilfunctie. Het neemt binnen de *principes généraux du droit* een bijzondere plek in, omdat zijn functie tweeledig is: enerzijds kan wegens schending van de égalité een beslissing van de overheid worden vernietigd, anderzijds kan een rechtmatige beslissing wegens schending van de égalité verplichten tot schadevergoeding. Anders dan de overige *principes* is de functie van de égalité dus niet beperkt tot een rechtmatigheidstoetsing (de *légalité*, met een daaraan gekoppelde mogelijkheid tot een actie tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad), maar vervult het beginsel ook een functie in het kader van de aansprakelijkheid van de overheid ten aanzien van handelingen die in het kader van de *légalité* juist geen probleem opleveren. De égalité kan ook zonder rechtmatigheidsgebrek tot aansprakelijkheid leiden in het kader van de *responsabilité sans faute*. Vanwege deze dubbelrol heeft Vedel het beginsel gekwalificeerd als een januskop (*Janus bifrons*).[15]

De functie van de égalité in het kader van de toetsing aan de *légalité* is beperkt gebleven tot besluitvorming in het kader van de belastingheffing.

> Toen de Conseil d'Etat in 1944 voor het eerst het beginsel *égalité devant les charges publiques* expliciet noemde, was dat in het kader van deze functie: het ging om de vraag of een heffing op het brutosalaris van notarissen in de Franse kolonie Indochina aan de égalité voldeed. De Conseil d'Etat vernietigde het betreffende belastingbesluit niet, overwegende dat 'le principe de l'égalité devant les charges publiques ne s'oppose pas à ce que des taxes particulières soient établies sur certaines catégories d'actes ou de professions.'[16] Daarmee erkende de Conseil dus het bestaan van de 'égalité devant les charges publiques' als rechtmatigheidsnorm. Deze norm kan op twee manieren een rol spelen: bij het opleggen van lasten door belastingheffing en bij het uitvoeren van belastingwetten. In beide gevallen kan de Conseil d'Etat nagaan of de wijze waarop dit is gebeurd in strijd komt met de *égalité devant les charges publiques* en zonodig het belastingbesluit vernietigen.

14 Brown & Bell 1998, p. 220, Rivero & Waline 2006, p. 268.
15 Zie zijn voorwoord bij Delvolvé 1969, p. XIV.
16 CE 2 juni 1944, *Rec*. p. 159 (*Fays*).

> Afwijkingen van het gelijkheidspostulaat zijn toegestaan, mits zij worden gerechtvaardigd door objectieve en rationele criteria.[17]

De Conseil d'Etat spreekt soms niet van de *égalité devant les charges publiques* maar simpelweg van de *égalité devant l'impôt* (gelijkheid voor de belastingen).[18] Onder een van beide noemers kunnen ook naar huidig recht belastingbesluiten worden vernietigd.[19] Ik laat deze functie van de égalité verder rusten.

Naast de Conseil d'Etat is bij de toepassing van het égalitébeginsel ook een functie weggelegd voor de Conseil Constitutionnel. Dit college kan een wet, voordat zij wordt uitgevaardigd, op haar conformiteit met het constitutioneel recht toetsten.[20] Van die toets kan ook een toets aan een algemeen rechtsbeginsel deel uitmaken, namelijk voor zover een rechtsbeginsel constitutionele waarde heeft. Sinds een arrest van 4 juli 1989 erkent de Conseil Constitutionnel dat het égalitébeginsel constitutionele waarde heeft; een duidelijke onderstreping van het verband tussen het égalitébeginsel als schadevergoedingsgrondslag en art. 13 van de *Déclaration* van 1789.[21] De Conseil heeft sindsdien enkele malen formele wetten aan het égalitébeginsel getoetst.[22] Dit kan tot het resultaat leiden dat, zelfs als de formele wetgever een bepaalde schadeoorzaak niet vergoedbaar heeft willen achten, het betreffende voorschrift inconstitutioneel wordt verklaard en de wetgever wordt gedwongen tot aanpassing van de wet. In één geval is dat daadwerkelijk gebeurd.

---

17 Reestman 1996, p. 205. Zie Delvolvé 1969, p. 28-231 voor een bespreking van de vraag hoe de rechter vaststelt of een (belasting)wet aan de égalité voldoet en met name hoe de rechter vaststelt wat gelijke gevallen zijn en welke factoren een afwijking van de égalité rechtvaardigen en de samenvatting daarvan door Konijnenbelt 1971, p. 268-279.

18 Vgl. Jeanneau 1954, p. 19-23, die 'égalité devant l'impôt' behandelt als een onderdeel van het bredere beginsel 'égalité devant les charges publiques'.

19 Zie bijv. CE 30 juni 1995, *Rec.* 279, *RFDA* 1995, p. 1247, m.nt. Ruzié (*Gouvernement du territoire de la Polynésie française*). Zie voor recente uitspraken van de Conseil Constitutionnel Favoreu & Philip 2005, p. 278-279.

20 Van de constitutionele regels maken deel uit de Constitutie van 1958, de *Déclaration* van 1789, de Preambule van de Constitutie van 1946, de fundamentele beginselen die zijn erkend door de wetten van de Republiek (*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*) en het milieuhandvest van 2004 (*Charte de l'environment*). Zie Elliot, Jeanpierre & Vernon 2006, p. 52 en Auby 2002, p. 72.

21 CC 4 juli 1989, *Rec.CC.* p. 41 (*Privatisations*): '(…) il est loisible aux intéressés, pour le cas où l'application de la loi présentement examinée leur occassionerait un préjudice anormal et spécial, d'en demander reparation sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité de tous devant les charges publiques'. In CC 23 juli 1999, no. 99-416 (*Maladie Universelle*), legt de CC ook expliciet het verband tussen de égalité en art. 13 *Déclaration* ('Considérant qu'aux termes de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : [volgt tekst van dit artikel]; que, si ce principe n'interdit pas au législateur de mettre à la charge de certaines catégories de personnes des charges particulières en vue d'améliorer les conditions de vie d'autres catégories de personnes, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques.'). In gelijke zin CC 27 november 2001, no. 2001-451 (*Maladies professionelles*).

22 CC 8 januari 1991, no. 90-283 DC en CC 27 november 2001, no. 2001-451 DC. Zie nader Rousseau 2006, p. 442; Favoreu & Philip 2005 en Broyelle 2003, p. 135, p. 145.

Op grond van een wet uit 1982 was het toegestaan om vanaf de top van publieke en private gebouwen straalverbindingen (*voies hertziennes*), onder meer voor radio- en tv-uitzendingen, tot stand te brengen. Voor de eigenaren van de betreffende gebouwen bracht de wet een potentieel verminderd gebruiksgenot en waardedaling van hun woning met zich. De wet beperkte het recht op schadevergoeding tot de lasten die het gevolg waren van de installatiewerkzaamheden, het onderhoud van de betreffende installaties en de voorzieningen die nodig waren om de verbindingen te laten functioneren. Bovendien gold een verjaringstermijn, die niet startte vanaf de dag waarop de schade zich manifesteerde, maar de dag waarop de installatiewerkzaamheden waren beëindigd. De CC meende dat deze regeling te beperkt van opzet was : '[L]e principe d'égalité devant les charges publiques ne saurait permettre d'exclure du droit à réparation un element quelconque de préjudice indemnisable résultant des travaux ou de l'ouvrage public (…).' Bovendien was het niet uitgesloten dat de schade zich later kon voordoen dan na afronding van de installatiewerkzaamheden, zodat ook de verjaringsregeling niet constitutioneel was.[23]

4.3 Procedurele opmerkingen

Om een beeld te krijgen van de procedure die moet worden doorlopen om een schadevergoeding in rechte af te dwingen maak ik daarover thans enkele opmerkingen.[24] Alvorens een procedure voor de Franse bestuursrechter te entameren, moet de gelaedeerde eerst het bestuursorgaan dat de schade heeft veroorzaakt, om schadevergoeding hebben verzocht (art. R 421 van de *Code de justice administrative*).[25] Dit geldt zowel voor de aansprakelijkheid uit rechtmatige als uit onrechtmatige daad, zij het dat bij schade door rechtmatige *travaux publics* de verplichting tot het vragen van een dergelijke *décision préalable* niet geldt.[26] Het orgaan dat de *décision préalable* neemt is het orgaan dat voor de schadeveroorzakende handeling verantwoordelijk is; is statelijk handelen de oorzaak van de schade (bij schade door wetten in formele zin

23 CC 13 december 1985, *D*. 1986, p. 345 (*Tour Eiffel*). Destijds had het égalitébeginsel nog geen constitutionele waarde, maar dit belemmerde de CC dus niet aan dit beginsel te toetsen. Volgens Luchaire behoorde de égalité daarmee tot de 'principes para-constitutionnels', waaraan de wetgever kan derogeren, maar waarvan hij de inhoud noch het toepassingsbereik mag beperken zonder toestemming van de CC (*D*. 1985, p. 350). Met de erkenning van het égalitébeginsel als constitutioneel principe staat zonder meer vast dat ten aanzien van de vraag of een schadevergoedingsregeling in een formele wet (of het gebrek daaraan) in overeenstemming is met het égalitébeginsel, de CC het laatste woord heeft.

24 Zie uitvoerig Elliot, Jeanpierre & Vernon 2006, p. 115 e.v. en voor een Nederlands overzicht van het Franse stelsel van bestuursrechtspraak Bok 2001, p. 9 e.v.

25 Deze *code* bestaat sinds 1 januari 2001 en bevat regels over het Franse bestuursprocesrecht.

26 Roozendaal 1998, p. 325. Ratio is (waarschijnlijk) dat bij schade door *travaux publics* niet altijd een bestuursorgaan betrokken hoeft te zijn, maar de burger soms een bouwonderneming of een aannemer tegenover zich vindt. Omdat deze geen de burger bindende besluiten nemen, geldt de verplichting op dit terrein niet.

en verdragen), dan is het bevoegde orgaan de minister onder wiens bevoegdheid de betreffende activiteit valt. Doel van de *décision préablable* is het vaststellen van de inhoud en de omvang van het geschil en de positie van beide partijen;[27] ook bevordert zij dat partijen eerst proberen onderling tot overeenstemming te komen alvorens de rechter te adiëren.[28] Neemt het bestuur geen beslissing, dan kan de burger na het verstrijken van een termijn van twee maanden naar de bestuursrechter; in het zwijgen van het bestuur wordt een impliciete afwijzing van het verzoek om schadevergoeding gelezen.[29]

Door middel van de *décision préalable* bepaalt het bestuursorgaan derhalve of een aansprakelijkheid bestaat. Het bestuursorgaan beschikt over enige discretie bij zijn interpretatie van wat in een concreet geval 'speciaal en abnormaal' is. De bestuursrechter heeft het leerstuk van de *responsabilité sans faute* 'uitgevonden' en hij is het die de contouren ervan bewaakt.[30] Dat betekent echter niet dat hij zijn eigen oordeel over de vraag of een schade onevenredig op de getroffene drukt in de plaats stelt voor dat van het bestuursorgaan.[31]

De rechterlijke procedure dient binnen twee maanden na ontvangst van de *décision préalable* te worden gestart, maar dit geldt alleen wanneer expliciet op het schadeverzoek is besloten. Wordt opgekomen tegen een impliciete afwijzing van het verzoek om schadevergoeding, dan geldt geen termijn. Is de burger bij de rechter beland, dan kan hij deze bij wege van het *recours de pleine juridiction* (het beroep in volle rechtsmacht) vragen het bestuursorgaan tot een schadevergoeding te veroordelen. Deze *recours* is de aangewezen weg in alle gevallen waarin de burger wil weten wat zijn rechten zijn. De rechter kan daarin bepalen dat op de rechten van de burger onrechtmatig inbreuk is gemaakt en het bestuur tot alle maatregelen veroordelen die nodig zijn om te garanderen dat de burger zijn recht kan uitoefenen (inclusief het herzien van het oorspronkelijke besluit).[32] Ook geschillen omtrent schadevergoeding (*le contentieux de la responsabilité*) maken van dit *recours* deel uit, zowel ter zake van schadevergoeding *pour faute* als *sans faute*.

Een normale rechtsgang in schadezaken begint met het aanhanging maken van het beroep bij de rechtbank, het *tribunal administratif*. Binnen de *contentieux de la responsabilité* geldt een verplichting tot rechtsbijstand. Voor de Conseil d'Etat moet men zich laten bijstaan door een *avocat aux Conseil d'Etat*, waarvan

27 Roozendaal 1998, p. 316.
28 Rivero & Waline 2006, p. 570.
29 Dit uitgangspunt is volgens de Conseil Constitutionnel zelfs een 'principe général du droit' (CC 26 juni 1969, *AJDA* 1969, p. 663).
30 Vgl. Darcy 1996, p. 101: 'Ce système [het feit dat de *responsabilité sans faute* van openbare orde is – MT] somme toute logique en raison du caractère exceptionnel de ce régime de responsabilité, donne au juge une place privilégiée dans la maîtrise, la régulation et l'évolution de l'ensemble du contentieux indemnitaire.' Zie ook Cormier 2002, p. 201.
31 Aldus Fréderic Colin (docent aan de Maître de conférences de droit public, Université Paul Cézanne Aix Marseille III) in een tot mij gerichte e-mail d.d. 14 februari 2010.
32 Zie Rivero & Waline 2006, p. 537-538, ook voor de andere *recours*.

er ongeveer honderd zijn. Is men het met het oordeel van de rechtbank niet eens, dan kan men in hoger beroep gaan bij een van de *cours administratives d'appel*. De appelrechter toetst zowel de feiten als het recht, een functie die voorheen (voor 1987, toen bestuursrechtelijke appelrechtspraak werd geïntroduceerd) was voorbehouden aan de Conseil d'Etat. Thans is de Conseil d'Etat cassatierechter en toetst hij dus slechts het recht. Zowel in eerste instantie, in appel als in cassatie, wordt in de zaak geadviseerd door een *commissaire du gouvernement.* Deze wordt door de Eerste Minister aangewezen, maar is – anders dan de naam doet vermoeden – ten opzichte van partijen onafhankelijk.

Tot slot moet worden opgemerkt dat de aansprakelijkheid *sans faute* (anders dan de aansprakelijkheid *pour faute*) van openbare orde is: het is *un moyen d'ordre public*'.[33] Dit geldt zowel voor de aansprakelijkheid die wordt gebaseerd op *risque* als voor de égalitégevallen.[34] Indien een geschil zich heeft geconcentreerd rond de vraag of het overheidshandelen onrechtmatig is, dient de rechter, bij een ontkennende beantwoording van deze vraag, ambtshalve te toetsen of een eventuele aansprakelijkheid *sans faute* aan de orde kan zijn, ook als de partijen op geen enkele wijze in hun stukken naar dit leerstuk hebben verwezen.[35] De rechtvaardiging hiervoor is vooral van procedurele aard. Indien een burger met zijn claim op grond van de *faute*-aansprakelijkheid geen succes heeft gehad, zou hij met een niet-ontvankelijkheid worden geconfronteerd indien hij in hetzelfde geding de *responsabilité sans faute* zou inroepen. Door middel van een soepele interpretatie van het begrip 'openbare orde' wordt de burger nu gewoon in zijn claim ontvangen.[36] Een hogere rechter kan een lagere dan ook corrigeren wanneer de laatste een aansprakelijkheidsclaim ongegrond verklaart omdat het bestaan van een *faute* niet kon worden aangetoond, zonder dat de mogelijkheid van een aansprakelijkheid *sans faute* is onderzocht.[37] Wel is het de vraag of de *responsabilité sans faute* in elke fase van het geding kan worden ingebracht, dus ook voor het eerst in appel of cassatie. Voorheen was dat zeker het geval, maar uit recente rechtspraak zou blijken dat hieraan thans grenzen worden gesteld. Zo zou een hogere rechter de aansprakelijkheid *sans faute* niet ambtshalve kunnen inbrengen als zij samenhangt met een grond die niet aan de lagere rechter ter beoordeling is voorgelegd.[38]

33 Hennette-Vauchez 2005, p. 7-9; Chapus 2001, p. 815.
34 Delaunay 2007, p. 304-305.
35 Delaunay 2007, p. 315, die onderstreept dat het openbare orde-element dus beperkt is tot gevallen waarin de rechter primair toetst of een o.d.-aansprakelijkheid aan de orde is.
36 Karam-Boustany 2001, p. 324.
37 Zie bijv. CAA de Bordeaux 13 oktober 2003, *AJDA* 2004, p. 406 (*M. et Mme Bua*).
38 Hennette-Vauchez 2005, p. 8.

4.4 Algemene voorwaarden voor overheidsaansprakelijkheid

Nu meer duidelijk is geworden over de plek van de égalité in het Franse rechtssysteem en over de rechters die het beginsel toepassen, zal worden ingegaan op de wijze waarop aan de égalité-aansprakelijkheid inhoud is gegeven. De omvang van de aansprakelijkheid wordt voor een groot deel bepaald door de stelregel dat schade wordt vergoed indien en voor zover zij *speciaal* en *abnormaal* is.[39] Het handelen moet een of enkele individuen in vergelijking met anderen bijzonder raken (*spécialité*) en bovendien moet de last verhoudingsgewijs zwaar zijn; zij mag bijvoorbeeld niet behoren tot de normale risico's die aan het maatschappelijk leven zijn verbonden (*anormalité*). Omdat deze voorwaarden een belangrijke rol spelen in dit onderzoek, rechtvaardigt dit dat ik hun inhoud op een aparte plaats bespreek, zodat ik hier verwijs naar de hoofdstukken zeven en acht. In deze paragraaf besteed ik wel aandacht aan enkele *algemene* voorwaarden voor aansprakelijkheid van de overheid, namelijk het bestaan van schade, causaal verband en de vraag of er sprake is van omstandigheden aan de zijde van het slachtoffer die rechtvaardigen dat de schade voor zijn eigen rekening blijft (*la situation de la victime*). Deze voorwaarden gelden overigens zowel voor de *responsabilité sans faute* als *pour faute*, maar ik spits mij vooral toe op de inhoud van deze voorwaarden in het eerstgenoemde regime.

4.4.1 Schade

Ten eerste zal de gelaedeerde moeten bewijzen schade te hebben geleden.[40] Ten aanzien van de vraag of een bepaalde schade vergoed wordt, stelt de bestuursrechter zich in het algemeen ruimhartig op.[41] Maar weinig schadesoorten komen principieel niet voor vergoeding in aanmerking. In oudere bestuursrechtelijke jurisprudentie pleegde men een onderscheid te maken tussen materiële en immateriële schade. Immaterieel nadeel zou te abstract en te weinig objectiveerbaar zijn om te kunnen worden vergoed: 'les larmes ne se monnayent pas'.[42] Deze jurisprudentie is echter achterhaald: vanaf de jaren dertig van de vorige eeuw worden ook *dommages moraux* vergoed. Chapus spreekt zelfs van het *principe de l'égale réparabilité de tous préjudices*, om te illustreren dat tussen de vergoedbaarheid van verschillende soorten schade

39 Vgl. bijv. Guyomar, concl. bij CE 2 november 2005, *RFDA* 2006, p. 353 (*Ax'ion*): 'Il n'y aura donc lieu à indemnisation que pour autant que le dommage subi est anormal et dans la mesure où il est anormal: seule la rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques engagera la responsabilité de l'Etat.' Zie ook Stirn & Chauvaux 2005, § 22.

40 De bewijslast rust dus op de benadeelde (Seners 2003, § 30). Zie over het schadebegrip verder Cormier 2002), Poirot-Mazères 1997, p. 519 e.v. en Fairgrieve 2003, p. 189 e.v.

41 Fairgrieve 2003, p. 191, De Labaudère 1994, p. 899.

42 Long e.a. 2007, p. 550.

geen principieel verschil bestaat.[43] In de jurisprudentie is erkend dat voor verschillende *dommages moraux* een recht op vergoeding bestaat, zoals reputatieschade,[44] schade ontstaan door een ongeluk tijdens een chirurgische ingreep[45] of de vagere categorie *troubles dans les conditions d'existence*.[46] Een vergelijkbare ontwikkeling heeft het regime ten aanzien van de vergoeding van de schade aan 'secundaire slachtoffers' laten zien, zoals de schade aan familieleden of andere gerelateerden en iemand die door overheidshandelen overlijdt of gewond raakt. Na een aanvankelijk, voornamelijk op floodgate-argumenten berustende restrictieve benadering, is de Conseil langzaamaan ook voor deze slachtoffers in de bres gesprongen. Een *préjudice par ricochet* (indirecte schade) werd vanaf de jaren vijftig steeds vaker vergoed, zowel voor vermogens- als niet-vermogensschade.[47] Sommige bijzondere onderdelen van de *responsabilité sans faute* laten soms overigens een meer restrictieve benadering zien. Zo bestaat bij planschade op grond van de art. L-160-5 geen recht op de vergoeding van immaterieel nadeel.[48]

De discussie over het schadebegrip gaat in de Franse doctrine veelal op in de vraag of de schade een *préjudice indemnisable* is, dat wil zeggen een voor vergoeding in aanmerking komend nadeel. Een belangrijke voorwaarde in dat verband is dat de schade *zeker* (*certain*) is. 'Zeker' staat tegenover 'eventueel', maar niet tegenover 'toekomstig'. Een toekomstig nadeel kan dus worden vergoed, mits dat nadeel niet slechts 'mogelijk' en 'onzeker' is[49] maar er een reële mogelijkheid is dat de schade zich zal realiseren.[50] Kent de schade echter *un caractère purement éventuel* dan ontbreekt de vereiste zekerheid.[51] Helemaal scherp zijn de grenzen tussen het 'waarschijnlijke' en het 'onzekere' niet te trekken. De rechter laat zich leiden door de omstandigheden van het geval, en latere jurisprudentie lijkt zelfs te impliceren dat soms ook *mogelijke* nadelen voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Een voorbeeld uit de jurisprudentie over de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad is een uitspraak over schade door gebrekkig geconserveerde eicellen voor gebruik bij een ivf-behandeling. Hoewel volgens de rechtbank de gevolgen hiervan voor de mogelijkheid de eicellen nog goed te kunnen gebruiken in het proces van

43 Chapus 2001, p. 1237.
44 Zie voor voorbeelden in de sfeer van de overheidsaansprakelijkheid CE 3 april 1936, *D.* 1936, III, p. 57 (*Sudre*; een beeldhouwer ondervindt reputatieschade doordat de gemeente een door hem vervaardigd monument niet goed onderhoudt, waardoor dit uiteindelijk moet worden afgebroken) en CE 29 december 2000, *Rec.* 651 (*Treyssac*).
45 CE 16 november 1998, *RFDA* 1999, p. 268 (*Mlle Reynier*).
46 Chapus 2001, p. 1237.
47 Fairgrieve 2003, p. 228 e.v.
48 Auby x, p. 17.
49 Deguergue 1994, p. 404-405.
50 Hennette-Vauchez 2005, p. 13. Zij wijst op Deguergue's definitie van een toekomstig nadeel: 'un préjudice actuel éprouvé du fait de la disparition d'une chance qui aurait pu, elle, se réaliser dans le futur.'
51 CE 19 juli 1991, *RDP* 1993, p. 267 (*Félix Ruaz*).

een medisch begeleide voortplanting onbekend waren en het medisch gezien dus niet zeker was of de cellen beschadigd waren, concludeerde de rechtbank dat de hieruit voortvloeiende schade vergoedbaar was, in het licht van 'het risico dat hun implantatie in het kader van een medisch begeleide voortplanting met zich brengt'.[52]

Van belang is tot slot dat de Franse rechter een partij slechts kan veroordelen tot een schadevergoeding in geld. Of er plaats is voor een eventuele compensatie 'in natura' hangt ervan af of de veroordeelde overheid tot een dergelijke compensatie op basis van vrijwilligheid bereid is.[53]

4.4.2 Causaal verband

Er dient niet alleen schade te zijn, zij moet ook in een 'direct' verband met een overheidshandelen staan.[54] In het Franse overheidsaansprakelijkheidsrecht is niet één causaliteitstheorie bepalend.[55] De adequatieleer kan echter op veel steun in de literatuur rekenen. Volgens deze leer kan de schade worden toegerekend aan die schadeoorzaak waarvan men op basis van ervaringsregels kan stellen dat zij de schade als een 'normaal gevolg' met zich brengt. Het gaat er dus om of de schadeoorzaak in het bijzonder geëigend was om de betreffende schade te veroorzaken.[56] Hoewel de adequatieleer in veel uitspraken is te herkennen, benadrukken veel schrijvers de geringe mate van voorspelbaarheid die van deze leer uitgaat. Fairgrieve concludeert dat het lastig is uit deze leer bindende vuistregels af te leiden, en stelt bovendien dat de adequatieleer niet de enige toets is die door de rechters wordt aangelegd. Zo lijkt in de materie van causaliteit bij verlengde besluitvorming de equivalentieleer beslissend, die voor het bestaan van een causaal verband eist dat een bepaald feit een noodzakelijke voorwaarde is voor het ontstaan van de schade.[57] Ook deze leer is echter niet in algemene zin beslissend.[58]

Een al wat ouder arrest van de Conseil d'Etat laat een voorbeeld van de eis van het causaal verband in de context van de égalité-aansprakelijkheid zien.

> Toen Vietnam de in juli 1954 gesloten akkoorden van Genève niet naleefde, besloot Frankrijk in januari 1955 zijn in Vietnam gelegerde troepen terug te trekken. Ook

52 TA d'Amiens, 9 maart 2004, *AJDA* 2004, p. 1546 (*Mme T.c/CHU Amiens*).
53 Chapus 2001, p. 1233.
54 CE 4 oktober 1968, *Rec.* p. 1100 (*Dlle Doukakis*).
55 Hennette-Vauchez 2005, p. 11, Fairgrieve 2003, p. 168 e.v., Cormier 2002, p. 258 en Rials 1980, p. 165.
56 Chapus 2001, p. 1245, en verder Rials 1980, p. 166, Deguergue 1994, p. 440 e.v., Cormier 2002, p. 269 en Fairgrieve 2003, p. 169.
57 Fairgrieve 2003, p. 172.
58 Guettier 1996, p. 127.

> een Frans elektriciteitsbedrijf zag zich genoodzaakt te vertrekken en zijn hele hebben en houen in Vietnam achter te laten. Voor deze schade stelde het bedrijf de staat aansprakelijk op grond van de égalité, waarbij de schadeoorzaak werd gezocht in de rechtmatige terugtrekking van de Franse troepen. De Conseil d'Etat stelde dat niet deze terugtrekking de directe oorzaak van de schade was, maar het niet naleven door Vietnam van de akkoorden van Genève. Ook het beroep op de Constitutie van 1946 ('la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges résultant de calamités nationales') baatte het bedrijf niet. Zonder interventie van de wetgever zou de rechter op die basis geen schadevergoeding kunnen toekennen.[59]

Stond het causaal verband in dit geval aan aansprakelijkheid in de weg, het regime van de *responsabilité sans faute* kenmerkt zich over het algemeen juist door een soepele interpretatie van het causale verband. Dat is vooral een rechtspolitieke keuze van de rechter.[60] Omdat over het gedrag van het, immers rechtmatig handelende, overheidsorgaan geen oordeel wordt gegeven, komt veel aan op het bestaan van een causaal verband en van schade. Een te strikte interpretatie van het causaal verband zou op gespannen voet staan met het gegeven dat de toepassing van de *responsabilité sans faute* op een bepaalde overheidshandeling voor een groot deel te danken is aan het feit dat de rechter uit billijkheidsoverwegingen aan een bepaalde handeling een schadeplicht verbindt.

> Een voorbeeld kan worden ontleend aan de *Couitéas*-jurisprudentie, waarbij het telkens gaat om de situatie dat derden schade lijden doordat de overheid, meestal om te voorkomen dat haar interventie tot een verstoring van de openbare orde leidt, nalaat handhavend op te treden indien (bijvoorbeeld) een openbare (water)-weg wordt geblokkeerd. Men zou kunnen stellen dat de schade in zo'n situatie niet direct wordt veroorzaakt door het nalaten op te treden, maar door degenen die de blokkade opwerpen. Omdat de *Couitéas*-rechtspraak echter als uitgangspunt neemt dat het niet-optreden van de overheid als prijs heeft dat de speciale en abnormale schade moet worden vergoed, staat het causaal verband in dergelijke gevallen in beginsel niet aan aansprakelijkheid in de weg.

Niet een streng causaliteitscriterium, maar de aanwezigheid van een speciaal en abnormaal nadeel is dus primair bepalend.[61] Eenzelfde soepele benadering zien we bij schade die aan derden wordt toegebracht door personen die in detentie zijn of onder toezicht staan. Het bewijs van een causaal verband tussen de schade en het (proef)verlof levert in de regel niet snel problemen op. Ook de factor 'tijd' wordt daarbij soepel geïnterpreteerd, zo blijkt uit het arrest

---

59 CE 10 december 1962, *Rec*. p. 676 (*Soc. Indochinoise de constructions électriques et mécaniques*). In gelijke zin CE 29 november 1968, *Rec*. p. 607 (*Sieur Tallagrand*).

60 Vgl. Chapus 2001, p. 1245, die meent dat de rechter zich bovenal laat leiden door overwegingen van gezond verstand en *subjectiviteit*.

61 Cormier 2002, p. 273-274.

Garde des Sceaux.[62] De Conseil d'Etat bepaalde dat er een direct verband bestond tussen de schade die enkele ontsnapte gevangenen veroorzaakten door een bank te beroven, zelfs al lag tussen beide momenten een periode van meer dan twee maanden. Waar de rechter het causaliteitscriterium bij de aansprakelijkheid voor onrechtmatig overheidshandelen regelmatig gebruikt om tot schijnbaar vooral politiek gemotiveerde oplossingen te komen, is hij bij de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad vaak juist opmerkelijk soepel.

4.4.3 Exoneratieclausules

Het zojuist genoemde billijkheidsmotief werkt ook door in de mogelijke corrigerende werking van de zogenaamde *causes d'exonération*. Op grond van vier 'exoneratieclausules' kan de overheid aan aansprakelijkheid ontkomen: de fout van het slachtoffer (*faute de la victime*), overmacht (*force majeure*), de daad van een derde (*fait d'un tiers*) en een van buiten komend toeval (*cas fortuit*).[63] Deze zijn gemeen aan zowel het privaat- als het publiekrecht.[64] Binnen het regime van de *responsabilité sans faute* kan de overheid zich echter alleen op de 'fout van het slachtoffer' en 'overmacht' beroepen.[65] Het feit dat een daad van een derde mede aan de schade ten grondslag ligt,[66] of dat de schade aan *cas fortuit* is te wijten[67] staat aan een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad niet in de weg. Van de overige exoneratieclausules laat de jurisprudentie zien dat alleen op grond van de fout van het slachtoffer wel eens met succes wordt geëxonereerd,[68] maar dat een beroep op overmacht de overheid in de context van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad nog nooit

62 CE 29 april 1987, *Rec*. p. 158 (*Garde des Sceaux*). Eerdere jurisprudentie was strenger. Zie CE 24 februari 1965, *Rec*. 127 (*Caisse primaire*) en Fairgrieve 2003, p. 140.

63 *Force majeure* ziet op factoren die van buitenaf komen, terwijl *cas fortuit* ziet op factoren die niet vreemd zijn aan het geschade object. Toen een oorlogsschip ontplofte, was dit geen geval van *force majeure,* omdat de oorzaak van de ontploffing besloten lag in het schip zelf (Chapus 2001, p. 1416).

64 Deguergue 1994, p. 445, Ghestin 2006, p. 254 e.v. en Rivero & Waline 2006, p. 420 e.v.

65 Zie Rougevin-Baville, no. 27, Hennette-Vauchez 2005, p. 10, p. 35, Deguergue 1994, p. 445 e.v. en Chapus 2001, p. 1252.

66 Zie bijv. CE 15 oktober 1976, *Rec*. p. 420 (*District urbain de Reims*): voor de schade die een waterzuiveringsbedrijf leed door vervuild water was de overheid aansprakelijk, zelfs al was de vervuiling verergerd door vuilstort door aan het riviertje gelegen bedrijven.

67 Zie bijv. CE 28 november 1986, *DA* 1987, no. 50 (*Cté urbaine de Lille*): bij het maaien van een openbaar gazon met een grasmaaier werd door de grasmaaier een granaatscherf gelanceerd, waardoor een derde schade leed. De overheid was voor deze schade aansprakelijk. *Cas fortuit* kan de overheid wel van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad exonereren, zoals in het geval van de doorbraak van een dam die een totaal onbekende oorzaak had (CE, Ass. 28 mei 1971, *Rec*. p. 419 (*Département du Var*)).

68 Vooral in de context van de *travaux publics*: zie bijv. TA de Montpellier 1 april 1998, *JurisData* 19999-036120 (*Aidan*): voetganger raakt gewond door vallend gesteente op weg die nog niet toegankelijk was voor het publiek.

heeft gebaat.[69] Volgens Amselek zou de *force majeure* ook geen disculperende rol moeten *kunnen* spelen. Hij wijst in dat verband op de aard van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad:

> 'La condition fondamentale d'engagement de la responsabilité des personnes publiques n'est plus située ici du côté de l'origine du dommage, du côté de ses auteurs, mais du côté de la victime elle-même: le dommage est réparé, non parce que des comportements fautifs l'ont provoqué, parce que des individus – agents de l'administration ou tiers – ont contribué à sa production en se conduisant mal, mais uniquement parce que la situation de la victime apparaît anormale, excède ce que cette victime doit, de toutes manières, supporter (…)
> La personne publique étant responsable indépendamment de toute faute à l'origine du dommage, la force majeure n'est plus une cause d'exonération de sa responsabilité.'[70]

Om kort te gaan: onder zowel de aansprakelijkheid op grond van *risque* als *égalité* staat de vraag centraal of de schade moet worden aangemerkt als een last die het slachtoffer redelijkerwijs niet behoeft te dragen. Deze vraag staat los van de vraag hoe de schade precies is ontstaan. Dat de overheid op een bepaalde wijze handelde omdat zij redelijkerwijs niet anders kon, zou derhalve niet aan aansprakelijkheid in de weg moeten staan. Die redenering zoekt immers een exonererende omstandigheid in aan het gedrag ten grondslag liggende beweegredenen, terwijl over dit gedrag in een foutloze aansprakelijkheid nu juist geen oordeel wordt uitgesproken. Relevant is slechts of het *gevolg* van dit gedrag kan worden aangemerkt als een gevolg dat niet voor rekening van het slachtoffer dient te blijven.

4.4.4 *La situation de la victime*

Een laatste relevante factor betreft de vraag of er aan de zijde van de gelaedeerde sprake is van omstandigheden die rechtvaardigen dat de schade voor zijn eigen rekening dient te blijven. Dit kan het geval zijn als het slachtoffer zich in een onzekere situatie bevond, in een met het recht strijdige situatie of in een situatie waarin hij geacht kan worden het risico dat de schade zou intreden, te hebben aanvaard.

4.4.4.1 Slachtoffer bevindt zich in een onzekere situatie

Ten eerste de *onzekere* situatie. Deze doet zich vooral voor in de sfeer van vergunningverlening. Een vergunning is volgens vaste rechtspraak uit haar

69 Hennette-Vauchez 2005, p. 11.
70 Amselek 1977, p. 248-249.

aard een onzeker en herroepbaar instrument, zodat het égalitébeginsel in beginsel geen recht op schadevergoeding geeft als een vergunning wordt ingetrokken.[71] Dit geldt *a fortiori* indien het gaat om een vergunning tot het gebruik maken van een deel van het publieke domein, waar de aanleg van *travaux publics* vergunninghouders (van gas-, water- of electriciteitsleidingen) veelal noopt tot het verplaatsen van hun werken. Zij mogen in het algemeen niet verwachten dat zij hun vergunning mogen behouden of dat deze zelfs zal worden verlengd. Wanneer *travaux publics* overeenkomstig de bestemming van dat deel van het publieke domein worden aangelegd, dan zal de vergunninghouder de intrekking in de regel zonder vergoeding moeten tolereren.[72] De voorzienbaarheid kan hier echter een corrigerende rol vervullen: er is wel aanleiding een compensatie te geven indien de vergunning wordt ingetrokken voor het verstrijken van de looptijd die was opgenomen in de vergunning zelf. Een andere reden om toch te compenseren kan zijn gelegen in de intrekking van de vergunning om een reden die vreemd is aan het algemeen belang met het oog waarop de vergunning is verleend. Zo hoefde de bewoner van een deel van het waterdomein (namelijk de kaden van de haven van Bordeaux) niet te verwachten dat hij uit zijn huis zou worden ontzet in het kader van het belang van de verkeerscirculatie.[73] De intrekking is dan niet langer een *prévision raisonnable* (redelijke verwachting).[74]

4.4.4.2 Slachtoffer bevindt zich in een met het recht strijdige situatie

Ook indien het slachtoffer zich in een met het recht strijdige situatie bevindt, kan hij op compensatie in beginsel geen aanspraak maken. Dit enkele feit betekent voor hem (of haar)[75] dat hij principieel geen recht op schadevergoeding heeft. Hier gaat de regel op *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*: niemand vindt gehoor als hij zich beroept op zijn eigen schandelijke gedrag. Zo kreeg een echtpaar dat een hoger pensioen kreeg dan waar het recht op had (door bepaalde inkomstenbronnen te verzwijgen) geen vergoeding voor de schade die het leed toen deze fraude boven water kwam, zelfs al had de belastingambtenaar de gegevens over de ware inkomsten in strijd met een wettelijke geheimhoudingsplicht verstrekt.[76] In latere jurisprudentie is naar

71 CE 9 december 1983, *Rec*. p. 506 (*Ville d'Hendaye*), CE 29 mei 1985, *AJDA* 1985, p. 510 (*Société Trans. Union*) en verder Deguergue 1994, p. 391.

72 CAA de Nancy 30 april 1992, *DA* 1992, no. 371 (*Amoros e.a.*); vgl. Chapus 2001, p. 1256 en Deguergue 1994, p. 414.

73 CE 29 maart 1968, *Rec*. p. 217 (*Soc. Menneret et Cie*).

74 Rougevin-Baville 1987, p. 10.

75 Vroeger was de toets niet beperkt tot strijd met het recht, maar ook met de moraal: bekend is het geval van een vriendin (*concubine*) van een slachtoffer die geen recht op schadevergoeding had in het licht van de 'illégitimité de sa situation' (CE, Ass. 21 oktober 1955, *Rec*. p. 495 (*Braud*)).

76 CE 25 oktober 1935, *D*. II 1936, p. 25 (*Fleur-Santucci*).

aanleiding van tal van onregelmatigheden in dezelfde zin besloten, zoals in gevallen als de illegale bezetting van het 'publieke domein' (als daartegen maatregelen worden genomen, zelfs al zijn deze op zichzelf onrechtmatig, dan bestaat geen recht op schadevergoeding),[77] het niet naleven van veiligheidsvoorschriften[78] en het niet beschikken over de juiste vergunningen.[79]

4.4.4.3 Slachtoffer heeft risico aanvaard

Tot slot *risicoaanvaarding*, een notie die tevens kan leiden tot een gehele of een gedeeltelijke vermindering van de schadevergoedingsplicht. In de literatuur is erop gewezen dat zij raakvlakken vertoont met de vorige categorieën; hij die gebruik maakt van een vergunning kan worden verondersteld ook het risico te hebben aanvaard schade te lijden als die vergunning wordt ingetrokken,[80] terwijl hij die foutief handelt er al helemaal niet op mag rekenen dat aan zijn illegale situatie nooit een einde zal komen. Toch blijkt uit de jurisprudentie dat het criterium van de risicoaanvaarding een zelfstandige rol speelt, en dat in het bijzonder in uitspraken over de aansprakelijkheid *sans faute*; in verhouding speelt het in de aansprakelijkheid *pour faute* een veel minder prominente rol.[81] Het begrip *risque accepté* verschijnt bovenal in de context van schade door *travaux* en *ouvrages publics*. De rechter kijkt daarbij naar de opeenvolging van de gebeurtenissen in de tijd: als iemand met bouwwerkzaamheden begint[82] of grond of een huis koopt[83] terwijl de plannen voor een wijziging van de omgeving op het moment van de aankoop bekend waren, blijkt

77 CE, Sect. 20 juni 1980, *AJ* 1980, p. 527 (*Commune d'Ax-les-Thermes*); CE 10 april 2002, *Rec*. p. 918 (*SARL Somatour*; door een beslissing van de prefect werd de op een plezierhaven toepasselijke APV gewijzigd, en werd een einde gemaakt aan de monopoliepositie van een plaatselijke ondernemer, die zijn deel van de haven echter op illegale wijze had bezet).

78 CE, Sect. 7 maart 1980, *D*. 1980, p. 320 (*Sarl Cinq-Sept*; exploitanten van een dansgelegenheid die de veiligheidsvoorschriften niet in acht hadden genomen, en schade leden door een brand waarbij bijna 150 personen omkwamen).

79 CE 30 juli 1997, *Rec*. p. 1072 (*SA Geffroy*; een exploitant van een viskwekerij die niet over de benodigde vergunningen beschikte had geen recht op schadevergoeding toen zijn wateren verontreinigd werden).

80 Mariani-Benigni 1997, p. 844.

81 Mariani-Benigni 1997, p. 868. Uit de jurisprudentie blijkt volgens haar tevens dat risicoaanvaarding in een foutloos regime op een 'alles-of-niets'-manier wordt toegepast, terwijl het in de context van de foutaansprakelijkheid eerder tot een korting van de schadevergoeding leidt.

82 CE 31 januari 1968, *Rec*. p. 83 (*SEM pour l'aménagement et l'équipement de la Bretagne*; plannen om een rivier te dempen waren al bekend voordat de exploitant een balzaal aan zijn etablissement had toegevoegd).

83 CE 28 april 1938, *Rec*. p. 11 (*Sieur Aviat*; bouw van een zagerij na het begin van de bouwwerkzaamheden), CE 13 december 1985, req.no. 35090 (*M. René Monnerie*; plannen om de koers van een rivier te verleggen waren al bekend voordat de gelaedeerde de daarlangs gelegen gronden aankocht); CAA de Lyon 16 maart 2000, p. 690 (*Epoux Raymond*; speciaal en abnormaal nadeel door nabij gelegen feestzaal; de rechter overwoog expliciet dat de woning was aangekocht vóór de bouw van de feestzaal).

dat het gedrag van de gelaedeerde zelf op zijn schade van invloed is geweest en zal hem dit worden tegengeworpen. Ook let de rechter op de voorzienbaarheid (*prévisibilité*) van de schade,[84] terwijl ook het enkele wonen in de buurt van *ouvrage public* al een grond voor het inroepen van risicoaanvaarding is geweest.[85] Onomstreden is de toepassing van de risicoaanvaarding overigens niet. Het criterium zou van burgers een mate van voorzienbaarheid van het nadeel verlangen die niet realistisch is en vooral gemotiveerd zijn door overwegingen om de overheidskas niet te zeer te belasten.[86]

4.5 De aansprakelijkheid op grond van de égalité

4.5.1 Inleiding

In het tweede hoofdstuk werd al gesteld dat de opkomst van de *responsabilité sans faute* tot op grote hoogte een compromis is geweest: door voor (abnormale) nadelen in sommige gevallen een vergoeding te geven zonder onrechtmatigheid te eisen, liet de Conseil d'Etat de overheid buiten schot én konden slachtoffers van in beleidsvrijheid verrichte overheidshandelingen (het égalitéregime) of gevaarzettend overheidshandelen (het risicoregime) worden gecompenseerd.[87] Aan deze ontwikkeling lagen primair billijkheidsmotieven ten grondslag: waar het om ging, was het bieden van een compensatie in die gevallen waarin de rechter zulks wenselijk achtte. Hennette-Vauchez spreekt van een 'régime de responsabilité [qui] est assez largement a-juridique, incarné par le *sentiment* d'une nécessaire indemnisation des victimes dans certaines configurations particulières, au nom de l'*équité*.'[88] Dit verband tussen *égalité* en *équité* wordt ook door andere auteurs gelegd.[89]

Dit billijkheidsmotief verklaart mede waarom de dit type aansprakelijkheid niet in één klap is vrijgegeven, maar zich stap voor stap heeft ontwikkeld. Anders gezegd: de Franse rechter beperkt de situaties waarin de *responsabilité sans faute* kan worden ingeroepen, tot enkele omlijnde situaties. Dat neemt overigens niet weg dat hij haar gaandeweg in steeds meer situaties is gaan

84 CE 2 mei 1947, *Rec.* p. 178 (*Dame Veuve O'Neill*; geen risicoaanvaarding bij het onderwaterlopen van een huis door het breken van een dijk, omdat de gelaedeerde dit niet kon voorzien).

85 CE 20 maart 1987, *Rec.* p. 101 (*Consorts Garzino*; omdat het slachtoffer woonde in de nabijheid van een gevaarlijke weg, was hij op de hoogte van het risico van steenval op die weg).

86 Mariani-Benigni 1997, p. 875 e.v.

87 Vgl. Amselek 1977, p. 257: '[E]n se référant, non pas au fondement de la faute, mais à celui du dommage anormal, le juge parvient tout à la fois à secourir la victime et à ménager la personne publique en cause'.

88 Hennette-Vauchez 2005, p. 4.

89 Amselek 1977, p. 256 (die spreekt van 'une jurisprudence d'inspiration charismatique' en 'une politique jurisprudentielle d'équité (…)), Lochak 1993, p. 284, Guettier 1996, p. 115 en Rivero & Waline 2006, p. 444.

toepassen. Zo werd de égalité in eerste instantie toegepast op besluiten waarin het bestuur op grond van aan het algemeen belang ontleende overwegingen beslist niet handhavend op te treden tegen illegale situaties, maar achtte de rechter het later billijk dit beginsel ook toe te passen indien een rechtmatige formele wet schade toebracht. Toen dat eenmaal aanvaard was, was het nog maar een kleine stap om ook een aansprakelijkheid voor *verdragen* te aanvaarden. Ten aanzien van de aansprakelijkheid op grond van het *risque spécial* geldt iets soortgelijks, zoals we in § 4.6 zullen zien. De vormgeving van de aansprakelijkheid *sans faute* kenmerkt zich al met al door een vrij vergaande hokjesgeest, die we bij de aansprakelijkheid *pour faute* niet aantreffen.

Het ligt voor de hand dat die 'hokjesgeest' wordt weerspiegeld in mijn bespreking van de égalité in de jurisprudentie van de Franse bestuursrechter. Het toepassingsbereik van de égalité is in Frankrijk beperkt gebleven tot 'juridische ongelukken': rechtmatige besluiten (§ 4.5.2), wetten (§ 4.5.3) en verdragen (§ 4.5.4). De toepassing van het égalitébeginsel in het kader van de permanente schade aan derden door *travaux publics* (§ 4.5.5) is daarop een uitzondering. Het gaat daarbij niet, althans niet direct, om nadeel door een juridische handeling, maar door *activités matérielles*; denk aan schade die omwonenden lijden door de nabijheid van publieke werken (verminderde bereikbaarheid van een winkel, stank-, geluids- en zichthinder e.d.) of aan feitelijk handelen dat dergelijke schade veroorzaakt. Ook deze schade is echter, net als bij de overige categorieën, het inherente, noodzakelijke gevolg is van een overheidshandeling in het algemeen belang. Bij de aansprakelijkheid voor formele wetten zal uitvoeriger worden stilgestaan, omdat bij formele wetten naast de *spécialité* en de *anormalité* van het nadeel ook de 'wil van de wetgever' een rol speelt, een factor die aparte aandacht verdient.

De hierna te bespreken lijnen in het Franse nadeelcompensatierecht zijn een weergave van het relevante recht inzake het *ongeschreven* égalitébeginsel. Toepassingen van het *geschreven* égalitébeginsel zijn in het Franse recht schaars; anders dan in Nederland heeft de (formele, maar ook de lagere) wetgever op het terrein van de nadeelcompensatie op grond van de égalité geen rol van betekenis gespeeld. Hieraan ligt de opvatting ten grondslag dat de égalité het gemene recht is, dat geldt ongeacht enige uitspraak van de wetgever. Wanneer de wetgever een bijzonder aansprakelijkheidsregime wil creëren, dan zal men in die wet in de regel dus vergeefs zoeken naar de voorwaarde dat de last 'speciaal' en 'abnormaal' moet zijn. De vraag wanneer dergelijke nadelen vergoed moeten worden, is eerst en vooral het terrein van de (bestuurs)rechter. Voor zover er wel bijzondere aansprakelijkheidsregimes bestaan, geven deze ofwel een bepaalde interpretatie van de vraag *wanneer* een last normaal of abnormaal is,[90] ofwel zijn zij zuiver en alleen een door de wetgever gegeven interpretatie van de mate waarin hij *solidair* wenst te zijn met het nadeel van

90 Een goed voorbeeld is de in § 10.6.3.3 te bespreken *Code de l'urbanisme*.

bepaalde (groepen) burgers. De rechtsgrondslag blijft daarbij vaak in het midden, aangezien de wetgever zich daarover niet *hoeft* te bekommeren: zijn uitspraak dat een aansprakelijkheid bestaat, volstaat.[91]

4.5.2 Rechtmatige besluiten

Een belangrijk onderdeel van de Franse égalitéjurisprudentie wordt gevormd door gevallen waarin de overheid uit aan het algemeen belang ontleende overwegingen besluit niet op te treden tegen een bepaalde illegale situatie, waardoor derden schade lijden.[92] Deze jurisprudentie is begonnen met het arrest *Couitéas* uit 1923[93] en staat daarom bekend onder de naam *la jurisprudence Couitéas*. Dit arrest geldt tevens als het startpunt van de égalitéjurisprudentie. Aanleiding was de bezetting van een stuk land van 38.000 hectaren in Tunesië door Tunesische opstandelingen. Couitéas, de eigenaar van het land, beschikte over een uitspraak van een Franse rechtbank, die hem aanspraak gaf op militaire bijstand bij het verwijderen van de opstandelingen van zijn land. De Franse minister vreesde voor grote wanordelijkheden: om de duizenden opstandelingen te verwijderen zou een militaire expeditie noodzakelijk zijn geweest, met mogelijk ernstige (en in elk geval onvoorspelbare) gevolgen voor de openbare orde. Hij weigerde dan ook het vonnis ten uitvoer te leggen. Voor de schade die Couitéas leed doordat hij al vanaf 1908 geen gebruik kon maken van zijn land, stelde hij de Franse staat aansprakelijk.

De Conseil formuleerde in het arrest drie regels. Hij stelde ten eerste voorop dat hij die beschikt over een gerechtelijke uitspraak, gerechtigd is tot de uitvoering van het in die uitspraak bevolene, en dat hij daarbij moet kunnen rekenen op de steun van de sterke arm. Daaraan voegde hij als tweede regel toe dat deze plicht tot uitvoering van gerechtelijke bevelen niet absoluut is; uitvoering kan worden geweigerd bij een eventuele dreiging van de openbare orde en de veiligheid. De laatste regel formuleerde de Conseil als volgt:

> '(…) le préjudice qui résulte de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être une charge incombant normalement à l'intéressée, et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité.'[94]

---

91 Vgl. Cormier 2002, p. 208, Guettier p. 37. Zie ook § 5.7.1.

92 Chapus 2001, p. 1368 stelt dat de weigering van de hulp van de sterke arm (in het bijzonder bij stakingen) jaarlijks tot ong. 30.000 verzoeken aan schadevergoeding leidt, waarvan er rond de 2000 worden gehonoreerd.

93 CE 30 november 1923, *Rec*. p. 789 (*Couitéas*). Deguergue (1994, p. 140) noemt het arrest *Brousse* (CE 30 juli 1880, *Rec*. 703) als mogelijke voorloper, maar dit arrest kreeg geen navolging en werd in de doctrine niet opgemerkt.

94 CE 30 november 1923, *Rec*. p. 789.

In casu zou de weigering het vonnis ten uitvoer te leggen niet snel een *faute* hebben opgeleverd, aangezien de weigering volgens de autoriteiten werd gevorderd door het algemeen belang van het voorkómen van wanordelijkheden. De Conseil d'Etat liet het bestuur in casu de vrijheid om deze afweging aldus te maken, maar verplichtte de Staat wel tot compensatie omdat er – vrij vertaald – sprake was van een last die niet geacht kon worden als 'normaal' op de betrokkenen te rusten en die daarom door de collectiviteit moest worden gedragen. Hoewel de Conseil d'Etat het égalitébeginsel niet met zoveel woorden noemde was duidelijk dat de Conseil hiermee een andere grondslag voor de aansprakelijkheid *sans faute* had geïntroduceerd dan het enige jaren daarvoor geïntroduceerde risicobeginsel. Niet alleen werd het begrip *risque* helemaal niet genoemd, ook was duidelijk dat dit begrip de aansprakelijkheid van de overheid in een geval als dit niet goed kon verklaren. Hier ging het immers niet om gevaarzettend overheidshandelen, maar om de rechtmatige uitoefening van een discretionaire bestuursbevoegdheid.

De *Couitéas*-uitspraak bleef een jaar of vijftien vrijwel onopgemerkt, maar leefde op vanaf 1936, een tijd van grote sociale onrust. Bezettingen van fabrieken door arbeiders kwamen veel voor, en ook nu grepen de autoriteiten niet altijd in. In een aantal uitspraken werden de 'regels' uit het *Couitéas*-arrest opnieuw toegepast, waarbij de Conseil nog eens preciseerde dat niet *elke* verstoring van de openbare orde als een voldoende rechtvaardiging gold om niet op te treden, maar alleen *troubles graves*.[95] Latere toepassingen van het *Couitéas*-arrest vindt men in de sfeer van het niet-ontruimen van woningen die illegaal worden bewoond en bij het nalaten op te treden tegen illegale wegblokkades en blokkades van waterwegen. Gezien de sterke positie waarin de getroffene zich bevindt – hij wordt geconfronteerd met een nadeel terwijl hij er, net als ieder ander, aanspraak op heeft dat een rechterlijke beslissing ten uitvoer wordt gelegd – wordt een verzoek om schadevergoeding in deze gevallen vrij snel gehonoreerd. Daarbij is tevens interessant dat de Conseil d'Etat met vaste termijnen werkt om te bepalen wanneer een last geacht kan worden niet meer 'normaal' te zijn.

> Deze termijn kan variëren. Bij het ontruimen van woningen is de gemiddelde bedenktijd twee maanden (startend vanaf de dag dat de hulp van de politie is ingeroepen).[96] Met het niet-optreden tegen stakingen en blokkades zijn veelal grotere economische belangen gemoeid, zodat de termijn hier korter is: gemiddeld vijftien dagen.[97] Welke termijn de Conseil d'Etat in een concreet geval billijk vindt, hangt af van de bijzondere eigenschappen van het bedrijf in kwestie. In de uitspraak

95 Zie o.m. CE, Ass. 3 juni 1938, *Rec.* p. 521 (*St. Cartonnerie et l'imprimerie Saint-Charles*), CE 11 juli 1939, *Rec.* p. 471 (*SA 'La Soie'*). Zie ook CE 11 mei 1984, *Rec.* p. 178 (*Port autonome de Marseille et autre*; 'troubles sérieux').

96 CE, Ass. 10 februari 1961, *Rec.* p. 108 (*Chauce*), CE 14 oktober 1987, *D.* 1988, p. 371 (*S.C.I. du Bois de Grâce*).

97 CE 6 mei 1991, *D.* 1992, p. 144 (*Soc. Automobiles Citroën e.a.*).

> *Société Sealink* ging het om een bedrijf dat van 16 tot 23 en van 25 tot 30 augustus 1980 geen personen en voertuigen tussen Frankrijk en Groot-Brittanië kon vervoeren. Deze last achtte de Conseil d'Etat abnormaal, gelet op het feit dat dit bedrijf in de voor hem vanuit commercieel oogpunt belangrijke zomerperiode werd getroffen.[98] In een ander geval ging het om een transporteur die zijn activiteit slechts gedurende tachtig dagen uitoefende, en negen daarvan de haven niet had kunnen benutten.[99]

Door deze nogal digitale invulling van het normaal maatschappelijk risico laten de *Couitéas*-achtige gevallen relatief veel succesvolle toepassingen van de égalité zien. Een aspect dat daarbij mogelijk meespeelt, is dat deze gevallen dicht aanleunen tegen een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Dat de *Couitéas*-rechtspraak een plaats heeft gevonden bij de aansprakelijkheid *sans faute* is door sommigen dan ook bekritiseerd. Hoewel de overheid zich vaak beroept op het algemeen belang (vooral het algemeen belang bij het voorkomen van wanordelijkheden) als rechtvaardiging om niet op te treden, zijn verschillende schrijvers van mening dat burgers in beginsel gewoon moeten kunnen rekenen op het beëindigen door de overheid van een illegale situatie en dat een eventuele aansprakelijkheid in zulke gevallen in wezen een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is.[100] Interessant in dat verband is dat ook het Europees recht – zowel het EVRM- als het EG-recht – grenzen stelt aan de mogelijkheden om met een beroep op het algemeen belang niet op te treden tegen illegale situaties. De overheid heeft geen onbeperkte *margin* om met een beroep op het algemeen belang niet te handhaven, maar wel schadevergoeding aan te bieden.[101]

Ook andere rechtmatige beschikkingen (*décisions individuelles régulières*) laten toepassingen van het égalitébeginsel zien. Te denken valt aan een weigering tot het geven van toestemming voor het ontslag van werknemers, uit vrees voor een ernstige verstoring van de lokale economie,[102] de vordering van woonruimte om evacués te huisvesten van een gebouw dat dreigt in te storten,[103] de ontzegging van de toegang tot een haven aan een schip[104] of de op de eigenaar van een stuk grond gelegde verplichting tot het aanvragen van een herziene bouwvergunning om reden van een archeologische vondst op diens terrein.[105] In al deze gevallen kwam de Conseil tot de conclusie dat de betrokkenen een speciale en abnormale last ondervonden. Van een wat

98 CE 22 juni 1984, *D*. 1986, p. 29 (*Soc. Sealink*).
99 CE 27 juli 1984, *D*. 1986, p. 29-30 (*Lebeaud*). Zie ook CE 12 oktober 1988, *D*. 1989, p. 349 (*Vinalmar*).
100 Debard 1987, p. 157 e.v., i.h.b. p. 160; De Latournerie 1991, p. 226.
101 Zie § 10.5.2, vuistregel 3.
102 CE 28 oktober 1949, *Rec*. 450 (*Soc. Des Ateliers du Cap Janet*).
103 CE 15 februari 1961, *Rec*. 118 (*Werquin*).
104 CE 7 januari 1979, *Rec*. p. 340 (*Vinalmar*).
105 CE 20 januari 1989, *Rec*. p. 23 (*Villa Jacob*).

andere orde – en ook, net als de *Couitéas*-rechtspraak, dicht aanleunend tegen de aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad – is de jurisprudentie over schade doordat de overheid geen gevolg geeft aan eerder genomen besluiten.[106] Gedacht kan worden aan het in afwijking van het planologische regime niet optreden tegen een illegaal bouwwerk,[107] het niet afronden van een ingezette procedure tot onteigening, waarbij de eigenaar lange tijd in onzekerheid verkeerde ten aanzien van het gebruik van zijn gronden[108] en het verbreken van een verbintenis met een aannemer bij de bouw van verschillende voorzieningen in een woonwijk.[109] Ook in deze laatste situaties wordt het handelen van de overheid gerechtvaardigd door een hoger algemeen belang.

In deze categorie valt tot slot de schade door rechtmatige *verordeningen* (*règlements*). Dit onderdeel van de égalité-aansprakelijkheid kent als startpunt het arrest *Commune de Gavarnie* uit 1963.

> De fameuze *cirque de Gavarnie* – een natuurmonument met een enorme waterval – kon men via twee oevers bereiken. Op één oever deden zich geregeld ongelukken voor. Besloten werd om op grond van een APV een van beide oevers van voetverkeer uit te sluiten, en alleen nog bereikbaar te laten zijn voor verkeer per paard of ezel. De grote toeristenstromen die aanvankelijk nog voorbijtrokken aan de winkel die aan de afgesloten oever was gevestigd, deden dit nu niet meer, zodat de winkelier zijn inkomsten tijdens het toeristenseizoen enorm zag dalen. De Conseil d'Etat stelde vast dat geen enkele andere maatregel die net zo effectief was maar tot minder schadelijke gevolgen leidde, beschikbaar was. Van de rechtmatigheid van de verordening moest dus worden uitgegaan, maar de Conseil meende dat de gemeente op grond van de égalité voor de schade van de winkelier aansprakelijk was.[110]

De uitspraak betekende een breuk met de jurisprudentie tot dan toe, op grond waarvan rechtmatige maatregelen die werden genomen om het publiek tegen gevaren te beschermen, niet tot aansprakelijkheid *sans faute* konden leiden. Meer recente toepassingen van deze rechtspraak vindt men in de arresten *Aldebert* en *Epoux Bougarel-Tessier*, opnieuw over schade door een verminderde bereikbaarheid door een verordening.[111]

---

106 Vgl. Long e.a. 2007, p. 258, Chapus 2001, p. 1369.
107 CE 20 maart 1974, *Rec*. p. 200 (*Navarra*).
108 CE 23 december 1970, *Rec*. p. 790 (*Farsat*).
109 CE 17 maart 1989, *Rec*. p. 96, *D*. 1990, p. 295 (*Sodevam*).
110 CE 22 februari 1963, *Rec*. p. 113 (*Commune de Gavarnie*), waarover uitvoerig Jeanneau 1965.
111 CE 13 mei 1987, *DA* 1987, nr. 380 (*Aldebert*; een bij gemeentelijke verordening uitgevaardigd besluit tot het aanleggen van een omweg betekende een enorme teruggang in de clientèle van een motel dat zich vooral richtte op chauffeurs), CAA de Lyon 8 februari 1993, *AJDA* 1993, p. 706 (*Epoux Bougarel-Tessier*; een verbod voor zware voertuigen om bepaalde wegen te berijden (in het kader van de veiligheid voor omwonenden) leidde tot een achteruitgang in clientèle voor zeven restaurants en benzinestations, maar deze schade was niet abnormaal

4.5.3 Formele wetten

4.5.3.1 De beperkte navolging van La Fleurette

Frankrijk kent van oudsher een vrij strikte opvatting van het concept van machtenscheiding. Uit artikel VI van de *Déclaration* van 1789 – 'la loi est l'expression de la volonté générale' – heeft de Conseil d'Etat afgeleid dat de formele wet geldt als de ultieme daad van volkssoevereiniteit, waarover een rechter zich niet heeft uit te spreken.[112] Alleen de in 1958 opgerichte Conseil Constitutionnel kan formele wetten toetsen;[113] heeft de Conseil Constitutionnel de wet niet ongrondwettig verklaard, dan geldt deze als rechtmatig en is zij in een concreet geschil niet meer toetsbaar. In de oudere literatuur trokken veel auteurs hieruit ook de conclusie dat daden van de formele wetgever niet tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Volgens Montesquieu was het 'l'esprit du citoyen (…) d'aimer les lois, lors même qu'elles ont des cas qui nous sont nuisibles'.[114] Het feit dat wetten in het *belang* van de gemeenschap waren woog zwaarder dan het eventuele nadeel dat een enkeling erdoor kon lijden.

Voor een aansprakelijkheid *sans faute* van de wetgever gingen in de doctrine echter al vroeg stemmen op. Omdat de soevereiniteit van de wetgever daarbij niet in het geding komt – de wet zelf wordt immers in stand gelaten – zou, indien de wetgever zelf een schadevergoeding niet heeft uitgesloten, een aansprakelijkheid voor abnormaal nadeel mogelijk moeten zijn, aldus verschillende auteurs.[115] In 1938 aanvaardde de Conseil d'Etat voor het eerst de aansprakelijkheid voor een formele wet in het arrest *La Fleurette*. Ter bescherming van de zuivelindustrie verbood een wet uit 1934 de productie en de verkoop van producten die pure zuivel konden vervangen. La Fleurette maakte zo'n product, namelijk *gradine*, een Nederlands patent dat bestond uit melk, eigeel en arachideolie. Het motief om de productie van gradine te verbieden was dus niet om de maatschappij tegen een gevaarlijk product te beschermen, maar zuiver economisch van aard, namelijk de bescherming van de nationale zuivelmarkt tegen zuivelvervangers in een periode van recessie.[116] Voor La Fleu-

---

en speciaal). Zie ook CE 20 juni 1973, *AJ* 1973, p. 546 (*Communautaire de Châteauneuf-sur-Loire*).

112 Vgl. Fairgrieve 2003, p. 9 die constateert dat in de plaats van het adagium uit het Ancien Régime 'Le Roi ne peut malfaire' een nieuw adagium kwam: 'L'Etat ne peut malfaire'.

113 Dit kan slechts op verzoek van President van de Republiek, de eerste minister, de voorzitter van de Assemblée Nationale of de Sénat of (sinds 1974) op verzoek van zestig leden van één van beide kamers (art. 61 Constitutie 1958).

114 Zie de verwijzing in Hennette-Vauchez 2005, p. 18.

115 Zie voor een bespreking van deze doctrine Broyelle 2003, p. 26 e.v.

116 In de uitspraak *La Fleurette* overwoog de Conseil dan ook expliciet dat de activiteit van het bedrijf geen gevaar voor de gezondheid vormde. Met de frase 'l'ensemble des circonstances de l'affaire' in het citaat werd gedoeld op dergelijke activiteiten, die het recht op schadevergoeding uitsluiten (vgl. Puisoye 1964, p. 142).

rette had de wet ernstige gevolgen, nu zijn bedrijfsvoering geheel op de productie van *gradine* was ingericht.[117] De formele wet in kwestie bevatte geen schadevergoedingsbepaling, zodat een rechterlijke uitspraak zijn laatste redmiddel was. Zonder het égalitébeginsel met zoveel woorden te noemen, stelde de Conseil d'Etat:

> 'que rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement; que cette charge, créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité'.[118]

De Conseil d'Etat nam hiermee afstand van de gedachte dat het met de wet gediende algemene belang een grond kon zijn voor de afwijzing van een claim tot schadevergoeding. Ook werd uit het zwijgen van de wetgever niet de conclusie getrokken dat geen schadevergoedingsmogelijkheid bestond. De Conseil d'Etat keerde het om: als de wetgever deze mogelijkheid *niet* zou willen erkennen, dan zou dit moeten blijken uit een expliciete uitspraak in de wet zelf of in de *travaux préparatoires*.

Het *La Fleurette*-arrest opende de deur naar een ruimhartige toepassing van het égalitébeginsel bij de toepassing van formele wetten. In de daarop volgende decennia zou de Conseil d'Etat een aansprakelijkheid voor formele wetten echter slechts drie keer aanvaarden. In het sterk op *La Fleurette* gelijkende arrest *Caucheteux et Desmonts* ging het over een wet die het verbood om bier te vervaardigen van andere bestanddelen dan mout, gerst en hop, ditmaal in het belang van de bescherming van de producenten van graan. De Conseil volgde de in het *La Fleurette*-arrest uitgezette lijnen: het bedrijf specialiseerde in de productie van *glucose de brasserie*, dat geen gevaar voor de gezondheid vormde, en kon zijn activiteiten slechts voortzetten ten koste van ingrijpende en dure bedrijfsaanpassingen. Onder letterlijke aanhaling van het hiervoor opgenomen citaat bepaalde de Conseil d'Etat dat de overheid aansprakelijk was.[119] In een ander arrest, *Bovero*, ging het om schade die voortvloeide uit een wet die het uitzetten van familieleden van in Noord-Afrika gestationeerde militairen verbood.[120]

Het algemene beeld is dat de Conseil d'Etat een brede toepassing van de *La Fleurette*-doctrine heeft willen voorkomen. Errera geeft als verklaring dat

---

117 Dat La Fleurette daarin de enige was, lag voor de hand, want hij was simpelweg de enige producent van het product in kwestie. De redenering van C-G Roujou (*D*. 1938, III, p. 45), die stelde dat de wet op een *potentieel* zeer groot aantal producenten zag en het daarom niet mogelijk was te bepalen wat precies de nadelige gevolgen van de wet waren, werd door de Conseil niet gevolgd. Zie ook Broyelle 2003, p. 75-76.

118 CE 14 januari 1938, *Rec*. p. 25 (*La Fleurette*).

119 CE, Ass. 21 januari 1944, *Rec*. p. 22 (*Caucheteux et Desmonts*).

120 CE 25 januari 1963, *Rec*. p. 53 (*Bovero*).

de benadering uit het arrest *La Fleurette* wel bruikbaar was rond de jaren dertig en veertig van de vorige eeuw, toen de overheid veel minder interveniërend optrad dan in decennia daarop. De wetten die in *La Fleurette* en *Caucheteux et Desmonts* centraal stonden, waren vrij simpel: zij beoogden één bepaalde bedrijfstak te reguleren en troffen uit hoofde daarvan slechts weinigen. Na de Tweede Wereldoorlog werden wetten echter steeds vaker ingezet om regels te stellen omtrent prijzen, de handel, import en export, huisvesting, transport et cetera. Niet zelden beoogden deze wetten ongelijkheden in het leven te roepen, en ieder geval kenmerkten zij zich erdoor dat er min of meer bewuste beleidskeuzes aan ten grondslag lagen. In die veranderde werkelijkheid kon uit het zwijgen van de wetgever niet (althans niet zonder zware repercussies voor de publieke financiën) langer zonder meer worden opgemaakt dat een recht op schadevergoeding bestond.[121] Ook Terneyre ziet de arresten als typische producten van hun tijd, namelijk als een 'réaction libérale du Conseil d'Etat aux premières manifestations de l'interventionnisme économique'.[122] Al snel werd de Conseil echter zeer terughoudend.[123] De Conseil d'Etat hield in zijn jurisprudentie weliswaar vast aan de vraag of uit de 'wil van de wetgever' bleek dat een compensatie tot de mogelijkheden behoorde, maar ontwikkelde verschillende technieken om deze wil zodanig te interpreteren dat de aansprakelijkheid voor formele wetten, in de woorden van Chapus, *un produit de luxe* is, waarvan men zich niet elke dag bedient.[124]

Deels kwamen de technieken om aansprakelijkheid uit te sluiten gewoon neer op een toets aan de aansprakelijkheidsvoorwaarden die ook gelden voor andere handelingen dan formele wetten. Uit het gegeven dat een wet per definitie een algemene strekking heeft, heeft de Conseil d'Etat in enkele gevallen afgeleid dat de eis van *spécialité* aan aansprakelijkheid in de weg staat.[125]

---

121 Errera 1986, p. 159. Een uitzondering betreft de zgn. *lois de validation*, wetten die een in rechte vernietigde bestuurshandeling met terugwerkende kracht rechtsgeldig maken. Het égalitébeginsel kan daarbij ook indien de wetgever of de *travaux préparatoires* zwijgen, dwingen tot vergoeding van degenen die belang hadden bij de vernietiging (CE 1 december 1961, *Rec*. 674 (*Lacombe*)). Zie voor latere voorbeelden CAA de Marseille 23 november 1999, *Rec*. p. 1020 (*Peretti*) en CE 30 juni 1999, *Rec*. p. 22 (*Sarfatti*). Ook ten aanzien van de *lois de validation* is de jurisprudentie echter terughoudend (Rougevin-Baville 1987, p. 24).

122 Terneyre 2002, § 92.

123 Zie bijv. CE 21 juni 1951, *D*. 1951, 661, m.nt. M. Waline (*Syndicat de la raffinerie du soufre français*; geen strijd met de égalité door één bedrijf een aanmerkelijk concurrentievoordeel te gunnen om de verkoop van zwavel (in een periode van schaarste) te bevorderen).

124 Chapus 2001, p. 1380.

125 CE 10 januari 1908, *Rec*. p. 25 (*Noiré et Beyssac*; 'qu'en l'absence de toute réserve inscrite dans la loi (…) le caractère général de cette loi [s'opposait] à ce que le requérant [put] réclamer la réparation du préjudice qu'elle lui aurait causé'), CE 19 november 1909, *RDP* 1910, p. 78 (*Cie générale transatlantique*; de gevolgen van de wet drukken 'dans les mêmes conditions [sur toutes les personnes placées dans la même situation que le requérant]'). Zie, na *La Fleurette*, CE 10 februari 1961, *Rec*. p. 108 (*Chauce*; 'qu'en raison de la généralité du champ d'application des dispositions [de la loi], qui s'étend à tous les propriétaires de locaux d'habitation occupées par des tiers, le préjudice (…) ne présente pas un caractère

In weer andere gevallen zijn claims afgewezen omdat niet was voldaan aan de eis dat de schade direct en zeker dient te zijn,[126] of omdat het nadeel niet abnormaal was.[127] Dominant is echter de techniek gebleken waarbij de rechter de wil van de wetgever de doorslag laat geven. Als de wetgever een aansprakelijkheid expliciet heeft aanvaard of uitgesloten, zal de rechter zich aan dat oordeel moeten conformeren;[128] de Conseil Constitutionnel is de enige (nationale) rechter die deze expliciete wil van de wetgever opzij kan zetten (voordat de wet wordt uitgevaardigd). In het gros van de gevallen zwijgt de wetgever echter, volgens Broyelle waarschijnlijk omdat hij meent dat de rechter een goede reden zal kunnen vinden om een aansprakelijkheid buiten de deur te houden.[129] De rechter is de wetgever lange tijd ter wille geweest door uit diens zwijgen impliciet op te maken dat geen schadevergoedingsplicht bestaat. De Conseil d'Etat heeft zich daarbij sterk laten leiden door de vraag welke *belangen* met de wet worden gediend. Drie situaties vallen te onderscheiden: wetten die beogen een bepaalde, schadelijke of moreel verwerpelijke activiteit te beperken of te verbieden (§ 4.5.3.2), wetten die een ongelijke lastenverdeling beogen (§ 4.5.3.3) en wetten die een bij uitstek algemeen belang dienen (§ 4.5.3.4).

4.5.3.2 Wetten die een belang aantasten dat geen schadevergoeding waard is

Wetten die een activiteit beperken of verbieden waartegen vanuit maatschappelijk of moreel oogpunt bezwaren bestaan, geven blijkens verschillende uitspraken geen recht op schadevergoeding. Een voorbeeld is de wet die een einde wilde maken aan de verschijning, begin jaren tachtig, in veel cafés, bars en andere etablissementen van 'jack-pots' en 'poker-video's'. Bij wet van 12 juli 1983 werd het verboden om allerlei handelingen (import, de productie, het bezit, het ter beschikking stellen aan derden etc.) te verrichten met betrekking tot dergelijke kansspelapparaten. Deze wet beoogde in het bijzonder de openbare veiligheid te dienen, de georganiseerde criminaliteit tegen te gaan en de jeugd tegen schadelijke invloeden te beschermen. Een bedrijf dat deze apparaten fabriceerde eiste een vergoeding, maar kreeg nul op het rekest: de Conseil

---

spécial et exceptionnel de nature à engager, à son égard, dans le silence de la loi, la responsabilité sans faute de l'Etat') en CE 13 november 1981, *RDP* 1982, p. 1448 (*Marcuccini*; zelfde overweging als in *Chauce*). Ook in de literatuur wordt soms betoogd dat de eis van *spécialité* veelal aan aansprakelijkheid in de weg zal staan; zie Chapus 2001, p. 1377, Duez 1938, p. 214, Hennette-Vauchez 2005, p. 19 en de verwijzingen bij Broyelle 2003, p. 35.

126 CE, Ass. 1 december 1961, *Rec.* p. 674 (*Lacombe*).

127 CE 22 oktober 1943, *Rec.* p. 231 (*Lacaussade*; de schade bestond uit 'une simple réduction d'une activité'), CE 23 november 1943, *Rec.* p. 241 (*Sieur Rougier*; de sluiting van een atelier 'ne constituait que l'accessoire de l'activité principale de l'entreprise exploitée'), CE 27 januari 1961, *Rec.* p. 60 (*Vannier*), CE 13 februari 1963, *Rec.* p. 87 (*Cie d'assurances de l'Union*).

128 Zie bijv. CAA de Bordeaux 24 juni 2004, *AJDA* 2004, p. 1783 (*Soc. Probal*; expliciete uitsluiting aansprakelijkheid in *travaux préparatoires*).

129 Broyelle 2003, p. 131.

d'Etat stelde vast dat uit de *travaux préparatoires* volgde dat de wetgever had beoogd om elke schadevergoeding voor bedrijven als het zijne uit te sluiten.[130]

De wetgever had zich in dit geval uitdrukkelijk over de schadevergoeding uitgesproken. In eerdere arresten heeft de Conseil d'Etat echter ook uit het zwijgen van de wetgever afgeleid dat geen schadevergoeding kon worden gegeven. Daarbij werd verwezen naar het algemene belang dat de betreffende wet beoogde te beschermen, waaronder de bescherming van de volksgezondheid,[131] de openbare veiligheid[132] of de openbare zeden.[133] Uit het zwijgen van de wetgever heeft de Conseil d'Etat in deze gevallen afgeleid dat deze, in het licht van het verwerpelijke karakter van de gereguleerde activiteit, geen schadevergoeding heeft willen geven. Dit is schijnbaar een omkering van het uitgangspunt van *La Fleurette*, waarin uit het zwijgen van de wetgever immers werd geconcludeerd dat deze een schadevergoeding niet had willen uitsluiten. Toch is van een strijdigheid met dat arrest geen sprake, omdat de Conseil d'Etat in *La Fleurette* expliciet overwoog dat het verboden product geen bedreiging was voor de volksgezondheid. Hoe dan ook, men kan uit het zwijgen van de wetgever niet zonder meer concluderen dat een schadevergoeding in beginsel tot de mogelijkheden zou behoren.

4.5.3.3 Wetten die een ongelijke lastenverdeling beogen

Een tweede categorie betreft die wetten waarmee niet alleen het opleggen van een last wordt beoogd, maar ook de *ongelijke verdeling* van de last. In de Franse jurisprudentie is dat vooral aan de orde geweest bij overheidsmaatregelen op het gebied van de fiscaliteit[134] en bij vormen van economisch interventionisme, zoals regels met betrekking tot producten voor de binnen- en buitenlandse handel, het voeren van een prijzenpolitiek, het opleggen van importquota en de introductie van vergunningenstelsels. De eerder genoemde arresten *La Fleurette* en *Caucheteux et Desmonts* zagen op het gebied van de economie, te weten respectievelijk de instandhouding van de markt van natuurlijke melkproducten en de bescherming van graanproducenten. In de oudere jurisprudentie werd dus niet uitgesloten dat ook bij economische maatregelen de égalité succesvol kon worden ingeroepen; voor zover een dergelijke claim

130 CE 11 juli 1990, *D*. 1991, p. 286 (*Sté Stambouli Frères*).

131 CE 1 maart 1940, *Rec*. p. 82 (*Sté Chardon*; een wet verbood de fabricage van voor de gezondheid schadelijk zetmeel ter verwerking in ijsproducten).

132 CE 6 januari 1956, *Rec*. p. 3 (*Manufacture d'armes et cycles de Saint-Etienne*; geen schadevergoeding voor een wet die voorschriften bevatte over de vervaardiging van wapens, om wapengebruikers te beschermen tegen onveilige wapens).

133 CE 14 januari 1938, *Rec*. p. 23 (*Cie générale de grande pêche*; wet houdende regels omtrent de export van alcohol); vgl. CE, Ass. 8 januari 1965, *Rec*. p. 15 (*Société des Etablissements Aupinel*; wet houdende regels omtrent het transport en de handel van sterke drank).

134 Zie Gaudemet 1974, p. 339 e.v.

werd afgewezen, werd door de Conseil d'Etat in elk geval wel aan de *spécialité* en de *anormalité* van de last getoetst.[135] In latere jurisprudentie is in het licht van het doel van de regeling een vergoeding echter in de regel geweigerd.

> In het arrest *Société Transports et affrètements fluviaux* ging het om een transportonderneming die klaagde over de bij wet opgelegde plicht tot het transporteren van een minder grote lading goederen, waarbij het afgeroomde deel er, via een bepaalde verdeelsleutel, bij andere transportondernemingen bijkwam. Toen deze onderneming de égalité inriep, werd haar tegengeworpen dat een vergoeding met het doel van deze regeling in strijd was.[136]
> In het arrest *Société 'Trans-Union'* ging het om een wet die een systeem van vergunningen introduceerde in de luchttransportsector. Toen een bedrijf een vergunning geweigerd werd, vorderde het schadevergoeding. De Conseil d'Etat wees een compensatie op grond van het égalitébeginsel af. C-G Boyon wees erop dat een systeem van vergunningen noodzakelijk leidt tot ongelijkheden, zodat het égalitébeginsel niet succesvol kan worden ingeroepen.[137]
> Een voorbeeld op belastinggebied is het arrest *Commune de Blanquefort*. Om de ongelijkheid tussen lokale overheden op te heffen, voorzag een wet erin dat gegoede gemeenten een deel van de door hen geïnde belastingen moesten storten in een fonds, van waaruit minder gegoede gemeenten een bijdrage zouden kunnen vragen. Aan de gemeente Blanquefort werd een bedrag van bijna 50 miljoen francs onthouden, zijnde een deel van de door een fabriek van versnellingsbakken betaalde belasting. De Conseil d'Etat besliste dat een op de égalité gebaseerde vergoeding voor dit verlies niet aan de orde was, 'cette disposition réglementaire ayant eu pour objet de préciser l'un des éléments du mécanisme de solidarité financière intercommunale institué'.[138]

Omdat regelingen op deze gebieden als *raison d'être* hebben om de last ongelijk op te leggen, staat dit in de weg aan een succesvol beroep op het égalitébeginsel.[139] Wetten op economisch terrein impliceren veelal dat keuzes worden gemaakt die voor sommigen gunstig en voor anderen ongunstig uitvallen, doordat aan de een iets wordt toegestaan wat de ander niet mag, of doordat op één groep, vaak ten koste van een andere, een bepaald gunstig regime van toepassing is. De schadeveroorzakende handeling is *discriminatoire par na-*

---

135 Vgl. ook CE, Ass. 29 juni 1962, *Rec*. p. 433 (*Soc. 'Manufacture des machines du Haut-Rhin'*), over de weigering van een exportvergunning aan een wapenhandelaar, die handel dreef met Syrië. De Conseil meende dat deze weigering viel binnen de risico's die normaal gesproken voortvloeien uit het sluiten van een contract; het bedrijf moest rekening houden met de mogelijkheid dat de vergunning mogelijk zou worden geweigerd. Zie ook CE 26 oktober 1962, *RDP* 1963, 79 (*Olivier*) alsmede Delvolvé 1969, p. 258.

136 CE 15 mei 1987, *D*. 1988, p. 167 (*Soc. Transports et affrètements fluviaux*). Zie ook CE 31 mei 1961, *Rec*. p. 358 (*Cie française des cuirs*).

137 CE 29 mei 1985, *Rec*. p. 162 (*Société 'Trans-Union'*).

138 CE 10 januari 1992, *D*. 1993, p. 143 (*Commune de Blanquefort*), m.nt. Bon en Terneyre.

139 Vgl. Chapus 2001, p. 1373, Delvolvé 1969, p. 6, p. 253-255 en Kortmann 1971, p. 35.

ture:[140] het ingrijpen in de economische werkelijkheid wordt geleid door de gedachte dat alleen die bedrijven die een activiteit verrichten die het meest nodig is of die zich om andere redenen gunstig onderscheiden van andere, een voordeel dienen te genieten. Het effect van de maatregel zou teniet worden gedaan indien deze beoogde lastenverdeling tot een schadevergoeding zou verplichten. Een bijkomend probleem is dat een eventuele honorering van een beroep op de égalité al snel zou leiden tot complexe nieuwe problemen, omdat het goed denkbaar is dat andere randgevallen ontstaan, die ook zullen worden bewogen een beroep op het égalitébeginsel te doen. Als de ongelijkheid waarover geklaagd wordt, het logische uitvloeisel is van het doel dat de wetgever met de regeling beoogde te bereiken, is de toegevoegde waarde van de égalité – evenals van het algemene gelijkheidsbeginsel[141] – dus beperkt.[142] Het voeren van een economisch beleid zou uiterst moeilijk worden gemaakt indien het bestuur telkens zou moeten bezien in hoeverre individuele omstandigheden een compensatie rechtvaardigen.[143] De jurisprudentie laat op dit punt dan ook een grote mate van rechterlijke terughoudendheid zien. In theorie biedt een *faute*-aansprakelijkheid voor gevallen als deze meer ruimte, hoewel de jurisprudentie daarvan evenmin veel voorbeelden laat zien: ook dan is de beleidsvrijheid van het bestuur het uitgangspunt.[144]

Om het algemeen belang succesvol te kunnen tegenwerpen, is het nodig dat een schadevergoeding daadwerkelijk aan het doel van de maatregel in de weg staat. De ongelijkheid moet noodzakelijk zijn voor en dus in een direct verband staan met het te dienen algemeen belang.[145] Het is niet zonder reden dat de Conseil d'Etat in *La Fleurette* en *Caucheteux et Desmonts* de staat *wel* tot een schadevergoeding veroordeelde; de speciale en abnormale last die door hen werd ondervonden werd niet onder de noemer van een 'gewilde ongelijkheid' geëcarteerd. Uit latere jurisprudentie blijkt echter dat de ruimte om rekening te houden met bijzondere omstandigheden aan de zijde van de gelaedeerde vrijwel nihil is als diens schade voortvloeit uit een economische beleidskeuze. Dat het algemeen belang het toebrengen van een bepaalde schade nu eenmaal noodzakelijkerwijs met zich brengt, wordt derhalve snel aangenomen.

140 Terneyre 2002, § 17. Zie ook Delvolvé 1969, p. 207 en p. 254-255.

141 Vgl. de opmerking van Bon & Terneyre in hun noot bij CE 10 januari 1992, *D*. 1993, p. 144 (*Commune de Blanquefort*).

142 Delvolvé 1969, p. 253 e.v. en Long e.a. 2007, p. 330.

143 Jeanneau 1965, p. 387. Vgl. De Laubadère & Delvolvé 1986: 'Mais on peut observer que [la mise en oeuvre de la responsabilité sans faute] y est particulièrement difficile.'

144 Rougevin-Baville 1987, p. 35.

145 Delvolvé 1969, p. 259. Vgl. Moderne & Bon, in zijn noot bij CE 7 oktober 1987, *D*. 1988, p. 373, waarin zij stellen dat de eventuele schending van het égalitébeginsel 'une conséquence nécessaire de ce texte' moet zijn.

> Een wet van 28 december 1966 introduceerde, in het belang van de bescherming van de veehandel, een vergunningensysteem voor bedrijven die bevoegd waren om vee kunstmatig te insemineren. Bedrijven met een vergunning waren hiertoe binnen een bepaalde zone exclusief bevoegd. Een bedrijf dat voorheen deze activiteit wel uitvoerde kreeg geen vergunning. Er was wat voor te zeggen dat de hierdoor geleden schade speciaal was (het bedrijf werd zwaarder getroffen dan andere bedrijven aan wie een vergunning was geweigerd, omdat het, anders dan de meeste andere bedrijven, voorheen dezelfde activiteit al uitvoerde) en abnormaal (het bedrijf moest zijn activiteiten geheel stopzetten). De wetgever had weliswaar een vergunningstelsel gewild, maar was ook deze bijzonder grote schade een uit de wet voortvloeiende 'noodzakelijke ongelijkheid'? De Conseil meende van wel. Hij wees het beroep op het égalitébeginsel af, '[c]onsidérant que les dispositions [de la loi] ont eu pour objet, dans l'intérêt de l'amélioration du cheptel, d'établir une discipline de la profession de l'insémination; qu'en imposant un choix entre les centres de mise en place de la semence par l'attribution à certains d'entre eux une zone exclusive d'intervention, le législateur a entendu exclure toute indemnisation de ceux auxquels l'autorisation d'exploitation est refusé (…).'.[146]

Uit het feit dat de wetgever had gezwegen over een eventuele schadevergoeding, werd, mede in het licht van het doel van de regeling (de verbetering van de veestapel), geconcludeerd dat het égalitébeginsel geen ruimte voor vergoeding bood. Naar mijn indruk zijn de mogelijkheden om in een voorkomend geval toch een speciaal en abnormaal nadeel aanwezig te achten, zeer gering, gelet op het feit dat de Conseil d'Etat aan het doel van de maatregel in kwestie – het aanbrengen van een economische orde – een zo alomvattende betekenis toekent dat met individuele omstandigheden geen rekening kan worden gehouden. Kennelijk is het enkele feit dat de wetgever aan het bestuur opdraagt om een keuze te maken tussen verschillende individuen (in casu door middel van de introductie van een vergunningstelsel) al voldoende om daaruit diens wil af te leiden dat geen schadevergoedingsmogelijkheid bestaat voor degene(n) op wie de keuze niet valt, ongeacht de invloed daarvan op hun vermogenspositie.[147] Dat is streng, maar het is de vraag of een andere uitkomst redelijker zou zijn geweest. C-G Galabert wees er in dit verband op dat de onderhavige keuze noodzakelijk was om het belang van de nationale economie zo goed mogelijk te dienen, door alleen die centra een vergunning te geven die daartoe het meest geschikt zijn. Het toekennen van een compensatie zou tot het vreemde resultaat hebben geleid dat centra die een vergunning onwaardig zijn, wel een compensatie krijgen.[148]

---

146 CE 13 oktober 1978, *Rec*. p. 370 (*Perthuis*).

147 Zie reeds de conclusie van Heumann bij CE 26 oktober 1962, *RDP* 1963, p. 83 (*Sieur Olivier*): 'Car, ou bien il s'agit de législations ou de réglementations qui imposent nécessairement un choix entre des individus (répartition de produits industriels, attribution de licences) et l'on peut dire que le législateur ou l'auteur du règlement a, de toute évidence, entendu exclure tout octroi d'indemnité à ceux que ce choix va léser (…).'

148 Als geciteerd door Bon in *D*. 1979, p. 85.

4.5.3.4 Wetten die een bij uitstek algemeen belang dienen

Ook in deze categorie wordt aangeknoopt bij het doel dat de wetgever heeft beoogd. In de tot deze categorie behorende gevallen wordt echter aansluiting gezocht bij de aard van het algemeen belang zelf. In veel uitspraken wordt uit de keuze van de wetgever om een *bepaald* algemeen belang te dienen, afgeleid dat, bij afwezigheid van een expliciete overweging van de wetgever in andere zin, de wetgever heeft beoogd geen schadevergoeding mogelijk te maken. In de uitspraak *Plan* uit 1994 ging het om een wet die, in het belang van de bescherming van de natuur, het verbood bepaalde beschermde diersoorten gevangen te nemen of te doden. Hiertoe behoorden ook roze flamingo's. Een landbouwer ondervond door dit verbod oogstschade omdat de beesten zich te goed deden aan zijn rijstvelden. Pogingen om met minder vergaande maatregelen dan het afschieten van de flamingo's zijn velden te beschermen – bijvoorbeeld door hen af te schrikken – waren weinig effectief gebleken. De Conseil d'Etat zag geen mogelijkheid deze schade op grond van de égalité te vergoeden:

> '(…) qu'eu égard à l'objet en vu duquel les dispositions législatives précitées et les divers textes pris pour leur application ont été édicts, dans l'intérêt général, le législateur a entendu exclure la responsabilité de l'Etat à raison des conséquences que ces textes peuvent comporter, notamment, pour les cultures exposées aux dégâts occasionnés par les flamants roses'.[149]

Ook in latere rechtspraak werd uit het feit dat de wet een algemeen belang diende, afgeleid dat de wetgever een compensatie niet mogelijk heeft willen maken: bij een wet die het verbood om, in het belang van de bestrijding van de energieschaarste lichtreclame op de openbare weg te vertonen,[150] een wet die het verbood om, in het belang van de bescherming van diersoorten, onder bepaalde voorwaarden dieren op te zetten,[151] een wet die beoogde, ter bescherming van de economie, het uitgeven van Frans geld in het buitenland te voorkomen,[152] een wet die in het belang van de volkgezondheid aan laboratoriummedewerkers de bevoegdheid ontnam tot het verrichten van bepaalde medische handelingen,[153] een wet die een einde maakte aan het monopolie van de Staat ten aanzien van de handel in alcohol, om daarmee te voldoen aan Europese verplichtingen[154] en een wet die beoogde om te

149 CE 21 januari 1998, *Rec*. p. 19 (*Plan*), *Droit administratif – Juris-Classeur* 1998, p. 26, m.nt. Paillet.
150 CE 24 oktober 1984, *D*. 1984, p. 249 (*Soc. Claude Publicité*).
151 CE 14 december 1984, *D*. 1984, p. 249 (*Rouillon*).
152 CE 23 december 1988, *D*. 1989, p. 344 (*Soc. Michel Martin*).
153 TA de Versailles 7 maart 1995, *Rec*. p. 899 (*Morlat*).
154 CE 8 april 1994, *Rec*. p. 187 (*Charbonneaux-Brabant*). Vgl. CE 4 januari 1995, *Rec*. p. 1020 (*Guillier*) en CAA de Douai 1 juli 2003, *Rec*. p. 981 (*S.A. Sogetra*).

snoeien in de uitgaven in de publieke zorgsector.[155] Ook bij (lagere) regelingen ter uitwerking van formele wetten heeft dezelfde reden aan schadevergoeding in de weg gestaan,[156] alsmede in het geval van een door de minister uitgevaardigd communiqué waarin werd opgeroepen een bepaalde paté niet te consumeren, omdat daarin een gevaarlijke stof was geconstateerd, wat leidde tot het faillissement van een bedrijf.[157]

Ter verklaring van deze jurisprudentie heeft Chapus erop gewezen dat dergelijke wetten een 'bij uitstek algemeen en voornaam algemeen belang dienen' (*un intérêt tout à fait général (et non plus ou moins sectoriel) et prééminent*).[158] Dit zou aan schadevergoeding in de weg staan. De achterliggende gedachte is kennelijk dat als een wettelijk regime beoogt een bij uitstek algemeen doel te dienen – denk aan de bescherming van de nationale economie in haar geheel, de bescherming van de volksgezondheid, de nationale veiligheid of de natuur – het in het licht van dat algemene doel niet denkbaar is dat de last een of enkelen bijzonder treft.

De vraag is of dit gegeven relevant zou moeten zijn in het kader van een toets aan de égalité. De teneur in de literatuur is dat men kritisch is over het in stelling brengen van 'bij uitstek algemene en voorname algemene belangen' om aansprakelijkheid van de hand te wijzen. Zo is opgemerkt dat elke wet in principe tot doel heeft het algemeen belang te dienen; het dienen van het algemeen belang is een voorwaarde voor de rechtmatigheid van *elke* overheidshandeling.[159] Paillet heeft er voorts op gewezen dat deze jurisprudentie een volstrekt ander uitgangspunt kiest dan het arrest *La Fleurette*, waarin de Conseil d'Etat juist in het feit dat met de wet een algemeen belang werd gediend, een *rechtvaardiging* zocht voor het feit dat de schade door de collectiviteit moest worden gedragen. Dat is heel iets anders dan stellen dat een last een algemeen belang dient en dat de schade daarom voor rekening van de getroffene behoort te blijven. Voor een onderscheid tussen verschillende soorten algemene belangen zou volgens hem geen ruimte moeten zijn.[160] Ook Errera heeft zich kritisch getoond. Het algemeen belang zou bij de toepassing van het égalitébegin-

155 TA de Versailles 18 juni 1998, *Rec*. p. 1156

156 CE 24 maart 1989, *Rec*. p. 899 (*Epoux Delcoigne*).

157 CE 30 juli 1997, *Rec*. p. 312 (*Boudin*; 'que de telles mesures, eu égard à l'objectif de protection de la santé publiques qu'elles poursuivent, ne peuvent ouvrir droit à indemnisation que si elles sont constitutives d'une faute').

158 Chapus 2001, p. 1373. Vgl. Hennette-Vauchez 2005, p. 22 , die spreekt van 'un intérêt général impérieux'. Ook in de jurisprudentie wordt het begrip 'un objectif d'intérêt général prééminent' soms expliciet gebruikt (CAA de Paris 21 maart 1996, *Rec*. p. 1149 (*Mme Kalck-Moreaux*)).

159 Bon et Terneyre, noten onder CE 11 juli 1990, *D*. 1991, p. 286 en CE 18 november 1988, *D*. 1989, p. 345-346. In dezelfde zin Jeanneau 1965, p. 393, Bon, noot bij CE 21 januari 1998, *RFDA* 1998, p. 565 e.v. (*Plan*), Moderne & Bon, *D*. 1986, p. 250, Errera 1986, p. 161, Deguergue 1994, p. 389.

160 M. Paillet, noot onder CE 21 januari 1998 (*Plan*), *DA* 1998, p. 27. Op het verschil met *La Fleurette* wijzen ook Moderne & Bon, noot onder CE 23 december 1988, *D*. 1989, p. 345-346.

sel slechts een descriptieve functie moeten hebben, en niet kunnen dienen ter rechtvaardiging van de afwijzing van een verzoek om schadevergoeding.[161]

De doctrine heeft overigens ook getracht deze lijn in de jurisprudentie op een andere wijze met het égalitébeginsel te verenigen. Gesteld is bijvoorbeeld dat nadelen door economische wetgeving niet abnormaal kunnen zijn, omdat de enkeling die schade lijdt ook het voordeel geniet van een verbetering van de economische orde.[162] Diezelfde redenering brengt volgens Truchet met zich dat ook van een speciale last geen sprake kan zijn: omdat de maatregel op een ieder van toepassing is, heeft een ieder er het voordeel van, en is er dus noch qua voordelen noch qua nadelen sprake van een bijzondere last.[163] Het is echter de vraag of deze verklaringen het niveau van de theorie ontstijgen. Broyelle heeft erop gewezen dat de Conseil d'Etat nooit expliciet een verband legt tussen het algemeen belang en de voorwaarden van *spécialité* en *anormalité*. De jurisprudentie sluit in de regel niet uit dat ook maatregelen die bij uitstek algemene belangen dienen tot een bijzonder nadeel kunnen leiden.[164] De Conseil kijkt naar de last die de wettelijke norm aan de enkeling oplegt, en maakt geen afweging tussen bijzondere voor- en nadelen. Bovendien is het de vraag of het wel altijd mogelijk is om te bepalen wie in het bijzonder een voordeel geniet van een in het algemeen belang genomen maatregel. Voor de enkeling die een bijzonder zwaar nadeel lijdt, blijven de voordelen van de wet veelal een in politieke termen vervatte abstractie, waartegen de concrete aantasting van een vermogenspositie moeilijk kan worden afgewogen.[165]

4.5.3.5 Recente ontwikkelingen

De stelling van Chapus dat de jurisprudentie ten aanzien van formele wetten een 'luxeproduct' is, lijkt in het licht van het voorgaande niet overdreven.[166] Het uitgangspunt van *La Fleurette* – bij het zwijgen van de wetgever moeten speciale en abnormale lasten die in het algemeen belang worden opgelegd, worden vergoed – is lange tijd verlaten voor een veel terughoudender opstelling. Die opstelling kenmerkt zich door een interpretatie van het zwijgen van de wetgever waarbij niet alleen in het enkele dienen van een 'algemeen belang

161 Errera 1986, p. 161.

162 Concl. C-G Ordonneau bij CE, Ass. 29 juni 1962, *Rec*. p. 432 (*Sté Manufacture des machines du Haut-Rhin*), i.h.b. p. 440-441.

163 Truchet 1977, p. 190.

164 Zij wijst op CE 23 januari 1952, *Rec*. p. 52 (*Cie des tramways électriques de Limoges*). Een bedrijf werd door een maatregel tot afsluiting van elektriciteit (in het belang van een goede verdeling daarvan in een tijd van schaarste) volgens de Conseil net als alle andere bedrijven in de regio getroffen, zodat van een speciaal nadeel geen sprake was. De redenering van de Conseil sloot echter niet uit dat het bedrijf, als zij wel speciaal en abnormaal was benadeeld, het égalitébeginsel succesvol had kunnen inroepen.

165 Broyelle 2003, p. 155.

166 Vgl. Hennette-Vauchez 2005, p. 21, die spreekt van 'une politique jurisprudentielle [extrêmement restrictive]'.

bij uitstek', maar ook uit het enkele zwijgen van de wetgever is opgemaakt dat de wetgever een recht op schadevergoeding niet heeft willen erkennen.[167] Ondanks de kritische geluiden in de doctrine heeft de Conseil heeft lange tijd aan zijn jurisprudentie vastgehouden.

Vanaf 2003 is de Conseil d'Etat echter nieuwe technieken gaan hanteren om de aansprakelijkheid voor wetgeving uit formele zin te beoordelen. Daarbij speelt de wil van de wetgever nog wel een rol, maar niet meer op de 'alles of niets'-wijze uit de zojuist besproken jurisprudentie. Een goed voorbeeld van deze koerswijziging is het *ADARC*-arrest uit 2003. In casu ging het om een wet uit 1976 tot bescherming van bepaalde diersoorten, waaronder de aalscholver. Viskwekers leden door dit beschermingsregime veel schade. De Conseil stelde vast dat noch uit het doel, noch uit de tekst, noch uit de parlementaire behandeling van de wet bleek dat de wetgever had gewild dat de schade die uit de wet voortvloeide voor een bepaalde activiteit, in dit geval die van landbouwers, niet diende te worden vergoed. Deze schade kenmerkte zich volgens de Conseil door 'un caractère grave et spécial et ne saurait, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressées'.[168] Het feit dat met de wet het algemene – en eerder *prééminent* geachte – belang van de natuurbescherming werd gediend, werd door de Conseil niet ontkend, maar was geen grond om de schadevergoedingsclaim af te wijzen. Ook uit het enkele zwijgen van de wetgever over een mogelijkheid tot schadevergoeding leidde de Conseil niet af dat de schade niet vergoedbaar was. In plaats daarvan introduceerde de Conseil een nieuw criterium, dat verband houdt met het *doel* van de wet. Volgens de Conseil kan de formele wetgever aansprakelijk zijn:

> 'en raison d'un dommage anormal que l'application de ces dispositions pourrait causer à des activités – notamment agricoles – autres que celles qui sont de nature à porter atteinte à l'objectif de protection des espèces que le législateur s'était assigné'.

Uit dit citaat blijkt dat het doel van de wet aan aansprakelijkheid in de weg staat als de geschade belangen (een bepaalde activiteit bijvoorbeeld, zoals in casu de jacht of de taxidermie (het opzetten van dieren)) naar hun aard in

---

167 Zie bijv. CE januari 1995, *Rec.* p. 1020 (*Sté Etablissements Guiller*): 'En l'absence de disposition expresse prévoyant une indemnisation (…) et eu égard aux objectifs d'intérêt général qu'elle poursuit, la loi (…) ne saurait engager la responsabilité de l'Etat'.

168 CE 30 juli 2003, *Rec.* p. 367 (*Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres* (*ADARC*)), onder meer geannoteerd door P. Bon, *RFDA* 2004, p. 150 e.v., Guillard 2003, p. 2527 e.v. en Chaltiel 2004, p. 106 e.v. In het vervolg op het arrest van de Conseil d'Etat is de staat door de rechtbank van Bordeaux tot een schadevergoeding veroordeeld (CAA de Bordeaux 26 februari 2004, *AJDA* 2004, p. 565).

de weg staan aan het bereiken van dit doel.[169] De viskwekers, die wel getroffen werden, maar wier activiteit het belang van de bescherming van de natuur op geen enkele wijze belemmert, kunnen daarom in casu op schadevergoeding aanspraak maken. De redenering sluit aan op een eerdere uitspraak van de appelrechter uit Lyon, die in een zaak naar aanleiding van dezelfde wet had overwogen dat de directe, maar onbedoelde gevolgen van een in het algemeen belang getroffen maatregel door de collectiviteit moeten worden gedragen.[170] Het arrest brengt in ieder geval een verschuiving in de rolverdeling tussen rechter en wetgever met zich, nu de laatste er niet langer zonder meer op kan vertrouwen dat de formele wetgever *de facto* niet aansprakelijk is. Als de wetgever een aansprakelijkheid voor niet-beoogde effecten wenst uit te sluiten, zal hij zich daarover in de wet zelf of in de *travaux préparatoires* moeten uitspreken.

Met het *ADARC*-arrest is de Conseil d'Etat iets meer opgeschoven in de richting van de oude *La Fleurette*-koers. Door te differentiëren tussen beoogde en niet-beoogde gevolgen zal de rechter in meer gevallen toekomen aan de vraag of de toepassing van een wet tot onevenredig nadeel leidt. Toch is het de vraag of deze nieuwe koers tot een sterke uitbreiding van de aansprakelijkheid zal leiden. De regulering van een bepaalde activiteit, al dan niet van een bepaalde beroepsgroep, zal in het gros van de gevallen een uitdrukkelijk doel van de wetgever zal zijn.[171] Het *ADARC*-arrest differentieert weliswaar, maar de vraag is of het dat in voldoende mate doet: ook binnen de groep van gevallen die de wetgever beoogt te benadelen kunnen zich immers een of enkele gevallen bevinden die onbedoeld onevenredig nadeel ondervinden. Die vallen echter, als men het arrest strikt interpreteert, buiten de rechterlijke toets aan het égalitébeginsel, terwijl dat onder het regime van het *La Fleurette*-arrest niet zo zou zijn geweest: aangenomen mag immers worden dat ook het offer het verbod van de zuivelvervanger die La Fleurette fabriceerde viel binnen de doelstelling die de wetgever beoogde te dienen, namelijk de bescherming van de zuivelmarkt.

In het arrest *Ax'ion* van 2 november 2005 is de Conseil d'Etat echter alsnog overgegaan tot een meer op het *La Fleurette*-arrest gelijkende toets; *en passant* leek de Conseil bovendien afstand te nemen van het *ADARC*-arrest.[172] Aanlei-

169 Vgl. CE 14 december 1984, *D*. 1984, p. 249 (*Rouillon*), waarin de schade die een professionele opzetter van dieren door dezelfde wet leed, op grond van 'l'objet en vue duquel ces dispositions législatives ont été édictées, dans l'intérêt général' niet werd vergoed, omdat hieruit impliciet zou blijken dat de wetgever een vergoeding zou hebben willen aansluiten.

170 Zie CAA de Lyon 1 februari 1994, *D*. 1994, p. 442 (*Plan*; 'que (…) les pertes de récolte résultant de cette situation constituent pour l'intéressé une charge que ne lui incombe pas normalement; que cette charge, qui est la conséquence directe, mais non voulue, d'une mesure édictée par le législateur dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité'). De Conseil vernietigde de uitspraak en sloot een schadevergoeding uit in het licht van het doel van de wet (CE 21 januari 1998, *Rec*. p. 19 (*Plan*)).

171 Vgl. Guillard 2003, p. 2530.

172 CE 2 november 2005, *Rec*. p. 468 (*Société coopérative agricole Ax'ion*).

ding tot deze koerswijziging was niet zozeer een verandering in de visie op het égalitébeginsel, maar de invloed van art. 1 EP EVRM, dat zich aan al deze rechterlijke interpretatiemethoden immers weinig gelegen laat liggen. Een wet uit 1976 voorzag in de mogelijkheid gebouwen of installaties die (onder meer) in verband met mogelijke explosies een gevaar voor de omgeving vormden, te doen sluiten. Een schadevergoedingsbepaling was niet in de wet opgenomen. In 1999 kreeg agrarisch bedrijf Ax'ion de opdracht een aantal silo's en verbrandingsinstallaties te sluiten. Het bedrijf leed hierdoor een schade van ongeveer € 1,5 miljoen. In het licht van de oudere jurisprudentie had een afwijzing van de claim van Ax'ion voor de hand gelegen. De met de wet gediende algemene belangen – de volksgezondheid, de veiligheid, de landbouw en de bescherming van de natuur, het milieu en monumenten die behoren tot het archeologische erfgoed – passen goed binnen de soorten belangen die de Conseil eerder als een 'algemeen belang bij uitstek' aanmerkte. Ook zou het conform de regel uit het *ADARC*-arrest geweest zijn de schade onvergoed te laten, omdat de activiteit van het bedrijf in strijd was met de met de wet beoogde doelen. De lagere rechters hadden de claim van Ax'ion dan ook afgewezen.[173] C-G Guyomar droeg echter enkele argumenten aan waarom de claim zou moeten worden toegewezen. Onder meer wees hij op het feit dat de Conseil Constitionnel aan het égalitébeginsel constitutionele waarde heeft toegekend, waarmee een regime van een feitelijke *irresponsabilité* moeilijk te verenigen zou zijn. Zou de rechter een wet in het licht van het constitutionele égalitébeginsel moeten interpreteren en toepassen, dan ligt het voor de hand dit aldus te doen dat bij het zwijgen van de wetgever over een mogelijkheid tot schadevergoeding, de conclusie is dat het égalitébeginsel in beginsel *wel* tot schadevergoeding kan dwingen, en niet dat dit in beginsel *niet* het geval is. Een ander bezwaar zag Guyomar in de mogelijke strijd met artikel 1 Eerste Protocol EVRM, waaruit minimumnormen voor de bescherming van eigendom voortvloeien. De gedachte dat men uit het zwijgen van de wetgever zou kunnen afleiden dat voor abnormale inbreuken op het égalitébeginsel geen schadevergoeding hoeft te worden gegeven, zou mogelijk met art. 1 EP strijdig zijn. In plaats van een *irresponsabilité générale et absolue de la puissance publique* zou de rechter moeten stellen *une appréciation au cas par cas et in concreto du caractère indemnisable du préjudice subi*.[174] De Conseil d'Etat volgde Guyomar. 'In het licht van de bepalingen van de Constitutie en het EVRM en het daarbij behorende Eerste Protocol' stelde de Conseil:

> 'Considérant qu'il résulte des principes qui gouvernent l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat que le silence d'une loi sur les conséquences que peut comporter sa mise en oeuvre, ne saurait être interprété comme excluant, par

173 TA d'Amiens 30 juli 2002 en CAA de Douai 12 februari 2004, kenbaar uit *Rec*. 2005, p. 468 e.v.

174 Guoymar, concl. bij CE 2 november 2005 (*Ax'ion*), kenbaar uit *RFDA* 2006, p. 349 e.v.

> principe, tout droit à réparation des préjudices que son application est susceptible de provoquer; qu'ainsi, en l'absence même de dispositions le prévoyant expressément (…) l'exploitant (…) est fondé à demander l'indemnisation du dommage qu'il a subi de [la fermeture d'une installation], lorsque excédant les aléas que comporte nécessairement une telle exploitation, il revêt un caractère grave et spécial et ne saurait, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé.'

Deze passage kan met recht worden gekenschetst als een terugkeer naar het arrest *La Fleurette*: uit het zwijgen van de wetgever kan niet langer worden opgemaakt dat de overheid niet aansprakelijk is, maar moet integendeel worden opgemaakt dat een aansprakelijkheid niet is uitgesloten. Het arrest impliceert dat in het regime van de aansprakelijkheid voor formele wetten aansluiting wordt gezocht bij de aansprakelijkheid voor 'gewone' besluiten. Relevant is primair de toets aan de *spécialité* en de *anormalité*. Weliswaar geldt daarnaast nog wel dat de wil van de wetgever niet aan een aansprakelijkheid in de weg mag staan, maar de door de rechter *impliciet* ingelezen wil van de wetgever staat niet langer zelfstandig aan aansprakelijkheid in de weg. Als de wetgever aansprakelijkheid wenst uit te sluiten, zal hij zich daarover moeten uitspreken. Het arrest lijkt voorts nog een stap verder te gaan dan het *ADARC*-arrest; relevant is bovenal de *anormalité* van de last van Ax'ion. Of het nu werkelijk de Europeesrechtelijke normen zijn die tot deze benadering dwingen, en of het niet veeleer gaat om de wil van de rechter tot een *certaine socialisation du risque*, zoals C-G Guyomar stelde, kan in het midden blijven.[175] Feit is dat ook de formele wetgever na dit arrest niet langer kan genieten van een *de facto* niet-aansprakelijkheid. Na *Ax'ion* zal de formele wetgever dan ook in meer gevallen aansprakelijk zijn.[176]

4.5.4 Verdragen

De acceptatie van een aansprakelijkheid voor formele wetten heeft ook bijgedragen aan de aanvaarding van een aansprakelijkheid voor verdragen. Net als de wetgevingsactiviteit behoort ook het sluiten van verdragen tot een terrein waarop de soevereiniteit van de staat bij uitstek vooropstaat. Lange tijd vond een aansprakelijkheid van de staat een drempel in de theorie van de *actes de gouvernement*, die stelt dat bepaalde daden van de regering vanwege hun zuiver

175 Het wordt betwijfeld door Broyelle 2006, p. 1427 e.v. In haar proefschrift betoogt Broyelle zelfs dat de aansprakelijkheid van de formele wetgever louter bestaat uit hoofde van de impliciete wil van de wetgever zelf.

176 Zie voor een later voorbeeld CE 25 juli 2007, no. 278190 (*M. et Mme Cortie*; sluiting van camping in verband met preventieve maatregelen tegen overstromingen leidt tot speciaal en abnormaal nadeel).

politieke karakter geen voorwerp kunnen zijn van een rechterlijk geding.[177] In eerdere arresten had de Conseil d'Etat om die reden een aansprakelijkheid voor verdragen van de hand gewezen.[178] Met het arrest *Compagnie générale d'énergie radio-électrique* uit 1966 werd dit uitgangspunt echter verlaten.

> Een bijlage bij de Haagse Conventie van 1907 regelde dat ten tijde van oorlogen alle middelen, zelfs van privé-personen, om berichten over te brengen in beslag mochten worden genomen, maar dat deze na afloop van de oorlog moesten worden teruggegeven, waarbij ook voor het mogelijk ondervonden nadeel een regeling moest worden getroffen. Een Franse radiozender die tijdens de Tweede Wereldoorlog door de Duitsers bezet was geweest, claimde op grond hiervan de gerechtvaardigde verwachting te koesteren dat de schade door de beperking van het genot van het gebruik van de zender vergoed zou worden. Frankrijk had echter met Duitsland in 1946 en 1953 een akkoord gesloten dat het regelen van het 'probleem van de gerechtvaardigde verwachtingen' tot een nadere, onbepaalde datum zou moeten wachten, waarmee elke hoop op het verkrijgen van een schadevergoeding voor de zender feitelijk vervlogen was.

C-G Bernard voerde aan dat het verdrag in het naoorlogse Frankrijk een status had gekregen die steeds dichterbij die van de wet kwam, en in sommige gevallen zelfs superieur aan de wet was. Met de aanvaarding van de aansprakelijkheid voor wetten in *La Fleurette* en *Bovero* zou ook die voor verdragen daarom niet principieel moeten worden uitgesloten. De Conseil d'Etat ging mee in zijn betoog en aanvaardde een aansprakelijkheid voor verdragen, zij het onder drie voorwaarden: ten eerste moet het verdrag op een juiste wijze in de nationale rechtsorde zijn geïmplementeerd (d.w.z. zijn geratificeerd en gepubliceerd),[179] ten tweede mag het verdrag noch de wet kunnen worden geïnterpreteerd als zou elke aansprakelijkheid zijn uitgesloten en ten derde moest de schade waarvoor vergoeding werd gevraagd een *gravité suffisante* en een *caractère spécial* vertonen.[180] In een arrest van dezelfde dag voegde de Conseil d'Etat daar nog een voorwaarde aan toe: alleen *bepalingen* uit het Verdrag kunnen tot aansprakelijkheid leiden, niet onvolledigheden.[181]

Slechts in twee gevallen is in de jurisprudentie sinds 1966 op het égalité-beginsel een succesvol beroep gedaan.

> In het arrest *Burgat* ging het om een verhuurder van een appartement die bij wie een huurster inwoonde die weigerde de verhoogde huur te betalen. Ten tijde van het sluiten van het huurcontract genoot zij nog geen diplomatieke immuniteit, maar door haar huwelijk met een man uit Honduras die werkzaam was bij de UNESCO,

177 Zie nader Long e.a. 2007, p. 16 e.v., p. 584 en Chapus 2001, p. 947 e.v.
178 CE 1 juni 1951, *Rec.* p. 312 (*Soc. des étains et wolfram du Tonkin*), CE 14 februari 1962, *Rec.* p. 107 (*d'Argence*).
179 Zie over deze eis nader Rougevin-Baville 1987, p. 25-26 en Long e.a. 2007, p. 586-587.
180 CE 30 maart 1966, *Rec.* p. 257 (*Compagnie Générale d'énergie radio-électrique*).
181 CE 30 maart 1966, *Rec.* p. 259 (*Guyot*).

kwam hierin verandering. Volgens de Conseil d'Etat sloot het verdrag tussen de UNESCO en Frankrijk een schadevergoeding niet uit. Ook was sprake van een onvoorzienbaar, speciaal en zwaar (bijna 30.000 francs) nadeel, dat op grond van het égalitébeginsel moest worden vergoed.
De feiten die aan het arrest *Almayrac* ten grondslag lagen, waren complexer van aard. In 1961 werd bij een tussen tien Afrikaanse landen gesloten verdrag luchtvaartmaatschappij Air Afrique opgericht, een maatschappij met de nationaliteit van alle betrokken landen en een zetel in Abidjan (Ivoorkust). Het vliegpersoneel, dat grotendeels in Parijs was gevestigd, ging in 1984 in staking, wat voor de maatschappij aanleiding was om de arbeidscontracten van de stakers te beëindigen. Dit werd door de Ivoriaanse rechter gehonoreerd. De Franse arbeidsrechter verklaarde deze contractbreuk echter onrechtmatig en kende een schadevergoeding toe. De Franse staat trad in diplomatieke besprekingen met de maatschappij, wat resulteerde in een briefwisseling uit 1989, die als uitsluitend doel had om de beslissing van de arbeidsrechter niet-uitvoerbaar te laten zijn en dus de beslissing van de Ivoriaanse rechter te laten prevaleren. Voor de door deze overeenkomst ontstane schade stelde het personeel de Franse staat met succes aansprakelijk. Uit de briefwisseling volgde niet dat elke vorm van aansprakelijkheid uitgesloten was. Het personeel had, aldus de Conseil d'Etat, een gerede kans om op basis van de uitspraak van de arbeidsrechter een schadevergoeding te verkrijgen. Het tenietgaan van deze kans voor de 38 personeelsleden had in de ogen van de Conseil d'Etat geleid tot een speciale en abnormale last.[182]

De aan het égalitébeginsel verbonden voorwaarden zijn in de praktijk in het gros van de gevallen een te hoge drempel gebleken.[183] Vanwege de algemene strekking van verdragen is met name aan de eis van *spécialité* niet snel voldaan, zoals uit het arrest over de radiozender bleek. Ook het causaal verband,[184] de wil van de verdragsluitende partijen[185] en de gebrekkige implementatie van het verdrag[186] hebben aan égalité-aansprakelijkheid in de weg gestaan. Het huidige belang van de égalitérechtspraak over verdragen is vooral principieel in die zin dat het verdrag voor wat betreft de toepasselijkheid van de égalité geen andere plaats inneemt dan de wet in formele zin. Volgens Long e.a. is het overigens niet uitgesloten dat het belang van de aansprakelijkheid voor verdragen in de toekomst zal toenemen, gelet op de steeds belangrijker rol die verdragen in het juridische verkeer innemen.[187]

182 CE 29 december 2004, *Rec.* p. 465, *RFDA* 2005, p. 230 e.v. (*Almayrac*) en *RFDA* 2005, p. 586 (concl. C-G Stahl) als ook Errera 2005, p. 660 e.v.
183 Zie bijv. Long e.a. 2007, p. 587.
184 CE 1 juni 1984, *Rec.* p. 194 (*Tizon*), CE 4 oktober 1999, *Rec.* p. 297 (*Syndicat des co-propriétaires du 14-16 boulevard Flandrin*).
185 CE 9 juli 1980, *Rec.* p. 311 (*Doussous*; voor de onteigening van in in Marokko gelegen gronden was een forfaitair bedrag afgesproken, zodat de égalité in de weg stond aan een ruimere vergoeding).
186 CE 13 juli 1979, *Rec.* p. 319 (*Cie de participation, de recherches et d'exploitations pétrolières*).
187 Long e.a. 2007, p. 589.

4.5.5 Permanente schade door openbare werken (*travaux publics*, *ouvrages publics*)

Naast de regimes voor schade ten gevolge van *juridische* handelingen, kan het égalitébeginsel ook worden toegepast op schade ten gevolge van bepaalde *feitelijke* handelingen. Het gaat dan vooral om schade ten gevolge van *travaux publics*.[188] *Travaux publics* zijn werkzaamheden (of het gebrek daaraan, zoals gebrekkig onderhoud) aan onroerende goederen die door of namens een publieke collectiviteit worden verricht met het doel het algemeen belang te dienen.[189] Het gaat om de verwezenlijking van en het onderhoud aan de publieke infrastructuur in brede zin: openbare wegen, gebouwen van de publieke diensten en andere zaken, zolang er maar sprake is van een zekere verankering met de bodem. Of een *travail public* aanwezig is, wordt door de Conseil d'Etat autonoom getoetst, los van de vraag of het werk deel uitmaakt van het publieke domein. Zo viel de schade van een kind door gebrekkig onderhoud aan een kerk onder het kopje *travaux publics*, zelfs al maakt de eredienst geen deel uit van de *service public*. Bepalend was dat de werkzaamheden aan een kerk worden verricht in het kader van het algemeen belang.[190] Dat de werkzaamheden op privégrond plaatsvinden, is evenmin doorslaggevend, zodat ook het werk aan een bospad onder de *travaux publics* viel, omdat daarmee beoogd werd de toegang tot de kust te vergemakkelijken.[191] Sinds het arrest *Effimieff* kunnen ook werkzaamheden aan werken die in private handen zijn als *travaux publics* worden aangemerkt, zolang deze worden verricht in het kader van *une mission de service public*.[192] In dat geval is het wel noodzakelijk dat een publieke persoon op enig moment de werkzaamheden coördineert of controleert, of als bouwmeester fungeert.[193]

Travaux publics onderscheiden zich van *ouvrages publics*; de laatste zijn veelal het resultaat van *travaux publics*. Een *ouvrage public* is per definitie een onroerende zaak, en is ofwel in handen van een publieke rechtspersoon, ofwel bestemd voor toegang tot het publiek.[194] Het bestaan van een *ouvrage public* kan een grond voor een schadevergoeding vormen, zoals het geval van een bewoner van een landelijke omgeving die zich met de plaatsing van een kerncentrale geconfronteerd zag.[195] Ook het gebruik van *ouvrages publics* kan een grond voor schadevergoeding zijn, waarbij valt te denken aan stank- en geluidshinder en andere *troubles de voisinage*. Het feit dat de schade door een

188 Zie § 2.5.3 voor enkele historische opmerkingen over dit regime.
189 Vgl. CE 10 juni 1921, *Rec.* p. 573 (*Commune de Monségur*).
190 CE 10 juni 1921, *Rec.* p. 573 (*Commune de Monségur*); zie Long e.a. 2007, p. 241, p. 485 e.v.
191 CE 28 september 1988, *Rec.* p. 318 (*Office national des forêts*).
192 CE 29 maart 1955, *Rec.* p. 617 (*Effimieff*).
193 TC 18 december 2000, *Rec.* p. 778 (*Syndicat des copropriétaires du centre commercial du Lézarde*).
194 CE 13 juli 1965, *Rec.* 442 (*Arbez-Gindre*); zie Long e.a. 2007, p. 489.
195 CE 2 oktober 1987, *CJEG* 1987, p. 898 (*Spire*).

ouvrage public niet wordt vergoed, sluit niet uit dat de schade die het gevolg is van de aanleg daarvan wel wordt vergoed, en omgekeerd.[196]

De jurisprudentie ten aanzien van *travaux* en *ouvrages publics* is bijzonder verfijnd; niet alleen wordt onderscheiden tussen beide begrippen, maar ook al naar gelang de aard van de schade en de relatie van de getroffene tot het werk of de werkzaamheden.[197] Is de getroffene een gebruiker (*usager*; denk aan voetgangers, fietsers, bezoekers van een monument bijv.), dan geldt het principe van de *faute présumée*, wat inhoudt dat bij eventueel optredende schade onrechtmatigheid wordt verondersteld, maar dat de overheid wel aan aansprakelijkheid kan ontkomen door – bijvoorbeeld – te stellen dat de gebruiker niet alle veiligheidsvoorschriften in acht heeft genomen.[198] Is de getroffene een *participant* (vooral de aan het werk werkzame ondernemer en zijn ondergeschikten), dan geldt ook het regime van de aansprakelijkheid *pour faute*, zonder dat een fout wordt verondersteld.[199] Dat is een minder gunstig regime dan dat voor de gebruikers, wat zich laat verklaren doordat het bestaan van risico's bij het werk dat zij helpen creëren voor hen niet vreemd is. Is het slachtoffer tot slot een *derde* (en heeft hij dus geen relatie met het bouwwerk in kwestie; veelal omwonenden), dan geldt telkens het regime van de aansprakelijkheid *sans faute*, waarbij echter wordt onderscheiden tussen het égalité-regime en het risico-regime, waarop ik zo terugkom.

In het algemeen geldt: hoe meer het slachtoffer profiteert van het publieke werk – en dat profijt is het grootst in het geval van de *participant*, iets minder groot in het geval van de gebruiker, en het minst groot voor de derde – hoe minder gunstig het toepasselijke aansprakelijkheidsregime is.[200] Is een aansprakelijkheid *sans faute* van toepassing, dan brengt dat twee gunstige uitgangspunten met zich. Ten eerste hoeft de derde slechts het bestaan van een causaal verband tussen de daad en het werk aan te tonen en ten tweede kan de verantwoordelijke autoriteit slechts aan aansprakelijkheid ontkomen door het slachtoffer eigen schuld tegen te werpen (*faute de la victime*; denk aan nalatig onderhoud, onvoorzichtigheid of het nalaten schadebeperkende maatregelen te nemen) of zich op overmacht te beroepen (*force majeure*).

196 Zie bijv. CAA de Bordeaux 23 mei 1989, *Rec.* p. 928 (*Plénière*); geen vergoeding voor het bestaan van een snelweg, wel voor de geluidsoverlast door de aanleg daarvan.

197 Een goed overzicht van dit aansprakelijkheidssysteem geeft Roozendaal 1998, p. 168 e.v.

198 CE 26 juni 1962, *Rec.* p. 268 (*Commune de Béthoncourt*). Hierop wordt een uitzondering gemaakt indien het werk als 'particulièrement dangereux' kan worden gekwalificeerd, zoals in het geval van een *route nationale* waar neerstortend gesteente aan de orde van de dag was en tot vele ongelukken, in sommige gevallen dodelijk, hadden geleid. Hier was de aansprakelijkheid *pour risque* (dus een foutloze aansprakelijkheid) van toepassing (CE 6 juli 1973, *Rec.* p. 482 (*Dalleau*)); zie Hennette-Vauchez 2005, p. 33-34; vgl. CAA de Lyon 18 januari 1990, *Rec.* p. 410 (*Epoux Cala*).

199 CE 10 maart 1971, *Rec.* p. 208 (*Soc. des établissements Jean-François*).

200 Hennette-Vauchez 2005, p. 32.

Waar de getroffen derde dus de foutloze aansprakelijkheid kan inroepen, is nog wel één onderscheid van belang: heeft de schade een incidenteel of juist een meer blijvend karakter? Op grond van het égalitébeginsel wordt alleen de 'permanente schade' vergoed, dat wil zeggen niet alleen de

> '(…) dommages permanents du point de vue temporel (c'est à dire des dommages qui ne disparaîtraient pas une fois apparus), mais des dommages nécessaires, inhérents à la réalisation de certaines opérations de travaux publics: des dommages inévitables (…). On parle aussi des dommages non accidentels, en ce qu'ils sont, sinon toujours prévus exactement, prévisibles.'[201]

Het moet dus gaan om schade die het noodzakelijke, inherente en voorzienbare (zij het niet altijd voorziene) gevolg is van de uitvoering van openbare werken. Chapus, die het onderscheid tussen incidentele, onverwachte schade en permanente schade heeft geïntroduceerd,[202] wijst erop dat het begrip 'permanent' niet impliceert dat het moet gaan om een schade die 'nooit meer weggaat': zo lang de schade het onvermijdelijke, inherente gevolg is van de uitvoering van *travaux publics* of het bestaan van *ouvrages publics*, kan zij als 'permanent' worden aangemerkt.[203] Deze kwalificatie ziet dus niet zozeer op de duur van de schade als wel op haar noodzakelijke, aan het bestaan van het werk of het uitvoeren van werkzaamheden inherente aard. Het égalitéregime is derhalve niet van toepassing op incidentele, onverwachte schade (*dommages accidentels*, d.w.z. ongelukken die kunnen worden toegeschreven aan het (slecht) functioneren van *travaux* en *ouvrages publics*). Welk regime in dat laatste geval wel van toepassing is, hangt af van de relatie van de betrokkene tot de *travaux*; het kan gaan om een aansprakelijkheid *pour faute* of *sans faute*, gebaseerd op de risicogedachte.[204]

Toepassingen van het égalitébeginsel vindt men veel in de sfeer van geluids- en stankhinder. Zo werden vergoed de schade door het wonen in de buurt van een feestzaal (een *ouvrage public*) waar niet alleen harde muziek werd gedraaid maar 's nachts ook veel auto's af- en aanreden,[205] de schade door een met 60% verminderde groei van chrysanten door de aanwezigheid van lichtmasten nabij een snelweg,[206] en tal van andere vormen van over-

201 Hennette-Vauchez 2005, p. 29.
202 Chapus 1974, p. 307 e.v.
203 Chapus 2001, p. 1365.
204 Voor gebruikers geldt meestal een regime van *responsabilité pour faute*, maar soms *sans faute* (bij werken die naar hun aard uitzonderlijk gevaarlijk zijn). Voor *derden* geldt de *responsabilité sans faute* (zie bijv. CE 7 november 1952, *Rec.* p. 503 (*Grau*, elektrocutie telefoniste door ontploffing van een mijn)). Zie uitvoerig Chapus 2001 (T. II), p. 650 e.v. Omdat het gaat om schade met een incidenteel karakter, past de rechter binnen de *responsabilité sans faute* de *responsabilité pour risque* toe.
205 CAA de Lyon, 16 maart 2000, *Rec.* p. 690 (*Epoux Raymond*).
206 CE 10 maart 1997, *D.* 1998, p. 85, *Rec.* p. 75.

last.[207] Ook schade aan ondernemers door een verminderde clientèle kan worden vergoed,[208] waarbij de rechter maatwerk toepast, met name afhankelijk van de ernst van de schade. Schade die niet ernstig genoeg is behoort tot 'les sujétions que les riverains de la voie publique sont normalement tenu de supporter sans indemnité'.[209]

Deze genuanceerde toepassing van de égalité ziet slechts op de gevallen waarin klanten een bedrijf fysiek niet kunnen bereiken door *travaux publics*. Volgt de schade niet zozeer uit wegwerkzaamheden, maar bijvoorbeeld uit de aanleg van een nieuwe openbare weg, die ertoe leidt dat een winkel minder gunstig komt te liggen ten opzichte van zijn clientèle, dan wordt schade door een minder hoge omzet principieel niet vergoed. De ernst van het nadeel vermag daar niets aan veranderen, omdat deze nadelen geacht worden te behoren tot het aan het voeren van een bedrijf inherente bedrijfsrisico.[210] Deze strenge lijn geldt in algemene zin voor zowel aanpassingen van de bestaande infrastructuur (*les modifications apportées à la circulation générale*), als voor wijzigingen van het bestaande weggennet door de wijziging van de ligging van een bestaande of de aanleg van een nieuwe weg (*les changements effectués dans l'assiette ou dans la direction des voies publiques [soit] par la création de voies nouvelles*).[211]

Als een ondernemer met een omzetdaling te maken krijgt, hangt het er voor de vraag of hij zijn schade vergoed krijgt dus vanaf wat de schadeoorzaak is. Als de schade (bijv. een wegafsluiting) het gevolg is van de toepassing van een verordening, is een succesvol beroep op het égalitébeginsel niet uitgesloten. Ook het tijdelijke karakter van zo'n maatregel staat daaraan niet in de weg, zoals blijkt uit het bekende arrest *Commune de Gavarnie*.[212] Vloeit precies dezelfde soort schade (een daling van de clientèle door een verminderde bereikbaarheid) echter voort uit algemene aanpassingen aan de infrastructuur,

---

207 Zie bijv. t.a.v. autowegen CE 6 april 1979, *Rec*. p. 883 (*Dame Rougier*), CAA de Bordeaux 23 mei 1989, *Rec*. 1989 p. 927 (*Soc. des autoroutes du Sud de la France*), t.a.v. spoorwegen CE 11 juli 1960, *Rec*. p. 476 (*Goncet*), t.a.v. vliegvelden CE 6 februari 1987, *Rec*. p. 38 (*Cie nationale Air France*), CE 20 november 1992, *Rec*. p. 418 (*Commune de Saint-Victoret*), t.a.v. een begraafplaats CE 25 november 1994, *Rec*. 1184 (*Commune de Serrières-de-Briord*), t.a.v. een voetbalveld CE 22 maart 1991, *Rec*. p. 1179 (*Rivat*) en t.a.v. een kerncentrale CE 20 januari 1989, *Rec*. p. 926 (*Epoux Vacher-Desvernais*).

208 CE 31 januari 1968, *Rec*. p. 83 (*SEM pour l'aménagement et l'équipement de la Bretagne*), CE 20 maart 1978, *Rec*. p. 963 (*Brussol*).

209 Tot die 'normale schade' behoorde in elk geval de schade door een verslechterde, maar niet geheel onmogelijk gemaakte toegang tot een apotheek (CE 24 oktober 1989, *Rec*. p. 928 (*Grandel*)). Zie ook de verwijzingen bij Chapus 1974, p. 316-317.

210 CE 26 mei 1965, *Rec*. p. 305 (*Epoux Tebaldini*), CE 2 juni 1972, *Rec*. p. 414 (*Sté Les Vedettes blances*; de sluiting van een snelweg leidde tot een omzetdaling van 80%, maar deze schade was 'un aléa normal'). Zie Rougevin-Baville 1987, p. 9.

211 Hennette-Vauchez 2005, p. 14.

212 CE 22 februari 1963, *Rec*. 1963, p. 113; zie ook CE 13 mei 1987, *Rec*. 23 (*Aldebert*) en CAA de Bordeaux 31 december 1993, *Rec*. p. 1012 (*Blanco* (fouilleren van in- en uitgaande klanten van winkelier; vergoeding toegekend)).

dan behoort de schade tot het normale risico, ook al heeft deze schade een permanent karakter. De ratio is dat omwonenden, als derden ten opzichte van het publieke werk (de weg), geen recht hebben op het behoud van de bestaande bereikbaarheid. Aanpassingen aan de infrastructuur (in het kader van onderhoud, maar ook het geheel verleggen van een weg), behoort tot de 'aléas dont les conséquences ne peuvent être regardées comme anormales', tot de normale risico's van burgers en ondernemers dus.[213] Waarschijnlijk speelt ook de vrees mee dat een ruimhartiger benadering zou kunnen leiden tot het frustreren van noodzakelijke aanpassingen van de infrastructuur, ten koste van het algemeen belang.[214]

4.5.6 Zijn er handelingen waarvoor geen égalité-aansprakelijkheid aan de orde kan zijn?

Uit het voorstaande is gebleken dat het toepassingsbereik van het égalitébeginsel breed is. Zelfs al kenmerkt het Franse overheidsaansprakelijkheidsrecht zich door een vergaande hokjesgeest – primair een teken van de wil om de aansprakelijkheid binnen de perken te houden – feit is ook dat het aanvaarden van aansprakelijkheid voor één soort handeling al snel leidde tot het aanvaarden daarvan voor andere, vergelijkbare handelingen. Met het eenmaal inslaan van de weg van de aansprakelijkheid *sans faute* was van een weg terug geen sprake meer.[215] Zijn er eigenlijk nog wel handelingen waarvoor geen égalité-aansprakelijkheid mogelijk is? Deze problematiek staat bekend onder de noemer van de *irresponsabilité de l'Etat*, dat wil zeggen overheidsdaden die principieel niet tot een schadevergoedingsplicht kunnen leiden.[216] De bijzondere handelingen waar deze *irresponsabilité* nog leeft, zien in het bijzonder op de (on)mogelijkheid de overheid uit *onrechtmatige* daad aansprakelijk te houden. In sommige gevallen gaat het daarbij om rechtersrecht,[217] maar ook

213 Zie de noot bij CAA de Lyon 8 februari 1993, *AJDA* 1993, p. 706 (*Epoux Bougarel-Tessier*).
214 Fombeur 1999, p. 101.
215 Vgl. Waline 1994, p. 469, die spreekt van 'l'extension continuelle de la responsabilité sans faute'.
216 Zie bijv. Chapus 2001, p. 1397, Long e.a. 2007, p. 16 e.v. De Béchillon 2002, § 9 omschrijft 'irresponsabilité' als 'l'ensemble des hypothèses juridiquement organisées dans lesquelles l'indemnisation d'un dommage causé par l'action (juridique ou matérielle) de la puissance publique n'est pas prononcée par le juge alors que les conditions générales de mise en jeu de la responsabilité de l'administration sons intrinsèquement remplies'. Het gaat dus om die gevallen waarin aan de voorwaarden om de overheid te *kunnen* aanspreken wél is voldaan, maar een overheidsaansprakelijkheid wordt uitgesloten.
217 Zo weigert de Conseil d'Etat aansprakelijkheid te aanvaarden voor maatregelen die zien op de bescherming van de eigendom van Fransen in het buitenland (CE 2 maart 1966, *Rec.* p. 157 (*Dame Cramencel*)).

verschillende wetten sluiten aansprakelijkheid soms uit.[218] In die gevallen kan niet alleen de rechtmatigheid van de schadeveroorzakende overheidshandeling geen voorwerp zijn van rechterlijke toetsing, maar kan ook geen schadevergoeding worden gevraagd die het resultaat is van de toepassing van de betreffende handeling.[219]

De terreinen waarop nog een *irresponsabilité* geldt, zijn in de loop der jaren in omvang steeds schaarser geworden, men spreekt dan ook van *îlots* (eilandjes) van niet-aansprakelijkheid.[220] Van belang is dat deze *irresponsabilité*, voor zover zij nog wel bestaat, in beginsel niet ziet op de mogelijkheid om de overheid uit *rechtmatige* daad aansprakelijk te houden. Zo kan wel om schadevergoeding worden gevraagd naar aanleiding van de nadelige gevolgen van de rechtmatige toepassing van een *verdrag* (§ 4.5.4), maar kan de staat niet aansprakelijk worden gesteld voor eventuele onrechtmatigheden in het kader van de sluiting van een verdrag.[221] Het Franse recht kent derhalve wel gevallen waarin *de facto* een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad is uitgesloten – zie de aan het slot van de vorige subparagraaf besproken gevallen – maar op die gevallen is het égalitébeginsel wel gewoon van toepassing. Zelfs het optreden van de rechterlijke macht is niet van de *responsabilité sans faute* uitgesloten: zo kent Frankrijk net als Nederland een regeling voor de vergoeding van schade ten gevolge van ten onrechte door de rechter bevolen voorlopige hechtenis. Aan deze regeling ligt niet het égalitébeginsel ten grondslag, hoewel de wetgever in het midden heeft gelaten op welke grondslag zij wel is gebaseerd.[222] Een *irresponsabilité* geldt evenmin voor *foutief* rechterlijk handelen.[223] De vraag die in de titel van deze paragraaf werd gesteld kan al met al ontkennend worden beantwoord: binnen de categorie overheidshandelingen waarop de égalité van toepassing is, geldt de égalité onverkort, ongeacht de aard van het besluit in kwestie.

218 Aansprakelijkheid van de overheid voor het verloren gaan van poststukken is uitgesloten door de wet (Code des Postes et des télécommunications électroniques, art. L7); hetzelfde geldt voor de schade door het slecht functioneren van telecommunicatienetwerken (art. L 37 van dezelfde wet), hoewel de rechter voor *fautes lourdes* een uitzondering maakt. Zie nader Guettier 1996, p. 54 e.v.

219 Long e.a. 2007, p. 25.

220 Guettier 1996.

221 CE 29 oktober 1954, *Rec*. p. 566 (*Taurin*).

222 Letteron 2001, § 197 e.v.

223 Er is een wet voor de aansprakelijkheid van de rechter (Loi no. 72-626 du 5 juillet 1972) en jurisprudentie van de civiele (Cass. 23 november 1956, *D* 1957, 34 (*Giry*)) en administratieve (CE, ass. 29 december 1978, *Rec* p. 542 (*Darmont*)) rechter.

4.6 De aansprakelijkheid op grond van risico

4.6.1 Inleiding

De tweede pijler van de *responsabilité sans faute* is de aansprakelijkheid op grond van risico. Het begrip *risque* is in de jurisprudentie van de Conseil d'Etat altijd eng geïnterpreteerd; het is van toepassing op de situaties waarin het functioneren van de *service public* een bijzonder gevaar met zich brengt. De opkomst van het risico als grondslag voor aansprakelijkheid kan, net als de opkomst van het égalitébeginsel, worden verklaard door de onbillijkheden die het gevolg zouden zijn geweest als op gevaarzettend overheidshandelen louter het regime van de *faute* zou worden toegepast. In de tweede helft van de negentiende eeuw industrialiseerde de Franse samenleving steeds verder en was de omgang met gevaarlijke apparaten of het werken in gevaarlijke situaties geregeld de oorzaak van zeer ernstige schade. Het was vaak moeilijk te bewijzen dat de overheid foutief had gehandeld, in het bijzonder indien het regime van de gekwalificeerde fout, de *faute lourde*, van toepassing was. Voor sommige gevallen had de Conseil d'Etat hier iets op gevonden door aan het slachtoffer in kwestie niet de plicht op te leggen het bewijs van een *faute* te leveren, maar door uit te gaan van een *faute présumé*, een veronderstelde fout.[224] Omdat de rechter in meer gevallen wenste 'iets te doen' voor gevallen van ernstige – veelal fysieke – schade, bood de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad ook voor deze gevallen een goede ontsnappingsmogelijkheid.

Het arrest *Cames* uit 1895 geldt als de start van deze ontwikkeling. Het ging over een werknemer van een wapenfabriek van de staat die in zijn hand getroffen werd door een metaalsplinter en arbeidsongeschikt raakte. De staat volstond met een compensatie van 2000 francs, maar dit ging voor de Conseil d'Etat niet ver genoeg. Hij stelde de staat aansprakelijk voor het ongeluk dat een van haar werknemers bij een gevaarlijke situatie had opgelopen, zelfs al kon een fout niet worden aangewezen.[225] De invloed van dit arrest is echter beperkt gebleven, aangezien er al snel een wettelijke regeling kwam voor schade die werknemers van de overheid ondervonden in dit soort risicosituaties. Buiten deze regeling om is een beroep op het regime van de aansprakelijkheid *sans faute* niet mogelijk.[226] Het voor de rechtsontwikkeling veel belangrij-

224 Brown & Bell 1998, p. 193 noemen CE 22 december 1924 (*Les Travailleurs français*), over schade door overheidsvoertuigen.

225 CE 21 juni 1895, *Rec*. 509 (*Cames*).

226 Zie Long e.a. 2007, p. 41 e.v. Een spoor van de *Cames*-jurisprudentie ziet men vooral in de jurisprudentie over *collaborateurs occasionnels*, personen die de overheid op *ad hoc*-basis te hulp schieten, zoals vrijwilligers (*collaborateurs bénévolées*) bij concerten of mensen die een persoon in een gevaarlijke situatie redden. Wel moet de getroffene kunnen aantonen dat hij aan een overheidsdienst (*service public*) zijn diensten heeft verleend, maar dit criterium wordt in de jurisprudentie soepel geïnterpreteerd. Het omvat bijvoorbeeld assistentie bij lokale festiviteiten (CE 22 november 1946, *Rec*. p. 279 (*Commune de Saint-Priest-la-Plaine*)),

kere arrest *Regnault-Desroziers* (§ 4.6.2) was echter duidelijk door dit arrest geïnspireerd, zelfs al ging het in die situatie om schade aan *derden*.

In dit regime is het, anders dan in het égalitéregime (vgl. de eisen van *spécialité* en *anormalité*), in beginsel niet van belang dat ook de schade aan bepaalde kenmerken voldoet. De Conseil d'Etat heeft zich gerealiseerd dat dit al snel tot een uitgebreide overheidsaansprakelijkheid kan leiden. Zonder een nadere beperking zou elke zaak die naar haar aard een gevaar kan opleveren tot aansprakelijkheid kunnen leiden indien een gevaar zich verwezenlijkt.[227] De manier om de aansprakelijkheid toch binnen de perken te houden, heeft de Conseil d'Etat gevonden in een nadere *categorisering* van de verschillende situaties waarin van een *risque spécial* sprake is. Door de situaties die recht geven op schadevergoeding te categoriseren, hield de Conseil d'Etat de vraag tot hoever het risicobeginsel zich kon uitstrekken, zelf in de hand. Valt een schade niet onder een van deze categorieën, dan biedt de *théorie du risque* geen grondslag voor een compensatie en zal men zijn toevlucht moeten zoeken tot een vorm van foutaansprakelijkheid. Deze categorisering is dus niet uniek voor de aansprakelijkheid op grond van de égalité. In de literatuur wordt onderscheiden tussen drie 'risicocategorieën': gevaarlijke objecten (§ 4.6.2), gevaarlijke methoden (§ 4.6.3) en gevaarlijke situaties (§ 4.6.4).[228]

4.6.2 Gevaarlijke objecten

Na *Cames* bleef de vraag open of het arrest ook tot gevolg had dat de schade die *derden* (niet-werknemers) leden door het functioneren van de overheidsdienst ook op een schadevergoeding aanspraak konden maken. Aanvankelijk beantwoordde de Conseil d'Etat die vraag ontkennend door in zulke gevallen een *faute* te eisen,[229] maar dat veranderde met de uitspraak *Regnault-Desroziers* van 28 maart 1919. Bij een explosie van een munitieopslagplaats werden 14 soldaten en 19 burgers gedood en raakten 81 personen gewond. Het bleek dat de militaire autoriteiten er tonnen explosieven hadden opgeslagen. De C-G had voorgesteld de staat op grond van een door de militaire autoriteiten

het arresteren van een misdadiger (CE 17 april 1953, *Rec*. p. 177 (*Pinguet*)) of het als deskundige optreden op aanvraag van een rechtbank (CE 26 februari 1971, *Rec*. p. 172 (*Aragon*)). Het optreden tijdens een rugbywedstrijd ter verdediging van de kleuren van de gemeente werd niet als 'service pubic' gekwalificeerd (CE 10 februari 1984, *Rec*. p. 65 (*Launay*)). Zie voor overzichten van de *collaborateurs occassionels*-jurisprudentie Faigrieve 2003, p. 142-143 en Hennette-Vauchez 2005, p. 39.

227 Chapus 2001, p. 1337-1338.

228 Chapus 2001 (Tome II), p. 1337 e.v. Zie ook Hennette-Vauchez 2005, p. 40 e.v., Long e.a. 2007, p. 216 e.v. Andere auteurs hanteren een ander onderscheid, zie bijv. Philipp 1999, p. 601 e.v. (gevaarlijke objecten, gevaarlijke werken, gevaarlijke activiteiten en gevaarlijke producten (in het bijzonder bloedtransfusies)).

229 CE 10 mei 1912, *Rec*. p. 549 (*Ambrosini*).

begane onrechtmatige daad aansprakelijk te houden, maar de Conseil d'Etat volgde die redenering niet en overwoog

> 'que ces opérations effectuées dans des conditions d'organisation sommaires, sous l'empire des nécessités militaires, comportaient des risques excédant les limites de ceux que résultent normalement du voisinage, et que de tels risques étaient de nature, en cas d'accident survenu en dehors de tout fait de guerre, à engager, indépendamment de toute faute, la responsabilité de l'Etat'.[230]

Aan deze uitspraak lag dezelfde gedachte ten grondslag als aan de *Cames*-uitspraak: de overheid moet instaan voor de schade die mogelijk ontstaat door gevaarzettende overheidshandelingen. In de jurisprudentie is sindsdien slechts in uitzonderlijke gevallen opnieuw een aansprakelijkheid erkend. Niet zo maar elk object kan tot aansprakelijkheid leiden, maar alleen objecten die een *bijzonder* risico, een *risque spécial*, met zich brengen. Zo heeft de Conseil d'Etat niet willen accepteren dat ook de nabijheid van een opslagplaats voor stro een bijzonder risico voor omwonenden met zich bracht,[231] en was hij al even streng voor schade door de nabijheid van een vuurwerkopslagplaats.[232] Wel succesvol waren claims tot vergoeding van schade door elektriciteits- en gascentrales, die met name in de jaren dertig en veertig tot enige uitspraken leidden,[233] alsook een claim naar aanleiding van de explosie van een treinwagon met munitie op het station van Sézanne.[234]

Voorts valt onder deze categorie de schade ten gevolge van het handelen van de politie. Het moet dan gaan om schade die *derden* ondervinden van dit handelen; ook moet de schade zijn veroorzaakt door het gebruik van vuurwapens. Wordt aan deze voorwaarden niet voldaan, dan is alleen de *responsabilité pour faute* van toepassing.[235] Opmerkelijk is dat in de jurisprudentie over gevaarzettend politiehandelen op grond van risico ook bewoordingen uit de égalitéleer terugkeren. Voor een aansprakelijkheid is volgens sommige uitspraken niet genoeg dat het gebruik van vuurwapens een gevaar vormt, maar ook

---

230 CE 28 maart 1919, *Rec*. 329 (*Regnault-Desroziers*). In het citaat lijkt de nadruk te worden gelegd op het feit dat men *omwonende* ('les limites (…) résultent normalement du voisinage') moet zijn, maar Long e.a. 2001, p. 218 wijzen erop dat het minder het risico van het zijn van omwonende is dat aanleiding is tot een aansprakelijkheid, als wel het gevaarlijke karakter van het object zelf. In de meeste gevallen zullen omwonenden als eerste het gevaar lopen te worden getroffen. In de jurisprudentie over schade door gevaarlijke methodes (CE 24 februari 1965, *Rec*. 127 (*Caisse primaire centrale de sécurité sociale de la région parisienne*)) heeft de Conseil de nadruk gelegd op het bestaan van een 'risque spécial pour les tiers'.

231 CE 16 mei 1952, *Rec*. p. 263 (*Sté des manufactures de glaces et de produits chimiques de Saint-Gobain*).

232 CE 30 maart 1979, *Rec*. p. 143 (*Moisan*).

233 Zie bijv. CE 12 januari 1934, *Rec*. p. 68 (*Sté anonyme des forces motrices du Haut-Rhin*) en CE 21 januari 1949, *Rec*. p. 32 (*Sté Grand Combienne d'éclairage et d'énergie*).

234 CE 21 oktober 1966, *D*. 1967, 164.

235 Zie nader Long e.a. 2007, p. 88 e.v.

dat deze tot ernstige schade leidt. Het risicobeginsel ziet volgens de Conseil d'Etat op situaties:

> 'où les dommages subis dans de telles circonstances excèdent, par leur gravité, les charges qui doivent normalement être supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'existence de ce service public'.[236]

De referte aan de lasten 'die normaal gesproken door particulieren moet worden gedragen' lijkt te zijn overgenomen uit de jurisprudentie op grond van het égalitébeginsel. Het is echter de vraag of deze schijnbare overeenkomst tussen beide regimes verder gaat dan een gelijkheid in *bewoordingen*. De *anormalité* betekent in deze context niet zozeer dat minder ernstige schade niet zou worden vergoed, maar slaat op het uitzonderlijke karakter van de schade*oorzaak*. Zo stelt Rougevin-Baville dat bepaalde risico's van nature abnormaal zijn. Dat hangt dan niet zozeer samen met de hoogte van de geleden schade (of in casu: de mate waarin men door een kogel gewond raakt (zwaar of licht)), maar met het feit dat het schadeveroorzakende object fysieke of materiële schade tot gevolg heeft.[237] Ook volgens andere schrijvers gaat het erom dat vuurwapens naar hun aard een exceptioneel risico in het leven roepen, zodat reeds de verwezenlijking van dat risico een schadeplicht met zich brengt, zonder nadere voorwaarden.[238] Volgens Chapus heeft de door de Conseil d'Etat opgeworpen drempel in de praktijk weinig gevolgen had, wat erop wijst dat de analogie met het égalitébeginsel minder voor de hand ligt dan het citaat suggereert.[239] Uit de jurisprudentie komt naar voren dat bovenal het directe verband tussen de gevaarzettende activiteit en de schade en de zekerheid van de schade bepalend zijn voor de aansprakelijkheidsvraag.[240] Wel is van belang dat niet alle door de autoriteiten gehanteerde risicovolle objecten de bron kunnen zijn van een aansprakelijkheid op grond van een *risque anormal.* Zo heeft de Conseil d'Etat deze notie wel willen toepassen op verdwaalde politiekogels, maar niet op schade door het gebruik van traangas[241] of wapenstokken.[242] Slachtoffers van die laatste objecten zijn aangewezen op de *responsabilité pour faute*.

236 Zie bijv. CE 24 juni 1949, *Rec*. 307 (*Consorts Lecomte*).
237 Zie zijn conclusie bij CE, Sect. 2 juni 1972, *D*. 1974, 260 (*Sté des bateaux de la Côte d'Emeraude*). Zie ook Hennette-Vauchez 2005, p. 15.
238 Long e.a. 2001, p. 415.
239 Chapus 2001, p. 1339.
240 Delvolvé 1969, p. 313-314.
241 CE 16 maart 1956, *Rec*. p. 124 (*Domenech*).
242 CE 8 juli 1960, *Rec*. p. 463 (*Petit*).

4.6.3 Gevaarlijke methoden

Bij deze categorie gaat het om schade door methoden waaraan inherent is dat derden daardoor aan een bijzonder risico blootstaan. De schade die ontstaat tijdens het verlof van personen die aan een bijzonder toezichtsregime zijn onderworpen (zoals ons TBS-regime), is het bekendste voorbeeld. Andere voorbeelden kunnen worden gevonden in de sfeer van schade die wordt veroorzaakt door personen aan wie gratie is verleend,[243] en in één van de klassieke arresten binnen deze risicocategorie, *Thouzellier*, ging het om schade door een ontsnapping. Twee voor een misdrijf veroordeelde jongeren hoefden hun straf niet in de gevangenis uit te zitten, maar moesten zich in plaats daarvan onderwerpen aan het (meer liberale) toezicht van een internaat. Op een dag wisten zij te ontsnappen en in te breken in de woning van Thouzellier, die de Staat aanspreekt voor zijn schade. Volgens de Conseil d'Etat creëerde deze methode '(…) lorsqu'elles sont utilisées (…) un risque spécial pour les tiers résidant dans le voisinage'.[244] Ook hier moet het dus weer om een *bijzonder* risico gaan, en zijn het alleen *derden* die van de aansprakelijkheid op grond van het risicobeginsel kunnen profiteren. Lange tijd kon alleen schade die was ontstaan door jonge delinquenten die zijn gedetineerd onder het bijzondere regime van een wet van 2 februari 1945 – op grond waarvan het systeem van liberale detentieregimes in het leven was geroepen – tot deze aansprakelijkheid leiden. Werd de schade veroorzaakt door kinderen die *geen* delinquent waren maar wel onder een vorm van toezicht door een bijzondere instelling stonden, dan was het regime van de onrechtmatige overheidsdaad van toepassing.[245] Deze onevenwichtigheid – die niet aansloot op de realiteit, onder meer omdat deze kinderen vaak onder één dak leefden en soms ook gezamenlijk aan derden schade toebrachten – leidde tot kritiek[246] en is sinds 2002 ongedaan gemaakt. Het *Thouzellier*-regime is thans van toepassing op *alle* onder toezicht gestelde jongeren die een bijzonder risico vormen en schade toebrengen aan derden.[247]

Het *Thouzellier*-regime is nog op een aantal andere manieren uitgebreid. Overheidsaansprakelijkheid is later niet alleen aanvaard als de instelling van waaruit de delinquent wordt 'losgelaten' een staatsinstelling is, maar ook wanneer het ging om een door de staat erkende privé-instelling en zelfs wanneer de jongere van staatswege onder toezicht van een familie wordt

243 CAA Bordeaux 15 juni 2004, *D*. 2004, p. 2198.
244 CE 3 februari 1956, *Rec*. p. 49 (*Thouzellier*).
245 Zie bijv. CE 3 november 1976, *Rec*. 471 (*Sté d'assurances modernes des agriculteurs et Nemoz*).
246 Errera 1986, p. 168-169.
247 CAA de Nantes 25 april 2002, *AJDA* 2002, 1077 (*M. et Mme Merdrignac*; 'tous les mineurs soumis (…) à des méthodes de rééducation, de réinsertion ou de soin dont la mise en oeuvre comporte pour les tiers un risque spécial') en CE 23 juli 2003, *AJDA* 2003, 2339 (*M. et Mme Jean Calon*). Zie Hennette-Vauchez 2005, p. 43.

geplaatst.[248] Ook is het regime van toepassing op schade die tijdens of kort na hun verlof is veroorzaakt door volwassen gevangenen[249] en op schade die derden ondervinden van op proefverlof gelaten psychiatrische patiënten (*thérapeutiques dangereuses*).[250] Er zijn ook gevallen waarin de Conseil weigert het *Thouzellier*-regime toe te passen. Van belang is dat dit regime alleen van toepassing is als het schadeveroorzakende subject (potentieel) gevaarlijk is. Een aansprakelijkheid *sans faute* wordt bijvoorbeeld niet aangenomen bij wezen of pleegkinderen, die wel onder toezicht van een staatsinstelling staan maar die van nature geen bijzonder gevaar voor derden in het leven roepen. Alleen een *responsabilité pour faute* kan de derde hier van dienst zijn.[251] Is van staatsinvloed geen sprake, dan kan overheidsaansprakelijkheid vanzelfsprekend evenmin aan de orde zijn. Opgemerkt moet evenwel worden dat de civiele rechter een in zoverre met de Conseil d'Etat vergelijkbare lijn volgt dat een derde die schade lijdt niet is aangewezen op een civiele actie jegens de dader, maar de instelling onder wiens gezag deze staat. Zo hield de Cour de Cassation een instelling die zich ontfermde over geestelijk gehandicapten, maar hen wel de vrijheid liet om zich overdag buiten de deuren van de instelling te begeven, aansprakelijk toen een van hen een bos in brand stak.[252]

De Conseil d'Etat lijkt de parallel tussen de privaatrechtelijke en de bestuursrechtelijke aansprakelijkheid te benadrukken in de uitspraak *GIE Axa Courtage* uit 2005.[253] Een onder toezicht van de staat staande minderjarige stak een gebouw dat was verzekerd door verzekeringsmaatschappij Axa in brand. Axa sprak de staat voor de schade aan. Anders dan in vorige uitspraken refereerde de Conseil d'Etat in casu niet aan de risicogedachte. In algemene zin overwoog de Conseil dat hij onder wiens toezicht een minderjarige staat, de verantwoordelijkheid heeft 'd'organiser, diriger, et contrôler la vie du mineur.' Vervolgens volgt de toespitsing dat wanneer de minderjarige onder toezicht van een staatsinstelling of een aan de staat verbonden dienst staat, deze aansprakelijk is, ook zonder fout, indien de minderjarige schade toebrengt aan een derde. In de uitspraak wordt wel een – aan het privaat- en publiekrecht gemeenschappelijke – grondslag voor schadevergoeding uit rechtmatige daad gelezen die volgt uit de aan de notie van *garde* ('toezicht') verbonden

248 CE 19 december 1969, *Rec*. 596 (*Etablissements Delannoy*). Een later arrest breidt het regime zelfs uit tot een persoon *digne de confiance* (CE 5 december 1997, *D*. 1999, p. 50).

249 CE 2 december 1981, *Rec*. 456 (*Theys*).

250 Zie bijv. CE 13 juli 1967, *Rec*. p. 341 (*Dpt de la Moselle*; 'cette méthode thérapeutique crée un risque spécial pour les tiers, lesquels ne bénéficient plus des garanties inhérentes aux méthodes habituelles d'internement'), CE 13 mei 1987, *Rec*. p. 1987 (*Piollet*) en TA de Pau 21 oktober 1986, *Rec*. p. 323 (*Mlle Claridge*).

251 CE 3 november 1976, *Rec*, p. 471 (*Soc. d'Assurances Modernes des agriculteurs et Nemoz*), CE 14 juni 1978, *Rec*. p. 259 (*SOCOFA*).

252 CC 29 maart 1991, *D*. 1991, 324 (*Association des Centres éducatifs du Limousin c. Blieck*). Zie ook Vedel & Delvolvé 1992, p. 601.

253 CE 11 februari 2005, *Rec*. p. 45 (*GIE Axa courtage*), bevestigd in CE 1 februari 2006, *Rec*. p. 42 (*Garde des sceaux*).

verantwoordelijkheden.[254] De Conseil leek afstand te nemen van eerdere jurisprudentie op dit punt, door op de staat voor wat betreft opstandige minderjarigen 'gewoon' het civiele recht inzake risicoaansprakelijkheid voor minderjarigen toe te passen.[255]

Ook in dit regime worden de drempels voor aansprakelijkheid niet gezocht in het stellen van eisen aan de schade en wordt aan de noties van *spécialité* en *anormalité* dus niet gerefereerd. Het dominante criterium is het causaal verband: als een derde kan profiteren van een aansprakelijkheid uit hoofde van een *risque spécial*, dan is de overheid aansprakelijk als de schade zich verwezenlijkt. In het bijzonder twee factoren kunnen aan het causaal verband in de weg staan: nabuurschap (*voisinage*) en tijd. Het eerste element werd in de *Thouzellier*-uitspraak nadrukkelijk genoemd als voorwaarde: de schade moet een derde in de nabije omgeving treffen. Al snel zou de Conseil echter afstand nemen van deze maatstaf. In het *Trouillet*-arrest, dat een jaar na *Thouzellier* werd gewezen, ging het niet om een ontsnapping maar om een regime van re-integratie van minderjarige jongeren (instelling met 'open deuren'). De Conseil stelde eenvoudigweg dat deze methode een *risque spécial pour les tiers* in het leven riep.[256] Ligt er evenwel te veel tijd tussen de datum van het verlenen het verlof[257] en de dag waarop de schade ontstond, dan kan dit een reden zijn geen causaal verband aan te nemen.[258]

Medische methoden

Een laatste domein dat genoemd moet worden, en dat vooral de laatste vijftien jaar een belangrijke uitbreiding van de aansprakelijkheid *sans faute* heeft betekend, is de schade door gevaarlijke *medische* methoden in openbare ziekenhuizen. Het startschot voor deze jurisprudentie werd gegeven met de uitspraak *Gomez* van de appelrechter te Lyon,[259] maar het is vooral de uitspraak *Bianchi* van de Conseil d'Etat die bekend is geworden. Aanleiding tot *Bianchi* was de toepassing van een 'vertebrale arteriografie' om te achterhalen waar de klachten van Bianchi vandaan kwamen. Bianchi reageerde slecht op dit onderzoek en raakte door het in het kader van de arteriografie toegediende jodiumzuur uiteindelijk zodanig gehandicapt dat hij niet meer kon lopen. Dat deze schade

254 Zie Long e.a. 2007, p. 222, Meillon 2006, p. 1221 e.v.

255 Moréteau 2005, p. 274-275.

256 CE 9 maart 1966, *JCP* 1966, no. 14811 (*Trouillet*).

257 Ten overvloede: het proefverlof is het voorbeeld bij uitstek van een gevaarlijke *methode*. Het onderhavige regime is echter ook van toepassing op ontsnappingen (vgl. *Thouzellier*) en verleningen van gratie (zie CAA Bordeaux 15 juni 2004, *D*. 2004, p. 2198).

258 Zie resp. CE 24 februari 1965 (*Caisse centrale de séc. soc. de la région parisienne*) alsmede CE 26 maart 1965, *AJ* 1965, p. 339 (*Cie d'ass. La Zurich*). Zie echter CA Bordeaux 15 juni 2004, *D*. 2004, p. 2198: ook al lag er enige tijd dus een met gratie vrijgelaten gevangene en een door hem gepleegde moord, toch was er causaal verband, omdat de gevangene zich vanaf zijn vrijlating voortdurend met criminele activiteiten had ingelaten.

259 CAA de Lyon 21 december 1990, *Rec*. p. 498 (*Gomez*).

zou optreden, kwam niet alleen voor Bianchi maar ook voor de artsen zeer onverwacht; er waren geen tekenen dat hij overgevoelig zou zijn voor de behandelmethode. De Conseil d'Etat bepaalde dat wanneer een voor een diagnose of een behandeling van de zieke noodzakelijke medische handeling wordt verricht, dit voor de zieke:

> '(...) présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé.' In een dergelijk geval : '[L]a responsabilité du service public est engagé si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité.'[260]

De voorwaarden waaraan een geslaagd beroep op deze jurisprudentie moet voldoen, zijn dus streng: het moet gaan om schadelijke gevolgen van een medische handeling die weliswaar bekend zijn, maar die zich slechts in zeer uitzonderlijke gevallen voordoen, er mag geen enkele indicatie zijn dat de patiënt een aanleg heeft om slecht op de methode te reageren, en de methode moet tot extreem ernstige schade hebben geleid. In latere jurisprudentie zijn deze voorwaarden verder verfijnd. Ten aanzien van de eerste voorwaarde geldt dat de medische handeling niet per definitie een therapeutisch doel hoeft te hebben, maar ook bijvoorbeeld een religieus doel.[261] Ten aanzien van de tweede voorwaarde (geen bijzondere aanleg voor de ontstane schade) is thans maatgevend of de artsen op het moment van de ingreep kennis hadden moeten hebben van de predispositie van de patiënt. Als er wel een bijzondere aanleg was, maar deze niet ontdekt kon worden, staat dit niet in de weg aan de toepassing van de *Bianchi*-regel.[262] Over de ernst van de schade komt uit de rechtspraak naar voren dat in succesvolle toepassingen van het Bianchi-arrest uiteindelijk sprake was van een ongeval dat de dood tot gevolg had (in vier gevallen) of een invaliditeit van meer dan 50%.[263]

---

260 CE 9 april 1993, *AJDA* 354 (*Bianchi*), bevestigd in CE 27 oktober 2000, *AJ* 2000, p. 307 (*Centre hospitalier de Seclin*; een ongeluk bij een anesthesie) en (van dezelfde datum), *DA* 2001, no. 132 (*Centre hospitalier d'Aubagne*; een chirurgisch ongeluk).

261 Zie CE 3 november 1997, *Rec.* p. 412 (*Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*; een vijfjarig jongetje ondergaat anesthesie in verband met een besnijdenis, maar belandt in een coma en overlijdt enkele maanden later).

262 CE 27 oktober 2000, *D.* 2001, 1196 (*Centre hospitalier de Seclin*); zie ook Hennette-Vauchez 2005, p. 46.

263 Zie Rachet-Darfeuille 2004, p. 227 e.v.

4.6.4 Gevaarlijke situaties

Het gaat er in deze categorie van gevallen om dat een *risque spécial* in het leven wordt geroepen ten aanzien van personen die zich min of meer gedwongen in een bepaalde situatie moeten begeven waarin zij worden blootgesteld aan bepaalde risico's. Deze situaties kunnen van verschillende aard zijn. Een aansprakelijkheid van de overheid is bijvoorbeeld aanvaard toen een zwangere lerares van een publieke instelling tijdens haar werk werd blootgesteld aan een leerling met rodehond, besmet raakte en het leven gaf aan een kind met ernstige fysieke beperkingen.[264] In andere gevallen ging het om een verpleegster[265] en een chirurg[266] van staatsziekenhuizen die tijdens hun werk met HIV besmet raakten. Een bekend voorbeeld is voorts het arrest *Perruche*, dat ook illustreert dat de grenzen tussen de égalité en de *risque spécial* niet altijd scherp te trekken zijn. Toen Seoul werd bezet door Noord-Koreaanse troepen beval de Franse regering de Franse consul op zijn plek te blijven, waarop zijn bezittingen door die troepen geplunderd werden. Deze beslissing was rechtmatig, maar de consul had wel recht op een vergoeding. De Conseil d'Etat had dit op twee manieren kunnen motiveren: ten eerste door te stellen dat Perruche aan een bijzonder risico was blootgesteld door het besluit hem te gebieden op zijn plek te blijven (hij werd dus aan een *risque spécial* blootgesteld). Daarnaast had de redenering kunnen luiden dat de schade het gevolg was van de welbewuste keuze om Perruche in het algemeen belang in Seoul te laten verblijven (zodat de égalité geschonden was).[267] De Conseil d'Etat combineerde beide grondslagen en stelde dat de regering Perruche had geplaatst:

> '(…) dans une situation qui comportait des risques exceptionnels pour sa personne comme pour ses biens; que, dans ces conditions, le préjudice qu'il a ainsi supporté dans l'intérêt général est de nature à lui ouvrir droit à réparation sur le fondement du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques'.[268]

Ook in een later arrest, dat ging over schade door een bevel aan een echtpaar om, met achterlating van hun bezittingen, het land te verlaten in verband met doodsbedreigingen, toetste de Conseil d'Etat aan zowel het égalitébeginsel als aan de notie van een *risque spécial*.[269] Met deze vervlechting van grondsla-

---

264 CE, ass 6 november 1968, *Rec*. p. 550 (*Dle Saulze*).
265 TA de Paris 20 december 1990, *JCP* 1991, IV, p. 395.
266 CE 10 oktober 2003, *AJDA* 2003, p. 2395 (*Cohen*).
267 Zie Hennette-Vauchez 2005, p. 44, Cormier 2002, p. 353.
268 CE, Sect. 19 oktober 1962, *AJ* 1962, p. 668 (*Perruche*), alsmede CE 16 oktober 1970, *Rec*. p. 593 (*Epoux Martin*).
269 CE 25 april 2003, *Rec*. 2003, p. 980 (*M et Mme Dardenne*): 'les intéressés n'ont pas été placés dans une situation comportant pour eux comme pour leurs biens des risques exceptionnels

gen wordt ook het belang van de verhouding waarin het slachtoffer tot het schadeveroorzakende feit staat, gerelativeerd. Het *risque spécial* is vooral ontwikkeld om derden die min of meer toevallig – in elk geval buiten hun schuld – (ernstige) schade lijden door het zich verwezenlijken van een bepaald risico, een aanspraak op schadevergoeding te geven (bijvoorbeeld schade door gevaarlijke explosieven, vuurwapens, (voor 1957) auto's, de vernietiging van een rij onbewoonbaar verklaarde huizen, semi-liberale detentieregimes etc.).[270] Was het slachtoffer een *gebruiker* van de overheidsdienst, dan was de *responsabilité pour faute* van toepassing.[271] Het arrest *Perruche* laat echter zien dat het risicoregime ook van toepassing kan zijn op de *adressaat* van het overheidshandelen (in casu het bevel om ter plekke te blijven).

4.6.5 Kenmerken van de aansprakelijkheid op grond van risico

Het voorgaande laat zien dat zich onder de noemer van de aansprakelijkheid voor een *risque spécial* veel verschillende situaties kunnen voordoen. Volgens Deguergue is de ontwikkeling van deze pijler van de foutloze aansprakelijkheid vooral een toonbeeld van hoe de Conseil d'Etat met behulp van analogieredeneringen verschillende soorten gevallen te lijf gaat met schijnbaar coherente juridische concepten.[272] Bij nadere beschouwing is de werkelijkheid echter weerbarstig. Zo kenmerkte de jurisprudentie zich er lange tijd door dat de schade telkens een *derde* trof, die zelf niet in enige bijzondere verhouding tot de overheid stond.[273] Was het slachtoffer een *gebruiker* van de overheidsdienst, dan was de *responsabilité pour faute* van toepassing.[274] Dit onderscheid is door de opkomst van de aansprakelijkheid *sans faute* voor medische ongevallen verwaterd. Zo wordt de schade door gevaarlijke objecten en gevaarlijke methoden in de regel ondervonden door een derden, maar in het arrest-*Bianchi* werd de schade niet geleden door een derde, maar door het *object* van de gevaarlijke methode (de patiënt). Ten aanzien van de categorie van gevaarlijke situaties geldt iets soortgelijks. Mevrouw Colombier, die tijdens een ski-incident gewond raakte, was wel een derde in relatie tot de overheidsdienst, maar dit

---

qui justifiraient que le préjudice supporté fût de nature à leur ouvrir droit à réparation sur le fondement du principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques.'

270 Zie de verschillende voorbeelden die Gilli 1971, p. 126-127 noemt, waaronder schade door gevaarlijke explosieven, vuurwapens, (voor 1957) auto's, de vernietiging van een rij onbewoonbaar verklaarde huizen, semi-liberale detentieregimes etc.

271 Zie bijv. CE 27 juli 1951, *Rec.* p. 447 (gebruiker van een gevaarlijke machine). Voor schade door 'travaux publics' en 'ouvrages publics' geldt hetzelfde; zie Roozendaal 1998, p. 173-174.

272 Deguergue 1994, p. 366 e.v.

273 Bijv. schade door gevaarlijke explosieven, vuurwapens, (voor 1957) auto's, de vernietiging van een rij onbewoonbaar verklaarde huizen, semi-liberale detentieregimes etc.

274 Zie bijv. CE 27 juli 1951, *Rec.* p. 447 (gebruiker van een gevaarlijke machine).

gold niet voor een lerares die rodehond opliep, alsmede voor de verpleegster en de chirurg die tijdens hun werk met HIV besmet raakten.

Toch hebben de verschillende risico-situaties in elk geval één ding gemeen: de schade ontstaat naar aanleiding van één incidentele gebeurtenis en is min of meer 'toevallig' van aard. Hierin onderscheidt het risicoregime zich van de égalité, dat ziet op situaties waarin de schade juist het natuurlijke, noodzakelijke en voorzienbare gevolg is van de overheidsmaatregel.[275] In het ene geval (risico) is sprake van een nadeel dat de overheid *per definitie* zou willen voorkomen, in het andere geval (égalité) is de schade juist een onvermijdelijk en noodzakelijk gevolg van de behartiging van het algemeen belang. Dat een bepaalde handeling nadelige gevolgen zal hebben is in het égalitéregime vaak van tevoren bekend, zij het dat de *onevenredige* gevolgen niet altijd bekend (voorzienbaar) zijn. In risicosituaties is het intreden van nadelige gevolgen echter altijd onbekend en afhankelijk van een onzekere, toekomstige gebeurtenis. Dat element van onzekerheid is in het égalitéregime afwezig.

Dit verschil heeft ook gevolgen voor het toepasselijke compensatieregime. Als vaststaat dat er sprake is van een bijzonder risico, dan treedt de aansprakelijkheid in zodra het causaal verband tussen de daad en de schade vaststaat. Weliswaar verschijnt de *anormalité* ook in het kader van de risico-gedachte soms op het toneel, maar zij ziet primair op de abnormaliteit van de schade*oorzaak*, zelden op de abnormaliteit van de schade zelf.[276] Indien derden schade ondervinden door het gebruik van vuurwapens of door personen die zijn onderworpen aan een liberaal toezichtsregime, dan wordt *alle* schade die in een causaal verband staat met het overheidshandelen vergoed. De schade is, omdat zij het gevolg is van een abnormale schadeoorzaak, per definitie abnormaal. Er is in zo'n geval dan ook, anders dan onder het égalitéregime, geen reden een deel van de schade op grond van het 'normaal maatschappelijk risico' voor rekening van de getroffene te laten.[277] Alleen bij de medische situaties is er een verschil, in die zin dat pas bij een invaliditeit van 50% of meer gesproken kan worden van een uitzonderlijk risico; zodra die grens is gepasseerd wordt echter ook in deze gevallen niet verrekend met een 'normaal maatschappelijk risico'.Voor de eis van een *speciale* last geldt iets soortgelijks. De eis dat het moet gaan om een *risque spécial* beduidt slechts dat de schade*oorzaak* een bijzonder karakter moet hebben, om zo te voorkomen dat op grond van de risicogedachte elk risico dat voortvloeit uit het functioneren van de

275 Zie hierna, § 5.2.

276 Vgl. Long e.a. 2007, p. 412, De Laubadère 1994, p. 886, Chapus 2001, p. 1339.

277 Vgl. Long e.a. 2007, p. 412: een minder ernstig nadeel rechtvaardigt een minder hoge schadevergoeding, niet de afwijzing daarvan.

overheidsdienst tot een vergoeding verplicht.[278] Relevant is echter niet hoe het nadeel van de getroffene zich verhoudt tot dat van anderen.[279]

4.7 Naar een overkoepelende grondslag? Het Franse grondslagendebat

Uit het voorgaande vloeit voort dat de Franse bestuursrechter uitgaat van een strikte dualiteit van grondslagen uit rechtmatige overheidsdaad. Dit onderscheid gaat, zoals uit de laatste paragraaf is gebleken, gepaard met een per regime afwijkende schadevergoedingssystematiek. In de Franse literatuur wordt echter geregeld gedebatteerd over de vraag of het niet mogelijk is om deze grondslagen tot één overkoepelende grondslag te herleiden. In deze slotparagraaf wil ik enkele lijnen in dit debat weergeven.

Het debat over de grondslagen voor de *responsabilité sans faute* concentreerde zich aanvankelijk vooral rond de risicogedachte. Met een beroep op een brede interpretatie van het risicobegrip verdedigden veel auteurs dat het risico de uitsluitende grondslag was voor de gehele *responsabilité sans faute*. Sommige auteurs meenden dat op grond van het risico de schade die voortvloeit uit een abnormale gebeurtenis moet worden vergoed, terwijl anderen het begrip risico koppelden aan de profijtgedachte (*risque profit*): hij die een risico in het leven roept in het kader van een activiteit waarvan hij profiteert, is aansprakelijk zodra de schade zich manifesteert.[280] Nadien is het risico als overkoepelende grondslag echter naar de achtergrond gedrongen. Als een in essentie civiel begrip zou het risico geen afdoende verklaring bieden voor de aansprakelijkheid van de overheid, zodat niet zo maar afstand zou kunnen worden gedaan van het égalitébeginsel.[281] Ook het feit dat in een bekende casus als het arrest *La Fleurette* niet duidelijk was welk risico precies ten aanzien van het bedrijf in het leven zou zijn geroepen, maakte het volgens sommige auteurs minder aantrekkelijk om de égalité te zien als een bijzondere verschijningsvorm van het risico.[282] Het risicobegrip werd en wordt in de dominante visie in de literatuur daarom beperkter geïnterpreteerd, en gereserveerd voor situaties waarin de schade wordt veroorzaakt door een zaak, activiteit of methode waarmee inherent bepaalde risico's gemoeid zijn. Het risico veronderstelt dat het onzeker is dat een schade zal optreden; is dat niet het geval, dan zou het

278 Meillon 2006, p. 1242: 'Les risques normaux de toute vie en société sont (…) exclus de la théorie du risque en droit administratif.'

279 Zie Delvolvé 1969, p. 310 e.v., Davignon 1976, p. 106. Vgl. de conclusie van C-G Grévisse bij CE 19 december 1969, *RDP* 1970, p. 796-797 (*Etablissements Delannoy*), die stelt dat de *spécialité* geen rol zou moeten spelen bij schade door liberale toezichtsregimes.

280 Zie nader Sousse 1994, p. 125-126.

281 Waline 1994, p. 470.

282 Cormier 2002, p. 345.

égalitébeginsel als grondslag voor de aansprakelijkheid *sans faute* moeten dienen.[283]

De bezwaren tegen de 'dualiteit' van grondslagen in de *responsabilité sans faute* zijn daarmee echter nog niet verstomd. In hun poging om één enkele grondslag aan te wijzen, komen veel auteurs uit bij de *anormalité* als grondslag voor ofwel de gehele overheidsaansprakelijkheid, ofwel de gehele *responsabilité sans faute*. Veel schrijvers hebben in dat verband aangesloten bij een door Eisenmann gemaakt onderscheid tussen de directe grondslagen van overheidsaansprakelijkheid en de daaraan ten grondslag liggende publiekrechtelijke 'metaprincipes'.[284] In deze visie is er een onderscheid tussen de rechtstreekse grondslag (*fondement immédiat*) en de indirecte grondslag (*fondement médiat*) voor de aansprakelijkheid van de overheid. De rechtstreekse grondslag is niets anders dan de *voorwaarde* die de aansprakelijkheid doet ontstaan; daarom spreekt men ook wel van de *condition*. De *indirecte* grondslag is de rechtvaardiging van die voorwaarde, dat wil zeggen het achterliggende beginsel of principe dat rechtvaardigt dat een aansprakelijkheid bestaat. Het gaat bij die grondslag dus niet om de causale verklaring van het ontstaan van de verplichting tot schadevergoeding, maar om de 'meta-juridische' norm (op grond van de moraal of het recht) die haar rechtvaardigt.

Uitgaande van dit onderscheid wijzen Rougevin-Baville e.a. de égalité aan als het 'rechtvaardigende principe' voor de *gehele* overheidsaansprakelijkheid. De grondslag voor de overheidsaansprakelijkheid (de *fondement médiat*) moet volgens hen worden gezocht in *l'anormalité de l'atteinte à l'égalité devant les charges publiques*, de abnormaliteit van de inbreuk op de égalité. Dit leggen zij als volgt uit: soms moet de abnormaliteit van de inbreuk worden gezocht in de *fait générateur*, dat wil zeggen op het niveau van de schade*oorzaak*. Dat is onder meer het geval bij *on*rechtmatige overheidsdaden, die niet behoren tot een soort waarmee een burger 'normaal gesproken' rekening kan (en moet) houden. Bij onrechtmatig handelen wordt het slachtoffer ten achter gesteld ten opzichte van de 'normale' (dat wil zeggen: gemiddelde) situatie: die waarin de overheid dient te functioneren *zonder* enige fout te begaan.[285] In andere gevallen zoeken zij de abnormaliteit in het nadeel (de *préjudice*): voor abnormale nadelen moet een vergoeding worden gegeven; hier gaat het om het terrein van de *responsabilité sans faute*.[286] Ook Cotteret zit op deze lijn. Hij onderscheidt drie *fondements immédiats*: de onrechtmatige daad van het bestuur, de daad die voortvloeit uit een weloverwogen handelen van het bestuur (de

283 Waline 1957, p. 690.

284 Eisenmann 1949, I, 741 en 751. Zie ook Venezia 1986, p. 207 e.v.

285 Vgl. C-G Dael, *Rec*. 1993, p. 131, volgens wie de onrechtmatige daad slechts 'het meest evidente voorbeeld van een inbreuk op het égalitébeginsel' is.

286 Rougevin-Baville, Denoix de Saint-Marc en Labetoulle 1989, p. 343-344. Vgl. Rougevin-Baville 1987.

égalitégevallen) en het op toevallige wijze intreden van een bepaald risico.[287] Het égalitébeginsel is in zijn visie in al deze gevallen het achterliggende principe dat rechtvaardigt dat de schade voor rekening van de overheid komt. Hij noemt de égalité de 'spelregel' van de overheidsaansprakelijkheid, die ertoe dwingt dat 'de optelsom van de winsten gelijk is aan de optelsom van de verliezen', zodat elke verstoring van dit evenwicht met een compensatie gepaard moet gaan. Gilli zit op dezelfde lijn en stelt dat, aangezien het overheidshandelen plaatsvindt ten bate van de collectiviteit, elke schade die daarbij ontstaat kwalificeert als een *charge publique*, die door de collectiviteit moet worden gedragen. De égalité (in enge zin), de *faute* en de *risque* dienen slechts als factoren die de overheidsaansprakelijkheid begrenzen.[288]

Weer andere auteurs reserveren de égalité wel louter tot het terrein van de rechtmatige overheidsdaad, maar wijzen de *anormalité* aan als grondslag voor *alle* situaties die in de jurisprudentie van de Conseil d'Etat thans onder het risico ofwel de égalité worden gebracht. Zij baseren dat onder meer op de stelling dat de doorbreking van de gelijkheid (en dus de *spécialité* van de last) meestal niet beslissend is om een recht op nadeelcompensatie te aanvaarden. Bovendien staat de speciale last niet in de weg aan het compenseren van grote groepen burgers.[289] Volgens deze auteurs is in *alle* gevallen binnen de *responsabilité sans faute* de primaire bron van de verbintenis tot schadevergoeding gelegen in de *anormalité*.[290] Deze verplichting tot schadevergoeding bestaat:

> 'uniquement parce que la situation de la victime apparaît anormale, excède ce que cette victime doit, de toutes manières, supporter.'[291]

Het gaat er deze auteurs niet om een heldere omschrijving te geven van wat precies *anormal* is. Een nauwkeurig omlijnde omschrijving daarvan zou niet beantwoorden aan hun doel, namelijk het formuleren van een grondslag die recht doet aan de diversiteit van de verschillende gevallen die tot een aansprakelijkheid *sans faute* kunnen leiden. Hennette-Vauchez betoogt in dat kader dat alle gevallen hoe dan ook gemeenschappelijk hebben dat de rechter schadevergoeding toekent omdat deze meent dat het *choquant* (stuitend) zou zijn om *geen* compensatie te geven. Dit simpele gegeven verdraagt zich volgens haar maar moeilijk met de pogingen die in de literatuur zijn gedaan om de verschillende grondslagen te systematiseren.[292] Ook Amselek wijst er uitdrukkelijk op dat de *responsabilité sans faute* 'une jurisprudence de cas d'espèce' is, waarbij

287 Cotteret 1964, p. 395.
288 Gilli 1971, p. 125 e.v.
289 Zie vooral Amselek 1974. Op deze discussie kom ik uitvoeriger terug in § 7.7.
290 Amselek 1974, p. 248, Rougevin-Baville 1987, p. 36, Henriot 1960, Cormier 2002, p. 366.
291 Amselek 1974, p. 249.
292 Hennette-Vauchez 2005, p. 7.

dus slechts de omstandigheden van het geval bepalend zijn. Die omstandigheden kunnen niet alleen zien op bepaalde kenmerken van de *schade* (of deze voorzienbaar was of niet, voldoende *grave*, etc.), maar ook op de *anormalité* van de schade*oorzaak* (de *anormalité du fait générateur*). Zo is de schade die een derde ondervindt door een schotenwisseling door de politie of door een persoon die schade lijdt door een gevangene of een psychiatrische patiënt op proefverlof (gevallen die thans onder het regime van een *risque spécial* zouden worden behandeld), van nature abnormaal, omdat deze bestaat uit een aantasting van de fysieke integriteit van een individu.[293] Een dergelijk geval verschilt slechts van de gevallen die thans onder het regime van het égalitébeginsel vallen in die zin dat de rechter bij de *anormalité du fait générateur* (de *anormalité* van het schadeveroorzakende feit) in de regel niet verlangt dat de schade een bepaalde grens ontstijgt. Ook voor die gevallen geldt volgens Amselek echter de stelregel dat

> '(…) le dommage anormal est toujours, dans son principe même, un dommage excessif, qui excède par sa gravité ce que, dans les circonstances particulières de l'espèce, la victime devait supporter.'[294]

Amselek ziet nog wel een rol voor het égalitébeginsel weggelegd, maar zuiver en alleen als 'la justification théorique de l'admission d'une responsabilité de l'administration pour dommage anormal'.[295]

Voor deze visie kan ook in de uitspraken van de Conseil d'Etat soms steun worden gevonden. Niet zelden stelt de Conseil als centrale voorwaarde dat er sprake is van 'une charge ne lui incombant normalement'.[296] Onder het regime van de *risque spécial* is een verwijzing naar de *spécialité* en de *anormalité* weliswaar een uitzondering, maar impliciet zijn deze voorwaarden telkens aanwezig, zo betoogt Cormier.[297] Zij wijst op de arresten *Lecomte* en *Perruche* (schade door een gevaarlijk object respectievelijk een gevaarlijke situatie), waarin de Conseil d'Etat de *anormalité* ook buiten het traditionele égalitékader toepast. Verder zijn er gevallen waarin noch het risico, noch de égalité een aannemelijke verklaring voor de schadevergoedingsplicht biedt.[298] De dualiteit van grondslagen berust volgens haar op een fictie; de directe grondslag

293 Rougevin-Baville 1987, p. 45, Cormier 2002, p. 351.
294 Amselek 1974, p. 259.
295 Amselek 1974, p. 255. In gelijke zin C-G Guyomar, concl. bij CE 2 november 2005, *RFDA* 2006, p. 350 (*Ax'ion*).
296 Zie bijv. de arresten CE 14 januari 1938, *Rec*. p. 25 (*La Fleurette*), CE 22 februari 1963, *Rec*. p. 113 (*Commune de Gavarnie*), CE 31 maart 1995, *Rec*. p. 155 (*Lavaud*).
297 Cormier 2002, p. 351.
298 Cormier 2002, p. 354. Ze wijst op CE 16 juni 1950, *Rec*. p. 378. Schade door overlast van militaire voertuigen door een dorp; met deze voertuigen was geen bijzonder risico gemoeid (dus geen *risque spécial*) terwijl de schade voorts vermijdbaar was (dus geen *égalité*). De Conseil liet de grondslag in het midden en sprak slechts van een schade met een 'caractère anormal'.

van de gehele aansprakelijkheid *sans faute* is volgens haar de *anormalité du préjudice*. Vraag blijft echter wat precies de winst is van deze uniforme grondslag als het 'abnormale' in beide situaties op iets anders ziet en dit ook gevolgen heeft voor de wijze waarop bestuur en rechter vaststellen of een recht op nadeelcompensatie bestaat (§ 4.6.5). Het terugbrengen van de verschillende nadeelcompensatieregimes tot één overkoepelende grondslag heeft de charme van de eenvoud, maar achter die eenvoud gaat een meer complexe realiteit schuil.

4.8 Conclusie

Frankrijk heeft van veel van de hindernissen waar het égalitébeginsel in Nederland op stuitte niet of veel minder last gehad. Een aansprakelijkheid van de overheid (*responsabilité*) zag de Franse rechter al aan het eind van de negentiende eeuw als een logische aanvulling op de mogelijkheid om overheidshandelen op rechtmatigheid te toetsen (*légalité*). Naast de *responsabilité pour faute* ontwikkelde de Franse rechter al spoedig een regime *sans faute*. De *responsabilité pour faute* kwam vooral neer op een analoge toepassing van een civiel leerstuk op overheidshandelen; de *responsabilité sans faute* echter was een echte autonome 'uitvinding' van de bestuursrechter – een regime dat de Conseil d'Etat zag als een noodzakelijke aanvulling was op de aansprakelijkheid *pour faute*. Waar men kan stellen dat de aansprakelijkheid *sans faute* gebaseerd op risico niet zuiver publiekrechtelijk was in het licht van vergelijkbare civiele risicoaansprakelijkheden, geldt voor de aansprakelijkheid op grond van de égalité dat dit zijn evenknie in het civiele recht niet kende. De Conseil d'Etat baseerde zich daarbij niet rechtstreeks op enige geschreven tekst (een wet of anderszins); wel behoorde de gedachte dat de burgers gelijkelijk dienen te dragen in de offers die voor de gemeenschap als geheel worden gebracht al sinds de Franse Revolutie tot het constitutionele gedachtegoed (§ 2.5). De égalité is één van de (ongeschreven) *principes généraux du droit*, toetsingsnormen die op de bijzondere verhouding overheid-burger zijn toegesneden en die met name in de loop van de jaren zestig zijn ontwikkeld. In Frankrijk is louter de bestuursrechter belast met de toetsing aan deze *principes*. Voor de civiele rechter is geen rol weggelegd en deze speelt in de ontwikkeling van de aansprakelijkheid *sans faute* dan ook geen rol.

Aan het begin van dit hoofdstuk is eerst op enkele algemene aspecten van de *responsabilité* ingegaan. Gebleken is dat voor alle vormen van aansprakelijkheid – ook die uit aansprakelijkheid uit *on*rechtmatige overheidsdaad – geldt dat er sprake moet zijn van schade, causaal verband en dat de aansprakelijkheid niet op grond van een van de *situations de la victime* voor eigen rekening van de benadeelde behoort te blijven. De begrippen 'schade' en 'causaal verband' worden in het regime van de aansprakelijkheid *sans faute* in het algemeen ruimhartig ingevuld. Het recht op schadevergoeding omvat zowel

geleden materiële als immateriële schade. Ook aan het causaal verband lijken niet al te strenge eisen te worden gesteld, zoals blijkt uit het in beginsel toerekenen aan de overheid van de directe schade toegebracht door een delinquent op proefverlof, zij het binnen bepaalde voorwaarden. De verschillende *situations de la victime* laten voorts zien welke situaties aanleiding kunnen zijn een schadevergoedingsclaim af te wijzen: onzekere situaties (vgl. de intrekking van een vergunning), met het recht strijdige situaties en de aanvaarding van een risico.

De eerste arresten waarin de Conseil d'Etat de mogelijkheid van een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad erkende, zagen op schade ten gevolge van gevaarzettend overheidshandelen. Deze rechtspraak, die is begonnen met de uitspraak *Cames* uit 1895, is in de loop der tijd verder uitgebreid en kan worden onderverdeeld in een aantal categorieën: gevaarlijke objecten (denk aan het werken in een gevaarlijke fabriek (*Regnault Desroziers* (1919)), gevaarlijke methoden (de *Thouzellier*-rechtspraak, over schade door liberale detentieregimes) en de niet altijd eenvoudig te omlijnen categorie 'gevaarlijke situaties'.

In 1923 volgde het arrest-*Couitéas*: ook een voorbeeld van aansprakelijkheid uit rechtmatige daad, maar thans lag de oorzaak van de schade in een *juridische* handeling, te weten de rechtmatige weigering om opstandelingen van een stuk land te verwijderen uit vrees voor een verstoring van de openbare orde. In dit arrest week de formulering af van de eerdere arresten en was er ook sprake van een andere schadeoorzaak, namelijk een rechtmatige normatieve handeling. *Couitéas* wordt algemeen gezien als de start van de jurisprudentie op grond van het beginsel *égalité devant les charges publiques*.

De égalité-aansprakelijkheid is in Frankrijk beperkt gebleven tot rechtmatige besluiten (inclusief normatieve handelingen) en bepaalde feitelijke handelingen (in het bijzonder de overlast van omwonenden door de aanleg van *travaux publics*). Latere toepassingen van de *jurisprudence-Couitéas* vindt men bijvoorbeeld bij weigeringen om een huis te ontruimen dat in bezit is genomen en bij de weigeringen in te grijpen bij (water)wegblokkades. De *Couitéas*-gevallen vallen binnen de bredere categorie van rechtmatige *besluiten*, waaronder verder bijvoorbeeld ook schade door de rechtmatige *beschikkingen* en *verordeningen* valt. Een belangrijke uitbreiding vond verder plaats in 1938, toen de Conseil d'Etat met het arrest *La Fleurette* de égalité ook toepaste op rechtmatige *formele wetten*. Deze categorie heeft nadien echter slechts een handjevol aan succesvolle schadevergoedingsclaims laten zien. Toen een aansprakelijkheid voor formele wetten eenmaal aanvaard was, was het nog maar een kleine stap om deze ook te aanvaarden voor rechtmatige *verdragen*, waartoe de Conseil in 1966 overging. De laatste categorie betreft de permanente (inherente, onvermijdelijke) schade door *travaux* en *ouvrages publics*. Het gaat hierbij onder meer om schade door wegwerkzaamheden en de aanwezigheid van openbare gebouwen.

Van de tweedeling tussen 'risicogevallen' en 'égalitégevallen', die in de jaren twintig al zichtbaar was, is de Conseil d'Etat niet meer teruggekomen. De regimes onderscheiden zich onder meer in de *aard van de overheidshandeling*

die de schade veroorzaakt. In het ene geval (risico) gaat het om vormen van schade met een incidenteel en onverwacht karakter. Hoewel dan het schadeveroorzakende handelen (bijvoorbeeld de schade van een onschuldige omstander die getuige is van een achtervolging door de politie) wel rechtmatig is, is de schade die daaruit voortvloeit niet noodzakelijk voor de behartiging van het openbaar belang, doch een neveneffect dat zelf op geen enkele wijze bijdraagt aan het doel dat men met de rechtmatige handeling wil bereiken. Bij de gevallen die onder de égaliténoemer worden behandeld ligt dat anders. De schade wordt hier juist weloverwogen toegebracht, en is het noodzakelijke en onvermijdelijke gevolg van een handeling in het algemeen belang. Het bereiken van het met de rechtmatige overheidsdaad gediende doel gaat bij de égalitégevallen derhalve noodzakelijkerwijs gepaard met het toebrengen van het nadeel. Op dit onderscheid zal in hoofdstuk 5 nader worden teruggekomen.

Met dit onderscheid hangt ook een verschil samen in de wijze waarop wordt bepaald of een recht op schadevergoeding bestaat. Onder het regime van het *risque spécial* kan de getroffene in beginsel volstaan met het bewijs dat er sprake is van een bijzonder risico en van een causaal verband tussen dit bijzondere risico en zijn schade. De drempel om de overheid niet voor alle risico's aansprakelijk te laten zijn, wordt vooral gezocht in een selectie van de verschillende handelingen die als een *bijzonder* risico kwalificeren. Van belang is niet dat de schade die uit het zich verwezenlijken van een bijzonder risico nog aan bepaalde kenmerken voldoet; in beginsel wordt alle schade vergoed. De jurisprudentie inzake bijzondere risico's laat dan ook geen toepassingen zien van de speciale last en het 'normaal maatschappelijk risico'. Deze laatste maatstaven zijn wel gebruikelijk in het égalitéregime. Beperkingen van de overheidsaansprakelijkheid worden in dit regime juist niet gezocht in een beperking tot *bepaalde* normatieve overheidshandelingen. Naar huidig recht bestaan er in de égalitéjurisprudentie geen *îlots d'irresponsabilité* (eilandjes van niet-aansprakelijkheid) meer.

Hoe hoog zijn de drempels om het égalitébeginsel succesvol te kunnen inroepen? Het beeld dat de jurisprudentie oproept, is niet helemaal eenduidig. Op sommige terreinen, in het bijzonder bij toepassingen van de *Couitéas*-jurisprudentie en bij de schade door *travaux* en *ouvrages publics*, erkent de Franse bestuursrechter met enige regelmaat dat de overheid op grond van de égalité aansprakelijk is. Ten aanzien van de *Couitéas*-jurisprudentie kan worden opgemerkt dat de positie van de gelaedeerde in principe sterk is, aangezien hij aanspraak moet kunnen maken op de bijstand van de overheid bij de daadwerkelijke verwezenlijking van zijn rechten (om bijvoorbeeld illegale huurders uit zijn huis verwijderd te krijgen). In deze gevallen wordt veelal met forfaitaire termijnen gewerkt: de aansprakelijkheid van de overheid treedt in nadat gedurende een bepaalde standaardperiode niet is opgetreden tegen de illegale situatie. Ook bij *travaux publics* wordt ter bepaling van de abnormali-

teit van de schade soms aangehaakt bij bepaalde standaard geluids- of andere normen.

Op de andere twee terreinen is de rechtspraak extreem terughoudend, kennelijk om een te grote aansprakelijkheid van de overheid te voorkomen. Vooral de aansprakelijkheid voor rechtmatige formele wetten is een treffend voorbeeld van hoe de Conseil d'Etat op rechtspolitieke overwegingen tot een vrijwel non-existent recht op nadeelcompensatie is gekomen. Na een voortvarend begin met de uitspraken *La Fleurette* en *Caucheteux et Desmonts* heeft deze vorm van aansprakelijkheid decennialang vrijwel stilgestaan. Naast de voorwaarden van een speciale en abnormale last bleek vooral de wil van de wetgever aan aansprakelijkheid in de weg te staan, mede doordat de Conseil d'Etat de formele wetgever lange tijd ter wille is geweest door in het zwijgen over een eventuele schadevergoeding de impliciete wil te lezen dat een aansprakelijkheid niet aan de orde kan zijn. Deze impliciete wil kan bijvoorbeeld blijken uit het feit dat de wet schade toebrengt aan een belang dat een compensatie onwaardig is, zoals de bestrijding van gokverslaving door een verbod op gokmachines in cafés. Een impliciete wil is voorts afgeleid uit het doel van de wet, namelijk het dienen van een 'bij uitstek algemeen belang', een maatstaf die in de literatuur in het algemeen scherp is bekritiseerd. Deze laatste lijn lijkt in recentere rechtspraak te zijn verlaten; onder invloed van art. 1 EP wordt thans in meer gevallen een aansprakelijkheid van de formele wetgever aanvaard.

De jurisprudentie van de Conseil d'Etat laat tot slot zien dat het égalité-beginsel weinig te bieden heeft als de ongelijke verdeling van lasten *beoogd* is. Deze beperking is vooral naar voren gekomen in de rechtspraak over de aansprakelijkheid voor formele wetten op het gebied van de fiscaliteit en bij vormen van economisch interventionisme (handelsregels, prijzenpolitiek, quota et cetera). De bestuursrechter redeneert in dit soort gevallen dat de toekenning van een compensatie aan het doel van de maatregel – het ongelijk verdelen van lasten – afbreuk zou doen.

5 Het toepassingsbereik van het égalitébeginsel

5.1 INLEIDING

Uit het vorige hoofdstuk is gebleken dat de Franse bestuursrechter de toepassing van het égalitébeginsel reserveert tot een bepaalde overheidshandelingen: besluiten (inclusief normatieve handelingen) en bepaalde feitelijke handelingen. In het Nederlandse recht is een dergelijk beperkt toepassingsbereik van het égalitébeginsel minder goed zichtbaar. De drempels om het égalitébeginsel op een bepaalde situatie van toepassing te laten zijn, zijn zelfs vrij laag te noemen. Naar de klassieke omschrijving van de Afdeling in de *Van Vlodrop*-zaak is vereist dat de schade voortvloeit uit een rechtmatig handelen van een bestuursorgaan, welk handelen kan worden aangemerkt als de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid. Ook uit de omschrijving van de Hoge Raad in het arrest *Lavrijsen* blijkt dat weinig in de weg staat aan een toepassing van het égalitébeginsel op een concrete casus. Volgens de Hoge Raad moet er sprake zijn van een 'overheidshandeling', die 'op zichzelf rechtmatig' is. Buiten de eis dat er sprake moet zijn van een 'onevenredig' nadeel lijkt ook dit arrest erop te wijzen dat de toepassing van het égalitébeginsel aan weinig beperkingen onderhevig is.

In de praktijk blijkt de toepassing van het égalitébeginsel echter te zijn onderworpen aan beperkingen die enigszins afbreuk doen aan de omschrijvingen uit deze klassieke uitspraken. Zowel in de bestuursrechtspraak als in de civiele rechtspraak treft men technieken aan die dit beeld van een zeer breed toepassingsbereik enigszins beperken. Enige tijd stelde de Afdeling als voorwaarde dat het égalitébeginsel alleen van toepassing is als met het overheidshandelen 'enig openbaar belang' werd gediend.[1] Die jurisprudentie is thans verlaten, maar de bestuursrechter heeft een nieuwe beperking geïntroduceerd: alleen als aan het schadeveroorzakende handelen een afweging van belangen vooraf heeft kunnen gaan, kan een recht op nadeelcompensatie bestaan.[2] Kijkt men naar de civiele rechtspraak, dan blijkt het bereik van de égalité onder meer te worden beperkt door de eis dat alleen die schade voor vergoeding in aanmerking kan komen die voor de overheid (in concreto) voorzienbaar was.[3]

---

1 Zie ABRvS 9 juni 2000, *AB* 2001, 222, m.nt. GJ.
2 Zie bijv. ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0552, ABRvS 17 november 2004, LJN AR5835.
3 HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430, m.nt. JBMV (*TBS*).

Wat men ook moge denken van deze rechtspraak, zij laat goed zien dat in de praktijk behoefte bestaat aan handvatten om het bereik van de aansprakelijkheid op grond van de égalité beheersbaar te houden. De wijze waarop dat gebeurt, ontlokt echter vaak debat. Waarom het égalitébeginsel op een bepaald geval wel en op een ander geval niet van toepassing zou zijn, is niet altijd duidelijk. De grenzen van het égalitébeginsel blijken in de praktijk grillig en onvoorspelbaar, een probleem dat verschillende auteurs hebben gesignaleerd.[4] In dit hoofdstuk wil ik bij dat probleem stilstaan. Ik zal betogen dat het gewenst is om het toepassingsbereik van de égalité te beperken tot situaties waarin de schade kwalificeert als een 'openbare last' (*charge publique*). Wanneer dit begrip als leidraad wordt aangehouden om het toepassingsbereik van het égalitébeginsel te bepalen, blijven de grenzen van de égalité hanteerbaar en kunnen de aan het beginsel verbonden criteria een zinvolle functie vervullen.

Om deze stelling te kunnen staven, zal ik in dit hoofdstuk niet alleen ingaan op de toepassing van het égalitébeginsel in het bestuursrecht (§ 5.3), maar ook in andere delen van het recht, zoals het strafrecht (§ 5.4) en gevaarzettend overheidshandelen (§ 5.5). Met name bij het strafrecht sta ik uitvoerig stil, omdat de vraag naar de mogelijke betekenis van de égalité voor dit rechtsgebied in de literatuur voorwerp is van veel discussie en de jurisprudentie op dit gebied vrij sterk onderhevig is aan de genoemde onvoorspelbaarheid. Ook bespreek ik de toepassing van de égalité op privaatrechtelijk overheidshandelen (§ 5.6) en de verhouding van de égalité tot de notie 'solidariteit' (§ 5.7).

5.2 De 'openbare last' als toepassingsvoorwaarde van het égalitébeginsel

5.2.1 Inleiding

Het égalitébeginsel ziet op de gelijkheid voor de openbare (ook wel publieke) lasten. Het geeft uitdrukking aan de gedachte dat schade die ten behoeve van de gemeenschap als geheel wordt geleden, ook door de gehele gemeenschap moet worden gedragen. Maar wat is eigenlijk een 'openbare last'? In § 2.5.2 hebben we gezien dat sommige Franse auteurs menen dat *elke* schade die voortvloeit uit overheidshandelen, of dit nu rechtmatig of onrechtmatig is, een 'openbare last' is. Derhalve zou het égalitébeginsel ten grondslag liggen aan *elke* vorm van overheidsaansprakelijkheid. Deze opvatting, die in Nederland vooral doorklinkt in het werk van Tak,[5] zal ik hierna niet volgen. Uit de jurisprudentie van de Nederlandse noch de Franse rechter kan worden

4 Zie bijv. Hennekens 2000, p. 574, Bolt & Spier 1996, p. 294 en de conclusie van A-G Spier bij HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430, m.nt. JBMV (*TBS*). Zie ook § 1.2.1.

5 Zie bijvoorbeeld Tak 1999, p. 21-22.

opgemaakt dat zij het égalitébeginsel ook toepassen op onrechtmatige overheidsdaden. Hoogstens fungeert een met het égalitébeginsel verwante gedachte als toerekeningsargument ter rechtvaardiging van de risicoaansprakelijkheid van de overheid voor vernietigde besluiten: in verschillende uitspraken treft men de overweging aan dat het redelijker is om schade die voor een individuele burger voortvloeit uit een besluit waarvan naderhand komt vast te staan dat het op een onjuiste wetsuitleg berust, voor rekening te brengen van de collectiviteit, dan om die voor rekening te laten van de burger jegens wie dat rechtens onjuiste besluit is genomen.[6] Kijkt men naar de wijze waarop de rechter beoordeelt of de overheid aansprakelijk is, dan blijken echter slechts aan art. 6:162 BW ontleende maatstaven van belang. De daadwerkelijke invloed van het (typisch publiekrechtelijke) égalitébeginsel voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is *de facto* nihil. Om iets zinnigs over de betekenis en het bereik van het égalitébeginsel te kunnen stellen, beperk ik me daarom tot de gevallen waarin het égalitébeginsel *wel* expliciet aan de aansprakelijkheid van de overheid ten grondslag wordt gelegd.

Zoals we in het vorige hoofdstuk hebben gezien, wordt in de Franse rechtspraak een onderscheid gemaakt tussen twee grondslagen voor nadeelcompensatie: het égalitébeginsel en het *risque spécial* (ook wel *risque exceptionnel*). Onder de laatste noemer worden situaties geschaard waarin met overheidshandelen bijzondere risico's zijn gemoeid (§ 4.6). Wat onderscheidt nu precies de égalité van het 'risico'? Chapus heeft het als volgt verwoord:

> 'Het égalitébeginsel ziet op situaties waarin de schade *geen incidenteel karakter* heeft, in tegenstelling tot de situaties waarin de aansprakelijkheid op grond van risico aan de orde is. Het gaat niet om schades die het gevolg zijn van een ongelukkige samenloop van omstandigheden en die zich hebben voorgedaan, hoewel ze zich ook *niet* hadden kunnen voordoen. Het gaat om schades die het natuurlijke, noodzakelijke en voorzienbare gevolg zijn van bepaalde situaties of bepaalde maatregelen, die als gevolg hebben dat het belang van bepaalde leden van de samenleving wordt 'opgeofferd' aan de eisen van het algemeen belang.'[7]

Deze omschrijving van het toepassingsbereik van de égalité zal ik hierna als leidraad aanhouden voor de naar mijn idee wenselijke reikwijdte van het égalitébeginsel. Mijn uitgangspunt is dat het égalitébeginsel alleen van toepassing is als de schade van de getroffene kwalificeert als een 'openbare last'.

---

6 HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113, m.nt. CJHB (*Bedrijfsvereniging Boulogne*), CRvB 24 januari 2001, *JB* 2001, 276. Zie verder Tjittes 1996, p. 46-47, Van Ravels 2004, p. 71-72.

7 Chapus 2001, p. 1364: 'Tout d'abord, elle régit des hypothèses où les dommages *n'ont pas un caractère accidentel*, contrairement à ce qu'il en est en matière de responsabilité pour risque. Il ne s'agit pas de dommages qui sont le fruit d'un concours malheureux de circonstances et qui se sont produits comme ils auraient pu ne pas se produire. Il s'agit de dommages qui sont la conséquence naturelle, et même nécessaire, et prévisible à coup sûr, de certaines situations ou de certaines mesures, par l'effet desquelles des membres de la collectivité sont "sacrifiés" aux exigences de l'intérêt général.' (cursivering in het origineel).

Ik zou dit begrip willen omschrijven als *een door enig overheidshandelen weloverwogen veroorzaakt nadeel, dat noodzakelijk en onvermijdelijk is voor de behartiging van het algemeen belang*. Nadeel dat niet aan deze omschrijving voldoet, valt in mijn optiek buiten het bereik van het égalitébeginsel.

In deze omschrijving kunnen drie elementen worden herkend. Allereerst dienen de belangen van een burger aan 'het algemeen belang' te worden opgeofferd (§ 5.2.2). Ten tweede dient het nadeel 'weloverwogen' te zijn veroorzaakt, een begrip dat ik koppel aan de aanwezigheid van een rechtmatige afweging van belangen (§ 5.2.3). Tot slot moet het nadeel een *noodzakelijk c.q. onvermijdelijk* gevolg zijn van de betreffende overheidshandeling (§ 5.2.4).

Voldoet het overheidshandelen aan deze drie cumulatieve voorwaarden, dan is het nadeel 'weloverwogen' veroorzaakt en is het égalitébeginsel van toepassing. Op voorhand merk ik echter op dat voor nadeel dat buiten het bereik van deze omschrijving valt, slechts kan worden gesteld dat het égalitébeginsel daarvoor in elk geval geen grondslag biedt. Dit sluit een verplichting tot compensatie op andere grondslagen niet uit. Wat die grondslagen zijn en hoe men dan moet vaststellen of, en zo ja in welke mate een recht op nadeelcompensatie bestaat, is niet de hoofdvraag die in dit boek centraal staat. Omdat ik de vraag naar de gevolgen voor buiten het bereik van de égalité vallende casusposities niet geheel buiten beschouwing wil laten, sta ik in § 5.5.3 wel stil bij de mijns inziens voor die gevallen gewenste denkrichting. In hoofdstuk 13 kom ik terug op de gevolgen die dit heeft voor een wettelijke regeling van nadeelcompensatie in de Awb. Thans werk ik eerst de genoemde elementen nader uit.

5.2.2 Overheidshandeling in het algemeen belang

De schade dient ten eerste voort te vloeien uit een overheidshandeling die in het algemeen belang is genomen, of, zoals Delvolvé het stelt, 'à la satisfaction de l'intérêt public', ter behartiging van een publiek belang.[8] Volgens Meillon is een openbare last 'en effet rien d'autre qu'un sacrifice consenti dans l'intérêt général',[9] terwijl Philipp spreekt van '(…) la notion de charges publiques, c'est-à-dire l'idée de sacrifice consenti dans l'intérêt general de la collectivité'.[10]

Het lijkt overbodig om als eis te stellen dat de égalité verlangt dat de veroorzaking van het nadeel noodzakelijk is voor de behartiging van het

8 Delvolvé 1969, p. 249 ('Les sujétions que (…) une autorité publique impose à ces administrés dans le but de satisfaire l'intérêt général'.), p. 368 ('La charge qui en est résultée était nécessaire à l'intérêt général. Le principe d'égalité devant les charges publiques peut en justifier réparation.').

9 Meillon 2006, p. 1244.

10 Philipp 1999, p. 617.

algemeen belang. Overheidshandelingen worden immers geacht per definitie in het algemeen belang te zijn.[11] Toch is dit element onontbeerlijk. Het onderstreept namelijk dat het bereik van de égalité zich slechts uitstrekt tot *rechtmatige* overheidsdaden. Verondersteld mag worden dat een overheidsdaad die uiteindelijk leidt tot een veroordeling uit onrechtmatige daad, ooit werd ondernomen in het algemeen belang. Als dit handelen later als onrechtmatig is aangemerkt, dan kan een daaruit voortvloeiende schadevergoedingsplicht echter niet worden verklaard door het feit dat dit handelen aanvankelijk werd ondernomen om het algemeen belang te dienen. De schadeplicht heeft zijn directe grondslag in het *foutief* handelen van de overheid en onrechtmatige daden (in beginsel) tot schadevergoeding verplichten. In de jurisprudentie wordt dan ook een strikte scheiding aangebracht tussen de gevallen waarin de grondslag voor de schadevergoedingsplicht wordt gezocht in enig *on*rechtmatig dan wel enig *rechtmatig* handelen, hoewel justitiabelen dit onderscheid niet altijd helder voor ogen staat.

> Het komt geregeld voor dat zij onder de vlag van het égalitébeginsel of een nadeelcompensatieregeling trachten een vergoeding te krijgen voor overheidshandelen dat in wezen de onrechtmatigheid van de overheidshandeling tot uitgangspunt neemt. Zo is nadeelcompensatie gevorderd in verband met 'het beweerdelijk *niet tijdig* nemen van de besluiten ter toepassing van voorschriften [uit de Plantenziektewet]',[12] het '*ten onrechte* afzien van handhavend optreden tegen het illegale gebruik van het betrokken perceel',[13] 'de *overschrijding* van de ter plaatse toegestane geluidsnormen',[14] het door een waterschap *op onzorgvuldige wijze* afgraven of egaliseren van gronden,[15] het *niet* of *niet voldoende* meewegen van bepaalde belangen[16] of het '*verkeerd* toepassen van de Wet voorkeursrecht gemeenten'[17] (curs. MT).

De rechtspraak is duidelijk: als het verwijt luidt dat de overheid onzorgvuldig heeft gehandeld, dan is het égalitébeginsel of een geschreven nadeelcompensatieregeling geen geschikte grondslag. Onrechtmatig toegebrachte schade kan men immers bezwaarlijk aanmerken als in het algemeen belang te zijn toegebracht.

---

11 Polak 1950, p. 43: 'Elke beschouwing over het "algemeen belang" als rechtsbegrip kan uitgaan van de stelling, dat de overheid in een land als het onze, uitsluitend tot taak heeft het algemeen belang te behartigen en dat alle overheidsbevoegdheden, uitgezonderd die van de rechterlijke macht, alleen ter vervulling van die taak mogen worden aangewend.'

12 CBB 6 december 2005, LJN AU8308 en in gelijke zin CBB 24 juli 2001, LJN AB6850.

13 ABRvS 15 januari 2003, LJN AF2923; in gelijke zin ABRvS 13 oktober 2004, LJN AR3769. Vgl. ook ABRvS 3 oktober 2008, LJN BB4680, ABRvS 3 juli 2002, *Gst*. 2003, 7197, nr. 196, m.nt. ARN.

14 ABRvS 16 november 2005, LJN AU6201.

15 ABRvS 17 augustus 2005, LJN AU1126.

16 ABRvS 2 mei 2007, LJN BA4181.

17 ABRvS 3 oktober 2007, LJN BB4703.

Het enkele feit dat er sprake is van rechtmatig overheidshandelen, betekent naar Frans recht, zoals we in het vorige hoofdstuk hebben gezien, nog niet dat de égalité altijd van toepassing is. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen situaties van *risico* en van *égalité*. Aan de hand van dit onderscheid kan ook worden geïllustreerd welke rol 'het algemeen belang' bij de égalité speelt in het kader van een plicht tot nadeelcompensatie. De schade relateert zich in beide regimes namelijk op een andere wijze aan het doel dat de overheid met de behartiging van het algemeen belang nastreeft. In de égalitégevallen brengt de behartiging van het algemeen belang met zich dat de schade moet worden toegebracht om het doel dat de overheid zich heeft gesteld te bereiken. Het algemeen belang *rechtvaardigt* de toekenning van de compensatie: *omdat* het algemeen belang het nadeel 'vordert' dient de dientengevolge geleden onevenredige schade voor rekening van alle leden van de samenleving te komen.[18] In de risicogevallen kan men dat niet stellen. Weliswaar was de rechtmatig uitgeoefende *activiteit* noodzakelijk om het algemeen belang te dienen, maar de daardoor ontstane *schade* is dat niet; deze is vreemd aan het met de bevoegdheid gediende doel en zou de overheid liever hebben vermeden.[19] Men kan bijvoorbeeld niet stellen dat het levensgevaarlijk gewond raken van een voetganger een noodzakelijk offer is om het doel van die activiteit – de arrestatie van een verdachte – te bereiken.[20]

Deze 'rechtvaardigende' rol van het algemeen belang in égalitésituaties komt ook in de jurisprudentie soms tot uitdrukking. In het arrest *La Fleurette* overwoog de Conseil d'Etat over het offer dat de producent van een melkvervanger moest brengen 'que cette charge, *créée dans un intérêt général*, doit être supportée par la collectivité.'[21] Ook het *Leffers*-arrest illustreert deze rol van het algemeen belang goed. De Hoge Raad overwoog dat de regeling die swillvervoedering verbood, ertoe strekte de belangen te beschermen van al diegenen die zich bezighouden met het fokken, verhandelen en exporteren van varkens en dat *juist door deze bescherming* een naar verhouding kleine groep varkensmesters onevenredig zwaar werd getroffen.[22] Het algemeen belang van de bescherming van de belangen van de sector (en, in het verlengde daarvan, van de volksgezondheid) verlangde dus het opleggen van een last, maar niet dat op een beperkte groep varkensmesters een speciale en abnormale last kwam te rusten. Ook al ontbreken in de meeste uitspraken dergelijke expliciete verwijzingen naar het algemeen belang, op de achtergrond kan dit motief altijd geacht worden aanwezig te zijn.

---

18 Schueler 2002, p. 139: 'Het égalité-beginsel strekt ertoe dat de lasten van wat wordt verricht in het belang van de gemeenschap, door die gemeenschap zelf worden gedragen.'

19 Vgl. Delvolvé 1969, p. 299: 'Ici encore [bij risico-situaties – MT] l'administration n'a pas voulu systematiquement les [de lasten – MT] imposer aux particuliers; ils [de lasten – MT] n'étaient pas indispensables à la satisfaction de l'intérêt public.'

20 Vgl. Engelhard & Van Maanen 2008, p. 88.

21 CE 14 januari 1938, *Rec.* p. 25 (*La Fleurette*; curs. MT).

22 HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 683 (*Leffers*; curs. MT).

Het uitgangspunt dat het algemeen belang rechtvaardigt dat de last voor rekening van de collectiviteit wordt gebracht, lijkt te impliceren dat het algemeen belang de burger slechts ten voordele kan strekken. Dit is echter niet per definitie het geval. Soms verlangt het algemeen belang juist een ongelijke verdeling van lasten en rechtvaardigt het juist dat de schade *onvergoed* blijft.[23] Dat doet zich bijvoorbeeld voor in het economisch bestuursrecht, waarin vaak regelgeving tot stand komt die het ongelijk verdelen van lasten tot doel heeft.[24] Ook verlangt het algemeen belang soms juist dat een last zwaar op een burger drukt, zoals bij schade die het rechtstreekse gevolg is van een punitief besluit.[25] Het toekennen van nadeelcompensatie zou in zulke gevallen afbreuk doen aan het effect dat de overheid met de rechtmatige maatregel beoogt.

In de jurisprudentie treft men soms echter ook 'technieken' aan waarin op andere wijze aan het algemeen belang argumenten worden ontleend om de schade niet of minder snel voor rekening van de overheid te laten komen. Soms wordt de rechtvaardigende rol van het algemeen belang eenvoudigweg omgekeerd, en wordt het algemeen belang in stelling gebracht om te rechtvaardigen dat een bepaalde schade *niet* voor rekening van de overheid zou moeten komen. Dit argument kan worden aangetroffen in enkele uitspraken van de EG-gerechten.

> In het arrest *Compagnie d'approvisionnement* overwoog het Hof van Justitie dat een aansprakelijkheid uit hoofde van een wettige normatieve handeling niet kon worden aangenomen 'gelet op het feit dat de door de commissie genomen maatregelen slechts ten doel hadden in een algemeen economisch belang de gevolgen te verzachten' die met name voor de Franse importeurs voortvloeiden uit het nationale besluit om de frank te devalueren.[26]
>
> Het arrest *Dorsch Consult* ging over een handelsembargo tegen Irak waardoor een ondernemer wiens goederen al onderweg waren, schade leed. Volgens het Gerecht van Eerste Aanleg stond vast dat tot het embargo was besloten in het kader van de 'handhaving van de internationale vrede en veiligheid'. Het belang van de daarmee nagestreefde doeleinden rechtvaardigde volgens het Gerecht de zelfs aanzienlijke negatieve gevolgen voor bepaalde ondernemers. Gelet op dit zo

23 Delvolvé 1969, p. 258-259 en Kortmann 1971, p. 34-35.

24 Zie § 4.5.3.3.

25 ABRvS 26 juni 2002, *AB* 2003, 232, m.nt. BJS.

26 Gev. zaken 9 en 11/71, *Compagnie d'approvisionnement*, § 46. Zie ook A-G Mayras in zijn conclusie bij hetzelfde arrest. Voor de aanvaarding van een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad golden volgens hem niet alleen de eisen van een abnormale en bijzondere schade, maar ook dat de eis dat de handeling niet verricht is in het belang van de openbare orde, met name op economisch gebied (*Jur*. 1972, p. 425). In een commentaar spreekt Haack 1999, p. 401-402 terecht van een 'overvloedig, zo niet met het systeem strijdig criterium'.

> fundamentele doel kon de schade van Dorsch Consult niet tot aansprakelijkheid leiden.[27]

Een variant hierop kan worden aangetroffen in de Franse rechtspraak. De Conseil d'Etat zag zich in meerdere arresten waarin de schadeoorzaak een wet in formele zin was, geconfronteerd met de vraag of de wetgever een schadevergoedingsmogelijkheid heeft willen uitsluiten. Daarbij leidde de Conseil lange tijd uit het feit dat met de betreffende wet een 'preëminent algemeen belang' werd gediend, af dat de wetgever de mogelijkheid tot nadeelcompensatie heeft willen uitsluiten.[28] Deze jurisprudentie veronderstelt allereerst *dat* het mogelijk is een onderscheid te maken tussen algemene belangen in hun 'gewichtigheid'. Mede gezien de grote abstractiegraad van algemene belangen (een leefbaar milieu, volksgezondheid, bevordering van de werkgelegenheid, van de natuur, behoud van het oorspronkelijke karakter van de binnenstad) moet worden betwijfeld of dit mogelijk is.[29] Voorts miskent deze rechtspraak dat het dienen van het algemeen belang *verondersteld* wordt om het égalitébeginsel te kunnen toepassen. Het dienen van het algemeen belang zou echter – buiten de gevallen waarin het algemeen belang uitdrukkelijk het in het leven roepen van een ongelijkheid verlangt – niet redengevend mogen zijn om *geen* compensatie toe te kennen. Dit zou neerkomen op een ontkenning van de mogelijkheid van een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad, bij welk leerstuk het er nu juist om draait dat individuen een recht op compensatie hebben *omdat* zij in het algemeen belang schade lijden. Aldus ook Errera in een commentaar op deze Franse rechtspraak:

> '[T]he concept of public interest cannot, alone, be the legal basis of decisions refusing compensation: in its essence the public interest is a kind of compromise between the different interests and not an abstract value.'[30]

Een laatste, evenmin juiste variant is die waarbij het algemeen belang als een van de relevante toetsingsmaatstaven in het kader van het normaal maatschappelijk risico wordt aangewezen. Dit is het standpunt van de Hoge Raad, die 'het gewicht van het met het overheidshandelen gediende belang' als zodanig aanwijst.[31] Ook dit standpunt veronderstelt dat er een rangorde in algemene belangen kan worden aangebracht. Zelfs als men daarin mee zou gaan, dan

---

27 GvEA 28 april 1998, zaak T-184/95, *Jur*. 1998, p. II-667 (*Dorsch Consult*, § 86-89). Vgl. voorts CBB 11 september 2001, LJN AD3526, AD3528.

28 § 4.5.3.4.

29 Gerards 2006a, p. 28 e.v. laat zien dat het wel mogelijk is om te differentiëren in de abstractiegraad van algemene belangen bij de beoordeling van de proportionaliteit van een maatregel. Een dergelijk differentiëren lijkt mij echter niet aan de orde bij de beoordeling van de onevenredigheid van de *gevolgen* van een rechtmatig – en daarmee per definitie het algemeen belang dienend – overheidshandelen.

30 Errera 1986, p. 161.

31 HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*).

nog is het de vraag of er inderdaad een verband bestaat tussen het gewicht van het gediende belang en de mogelijkheid om aan te tonen dat men onevenredig benadeeld is. Gedacht kan worden aan het geval waarin de overheid optreedt om een acuut gevaar voor de volksgezondheid te voorkomen. De *Leffers*-jurisprudentie laat zien dat de rechter ook in een dergelijk geval zal kunnen (en *moeten*) bezien of de toepassing van de maatregel tot gevallen van onevenredig nadeel leidt. Deze jurisprudentie laat ook zien dat evenmin relevant is of de overheid redelijkerwijs niet anders *kon* handelen dan zij deed, al dan niet omdat de wet de vrijheid van de overheid in dezen beperkt.[32] Het is de taak van de overheid om die maatregelen te nemen die het 'maximale nut' voor de samenleving als geheel opleveren. Vanuit het perspectief van een eventueel recht op nadeelcompensatie maakt het daarbij geen verschil of er al dan niet relevante keuzevrijheid bestond bij het nemen van de noodzakelijke maatregel.[33] In elk geval zou zulks slecht aansluiten op de 'esprit' van de égalité, die zich primair richt op de wijze waarop een maatregel in het algemeen belang in concreto *uitwerkt*. De problematische wijze om het gewicht van het gediende belang tot een hanteerbaar criterium te maken, verklaart waarschijnlijk ook waarom dit criterium in de jurisprudentie feitelijk geen rol speelt bij de toets of een nadeel het normaal maatschappelijk risico overstijgt. In haar omschrijving van het normaal maatschappelijk risico heeft de Afdeling dit gezichtspunt dan ook terecht niet genoemd.[34]

Van belang is tot slot dat het voor de toepasselijkheid van het égalitébeginsel geen verschil dient te maken of de overheidshandeling niet alleen een algemeen belang, maar mede een particulier belang dient. Te wijzen valt op de Franse *Couitéas*-rechtspraak, waarin met de beslissingen om een rechterlijke beslissing niet ten uitvoer te leggen, niet alleen het algemeen belang bij het voorkomen van wanordelijkheden wordt gediend, maar ook het privé-belang van degenen die van het uitblijven van overheidsinterventie profiteren (in het arrest *Couitéas* de bezetters van een stuk land). Het feit dat deze beslissing mede dit privé-belang diende, stond er volgens de Conseil d'Etat niet aan in de weg dat de overheid aansprakelijk was:

---

32 Vgl. de stelling van de Staat in het *TBS*-arrest (HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430): het zou niet redelijk zijn de staat aansprakelijk te houden voor het handelen van een TBS'er op proefverlof omdat de overheid 'min of meer verplicht' was een verlof te verlenen, aangezien gedetineerden en terbeschikkinggestelden 'binnen zekere grenzen recht hebben op de verlening van verlof'. Zie ook de conclusie van A-G Spier (sub 5.27 e.v.).

33 Dit kan anders zijn als met bepaalde belangen, gelet op het toepasselijke wettelijke kader, geen rekening *mag* worden gehouden; zie § 9.4.1.

34 ABRvS 18 maart 2009, LJN BH6353.

> 'que la privation de jouissance totale et sans limitation de durée résultant, pour le requérant, de la mesure prise à son égard, lui a imposé, *dans l'intérêt général*, un préjudice pour lequel il est fondé à demander une réparation pécuniaire'.[35]

De Afdeling was enige tijd een andere mening toegedaan. Zij stelde zich op het standpunt dat het égalitébeginsel bij een overheidshandeling als het verlenen van een vergunning, alleen van toepassing was indien de vergunning was verleend 'ter behartiging van enig openbaar belang',[36] een lijn in de jurisprudentie die door een enkele auteur nog steeds wordt onderschreven.[37] Uit deze jurisprudentie bleek impliciet dat de overheid een eventuele aansprakelijkheid liever op het bord legt van degene die primair van het overheidshandelen profiteert, zoals de vergunninghouder. Het is echter de vraag of het al dan niet dienen van het algemeen belang een goed criterium is om de mogelijkheden die de derde heeft om de overheid aansprakelijk te stellen, af te bakenen. In de literatuur is er terecht op gewezen dat *elk* rechtmatig overheidshandelen verondersteld wordt het algemeen belang te dienen. In een rechtsstaat is geen plaats voor een overheid die zich laat leiden door de behartiging van persoonlijke of individuele belangen.[38] Van deze jurisprudentie is de Afdeling later dan ook terecht teruggekomen. De Afdeling is thans van mening dat elke rechtmatige aanwending van een publiekrechtelijke bevoegdheid, ook het verlenen van een vergunning, strekt tot behartiging van het algemeen belang.[39] Deze lijn sluit goed aan op de Franse rechtspraak en is in lijn met de aard van de égalité-aansprakelijkheid, hoewel kan worden betwijfeld of zij eerder tot aansprakelijkheid zal leiden.

---

35 CE 30 november 1923, *Rec*. p. 789 (*Couitéas*) en in gelijke zin CE, Ass. 3 juni 1938, *Rec*. p. 521 (*Soc. La cartonnerie et imprimerie St. Charles*). Zie over de discussie over privé- en publieke belangen Delvolvé 1969, p. 256-257.

36 ABRvS 18 mei 2000, *Gst*. 2000, 7128, 3, m.nt. HH (*Borsele*) en ABRvS 9 juni 2000, *AB* 2001, 222, m.nt. GJ en *JB* 2000, 243, m.nt RJNS (*Erkens Bakkerijen*). ABRvS 10 juli 2000, *Gst*. 2000, 7128, 9.

37 Schueler 2005, p. 202-205. Ruimte om aan het algemeen belang argumenten te ontlenen om de overheid voor schade (in casu kosten) te laten opdraaien ziet ook Bierbooms 1996, p. 159 e.v. Hoewel het bij kostenverhaal en nadeelcompensatie om andersoortige situaties gaat, is ook bij kostenverhaal de betrokkenheid van het algemeen belang soms een reden om schade ten laste van de overheid te brengen (ARRvS 23 augustus 1983, *AB* 1984, 17, m.nt. JHvdV, *Gst*. 1983, 6763, 2). Vgl. Klap 2005, p. 195.

38 Vgl. Verheij, VAR-reeks 129, p. 69, Schlössels, noot onder ABRvS 9 juni 2000, *JB* 2000, 243 en Van der Does ('[A]ls het vriendjespolitiek zou zijn, is het besluit onrechtmatig' (Van der Does en Roozendaal 2002, p. 75)).

39 ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 252. Nog anders: Rb Amsterdam 2 juni 2008, LJN BD7240.

5.2.3 Weloverwogen veroorzaakt nadeel

Een tweede voorwaarde om het égalitébeginsel te kunnen toepassen, is dat de schade voortvloeit uit een overheidshandelen waarin een *wilselement* besloten ligt. Volgens Delvolvé is dit element een kernvoorwaarde:

> 'On a considéré jusqu'ici que les charges publiques devaient s'entendre essentiellement des sujétions imposées volontairement par la puissance dans l'intérêt général (…).'[40]

Onder een 'openbare last' moet dus een last worden verstaan die de overheid bewust, weloverwogen (*volontairement*) in het algemeen belang oplegt aan burgers. Ook in de omschrijvingen van andere auteurs keert dit element terug.[41] Dit wilselement houdt kort gezegd in dat, zelfs al was de overheid op de hoogte van het feit dat haar handelen een schending van belangen tot gevolg zou hebben, zij de schade *moest* toebrengen, omdat de behartiging van het algemeen belang dit nu eenmaal vorderde.

Dit element van 'een zekere mate van bewustzijn' waarmee in de belangen van burgers wordt ingegrepen, moet mijns inziens worden gerelateerd aan het feit dat aan schade die op grond van het égalitébeginsel vergoedbaar is een (rechtmatige) afweging van belangen is voorafgegaan. Dat sluit goed aan op het feit dat het égalitébeginsel ook in Frankrijk primair wordt toegepast bij schade die het rechtstreekse gevolg is van *juridische* handelingen: besluiten (inclusief beschikkingen), maar ook normatieve handelingen (zowel formele als materiële wetten en zelfs verdragen). Voor al deze handelingen geldt dat de overheid een bewuste afweging heeft gemaakt om het algemeen belang zwaarder te laten wegen dan de belangen van de potentieel daardoor getroffenen.

De koppeling van de égalité aan een proces van belangenafweging wordt ook in de Nederlandse bestuursrechtspraak gemaakt. Uit de rechtspraak valt af te leiden dat het égalitébeginsel alleen van toepassing is op die handelingen waaraan zelf een belangenafweging vooraf is gegaan. Is een belangenafweging evenwel niet mogelijk, dan kan ook geen recht op nadeelcompensatie bestaan.

---

40 Delvolvé 1969, p. 408. 'Volontaire' moet worden begrepen als 'bewust, opzettelijk'.

41 Zie Henriot 1960, p. 54, die onderstreept dat de égalité ziet op situaties waarin 'une intention directe' aanwezig is. Hij omschrijft de 'charge publique' als 'un élément inhérent à l'activité administrative, au fonctionnement des collectivités publiques, élément constant, inévitable, prévu' (p. 52).Vgl. Van Maanen 2002, p. 238 (de égalité is van toepassing bij 'een welbewuste en gerechtvaardigde opoffering van de belangen van enkelen ten behoeve van het algemeen belang'), Schlössels 2002, p. 189 (het gaat bij de égalité steeds om 'een weloverwogen (rechtmatig) overheidshandelen in het algemeen belang') en Damen 1996, p. 41 (die de schade door een wegafzetting omschrijft als '*schade als gevolg van een doelbewuste ingreep door de overheid* in het normale leven van de burgers in het centrum van Amsterdam').

De rechtspraak van de Afdeling laat bijvoorbeeld zien dat nadeelcompensatie bij gebonden beschikkingen niet mogelijk is.

> B&W van Amerongen weigerden een bouwvergunning te verlenen voor de verhoging van een pand met dakopbouw. De Afdeling oordeelde dat deze weigering rechtmatig was. De aanvrager verzocht om nadeelcompensatie, maar dit werd op de volgende grond afgewezen: 'Vanwege het limitatief en imperatief karakter van artikel 44 van de Woningwet was er bij het nemen van de beslissing op de aanvraag om bouwvergunning geen ruimte voor een belangenafweging en mitsdien evenmin voor nadeelcompensatie.'[42]
> In een andere uitspraak moest een vergunning juist worden verleend. Het relevante toetsingskader werd dit keer gevormd door een bouwvergunning, die een limitatief aantal weigeringsgronden bevatte. Een omwonende verzocht om nadeelcompensatie. Dit keer overwoog de Afdeling: 'De voorzieningenrechter is tot de juiste slotsom gekomen dat, nu de in artikel 6.1.5, eerste lid, van de bouwverordening genoemde weigeringsgronden zich niet voordoen, de gebruiksvergunning moest worden verleend. Nu geen sprake is van een belangenafweging, kan van een verplichting van het college tot het betalen van nadeelcompensatie ten gevolge van het verlenen van de gebruiksvergunning geen sprake zijn.'[43]

Uit deze uitspraken kan worden opgemaakt dat, ondanks de (procedurele) ontkoppeling van art. 3:4 lid 2 Awb en het égalitébeginsel in de bestuursrechtelijke jurisprudentie, er nog wel degelijk een materieel verband tussen het evenredigheids- en het égalitébeginsel bestaat.[44] Uit de bovenstaande uitspraken blijkt dat dit materiële verband in elk geval *negatief* van aard is: schrijft het toepasselijke wettelijke kader een bepaald besluit dwingend voor, dan bestaat er, bij gebreke aan de mogelijkheid van een belangenafweging, geen recht op nadeelcompensatie. Ik wil bepleiten dat er ook een positief verband tussen de égalité en art. 3:4 lid 2 Awb kan worden gelegd, in die zin dat het égalitébeginsel alleen van toepassing is op situaties waarin de schade het gevolg is van een overheidshandeling waaraan een rechtmatige afweging van belangen is voorafgegaan, in het kader waarvan de belangen van één of meer burgers weloverwogen aan het algemeen belang worden 'opgeofferd'.

Deze invalshoek roept de vraag op hoe concreet, of hoe expliciet de getroffen belangen in de aan het overheidshandelen voorafgaande afweging moeten worden betrokken om aanspraak op het égalitébeginsel te kunnen maken. In het aan het begin van deze paragraaf genoemde citaat suggereert Delvolvé dat de *schade* door de overheid weloverwogen moet zijn veroorzaakt: het moet gaan om een last (*sujétion*) die door de overheid welbewust (*volontairement*)

---

42 ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0552.

43 ABRvS 17 november 2004, LJN AR5835.

44 Vgl. Polak e.a. 2008, p. 112: 'Er zijn enige aanwijzingen dat (ook) de toepassing van [het égalitébeginsel] zich in de rechtspraak lijkt te beperken tot gevallen waarin aan het schadeveroorzakende overheidshandelen een afweging ten grondslag behoort te liggen.' Zie hierover verder § 9.4.

aan een burger wordt opgelegd in het algemeen belang (*dans l'intérêt général*). Dat lijkt te veronderstellen dat het voor de overheid *kenbaar* moet zijn geweest dat nadeel ontstond. Het stellen van de eis dat er sprake moet zijn van een 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel doet in dat verband enigszins denken aan het onzelfstandig schadebesluit. Die figuur vereist dat aan (voorzienbare) aantastingen van belangen een expliciete en kenbare plek in de belangenafweging werd gegeven. Door aan deze belangen expliciet een plaats toe te kennen in de aan het besluit voorafgaande belangenafweging maar daaraan niet meer gewicht toe te kennen dan aan de met het besluit gediende belangen, was er in die gevallen sprake van een 'weloverwogen' toebrengen van nadeel in de meest zuivere zin van het woord.

Een dergelijke interpretatie van het begrip 'weloverwogen' heeft echter grote nadelen. Het wordt immers algemeen als een voordeel van het zelfstandig schadebesluit gezien dat de vraag of een recht op nadeelcompensatie bestaat, kan worden beoordeeld *los* van de vraag of de belangenaantasting was te voorzien en om over dit nadeel een oordeel te vallen op het moment dat de schade zich voordoet. Op die manier hoeft niet van tevoren een (lastige) inschatting te worden gemaakt van de vraag of in de toekomst *mogelijk* onevenredige nadelen zullen ontstaan.[45] Omdat ik dit zie als een belangrijk winstpunt van de huidige bestuursrechtspraak over de égalité, wil ik vooropstellen dat ik met de term 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel niet beoog om de toepassing van het égalitébeginsel te reserveren tot situaties van *voorzienbare* aantastingen van belangen. Bepalend bij een toets aan de égalité is uiteindelijk welke *gevolgen* de uitoefening van een bevoegdheid in concreto heeft. Ook Delvolvé stelt in dit verband dat het vanuit het perspectief van de égalité geen verschil maakt of de overheid al dan niet *wist* welke belangen precies door haar handelen zou worden aangetast. Niet het perspectief van het bestuur dat het besluit heeft genomen, maar dat van de getroffene is bepalend. Vanuit diens perspectief is het niet relevant of de overheid uitdrukkelijk beoogde de schade toe te brengen. De last die een getroffene (al dan niet zelf geadresseerde) van het overheidshandelen ondervindt, is niet minder groot wanneer niet uitdrukkelijk *bedoeld* werd haar op te leggen.[46] Het criterium van een 'weloverwogen veroorzaakt nadeel' moet dan ook ruim worden opgevat; het beoogt bovenal uit te drukken dat de overheid het ontstaan van nadeel 'op de koop toe' neemt, omdat dit nadeel nu eenmaal een onvermijdelijk gevolg is van de keuze om met het schadeveroorzakend besluit een algemeen (deel)belang te behartigen. Een dergelijk gevolg kan ook een gevolg zijn dat door het bestuursorgaan niet

45 Winter 1985, p. 552, Schueler 2002, p. 110, Van Ravels 2004, p. 81.

46 Vgl. Delvolvé 1969, p. 249-251: 'Un poids, un fardeau, une charge ne s'analysent pas tant du côté de ceux qui les provoquent que du côté des personnes qui les supportent: leur provenance compte beaucoup moins que leur incidence.' ('Men moet zich niet richten op de vraag van wie die last afkomstig is, maar wie haar heeft te dragen: de oorsprong van de last is veel minder belangrijk dan haar uitwerking.')

kenbaar en uitdrukkelijk in de belangenafweging is betrokken, zoals een afgeleid belang (het commerciële belang van een toeleverancier bijvoorbeeld).

Dit neemt evenwel niet weg dat de aantasting van belangen in égalitésituaties in heel gevallen wél voorzienbaar is. Het belang van degene die aanspraak maakt op nadeelcompensatie zal meestal behoren tot de bij een besluit rechtstreeks betrokken belangen, die het bestuursorgaan krachtens art. 3:4 lid 1 Awb verplicht is in zijn besluitvorming te betrekken. Zo geldt bij de wijziging of de intrekking van een beschikking dat *in elk geval* de belangen van de houder van die beschikking in de afweging worden betrokken.[47] Bij een besluit van algemene strekking, zoals een verkeersbesluit, zal de overheid altijd de belangen die daarmee worden gediend (betere doorstroming van het verkeer) moeten afwegen tegen de rechtstreeks betrokken belangen, bijvoorbeeld van ondernemers die moeten omrijden of minder goed bereikbaar zijn of omwonenden bij wie de verkeershinder tijdelijk toeneemt. Eventuele onevenredige nadelen zullen veelal worden ondervonden door (groepen) burgers of ondernemers van wier belang de overheid zich terdege bewust was, maar die het uiteindelijk moesten afleggen tegen de algemene belangen die het bestuursorgaan beoogde te dienen. Uit artikel 3:4 lid 1 Awb valt evenwel geen plicht voor het bestuursorgaan af te leiden om ook rekening te houden met belangen die in een meer verwijderd verband staan, of die het bestuursorgaan niet zonder zeer vergaande informatieverzameling zou kunnen kennen.[48] De ruime betekenis die ik aan het begrip 'weloverwogen veroorzaakt nadeel' toeken, impliceert dat de égalité *zelfs* tot nadeelcompensatie aanleiding kan geven in zulke gevallen van onkenbaar en onvoorzienbaar nadeel, hoewel zich dat in de praktijk niet vaak voordoet.

> Een voorbeeld van een onkenbaar nadeel, waarvoor toch een nadeelcompensatieplicht werd aanvaard, deed zich voor in de jurisprudentie over wildschade. In dit soort gevallen wordt de schade niet direct veroorzaakt door een rechtmatige overheidshandeling, maar door wilde dieren. Deze schade houdt echter wel verband met een rechtmatig overheidshandelen, aangezien zij het gevolg is van het rechtmatige besluit om op bepaalde diersoorten niet te mogen jagen. De maatstaven op grond waarvan het bestuur van het Jachtfonds tot een tegemoetkoming op basis van de *Regelen vergoeding door wild aangerichte schade* kan besluiten, passen dan ook goed in de égalitéjurisprudentie. Op een zeker moment leed een landbouwer schade doordat ganzen zich tegoed deden aan zijn witlof. Het bestuur stelde dat de schade gezien de ligging van het perceel en de bekendheid met de aanwezige ganzen was te verwachten. Ook witlof zou als 'hoog-risicovolle teelt' moeten worden aangemerkt. De Afdeling meende dat het bestuur had nagelaten hiervoor objectieve

47 De zgn. eis van 'individuele rechtsbedeling', die wil dat een bestuursorgaan gehouden is om zoveel mogelijk recht te doen aan de individuele belangen en omstandigheden van het geval (Nicolaï 1990, p. 448). Zie uitvoerig over de belangenafweging op concreet niveau: Stoter 2000, p. 15 e.v.

48 PG Awb I, p. 209.

> gegevens te verstrekken. Ganzen doen zich normaal gesproken niet tegoed aan witlof, reden waarom witlof in het handboek Faunaschade ook niet was aangemerkt als een voor ganzen aantrekkelijk gewas. Dat de ganzen zich in casu toch op het gewas hadden gestort, was uitzonderlijk en moest waarschijnlijk worden verklaard door de extreme weersomstandigheden. Om die reden was in casu volgens de Afdeling niet voorzienbaar dat deze schade zou hebben kunnen ontstaan. Het besluit om de schade niet vergoedbaar te achten op grond van het Faunafonds was onvoldoende gemotiveerd.[49]

Het is niet aannemelijk dat het bestuursorgaan in het kader van het besluit waarbij een verbod op de jacht op ganzen is afgekondigd, ook de mogelijk te schaden belangen van een witlofteler heeft betrokken, aangezien de ervaringen in het verleden – zoals geobjectiveerd in het handboek Faunaschade – hadden geleerd dat witlof voor ganzen niet aantrekkelijk was. Door een uitzonderlijke samenloop van omstandigheden deden de ganzen zich echter toch tegoed aan het gewas. Wat deze casus goed laat zien, is dat ook het bestuursrechtelijke belangenafwegingsproces een element van *risico* in zich bergt. Waar het meestal niet moeilijk zal zijn om een inschatting te maken van de voordelen voor het algemeen belang die met het voorgenomen besluit zullen worden gediend, is het zeker niet altijd mogelijk om nauwkeurig in te schatten tot welke nadelen de toepassing van een besluit of een wettelijk voorschrift *in concreto* precies zal leiden.[50] Een belangrijke meerwaarde van de égalité is dat zij zich nu juist richt op het *resultaat* van de belangenafweging. Dat impliceert dat men het begrip 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel verkeerd zou interpreteren door het te plaatsen op het niveau van de *toepassing* c.q. de *uitwerking* van een besluit in een concreet geval; het ziet veeleer op de abstracte afweging tussen voor- en nadelen die aan het besluit vooraf is gegaan. Daarbij moet ervan uit worden gegaan dat een bestuursorgaan in die afweging heeft onderkend dat zich bij de toepassing van een rechtmatige maatregel in een concreet geval onevenredige, eventueel onvoorziene nadelen kunnen voordoen, maar de inschatting heeft gemaakt dat die risico's niet zoveel gewicht in de schaal leggen dat zij aanleiding zouden moeten zijn om van het besluit af te zien. Het 'weloverwogen' veroorzaken van nadeel kan in een geval als dat van de witlofteler slechts op dat abstracte afwegingsniveau worden gezocht. Ook zijn belang moet *geacht* worden in de afweging te zijn verdisconteerd. 'Weloverwogen veroorzaakt' betekent in een dergelijke situatie bovenal 'als een vervelend, maar onvermijdelijk gevolg van een belangenafweging op de koop toe genomen'.

Dit verschil tussen het abstracte niveau van afweging en het concrete niveau van toepassing kan ook goede diensten bewijzen bij rechtmatige *normatieve*

---

49 ABRvS 18 januari 2006, LJN AU9810.

50 Vgl. De Lange 2005, p. 130: 'Evenredigheidsoordelen berusten mede op risico-taxaties, en dus op waarschijnlijkheidsoordelen.'

handelingen, zoals formele en materiële wetgeving. Ook bij dergelijke handelingen is vooraf niet altijd precies is te voorzien waartoe de toepassing van een wettelijk voorschrift precies leidt. De aan een wet voorafgaande afweging is noodzakelijkerwijs abstract; het is niet realistisch van de wetgever te verlangen om de aantasting van elk individueel belang in het proces van belangenafweging te verdisconteren.[51] Zo wist de minister, toen hij de ministeriële regeling strekkend tot een swillverbod uitvaardigde, vermoedelijk niet dat de toepassing van deze regeling in Leffers' geval tot onverwacht en excessief nadeel zou leiden. Dit valt, zeker bij maatregelen die grote groepen treffen en die op stel en sprong moeten worden genomen, van tevoren meestal niet nauwkeurig te voorspellen. De 'weloverwogen' opoffering van belangen blijft in zo'n geval uit de aard der zaak beperkt tot het algemene, abstracte niveau, dat wil zeggen tot de vraag of er een rechtens juist evenwicht is gevonden tussen de doelstellingen die de wetgever beoogt te bereiken en de aantasting van de belangen van de direct-belanghebbenden. Dit element kan bij wetten onmogelijk zien op de *toepassing* van de wet in het concrete geval. Door die invalshoek te kiezen, kan het égalitébeginsel ook een oplossing bieden voor de (niet voorziene) gevallen van onevenredigheid die het gevolg zijn van de *toepassing* van een wettelijk voorschrift. Dit sluit goed aan op de Franse égalité-rechtspraak, die veel voorbeelden van nadeelcompensatie door (formele en materiële) wetgeving laat zien. Maatgevend zijn nog altijd de woorden van de Conseil d'Etat in de *La Fleurette*-casus:

> 'niets, noch in de tekst van de wet zelf, noch in de toelichting, noch in de gezamenlijke omstandigheden van het geval, doet vermoeden dat de wetgever heeft beoogd om op de benadeelde een last te laten rusten die voor hem abnormaal is, (…) die last, toegebracht in het algemeen belang, moet worden gedragen door de gemeenschap.'[52]

In casu had de wetgever ook een afweging gemaakt – een maatregel tot het verbod van het gebruik van melkvervangers, ter bescherming van de zuivelmarkt – die tot gevolg had dat een zuivelbedrijf op de fles ging. Relevant was slechts *dat* de wetgever een afweging had gemaakt, niet of hij bij die afweging op de hoogte was van de mogelijk onevenredige benadeling in individuele gevallen.[53] De *La Fleurette*-casus laat dan ook goed zien dat een *in abstracto* weloverwogen handelen *in concreto* kan leiden tot niet beoogde, onevenredige nadelen, die op grond van het égalitébeginsel dienen te worden gecompenseerd.[54]

---

51 Stoter 2000, p. 92-93, Van der Vlies 2003, p. 307-308, Schlössels 2000, p. 186.
52 CE 14 januari 1938, *Rec.* p. 25 (*La Fleurette*).
53 Schutgens 2009, p. 188 e.v.
54 Dat de égalité juist in die gevallen toegevoegde waarde kan hebben stelt ook Schutgens 2009, p. 216.

De gerichtheid op de vraag welke *gevolgen* de bevoegdheidsuitoefening in concreto heeft, betekent ook dat het specialiteitsbeginsel de mogelijkheden om het égalitébeginsel te kunnen inroepen in beginsel niet beperkt. Het specialiteitsbeginsel normeert de uitoefening van de bestuursbevoegdheid. Het beperkt de handelingsvrijheid van het bestuur, dat bij het uitoefenen van een bepaalde bevoegdheid in beginsel slechts die belangen mag betrekken met het oog waarop de betreffende bevoegdheid in het leven is geroepen. Het égalitébeginsel staat los van deze bevoegdheidsuitoefening; het richt zich slechts op de onevenredig nadelige *gevolgen* daarvan. Die gevolgen kunnen zich ook manifesteren bij aan de bevoegdheidsuitoefening 'vreemde' (derden)belangen. Dat is ook de heersende mening in de literatuur.[55] Ook in de jurisprudentie komt niet tot uitdrukking dat bij het égalitébeginsel ook de relativiteitsleer van belang zou zijn. Het égalitébeginsel strekt in beginsel ter bescherming van *alle* belangen die door de rechtmatige uitoefening van een bestuursbevoegdheid onevenredig zwaar worden getroffen.[56]

Hoewel hiervoor is benadrukt dat niet alle gevolgen van een besluit kenbaar in de afweging tot uitdrukking hoeven te komen, is wel van belang dat het besluit *zelf* voldoende concreet is. Van Ravels heeft er in dit verband op gewezen dat:

> 'de inhoud van een beslissing voldoende afgewogen [zal] moeten zijn en een finale keuze moeten inhouden, de inhoud moet voorts voldoende concreet zijn en het tijdstip waarop die beslissing gelding krijgt, alsmede de effecten daarvan moeten duidelijk en objectief kunnen worden vastgesteld, zodat ook goed is vast te stellen welke reële schade geleden wordt als gevolg van zo'n beslissing.'[57]

Deze eisen zullen met zich brengen dat het niet altijd mogelijk is om het égalitébeginsel in te roepen bij bepaalde vormen van ruimtelijke besluitvorming, zoals planologische kernbeslissingen, namelijk voor zover zij nog veel opties openlaten en om nadere besluitvorming vragen. Dergelijke indicatieve beslissingen geven slechts aan wat de hoofdlijnen en de beginselen zijn waarlangs op de (midden)lange termijn de nadere besluitvorming gaat plaatsvinden.

---

55 Vgl. Schlössels 2001, p. 43-44: '[Het specialiteitsbeginsel beperkt] de werking van het égalitébeginsel niet. *Telkens* wanneer particuliere belangen door een rechtmatige bevoegdheidsuitoefening worden benadeeld bestaat er in ieder geval aanleiding om te onderzoeken of genoemd beginsel in concreto is geschonden.' Zie ook Schlössels 1998a, p. 372, waar hij stelt dat de plicht tot nadeelcompensatie niet voortvloeit uit de specifieke bevoegdheidsnorm, maar uit de rechtsnormen die de bevoegdheidsuitoefening als *rechtsfeit* (mede) normeren. Vgl. Scheltema & Scheltema 2008, p. 416 en Schueler 2002, p. 141 e.v. Zie voor een afwijkend geluid Kortmann 2006, p. 99-100 en Tak 2003, p. 185-189.

56 In § 9.4.2 breng ik op deze hoofdregel een nuancering aan voor schade door vergunningverlening.

57 Van Ravels 2002, p. 412. Zie ook Van Ravels 1999, p. 200: wil een besluit aanspraak op nadeelcompensatie geven, dan moet deze beslissing voldoende concreet zijn; er moeten 'knopen worden doorgehakt.'

Een dergelijk (beleids)document bevat meestal nog niet een voldoende afgewogen keuze, zodat men voor eventuele claims op basis van het égalitébeginsel de op grond daarvan nader genomen besluiten zal moeten aangrijpen.[58]

Van belang is verder dat de belangenafweging voldoende *kenbaar* is. Duidelijk moet zijn *dat* op enig moment een afweging van belangen is gemaakt en wat daarvan de uitkomst was. Het ligt voor de hand het besluit te zien als de ultieme uitdrukking van deze wilsdaad,[59] hoewel ook een feitelijke handeling als zodanig kan gelden; algemeen wordt aangenomen dat ook aan feitelijke handelingen een belangenafweging vooraf dient te gaan.[60] Iets voorzichtiger ben ik ten aanzien van rechtmatig *nalaten*. In principe is het égalitébeginsel ook op nalaten van toepassing, maar ook daarbij geldt als voorwaarde dat de schade het gevolg is van een *welbewust* en *kenbaar* nalaten, waarbij de eventueel daardoor ontstane schade op de koop toe wordt genomen. Kan dat niet worden gesteld, dan is de onrechtmatige daad het juiste toetsingskader. Bij dat laatste zal het in de praktijk gaan om situaties waarin wordt nagelaten, terwijl er een rechtsplicht tot handelen bestond.[61] Het volgende voorbeeld laat zien dat men niet snel kan aannemen dat met een nalaten van de overheid welbewust een bepaalde schade wordt toegebracht.

> Naar aanleiding van de vuurwerkramp in Enschede, waarbij 22 doden en meer dan 950 gewonden vielen en meer dan 500 woningen totaal verwoest of onbewoonbaar werden, hebben Van Boom en Giesen het égalitébeginsel aangedragen als rechtsgrondslag voor de vergoeding van de schade. Volgens hen was er ook in casu sprake van een rechtmatige wilsdaad, aangezien de beslissing om al dan niet prioriteit te geven aan toezicht een resultante is van een afweging van verwachte maatschappelijke baten en lasten. 'Die afweging geschiedt in het algemeen belang, omdat de overheidsmiddelen eindig zijn en dus efficiënt moeten worden ingezet.' Daarmee zou ook de toepasselijkheid van de égalité zijn gerechtvaardigd.[62]

58 Zie voor een toepassing ABRvS 26 januari 2005, LJN AS9315, waarin de minister over een verzoek om nadeelcompensatie van een vissersbond naar aanleiding van een concrete beleidsbeslissing overwoog dat 'bij de uitwerking van de pkb duidelijkheid zal ontstaan over te verwerven eigendommen en andere schadeaspecten. De concrete beleidsbeslissingen op zichzelf zijn volgens hem nog niet te beschouwen als schadeveroorzakende besluiten.'

59 Vgl. Rb Den Haag 9 november 2005, *JA* 2006, 3: 'Het beroep van de verzekeraars op [het égalitébeginsel] kan echter reeds daarom niet slagen, omdat zij niet duidelijk hebben gemaakt op welk rechtmatig besluit of andere rechtmatige overheidshandeling zij precies doelen, waar zij schrijven dat de Staat een beleidskeuze heeft gemaakt om geen prioriteit toe te kennen aan de veiligheid bij de opslag van vuurwerk en in dat verband een risico te lopen.' In gelijke zin Hof Den Haag 24 februari 2009, *JA* 2009, 67, m.nt. W. Dijkshoorn (sub 4.14).

60 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2009, p. 63, De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 171-173 en Versteden 1996.

61 Zie Giesen 2004.

62 Van Boom & Giesen 2001, p. 1680.

De schade kwalificeerde in casu mijns inziens niet als een 'openbare last', bij gebreke van enige kenbare wilsdaad om niet te handhaven, waarbij B&W im- of expliciet rekening zouden hebben gehouden met de mogelijk rampzalige gevolgen daarvan. Dat een dergelijk besluit 'rechtmatig' zou kunnen zijn, is ook niet goed denkbaar, zodat alleen de onrechtmatige daad (in verband met falend toezicht) soelaas biedt.[63]

De *Enschede*-casus illustreert tevens tot welke resultaten het kan leiden wanneer men de eis dat er sprake moet zijn van een kenbare (rechtmatige) belangenafweging loslaat. Het zal namelijk niet eenvoudig zijn de grenzen van de égalité (en daarmee de grenzen van de overheidsaansprakelijkheid) hanteerbaar te houden als *veronderstelde* beleidskeuzes al als een rechtmatige causa van schade zouden kunnen gelden. Er is dan immers weinig op tegen om dezelfde redenering voor tal van andere vormen van schade door nalatig overheidsoptreden uit 'rechtmatige' daad te volgen. Het slecht onderhouden wegdek, de gezonken duwbak of het gebrekkige besluit: in dit soort gevallen zou men ook kunnen redeneren dat het gebrekkig functioneren van de overheidsdienst uiteindelijk berust op een impliciete ('rechtmatige') afweging om, bijvoorbeeld in het licht van de beperkte financiële middelen of beschikbare mankracht, een politieke keuze te maken die voor een bepaalde groep burgers nadelig uitpakt. De grenzen tussen de rechtmatige en de onrechtmatige daad zullen daardoor onherroepelijk vervagen.

Een ander probleem is dat men bij een dergelijke 'ingelezen' beleidskeuze in de knel komt met de aan het égalitébeginsel verbonden criteria. Zo kan men de omvangrijke schade die door falend toezicht kan ontstaan niet aanmerken als een nadeel dat rust op een 'beperkte groep burgers of instellingen'. Van Boom en Giesen zien hierin geen bezwaar en stellen dat men ook van de duizenden door een ramp getroffenen kan zeggen dat zij onevenredig benadeeld worden, wanneer hun positie zou worden vergeleken met de gehele Nederlandse bevolking.[64] Dergelijke brede referentiegroepen staan echter op gespannen voet met strikte invulling van de eis van een speciale last.[65] Wanneer men de égalité-eisen alleen op een dergelijke gewrongen, atypische manier kan interpreteren, is dit een teken dat er iets anders speelt dan een toepassing van het égalitébeginsel.

---

63 Wat hier wringt, is dat sommige besluiten tot weigering te handhaven formele rechtskracht hadden gekregen en daarmee geacht werden ook materieel rechtmatig te zijn. De Enschede-casus is een voorbeeld van de onbillijke gevolgen van leer van de formele rechtskracht in termen van de mogelijkheid van een schadevergoedingsactie ex art. 6:162 BW. Verschillende schrijvers pleiten voor een nuancering van deze leer (zie bijv. Kortmann 2006). De Enschede-casus laat zien dat een formeel rechtmatigheidsbegrip niet per definitie voldoende is om de égalité te kunnen 'activeren'.

64 Van Boom & Giesen 2001, p. 1680.

65 § 7.3.2, § 7.4.

5.2.4 Noodzakelijk c.q. onvermijdelijk nadeel

De eis van een *weloverwogen* veroorzaakt heb ik vooral gerelateerd aan het proces van belangenafweging dat aan de overheidsdaad voorafgaat. Men kan echter ook bij de aard van het daardoor toegebrachte nadeel aansluiting zoeken om te bepalen of het égalitébeginsel op een bepaalde situatie van toepassing is. Alleen die schade die *noodzakelijk* of althans *onvermijdelijk* is voor de behartiging van het algemeen belang, kwalificeert als op grond van het égalitébeginsel vergoedbare schade. De schade dient een niet te voorkomen, noodzakelijk middel te zijn om de aan het algemeen belang ontleende doelstelling te bereiken. Er moet, met andere woorden, sprake zijn van een *doel-middel-relatie* tussen de schade en het dienen van het algemeen belang: het door de overheid met haar rechtmatige daad beoogde resultaat kan slechts worden bereikt door het nadeel aan de burger toe te brengen. Eisenmann stelt in dit verband dat bij de égalité 'le sacrifice est bien impliqué par la poursuite de cet intérêt; il en est (ou en a été fait) un moyen nécessaire'.[66] Ook in sommige omschrijvingen in de Nederlandse literatuur wordt dit element genoemd.[67]

Een weloverwogen opoffering van de belangen van de enkeling is het meest zuiver aanwezig wanneer de overheidsdaad een belang aantast dat naar zijn aard *moet* worden getroffen om het door het besluit te dienen doel te kunnen bereiken. Gedacht kan worden aan een wet die de handel en verkoop van een bepaald, voor de volksgezondheid gevaarlijk product verbiedt, of een aan landbouwvliegtuigen opgelegd gebod om, ter bescherming van het milieu, alleen binnen bepaalde grenzen gewassen te besproeien. In die gevallen is het offer van de ondernemingen noodzakelijk in de meest zuivere zin van het woord, omdat het handelen van de benadeelde *zelf* aanleiding is tot het nemen van een maatregel.

Echter ook indien de schade niet het *beoogde*, doch slechts het *neveneffect* is van het overheidshandelen, kan van een 'openbare last' worden gesproken. Het begrip ziet dus zowel op het geval dat het toebrengen van nadeel noodzakelijk is om het doel van de maatregel te bereiken, als gevallen waarin het nadeel niet het beoogde, maar niettemin *onvermijdelijke* gevolg is van het nastreven van het met de overheidshandeling beoogde doel.

> Een voorbeeld uit de Franse jurisprudentie. De burgemeester van Gavarnie besloot om voetgangers op weg naar een imposante waterval niet over de linker-, maar

66 Eisenmann 1949, p. 742 en p. 751 e.v. Vgl. Delvolvé 1969, p. 352: 'Puisque la mesure dommageable est incontestable, les conséquences qu'elle entraîne directement doivent être considérées commes nécessaires à l'intérêt général; elles s'imposent dans ce but. Elles constituent des charge publiques au même titre que tous les préjudices causés par des mesures régulières.'

67 Zie bijv. Schlössels 2007, p. 507: 'Gegeven de rechtmatigheid en noodzakelijkheid van het overheidshandelen treden er niet beoogde (*en niet te voorkomen*) lasten op bij een relatief beperkte groep burgers' (curs. – MT).

> slechts over de rechteroever van een bergstroom te geleiden, dit in verband met de verkeersveiligheid. De aan de linkeroever gevestigde koopman zag daardoor gedurende een paar maanden zijn inkomsten dalen. De Conseil d'Etat meende dat de gemeente voor deze schade aansprakelijk was.[68]

Men kan in casu niet stellen dat het nadeel dat de koopman ondervond, het beoogde effect was van het dienen van het belang van de verkeersveiligheid. Dit was slechts een (onafwendbaar) *neveneffect* van de beslissing tot sluiting van een van de oevers, ten einde het verkeer beter te kunnen reguleren. Ook hier is de schade echter het inherente, onvermijdelijke gevolg van een besluit waaraan een belangenafweging vooraf is gegaan, ook al is dit offer niet objectief *noodzakelijk* om de verkeersveiligheid te dienen. Met de toevoeging van het begrip 'onvermijdelijk' in de hiervoor gegeven omschrijving van de 'openbare last' heb ik beoogd ook dit type nadelen binnen het bereik van de égalité te brengen.

De eis van 'onvermijdelijkheid' staat tegenover gevallen waarin de schade juist een *te vermijden* karakter heeft. Wat hieronder moet worden verstaan, kan worden geïllustreerd aan de hand van schade door de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden. Deze onderscheiden zich van veel andere publiekrechtelijke bevoegdheden doordat van tevoren nooit is te voorspellen of bij de uitoefening daarvan schade zal ontstaan. Men kan bijvoorbeeld niet stellen dat het nadeel van een omstander die bij een schotenwisseling tussen politie en de overvallers van een supermarkt in zijn been wordt geraakt, het inherente, onvermijdelijke en noodzakelijke gevolg is van de – rechtmatige – beslissing tot het inzetten van de politie.[69] De schade heeft een incidenteel, per definitie te vermijden karakter en wordt niet 'weloverwogen' veroorzaakt, maar is het gevolg van het zich verwezenlijken van een bepaald risico; in mijn analyse van het TBS-arrest in § 5.5 kom ik daarop nog terug. In de Franse leer wordt aan dergelijke situaties niet het égalitébeginsel, maar de leer van het bijzondere risico waaraan de derde blootstaat (*risque spécial*) ten grondslag gelegd. Het égalitébeginsel is dus *niet* van toepassing op 'bedrijfsongelukjes', zoals ook Philipp stelt:

> 'Dans ces hypothèses [bij schade door wetten, internationale verdragen en bestuurlijke besluiten – MT] les dommages n'y sont pas de simples accidents, mais sont

68 CE 22 februari 1963, *AJ* 1963, p. 208 (*Commune de Gavarnie*). Vergelijkbare voorbeelden in de Nederlandse jurisprudentie zijn talrijk (verkeersmaatregelen, werkzaamheden aan openbare werken die hinder voor omwonenden veroorzaken, Paul Krugerbrug-achtige casus etc.).

69 Vgl. Delvolvé 1969, p. 304: ' (…) le caractère volontaire, qui permet en général de considérer que l'administration a voulu imposer une charge publique, fait défaut dans les dommages résultant de risques administratifs: au contraire, l'administration aurait toujours voulu éviter de soumettre les administrés à de telles conséquences (…).' Vgl. Debbasch & Colin 2007, p. 515, die over de égalité stellen: 'Le dommage n'a pas de caractère accidental, il est la consequence inévitable des mesures prises par l'administration dans l'intérêt général.'

inhérents à l'opération qui est elle-même une opération parfaitement régulière. Cela est incontestable. Dans [ces hypothèses], pas de risque.'[70]

Met andere woorden: bij wetten en besluiten is telkens het inherente, te voorspellen gevolg dat bedrijven of burgers daardoor schade zullen lijden.[71] De schade is het *directe* en *onvermijdelijke* gevolg van dergelijke besluiten, en kwalificeert zonder probleem als een openbare last in de zin van het égalitébeginsel.[72] Bij schade door het zich verwezenlijken van een risico ontbreekt deze onvermijdelijkheid; veeleer is sprake van schade met een *eventueel, onverwacht* karakter.[73] Zoals in § 5.2.2 gesteld relateert de schade zich in beide situaties op een andere wijze aan het doel dat de overheid met de behartiging van het algemeen belang nastreeft.

Het onderscheid tussen deze twee typen situaties is mede van belang omdat het gegeven dat de schade noodzakelijk en/of onvermijdelijk voortvloeit uit de uitgeoefende bestuursbevoegdheid, sterk samenhangt met het feit dat alleen speciale en abnormale schade hoeft te worden vergoed. Het feit dat het offer onvermijdelijk is voor de behartiging van het algemeen belang, brengt namelijk met zich dat de schade in elk geval voor rekening van de getroffene blijft, voor zover het een nadeel betreft dat voor een ieder wel eens uit de behartiging van het algemeen belang voortvloeit. De directe relatie met het algemeen belang *rechtvaardigt* derhalve een beroep op het égalitébeginsel, maar voor de burger is daarvan de keerzijde dat de nadelen die normaal gesproken (voor een ieder) uit de behartiging van het algemeen belang voortvloeien, niet voor compensatie in aanmerking komen. Is deze directe relatie tussen het algemeen belang en de last van de burger er niet, dan is het daarentegen niet zonder meer redelijk als eis te stellen dat alleen speciale en abnormale schade hoeft te worden vergoed. We zien dan ook dat in risicosituaties als regel niet wordt vereist dat de schade speciaal en abnormaal moet zijn.

Een en ander brengt met zich dat het égalitébeginsel geen grondslag is voor schade ten gevolge van het zich verwezenlijken van een (niet nauwkeurig te voorspellen) *risico* en evenmin voor schade ten gevolge van *on*rechtmatig overheidshandelen. Van schade die wordt veroorzaakt door onrechtmatig handelen kan men immers niet stellen dat zij in het algemeen belang wordt

70 Philipp 1999, p. 593 e.v., i.h.b. p. 615 en p. 622. Zie ook Davignon 1976, p. 59.

71 Delvolvé 1969, p. 299, p. 302 e.v. Vgl. Deguergue 1994, p. 391: '[I]l faut que la rupture de l'égalité résulte d'une acte ou d'une action volontaire de la puissance publique, et non d'un cas fortuit (…).' De explosie van een niet-geïdentificeerd oorlogsobject in de buiten-territoriale wateren was een *cas fortuit* (van toeval afhankelijk), en daarom geen geval waarop de égalité ziet (Deguergue t.a.p., met een verwijzing naar CE 1 december 1971, *Rec*. p. 732 (*Dame Vve Benoit*)). Zie ook Chapus 2001, p. 1364, die stelt dat in égalitégevallen 'il ne s'agit pas de dommages qui sont le fruit d'un concours malheureux de circonstances et qui se sont produits comme ils auraient pu ne pas se produire'.

72 Henriot 1960, p. 52-54.

73 Chapus 2001, p. 1364 en Auby 2002, p. 87 die stelt dat de égalité ziet op schade die 'continuous (not accidental, not event-based)' is.

geleden, noch dat zij daartoe onvermijdelijk is.[74] In de nadeelcompensatiepraktijk rond de aanleg van de Noord-Zuidlijn wordt dan ook een strikt onderscheid gemaakt tussen het toepasselijke regime bij onrechtmatig versus rechtmatig overheidshandelen.

> Dit schadevergoedingsregime maakt een onderscheid tussen de feitelijke werkzaamheden die onmisbaar zijn voor het voltooien van de Noord-Zuidlijn en in dat kader noodzakelijk nadeel toebrengen – de afsluiting van een winkelstraat of het opbreken van een weg, waardoor voetgangers en ander verkeer de winkels niet meer kunnen bereiken – en feitelijke werkzaamheden die tot schade leiden die moet worden vermeden, zoals scheuren in gevels of verzakkingen. Deze laatste 'bouwschade' (vermijdbare zaakschade) wordt beoordeeld naar de maatstaven van art. 6:162 BW en komt in beginsel voor volledige vergoeding in aanmerking. Deze schade staat niet een rechtstreeks causaal verband met het rechtmatige besluit tot aanleg van de Noord-Zuidlijn, maar is het gevolg van een onrechtmatige overheidsdaad.[75]

Ook de Franse jurisprudentie over schade door *travaux* en *ouvrages publics* (publieke werkzaamheden en werken) laat een toespitsing van deze eis van 'onvermijdelijkheid' zien. In § 4.5.5 is beschreven dat de jurisprudentie onderscheidt tussen *permanente* en *incidentele* schade. Bij permanente schade gaat het bijvoorbeeld om schade die nabij gelegen winkeliers lijden in verband met een verminderde bereikbaarheid, of om *troubles de voisinage* door de ligging in de buurt van vliegvelden, snelwegen en treinstations. Deze schade heeft een onvermijdelijk, aan de betrokken werken inherent karakter. Incidentele schade – denk vooral aan ongelukken bij de uitvoering van *travaux publics* of het slecht functioneren van *ouvrages publics* – komt niet op grond van de égalité, maar op grond van de *théorie du risque* voor vergoeding in aanmerking. Afhankelijk van de soort schade verschilt dus het toepasselijke rechtsregime. Een zuiver égalitéregime – met de daarbij behorende voorwaarden van een speciaal en abnormaal nadeel – geldt alleen voor schade die het onvermijdelijke, inherente gevolg is van de publieke werken of werkzaamheden.[76]

In het vervolg wil ik nagaan wat de hier gekozen invalshoek, waarbij de reikwijdte van de égalité afhankelijk wordt gesteld van de aanwezigheid van een 'openbare last', voor gevolgen heeft voor enkele publiekrechtelijke deel-

---

74 Delvolvé 1969, p. 380: 'La faute exclut le caractère nécessaire et inévitable qui est indispensable à la reconaissance d'une charge publique.' Vgl. Spier e.a. 2006, p. 80, waar wordt gesteld dat 'schuld' in de zin van art. 6:162 lid 3 BW de betekenis van 'verwijtbaar' of 'vermijdbaar' heeft.

75 Van Manen 2003, p. 865 e.v. Zie ook Rb 19 juni 2003, *BR* 2004, 55 (geen nadeelcompensatie voor onrechtmatige uitvoeringshandelingen o.g.v. de Regeling Nadeelcompensatie Betuweroute).

76 Fombeur 1999, p. 100 e.v., die ten aanzien van de 'travaux publics' stelt dat de égalité ziet op 'dommages non accidentels, conséquence inévitable de l'exécution de travaux publics ou du fonctionnement d'ouvrages publics'.

terreinen: het bestuursrecht (§ 5.3), het strafrecht (§ 5.4) en schade door de risico's die aan de overheidsdienst zijn verbonden (§ 5.5), het overheidsprivaatrecht (§ 5.6) en de solidariteit van de overheid met haar onderdanen (§ 5.7). Daarbij zal ik geregeld teruggrijpen op de zojuist besproken criteria.

5.3 De égalité en het bestuursrecht

5.3.1 Welke bestuursorganen?

In de bekende omschrijvingen van de égalité uit de jurisprudentie blijkt niet van bijzondere beperkingen ten aanzien van de vraag op welke overheden de égalité van toepassing is. In *Van Vlodrop* stelt de Afdeling dat het égalitébeginsel *bestuursorganen* verplicht tot vergoeding van onevenredig nadeel, terwijl de Hoge Raad in *Staat/Lavrijsen* heeft bepaald dat de égalité tot vergoeding verplicht als de schade voortvloeit uit een 'overheidshandeling of een overheidsbesluit'. Aangenomen moet worden dat het égalitébeginsel zich uitstrekt tot *alle* bestuursorganen en overheidsrechtspersonen. Binnen dit bereik vallen ten eerste alle handelingen van a- en b-organen in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb, voor zover dit handelen althans ontstaat 'in het kader van de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid'. Voor zover b-organen een publiekrechtelijke taak behartigen, zijn ook zij gebonden aan het égalitébeginsel. In de civiele context, waar men aan het bestuursorgaanbegrip niet gebonden is, strekt de werking van het égalitébeginsel zich uit tot de publiekrechtelijke rechtspersonen genoemd in art. 2:1 lid 1 BW (Staat, provincies, gemeenten, waterschappen, de publiekrechtelijke lichamen als bedoeld in art. 134 Gw), alsmede tot de in art. 2:1 lid 2 BW genoemde lichamen, waaraan bij formele wet rechtspersoonlijkheid is toegekend.

Voor nadeel dat niet aan een van de bovengenoemde organen of lichamen kan worden toegerekend, en dat dus buiten de overheidssfeer ligt, biedt het égalitébeginsel geen grondslag. Te denken valt aan schade die haar oorzaak vindt in invloeden van buitenaf, zoals schade door natuurrampen of ongevallen (extreem zware regenval, dijkdoorbraken e.d.). Ook valt te denken aan schade die het gevolg is van werkzaamheden aan de infrastructuur, waartoe echter niet een overheidsorgaan, maar een particuliere projectontwikkelaar de opdracht heeft gegeven.[77] Duidelijk is ook dat dergelijke schade niet als een 'openbare last' in de hiervoor omschreven zin kwalificeert, nu aan deze schade niet het handelen van een overheidsorgaan ten grondslag ligt en er dus evenmin een directe relatie bestaat tussen de schade en het dienen van het algemeen belang. Voor deze schade kunnen wel andere vormen van aansprakelijkheid

77 Rb Arnhem 25 april 2006, LJN AX5578.

bestaan; zo wordt voor schade door buiten de overheidssfeer liggende schadeoorzaken (natuurrampen e.d.) soms een wettelijke regeling in het leven geroepen.[78]

5.3.2 Welke bestuurshandelingen?

5.3.2.1 Besluiten in de zin van de Awb

De directe relatie met het algemeen belang is er wel indien de schade voortvloeit uit een rechtmatig besluit in de zin van de Awb. Bij schade door rechtmatige besluiten laat de schade die ontstaat door dit handelen, zich moeiteloos kwalificeren als een 'openbare last'. In beginsel maakt het daarbij niet uit wat de aard van het betrokken besluit is. Er is geen goede reden om de toepasselijkheid van het égalitébeginsel afhankelijk te laten zijn van de vraag of de schade wordt veroorzaakt door een besluit dat individueel van aard is of juist tot een grote groep is gericht, al naar gelang het besluit een materiële normstelling bevat of niet, of al naar gelang het al dan niet een appellabel besluit betreft. Uit de jurisprudentie valt overigens ook niet op te maken dat er op dit punt een onderscheid wordt aangebracht.

Ten eerste vinden we toepassingen van het égalitébeginsel bij rechtmatige *beschikkingen*. Gedacht kan worden aan schade door de weigering van een vergunning,[79] de intrekking van een vergunning,[80] de intrekking van een ontheffing[81] of de wijziging van een machtiging.[82] Andere voorbeelden zijn beschikkingen tot aanzegging van bestuursdwang[83] of het opleggen van een last onder dwangsom.[84] Zelfs al komt een plicht tot nadeelcompensatie op grond van de égalité in die laatste gevallen niet vaak voor, eventuele beperkingen van het recht op nadeelcompensatie zal men niet moeten zoeken in het toepassingsbereik van het beginsel zelf, maar in de aan de égalité verbonden criteria. Het ruime bereik van de égalité binnen het besluitenrecht wordt ook onderstreept door de jurisprudentie inzake schade die derden lijden ten gevolge van een rechtmatig verleende vergunning. De Afdeling stelt zich op het standpunt dat de égalité ook op deze handelingen gewoon van toepassing

78 Denk aan de Wet tegemoetkoming rampen en zware 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). Ook daarbuiten vinden we dergelijke regelingen, zoals de Regeling compensatie schade luchtvaartmaatschappijen 11 tot en met 14 september 2001 (*Stcrt*. 2001, 241).

79 Rb Arnhem 26 januari 2004, LJN AO2330.

80 Rb Amsterdam 5 maart 2002, LJN AE0353, Rb Den Haag 14 april 2004, LJN AO9604, ABRvS 21 februari 2007, LJN AZ9022, ABRvS 11 oktober 2006, LJN AY9865.

81 ABRvS 29 november 2006, LJN AZ3259.

82 CBB 10 december 2008, *AB* 2009, 90, m.nt. BPMvR.

83 Vz ABRvS 17 januari 1994, *AB* 1994, 385, ABRvS 14 januari 2004, LJN AO1650.

84 ABRvS 8 oktober 2008, LJN BF7200, CBB 6 juni 2007, LJN BA8636.

is, zij het dat een beperking van de aansprakelijkheid wordt gezocht in het causaal verband (art. 6:98 BW).[85] Op de vraag of niettemin denkbaar is of de overheid in zo'n situatie nadeelcompensatieplichtig kan zijn, kom ik uitvoeriger terug in § 9.4.2.

Ook binnen de categorie van rechtmatige *besluiten van algemene strekking* is het bereik van de égalité breed. Gedacht kan worden aan verkeersmaatregelen.[86] Deze worden tot de besluiten van algemene strekking gerekend, omdat zij zich richten tot een onbepaalde groep verkeersdeelnemers.[87] De omvangrijke nadeelcompensatiejurisprudentie over dergelijke maatregelen laat zien dat het égalitébeginsel tot nadeelcompensatie aanleiding kan geven als een (weloverwogen) rechtmatig overheidsoptreden als *neveneffect* heeft dat een derde daardoor in zijn belangen wordt geraakt. Daarbij zal het veelal gaan om omwonende burgers of ondernemers.

Van een andere aard zijn de maatregelen die *beogen* om een bepaalde groep in de maatschappij te treffen. Van die situatie treffen we vooral voorbeelden aan in de jurisprudentie van de civiele rechter. De meest aangewezen weg om de activiteit van een bepaalde groep in de maatschappij aan beperkingen te onderwerpen is immers het uitvaardigen van een algemeen verbindend voorschrift (ministeriële regelingen, amvb's, gemeentelijke, provinciale en waterschapsverordeningen). Of het nu gaat om varkensmesters,[88] gokhalexploitanten,[89] dierenartsassistenten,[90] vleesimporteurs,[91] of fabrikanten van diervoer,[92] telkens is sprake van (op het abstracte afwegingsniveau) weloverwogen veroorzaakte schade.

5.3.2.2 Feitelijke handelingen

De omschrijvingen die de Afdeling en de Hoge Raad van het égalitébeginsel hebben gegeven, laten zien dat er op zichzelf geen reden is waarom het égalitébeginsel niet ook op rechtmatig *feitelijk* handelen van toepassing is. De Hoge Raad stelt steevast als voorwaarde dat de schade het gevolg moet zijn van een 'overheidshandeling of een overheidsbesluit'.[93] De Afdeling heeft het over 'schade die is ontstaan in het kader van de uitoefening van een aan het

85 ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 252, m.nt. BPMvR.
86 Zie onder veel meer ABRvS 29 mei 2002, *AB* 2003, 108, m.nt. CMB, ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2005, 214, m.nt. CMB, ABRvS 29 september 2004, *AB* 2005, 46, m.nt. KJdG en Rb Leeuwarden 17 januari 2006, LJN AV0790.
87 Vz AGRvS 12 juli 1988, *AB* 1988, 444, m.nt. PvB.
88 HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638, m.nt. CJHB (*Leffers*).
89 HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 231, m.nt. MS (*Krijco*).
90 HR 15 oktober 2004, *JB* 2004, 387, m.nt. GEvM (*Dierenartsen*).
91 HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84, m.nt. PvB (*Harrida*).
92 HR 11 september 2009, *AB* 2010, 13, m.nt. BPMvR (*Cagemax*).
93 HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412, m.nt. ThGD (*Staat/Lavrijsen*), HR 21 maart 2003, *NJ* 2009, 232, m.nt. MRM.

publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding'.[94] Ook uit deze laatste omschrijving, die wel de materiële connexiteit wordt genoemd, blijkt dat de gelding van het égalitébeginsel niet beperkt is tot besluiten in de zin van de Awb. Onder schade die ontstaat 'in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding' vallen immers niet alleen besluiten, maar ook feitelijke handelingen die een basis in het publiekrecht hebben.[95] Zoals bekend leidt de processuele connexiteit ertoe dat men voor feitelijk en ander niet-appellabel handelen naar huidig recht de burgerlijke rechter dient te adiëren.[96] Dit is slechts anders als een bestuursorgaan een gepubliceerde beleidsregel heeft opgesteld.[97]

Van der Meulen onderscheidt tussen accessoire feitelijke handelingen en zelfstandige feitelijke handelingen.[98] De eerste staan in verband met rechtshandelingen, zoals feitelijke voorbereidings- en uitvoeringshandelingen. Te denken valt aan de feitelijke aanleg van een metrolijn, ter uitvoering van de ruimtelijke besluitvorming daaromtrent. De bevoegdheidsgrondslag voor dergelijk feitelijk handelen ligt besloten in de rechtshandelingen waaraan het 'accessoir' is. Voor deze handelingen zal dus steeds een basis in het publiekrecht bestaan in de vorm van een speciale wettelijke grondslag.[99] De pleidooien die in de bestuursrechtelijke literatuur worden gehouden om ook feitelijke handelingen binnen de rechtsmacht van de bestuursrechter te brengen,[100] hebben mijns inziens in de regel betrekking op dergelijke accessoire (onzelfstandige) feitelijke handelingen. Zo staat de feitelijke aanleg van een trein- of metrolijn niet op zichzelf, maar heeft het zijn basis in de publieke besluitvorming daarover.[101] Hetzelfde geldt voor een reconstructie van een rijksweg, noodzakelijk in verband met de aanleg van een nieuwe snelweg.[102] De feitelijke handeling tot het doorbreken van een dijk heeft eveneens een rechtsbasis in een inundatiebesluit van bestuursorganen.[103] Een en ander impliceert tevens dat de aan het algemeen belang ontleende doelstelling die met de rechtmatige feitelijke handeling wordt gediend, per definitie in het verlengde ligt van het besluit of het wettelijke voorschrift waarin die handeling haar basis heeft. De term 'accessoir' drukt dan ook goed uit dat feitelijke handelingen soms nu eenmaal

94 ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229 (*Van Vlodrop*).
95 Van Buuren (noot bij ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229) geeft enige voorbeelden, waaronder de uitoefening van bestuursdwang (art. 5:21 e.v. Awb) en feitelijke handelingen in het kader van het ambtenarenrecht (art. 8:1 lid 2 Awb).
96 Zie bijv. ABRvS 29 oktober 2003, *BR* 2004, 602, m.nt. BPMvR, ABRvS 9 december 2009, LJN BK5858.
97 ARRvS 14 mei 1986, *AB* 1986, 568, m.nt. PCEvW, ABRvS 3 april 2000, *AB* 2000, 222, m.nt. MSV.
98 Van der Meulen 1991, p. 267.
99 De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 171.
100 Zie voor enkele verwijzingen de noot van Verheij bij ABRvS 23 juli 2003, *AB* 2004, 275.
101 ARRvS 14 mei 1986, *AB* 1986, 586, m.nt. PCEvW.
102 ABRvS 3 juli 2000, *AB* 2000, 222, m.nt. MSV.
103 ABRvS 23 juli 2003, *AB* 2004, 275, m.nt. NV.

nodig zijn om rechtshandelingen 'de beoogde uitwerking in de stoffelijke wereld [te laten] krijgen.'[104] Vanuit het perspectief van het égalitébeginsel betekent dit dat de eventuele nadelen die worden veroorzaakt door dit soort feitelijke handelingen telkens kunnen worden aangemerkt als een noodzakelijk en onvermijdelijk offer dat sommige burgers – meestal omwonenden – in het algemeen belang dienen te dragen.

Voor *zelfstandige* feitelijke handelingen bestaat geen grondslag in een bijzondere bestuursbevoegdheid. Van der Meulen noemt als voorbeeld de feitelijke handelingen die bestaan uit het uitoefenen van fysiek geweld door de politie op grond van de Politiewet. Voor feitelijk politieoptreden ter zake van de handhaving van de openbare orde bestaat geen expliciete wettelijke grondslag, omdat de wetgever de taakopdracht in artikel 2 Politiewet (dat, kort gezegd, de politie de taak geeft om te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de openbare orde) voldoende achtte.[105] Hoe verhoudt deze categorie feitelijke handelingen zich tot de égalité? Op zichzelf kan men betogen dat ook in deze gevallen feitelijke handelingen nodig zijn om ervoor te zorgen dat de bevoegdheid die bij een bepaald orgaan berust zich daadwerkelijk doet gevoelen en dat deze handelingen daarmee een logisch, onvermijdelijk uitvloeisel zijn van de behartiging van het algemeen belang: denk aan de feitelijke handelingen van politieagenten bij de arrestatie van een demonstrant. Juist bij deze categorie is de vraag naar een eventueel recht op nadeelcompensatie echter niet zozeer aan de orde bij de personen die het *voorwerp* zijn van het feitelijke handelen,[106] maar van (onschuldige) omstanders en dus *derden* die met dat handelen geconfronteerd worden. Van die laatste schade nu kan men mijns inziens niet zonder meer stellen dat sprake is van een schade die het onvermijdelijke gevolg is van de behartiging van het algemeen belang. Er bestaat bijvoorbeeld geen dwingende en noodzakelijke relatie tussen de aan het algemeen belang (openbare veiligheid e.d.) ontleende doelstellingen die worden gediend met de uitoefening van bevoegdheden in het kader van de handhaving van de openbare orde en de schade van onschuldige omstanders, die bij dat handelen ernstig fysiek letsel oplopen doordat zij toevallig door een kogel worden getroffen. In dat geval heeft de schade bovenal een onverwacht, niet aan de publiekrechtelijke bevoegdheid inherent karakter. Voor die gevallen biedt het égalitébeginsel naar mijn idee geen soelaas, zoals ik hierna, in mijn bespreking van het arrest *Staat/Lavrijsen* (§ 5.4.2), zal illustreren.

Er is nog een andere categorie feitelijke handelingen waarop het égalitébeginsel zich niet goed laat toepassen: feitelijke mededelingen of andere handelingen van ambtenaren die bij een burger gerechtvaardigd vertrouwen

104 Van der Meulen 1991, p. 269.
105 Van der Meulen 1991, p. 271.
106 Bij excessief geweld kan een eventueel recht op schadevergoeding natuurlijk wel aan de orde zijn. In dat geval kan de schadeoorzaak echter niet als 'rechtmatig' worden aangemerkt.

wekken. Wanneer op dat gerechtvaardigde vertrouwen een inbreuk wordt gemaakt, kan de overheid voor eventuele dispositieschade aansprakelijk zijn. In § 9.6 zal ik betogen waarom op dit soort vertrouwen wekkende feitelijke gedragingen (die bezwaarlijk kunnen worden aangemerkt als 'in het algemeen belang noodzakelijk') niet het égalitébeginsel, maar art. 3:4 lid 2 Awb en het (zelfstandige) vertrouwensbeginsel een rol als nadeelcompensatiegrondslagen kunnen vervullen.

5.3.2.3 Nalaten

Ten aanzien van sommige overheidshandelingen is de vraag gerezen of zij tot compensatie op grond van het égalitébeginsel kunnen verplichten. Dat geldt onder meer voor overheids*nalaten*. Sommige schrijvers betogen dat de égalité geen grondslag voor schade door nalaten biedt.[107] Dat is te begrijpen als men bedenkt dat nalaten vooral aanleiding is tot schadevergoedingskwesties indien de overheid nalaat op te treden, waar zij een rechtsplicht had om te handelen. Alsdan is (mogelijk) sprake van een onrechtmatige overheidsdaad en kan er dus geen ruimte zijn voor nadeelcompensatie. Zo heeft het CBB gesteld dat de Plantenziektewet geen grondslag biedt voor schadevergoeding wegens de nalatigheid maatregelen te nemen ter bestrijding van de verspreiding van een plantenziekte.[108] In lijn hiermee is een uitspraak van de rechtbank Den Haag. Een claim van enkele slachtoffers van de vuurwerkramp te Enschede werd afgewezen voor zover deze was gebaseerd op 'zuiver nalaten' tot het uitoefenen van toezicht op de illegale situatie in het vuurwerkbedrijf. Er was niet voldaan aan het bij het égalitébeginsel geldende vereiste dat de schade is veroorzaakt door een overheidsbesluit of een andere overheidshandeling.[109]

Uit deze laatste uitspraak zou men kunnen afleiden dat een beroep op het égalitébeginsel bij overheidsnalaten per definitie is uitgesloten. Toch moet niet worden uitgesloten dat ook een nadeelcompensatieclaim in verband met overheidsnalaten mogelijk is.[110] Dit nalaten krijgt veelal zijn beslag in een besluit dat als materiële inhoud heeft dat wordt afgezien van het gebruik maken van een bepaalde bevoegdheid. Van echt nalaten is dan geen sprake. Een voorbeeld uit het Franse recht is de *Couitéas*-rechtspraak, waarin de schade ontstaat door een rechtmatig besluit tot niet-uitvoering van een rechterlijk vonnis of het niet-optreden tegen een staking of een blokkade van publieke

107 Scholtens 1929, p. 4 ziet bij niet-handelen of weigeren te handen alleen ruimte ziet voor de onrechtmatige overheidsdaad. Van Maarseveen 1954, p. 919, meent, opmerkelijk genoeg, dat de égalité wel een grondslag biedt voor schade door *nalatigheid* in de uitoefening, maar niet voor 'niet-uitoefening'. Van Casteren 1997, p. 240, acht een schadeplicht bij rechtmatig nalaten 'moeilijk voorstelbaar'.

108 Zie CBB 24 juli 2001, LJN AB6580 (sub 5) en CBB 6 december 2005, LJN AU8308 (sub 2.8).

109 Rb Den Haag 13 december 2006, *JA* 2007, 28.

110 Aldus ook Winter 1985, p. 552, Van Wijk/Konijnenbelt & van Male 2008, p. 807, Hoitink & Koetser 2007, p. 339.

voorzieningen. Dit niet-handelen wordt gerechtvaardigd door openbare orde-argumenten, die door de Franse rechter in de regel worden gerespecteerd, maar waarvoor hij, na het verstrijken van een bepaalde termijn, de overheid wel op basis van de égalité aansprakelijk houdt.[111]

Voorbeelden uit de jurisprudentie waarin nadeelcompensatie wordt gevraagd ter zake van een rechtmatig nalaten dat *niet* zijn beslag heeft gekregen in een besluit, ken ik niet. Gedacht zou kunnen worden aan het door Koeman genoemde voorbeeld dat de overheid met de feitelijke aanleg van sluizen tracht om verzilting van land- en tuinbouwgronden te voorkomen. Indien dergelijke feitelijke handelingen uitblijven in gebieden waarin een hoger algemeen belang dan de instandhouding van goede landbouwgronden speelt, zoals het belang om scheepvaartverkeer ongehinderd te kunnen laten doorvaren, zou toenemende verzilting kunnen ontstaan, die mogelijk tot een verzoek om nadeelcompensatie aanleiding geeft.[112] Voor dergelijk *feitelijk* (rechtmatig) nalaten zou naar huidig recht de burgerlijke rechter bevoegd zijn. Dat kan worden afgeleid uit de jurisprudentie van de Afdeling, die ten aanzien van nalaten dat niet in een besluit is neergelegd weigert aan te nemen dat er sprake is van een publiekrechtelijke rechtshandeling.[113]

5.3.2.4 Formele wetten

Het égalitébeginsel kan naar huidig Nederlands recht niet leiden tot overheidsaansprakelijkheid indien de schade voortvloeit uit een wet in formele zin. Een eventuele aansprakelijkheid van de wetgever kan bij de bestuursrechter niet aan de orde zijn omdat de wetgever in formele zin geen bestuursorgaan is (art. 1:1 lid 2 sub a Awb). De Hoge Raad ziet op dit punt staatsrechtelijke bezwaren, zodat justitiabelen zijn aangewezen op art. 1 EP EVRM. Op deze materie wordt nader ingegaan in § 10.7.2, waarin de toegevoegde waarde van art. 1 EP EVRM op nationaal niveau aan de orde komt.

111 Zie § 4.5.2.

112 Koeman 1979, p. 73-74.

113 Zie bijv ABRvS 15 januari 1998, *BR* 1998, 525, m.nt. BPMvR: 'Het (…) door appellanten gepretendeerde niet handhaven van het bepaalde bij de Wet verontreiniging oppervlaktewater was niet vervat in een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, maar moet worden beschouwd als feitelijk handelen/nalaten. Tegen dit feitelijk handelen/nalaten kan ingevolgde de Awb geen beroep bij de bestuursrechter (…) worden ingesteld.' Zie ook ABRvS 1 september 2004, *JB* 2004, 353, m.nt. RJNS.

5.3.3 De overheid als gelaedeerde

Het égalitébeginsel wordt soms omschreven als de 'égalité *des citoyens* devant les charges publiques'.[114] Ook in de bekende omschrijvingen van de Afdeling en de Hoge Raad lijkt met de frase dat de schade moet drukken op een 'beperkte groep burgers of instellingen' in eerste instantie te worden gedoeld op de situatie waarin een natuurlijke persoon of een privaatrechtelijke rechtspersoon schade lijdt. Het is echter goed denkbaar dat onder 'instelling' ook een *publiekrechtelijke* rechtspersoon of een bestuursorgaan wordt verstaan.[115] Overheden besturen nu eenmaal lang niet altijd louter verticaal, maar hebben leggen soms ook aan andere overheden verplichtingen op. Daarbij kan het voorkomen dat op één overheid een onevenredig deel van de lasten die met de behartiging van dat algemeen belang zijn gemoeid, komt te rusten. Dat in het zijn van overheid in zo'n geval geen reden is gelegen om geen aanspraak te kunnen maken op nadeelcompensatie, heeft de Afdeling geschillen al eens overwogen in een zaak waarin de gemeente Dordrecht (als vergunninghouder) schade leed door een intrekking van een vergunning tot het hebben van leidingen in een dijk. De Afdeling overwoog:

> 'Voor zover appellanten op het standpunt staan dat het stelsel van bestuurscompensatie niet aan de orde is indien de belanghebbende, zoals i.c. de gemeente Dordrecht, een overheidslichaam of een overheidsbedrijf is, merkt de Afd. op dat zij niet vermag in te zien waarom een dergelijke beperking op de toepassing van bedoeld beginsel [het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat met zich brengt dat de belangen van de vergunninghouder in aanmerking moeten worden genomen – MT] zou moeten worden gemaakt.'[116]

Hoewel de vraag naar een eventuele compensatie in deze uitspraak werd geplaatst in het licht van de (schending van) de beginselen van behoorlijk bestuur, kan deze overweging analoog worden toegepast op de gevallen waarin een bestuursorgaan op grond van de égalité nadeelcompensatieplichtig is. Daarvoor pleit ook het gegeven dat de AGRvS voor de vraag of zo'n plicht bestaat, in deze uitspraak aansluiting zocht bij criteria die ook onder het regime van de égalité van belang zijn, waaronder 'factoren als tijdsverloop, risicoaanvaarding door de gemeente Dordrecht, voorzienbaarheid van de dijkverzwaring en dergelijke'.[117] Dat ook aan bestuursorganen een 'normaal maatschap-

---

114 Zie bijv. Belin 1936, Debard 1987, Deguergue 1994, p. 374. Ook wordt soms gesproken van de 'égalité des *individus* devant les charges publiques' (zie bijv. de toelichting bij het Voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad, p. 12).

115 Aldus ook Van der Gouwe (losbl.), p. VII-50E.

116 AGRvS 31 december 1990, *BR* 1991, 385, m.nt. De Planque.

117 Zie ook AGRvS 28 november 1991, *AB* 1992, 531, m.nt. JJIV, waarin Defensie als vergunninghouder geen aanspraak kon maken op nadeelcompensatie in verband met het normale maatschappelijke risico.

pelijk risico' kan worden tegengeworpen, blijkt ook uit andere jurisprudentie.[118] Andere relevante factoren kunnen zijn de mogelijkheid om de kosten te kunnen doorberekenen[119] of een eventueel aanbod tot nadeelcompensatie in natura.[120]

De rechtspraak van de Nederlandse bestuursrechter sluit in dit opzicht aan op die van de Franse rechter, die evenmin uitsluit dat het égalitébeginsel kan worden ingeroepen door een instelling die publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefent.[121] Onder meer de eis van *spécialité* is in dat kader van belang: vloeit de schade voort uit een algemene verplichting die voor meer publiekrechtelijke rechtspersonen geldt, dan zal aan deze eis niet voldaan zijn; dat is alleen zo indien één gemeente in het bijzonder wordt getroffen.[122]

Na deze verkenning van de belangrijkste contouren van de aansprakelijkheid op grond van de égalité en de soorten handelingen waarop het beginsel zich in elk geval laat toepassen, wil ik in het vervolg van dit hoofdstuk stilstaan bij enkele buiten het bestuursrecht gelegen terreinen. Ik zal betogen dat het égalitébeginsel zich op die terreinen veel minder vanzelfsprekend laat toepassen. Dat geldt in elk geval voor het strafrecht (§ 5.4), maar ook voor de categorie *gevaarzettend* overheidshandelen (§ 5.5), voor welk type handelingen de Franse rechter dan ook een apart nadeelcompensatieregime in het leven heeft geroepen.

5.4 De égalité en het strafrecht

5.4.1 Inleiding

De égalité doet haar werking ook gevoelen in het strafrecht, waarin het overheidshandelen wel een publiekrechtelijk, maar niet een typisch *bestuurs*rechtelijk karakter heeft. Artikel 1:6 Awb verklaart de Awb niet van toepassing op strafvorderlijke overheidshandelingen, wat moet worden verklaard door de eigenstandige positie van het (materiële en formele) strafrecht. Het analoog van toepassing verklaren van de Awb op strafvorderlijk handelen zou volgens

118 Rb Arnhem 24 januari 2008, LJN BC2698. Vgl. Rb Arnhem 28 november 2008, LJN BG5930.
119 KB 2 april 1985, *AB* 1985, 415.
120 ABRvS 14 januari 1999, *JB* 1999, 30, m.nt. RJNS.
121 CE 15 november 2000, *Rec*. 2000, p. 1221 (*Chambre de Commerce et Colmar*), waarin het ging om het afblazen van een project tot het aanbrengen van een waterverbinding tussen de Saône en de Rijn. Dit ging uiteindelijk niet door, maar een van de betrokken publieke instellingen had al omvangrijke investeringen gedaan in de gerechtvaardigde verwachting dat het project zou doorgaan. Zie ook CE 20 november 1992, *Rec*. p. 1303 (*Commune de Saint-Victoret*; kosten geluidswerende voorzieningen in gemeentelijk gebouw i.v.m. overvliegende vliegtuigen)).
122 CE 19 maart 1997, *Rec*. p. 74 (*Cne de Lormont/Cts Raynal*).

de wetgever leiden tot 'een ongewenste vermenging van rechtssferen'.[123] Een verschil is bijvoorbeeld dat de overheid in het strafrecht snel moet kunnen handelen. Het zorgvuldig in kaart brengen van alle bij het besluit betrokken belangen uit hoofde van art. 3:4 lid 2 Awb zou de uitoefening van de aan de overheid toebedeelde strafvorderlijke taken kunnen belemmeren. De belangenafweging is daarom door de wetgever min of meer 'voorgesorteerd'.[124]

In het licht van deze afkeer om de Awb 'gewoon' toe te passen op strafvorderlijk handelen, is het opmerkelijk dat het toepasselijke nadeelcompensatierecht juist een tamelijk grote 'vermenging van rechtssferen' laat zien. In het arrest *Staat/Lavrijsen* heeft de Hoge Raad het égalitébeginsel aangewezen als rechtsgrondslag voor de schade die een onschuldige derde lijdt door strafvorderlijk overheidshandelen (een huiszoeking of een achtervolging bijvoorbeeld) dat een ander dan die derde tot voorwerp heeft. Het égalitébeginsel verplicht echter niet tot nadeelcompensatie indien de schade wordt geleden doordat, achteraf bezien ten onrechte, dwangmiddelen zijn toegepast op een persoon die van strafbare feiten werd verdacht.[125] De ex-verdachte staan wel andere mogelijkheden ten dienste. Hij kan art. 89 e.v. Wetboek van Strafvordering inroepen voor de vergoeding van schade door ondergane verzekering, klinische observatie of voorlopige hechtenis. Het bereik van deze schadevergoedingsregeling is echter beperkt; zo is zij niet van toepassing op schade door de inbeslagneming van voorwerpen of de doorzoeking van woningen. In die gevallen kan de ex-verdachte (of 'gewezen verdachte') de overheid wel op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk houden. De Hoge Raad hanteert daarbij de zogenaamde 'onrechtmatigheid *ex post*'-constructie, die inhoudt dat indien de verdachte inderdaad ten onrechte in het strafproces was betrokken (omdat uit het strafdossier blijkt dat hij onschuldig was), het handelen van de overheid achteraf gezien een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige daad oplevert.[126] In deze constructie wordt de rechtmatigheid van het overheidshandelen niet beoordeeld naar het moment waarop de verdachte in hechtenis werd genomen, reden waarom deze constructie op kritiek in de literatuur stuit.[127]

Inmiddels is er wetgeving op komst die beoogt aan het enigszins versnipperde beeld van schadevergoedingsregimes en –grondslagen een eind te maken. Het ontwerpwetsvoorstel 'Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten ter regeling van de schadecompensatie in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden' beoogt één algemene regeling te bieden voor schade van zowel ex-verdachten als derden en voor zowel rechtmatig

123 PG Awb, p. 163. Zie uitvoerig Knigge 2001.
124 Vgl. Schlössels 2002, p. 188, Tjepkema 2010, p. 750.
125 HR 13 oktober 2006, *NJ* 2007, 432, m.nt. JBMV, HR 18 november 2005, *AB* 2006, 57, m.nt. BPMvR.
126 Ingezet met HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794, m.nt. CJHB (*Staat/B.*).
127 De constructie ligt al jaren onder vuur. Zie o.m. Engelhard & Van Maanen 2008, p. 87 e.v., Dane 2009, p. 483.

als onrechtmatig overheidsoptreden. Zowel voor de schade van de derde als voor die van de gewezen verdachte zal de rol van de burgerlijke rechter in de toekomst, als het aan de wetgever ligt, sterk worden teruggedrongen. Aan het slot van deze paragraaf wil ik bij dit wetsvoorstel enkele kanttekeningen plaatsen.

Eerst wil ik echter ingaan op de twee voornaamste 'slachtoffers' van rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden: de onschuldige derde en de gewezen verdachte. Mijn doel is om voor beide gevallen te laten zien dat een eventueel recht op nadeelcompensatie niet kan worden gebaseerd op het égalitébeginsel. Daarbij zal ik teruggrijpen op de in § 5.2 geformuleerde maatstaven. Met deze paragraaf beoog ik echter nog meer; ook wil ik laten zien dat de wijze waarop de rechter beoordeelt of de overheid tot nadeelcompensatie verplicht is, niet goed kan worden verklaard door de aan het égalitébeginsel verbonden schadevergoedings*criteria.* Daarmee grijp ik dus al enigszins vooruit op de behandeling van deze criteria in de hoofdstukken 7 en 8. Toch meen ik dat het zinvol is om er op deze plek al op in te gaan, omdat de strafvorderlijke jurisprudentie goed laat zien dat het niet kunnen aanmerken van de schade als een 'weloverwogen' toegebracht nadeel ook gevolgen heeft voor de wijze waarop wordt vastgesteld *of* een recht op nadeelcompensatie bestaat. Het zal blijken dat de wijze waarop de Nederlandse rechter in *Lavrijsen*-achtige situaties bepaalt of op de overheid een nadeelcompensatieplicht rust, vooral veel weg heeft van de wijze waarop de Franse rechter bij het zich verwezenlijken van een *risque spécial* toetst (zie § 4.6.5) en maar zeer weinig van de toets aan het 'onevenredig nadeel' in de zin van de égalité. Dit afwijken van de schadevergoedingssytematiek is voor mij een belangrijk argument om te differentiëren in nadeelcompensatiegrondslagen.

5.4.2 De égalité en de onschuldige derde (*Staat/Lavrijsen*)

Met het arrest *Staat/Lavrijsen* heeft de Hoge Raad aansluiting gezocht bij de ontwikkelingen in het bestuursrecht. De Hoge Raad wees het égalitébeginsel aan als grondslag voor de schade die onschuldige derden (niet-verdachten) lijden ten gevolge van de op zichzelf rechtmatige uitoefening van een strafvorderlijke bevoegdheid, in casu een huiszoeking. Eerst wil ik de casus in herinnering te roepen.

> Lavrijsen huurde varkensstallen van een zekere L., die, zonder dat Lavrijsen dit wist, in drugs handelde. Zij exploiteerde in de stallen een mestvarkensbedrijf. In verband met de verdenking van een overtreding van de Opiumwet werd in de panden van L. huiszoeking verricht. Ook de stallen van Lavrijsen werden doorzocht. Daarbij liet de opsporingsambtenaren echter de deuren van de stallen openstaan, waardoor het ventilatiesysteem enige tijd niet goed werkte en de varkens groeischade leden. De Hoge Raad had tot dan toe bij de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen slechts een schadevergoedingsplicht aanvaard indien schade werd

> toegebracht aan een gewezen verdachte. A-G Langemeijer bepleitte dat de Hoge Raad in navolging van de bestuursrechter zou moeten overgaan tot erkenning van het égalitébeginsel. De Hoge Raad volgde hem hierin. Het égalitébeginsel omschrijvend als de 'regel' dat de onevenredig nadelige 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, stelt de Hoge Raad dat hieruit voortvloeit dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zich zelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige huiszoeking jegens de getroffene onrechtmatig is.[128]

Het arrest heeft aanleiding gegeven tot een stroom aan commentaren.[129] Tot de schrijvers die het arrest enthousiast hebben onthaald, behoort Scheltema. Hij ziet in de eigen aard van het strafprocesrecht – in het bijzonder de geringere nadruk op een door het bestuur te maken belangenafweging – geen reden om de plicht tot nadeelcompensatie vanuit een andere grondslag te benaderen:

> 'Door deze ruime omschrijving en brede fundering staat nu vast dat het [égalitébeginsel] een algemeen toepasselijk beginsel is, dat bij iedere vorm van overheidsoptreden toepassing kan vinden. Voor strafrechtelijk optreden zoals hier aan de orde was geldt dus hetzelfde uitgangspunt als voor het uitvaardigen van een regeling die sommige burgers onevenredig treft, zoals in de zaak Leffers het geval was.'[130]

Ook andere auteurs met een bestuursrechtelijke achtergrond menen dat de Hoge Raad terecht het égalitébeginsel ten grondslag heeft gelegd aan de compensatieplicht. Damen verwelkomt het arrest omdat de dogmatische 'tournure' – wat maakt het overheidshandelen precies onrechtmatig? – is vereenvoudigd: de onrechtmatigheid schuilt in het feit dat het niet-aanbieden van schadevergoeding in strijd is met de égalité.[131] Drupsteen onderschrijft het arrest ook, maar signaleert wel dat de drempel van het 'onevenredig' nadeel snel genomen zal zijn en dat dit criterium in dit soort situaties in beginsel betekent dat *alle* schade onevenredig zal zijn.[132] Ook Schlössels beoordeelt het arrest positief, hoewel hij wel als kanttekening plaatst waarom de Hoge Raad niet heeft gekozen voor een 'gekwalificeerde 'gewone' overheidsaansprakelijkheid (bijvoorbeeld een risico-aansprakelijkheid)', waarbij hij erop wijst dat bij de égalité het '*gevaarzettingsaspect* en het *incidentele* karakter van het schadeveroorzakende handelen ontbreekt.'[133]

Hennekens is minder positief over het arrest en ziet onder meer als bezwaar de 'lege' invulling van de notie van *gelijkheid* tussen burgers onderling wanneer

---

128 HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412, m.nt. ThGD (*Staat/Lavrijsen*).
129 Zie voor een samenvatting Kwakman 2003, p. 339 e.v.
130 *NJ* 2003, 615.
131 *AA* 2001, p. 663.
132 *AB* 2001, 412.
133 Schlössels 2002, p. 189.

men slechts kan vaststellen dat Lavrijsen onevenredig wordt getroffen in vergelijking met 'de gemiddelde burger'.[134] De vraag die de Hoge Raad zich volgens hem had moeten stellen is of het besluit tot huiszoeking voor Lavrijsen niet onevenredig was in verhouding tot het met het besluit te dienen doel van bewijsvergaring. Als met het belang van Lavrijsen ten onrechte geen rekening was gehouden, dan was dit besluit onrechtmatig jegens haar, met een daaruit voortvloeiende verplichting om *alle* schade te vergoeden. Schlössels meent dat deze invalshoek juist bij de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden problemen oplevert. De noodzaak om, vanuit een oogpunt van effectiviteit, snel te kunnen handelen en te kunnen beslissen tot een huiszoeking, verdraagt zich niet goed met het in kaart brengen van de door dat handelen mogelijk aan te tasten belangen. Het onderscheiden van twee evenredigheidsmodaliteiten staat het toe de rechtmatigheid van de huiszoeking als rechtshandeling los te zien van de verplichting de daaruit voortvloeiende, rechtmatig toegebrachte schade te vergoeden.

Van Maanen tot slot wijst, net als Schlössels, op het onderscheid tussen 'incidenteel' nadeel in risicogevallen en de schade in 'klassieke' égalitésituaties zoals aan de orde in het *Leffers*-arrest. Naar zijn idee past het arrest *Lavrijsen* niet goed in de categorie van de 'echte' nadeelcompensatiegevallen 'omdat het niet gaat om een weloverwogen beslissing een bepaalde overheidsmaatregel te treffen, maar eerder om toevallige, bijkomende schade bij de uitvoering van (politionele) overheidstaken'. Hij plaatst het *Lavrijsen*-arrest liever in de categorie van overheidshandelen waarmee 'exceptionele risico's' gemoeid zijn, en trekt daarbij een parallel met de Franse rechtspraak en de daarin aanvaarde *responsabilité pour risque* (de tweede pijler van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad). Hij kiest derhalve voor een oplossing binnen de kaders van de rechtmatige overheidsdaad, maar *buiten* de égalité.

Hierna wil ik betogen waarom de invalshoek van Van Maanen het beste verklaart waarom de overheid verplicht kan zijn tot nadeelcompensatie van een onschuldige derde. Ook in mijn visie is het wenselijk om in *Staat/Lavrijsen*-achtige situaties de aansprakelijkheid van de overheid niet te zoeken in de onrechtmatige overheidsdaad, maar in de *rechtmatige* overheidsdaad, doch *niet* op grond van de égalité. Eerst zal ik betogen dat de schade van Lavrijsen niet kwalificeert als een 'openbare last' in de zin van het égalitébeginsel. Daarna sta ik, zoals gesteld, stil bij de problematische toepassing van de aan het égalitébeginsel verbonden schadevergoedingscriteria.

5.4.2.1 De schade kwalificeert niet als een 'openbare last'

De schade van Lavrijsen – en meer in het algemeen de schade van toevallig betrokken derden door de toepassing van tot anderen gerichte dwangmidde-

134 *Gst*. 2001, 7143, p. 318-319.

len – kwalificeert niet als een 'openbare last' in de zin van het égalitébeginsel. In § 5.2 heb ik bepleit dat het égalitébeginsel alleen ziet op nadelen die kwalificeren als een *onvermijdelijk* offer in het algemeen belang. De vraag is of nu ook kan worden beredeneerd dat de schade van Lavrijsen – groeischade van varkens doordat de deuren van de varkensstal te lang bleven openstaan – als een dergelijk onvermijdelijk, en dus op grond van het égalitébeginsel vergoedbaar nadeel kwalificeert.

A-G Langemeijer onderscheidt in dit verband tussen verschillende soorten schade die door strafvorderlijk overheidsoptreden kunnen ontstaan: 'nodeloze' (onnodige schade) en 'inherente schade' (schade die noodzakelijk is voor een doelmatige huiszoeking).[135] Onnodige schade stelt hij gelijk aan *onrechtmatig* toegebrachte schade, bijvoorbeeld doordat ambtenaren met grove onachtzaamheid en onzorgvuldigheid de huiszoeking verrichten, en dusdoende nodeloos meer schade toebrachten dan nodig was om de met de huiszoeking te dienen doelen te bereiken.[136] Omdat daarvan in de Lavrijsen-casus geen sprake was, valt de schade zijns inziens in de categorie 'inherente schade', die op grond van de égalité voor compensatie in aanmerking komt. Ook Vranken zit op die lijn; hij noemt de schade van Lavrijsen 'schade die ook bij een zorgvuldige huiszoeking soms onvermijdelijk is'.[137] Beiden hebben hierbij het oog op schade die ontstaat in de vorm van een ingetrapte deur, een vertrapt bloembed, een ingeslagen ruit en andere schade die is toegebracht tijdens het (soms op gewelddadige wijze) binnentreden van een pand. Tot deze categorie rekenen zij ook de schade van Lavrijsen.

Het *Lavrijsen*-arrest geeft geen uitsluitsel over de vraag of in casu inderdaad sprake was van 'inherente schade'. Langemeijer sluit zulks niet uit en wijst erop dat de opsporingsambtenaren mogelijk een beter overzicht op alle ruimtes konden houden door de deuren van de stallen open te laten staan.[138] Mijns inziens laat het arrest echter ook een lezing open waarbij de Hoge Raad ook ruimte ziet voor de égalité bij *onnodige* (niet aan een doelmatige huiszoeking bijdragende) schade die *rechtmatig* is toegebracht. Denkbaar is immers dat het niet sluiten van de deuren het gevolg was van onoplettendheid bij het uitvoeren van een huiszoeking, omdat de opsporingsambtenaar die zich in de stal bevond door een collega werd weggeroepen, nu deze in een andere ruimte een relevante ontdekking had gedaan. Mogelijk wist de ambtenaar niet dat het dichthouden van de deuren cruciaal was voor het groeiproces van de

135 Concl. bij Staat/Lavrijsen, sub 2.6.
136 Zie bijvoorbeeld HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 410 (*Milétic*).
137 HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*). In gelijke zin Damen, *AA* 2001, p. 659.
138 A-G Langemeijer, concl. bij *Staat/Lavrijsen*, noot 25.

mestvarkens.[139] Wanneer de huiszoeking voor het overige geheel conform de regels geschiedde, is het de vraag of een dergelijke misstap, die op geen enkele wijze bijdraagt aan de doelen die aanleiding waren tot de huiszoeking (de opsporing van strafbare feiten) zou worden gekwalificeerd als een onrechtmatige overheidsdaad ('onnodige' schade in de door Langemeijer bedoelde zin). Juist omdat van opsporingsambtenaren niet kan worden verlangd dat zij voorafgaand aan de huiszoeking diepgaand onderzoek doen naar de toepasselijke zorgvuldigheidsnormen (in casu de specifieke norm die betrekking heeft op het laten functioneren van de ventilatie in varkensstallen), zal de drempel om onnodige schade als *on*rechtmatig (onzorgvuldig) aan te merken, hoog zijn.

Uitgaande van de aannemelijke lezing dat in het *Lavrijsen*-arrest geen sprake was van 'inherente schade', dan laat het arrest zien dat deze hoge drempel allerminst betekent dat de derde met lege handen staat. De Hoge Raad stelt simpelweg dat de overheid aansprakelijk is omdat 'het toebrengen van zodanig onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige huiszoeking jegens de getroffene onrechtmatig is.' Deze formulering maakt geen voorbehoud voor wat betreft de aard van de schade en doet vermoeden dat de égalité ook soelaas biedt voor schade door *rechtmatige* 'bedrijfsongelukjes', die op geen enkele wijze bijdragen aan de doelen die worden nagestreefd met de huiszoeking. Een drempel als zou schade alleen onevenredig zijn als zij werd toegebracht omdat dit voor een doelmatige huiszoeking *noodzakelijk* was, werpt de Hoge Raad niet op. Daarmee wordt het égalitébeginsel naar mijn idee evenwel ten onrechte opgerekt naar vormen van schade die niet 'weloverwogen' worden toegebracht.

In de commentaren op het Lavrijsen-arrest blijken de schrijvers de 'onvermijdelijkheid' van het nadeel op een wat abstracter niveau te zoeken. Veelzeggend is dat Vranken niet spreekt van schade die *per definitie* noodzakelijk is voor een strafvorderlijke huiszoeking, maar schade die *soms* noodzakelijk is, omdat strafvorderlijke huiszoekingen een element van *risico* in zich bergen.[140] Schlössels spreekt voorts over 'schade die – naar ervaringsregels – redelijkerwijs het gevolg kan zijn van een zorgvuldig justitieel optreden'.[141] Bij de égalité is het echter niet nodig om een toevlucht te zoeken tot dit abstracte

139 Ik acht een dergelijk scenario aannemelijker dan het scenario waarin het daadwerkelijk noodzakelijk zou zijn om de deur open te laten staan. De noodzaak om 'bedrijfsongelukjes' als schadecategorie te erkennen naast de onnodige en inherente schade is nog evidenter in de categorie 'toevallige voorbijgangers' die door politiekogels gewond raken en wier schade bezwaarlijk als 'inherent' kan worden aangemerkt.

140 *NJ* 2005, 392, sub 1. Zie ook zijn noot bij HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430 (*TBS*, sub 13): 'Ook [bij huiszoekingen] is in een concreet geval niet altijd te voorzien dat schade aan lijf en goederen van betrokkenen of anderen zal worden toegebracht, maar het risico dat dit gebeurt, is altijd aanwezig. Dat risico is om zo te zeggen inherent aan de regeling van de huiszoeking.'

141 *JB* 2001, 107.

niveau. De schade die swillboeren ondervonden ten gevolge van het swillverbod was een onvermijdelijk en direct gevolg van de uitvaardiging van de swillregeling. Hetzelfde geldt voor de schade die omwonenden lijden ten gevolge van werkzaamheden aan de Noord-Zuidlijn. Deze schade, ook voor zover zij op het moment van de uitvaardiging van de regeling nog niet exact bekend is, is hoe dan ook een inherent gevolg van de rechtmatige besluitvorming, zodat men daarvoor niet zijn toevlucht hoeft te zoeken tot een 'ervaringsregel'. Het is echter absurd om te stellen dat toen de autoriteiten besloten tot een huiszoeking bij Lavrijsen, zij van oordeel waren dat de met de huiszoeking gediende belangen slechts konden worden behartigd door de deur van een varkensstal open te laten staan. Tussen deze schade en de in het algemeen belang noodzakelijke uitoefening van een bevoegdheid bestaat geen enkele dwingende en noodzakelijke relatie. Al met al kwalificeer ik de schade van Lavrijsen als een incidenteel en onverwacht nadeel ten gevolge van een rechtmatige (zelfstandige) feitelijke handeling.[142]

Een tegenwerping zou kunnen zijn dat er ook bij schade aan derden door strafvorderlijk overheidshandelen wel degelijk sprake kan zijn van 'echte' noodzakelijke en dus inherente schade: denk aan een welbewust ingetrapte deur. Van dergelijke schade kan men inderdaad stellen dat zij 'noodzakelijk', 'onvermijdelijk' is voor een doelmatige uitvoering van de strafvorderlijke taken. Het is echter de vraag of het zinvol is om te differentiëren in nadeelcompensatiegrondslagen al naar gelang er sprake is van 'inherente schade' of 'bedrijfsongelukjes'. Voor het toepasselijke materiële recht lijkt dat namelijk geen verschil te maken: het is niet zo dat de Hoge Raad bij 'inherente schade' aan de onschuldige derde wel een 'normaal maatschappelijk risico' tegenwerpt, zoals ik hierna nog zal betogen. Bovendien is een verschil met de gevallen van feitelijk handelen die in het bestuursrecht onder de égaliténoemer vallen dat in de context van de strafvordering telkens sprake is van *zelfstandige* feitelijke handelingen, die niet het inherente gevolg zijn van een rechtmatige belangenafweging. Dat hangt samen met de eigen aard van de strafrechtelijke belangenafweging, die met zich brengt dat snel moet worden gehandeld en dat de gevolgen van het handelen meestal niet van tevoren zijn te voorzien.[143] De belangen van derden behoren niet tot de in zo'n afweging 'verdisconteerde' belangen; indien een vermoeden van een strafbaar feit rijst, dan zal er in de regel geen aanleiding zijn om hun belangen tegen het opsporingsbelang af te wegen. Of schade bij onschuldige derden ontstaat, is niet zozeer inherent aan de bevoegdheid en de in dat verband verrichte belangenafweging, maar afhankelijk van de feitelijke *uitvoering* van die bevoegdheden. Het kan noodzakelijk zijn om een zaakschade toe te brengen, maar vooraf is dat niet in te schatten. Dat zich dit soort schade zal voordoen is een *mogelijk*, en in het licht

142 Vgl. Van Maanen 2002, p. 66, die de schade van derden kwalificeert als 'toevallige, bijkomende schade van derden bij de uitvoering van (politionele) overheidstaken.'

143 Kwakman 2003, p. 366-367, Schlössels 2002, p. 189.

van de grote risico's die met strafvorderlijk optreden zijn gemoeid zelfs *waarschijnlijk*, maar niet een *onvermijdelijk* gevolg van het besluit tot het uitoefenen van een strafvorderlijke bevoegdheid. In dit opzicht verschilt het soort feitelijk handelen in strafvorderlijke situaties naar mijn idee van de feitelijke werkzaamheden in het kader van de aanleg van publieke werken, waar het toebrengen van nadeel *wel* inherent en onvermijdelijk voortvloeit uit het besluit tot het uitvoeren daarvan. Het nadeel van derden heeft in strafvorderlijke situaties mijns inziens steeds een *incidenteel* karakter, anders dan bij de bestuursrechtelijke toepassing van de égalité.

Door het ontbreken van de voor de toepasselijkheid van de égalité benodigde 'openbare last' is ook de band tussen de schade van Lavrijsen en het algemeen belang minder evident. Dat zou maar mijn idee ook gevolgen moeten hebben voor de toepasselijke rechtsgrondslag. Naar mijn idee is de 'hoofdregel' die uit de *Lavrijsen*-jurisprudentie kan worden afgeleid dat het onredelijk is om schade ten gevolge van strafvorderlijk optreden voor rekening van een burger te laten als hij geen schuld droeg aan het ontstaan daarvan, hij zelf geen voorwerp was van dat optreden, hij dit dus niet kon voorzien en daartegen dus ook geen schadebeperkende maatregelen kon treffen. Indien de overheid door haar optreden voor de derde het risico in het leven roept dat deze schade lijdt en dat risico verwezenlijkt zich, dan is de overheid daarvoor in beginsel voor de volle omvang aansprakelijk, ook als de activiteit in het kader waarvan het schadeveroorzakende handelen plaatsvond, op zichzelf niet onrechtmatig is. In § 5.4.2.4 kom ik daarop nog terug.

5.4.2.2 Speciale last niet relevant

De *Lavrijsen*-casus is ook interessant in verband met de vraag of de aan het égalitébeginsel verbonden schadevergoedingscriteria een nuttig aanknopingspunt bieden om te beoordelen of de overheid nadeelcompensatieplichtig is. Dat onderwerp gaat enigszins het bestek van dit hoofdstuk te buiten, maar toch sluit het daarop ook wel aan. Juist de vraag naar de precieze interpretatie van de in het égalitébeginsel besloten liggende 'vergelijking met anderen' is voor veel auteurs namelijk aanleiding om het égalitébeginsel al dan niet op een bepaalde situatie van toepassing te achten.[144] In hun analyse van het *Lavrijsen*-arrest wijzen Van Maanen en Hennekens dan ook tevens op de problematische toepassing van de 'vergelijking met anderen' om te rechtvaardigen dat niet het égalitébeginsel, maar het 'risicobeginsel' (Van Maanen)[145] dan wel art. 3:4 lid 2 Awb (Hennekens)[146] de grondslag zou zijn. Andere

144 Zie § 7.7, § 13.2.

145 Van Maanen 2002, p. 67.

146 *Gst*. 2001, 7143, p. 319: 'Lavrijsen heeft niets te maken met alle andere burgers die geen varkensstallen huren van verdachten!'.

auteurs *rechtvaardigen* juist met een beroep op een soepele interpretatie van de vergelijking met anderen dat de égalité zich goed op de *Lavrijsen*-casus laat toepassen.[147] Deze 'vergelijking met anderen' ligt verscholen in zowel de eis van de *speciale* als de *abnormale* last. Bij de speciale last gaat het om de vraag of de getroffene zich onderscheidt van een 'referentiegroep'. Bij de abnormale last vindt deze vergelijking vooral plaats in het kader van het 'normaal maatschappelijk risico', dat onder meer vereist dat de getroffene zich in zijn schade dient te onderscheiden van de schade die burgers 'gemiddeld genomen' door rechtmatig overheidshandelen (kunnen) ondervinden. In deze en de volgende paragraaf zal ik betogen dat een vergelijking met anderen op beide niveaus geen bruikbaar en zinvol aanknopingspunt biedt om te beoordelen of de overheid nadeelcompensatieplichtig is. Anders gezegd: aan het 'drempelkarakter' van de égalité (op grond waarvan alleen *onevenredig* nadeel dient te worden vergoed) kan men in de context van de strafvordering niet op een zinvolle manier invulling geven.

Allereerst de eis van de speciale last. In de literatuur – niet alleen de Nederlandse, maar ook de Franse[148] – treft men soms de stelling aan dat bij incidentele, niet te voorspellen nadelen (waarvan de *Lavrijsen*-casus mijns inziens een voorbeeld is) de benadeelde geacht kan worden onevenredig te zijn benadeeld ten opzichte van andere, niet-getroffenen. Mijns inziens schiet de *spécialité* in dit soort gevallen (en meer in het algemeen in gevallen waarin de schade het gevolg is van het zich verwezenlijken van een risico) echter tekort als een in rechte *bruikbare* toetsingsmaatstaf. Geconstateerd kan worden dat de speciale last in dit soort gevallen in de rechtspraak niet als relevant toetsingscriterium terugkeert. Ook de Hoge Raad expliciteert niet ten opzichte van welke andere burger Lavrijsen onevenredig is benadeeld. Dat verbaast niet, omdat een vergelijking van de getroffene met 'de gehele Nederlandse bevolking' – in het geval van Lavrijsen de meest voor de hand liggende referentiegroep – geen onderscheidend vermogen heeft.[149] Davignon heeft een aannemelijke verklaring aangedragen waarom het vereiste van *spécialité* geen functie vervult indien de schade een incidenteel, onverwacht karakter heeft:

> 'On peut (…) faire remarquer qu'en matière de dommages de type accidental, l'exigence de "spécialité" du préjudice n'a pas en principe de raison d'être; un "accident" a, par nature, la propriété d'être "spécial" à celui qui le subit. Ce caractère particulier du dommage accidental expliquerait à notre sens, que le juge ne fasse point en principe mention de la spécialité du préjudice en la matière.'[150]

147 Dane 2009, p. 508-509, Langemeijer, concl. bij Staat/Lavrijsen, Verheij 2002, p. 121.
148 Zie bijv. Guettier 2005, p. 1500.
149 In § 7.5.3 werk ik dat nader uit.
150 Davignon 1976, p. 104.

Met andere woorden: schade die bij toeval ontstaat, door het zich verwezenlijken van een in concreto nooit te voorspellen risico, is van nature speciaal, omdat de schadeveroorzakende gebeurtenis *zelf* naar haar aard uniek is voor degene die er schade door lijdt.[151] Kenmerkend voor de aansprakelijkheid in risicosituaties is dat met de verwezenlijking van het risico ook de schadeplicht van de overheid is gegeven. Hoe de getroffene zich voor wat betreft zijn nadeel verhoudt tot anderen, is niet relevant. Het is waar dat in de Franse rechtspraak in risicosituaties vaak van een *risque spécial* wordt gesproken, maar die aanduiding ziet op het bijzondere karakter van de schade*oorzaak*, om te voorkomen dat op grond van de risicogedachte elk risico dat voortvloeit uit het functioneren van de overheidsdienst tot een vergoeding verplicht. Als een element dat betrekking heeft op de bijzondere positie van de *getroffene* keert de speciale last in de jurisprudentie echter niet terug. Dat geldt ook voor de Nederlandse jurisprudentie; in alle zaken waarin het ging over schade aan derden werd niet stilgestaan bij de vraag ten opzichte van wie het nadeel precies onevenredig was.[152]

De in de literatuur soms voorgestelde ruime vergelijkingen miskennen dat de *spécialité* als maatstaf om te bepalen wie in welke gevallen recht heeft op nadeelcompensatie, bij incidenteel veroorzaakte nadelen geen bestaansreden heeft. Zou men *wel* erkennen dat de spécialité in dat soort gevallen bestaansreden heeft, dan zou daarvan in beginsel het gevolg moeten zijn dat, in het geval dat een grote groep derden – bijvoorbeeld in het kader van een grootscheepse opsporingsactie – schade lijdt door strafvorderlijk optreden, de schadeclaim zou moeten worden afgewezen. Dit is echter juist bij onschuldige derden, die zelf geen aanleiding zijn tot de uitoefening van de strafvorderlijke bevoegdheid en die geen schadebeperkende maatregelen hebben kunnen nemen, een onredelijk resultaat. Ook indien men zou stellen dat van alle personen die aan een bijzonder risico blootstaan, alleen degenen ten aanzien van wie dit risico zich verwezenlijkt, een speciale last ondervinden, komt men er niet. Die redenering laat immers zien dat het in risicosituaties redelijker is *alle* gelaedeerden een compensatie te bieden.[153]

5.4.2.3 Normaal maatschappelijk risico niet relevant

Ten aanzien van de eis van een abnormale last ligt het wat genuanceerder. Het stellen van de eis dat er met de getroffene iets 'abnormaals' aan de hand moet zijn, is een belangrijk kenmerk van (alle) vormen van overheidsaanspra-

151 Vgl. Delvolvé 1969, p. 310: 'Lorsque le risque se réalise, le dommage a le même caractère spécial que le risque dont il résulte.'

152 Zie bijv. HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*).

153 Delvolvé 1969, p. 311. Vgl. Davignon 1976, p. 176, die de spécialité in dit verband 'superflue' noemt, en laat zien dat ook bij schade door incidenten bij *travaux publics* niet aan de *spécialité* wordt getoetst.

kelijkheid uit rechtmatige daad. Dat hangt samen met het feit dat uiteindelijk *billijkheidsmotieven* bepalend zijn om een compensatie te geven. Daarbij past het niet een schadevergoeding te geven voor normale schade, waarmee een ieder kan worden geconfronteerd. De billijkheid verlangt alleen compensatie indien het nadeel van de getroffene op de een of andere manier onderscheidend vermogen heeft. Dat verklaart waarom in de Franse rechtspraak ook bij schade door incidentele, niet in concreto te voorspellen nadelen het criterium van de *anormalité* soms wordt gehanteerd.[154] Deze maatstaf is, anders dan de *spécialité*, eigen aan de *gehele* aansprakelijkheid uit rechtmatige daad.

Benadrukt moet echter wordt dat 'abnormaal' in de context van schade door het zich verwezenlijken van een risico, niet hetzelfde betekent als bij de toepassing van het égalitébeginsel. Delvolvé stelt in dat verband dat de *anormalité* in risicosituaties:

> 's'analyse en fonction d'éléments extérieurs à la victime et au dommage. Il ne s'agit plus de la même notion [als in égalitésituaties – MT].'[155]

De *anormalité* ziet in risicosituaties, met andere woorden, op omstandigheden buiten het slachtoffer, en heeft daarmee een andere betekenis dan in de context van de égalité. Dit vraagt om enige toelichting. Bij de égalité is de *anormalité* een eis die wordt gesteld aan het *nadeel*. Factoren als de voorzienbaarheid *in abstracto* in het kader van het 'normaal maatschappelijk risico', de voorzienbaarheid *in concreto* van aangekondigde of anderszins waarneembare ontwikkelingen en de omvang van de schade zijn in dit verband enige relevante factoren. Uitgangspunt is in elk geval dat de gelaedeerde deel uitmaakt van een gemeenschap; de last van de een wordt in beginsel steeds bezien in relatie tot de last van de gemiddelde ander. Dat verklaart waarom een integrale vergoeding van de schade niet het uitgangspunt van het égalitébeginsel kan zijn, aangezien alleen de schade die niet kwalificeert als een *gemiddeld* nadeel dient te worden gecompenseerd.[156] De (directe) betrokkenheid van het algemeen belang – de behartiging waarvan immers onvermijdelijk tot de schade leidt – rechtvaardigt dat in beginsel alleen het onevenredige nadeel wordt gecompenseerd,

---

154 Lochak 1993, p. 284.

155 Delvolvé 1969, p. 315. Naar aanleiding van de uitspraak *Lecomte* (§ 4.6.1) merkt hij op dat de verwijzing naar de *anormalité* 'apparaît à la fois isolé et superflu' (p. 317). Vgl. Rougevin-Baville 1987, § 270, die de égalité van de risico en de onrechtmatige daad onderscheidt omdat in het eerste geval 'l'anormalité se situe au niveau du préjudice' en in de andere gevallen 'au niveau du fait générateur'. Deze gedachte heeft bij meer auteurs ingang gevonden, zie bijv. Delaunay 2007, p. 300: 'Le risque et la faute sont en effet deux sanctions de l'anormalité de l'action administrative cependant que la rupture de l'égalité devant les charges publiques souligne l'anormalité du préjudice subi par les administrés.'

156 Vgl. Schlössels 2002, p. 189, noot 71, die het 'normaal maatschappelijk risico' omschrijft als 'een uniek criterium om te komen tot een *optimale verdeling van lasten* tussen de publieke rechtsgemeenschap (algemeen belang) en het individu (particulier belang)'.

aangezien burgers ook de voordelen van het functioneren van de overheidsdienst genieten.[157]

Bij schade door het zich verwezenlijken van een in concreto nooit te voorspellen, incidenteel nadeel speelt deze relatie tot de gemiddelde ander geen rol van betekenis. Hier is de *anormalité* geen maatstaf om te beoordelen of en zo ja in welke mate men zwaarder wordt getroffen dan de gemiddelde ander, maar een begrip dat iets zegt over de schade*oorzaak*.[158] Er zijn nu eenmaal bepaalde overheidshandelingen die – anders dan bijvoorbeeld een verkeersmaatregel – naar hun aard *niet* behoren tot het 'normale verwachtingspatroon' van een burger. Een bekend voorbeeld is de verdwaalde politiekogel die een omstander treft. Het Franse recht laat meer voorbeelden zien van zulke oorzaken die per definitie abnormaal zijn. Soms is de veroorzaker niet eens de overheid zelf, maar een ander, zoals in het geval van schade door minderjarige delinquenten op proefverlof. De schade hangt verder soms samen met een schade*object*; de ontploffing van een munitiedepot is voor omwonenden een *risque spécial*. Weliswaar is vaak ook de omvang van de schade zelf, indien het risico zich verwezenlijkt, bijzonder groot (het gaat veelal om zaakschade en/of (ernstig) fysiek letsel), maar als de overheid tot compensatie wordt verplicht, is dat niet omdat de schade boven de 'normale maatschappelijke risico's' uitstijgt, maar omdat de schade voortvloeit uit een overheidshandeling waar burgers in beginsel niet op bedacht hoeven te zijn. Dat heeft ook gevolgen voor de omvang van de schadevergoedingsverplichting: hoofdregel is dat *alle* schade die voortvloeit uit een *risque spécial*, wordt vergoed. Aan de schade zelf worden geen nadere eisen gesteld. Dit alles wil overigens niet zeggen dat er geen mogelijkheden zouden bestaan ook in de leer van het *risque spécial* tot nadere nuanceringen te komen. Die nuanceringen worden in de regel echter niet gevonden in het stellen van nadere eisen aan (de aard en omvang van) het nadeel, maar door sommige schadeoorzaken wel, en andere niet aan te merken als de bron van een *risque spécial*. Zo heeft de Conseil d'Etat deze notie wel willen toepassen op verdwaalde politiekogels, maar niet op schade door het gebruik van traangas[159] of wapenstokken.[160]

De vraag is of deze interpretatie van de abnormale last ook van toepassing is op schade die derden lijden door strafvorderlijk overheidshandelen. Het gaat dan dus om de vraag of de uitoefening van een strafvorderlijke bevoegdheid voor een niet-verdachte derde als een overheidshandeling kan worden aangemerkt waarmee deze derde überhaupt geen rekening hoeft te houden, zodat, als er schade ontstaat, de overheid voor deze schade in beginsel aansprakelijk is. Dit, omdat de schadeveroorzakende *handeling* abnormaal is, zodat ook (alle) schade die daaruit voortvloeit abnormaal is en dient te worden

157 Zie over de ratio van de abnormale last verder § 8.2.
158 Vgl. Long e.a. 2007, p. 412, De Laubadère 1994, p. 886, Chapus 2001, p. 1339.
159 CE 16 maart 1956, *Rec*. p. 124 (*Domenech*).
160 CE 8 juli 1960, *Rec*. p. 463 (*Petit*).

vergoed. Om deze vraag te beantwoorden, is het allereerst nuttig om te wijzen op de redenen om de Staat voor de schade van Lavrijsen aansprakelijk te houden. Volgens het Hof was bepalend dat jegens Lavrijsen geen verdenking bestond en dat zij er evenmin rekening mee hoefde te houden dat L. betrokken was bij strafbare feiten. Vergelijkbare overwegingen speelden een rol in een later arrest van het Hof Amsterdam. Dit ging over een sociale verhuurder, Wherestad, aan wier eigendommen schade werd toegebracht tijdens een rechtmatige politie-inval.[161] Het Hof voerde vier argumenten aan om deze schade geheel te vergoeden:

1 De schade bedroeg enkele duizenden euro's. Voor een sociale verhuurder, die niet uit is op economisch gewin, derhalve geen gering bedrag.
2 Het strafvorderlijk optreden was niet tegen haar gericht, maar tegen huurders op wie Wherestad geen invloed kon uitoefenen.
3 Wherestad was niet betrokken bij het strafbaar handelen van haar huurders.
4 Wherestad had geen schadebeperkende maatregelen kunnen treffen.

De eerste overweging kan worden gerelateerd aan een eerder arrest van de Hoge Raad, waarin werd bepaald dat schade van een geringe omvang in elk geval tot de normale risico's wordt gerekend. Ik kom daarop nog terug. Naar mijn idee zijn het vooral de overwegingen 2 tot en met 4 die in de praktijk doorslaggevend zijn om schade van derden (in beginsel geheel) te vergoeden. Uit deze overwegingen zou de naar huidig positief recht geldende regel kunnen worden afgeleid dat het onredelijk is om schade ten gevolge van strafvorderlijk optreden voor rekening van een burger te laten als hij geen schuld droeg aan het ontstaan daarvan, hij zelf geen voorwerp was van dat optreden, hij dit dus niet kon voorzien en daartegen dus ook geen schadebeperkende maatregelen kon treffen. Deze 'regel' laat ook zien welke factor het meest voor de hand ligt om geen plicht tot compensatie aan te nemen: de wetenschap van de criminele activiteiten en derhalve eigen schuld (art. 6:101 BW) aan het ontstaan van het nadeel.

De vraagt dringt zich op wat het 'normaal maatschappelijk risico' in het licht van deze overwegingen nog als drempel voor schadevergoedingsclaims te betekenen heeft. In hoofdstuk 8 kom ik op dergelijke drempels nog uitvoerig terug. Thans kan reeds worden gesteld dat het inbouwen van drempels op verschillende manier wordt gerechtvaardigd. In het milieurecht wordt de regel dat alleen onevenredig nadeel wordt vergoed gemotiveerd met de 'eigen verantwoordelijkheid van de ondernemer.' Daarbij speelt ook het beginsel 'de vervuiler betaalt' een belangrijke rol.[162] In het ruimtelijke ordeningsrecht

161 Deze overwegingen zijn kenbaar uit HR 2 oktober 2009, *JA* 2009, 164. De Hoge Raad casseerde het arrest van het Hof, echter niet vanwege de aangedragen motieven om de Staat aansprakelijk te houden jegens Wherestad, maar vanwege 's Hofs interpretatie van art. 6:101 lid 2 BW.

162 Circulaire Schadevergoedingen, *Stcrt*. 1997, nr. 246, p. 32.

wordt de 2%-drempel voor indirecte planschade gemotiveerd met de stelling dat een ieder die deel uitmaakt van de samenleving, te maken krijgt met feitelijke of juridische veranderingen, al dan niet door de overheid geëntameerd, en in beginsel ook het risico draagt dat aan deze veranderingen nadelige gevolgen verbonden zijn.[163] Welke redenering men ook hanteert, feit is dat het 'normaal maatschappelijk risico' er in de praktijk toe leidt dat schade van een bepaalde omvang altijd voor rekening van de burger zelf blijft. Dat is echter niet het uitgangspunt in het strafrecht. In alle mij bekende gevallen van schade aan derden werd de schade volledig vergoed.[164] Ook andere schrijvers stellen de verplichting tot schadeloosstelling bij schade van een onschuldige derden als hoofdregel voorop.[165]

Een tegenwerping zou kunnen zijn dat er niets op tegen is om toch het normaal maatschappelijk risico in stelling te brengen. Men kan immers dit criterium gewoon hanteren, maar er in beginsel vanuit gaan dat alle schade daarboven uitstijgt. Schlössels betoogt in dit verband dat de égalité een flexibele norm, is, die het ook toestaat om *alle* schade te vergoeden, omdat *alle* schade onevenredig is.[166] Hoewel de égalité zulks inderdaad niet uitsluit, ben ik van deze redenering toch niet gecharmeerd. Als de drempel van het onevenredig nadeel *de facto* geen rol speelt en de overheid telkens voor het geheel van de toegebrachte schade aansprakelijk is (behoudens de toepassing van art. 6:101 BW), ligt het voor de hand dit ook met zoveel woorden in de uitspraak tot uitdrukking te brengen en niet te suggereren dat de schade van de derde telkens dient te worden afgezet tegen de 'gemiddelde nadelen' ten gevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden. Het wel hanteren van het normaal maatschappelijk risico vertroebelt naar mijn idee het toepasselijke toetsingskader en wekt ten onrechte de suggestie dat er situaties denkbaar zijn waarin bepaalde nadelen voor de derde wel tot het 'normaal maatschappelijk risico' en dat de overheid om die reden niet voor het geheel van de schade aansprakelijk is.

Dat het risico van een dergelijke 'vertroebeling' van het toetsingskader niet onrealistisch is, bewijst Dane, die juist een voorstander is van de toepassing van het normaal maatschappelijk risico in het strafrecht. Enerzijds pleit zij voor een 'domeinspecifieke' invulling van het normaal maatschappelijk risico in het strafrecht, waarbij rekening kan worden gehouden met gezichtspunten die vooral in de strafvorderlijke context van belang zijn, zoals de vraag

163 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 62-63.

164 Dat geldt niet alleen voor *Lavrijsen*, maar ook voor HR 2 oktober 2009, *JA* 2009, 164. In HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*) werd weliswaar een bedrag op de vergoeding ingehouden, echter niet vanwege het normaal maatschappelijk risico, maar door toepassing van art. 6:101 BW (eigen schuld).

165 Engelhard & Van Maanen 2008, p. 89-90, Van Dam 2008, p. 92-93, Hennekens, *Gst*. 2001, 7143, p. 319, Drupsteen *AB* 2001, 412, sub 3.

166 Schlössels 2002-II, p. 189.

of een burger in een fundamenteel recht wordt aangetast.[167] Anderzijds spelen in haar opvatting juist allerlei gezichtspunten een rol zijn die *niet* domeinspecifiek zijn, en die juist rechtstreeks aan het bestuursrecht lijken te zijn ontleend. Zo zou de voorzienbaarheid een rol mogen spelen als mitigerende factor, nu bekend is dat 'de normale toepassing van bepaalde dwangmiddelen veelal bepaalde materiële en immateriële schade zal berokkenen.'[168] Ook wijst zij erop dat alle burgers delen in de veiligheid van de maatschappij, zodat voor al die burgers een relatief klein eigen risico kan worden geaccepteerd indien zij betrokken raken bij het door de overheid uitvoeren van haar taken die gericht zijn op de beveiliging van de maatschappij.[169]

Ik vraag me af of deze overwegingen zonder meer redengevend kunnen zijn om de derde met een deel van zijn schade te laten zitten. Inderdaad is er een ervaringsregel dat normale toepassing van dwangmiddelen tot (im)materiële schade zal leiden, maar deze regel brengt mijns inziens niet met zich dat het voor een derde-te goeder trouw ook voorzienbaar is dat deze schade nu uitgerekend hem zal treffen. Denkbaar is dat hij dit wel kon voorzien, omdat hij wist van de criminele activiteiten, maar in zo'n situatie kan men volstaan met het toepassen van art. 6:101 BW en heeft men het 'normaal maatschappelijk risico' niet nodig. Bij gebreke van een concrete voorzienbaarheid is voor toepassing van de voorzienbaarheid *in abstracto* in mijn optiek alleen plaats wanneer men zou kunnen stellen dat de gemiddelde Nederlander nu eenmaal geregeld met de nadelen ten gevolge van strafvorderlijk overheidsoptreden te maken krijgt, zo vaak zelfs dat enig nadeel altijd voor rekening van de getroffene zelf behoort te blijven. Het lijkt geen al te boude stelling dat de toepassing van dwangmiddelen voor de gemiddelde Nederlander niet tot dergelijke 'normale risico's' behoort. Ik zie dan ook niet waarom het redelijk zou zijn om ook bij onschuldige derden op de schade een forfaitair bedrag in mindering te brengen. De ingrijpendheid van het overheidshandeling, het onverhoedse karakter daarvan, het ontbreken van eigen schuld en de aard van de schade (veelal fysiek letsel of zaakschade) wijzen mijns inziens slechts in de richting van een volledige vergoeding van de schade. Deze hoofdregel zou moeten gelden ongeacht de hoedanigheid van de derde; er is geen aanleiding om toevallige passanten, verhuurders (zoals *Lavrijsen*) of familieleden anders te behandelen. Indien de wetenschap van criminele activiteiten ontbreekt en zij zich ook overigens niet roekeloos hebben gedragen, dienen zij in gelijke mate aanspraak op een schadevergoeding te hebben. Daarom is in de *Wherestad*-casus uiteindelijk ook niet zo relevant dat het hier om een *sociale*

167 Dane 2009, p. 518.

168 Dane 2009, p. 521.

169 Dane 2009, p. 522, Dane 2009b, p. 146. Anders: Kwakman 2003, p. 421, die meent dat de vraag of de uitoefening van een bedrijf zodanige risico's met zich meebrengt dat te verwachten is dat de overheid vroeg of laat maatregelen treft en dat zulks tot het normaal maatschappelijk risico moet worden gerekend.

verhuurder ging; het is niet in te zien dat het enkele feit dat men *commercieel* woningen verhuurt, met zich brengt dat een deel van de schade wel voor eigen rekening van de derde zou moeten blijven. De factoren die werkelijk gewicht in de schaal leggen, en die het Hof Arnhem onder 2 tot en met 4 noemde, gaan voor een commercieel bedrijf immers in niet mindere mate op.

Een andere tegenwerping zou kunnen luiden dat de aansprakelijkheid van de overheid te zeer uit de hand zou lopen als in dit soort situaties telkens de volledige schade zou moeten worden vergoed. Betoogd zou kunnen worden dat het normaal maatschappelijk risico nodig is om in bepaalde situaties toch niet alle schade te hoeven vergoeden. Het louter beschikken over art. 6:101 BW als maatstaf zou, zo zou men kunnen stellen, wel eens een te beperkt instrumentarium kunnen zijn. Dit argument zou echter alleen hout snijden als uit de jurisprudentie blijkt dat het 'normaal maatschappelijk risico' soms in stelling wordt gebracht om niet alle schade te hoeven vergoeden. Van belang is in dit kader een arrest van 17 september 2004. Hierin formuleerde de Hoge Raad welke gezichtspunten bij het normaal maatschappelijk risico van belang zijn, te weten:

> 'de aard van de overheidshandeling 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'.[170]

Deze factoren zijn in de jurisprudentie over schade door strafvorderlijk overheidsoptreden tot nu toe nog geen aanleiding geweest om de schade geheel of deels tot het normaal maatschappelijk risico te rekenen. Over de *aard van de schade* valt op te merken dat de Hoge Raad in hetzelfde arrest heeft bepaald dat *zaakschade* al snel voor vergoeding in aanmerking komt: '[S]chade die bij een huiszoeking in de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht aan zaken van die ander, [behoort niet] tot het maatschappelijk risico van die ander.' Het uitgangspunt van Dane en Kwakman, die juist sommige zaakschade tot het normaal maatschappelijk risico rekenen, staat hiermee op gespannen voet.[171] Met Spier meen ik dat het bij zaakschade niet voor de hand ligt om snel aan te nemen dat de schade zo gering is dat zij voor rekening van de getroffene dient te blijven.[172] Dit hangt samen met de hoge plek die zaakschade in de 'hiërarchie' van vergoedbare schades inneemt, en waarvan de rechtspraak van de Hoge Raad mijns inziens blijk geeft. Het arrest *Lavrijsen* laat echter zien dat dit niet betekent dat zuivere vermogensschade (verminderde opbrengst van de mestvarkens, veterinaire kosten e.d.) wel deels

170 HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*).

171 Kwakman 2003, p. 367, Dane 2009, p. 521. Zij noemen als voorbeeld een 'makkelijk vervangbare deurkruk of een paar vernielde ruiten'.

172 A-G Spier, concl. bij HR 2 oktober 2009, *JA* 2009, 164.

zelf moet worden gedragen. Of de aard van de schade een bruikbaar aanknopingspunt biedt om niet alle schade te hoeven vergoeden, kan al met al worden betwijfeld.

De voorzienbaarheid was aan de orde in het al genoemde arrest *Wherestad*. De Staat betoogde dat Wherestad als bedrijfsmatig verhuurder op grote schaal woningen verhuurt, zodat objectief voorzienbaar zou zijn dat eventueel strafvorderlijk overheidsoptreden tegen een huurder in voorkomend geval voor haar tot enige schade kan leiden. Omdat dit inherent zou zijn aan deze economische activiteit, zou de schade tot het normale bedrijfsrisico van Wherestad behoren. De Hoge Raad verwierp dit cassatiemiddel en sloot zich aan bij het oordeel van het Hof, dat op grond van de al genoemde factoren tot het oordeel was gekomen dat sprake was van een boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgend nadeel. Dit impliceert dat voor de bestuursrechtelijke praktijk waarbij met kortingspercentages wordt gewerkt,[173] in strafvorderlijke situaties in beginsel geen ruimte is. Dergelijke percentages zijn immers bij uitstek een manier om te verrekenen dat de schade tot op enige hoogte voorzienbaar was.[174] De Hoge Raad lijkt daarvoor in elk geval bij zaakschade geen ruimte te zien. Bij zaakschade is:

> '(…) geen plaats voor en ook geen behoefte aan een afzonderlijke toetsing aan de hand van de vraag of bepaalde omstandigheden al dan niet tot het maatschappelijke risico van de benadeelde behoren: deze omstandigheden behoren immers al verdisconteerd te zijn in het oordeel dat de overheid in beginsel aansprakelijk is.'[175]

Er is naar mijn idee geen aanleiding om te vermoeden dat dit uitgangspunt niet zou gelden als de schade bestaat uit zuivere vermogensschade. Ook bij dergelijke schade is de aansprakelijkheid in beginsel gegeven en is niet in te zien waarom het 'normaal maatschappelijk risico' nog een rol zou kunnen spelen. Bovenstaand citaat brengt goed tot uitdrukking dat de onschuldige derde in de regel geen drempels zal ontmoeten: met het intreden van de schade is de aansprakelijkheid van de overheid *in beginsel* gegeven. Dit is echter nu juist niet het uitgangspunt in de bestuursrechtelijke égalitéjurisprudentie.

Nu de voorzienbaarheid *in abstracto* kennelijk geen rol speelt bij de schade van derden, is het de vraag of dat wel geldt voor de voorzienbaarheid *in concreto*. Zowel Kwakman als Dane dragen in dit verband risicoaanvaarding aan als een relevant gezichtspunt.[176] Dit leerstuk kan men zien als een bestuursrechtelijke verschijningsvorm van de eigen schuld (art. 6:101 BW). Erkend moet worden dat de grenzen tussen risicoaanvaarding en eigen schuld niet scherp te trekken zijn. Om aan alle verwarring een eind te maken is het

---

173 Zie bijv. ABRvS 6 maart 2002, LJN AE0350, ABRvS 24 juni 2009, *TBR* 2009, 172, m.nt. Sluysmans.

174 § 8.5.2.4.

175 HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*).

176 Kwakman 2003, p. 420. Vgl. Dane 2009, p. 524.

uitgangspunt van de Hoge Raad dat risicoaanvaarding geen zelfstandige rechtsfiguur is *naast* eigen schuld.[177] De bestuursrechter denkt daar kennelijk anders over, want in de bestuursrechtelijke nadeelcompensatiejurisprudentie speelt risicoaanvaarding een vrij belangrijke rol, vooral in het planschaderecht. Mijns inziens ligt het in beginsel voor de hand op dit punt de jurisprudentie van de Hoge Raad te volgen, tenzij er goede ('domeinspecifieke') redenen zijn om aan te sluiten bij de wijze waarop de bestuursrechter invulling geeft aan het leerstuk van risicoaanvaarding. Deze vraagt zich bij de vraag of een risico is aanvaard vooral af of de gelaedeerde op een bepaalde peildatum kon voorzien dat bepaalde ontwikkelingen aanstaande waren omdat dit kon worden afgeleid uit een bepaald, meestal geschreven, document (bijvoorbeeld een ter inzage gelegd bestemmingsplan). Als dat het geval is, dan wordt de schade (de waardedaling van een huis bijvoorbeeld) in beginsel niet vergoed. Dergelijke 'voortekenen' spelen in de strafrechtelijke jurisprudentie echter geen rol. De justitiële autoriteiten zullen als regel immers geen signalen afgeven dat een huiszoeking eraan zit te komen, omdat dit haaks staat op het gewenste verrassingseffect. Op dit punt kan het leerstuk van de schadecompensatie dus niet veel van het bestuursrecht leren. Het is ook niet nodig om op die wijze te redeneren. Voor zover eigen gedragingen mede aanleiding zijn geweest tot de toepassing van een dwangmiddel, biedt art. 6:101 BW een afdoende maatstaf om daarmee in het kader van de omvang van de aansprakelijkheid rekening te houden. Ook de plicht tot het nemen van schadebeperkende maatregelen, die Kwakman ook als een relevante factor ziet, kan aan dit artikel worden gerelateerd.[178]

Feitelijk is er slechts één factor die met zich kan brengen dat de schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort: de *omvang* van de schade. Daarover heeft de Hoge Raad het volgende gesteld:

> 'Voor zover het gaat om strafvorderlijk optreden waarvan de gevolgen een ander dan de verdachte treffen, kan als uitgangspunt worden gehanteerd dat in het algemeen enig ongemak of gering tijdverlies niet als onevenredig kan worden aangemerkt en dat men dit zal moeten aanvaarden als vallend binnen het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico, maar dat dit niet zonder meer zal kunnen worden gezegd indien zaken van die ander als gevolg van dit optreden worden beschadigd.'[179]

In deze overweging staat niets anders dan dat bagatelschade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Langemeijer noemt enkele voorbeelden. Zo zou het bij de uitoefening van controlebevoegdheden niet zonder meer aanspreken

177 HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 622, m.nt. CJHB.

178 Kwakman 2003, p. 420. In het licht van de onvoorzienbaarheid van het overheidshandelen is de betekenis van de plicht tot schadebeperking in het strafrecht mijns inziens overigens beperkt.

179 HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*).

als de overheid aansprakelijk zou zijn voor loonkosten van de opgehouden chauffeur, de schade aan de verpakking, het verlies van het genomen monster of de verbruikte benzine bij de test van de bromfiets op de rollentestbank.[180] Dergelijke bagatelschade kan men echter ook onvergoed laten *zonder* analoge toepassing van het 'normaal maatschappelijk risico'. De gelaedeerde moet immers kunnen aantonen *dat* hij schade heeft geleden: zonder schade (art. 6:95 BW) geen schadevergoeding. Voor zover hij daar wel in slaagt, kan men ook direct het adagium *de minimis non curat praetor* toepassen: voor triviale, onbeduidende nadelen kan men een ander niet aansprakelijk houden. Met de rechtstreekse toepassing van die regel kan men hetzelfde resultaat bereiken als de Hoge Raad thans doet door het normaal maatschappelijk risico aan te grijpen. Daarvoor heeft men de inzichten uit het bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht niet nodig, want de *de minimis*-regel komt niet uit het bestuursrecht. Ook in het civiele recht wordt deze regel toegepast om verwaarloosbare nadelen voor rekening van de getroffene zelf te laten.[181]

5.4.2.4 Slotopmerkingen

Wanneer men deze jurisprudentie objectief beschouwt, dringt zich de conclusie op dat de Hoge Raad *de facto* een zuivere risicoaansprakelijkheid aanvaardt. Met het toebrengen van schade aan de derde is de aansprakelijkheid van de overheid in beginsel gegeven. De Hoge Raad draagt het égalitébeginsel aan als bron van deze risicoaansprakelijkheid, maar dit beginsel biedt niet een geschikt beoordelingskader voor de beoordeling van dit soort schade, aangezien noch de speciale, noch de abnormale last hun natuurlijke functie als drempel voor het recht op schadevergoeding kunnen vervullen. De aansprakelijkheid heeft in *Lavrijsen*-achtige situaties een 'ja, tenzij'-karakter: in beginsel is de overheid aansprakelijk, tenzij. De égalité-aansprakelijkheid kwalificeert veeleer als een 'nee, tenzij'-systeem: uitgangspunt is dat de normale, voor een ieder aan het rechtmatige functioneren van de overheidsdienst verbonden nadelen voor rekening van de burger zelf blijven. Bij de invulling van het 'tenzij' spelen in beide gevallen andere factoren een rol: in de Lavrijsen-systematiek is vooral de onschuld van de derde van belang, de onmogelijkheid schadebeperkende maatregelen te nemen en de omvang van de schade. De voornaamste verklaring voor de ruimhartige benadering ten opzichte van derden ligt in de ingrijpendheid van de schadeveroorzakende overheidsmaat-

180 Concl. bij Staat/Lavrijsen sub 2.5.
181 Zie uitvoeriger Tzankova 2007, Van Boom 2009, p. 169.

regel,[182] de onschuld van de derde en het feit dat deze zich op deze schade niet heeft kunnen voorbereiden.[183]

In mijn optiek zal dit verschil in schadevergoedingsystematiek ook tot uitdrukking moeten komen in de grondslag. De verklaring voor de aansprakelijkheid van de overheid bij schade aan derden moet dan ook worden gerelateerd aan de notie dat strafvorderlijk overheidsoptreden voor onschuldige derden het risico met zich brengt dat zij schade kunnen lijden door dit optreden. In beginsel is de overheid aansprakelijk indien dit risico zich verwezenlijkt. Het normaal maatschappelijk risico dient daarbij, zoals gesteld, niet te worden gehanteerd als schadedrempel. Maatstaven die *wel* relevant zijn om niet altijd alle schade te hoeven vergoeden, kunnen evenzeer rechtstreeks worden ontleend aan afdeling 6.1.10 BW (in het bijzonder de notie 'eigen schuld') of aan het algemene aansprakelijkheidsrecht (de *de minimis*-regel). Dat is ook in het Franse recht het geval: zo wordt geen aansprakelijkheid van de overheid aangenomen als een derde zelf aan het incident in het kader waarvan de schade ontstond deelnam.[184] Bij derden moet dan vooral gedacht worden aan de situatie dat hij wetenschap heeft van criminele activiteiten of dat althans had kunnen vermoeden. Onder omstandigheden blijkt ook het bestaan van een *familieband* aanleiding te kunnen zijn om een deel van de schade niet te vergoeden. Ik deel overigens de kritische commentaren over deze laatste toepassing van het leerstuk van de 'eigen schuld'.[185] Het is moeilijk in te zien waarom het enkele bestaan van een familieband een grond voor eigen schuld is, indien tevens vaststaat dat de derde geen weet heeft van de criminele activiteiten van de inwonende. Het hierop baseren van 'eigen schuld' zal in de praktijk vermoedelijk leiden tot nogal willekeurige onderscheidingen tussen de personen die in een bepaalde 'bijzondere' relatie tot de verdachte staan. Ik sluit niet uit dat dit bij levenspartners anders kan zijn,[186] maar het zwaartepunt zou ook dan moeten liggen in de wetenschap (of, iets minder sterk, het vermoeden) dat de partner zich inlaat met criminele activiteiten en niet in de familieband *an sich*. In elk geval zou de Hoge Raad er mijns inziens goed aan doen te erkennen dat de weg die hij thans bewandelt om tot een schadeplicht van de overheid te bereiken, er blijk van geeft dat hier iets anders speelt dan een toepassing van het égalitébeginsel.

---

182 Aan de factor 'aard van de overheidshandeling' komt derhalve wel relevantie toe, doch slechts in die zin dat schade die een derde door een ingrijpende maatregel als een strafvorderlijk dwangmiddel bij een derde ontstaat, in beginsel moet worden vergoed.

183 De relevantie van de schadebeperkingsplicht als 'mitigerende' factor is bij derden mijns inziens dan ook beperkt. De *on*mogelijkheid om de schade te voorzien is wel een positieve indicatie van het feit dat de schade in beginsel moet worden vergoed.

184 CE 13 oktober 1982, *Rec.* p. 340 (*Berrandou*). Omdat het regime *sans faute* niet van toepassing is, zal de participant het (lastige) bewijs moeten leveren dat de politie een *faute* heeft begaan door de schade toe te brengen.

185 Zie Van Boom (*JA* 2004, 14) en Vranken (*NJ* 2005, 392) in hun noten bij HR 17 september 2004.

186 Rb Den Haag 1 april 2009, *NJF* 2009, 401.

5.4.3 De égalité en de ex-verdachte

De uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden kan ook nadelige gevolgen hebben voor personen die van die bevoegdheid zelf het voorwerp zijn. Indien de politie een verdachte arresteert, dan kan achteraf blijken dat deze persoon ten onrechte is verdacht. Een bekend voorbeeld is het arrest *Staat/B*. In 1983 arresteerde de politie B., die verdacht werd van brandstichting en betrokkenheid bij de ontvoering van mevrouw Van der Valk. Achteraf bleek B. onschuldig. Voor de beschadiging van de goederen in zijn huis stelde hij de Staat aansprakelijk. De Hoge Raad stelde dat 'het achteraf ongefundeerd blijken van de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond [het zwaarwegend opsporingsbelang – MT] voor het politieoptreden dat optreden voor zover het schade toebracht onrechtmatig doet zijn, met als het gevolg dat de Staat verplicht is de door dat optreden veroorzaakte schade – die als door zijn schuld veroorzaakt moet worden aangemerkt omdat de Staat met de mogelijkheid van het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden – te vergoeden.'[187]

Zoals gesteld weigert de Hoge Raad tot op heden de égalité in stelling te brengen voor deze schade. Omdat in de literatuur soms wordt gepleit om het égalitébeginsel ook toe te passen op de ex-verdachte,[188] en in de wettelijke regeling voor schadecompensatie veel criteria die ook bij de toetsing aan de égalité van belang zijn, analoog op de ex-verdachte worden toegepast, zal ik daar in deze paragraaf nog enkele opmerkingen over maken.

5.4.3.1 De schade kwalificeert niet als een 'openbare last'

Veel van de opmerkingen die ik hiervoor maakte over de derde, gaan ook op voor de ex-verdachte. Zo levert ook hier de eis van een 'openbare last' problemen op. Men zou kunnen betogen dat ook hier sprake is van een 'weloverwogen' toegebracht nadeel, in die zin dat de overheid welbewust een persoon ten aanzien van wie de verdenking van een strafbaar feit bestaat, in hechtenis neemt. Toch meen ik dat ook bij de ex-verdachte de égalité niet kan verklaren waarom de overheid aansprakelijk is. Weliswaar wordt de beslissing tot het in hechtenis nemen van een persoon op basis van de op dat moment bekende gegevens wel 'weloverwogen' genomen, maar men kan mijns inziens niet zeggen dat ook de *schade* 'weloverwogen' wordt veroorzaakt. Immers, als de autoriteiten weet zouden hebben van het feit dat deze persoon onschul-

187 HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794, m.nt. CJHB (*Staat/B.*).

188 Dane 2009, p. 522, Kwakman 2003, p. 374, Kortmann 2006, p. 94. Zie ook de noot van Van Ravels bij HR 18 november 2005, *AB* 2006, 57.

dig was, dan zou van het overheidshandelen zijn afgezien.[189] De schade die ontstaat doordat een persoon achteraf gezien onschuldig is, is in deze gevallen nu juist uitdrukkelijk *niet* gewild en dus ook niet als een onvermijdelijk nadelig gevolg in de belangenafweging verdisconteerd. Ik ben het op dit punt eens met Van Maanen, volgens wie bij de égalité dit risico dat de rechtmatige maatregel achteraf bezien misschien ten onrechte is uitgevaardigd, niet wordt ingecalculeerd. Terecht stelt hij dat bij de égalité, anders dan in strafvorderlijke situaties, niet sprake is van het uitoefenen van een voorwaardelijke bevoegdheid.[190]

Een tweede verschil ziet op de afwijkende rol van het algemeen belang. Van een doel-middel-relatie tussen schade en algemeen belang (§ 5.2.4) kan men in deze situaties mijns inziens niet spreken. Zo kan men stellen dat het offer van swillboer Leffers een vervelend, maar onvermijdelijk gevolg was van de beleidsdoelstelling die de minister zich had gesteld: het effectief bestrijden van de Afrikaanse varkenspest. Wanneer de onschuld van de verdachte komt vast te staan, dan wordt het doel waarmee dit dwangmiddel is ingezet (de oplegging van een straf) echter *niet* bereikt. Door deze later gebleken onschuld is het belang van de in hechtenis genomen burger in wezen zinloos toegebracht.[191] Van een 'weloverwogen' offer in het algemeen belang zou men in deze situaties alleen kunnen spreken als het belang van de opsporing van strafbare feiten *ook* is gediend met het in hechtenis nemen van *onschuldige* personen. Dat is evident niet het geval: deze stelling gaat slechts op voor zover de burger *schuldig* is. Voor deze situaties geldt hetzelfde als voor de in § 5.5 te bespreken *TBS*-casus, namelijk dat het algemeen belang erbij gebaat is dat zoveel mogelijk wordt vermeden dat een onschuldige burger schade lijdt.

Afwijkend ten opzichte van echte égalitésituaties is tot slot het 'peilmoment' van de schade. Indien bij formele wet de nertsenhouderij wordt verboden, is het moment dat de wet wordt uitgevaardigd het relevante 'peilmoment' om te bepalen of de égalité van toepassing is. De vraag is niet lastig te beantwoorden: de belangen van een hele bedrijfstak worden weloverwogen opgeofferd aan het algemeen belang, zodat de égalité wordt 'geactiveerd'. Wordt een verdachte persoon in hechtenis genomen, dan is het echter evident dat op het (peil)moment van het in hechtenis nemen het égalitébeginsel nog niet in beeld komt. Een eventueel recht op nadeelcompensatie komt pas in beeld als op een *later* moment blijkt dat de verdenking niet gegrond was. De situatie ten aanzien van ex-verdachten kenmerkt zich *per definitie* door dit element

189 De situatie ten aanzien van ex-verdachten is op dit punt vergelijkbaar met de in de volgende paragraaf te bespreken *TBS*-casus: ook in die gevallen zou de wetenschap dat schade zou optreden ertoe hebben geleid dat van het besluit zelf zou zijn afgezien.

190 Van Maanen 2002, p. 66.

191 Vgl. De Kok 1993, p. 437-438: 'De voorlopige hechtenis is een voorschot op de (definitieve) straf. Volgt die niet, dan komt de hechtenis in de lucht te hangen. Anders gezegd: door het niet bereiken van het uiteindelijke doel waarvoor het dwangmiddel wordt ingezet: een oplegging van straf, verliest deze zijn legitimatie.'

van onzekerheid.[192] Daarom meen ik dat in deze situatie de notie van een *risico* beter kan verklaren waarom de overheid aansprakelijk kan zijn: indien het aan de strafrechtspleging inherente risico zich verwezenlijkt dat een burger die *onschuldig* is schade lijdt, dient in beginsel (enige vorm van) schadevergoeding te worden toegekend. Ik kom daarop in § 5.4.3.4 kort terug.

5.4.3.2 Speciale last niet relevant

Ook voor de ex-verdachte geldt dat de aan het égalitébeginsel verbonden criteria naar mijn idee geen geëigend toetsingskader vormen. Een verdachte van wie later blijkt dat hij onschuldig is, heeft in beginsel 'gewoon' recht op vergoeding. Hoe dit nadeel zich verhoudt tot het nadeel van andere burgers is niet relevant; het feit dat wel vaker burgers ten onrechte worden verdacht (zodat er sprake is van een – overigens tamelijk abstracte – 'groep' ex-verdachten) doet aan zijn recht op schadevergoeding immers niet af. Evenmin kan het bestaan van een schadeplicht verhelderend worden verklaard door erop te wijzen dat de ex-verdachte een schade lijdt die onevenredig is in vergelijking met andere, nooit-verdachten. Dergelijke ruime vergelijkingen staan bovendien op gespannen voet met het feit dat onder het égalitéregime het voorwerp van de lasten opleggende maatregel beperkt dient te worden opgevat.[193] In de jurisprudentie speelt dit vergelijkingsargument bij onschuldige ex-verdachten begrijpelijkerwijs dan ook geen rol. Terecht is de strafvorderlijke schadevergoedingsregeling in artikel 89 Sv door Roef & De Roos dan ook aangemerkt als een vergeldingsregeling, en niet als een verdelingsregeling:

> '[D]e strafrechter zal, indien blijkt dat het voorarrest van meet af aan onrechtmatig was, vrijwel steeds de materiële vraag of er billijkheidsgronden zijn voor schadevergoeding positief beantwoorden. Er kan dan moeilijk gesproken worden van verdeling. De strafrechter doet op dat moment niets anders dan schade vergoeden. Ons inziens is de schadevergoeding op grond van de artikelen 89-93 Sv geen verdelingsinstrument en evenmin gestoeld op de égalité devant les charges publiques. Bij het toekennen van schadevergoeding naar aanleiding van strafvorderlijk optreden speelt de verhouding tussen getroffen burgers en niet-getroffen burgers immers geen rol.'[194]

Uit deze overweging zou men kunnen opmaken dat de vergoedingssystematiek ten aanzien van ex-verdachten eveneens een 'ja, tenzij'-karakter heeft. Bakels concludeerde in dit verband reeds in 1991 dat artikel 89 Sv in beginsel verlangt

192 Van Bogaert & Stamhuis 2000, p. 802 omschrijven de last van de ex-verdachte in dit verband als 'een last (…) die een (straf)rechtspleging nu eenmaal met zich brengt. Zij wordt nu eenmaal door mensen uitgevoerd op basis van waarschijnlijkheidsoordelen (…) over de materiële waarheid.'

193 Zie hierna, § 7.3.2.

194 Roef & De Roos 1996, p. 240.

dat schadevergoeding wordt toegekend als iemand ten aanzien van wie een van de in art. 89 Sv genoemde dwangmiddelen is toegepast geen straf of maatregel krijgt opgelegd. In zo'n geval zijn er in beginsel gronden van billijkheid aanwezig in de zin van art. 90 Sv.[195] De overweging dat alleen onevenredig nadeel wordt vergoed, en dat men het nadeel van de ex-verdachte moet afzetten tegen de gemiddelde nadelen ten gevolge van ten onrechte toegepaste dwangmiddelen, speelt ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad geen rol. Met het bewijs van de onschuld is ook de schadeplicht van de overheid gegeven. Het optreden is, zoals de Hoge Raad in het arrest *Staat/B.* bepaalde, onrechtmatig *voor zover het schade toebracht*, niet voor zover het *onevenredige* schade toebracht.[196] Niet voor niets wordt deze jurisprudentie wel gekenschetst als een vorm van risicoaansprakelijkheid.[197] Het is een nogal ander uitgangspunt wanneer de onschuldig gebleken verdachte zal moeten bewijzen *onevenredig* te zijn benadeeld, te meer daar met de toepassing van het 'normaal maatschappelijk risico' in de schadevergoedingspraktijk ten aanzien van ex-verdachten nog geen ervaring is opgedaan. Ook moet worden betwijfeld of dit criterium bij ex-verdachten een geschikte toetsingsmaatstaf biedt.

5.4.3.3 Normaal maatschappelijk risico niet relevant

Dat de speciale last geen goed aanknopingspunt biedt, wil niet zeggen dat dit voor de het normaal maatschappelijk risico wel geldt. Het normaal maatschappelijk risico gaat immers, net als de speciale last, uit van de grondgedachte dat alleen nadeel dat uitstijgt boven de gemiddelde nadelen, die elk lid van de rechtsgemeenschap wel eens heeft te dragen, voor compensatie in aanmerking komt. Het is onduidelijk waartoe de toepassing van deze notie zou moeten leiden bij de schade van ex-verdachten.[198] Ook in de jurisprudentie op grond van art. 89-90 Sv zal de ex-verdachte niet hoeven te bewijzen dat hij schade lijdt die boven zijn normaal maatschappelijk risico uitstijgt. Dane laat in haar proefschrift zien welke factoren in de praktijk *wel* van belang blijken om geen schadevergoeding toe te kennen. Deze noties blijken gemengd civiel en strafvorderlijk van aard. Zo wordt het causaal verband soms in stelling gebracht bij publiciteitsschade, die niet altijd voldoende samenhangt met de vrijheidsbeneming om voor vergoeding in aanmerking te komen. Immateriële schade blijkt *ex aequo et bono* te worden begroot, en wordt in het algemeen vastgesteld met behulp van een standaardmaatstaf. Een eventuele vermindering of afwijzing van het recht op schadevergoeding wordt echter vooral gezocht in art. 6:101 BW (eigen schuld), bijvoorbeeld wanneer men een

195 Bakels 1991, p. 287.
196 HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794, m.nt. CJHB (*Staat/B.*).
197 Van den Berg & Rozemond 1992, p. 55-56, met verwijzingen.
198 Vgl. Van Dam 2008, p. 92.

verwijtbare proceshouding heeft aangenomen.[199] Toepassing van deze notie kan in deze gevallen tot het *geheel* of het *deels* vervallen van de schadevergoedingsplicht leiden. Ook zijn specifiek aan de strafvorderlijke context verbonden factoren van belang, zoals het feit dat de verdachte door een formele fout aan veroordeling en bestraffing is ontsnapt.[200]

Ook ten aanzien van de ex-verdachte betekent de introductie van het normaal maatschappelijk risico een breuk met dit 'ja, tenzij'-stelsel, vooral omdat de factoren die in het bestuursrecht met dit begrip worden geassocieerd (nog) niet relevant zijn gebleken. Zo leidt de factor 'omvang van de schade' in de regel niet tot een vermindering van het recht op schadevergoeding: in het huidige systeem krijgt men de schade die men lijdt doordat men ten onrechte in verzekering is gesteld vanaf dag één gewoon vergoed.[201] De factor 'voorzienbaarheid in abstracto' is evenmin aanleiding op deze vergoeding een bedrag in mindering te brengen. Dat ligt ook niet voor de hand, aangezien voor de gemiddelde burger niet voorzienbaar is dat op hem, hoewel hij onschuldig is, dwangmiddelen zullen worden toegepast. Voor zover er concrete aanwijzingen waren dat dit wel het geval zou zijn, kan ook daarmee in het kader van art. 6:101 BW rekening worden gehouden. Ook wordt in de rechtspraak geen onderscheid gemaakt al naar gelang de aard van de verschillende strafvorderlijke bevoegdheden (de factor 'aard van de overheidshandeling'). Of het gaat om een al dan niet vrijheidsbenemende maatregel, een dwangmiddel of een sanctie: voor de rechter is dit geen aanleiding een minder dan volledige schadevergoeding toe te kennen bij het succesvol inroepen van de *ex post*-constructie. Uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt niet in hoeverre is beoogd in dit systeem wijzigingen aan te brengen en wat de introductie van de drempel van 'onevenredigheid' in dit verband precies betekent.

Ook hier geldt dat het onnodig en verwarrend is om aansluiting te zoeken bij het bestuursrechtelijke leerstuk van de *risicoaanvaarding*. Hoe deze figuur zouden moeten worden toegepast bij ex-verdachten is niet zo eenvoudig in te zien. Kennelijk wordt gedacht aan het geval dat de verdachte wisselende verklaringen aflegt, geen verklaring heeft voor belastende omstandigheden of wordt aangehouden omdat hij stelt een bom in zijn tas te hebben (actieve risicoaanvaarding). Als voorbeeld van passieve risicoaanvaarding wordt genoemd het geval waarin een verdachte zich berust op zijn zwijgrecht en dus riskant 'stilzit'.[202] De vraag is waarom het nodig is aan te sluiten bij het bestuursrecht, dat bij deze leerstukken altijd werkt met 'voortekenen' die op een bepaald (peil)moment zichtbaar zijn. Die voortekenen zouden hier mogelijk bestaan uit de 'ervaringsregel' dat men weet dat men bij het niet afleggen van ontlastende verklaringen het risico loopt verdacht en dus in hechtenis te

199 Dane 2009, p. 159-162.
200 Bakels 1991, p. 291.
201 Van Dam 2008, p. 85.
202 Kwakman 2003, p. 420, Kwakman 2004, p. 589, Dane 2009, p. 524.

blijven. Toch gaat het er ook hier mijns inziens niet zozeer om dat men ondanks de op een bepaald moment (het moment van in hechtenis nemen?) kenbare 'voortekenen' zich welbewust in een risicovolle situaties begeeft. Ik verwacht dan ook niet dat men in strafvorderlijke situatie tot een bruikbare opsomming van 'voortekenen' van voorzienbaarheid zal kunnen komen.[203] Het is ook niet nodig om op die wijze te redeneren. Voor zover eigen gedragingen van belang zijn, biedt art. 6:101 BW een uitstekende maatstaf om daarmee in het kader van de omvang van de aansprakelijkheid rekening te houden.

5.4.3.4 Slotopmerkingen

De schadevergoedingssystematiek ten aanzien van ex-verdachten laat, net als het regime ten aanzien van onschuldige derden, zien dat de drempel van het 'onevenredig nadeel' geen rol speelt. Dat neemt niet weg dat een stelsel van aansprakelijkheid uit rechtmatige daad ook voor de ex-verdachte een aantrekkelijk uitgangspunt is. De overheid handelt immers niet onrechtmatig of onzorgvuldig wanneer zij een verdachte in hechtenis neemt indien de feiten op het moment dat wordt daartoe wordt besloten, daar aanleiding toe geven. Integendeel, zij handelt dan conform de wettelijke regels en vervult daarmee de haar krachtens de wet toebedeelde taken. Het in stelling brengen van de onrechtmatige daad, louter om het resultaat te bereiken dat de overheid aansprakelijk is, is juridisch niet zuiver en verhult dat de overheid geen schuld heeft wanneer onverhoopt mocht blijken dat de verdachte onschuldig is. De algemene kritiek op de geforceerde toepassing van het onrechtmatigheidsbegrip op dit soort situaties, kan dan ook worden onderschreven.

Wanneer men de benadering vanuit het stelsel van nadeelcompensatie aanvaardt, dan dringt zich naar mijn idee ook hier de notie van het risico op. Dat risico hangt bij ex-verdachten, anders dan bij derden, dus niet samen met een incidentele en exceptionele *gebeurtenis*, maar met de aan strafvorderlijk overheidsoptreden inherente mogelijkheid dat achteraf kan blijken dat op de verdachte ten onrechte dwangmiddelen zijn toegepast. Dat voor de Hoge Raad de aan uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden verbonden risico's feitelijk ook de reden zijn om aansprakelijkheid te aanvaarden blijkt uit het feit dat hij de 'schuld' van de overheid zoekt in het feit 'dat de Staat met de *mogelijkheid* van het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening dient te houden'.[204] Het heeft, zoals gesteld, geen zin om uit het zich realiseren van deze mogelijkheid af te leiden dat de overheid schuld (in de zin van verwijtbaarheid) zou hebben aan het ontstaan daarvan. Het doet aan de (niet altijd eenvoudige, inherent onzekere) omstandigheden waaronder de overheid tot hechtenis van een verdachte meer recht, indien men hier zoveel mogelijk abstraheert van een rechtsgrond voor aansprakelijk-

203 Zie § 8.7.4.
204 HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794, m.nt. CJHB (*Staat/B.*), HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 92.

heid die een veroordeling van het *gedrag* van de overheid impliceert. Dit gedrag was immers juist, alleen dient de overheid zich ook te bekommeren om de nadelige *gevolgen* van haar gedrag.

Van Maanen stelt dat de overheid, door de verdachte in hechtenis te nemen of aan te houden, welbewust het risico aanvaardt dat achteraf kan blijken dat de verdenking niet wordt bewaarheid.[205] Het feit dat altijd de *mogelijkheid* bestaat dat een verdenking op onjuiste gronden kan berusten, maakt het zoals gesteld, aantrekkelijk hier van het risicobegrip uit te gaan: zodra het risico dat de verdenking op onjuiste gronden blijkt te zijn geweest, zich verwezenlijkt, is de overheid in beginsel aansprakelijk voor de schade die de (ex-)verdachte heeft geleden. Voor ex-verdachten en derden bepleit Van Maanen echter afzonderlijke nadeelcompensatiegrondslagen, te weten de gedachte van 'risico-aanvaarding' (dat de verdenking ongegrond zal blijken te zijn) respectievelijk het 'risicobeginsel'.[206] Ik ben het met hem eens dat het om andersoortige situaties gaat en dat het risico in beide situaties op iets anders ziet. In het licht van het feit dat het in beide situaties gaat om *onzekere* schade ten gevolge van het zich verwezenlijken van een risico (in Lavrijsen-achtige situaties de wijze van uitvoering van een huiszoeking en bij ex-verdachten de mogelijkheid dat een burger onschuldig zal blijken), meen ik dat beide situaties onder één 'risicobeginsel' kunnen worden geschaard. Uitgangspunt zou moeten zijn dat indien het aan de strafrechtspleging inherente risico zich verwezenlijkt dat een burger die *onschuldig* is schade lijdt, in beginsel (enige vorm van) schadevergoeding moet worden toegekend. Ten aanzien van de *modaliteiten* van het recht op schadevergoeding dient daarbij mijns inziens niet als uitgangspunt te worden genomen dat slechts 'onevenredig' nadeel hoeft te worden vergoed. De hiervan afwijkende uitgangspunten van de wetgever in het wetsvoorstel voor een regeling van schadecompensatie zijn voor mij aanleiding om bij dit voorstel tot slot nog enkele kanttekeningen te plaatsen.

5.4.4 Kanttekeningen bij het wetsvoorstel schadecompensatie

Zoals in § 5.4.1 gesteld, is er inmiddels wetgeving op komst die beoogt aan het versnipperde beeld van schadevergoedingsregimes en –grondslagen een eind te maken. Het ontwerpwetsvoorstel 'Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten ter regeling van de schadecompensatie in verband met strafvorderlijk overheidsoptreden' beoogt één algemene regeling te bieden voor schade van zowel ex-verdachten als derden en voor zowel rechtmatig als onrechtmatig overheidsoptreden. Zowel voor de schade van de derde als voor die van de gewezen verdachte zal de rol van de burgerlijke rechter, als het aan de wetgever ligt, sterk worden teruggedrongen. Een gang

205 Van Maanen 2002, p. 69.
206 Van Maanen 2002, p. 98-99.

naar de rechter zal alleen nog in ingewikkelde zaken behoeven te volgen; burgers moeten hun verzoek om schadevergoeding in eerste instantie indienen bij het parket-generaal. Het beoogde nieuwe art. 597 Sv luidt:

> 'Indien de schadeveroorzakende gedraging rechtmatig was, kan aan de verzoeker [zowel de derde als de ex-verdachte – MT] een schadecompensatie worden toegekend in geval de rechtstreeks benadeelde onevenredig is getroffen door het besluit of de handeling en de schade die hierdoor is veroorzaakt uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico.'

Hoewel de verwijzing naar het 'normaal maatschappelijk risico' wellicht anders doet vermoeden, neemt de wetgever in de toelichting afstand van het égalitébeginsel en daarmee ook van de *Lavrijsen*-rechtspraak van de Hoge Raad. Volgens de wetgever staat de gelding en reikwijdte van het égalitébeginsel in het strafprocesrecht ter discussie.[207] Daarom is gekozen voor een grondslag die is gebaseerd op het model dat Kwakman in zijn proefschrift heeft gepresenteerd en dat in lijn is met Kwakmans kritiek op het égalitébeginsel.[208] Dit model kiest als grondslag 'de zorgplicht van de overheid om de onbalans tussen doel en middel te voorkomen of te herstellen, ook al doet deze onbalans zich slechts gevoelen bij een enkele gedupeerde.'[209] Feitelijk is deze grondslag een strafvorderlijke verschijningsvorm van art. 3:4 lid 2 Awb. Het model gaat uit van verschillende evenredigheidsmodaliteiten, die samenhangen met verschillende *fasen* van de belangenafweging. Ook al is strafvorderlijk handelen 'als zodanig rechtens toelaatbaar' (de eerste 'fase', die vooral een toets aan het beginsel van de minste pijn lijkt te in te houden), dan nog kan dit handelen voor een burger een – in verhouding tot het daarmee gediende doel – disproportioneel nadeel tot gevolg hebben, dat tot compensatie kan verplichten. Het voordeel van deze benadering is volgens Kwakman dat specifiek op het strafproces toegesneden factoren kunnen worden meegewogen.[210] Een en ander sluit volgens Kwakman niet uit dat ook aan het égalitébeginsel verbonden criteria van belang kunnen zijn.

Ook het wetsvoorstel gaat daar nadrukkelijk van uit: in de toelichting wordt gesteld dat bij de maatstaven aan de hand waarvan kan worden bepaald of er aanleiding is om 'schadecompensatie' toe te kennen 'in belangrijke mate kan worden aangeknoopt bij de schadevergoedingscriteria die zijn ontwikkeld in het bestuursrecht, en die zijn neergelegd in het voorontwerp nadeelcompen-

---

207 Memorie van Toelichting, p. 13.

208 Kwakman 2003, p. 274, heeft grote vraagtekens bij de bruikbaarheid van het égalitébeginsel voor het strafprocesrecht en pleit daarom voor een speciaal op de strafprocesrechtelijke context toegesneden algemene schadevergoedingsregeling.

209 Kwakman 2004, p. 513 e.v. De grondslag doet enigszins denken aan de grondslag van 'garantie' die soms in de Franse literatuur wordt genoemd. Zie Lochak 1993, p. 278.

210 Kwakman 2003, p. 355.

satie.'[211] De beoogde regeling heeft *de facto* dan ook veel weg van een égalité-regeling.[212] Hoewel de wetgever mijns inziens terecht een verwijzing naar de 'speciale last' achterwege heeft gelaten, zal het na het voorgaande niet verbazen dat ik niet enthousiast ben over de regeling, omdat de onevenredigheid van het nadeel in de vorm van het 'normaal maatschappelijk risico' in volle omvang terugkeert. De toelichting bij art. 597 Sv is summier over de wijze waarop deze drempel invulling zou moeten krijgen en is vooral toegespitst op de schade van de ex-verdachte. Een voorbeeld dat wordt genoemd waarin de schade tot het normaal maatschappelijk risico kan worden gerekend, is de immateriële schade ten gevolge van een telefoontap. De dientengevolge geleden schade (in verband met schending van de privacy) is volgens de wetgever niet onevenredig en hoeft dus niet te worden vergoed.[213] Het patroon dat ik hiervoor schetste, namelijk dat men met de analoge toepassing van afdeling 6.1.10 BW eenzelfde resultaat kan worden bereikt, keert hier opnieuw terug: wanneer men rechtstreeks art. 6:95 jo. art. 6:106 BW zou toepassen, zou men tot een vergelijkbaar resultaat komen. Deze bepalingen bevatten reeds een 'drempel' voor de vergoeding van dit soort schade, nu deze alleen wordt vergoed bij een 'ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer'.[214] Deze maatstaf is ook in de parlementaire geschiedenis van het BW genoemd als mogelijkheid waarin immaterieel nadeel kan worden vergoed.[215] Dit is een hoge drempel, die ook in bestuursrechtelijke nadeelcompensatiezaken slechts zelden wordt bereikt.[216] Een verwijzing naar de drempel van het 'normaal maatschappelijk risico' is dus niet nodig om het resultaat te bereiken dat niet alle schade altijd zal moeten worden vergoed.

Indien men, zoals ik bepleit, het normaal maatschappelijk risico uit het wetsvoorstel schrapt, komt het bezwaar naar voren dat dit tot een veel te omvangrijke aansprakelijkheid zou kunnen leiden. Aan dit argument mag niet te licht voorbij worden gegaan.[217] Daarom zou in elk geval kunnen worden overwogen om de praktijk van forfaitaire bedragen die thans reeds gebruikelijk is bij de toepassing van art. 89 Sv, ook in een algemene regeling voort te zetten. Tegenover het argument van een te vergaande overheidsaansprakelijkheid staat echter een aspect waaraan evenmin gemakkelijk voorbij mag worden gegaan, namelijk dat de in de wet gekozen schadevergoedingssystematiek recht

211 Memorie van Toelichting, p. 13.

212 Het artikel noemt naast het normaal maatschappelijk risico ook de risicoaanvaarding, de schadebeperkingsplicht, het anderszins verzekerd zijn en de vraag of de schade 'anderszins redelijkerwijs geheel of ten dele ten laste van de benadeelde behoort te blijven' als toetsingsmaatstaven.

213 Memorie van Toelichting, p. 14.

214 ABRvS 15 januari 1998, *NJB* 1998, p. 405.

215 Zie voor details Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 106, aant. 27.6.

216 Zie Van der Schans 2007, p. 202.

217 Zie bijv. de concl. van A-G Langemeijer bij HR 21 maart 2003, *NJ* 2009, 232, m.nt. MRM. Langemeijer beveelt aan 'geen risico-aansprakelijkheid aan te nemen voordat de effecten daarvan behoorlijk zijn onderzocht'.

dient te doen aan de tendensen die thans reeds in de rechtspraak zichtbaar zijn en waarmee decennialange ervaring is opgedaan. Het introduceren van een onevenredigheidsdrempel over de hele linie van de schade door rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden is in dat opzicht een slechte zet. Niet alleen omdat met dit criterium in de rechtspraak nog nauwelijks ervaring is opgedaan, maar ook omdat deze drempel ongeschikt is om schadevergoedingsclaims naar aanleiding van de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen te beoordelen.

Ik vraag me af of de wetgever zich voldoende rekenschap geeft van de breuk die een eventuele aanvaarding van dit wetsvoorstel met de bestaande praktijk oplevert. Zo kan de ex-verdachte in de huidige situatie aanspraak maken op een volledige schadevergoeding indien de onschuld uit het strafdossier blijkt. In een arrest uit 2006 heeft de Hoge Raad nog eens onderstreept dat 'in gevallen waarin van de onschuld van de gewezen verdachte is gebleken (…) geen grond is voor het stellen van de eis dat de strafvervolging onevenredig nadelige, d.w.z. buiten het normale risico vallende, gevolgen voor de gewezen verdachte heeft gehad'. In zo'n geval heeft de gewezen verdachte volgens de Hoge Raad 'in beginsel recht op volledige vergoeding van de geleden schade'.[218] De toelichting bij het wetsontwerp geeft geen enkele garantie dat de onschuldig veroordeelde ook onder het toekomstige regime een aanspraak op volledige vergoeding zal hebben. Onder de vigeur van art. 89 Sv bestaat thans voorts in beginsel een recht op een (forfaitair bepaalde) vergoeding als het niet tot de oplegging van een straf is gekomen. Onder het regime van het wetsontwerp moet de verdachte echter eerst aantonen *onevenredig*, *boven zijn normaal maatschappelijk risico* uitstijgend nadeel te hebben geleden. *Daarna* wil de wetgever zich de mogelijkheid voorbehouden om bij amvb maxima te stellen over de hoogte van de vergoeding.[219] Dat de ex-verdachte *al* zijn onevenredige nadeel vergoed zal krijgen, is dus niet gegarandeerd. De achteruitgang die een inwerkingtreding van het wetsontwerp voor de rechtspositie van ex-verdachten en derden waarschijnlijk zal betekenen, wordt nog eens versterkt doordat de toepassing van de regeling niet in handen is gegeven van de onafhankelijke rechter, maar van het parket-generaal, die met het drempelkarakter van het wetsontwerp overigens wel raad zal weten.[220]

Zoals gesteld laat de *Lavrijsen*-rechtspraak mijns inziens zien dat de Hoge Raad *de facto* een risicoaansprakelijkheid heeft aanvaard. De praktijk van forfaitaire bedragen op grond van art. 89 Sv gaat eveneens uit van een *in beginsel* bestaand recht op vergoeding. Het is niet uit te sluiten dat een dergelijke praktijk ook onder het door de wetgever beoogde stelsel van schadecompen-

218 HR 13 oktober 2006, *NJ* 2007, 432, m.nt. JBMV.
219 Memorie van Toelichting, p. 16.
220 Vgl. Hoitink e.a. 2008, p. 873, die over de égalitécriteria opmerken dat zij 'weinig houvast voor toewijzing bieden, maar vooral veel aanknopingspunten voor afwijzing.'

satie zal worden gecreëerd, maar noch de tekst van de wet, noch de toelichting, geven voldoende garanties.[221] Omdat de motivering van de wetgever ten aanzien van de vraag wanneer schade nu precies *wel* geacht kan worden 'evenredig' te zijn, is het niet uit te sluiten dat burgers na inwerkingtreding van de regeling alsnog de weg naar de rechter zullen betrachten.[222] Een dergelijk effect zal de wetgever voor moeten zijn, door overtuigender te motiveren wat de precieze modaliteiten van het recht op schadevergoeding zijn. Naar mijn idee kan een analoge toepassing van afdeling 6.1.10 BW daarbij niet worden gemist, aangezien deze regeling het beste recht doet aan de bestaande schadevergoedingspraktijk. De notie dat alleen 'onevenredig nadeel' voor compensatie in aanmerking komt is onnodig en biedt geen houvast. De drempel moet worden geschrapt, net als de verwijzing naar het normaal maatschappelijk risico.

5.5 De égalité en gevaarzettend overheidshandelen

5.5.1 Het *TBS*-arrest

In het Nederlandse recht bestaat, anders dan in Frankrijk, geen afzonderlijke grondslag voor nadeelcompensatie bij gevaarzettend overheidsoptreden. Het nadeelcompensatieleerstuk is op dit terrein (nog?) niet goed zichtbaar, maar het *TBS*-arrest laat zien dat zich ook in het Nederlandse recht de vraag kan voordoen of de overheid uit rechtmatige daad aansprakelijk kan zijn voor gevaarzettend overheidsoptreden. Eerst zet ik kort de feiten van het arrest uiteen en noem ik de belangrijkste rechtsoverwegingen van de Hoge Raad.

> Op 9 april 1996 ging het mis toen een TBS'er op (onbegeleid) proefverlof twee vrouwen gijzelde, onzedelijk betastte en hen geld afperste. Hij werd gepakt en tot een gevangenisstraf veroordeeld. Aan de vrouwen werd een geldsom (iets meer dan *ƒ* 10.000,-) uit het Schadefonds geweldsmisdrijven toegekend. Een van de vrouwen dagvaardde de Staat en vorderde aanvullende schadevergoeding. Primair betoogde zij dat de Staat onrechtmatig zou hebben gehandeld door onvoldoende toezicht uit te oefenen en de onverantwoorde beslissing te nemen om de TBS'er op proefverlof te laten. Subsidiair stelde zij dat haar, zo de primaire grond niet zou slagen, haar een schadevergoeding op grond van het égalitébeginsel moest worden toegekend. Het Hof wees de eerste vordering af, maar achtte de égalité wel geschonden.

221 Gesteld wordt slechts dat bij de beoordeling van verzoeken om schadevergoeding de aard van de overheidshandeling en de aard en de omvang van de schade 'van belang' zijn (MvT, p. 14).

222 Vgl. Van Dam 2009, p. 209. Zie Van Dam 2008, p. 100 voor een voorstel voor een wettelijke regeling dat mijns inziens over sterke kaarten beschikt.

De Hoge Raad wees zowel de op de onrechtmatige als de rechtmatige daad gebaseerde vordering af. De Hoge Raad acht het égalitébeginsel niet van toepassing op een situatie als deze. Eén van de argumenten is dat het égalitébeginsel ('het leerstuk van de onevenredige schade' (HR)) alleen past bij:

> '(…) op zichzelf rechtmatig optreden van de overheid dat tot redelijkerwijs voorzienbaar gevolg heeft dat derden daardoor schade lijden waardoor zij in vergelijking met andere burgers of instelling onevenredig worden getroffen'.

Daarvan is in casu geen sprake, aldus de Hoge Raad. Ten eerste had de Staat niet kunnen en moeten voorzien dat er nog steeds een onaanvaardbaar risico bestond dat de TBS'er zich opnieuw aan het plegen van een geweldsmisdrijf schuldig zou maken. Deze mogelijkheid was niet te voorzien én had de Staat ook niet behoren te voorzien. Ten tweede ging het niet om een geval waarin de Staat met het oog op het algemeen belang een besluit heeft genomen dat tot redelijkerwijs voorzienbaar gevolg had dat de nadelige gevolgen daarvan op onevenredige wijze ten laste van een beperkt aantal betrokkenen komen. In casu vloeide de 'ongelijkheid' veeleer voort:

> 'uit het feit dat [verweerster] het slachtoffer is geworden van de misdragingen van [betrokkene] en niet uit het feit dat de verlening van het verlof aan [betrokkene] meebrengt dat [verweerster] onevenredig getroffen wordt in vergelijking met andere, niet-getroffen burgers'.[223]

Thans zal ik bespreken waarom ik van mening dat de Hoge Raad terecht het égalitébeginsel op de onderhavige casus niet van toepassing acht, maar dat de beperking van het égalitébeginsel tot *voorzienbare* nadelen niet bij het égalitébeginsel past.[224]

5.5.2 Analyse

Het *TBS*-arrest kan in zoverre worden onderschreven dat het égalitébeginsel geen grondslag kan zijn voor schade door gevaarzettend overheidshandelen. De Conseil d'Etat behandelt dit type situatie dan ook onder de noemer 'gevaar-

223 HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430, m.nt. JBMV (*TBS*). Zie voor toepassingen van de 'regel' uit het TBS-arrest ook Rb Den Haag 13 december 2006, *JA* 2007, 28, Hof Den Haag 29 maart 2007, LJN BA3417.

224 Ik concentreer me op dit aspect van de onvoorzienbaarheid van de schade door de overheid. Het argument dat de ongelijkheid zou zijn ontstaan door het handelen van de TBS'er lijkt vooral een ondersteunend karakter te hebben en is ook niet erg overtuigend. Het ligt immers nogal voor de hand dat een handeling van de TBS'er, indien men deze volledig loskoppelt van de verlening van het proefverlof, geen ongelijkheid in de verdeling van *publieke* lasten kan bewerkstelligen. Vgl. Hartlief & Tjittes 2004, p. 1585, die spreken van een 'gelegenheidsargument'.

lijke methodes', situaties die gemeen hebben dat de schade intreedt door een toevallige, incidentele gebeurtenis.[225] Ook in deze situaties is in zekere zin sprake van 'weloverwogen' rechtmatig overheidshandelen, in die zin dat de betrokken instanties op basis van het gedrag dat de TBS'er bij zijn behandeling heeft vertoond meenden en redelijkerwijs ook konden menen dat de TBS'er waarschijnlijk niet opnieuw de fout in zou gaan. Hun handelen was in zoverre zorgvuldig. Wat men evenwel niet kan stellen, is dat ook het nadeel dat de TBS'er zou toebrengen als een noodzakelijk en onvermijdelijk gevolg in die afweging is verdisconteerd.[226] Het is weliswaar aannemelijk dat dit nadeel in de afweging wel een rol heeft gespeeld in de aan het besluit tot het verlenen van het verlof voorafgaande afweging, maar dan slechts in die zin dat de *kans* dat dit nadeel zou ontstaan zo laag werd ingeschat dat het verantwoord werd geacht om het verlof te verlenen. Wanneer ook maar het geringste vermoeden zou bestaan dat hij opnieuw de fout in zou gaan, zou de beslissing tot het verlenen van proefverlof echter *niet* zou zijn genomen.[227]

Daarmee verschilt het type risico dat in deze situatie aan de orde was van het soort risico dat ook kan spelen in het bestuursrecht. Zoals in § 5.2.3 gesteld bergt ook de bestuursrechtelijke belangenafweging in het besluitenrecht een element van risico in zich, in die zin dat niet altijd alle effecten van (rechtmatig) overheidshandelen van tevoren nauwkeurig kunnen voorspeld. Verwezenlijkt zich in dat verband echter een risico – de toepassing van een wet leidt in specifieke, door de wetgever niet voorziene gevallen tot onevenredig nadeel – dan doet dat niets af aan de juistheid van de maatregel *an sich* en de abstracte afweging die daaraan ten grondslag ligt. De afweging die de wetgever heeft gemaakt was op zichzelf niet onjuist, hoogstens onvolledig, bijvoorbeeld omdat het getroffen belang niet kenbaar was.[228] Verwezenlijkt zich echter het risico dat een TBS'er opnieuw in de fout gaat, dan komt daarmee eveneens de juistheid van de verlening van het verlof zelf op het spel te staan.

---

225 § 4.6.3.

226 Aldus ook A-G Spier, concl. sub 4.15.

227 Zie ook het citaat, terug te vinden in de bij het TBS-arrest behorende processtukken: '[H]et égalitébeginsel ziet op schade die, als het ware, op de koop toe wordt genomen bij een overheidsbesluit of –handeling welke plaatsvindt in het algemeen belang, als een gevolg van dat besluit of die handeling. Het gaat met andere woorden om ingecalculeerde schade, die voor lief genomen wordt (...). Bij schade die wordt veroorzaakt door een TBS-gestelde of een gedetineerde die met verlof is, gaat het om schade die in het geheel niet gewild of bedoeld is, ja zelfs uitdrukkelijk niet gewild en bedoeld is. Van een op de koop toenemen of opofferen aan het algemeen belang is dus geen sprake. Daarmee doet zich een wezenlijk ander geval voor dan bij bestuurscompensatie. (…) Bij het verlof van TBS-gestelden en gedetineerden gaat het (…) ook in veel gevallen niet om een keuze van het bestuur voor een bepaald besluit of een bepaalde handeling, waarvan eventueel kan worden afgezien of die eventueel op een andere wijze kan worden vormgegeven of tot stand gebracht, zoals in de gevallen waarin bestuurscompensatie aan de orde is, doorgaans het geval is.'

228 Zie over deze en andere afwegingsproblemen bij wetgeving: Schutgens 2009, p. 184-185.

De afweging was niet onvolledig maar, achteraf gezien, verkeerd; het verlof had niet moeten worden verleend. In het licht daarvan kan men ook niet stellen dat de tijdens het verlof ontstane schade als een 'onvermijdelijk' gevolg van de behartiging van het algemeen belang kan worden beschouwd. Van schade ten gevolge van maatregelen die, achteraf bezien, niet hadden moeten worden genomen, kan men slechts zeggen dat het algemeen belang er bij gebaat zou zijn geweest als zij *niet* zou zijn ontstaan.

De Hoge Raad zoekt het verschil tussen de situatie van gevaarzettend overheidshandelen en de 'echte' égalitégevallen echter niet in dit verschil tussen niet (nooit) beoogde, incidentele schade en inherente, onvermijdelijke schade, maar in de eis van voorzienbaarheid. In de kernoverweging in het arrest wordt de voorzienbaarheid van het nadeel voor de overheid als criterium aangevat om te rechtvaardigen dat de overheid in deze situaties niet aansprakelijk kan zijn uit rechtmatige daad: de égalité is alleen van toepassing als de schade het 'redelijkerwijs voorzienbare' gevolg is van een rechtmatig overheidshandelen. In zekere zin is deze eis niets nieuws onder de zon. Een beperking van het toepassingsbereik van de égalité tot voorzienbare schade volgt naar haar aard uit het feit dat de Hoge Raad de égalité noodgedwongen toepast in het kader van art. 6:162 BW. Uit het arrest *Pannenkoekenhuis De Kabouter* volgt dat de Hoge Raad het aanbieden van nadeelcompensatie bij een eventuele schending van het égalitébeginsel ziet als een vraagstuk dat aan de orde moet komen in de rechtmatige aan een besluit voorafgaande belangenafweging. Indien een bij de bestuursrechter appellabel besluit formele rechtskracht heeft gekregen, gaat de Hoge Raad er dan ook vanuit dat de belangenafweging rechtmatig is, óók voor wat betreft een eventueel bestaand recht op nadeelcompensatie.[229] Deze gerichtheid op de aan een besluit voorafgaande belangenafweging impliceert dat het égalitébeginsel alleen van toepassing is als het nadeel (in concreto) voorzienbaar is.

Toch is het twijfelachtig of het TBS-arrest niets anders is dan een herbevestiging van een reeds in de jurisprudentie zichtbare lijn. Uit andere jurisprudentie blijkt namelijk dat de onvoorzienbaarheid van een (onevenredig) nadeel geen belemmering was om de égalité succesvol in te roepen. Zo is het onaannemelijk dat in de casus van het arrest *Lavrijsen* van een voor de overheid voorzienbaar nadeel sprake was. Ook na het TBS-arrest is de égalité nog een aantal keren toegepast op schade die derden lijden door strafvorderlijk overheidsoptreden, zonder dat de Hoge Raad stilstond bij de vraag of de schade al dan niet voorzienbaar was.[230] Ook in het arrest *Leffers* was het ten tijde van het uitvaardigen van de swillregeling waarschijnlijk niet voorzienbaar dat daardoor

229 HR 6 december 2002, *AB* 2004, 17, m.nt. PvB (*Pannenkoekenhuis de Kabouter*). Een vergelijkbare redenering kan worden gerelateerd aan HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196, m.nt. CJHB (*Staat/Shell*).

230 HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*), HR 2 oktober 2009, *JA* 2009, 164.

een kleine groep swillboeren zeer hard zou worden getroffen.[231] Juist op dit punt lijkt het TBS-arrest een aanscherping in te houden. Volgens de Raad past de égalité immers alleen bij 'op zichzelf rechtmatig optreden van de overheid dat tot redelijkerwijs voorzienbaar gevolg heeft dat derden daardoor schade lijden waardoor zij *in vergelijking met andere burgers of instelling onevenredig* worden getroffen'. Blijkens dit citaat is het égalitébeginsel alleen van toepassing op voorzienbare *onevenredige* schade.

Deze beperking is problematisch. Ten eerste is zij, zoals gesteld, in tegenspraak met de *Leffers*- en de *Lavrijsen*-jurisprudentie, zodat het onduidelijk is wat in het civiele recht nu precies de 'kern' is van de égalité en aan welke criteria moet zijn voldaan om haar succesvol in te roepen. Ten tweede is het ook een principieel te vergaande beperking van het bereik van het égalitébeginsel. In § 5.2.3 betoogde ik in dit verband reeds dat ook bij ten tijde van het besluit niet kenbare en dus ook niet te voorziene aantastingen van belangen een aanspraak op het égalitébeginsel kan bestaan. Het *TBS*-arrest suggereert dat men ook in *Leffers*-achtige gevallen een extra toets moet inbouwen, namelijk of de overheid kon voorzien dat zich gevallen van individuele hardheid zouden voordoen. Ik betwijfel of de Hoge Raad deze consequentie daadwerkelijk wenst te aanvaarden. Zeker bij schade door een algemeen verbindend voorschrift zal het niet te voorzien zijn welke gevallen van individuele hardheid zich zullen voordoen. De Franse *La Fleurette*- en de Nederlandse *Leffers*-jurisprudentie laat zien dat in dat soort gevallen de égalité bij uitstek een nuttige functie kan en ook zou moeten vervullen.[232] Ten derde brengt deze beperking de rechtseenheid in gevaar. Andere rechters die het égalitébeginsel toepassen, stellen deze eis – met recht – niet. Expliciet blijkt dat uit een uitspraak van de Afdeling over omwonenden die stelden schade (scheuren in hun pand) te lijden door de verlening van een Ontgrondingenvergunning. De toepasselijke schadevergoedingsbepaling, artikel 26 Ontgrondingenwet, bood geen soelaas, omdat dit artikel vereist dat de gelaedeerde bedenkingen had ingediend in het kader van de procedure ter zake van de verlening van de beschikking tot ontgronding. De vraag was of het égalitébeginsel los van dit artikel kon worden ingeroepen. De Afdeling meende van wel:

> 'Uit de wetsgeschiedenis (…) blijkt dat deze eis is gesteld omdat de wetgever bij de totstandkoming van het artikel het oog had op gevallen waarin een zekere voorzienbaarheid van de schade kon worden verondersteld. Het artikel ziet niet op gevallen waarin de schade aan het eigendom van derden zich naderhand manifesteert, terwijl die schade ten tijde van de inwerkingtreding van de beschikking niet voorzienbaar was. Daarmee staat naar het oordeel van de Afdeling vast dat aan artikel 26 niet de betekenis toekomt dat uitsluitend op basis van dat artikel

231 Ook anderen hebben daarop gewezen: zie Van Maanen, *AV&S* 2004, p. 216, Vranken, *NJ* 2006, 430.

232 Vgl. de kritische commentaren van Vranken (*NJ* 2006, 430) en Van Maanen, *AV&S* 2004, p. 214 e.v. Zie ook Schutgens 2009, p. 216.

> compensatie kan worden toegekend voor nadeel dat derden ondervinden door het nemen van een rechtmatige beschikking terzake van een ontgronding. Sedert de uitspraak [*Van Vlodrop*] is aanvaard dat het [égalitébeginsel] een grondslag kan bieden voor toekenning van schadevergoeding in niet door de wetgever geregelde gevallen. De Afdeling is van oordeel dat verweerder bij zijn beslissing op bezwaar (…) heeft miskend dat dit beginsel in een geval als het onderhavige grondslag kan bieden voor vergoeding van schade, mits aan de criteria voor toepassing van dat beginsel wordt voldaan.'[233]

De Afdeling benadrukt dat het er uiteindelijk op aankomt of de derde een speciaal en abnormaal nadeel ondervindt. Daarbij maakt het geen verschil of het nadeel bij het nemen van de beschikking onvoorzienbaar was. Hoewel die voorzienbaarheid in casu betrekking had op de gelaedeerde (die uit hoofde daarvan immers bedenkingen kon indienen) en niet op de overheid, valt uit de uitspraak op te maken dat de voorzienbaarheid van het nadeel, voor wie dan ook, niet relevant is om het égalitébeginsel te kunnen inroepen.

De logische consequentie hiervan is dat de overheid zich niet aan aansprakelijkheid kan onttrekken door te wijzen op onvoorziene omstandigheden die onverhoopt hebben geleid tot een andere wijze van uitvoering dan aanvankelijk beoogd. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan vertraging bij de aanleg of het onderhoud van publieke werken,[234] die ook in Frankrijk soms tot succesvolle égalitéclaims leidt.[235] In de visie van de Afdeling maakt het daarbij geen verschil of deze vertraging te wijten is aan omstandigheden die binnen de sfeer van de overheid vallen (zoals fouten bij de aanleg van een publiek werk) of van daarbuiten afkomstig zijn (weersomstandigheden): in beide gevallen is de égalité van toepassing.[236] Toch kan niet worden betwist dat het ook in zulke gevallen gaat om een weloverwogen veroorzaakt nadeel. Het onevenredige schuilt in dit soort gevallen in de niet beoogde en onvoorziene langere duur van de werkzaamheden zelf. In lagere rechtspraak wordt dit niet altijd onderkend en verweert de overheid zich soms met succes met de

233 ABRvS 28 juni 2006, *AB* 2007, 20, m.nt. BPMvR. Zie voor een ander voorbeeld ABRvS 18 januari 2006, LJN AU9810.

234 ABRvS 23 september 1996, *AB* 1996, 494, m.nt. AvH: het waterschap meende dat er aanleiding was om nadeelcompensatie toe te kennen, mede omdat appellant niet hoefde te verwachten dat de hinder die hij van de dijkverbeteringswerkzaamheden zou ondervinden zich over een aanmerkelijk langere periode zou uitstrekken dan vooraf was voorzien. De Afdeling achtte dit 'niet onjuist'.

235 CAA Marseille 9 januari 2006, *AJDA* 2006, p. 1178 (*M. Fischer*; afblazen van de aanleg van een gebouw, waardoor de eigenaar van een appartement hinder ondervond van een niet afgebouwd, leeg gebouw, dat spoedig in bezit werd genomen door krakers).

236 ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 268, m.nt. NV, waarin de oorzaak van de langere duur van onderhoudswerkzaamheden was gelegen in het gebruik van een slechte kwaliteit van cement en slecht weer.

stelling dat het nadeel voor haar niet voorzien was.[237] Benadrukt zij wel dat het verwerpen van het criterium van de voorzienbaarheid van de schade voor de overheid niet *per definitie* sneller tot overheidsaansprakelijkheid leidt. Relevant blijft immers of de schade door de onvoorziene, aan de overheid toe te rekenen omstandigheid nog binnen het normale maatschappelijke risico valt. Te verdedigen valt dat binnen zekere marges ook schade door vertraging bij de uitvoering van publieke werken binnen het normale maatschappelijke risico valt.[238] Die benadering over de band van het normaal maatschappelijk risico leidt tot een genuanceerder resultaat dan wanneer men zich louter verlaat op de voorzienbaarheid van de schade door de overheid.

Deze rechtspraak laat zien dat het uiteindelijk aankomt op de vraag of de schade een onvermijdelijk gevolg is van een besluit waarmee het algemeen belang wordt behartigd. Dit kan ook een niet 'redelijkerwijs voorzienbaar' gevolg zijn. Deze onvoorzienbare schade kan voorts door een derde zijn geleden, maar ook door een direct-belanghebbende, zoals bij schade door algemeen verbindende voorschriften. In beide gevallen kan men stellen dat aan de eis van het weloverwogen toegebracht nadeel voldaan is met het gegeven *dat* op enig moment een kenbare belangenafweging heeft plaats gevonden, maar zonder dat daadwerkelijk voorzien was of er schade zou ontstaan en wat de omvang daarvan was.[239] De eis dat redelijkerwijs voorzienbaar moet zijn dat een onevenredig nadeel ontstaat moet al met al worden verworpen. De benadering van de Afdeling beschikt over sterkere kaarten. Het zelfstandig compensatiebesluit maakt het voor die gevallen mogelijk een verzoek om nadeelcompensatie in te dienen, als het nadeel zich daadwerkelijk voordoet.

De voorgaande kritiek neemt niet weg dat de Hoge Raad zich met de *TBS*-casus met een lastige kwestie geconfronteerd zag. Sommige auteurs menen dat de overheid wel degelijk voor dit soort schade aansprakelijk zou moeten zijn.[240] Vranken vraagt zich daarbij af of een eventuele aansprakelijkheid niet veeleer door de wetgever zou moeten worden geregeld. Een zaak als deze zou de rechtsvormende taak van de rechter te boven gaan, mede omdat er nog allerlei rechtspolitieke en beleidsmatige keuzen gemaakt moeten worden

237 Rb Zwolle 26 januari 2005, LJN AS3863 (waarin de gemeente zich met succes verweerde met de stelling dat de vertraging ook haar was overkomen en niet beoogd was) en Rb Leeuwarden 4 december 2002, LJN AF1506 (mede omdat de gemeente op de vertraging door onvoorziene ondeugdelijkheid van het landhoofd van de brug geen invloed kon uitoefenen, meende de rechtbank dat er geen aanleiding was voor nadeelcompensatie).

238 Vgl. Rb Rotterdam 16 april 2008, LJN BD7291 ('[H]et is een feit van algemene bekendheid is dat dergelijke projecten vaak enige vertraging oplopen.') en Hof Leeuwarden 22 maart 2006, *JA* 2006, 69.

239 Vgl. Hennette-Vauchez 2005, die de aard van de schade in het kader van *travaux publics* omschrijft als 'des dommages inévitables (…). On parle aussi des dommages non accidentels, et ce qu'ils sont, sinon toujours prévus exactement, prévisibles.' (§ 4.5.5).

240 Van Maanen, *AV&S* 2004, p. 216, Hartlief & Tjittes 2004, p. 1585.

die de concrete zaak ver overstijgen.[241] Vermeldenswaard is in dit verband dat de Franse rechter in vergelijkbare gevallen een uitspraak van de wetgever niet nodig heeft geacht en de staat sinds jaar en dag aansprakelijk houdt voor dit soort schade. De aanvaarding van een aansprakelijkheid van de overheid was diens reactie op experimenten die al vanaf het einde van de Tweede Wereldoorlog werden gehouden en die als doel hadden om personen met sociale of psychische problemen een weg terug naar de maatschappij te laten vinden. Uit deze politieke beslissing heeft de Conseil d'Etat de consequentie getrokken dat de Staat ook moet instaan voor de bijzondere risico's waaraan hij zijn burgers blootstelt. Op die wijze konden verschillende partijen garen spinnen bij dergelijke liberale regimes: de slachtoffers, die konden volstaan met het bewijzen van het causaal verband tussen het 'exceptionele risico' en hun schade, maar ook de ambtenaren die met de uitvoering van deze regimes waren belast. Door de aanvaarding van een aansprakelijkheid van de overheid verminderde de kritiek op deze instellingen indien het bij het verlenen van een proefverlof onverhoopt misging. Daarmee werd ook de politieke druk om de patiënten en delinquenten zoveel mogelijk intern te behandelen weggenomen.[242] Men kan zich dan ook afvragen of de Hoge Raad met zijn arrest uiteindelijk de maatschappelijke acceptatie van het TBS-beleid een dienst heeft bewezen. Zolang de wetgever geen regeling treft, zou een ongewenst effect van het arrest kunnen zijn dat de druk om TBS'ers intern te behandelen zal toenemen. Daarom neig ik naar het standpunt van Hartlief, Tjittes en Van Maanen, die allen stellen dat de Hoge Raad de overheid (uit rechtmatige daad) aansprakelijk had moeten houden.

5.5.3 Wenselijke denkrichting voor 'bijzondere gevallen'

Erkend zij echter dat de vraag of de overheid in dit soort zaken aansprakelijk zou moeten zijn, berust op een bepaalde rechtspolitieke opvatting over de wenselijke grenzen van de aansprakelijkheid van overheid. In het licht van de tamelijk terughoudende rechtspraak in zijn onrechtmatigedaadsjurisprudentie verbaast de keuze van de Hoge Raad uiteindelijk niet. Van Ravels wijst in dit verband op het arrest *Duwbak Linda*, waarin de Hoge Raad aansprakelijkheid afwijst op de grond dat voorkomen moet worden dat de overheid aansprakelijk zou kunnen zijn jegens een 'in beginsel onbeperkte groep derden' voor vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan. In deze tendens zou het volgens Van Ravels ook passen om het égalitébeginsel alleen van toepassing te laten zijn als de zorgvuldigheidsnorm

241 *NJ* 2006, 430, m.nt. JBMV. In die zin ook Spier, concl. sub 3.9.
242 De Béchillon 1997, p. 82.

uitsluitend strekt ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moet zijn.[243]

Ik vraag me af of het introduceren van de eis van relativiteit bij de toepassing van het égalitébeginsel de meest geëigende oplossing is om de grenzen van het leerstuk van de nadeelcompensatie te bewaken. Daarmee wordt immers een element geïntroduceerd dat aan het égalitébeginsel wezensvreemd is: bij de aansprakelijkheid op grond van de égalité is geen sprake van een schending van een zorgvuldigheidsnorm, zodat men niet toekomt aan de vraag tot de bescherming van welke belangen de geschonden norm strekt. De égalité strekt tot bescherming van *alle* (onevenredige) nadelen die het gevolg zijn van weloverwogen, rechtmatig overheidsoptreden. Of de overheid op die nadelen bedacht was, is niet relevant en zou ook niet relevant moeten zijn.

Het ontbreken van houvast betekent dat het onzeker is hoe de Hoge Raad in de toekomst zal reageren op met het *TBS*-arrest vergelijkbare casusposities. A-G Spier schetst in zijn conclusie bij het *TBS*-arrest een mogelijk, niet onwaarschijnlijk scenario. Uitgaand van een zeer brede interpretatie van de égalité – die zou zijn 'gebaseerd op de gedachte dat het billijk is dat bepaalde buiten het normale vallende risico's gelijkelijk over de gemeenschap moeten worden verdeeld' (5.13) – noemt hij een aantal gevallen waar zich in de toekomst mogelijk de vraag voor zal doen of de overheid op grond van de égalité aansprakelijk is: schade door natuurrampen, terrorismeschade en schade doordat in bejaardentehuizen onvoldoende capaciteit en derhalve onvoldoende zorg aanwezig is. Hoewel hij constateert dat het om 'op het eerste gezicht volstrekt niet samenhangende kwesties' gaat, onderstreept hij dat er in zoverre een samenhang bestaat dat de rechter keuzes moet maken. Anders, zo vreest hij, is het scenario van een ver uitdijende overheidsaansprakelijkheid niet irreëel.

Terecht stelt Spier dat de situaties waarin sprake kan zijn van rechtmatig toegebracht nadeel 'niet samenhangend' van aard zijn. Met Spier meen ik voorts dat de rechter er daarbij niet aan zal ontkomen om rechtspolitieke keuzes te maken. Het is echter zeer de vraag of Spiers omschrijving van de égalité daarbij voldoende houvast zal bieden, omdat het égalitébeginsel, aldus geformuleerd, het hele terrein van het rechtmatige functioneren van de overheidsdienst bestrijkt. Het moge duidelijk zijn dat de betekenis van het égalitébeginsel in mijn optiek (veel) beperkter is dan dat. Aan het gebrek aan houvast dat hij signaleert kan tegemoet worden gekomen als de Hoge Raad – maar liever nog de wetgever – bereid is te erkennen dat het bereik van de égalité beperkt is tot die situaties van rechtmatig overheidshandelen waarin de schade weloverwogen is veroorzaakt. In de civiele jurisprudentie zijn dat dus vooral de *Leffers*-achtige gevallen. Wordt dat niet aanvaard, dan voorzie ik inderdaad

243 Vgl. Van Ravels 2005c, p. 83-84.

een 'juridisch, maatschappelijk en politiek mijnenveld', zoals Spier de aansprakelijkheid op grond van de égalité eerder heeft gekwalificeerd.[244]

Ik meen dat juist het feit dat de Hoge Raad onvoldoende onderscheid heeft gemaakt tussen verschillende soorten situaties van rechtmatig toegebrachte schade de hoofdoorzaak is van het feit dat in de huidige civiele rechtspraak onduidelijk is wat nu de precieze 'kern' is van de égalité. Ook Van Maanen heeft bij herhaling bepleit dat moet worden onderscheiden tussen verschillende typen situaties, een pleidooi dat ik onderschrijf.[245] Wanneer immers in de ene situatie (*TBS*) voorzienbaarheid van onevenredig nadeel wel als beperkend criterium geldt, en in de andere situaties (*Lavrijsen*, *Leffers*) niet, is het lastig om precies te bepalen welke eisen het égalitébeginsel precies stelt. Wanneer in de ene situatie (*Lavrijsen*) de speciale noch de abnormale last een duidelijke rol spelen en in beginsel alle schade wordt vergoed, maar in de andere situatie (*Leffers*) alleen onevenredig nadeel, dan vergroot dat het inzicht in de betekenis van de égalité evenmin. Omdat de civiele rechter naar huidig recht de 'restjes' van het nadeelcompensatierecht (lees: de gevallen waarin de schade niet (direct) voortvloeit uit rechtmatige besluitvorming) voorgeschoteld krijgt, is zeker niet uit te sluiten dat zich ook in de toekomst met het *TBS*-arrest vergelijkbare probleemgevallen zullen voordoen en op weer andere punten incoherenties ontstaan (bijvoorbeeld ten aanzien van de grootte van de groep getroffenen).

Kortom: de uiteenlopende aard van de situaties waarin sprake kan zijn van rechtmatig toegebrachte schade, brengt mijns inziens met zich dat de discussie over de gewenste reikwijdte van de overheidsaansprakelijkheid uit rechtmatige daad niet louter zou moeten worden gevoerd in termen van de gewenste reikwijdte van de égalité. De meest geëigende manier om coherentie in de toepassing en de reikwijdte van de égalité (en daarmee ook de grenzen van de overheidsaansprakelijkheid) te bewaken, is mijns inziens gelegen in een beperking van het bereik van de égalité tot 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel. Ook daarbuiten kan een recht op nadeelcompensatie bestaan. Het is daarbij, zoals Spier terecht constateert, aan de rechter om keuzes te maken. De rechtsontwikkeling moet zich hier nog goeddeels voltrekken, hoewel zich zeker in sommige situaties (de schadevergoeding aan ex-verdachten en de *Lavrijsen*-achtige situaties) al duidelijke lijnen aftekenen. Van belang is echter dat de rechter bij het maken van die keuzes niet gebonden zou moeten zijn aan wat mijns inziens de 'kern' is van de égalité: het weloverwogen karakter van de schade en de plicht om alleen onevenredig nadeel te vergoeden.

Deze denkrichting roept vanzelfsprekend nieuwe vragen op. Op grond van welke principes en naar welke maatstaven zou een recht op nadeelcompensatie buiten de égalité om kunnen bestaan? Welke rechter is bevoegd? Deze

244 Spier 2002, p. 34.

245 Van Maanen 2002, p. 68-69, Van Maanen 2004, p. 325-326, Van Maanen & De Lange 2005, p. 164-165, Engelhard & Van Maanen 2008, p. 89.

vragen kan ik in dit boek niet uitputtend beantwoorden. Wel meen ik dat bij het antwoord op deze vragen voor de Awb-wetgever een belangrijke taak is weggelegd. Als de plannen van de Commissie Scheltema doorgaan, zullen de 'restjes' van het nadeelcompensatierecht in de toekomst immers op het bordje van de bestuursrechter komen te liggen. In het kader van de toekomstige regeling van nadeelcompensatie in de Awb zal de wetgever mijns inziens een principiële uitspraak moeten doen over de reikwijdte van de voorgestelde regeling. Een voorzet hiertoe doe ik in § 13.6.

5.6 De égalité en het privaatrecht

Als een bij uitstek in *publiekrechtelijke* verhoudingen toepasselijk beginsel zou men wellicht niet verwachten dat het égalitébeginsel ook van toepassing kan zijn op schade die ontstaat in door de overheid op grond van het privaatrecht toekomende bevoegdheden. Het Franse en het Nederlandse recht laten echter voorbeelden zien waarin de égalité ook in privaatrechtelijke verhoudingen met een publiekrechtelijke 'kleuring' van toepassing is.

5.6.1 Frans recht

In het Franse recht wordt een onderscheid gemaakt tussen de contracten met een zuiver privaatrechtelijk karakter (*contrats du droit privé*) en een publiekrechtelijk karakter (*contrats administratifs*). Op de eerste is de égalité niet van toepassing. Zoals de Conseil d'Etat stelde in een arrest uit 1971:

> '[L]a société requérante étant placée vis-à-vis de l'Etat dans une situation contractuelle, le moyen tiré de ce que la décision de suspendre la libération des échanges lui aurait causé un préjudice spécial lui ouvrant droit à indemnité fondée sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques est, en tout état de cause, inopérant.'[246]

Omdat in casu sprake was van een zuiver privaatrechtelijke verhouding, kon het beroep op het égalitébeginsel geen doel treffen. Een eventuele verplichting tot schadevergoeding kan in een dergelijk geval louter haar grond vinden in de regels van het civielrechtelijke contractenrecht.

Anders ligt het bij zogenaamde *contrats administratifs*. De rechter kan een contract onder meer als zodanig bestempelen als er sprake is van een overeenkomst gesloten door een publiekrechtelijke rechtspersoon, waarbij de overeenkomst tot onderwerp heeft het doen deelnemen van de wederpartij aan de uitvoering van de publieke taak. Voorbeelden zijn concessies, openbare staats-

246 CE 6 januari 1971, *RDP* 1973, p. 276.

leningen en de verkoop van onroerende goederen door de staat.[247] *Contrats administratifs* zijn onderworpen aan bijzondere regels, waarin de ongelijkwaardigheid tussen de contractspartijen duidelijk tot uitdrukking komt. Zo heeft de overheid recht op eenzijdige wijziging van de overeenkomst en de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden indien het algemeen belang zulks vergt.[248] In dat laatste geval kan wel een verplichting tot schadevergoeding op grond van het égalitébeginsel aan de orde zijn.

De wijziging of ontbinding van de overeenkomst draait in het Franse recht rond twee leerstukken: de *fait du prince* en de *imprévision*. Het eerste houdt in dat het publiekrechtelijke rechtssubject (de *prince*) genoodzaakt kan zijn om na afsluiting van het traject aan de wederpartij aanvullende eisen te stellen of een (publiekrechtelijke) maatregel te nemen die de uitvoering van de overeenkomst niet onmogelijk maakt, maar wel ernstig bemoeilijkt, met name doordat de wederpartij een hoger financieel offer moet brengen. Voor deze extra schade is de overheid in beginsel geheel aansprakelijk, aangezien deze het gevolg is van een door de overheid zelf genomen maatregel.[249] Als voorwaarde geldt wel dat de maatregel alleen tot de wederpartij gericht moet zijn en dus geen algemene strekking mag hebben; bij gebrek aan een dergelijke *spécialité* is de overheid niet aansprakelijk.[250]

Bij de *imprévision* is er, anders dan bij de *fait du prince*, sprake van omstandigheden waarop de overheid zelf geen invloed heeft en die met zich brengen dat strikte nakoming van de overeenkomst (zonder schadevergoeding) niet kan worden verlangd. Uitgaande van het *principe de continuité* (het belang bij een ongestoorde voortgang van de *service public*) kan de overheid aansprakelijk zijn als de wederpartij door de externe factoren de uitvoering van de *service public* niet meer kan garanderen. De klassieker is het arrest *Gaz des Bordeaux*, waarin het ging om een gasconcessie. De gasconcessionaris kwam in grote financiële problemen door een onverwachte, extreme stijging van de prijs van steenkool.[251] Opzegging van de overeenkomst was niet gerechtvaardigd, omdat de steenkool nog wel gewoon beschikbaar was. De Conseil d'Etat oordeelde dat contractspartijen behoren rekening te houden met de normale risico's (het *aléa ordinaire de l'entreprise*) maar dat in casu sprake was een dusdanige prijsstijging dat het financiële evenwicht van de overeenkomst volledig verstoord werd. De concessionaris diende de schade niet alleen te dragen, voor de *abnormale* schade was de Gemeente Bordeaux aansprakelijk.[252] Factoren waarmee de rechter naar huidig recht rekening houdt bij de invulling van het 'normale ondernemersrisico' zijn de financiële situatie

247 Huijgen 1991, p. 93-94.
248 Huijgen 1991, p. 96.
249 Huijgen 1991, p. 97, Dankers-Hagenaars 2000, p. 212.
250 Huijgen 1991, p. 97.
251 CE 30 maart 1916, *Rec*. p. 125 (*Gaz de Bordeaux*).
252 Dankers-Hagenaars 2000, p. 213.

van de onderneming, de in het verleden gerealiseerde winst, de voordelen die in de nabije toekomst kunnen worden verwacht en het feit dat een behoedzaam ondernemer reserves moet opbouwen waarop in moeilijke tijden kan worden teruggevallen.[253]

5.6.2 Nederlands recht

De Afdeling heeft het toepassingsbereik van het égalitébeginsel beperkt tot gevallen waarin de schade 'is ontstaan in het kader van de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding'. Deze omschrijving uit de *Van Vlodrop*-uitspraak is echter gekleurd door het soort handelingen ten aanzien waarvan de bestuursrechter bevoegd is. Of daarin ook een *beperking* moet worden gelezen in die zin dat het égalitébeginsel niet van toepassing is indien de overheid gebruik maakt van het privaatrecht, is de vraag. Hoewel het égalitébeginsel bij uitstek ziet op schade die voortvloeit uit de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak, doet de égalité in het Nederlandse recht haar werking ook gevoelen in privaatrechtelijke verhoudingen waarbij de overheid partij is. Uitgaande van de Franse doctrine omtrent *contrats administratifs* zou men kunnen betogen dat het égalitébeginsel zich alleen leent voor toepassing op die privaatrechtelijke bevoegdheden die *mede* publiekrechtelijk van aard zijn, dat wil zeggen dat zij exclusief aan de overheid en dus niet aan elke burger toekomen.[254] Wanneer dat nu precies betekent dat een privaatrechtelijke rechtshandeling mede publiekrechtelijk van aard is, is nog niet helemaal duidelijk.[255] Ik verwacht dat de égalité met name wat zal kunnen betekenen bij schade die ontstaat in het kader van *bevoegdheden*overeenkomsten, bijvoorbeeld wanneer wordt gecontracteerd over het verlenen van een vrijstelling op grond van de Wro. Het niet nakomen van een dergelijke overeenkomst zou de overheid kunnen verplichten om het daardoor ontstane onevenredige nadeel te vergoeden.[256] Een voorbeeld biedt een uitspraak van de rechtbank Rotterdam.

> Hierin was sprake van een naar haar vorm privaatrechtelijke overeenkomst tussen de gemeente Berkel & Rodenrijs en de Stichting 3B-wonen tot het aanleggen van stadsverwarming. De gemeente besloot uiteindelijk af te zien van de aanleg tot de realisatie van stadsverwarming en weigerde de door het afwijken van deze overeenkomst ontstane schade te vergoeden. De rechtbank kwalificeerde het besluit tot het afzien van de aanleg van stadsverwarming als een besluit van de Gemeente dat zij had genomen in het kader van haar publiekrechtelijke taak en niet als contractspartij van de Stichting in de samenwerkingsovereenkomst. Daarom was

253 Long e.a. 2007, p. 189 e.v.
254 Damen e.a. 2009, p. 194, p. 218.
255 Vgl. Rapport van de Commissie Rechtsbescherming van de VAR 2004, p. 131-132.
256 Zie ook Scheltema & Scheltema 2008, p. 285.

> het égalitébeginsel van toepassing, aldus de rechtbank. De rechtbank meende uiteindelijk dat het égalitébeginsel niet geschonden was, nu de wederpartij van de gemeente rekening had moeten houden met de kans dat de aanleg van stadsverwarming niet door zou gaan, aangezien het haar duidelijk had moeten zijn dat het doorgaan hiervan afhankelijk was van verschillende factoren, die niet alle binnen haar beslissingsmacht lagen.[257]

Een gebondenheid aan het égalitébeginsel is er niet indien de overheid 'zuiver' privaatrechtelijk handelt. Te denken valt aan de aanschaf van computers of meubilair voor het gemeentehuis of aan het volgende aan de jurisprudentie ontleende voorbeeld:

> Tussen het Centraal Bureau voor de Statistiek en Supercollect, de ontwikkelaar van een computersysteem, ontstond een geschil over de exploitatie door het CBS van Blaise, een computersysteem om elektronische vragenlijsten te verwerken. Supercollect stelde dat het CBS met de exploitatie van Blaise de activiteiten van Supercollect op dezelfde markt belemmerde en dus aan concurrentieverstoring deed, in het bijzonder sinds het CBS de zogenaamde Electronic Data Reporter-module (EDR) had ontwikkeld. De vraag was of het op de markt brengen van dit programma kon worden aangemerkt als een publieke taak, waarvoor het CBS uit rechtmatige daad aansprakelijk was. Vaststond dat het CBS ook publieke taken behartigt: zij heeft publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid krachtens de CBS-wet. Uit de uitspraak blijkt voorts dat het CBS zich 'in het verlengde van zijn publieke taak' met de ontwikkeling van software bezighoudt. Toch oordeelde de rechtbank dat bij het gewraakte handelen – het op de markt brengen van de EDR-module – geen sprake was van de schade die door een overheidsorgaan is toegebracht in de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak, doch van optreden van het CBS als marktpartij. Daarom was de égalité op dit handelen niet van toepassing.[258]

Hoewel de schade in dit geval werd toegebracht door een partij die over publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid beschikt, kan niet al het handelen van het CBS worden aangemerkt als handelen waarmee publiekrechtelijke doeleinden worden gediend. Men dient derhalve te onderscheiden tussen de situatie dat een tot de overheid behorend orgaan – zoals in casu – zuiver in privaatrechtelijke zin handelt (de rechtbank spreekt van 'het CBS als marktpartij') en de situatie dat een dergelijk orgaan in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak gebruik maakt van het privaatrecht.

---

257 Rb Rotterdam 9 april 2008, LJN BC9791 (zie in dezelfde zaak eerder Rb Rotterdam 4 juli 2007, LJN BB0253. Bekend is ook Hof Arnhem 31 augustus 1999, *JB* 1999, 254, m.nt. RJNS (*Olde Damink/Oldenzaal*), (in dezelfde zaak) HR 16 november 2001, *JB* 2002, 1, beide met noot RJNS. Zie voorts ABRvS 8 januari 1999, *BR* 2001, 322, m.nt. B.P.M. van Ravels sub 9.

258 Rb Den Haag 31 oktober 2007, LJN BD1249.

Alleen in het laatste geval zal een égalité-aansprakelijkheid aan de orde kunnen zijn.

5.7 De égalité en de solidariteit

Een laatste 'terrein' waarvan ik de grenzen met de égalité wil verkennen, is dat van de solidariteit. Een grens tussen de égalité en solidariteit is in die zin makkelijk te trekken dat op grond van de solidariteit vaak tegemoetkomingen worden verstrekt naar aanleiding van schades die niet zijn veroorzaakt door toedoen van de overheid. Er is dan evident geen sprake van een *charge publique*, aangezien dat de aanwezigheid van 'enig overheidshandelen' vereist.[259] Toch is de grens toch ook weer niet zo scherp, aangezien de *solidarité* ook aanleiding kan zijn tot een tegemoetkoming wanneer aan de schade wél een (rechtmatig) overheidshandelen ten grondslag ligt.

5.7.1 Frans recht

Dat de notie van solidariteit tot de kernwaarden van het post-revolutionaire Frankrijk behoort, moge blijken uit het feit dat het nationale motto naast de *égalité* ook melding maakt van de *fraternité* ('broederschap'). De *fraternité* heeft sinds 1946 constitutionele waarde. De preambule van de Constitutie uit 1946 (waarnaar wordt verwezen in de huidige Constitutie (1958)) bepaalt: 'La nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales'. De enorme hoeveelheid bijzondere 'solidariteitswetten' kunnen uiteindelijk op deze bepaling worden teruggevoerd. Nauw verwant aan de noties van nationale solidariteit en *fraternité* is het begrip *risque social*, op grond waarvan de Staat soms optreedt als 'superverzekeraar' en overgaat tot het vergoeden van de schade van (groepen) burgers ten gevolge van het zich verwezenlijken van 'maatschappelijke risico's'. Op grond van het *risque social* werden al in de achttiende eeuw schadevergoedingsregelingen opgesteld.[260] Tegenwoordig bestaan er wetten voor de vergoeding van oorlogsschade, schade door ongelukken in de opleiding van militairen, schade door verplichte inentingen, asbestschade, fysiek letsel door de arrestatie in het kader van de strafvordering, de schade ten gevolge van terroristische aanslagen, schade voor de slachtoffers van besmettingen met AIDS door het toedienen van besmet bloed.[261] Eén van de bekendste voorbeelden is de regeling voor schade ten gevolge van samenscholingen en oproertjes (*attroupements en rassemblements*), opgenomen in artikel 2216-3 van de Code général

259 Borgetto 1993, p. 471.
260 Bréchon-Moulènes 1974, p. 22 e.v. en p. 114 e.v.
261 Rivéro & Waline 2006, p. 438 e.v.

des collectivités territoriales. Deze ziet op de schade die relschoppers in het kader van samenscholingen (sportwedstrijden, politieke manifestaties) toebrengen aan particulieren, zonder dat de politie in staat of bij machte is om deze te voorkomen. De wet legt een *responsabilité sans faute* van de Staat neer, waarbij als voorwaarde geldt dat de gemeente wordt aangesproken wanneer deze meer in het werk had moeten stellen om de schade te voorkomen.[262]

Waar de ontwikkeling van de aansprakelijkheid op grond van de égalité vooral het werk is geweest van de bestuursrechter, is de aansprakelijkheid op grond van *fraternité* vooral het terrein van de wetgever. Het Franse recht laat een tamelijk strikte tweedeling zien tussen de situaties waarin een rechtsplicht tot schadevergoeding bestaat omdat de égalité is geschonden en de situaties waarin die plicht voortvloeit uit de (politieke) wil van de formele wetgever om in een recht op schadevergoeding te voorzien. De égalité vervult in Frankrijk, zeker vergeleken met het Nederlandse nadeelcompensatierecht, slechts zelden een functie als 'inspiratiebron voor de wetgever'.[263] Cormier wijst erop dat dit logisch volgt uit de rol die de wetgever speelt als *facilitator*: wanneer de wetgever ingrijpt, dan is dat in beginsel om een recht op schadevergoeding te *vergemakkelijken*.[264] Dat geeft de wetgever ook een grote mate van vrijheid om te bepalen in welke gevallen, in welke mate en naar aanleiding van welke schadeoorzaken een recht op een tegemoetkoming kan bestaan. Dat uitgangspunt verdraagt zich niet goed met het codificeren van de speciale en abnormale last als voorwaarden voor een tegemoetkoming; die voorwaarden gelden immers al zonder dat de wetgever zich in de materie heeft gemengd en zijn juist bedoeld om aan de gelaedeerde burger een drempel op te werpen.[265]

Toch is niet sprake van geheel gescheiden sferen. De Conseil d'Etat bestempelt de verhouding tussen rechter en wetgever als 'concurrerend en complementair'.[266] Ontwikkelingen in de rechtspraak zijn soms aanleiding geweest voor de wetgever om in te grijpen.[267] Voorts weigert de rechter voor sommige handelingen aansprakelijkheid te aanvaarden, waarbij hij zich veelal laat leiden door budgettaire overwegingen. Zo is in § 4.5.5 beschreven dat de rechter weigert nadeelcompensatie toe te kennen als de schade het gevolg is van aanpassingen van de bestaande infrastructuur (in de vorm van de verlegging van wegen e.d.). Omdat het aansprakelijkheidsrecht hier niets kan betekenen, kan deze jurisprudentie alleen worden geredresseerd door interventie van de

262 Letteron 2001, § 35.
263 Zie over deze functie van de égalité Van Ravels 2004, p. 73-74.
264 Cormier 2002, p. 208-209. Vgl. Letteron 2001 § 2: [L']intervention du législateur a d'abord eu pour object de percer quelques brèches dans un système dominé par le dogme de l'irresponsabilité de l'administration.'
265 Cormier 2002, p. 208-209.
266 *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport Public 2005, p. 225-226.
267 Vgl. de in § 4.6.1 beschreven interventie van de wetgever naar aanleiding van het arrest *Cames*.

wetgever.[268] Ook de wetgever zelf stelt soms duidelijke grenzen. Een voorbeeld is de planschaderegeling in de Code de l'urbanisme, waarin de wetgever door introductie van het uitgangspunt van *non-indemnisation* een bijzonder hoge drempel heeft ingebouwd voor de vergoeding van planschade. Dit voorbeeld laat zien dat de wetgever naast een rol als facilitator soms ook een rol speelt als *remmer* van een recht op schadevergoeding. Anders gezegd: door het ingrijpen van de formele wetgever is de solidariteit van de Fransen met elkaar bij planschade vrijwel nihil. De rechter kan niet anders dan zich daarbij neerleggen. Zonder uitspraak van de wetgever kan de notie van *solidarité nationale* immers geen grondslag zijn voor een in rechte gedaan verzoek om schadevergoeding.[269]

Het fenomeen waarbij de staat intervenieert en de schadelast van de burger op zich neemt wordt wel *socialisation du risque* noemt.[270] Aan dit begrip wordt in de regel een brede betekenis toegekend. Het slaat niet alleen op de situaties waarin de wetgever op solidariteitsoverwegingen intervenieert, maar bijvoorbeeld ook op de uitbreiding van de *responsabilité sans faute* tot medische ongevallen[271] en de steeds minder belangrijke rol die de *faute lourde* in de rechtspraak van de Conseil d'Etat speelt als voorwaarde voor aansprakelijkheid.[272] Hoewel het Franse recht tal van voorbeelden van *socialisation du risque* laat zien, waarschuwt de Conseil d'Etat in zijn rapport *Responsabilité et socialisation du risque* voor de mogelijke nadelige consequenties. Een rol van de staat als verzekeraar van tal van risico's (*assureur multirisque*) is volgens hem niet alleen riskant vanuit financiële overwegingen, maar zou ook als nadelig effect kunnen hebben dat de functie 'tegengaan van ongewenst gedrag', één van de belangrijkste functies het schadevergoedingsrecht, wordt ondergraven doordat de burger niet meer het bewijs van een fout hoeft te leveren. De Conseil bepleit een *beredeneerde* 'socialisering van risico', waarbij rekening wordt gehouden met de specifieke eigenschappen van verschillende risico's.[273]

---

268 Guettier 1996, p. 135.

269 CE 10 december 1962, *Rec.* p. 676 (*Sté indochinoise de constructions électriques et mécaniques*): '[L]e principe [solidarité nationale – MT] ainsi posé, en l'absence de toute disposition législative en assurant l'application, ne saurait server de base à une action contentieuse en indemnité.'

270 Zie over dit begrip Sousse 1994, p. 138-139. In het rapport *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport Public 2005, p. 205 wijst de Conseil d'Etat erop dat niet zozeer het *risico* wordt 'gesocialiseerd' (ten laste van de gemeenschap wordt gebracht), maar de schadelijke *consequenties* van risico's.

271 Philipp 1999.

272 *Responsabilité et socialisation des risques*, Rapport Public 2005, p. 225-226.

273 *Responsabilité et socialisation des risques*, Rapport Public 2005, p. 321 e.v.

5.7.2 Nederlands recht

Ook Nederland kent, zij het in veel mindere mate dan Frankrijk, voorbeelden van zuivere solidariteitsregelingen, waar de overheid een recht op een tegemoetkoming in het leven roept zonder dat er sprake is van een rechtsplicht daartoe. 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. Toch kan het, op basis van (politieke) overwegingen van solidariteit, moreel of fatsoen alleszins rechtvaardig zijn om een tegemoetkoming aan de getroffenen te bieden. Het standaardvoorbeeld van een nationale solidariteitsregeling is de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen, die kan worden toegepast op individuele 'extreme' gebeurtenissen.[274] Andere voorbeelden die in deze categorie vallen zijn de Uitkeringsregeling Fonds Slachtoffers Legionella-epidemie[275] en de Regeling compensatie schade luchtvaartmaatschappijen 11 tot en met 14 september 2001.[276] Kenmerk van deze gevallen is de grote discretie van de wetgever om een regeling te treffen en de grote mate van vrijheid die hem toekomt bij het bepalen van de modaliteiten van de tegemoetkoming.

Een opvallend verschil ten opzichte van het Franse recht is dat de wetgever óók een belangrijke rol heeft gespeeld bij de erkenning van een recht op nadeelcompensatie, dus in de gevallen waarin aan de schade wél een overheidshandelen ten grondslag ligt. Door de belangrijke rol die ook de wetgever in het Nederlandse nadeelcompensatierecht heeft gespeeld, zijn de grenzen tussen solidariteit en égalité niet altijd makkelijk te bepalen.[277] De égalité krijgt niet een andere betekenis al naar gelang het fungeert als leidraad voor de wetgever of als ongeschreven rechtsbeginsel op basis waarvan zelfstandige schadebesluiten kunnen worden genomen. Toch is duidelijk dat wettelijke nadeelcompensatieregelingen, ook al staat in de toelichting dat zij uitdrukking geven aan het égalitébeginsel, kenmerken kunnen vertonen die enigszins wringen in het licht van de hoge drempels voor het bestaan van een recht op nadeelcompensatie in de ongeschreven gevallen. Soms worden regelingen in het leven geroepen voor grote, tamelijk omlijnde groepen getroffenen (Noord-Zuidlijn, Betuweroute). Is er dan nog sprake van een 'speciale last'? Soms wordt de vraag wanneer een schade abnormaal is, niet aan rechter en bestuur overgelaten, maar heel precies door de wetgever ingevuld (Nadeelcompensatieregeling verleggen kabels en leidingen 1999). Is er dan nog echt sprake van schade die het normaal maatschappelijk risico ontstijgt, of heeft de regelgever

274 *Stb*. 1998, 325.
275 *Stcrt*. 2000, 123
276 *Stcrt*. 2001, 241.
277 Sommigen zien het verschijnsel 'nadeelcompensatiewetgeving' primair als een uitdrukking van solidariteit: zie Koeman 1979, p. 79, Van der Vlies 2003, p. 308.

vooral het doel voor ogen gestaan om de praktijk rechtszekerheid te bieden en juridisch gesteggel over de invulling van de vage égalitécriteria willen voorkomen?

Waar de precieze grenzen tussen égalité en 'solidariteit' lopen, is niet altijd makkelijk te zeggen, mede omdat de aan het égalitébeginsel verbonden schadevergoedingscriteria de nodige interpretatieruimte laten. 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. Dat neemt niet weg dat er gevallen zijn waarin het tamelijk evident is dat er geen rechtsplicht tot het treffen van een regeling bestond. Een treffend voorbeeld is de Zuiderzeesteunwet, die werd opgesteld naar aanleiding van het besluit om de Zuiderzee af te sluiten en droog te leggen, om het land beter te kunnen beveiligen tegen overstromingen. De afsluiting had een omvangrijke schade tot gevolg; een Kamerlid sprak van 'tienduizenden, die niet meer in staat zullen zijn op de gewone wijze hun brood te verdienen'.[278] De regering voelde een grote druk om voor de getroffenen 'iets te doen'. De afsluiting kon echter niet als een vorm van onteigening, onbruikbaarmaking of vernietiging van eigendom worden aangemerkt. Het ging niet zozeer om een aantasting van rechten als wel een krenking van het belang bij een ongehinderd voortgezet gebruik van de Zuiderzee. Ter rechtvaardiging van de steunregeling beriepen enige Eerste-Kamerleden zich op de égalité:

> 'Men had hier, volgens deze leden, gerust het recht kunnen erkennen op schadevergoeding wegens rechtmatige daden. De Fransche jurisprudentie doet dat ook in bijzondere gevallen en spreekt dan van "préjudice spécial".'[279]

In een fraai, maar vrijwel vergeten artikel uit 1971 heeft Ruiter betoogd waarom de Zuiderzeesteunwet niet werkelijk kan worden gezien als een start van het op het égalitébeginsel gebaseerde nadeelcompensatierecht. Ruiter onderscheidt tussen het *behoorlijkheidsmotief* dat overheerste in de Voorste Stroomjurisprudentie, de vroege Kroon-jurisprudentie en de redelijkerwijsformule in de formele wetgeving na 1955 en andere, vooral sociaal-economische motieven, die de primaire aanleiding waren voor de Zuiderzeesteunwet, de Wet schade oesterkwekers (1966) en de Deltaschadewet (1971). Ruiter ziet het verschil vooral in het feit dat door deze laatste wetten '(…) aan de individuele getroffene, levend in een gemeenschap van op dezelfde wijze getroffenen, het vermogen [wordt] verschaft het economische leven in die gemeenschap mede

278 *Handelingen II* 1924/25, p. 2239. Het ging vooral om een groep van ongeveer 3000 gedupeerde vissers en aanverwante bedrijven (o.m. visrokerijen en -zouterijen en scheepsbouwers), die ongeveer 2500 gezinnen en een gemiddelde opbrengst van 2 miljoen gulden per jaar vertegenwoordigden.

279 *Kamerstukken I* 1930-31, 35, p. 3. Voor zover ik kan overzien, is dit de eerste keer geweest dat het égalitébeginsel in de parlementaire geschiedenis is genoemd.

te helpen ombuigen, aanpassen aan de nieuwe omstandigheden die een gevolg zijn van het overheidsoptreden om (…) het welvaartspeil op gelijke hoogte te houden.' In wezen vormen de uitkeringen 'een instrument van economische politiek waarmee de wetgever over het individu heen, maar door middel van diens activiteiten, andere doelstellingen tracht te bereiken.' Dit is volgens Ruiter het belangrijkste verschil met andere vormen van schadevergoeding bij rechtmatige daad, waar het vooral gaat om gerechtigheid in het individuele geval, zoals dat van een caféhouder die omzet derft door de aanleg van een rijksweg. In het geval van de Zuiderzeesteunwet e.a. maakt het individu deel uit van een *groep*, terwijl het in het tweede voorbeeld om een enkeling zonder meer gaat.[280]

Hiermee is in elk geval *één* gezichtspunt verschaft dat als onderscheidend criterium kan dienen: de grootte van de groep getroffenen. De reden voor de wetgever om in te grijpen en in een tegemoetkomingsregeling te voorzien is vaak gelegen in het feit dat een grote groep burgers schade lijdt. Hoewel dit criterium niet *beslissend* is,[281] kan men wel stellen dat door de grootte van de groep getroffenen het zuiver compensatoire karakter van de schadevergoeding al snel naar de achtergrond verdwijnt en plaatsmaakt voor andere doelstellingen, zoals het voorkomen van schade aan de economie en sociale onrust die het gevolg zou zijn als de overheid *niet* zou ingrijpen. In het licht van deze andere doelstellingen dan het zuiver uiting geven aan een rechtsplicht tot compensatie, ligt het voor de hand dat de rechter zich terughoudend opstelt. Er zijn immers zoveel verschillende modaliteiten denkbaar om aan de doelstelling 'het voorkomen van schade aan de economie' vorm te geven, dat de wetgever de meest geëigende instantie is om daaraan vorm te geven. Ik zal bij de precieze maatstaven aan de hand waarvan kan worden bepaald of een regeling (mogelijk) vooral door de solidariteit is geïnspireerd, op deze plek niet stilstaan, en verwijs verder naar hoofdstuk 11 (in het bijzonder § 11.4.2 e.v.), waar de grenzen tussen het verplichte en het onverplichte karakter van nadeelcompensatie nader worden verkend.

Ik heb, tot slot, moeite met de stelling van Van Maanen dat solidariteit de overkoepelende grondslag is voor verschillende categorieën van schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden. Uit de solidariteit zouden volgens hem ook meer concrete beginselen, waaronder het égalitébeginsel, kunnen worden afgeleid.[282] Ik meen dat het onverstandig is om de égalité rechtstreeks tot de notie van solidariteit terug te voeren. De égalité geeft, anders dan de solidariteit, uitdrukking aan een *in rechte afdwingbare* plicht tot compensatie. Dat heeft belangrijke gevolgen: waar de wetgever zelf mag bepalen welke personen recht hebben op een tegemoetkoming op grond van overwegingen

280 Ruiter 1971, p. 256-259. Vgl. Damen 1996, p. 35-36.

281 Zo zal ik in § 7.6 betogen dat op grond van het égalitébeginsel ook een rechtsplicht tot compensatie kan bestaan indien het gaat om een grotere, omlijnde groep getroffenen.

282 Van Maanen 2004, p. 325-326.

van solidariteit, geldt het égalitébeginsel zonder onderscheid des persoons. Hoewel bestuursorganen in enige mate vrij zijn om zelf invulling te geven aan de precieze grenzen van het 'abnormale' in de zin van de égalité, geldt bij de égalité niet de grote vrijheid (mits blijvend binnen de beginselen van behoorlijk bestuur) die bestuursorganen hebben om invulling te geven aan de solidariteit. Ik zie solidariteit en égalité niet zozeer als noties die rechtstreeks met elkaar in verband staan, maar die *naast* elkaar staan en inderdaad, zoals uit de vorige paragraaf al bleek, aan elkaar *complementair* (kunnen) zijn. Wanneer de overheid meer wil doen dan waartoe zij op grond van de égalité verplicht is, dan kan zij daartoe overgaan en zich rechtstreeks baseren op de 'solidariteit', los van de égalité of een ander tot nadeelcompensatie verplichtende rechtsgrondslag.

5.8 CONCLUSIE

In hoofdstuk 4 is gebleken dat het égalitébeginsel naar Frans recht niet zonder meer van toepassing is op elke vorm van schade die kan ontstaan in de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak. In dit hoofdstuk heb ik nader uitgewerkt waarom deze Franse oplossing ook voor de verdere ontwikkeling van het Nederlandse nadeelcompensatierecht aantrekkelijk is. Daartoe is allereerst geanalyseerd wat nu precies de gevallen kenmerkt die naar Frans recht op grond van het égalitébeginsel tot aansprakelijkheid van de overheid kunnen leiden. Gebleken is dat de schade in deze zaken telkens kwalificeert als een *charge publique*, ofwel een 'openbare last'. Dit begrip is omschreven als *een door enig overheidshandelen 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel, dat noodzakelijk en onvermijdelijk is voor de behartiging van het algemeen belang*. Aan de hand van drie elementen uit deze omschrijving is de precieze betekenis van het begrip 'openbare last' vervolgens ontleed.

Ten eerste moet sprake zijn van een overheidshandeling in het algemeen belang, hetgeen bij de égalité impliceert dat er sprake moet zijn van een offer dat door het algemeen belang wordt *gevorderd*. De égalité is derhalve niet van toepassing als het algemeen belang vereist dat de schade wordt *vermeden*. Alleen in de eerste gevallen is er een directe relatie tussen het algemeen belang en de schade.

Een tweede element is dat de schade *weloverwogen* moet zijn toegebracht. De égalité verlangt dat er sprake is van een *wilsdaad*, en derhalve van een *opzettelijk* toegebracht nadeel. Dat het toepassingsbereik van de égalité in Frankrijk voornamelijk tot juridische handelingen beperkt is gebleven, is geen toeval: beschikkingen, algemeen verbindende voorschriften (zowel formele als materiële wetten), verdragen en andere juridische handelingen veronderstellen dat met een zekere mate van bewustzijn in de belangen van burgers wordt ingegrepen. Aan deze besluiten is immers een afweging van belangen voorafge-

gaan, die, als zij rechtmatig is, impliceert dat de door het besluit aangetaste belangen het afleggen tegen de door het besluit te dienen belangen.

Om van een 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel te kunnen spreken, is niet vereist dat de door het besluit aangetaste belangen voor het bestuursorgaan precies *kenbaar* waren en een *expliciete* plek in de belangenafweging hebben gekregen. In het gros van de gevallen zal het bestuursorgaan zich wel een globaal beeld kunnen vormen van de nadelen die het gevolg kunnen zijn uit rechtmatige besluitvorming. De nadelen voor burgers en ondernemingen zullen veelal behoren tot de 'rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen' (art. 3:4 lid 1 Awb). Met de term 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel is evenwel nadrukkelijk niet beoogd om het bereik van de égalité te beperken tot situaties van kenbare en voorzienbare aantastingen van belangen. Kenmerk van het belangenafwegingsproces is immers dat niet altijd op voorhand zeker is welke belangen precies door rechtmatige overheidshandelingen worden getroffen. Dat geldt zeker voor schade ten gevolge van rechtmatige wetgeving, maar ook voor andersoortige besluiten. De égalité heeft juist een belangrijke meerwaarde doordat zij zich kan richten op de *gevolgen* die rechtmatige overheidshandelingen *in concreto* hebben. 'Weloverwogen veroorzaakt nadeel' betekent in die gevallen van onvoorzienbare belangenaantastingen vooral 'op de koop toe genomen'.

Het derde element is dat alleen die schade die het noodzakelijke of onvermijdelijke gevolg is van het rechtmatige handelen kwalificeert als een openbare last. Er moet met, met andere woorden, sprake zijn van een *doel-middel-relatie* tussen de schade en het dienen van het algemeen belang: het door de overheid met haar rechtmatige daad beoogde resultaat kan slechts worden bereikt door het nadeel aan de burger toe te brengen. Dit nadeel is dus niet zo maar een offer, maar een *noodzakelijk* offer in het algemeen belang. Een 'noodzakelijk' offer is aan de orde in die gevallen waarin de *aard* van het belang met zich brengt dat een bepaalde maatregel wordt genomen (denk aan een besluit tot een verbod van gokapparaten om gokverslaving tegen te gaan). 'Onvermijdelijk' is het offer wanneer de schade slechts een *neveneffect* is van een rechtmatig besluit (bijvoorbeeld een verkeersbesluit dat leidt tot een omzetdaling van een nabijgelegen restaurant). In beide gevallen kan de schade geacht worden weloverwogen te zijn toegebracht. Als vuistregel kan dan ook worden aangenomen, dat, indien aan de doel-middel-evenredigheid van art. 3:4 lid 2 Awb is voldaan, de belangen die onvermijdelijk door de maatregel worden aangetast, kunnen worden verondersteld welbewust aan het met de maatregel te dienen algemene belang te zijn opgeofferd.

Bestuursrecht

In het vervolg van hoofdstuk 5 is voor enkele deelterreinen bezien waartoe de toepassing van de eis van een 'openbare last' leidt. Allereerst is geconcludeerd dat deze eis in de regel geen problemen oplevert bij rechtmatige *besluiten* in de zin van de Awb. Juist in het kader van de schade door dergelijke hande-

lingen is ook het Franse égalitébeginsel tot ontwikkeling gekomen. Betoogd is verder dat het bereik van de égalité op dit terrein breed is. Het omvat zowel (de verlening, wijziging of intrekking van) beschikkingen (vergunningen, ontheffingen, gedoogbesluiten) als besluiten van algemene strekking. Bezien vanuit de aard van de overheidshandeling en de schade die daar het gevolg van is, is er dan ook geen enkele reden waarom niet ook de schade ten gevolge algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels niet op grond van de (zelfstandige) égalité zoud kunnen worden beoordeeld. Gebleken is dat onder rechtmatige besluiten ook besluiten tot het *nalaten* kunnen vallen en dat er voorts geen reden is om van deze categorie de schade uit te sluiten die een rechtmatig handelen toebrengt aan een (mede-)overheid. Tot slot laat ook de schade ten gevolge van accessoire feitelijke handelingen zich goed kwalificeren als 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel, zodat ook daarop het égalitébeginsel zonder meer van toepassing is. Hoewel ook schade door formele wetten zich laat kwalificeren als weloverwogen toegebracht nadeel, kan nadeelcompensatie op grond van de égalité thans niet in rechte worden afgedwongen.

Strafvorderlijk overheidsoptreden

Problematischer is de toepassing van de égalité op *strafvorderlijk* overheidsoptreden. Zowel ten aanzien van de schade van een onschuldige derde als de schade van een ex-verdachte, kan men mijns inziens niet stellen dat deze kwalificeert als een 'openbare last'. De schade van de derde noch van de ex-verdachte kwalificeert als een welbewuste opoffering van de belangen van de enkeling. Waar het de derde betreft heeft zij steeds een incidenteel, niet te voorspellen karakter, en is zij niet het inherente gevolg van de rechtmatige bevoegdheid zelf. Bij de ex-verdachte kan men voorts niet stellen dat met het offer van een onschuldige burger het doel wordt bereikt dat men beoogde met de toepassing van de dwangmiddelen (namelijk de veroordeling van een strafbaar feit). Zodra de onschuld van de ex-verdachte blijkt, is veeleer sprake van een zinloos offer, dat de overheid – achteraf bezien – ook zelf had willen vermijden. Indien men voor deze gevallen zou willen betogen dat de schade onvermijdelijk is, dan dient men zich noodzakelijkerwijs op een abstract niveau te begeven: deze schades behoren tot de nadelen die inherent zijn aan de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden in brede zin. Deze abstracte insteek volstaat echter niet om de schade als een 'openbare last' te kwalificeren.

Hiermee hangt een tweede punt nauw samen: wanneer een schade niet 'weloverwogen' is toegebracht, spelen ook andere gezichtspunten een rol bij de bepaling van de vraag *of* de overheid aansprakelijk is. Uitgangspunt zou daarbij mijns inziens moeten zijn dat alleen bij schade die kwalificeert als een 'openbare last' de criteria van de speciale en de abnormale last een 'natuurlijke' functie als drempel voor het recht op schadevergoeding kunnen (en zouden moeten) vervullen. Met andere woorden: alleen wanneer de schade daadwerkelijk kwalificeert als een noodzakelijk offer *in het algemeen belang*, is er reden om in het recht op nadeelcompensatie een 'drempel' in te bouwen door van

de burger te verlangen dat hij aantoont dat zijn schade uitstijgt boven de normale offers die burgers wel vaker door rechtmatige maatregelen in het algemeen belang ondervinden. Naar mijn idee laat zowel de jurisprudentie ten aanzien van derden als van ex-verdachten zien dat dergelijke drempels geen functie vervullen. Het niet 'weloverwogen' karakter van de toegebrachte schade heeft derhalve ook gevolgen voor de toepasselijke schadevergoedings-*systematiek* – een verschil dat overigens ook in het Franse recht zichtbaar is (§ 4.6.5).

Naar mijn idee hebben bij zowel derden als ex-verdachten eventuele aansprakelijkheidsmitigerende factoren weinig van doen met de wijze waarop het normaal maatschappelijk risico in de bestuursrechtelijke context wordt geoperationaliseerd. Met deze notie kan men slechts uit de voeten als er ook zoiets zou zijn als een 'normale' toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden op onschuldige burgers. Juist het ingrijpende karakter van het overheidshandelen maakt echter dat in de rechtspraak in deze gevallen *in beginsel* ervan wordt uitgegaan dat de overheid schadeplichtig is. Het recht op nadeelcompensatie kan men noch ten aanzien van de derde, noch ten aanzien van de ex-verdachte, kwalificeren als een recht met een 'drempelkarakter'. Zo is de overheid volgens de *ex post*-constructie van de Hoge Raad voor de volledige schade aansprakelijk. Ook in de jurisprudentie inzake art. 89 Sv blijkt het 'normaal maatschappelijk risico' geen rol te spelen als maatstaf om het recht op schadevergoeding te mitigeren. Factoren die in beide gevallen wel van belang zijn, blijken vooral te worden ontleend aan afdeling 6.1.10 BW ofwel juist typisch te worden ontleend aan het strafprocesrecht (een veroordeling op vormfouten bijvoorbeeld). Voor zover men in deze situaties niet alle schade zou willen vergoeden, kan men dit resultaat ook bereiken door rechtstreeks afdeling 6.1.10 BW toe te passen of door toepassing van de (niet typisch bestuursrechtelijke) regel *de minimis non curat praetor*.

Dat de Hoge Raad uitgerekend de casus die aanleiding was tot het *Staat/Lavrijsen*-arrest heeft aangegrepen om het égalitébeginsel in de civiele rechtspraak te introduceren, moet achteraf als ongelukkig worden beschouwd. In mijn optiek legt de Hoge Raad de égalité ten grondslag aan een schadeplicht van de overheid die alle kenmerken heeft van een zuivere risicoaansprakelijkheid, die intreedt zodra de schade zich voordoet. Voor zover een beperking op het recht op schadevergoeding wordt aangenomen, blijken in de praktijk niet zozeer het 'normaal maatschappelijk risico' en de 'specialiteit' van de last van belang, maar art. 6:101 BW (eigen schuld), die onder meer wordt gezocht in de familieband tussen degene die het voorwerp was van de huiszoeking en de derde die de schade leed.

Een goede theoretische fundering voor het inbouwen van een drempel is in de strafrechtelijke doctrine niet gegeven. Hoewel het werken met forfaitaire bedragen aantrekkelijk is, moet betwijfeld worden of drempels op dit terrein bestaansrecht hebben. In dat licht is het ongelukkig dat het thans voorliggende wetsontwerp een centrale plaats inruimt voor het 'normaal maatschappelijk

risico'. Er hebben zich in de jurisprudentie noch ten aanzien van derden, noch ten aanzien van ex-verdachten duidelijke lijnen afgetekend op basis waarvan kan worden bepaald wanneer een schade al dan niet binnen het normaal maatschappelijk risico valt. Introductie van dit criterium in het strafrecht zal daarmee vooral een bron van rechtsonzekerheid. Verwacht mag worden dat van de introductie van dit criterium vooral de overheid de vruchten zal plukken, in die zin dat zij vermoedelijk minder vaak dan voorheen aansprakelijk zal zijn als dit ontwerp wet wordt. Het criterium moet mijns inziens uit de wet worden geschrapt.

Gevaarzettend overheidsoptreden

In het Franse recht wordt al sinds de in hoofdstuk 4 besproken *Cames*-rechtspraak onderscheiden tussen een apart regime voor schade door weloverwogen overheidshandshandelen (de égalitégevallen) en incidentele, onverwachte schade door risicovol, gevaarzettend overheidsoptreden. In de Nederlandse rechtspraak is tot op heden slechts het égalitébeginsel expliciet als grondslag voor schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden erkend. De Hoge Raad past de égalité zowel toe wanneer de schade wel (*Leffers*, *Harrida*) als niet (*Lavrijsen*) weloverwogen is toegebracht. Deze ruime reikwijdte van de égalité heeft de Hoge Raad in de problemen gebracht toen in 2004 de casus van het TBS-arrest voorlag. Ook in casu kon de schade niet als een onvermijdelijke, welbewust toegebracht gevolg worden aangemerkt, maar als een schrijnend maar niet te voorzien gevolg van de rechtmatige verlening van het verlof. De Hoge Raad besliste dat van overheidsaansprakelijkheid op grond van de égalité geen sprake kon zijn, omdat voor de overheid niet 'redelijkerwijs voorzienbaar' was dat de schade zou ontstaan. Ik heb betoogd dat deze beperking niet past bij het égalitébeginsel en zijn toepassingsbereik op oneigenlijke wijze beperkt.

Het TBS-arrest illustreert mijns inziens dat het gewenst is om te beschikken over een goede maatstaf om de 'echte' égalitégevallen van atypische situaties te kunnen afbakenen. Ik heb voorgesteld om de vraag of er sprake is geweest van een *weloverwogen* toegebracht nadeel als zodanig te laten fungeren. Op die wijze wordt de rechtszekerheid omtrent de situaties waarin de overheid verplicht is tot nadeelcompensatie bevorderd en blijft voorts een coherente toepassing van de aan het égalitébeginsel verbonden schadevergoedingscriteria gewaarborgd. Door te onderscheiden tussen verschillende typen situaties wordt het mogelijk dat de rechter tot de aanvaarding (of de afwijzing) van aansprakelijkheid kan komen, zonder daarbij afbreuk te doen aan de 'kern' van de égalité en zou het in de TBS-casus niet nodig zijn geweest om een arrest te wijzen dat op gespannen voet staat met eerdere jurisprudentie. De nieuwe vragen die deze denkrichting oproept voor een wettelijke regeling van nadeelcompensatie in de Awb, stel ik aan de orde in hoofdstuk 13.

Privaatrecht

Zowel in de Franse als de Nederlandse jurisprudentie is sporadisch de vraag aan de orde gekomen of het égalitébeginsel ook kan worden toegepast op schade die het gevolg was van aan het privaatrecht ontleende bevoegdheden. In Nederland heeft deze jurisprudentie geen hoge vlucht genomen, hoewel er wel enige aanknopingspunten in de jurisprudentie te vinden zijn. In Frankrijk heeft de bestuursrechter zich wel bevoegd geacht tot het beoordelen van schadeclaims naar aanleiding van contracten met een publiekrechtelijk karakter. Uitgaande van de Franse doctrine omtrent *contrats administratifs* kan worden betoogd dat het égalitébeginsel zich alleen leent voor toepassing op die privaatrechtelijke bevoegdheden die *mede* publiekrechtelijk van aard zijn, dat wil zeggen dat zij exclusief aan de overheid en dus niet aan elke burger toekomen. Dat zal in het bijzonder het geval zijn bij bevoegdhedenovereenkomsten. Er is in zoverre dus geen gebondenheid aan het égalitébeginsel indien de overheid zuiver privaatrechtelijk handelt.

Solidariteit

Op grond van overwegingen van solidariteit blijkt de wetgever zowel in Frankrijk als in Nederland soms tegemoetkomingen te verschaffen. De situaties waarin dat gebeurt, hebben veelal weinig weg van de égalité, al was het maar omdat aan de schade niet (althans niet direct) een overheidshandelen ten grondslag ligt. In Frankrijk is de *solidarité nationale* primair het domein van de wetgever, die in talloze gevallen een recht op schadevergoeding in het leven heeft geroepen hoewel daartoe juridisch geen verplichting bestond. Deze regelingen stellen meestal niet de voorwaarde dat de schade 'onevenredig' in de zin van het égalitébeginsel moet zijn, aangezien de interventie van de wetgever primair tot doel heeft om te *faciliteren* dat een recht op een tegemoetkoming bestaat.

Ook Nederland kent voorbeelden van dergelijke solidariteitsregelingen, zoals de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen. De Nederlandse situatie wijkt in zoverre van Frankrijk af dat het verschijnsel van geschreven nadeelcompensatie een hoge vlucht heeft genomen. De grenzen tussen égalité en solidariteit zijn daardoor niet altijd scherp te trekken: soms doet de overheid op basis van een regeling iets meer dan waartoe zij (waarschijnlijk) verplicht is. Uitgangspunt dient niettemin te zijn dat de solidariteit vooral ziet op situaties waarin geen juridisch afdwingbare plicht tot schadevergoeding bestaat. De verhouding tussen de égalité en de solidariteit kan het best worden beschreven als complementair: waar de grenzen van de égalité zijn bereikt, begint het domein van de solidariteit.

6 Het égalitébeginsel en de materiële schadevergoedingsbepalingen uit het Burgerlijk Wetboek

6.1 INLEIDING

In de komende drie hoofdstukken staan de materiële maatstaven centraal aan de hand waarvan kan worden vastgesteld *of* het égalitébeginsel tot nadeelcompensatie verplicht. De veronderstelling is daarbij dat de vraag naar de *toepasselijkheid* van het égalitébeginsel, die in het vorige hoofdstuk werd behandeld, bevestigend is beantwoord. Deze materiële maatstaven vloeien allereerst rechtstreeks voort uit het égalitébeginsel zelf. Deze maatstaven – de speciale en de abnormale last – zijn het voorwerp van de hoofdstukken 7 en 8. Daarnaast zijn ook de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW van belang. De reden om deze, primair voor civiele schadevergoedingsverbintenissen geschreven maatstaven thans eerst behandelen, is gelegen in het feit dat men aan de toepassing van de speciale en abnormale last niet toekomt alvorens er sprake is van schade en causaal verband. Om te bepalen of daarvan sprake is, wordt in de regel aangesloten bij de relevante bepalingen uit het BW, zodat het gerechtvaardigd is om deze eerst aan de orde stellen. Omdat afdeling 6.1.10 BW ook op andere vlakken voor het nadeelcompensatierecht bruikbare maatstaven aanreikt, zullen ook deze in dit hoofdstuk worden besproken.

Afdeling 6.1.10 BW bevat algemene regels ten aanzien van de inhoud en de omvang van alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding. De bestuursrechtspraak laat zien dat er weinig aarzeling bestaat om de BW-bepalingen toe te passen op situaties van *onrechtmatig* overheidsoptreden.[1] Hoewel ik meen dat er goede redenen zijn om ook voor gevallen van rechtmatig overheidsoptreden aan te sluiten bij het BW, moet worden onderkend dat er op een aantal punten verschillen bestaan tussen wat de wetgever heeft beoogd met afdeling 6.1.10 BW en de uitgangspunten van de égalité-aansprakelijkheid. Deze verschilpunten zien vooral op de omvang van de compensatieplicht, de aan de compensatie ten grondslag liggende doelstellingen en het systeem van aansprakelijkheid. Deze aspecten worden in § 6.2 besproken.

Daarna volgt een bespreking van enige voor het nadeelcompensatierecht belangrijke bepalingen uit het BW: art. 6:95 en 6:96 BW (het voor vergoeding in aanmerking komende nadeel; § 6.3), art. 6:98 (causaal verband; § 6.5), art. 6:100 (voordeelstoerekening; § 6.6), art. 6:101 BW (eigen schuld en de schade-

1 Scheltema & Scheltema 2008, p. 366 e.v., Van Ettekoven & Schueler 2003, p. 155 e.v.

beperkingsplicht; § 6.7) en de vorm van de schadevergoeding (art. 6:103 BW; § 6.8).[2] De wijze waarop wordt vastgesteld of van nadeel sprake is, komt in § 6.4 aan de orde.

Dit hoofdstuk is intern-rechtsvergelijkend van aard. Om de omvang van het onderzoek binnen de perken te houden, besteed ik verhoudingsgewijs weinig aandacht aan de 'gewone' – niet op verhoudingen met de overheid betrekking hebbende – civiele rechtspraak over afdeling 6.1.10 BW. Voor wat betreft de relevante literatuur heb ik mij voorts beperkt tot de civiele handboeken. Van belang is tot slot dat de interne rechtsvergelijking nóg een laag heeft, aangezien soms ook het planschaderecht ter sprake komt. Zoals Van den Broek in haar dissertatie heeft laten zien, worden veel bepalingen uit afdeling 6.1.10 ook in het planschaderecht toegepast.[3] Een vergelijking tussen het planschade- en het algemene nadeelcompensatierecht kan meer leren over hoe de betreffende normen in nadeelcompensatiezaken invulling krijgen.[4] Incidenteel zal daarom ook worden gekeken naar de planschaderechtspraak, die overigens geheel betrekking had op art. 49 WRO (oud).

6.2 AFDELING 6.1.10 BW: HET GEËIGENDE KADER VOOR NADEELCOMPENSATIE?

Met de codificatie van afdeling 6.1.10 BW heeft de wetgever primair beoogd een regeling te treffen voor krachtens het Burgerlijk Wetboek bestaande verplichtingen tot schadevergoeding. Te denken valt aan de verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie (art. 6:74 BW), onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en verschillende kwalitatieve aansprakelijkheden (art. 6:169 e.v. BW). In de parlementaire geschiedenis van het BW is ter sprake gekomen of afdeling 6.1.10 zich ertoe leent om van overeenkomstige toepassing te zijn op krachtens het bestuursrecht bestaande verbintenissen tot schadevergoeding. De wetgever meende toen dat daarbij voorzichtigheid moet worden betracht. Dit niet alleen omdat de BW-bepalingen zijn bedoeld om te worden toegepast op vorderingen van privaatrechtelijke aard, maar ook omdat het bestuursrecht veelal uitgewerkte regelingen kent waarin specifieke maatstaven zijn opgenomen die bepalen wanneer iemand onevenredig is getroffen en ten aanzien van welke besluiten of andere overheidshandelingen een schadeplicht kan bestaan. De BW-wetgever heeft deze bijzondere aard van de verbintenis tot nadeelcompensatie willen respecteren. Wel voegde hij daaraan toe 'dat, zo een lacune

2 Andere artikelen lijken minder relevant in nadeelcompensatiezaken en laat ik buiten beschouwing. Dat geldt in elk geval voor art. 6:104 (winstafdracht bij onrechtmatige daad), art. 6:107 (schadevergoeding bij letsel), 6:108 (overlijden).

3 Van den Broek 2002 (zie bijv. haar hoofdstuk 2 en het onderscheid tussen vestiging en omvang van aansprakelijkheid).

4 Al in 1983 sprak een Commissie van het 'uitstralingseffect van de redactie van artikel 49 WRO' (Van Ravels 2009a, p. 93).

blijkt te bestaan, het zoeken van aansluiting bij [afdeling 6.1.10 BW] in aanmerking kan komen'.[5]

Bij de behandeling van de Vierde Tranche van de Awb heeft de Awb-wetgever later een iets minder terughoudend standpunt ingenomen. In de toelichting wordt gesteld dat de bepalingen die in het BW en de Awb zijn opgenomen ieder in beginsel gelden voor de terreinen die door deze wetten worden bestreken. Dat neemt volgens de wetgever echter niet weg dat regels in het ene rechtsgebied van overeenkomstige toepassing kunnen zijn in het andere rechtsgebied. Nodeloze verschillen zouden moeten worden voorkomen, omdat deze het recht ingewikkelder en minder geloofwaardig maken. Deze genuanceerde opvatting mondt uiteindelijk uit in de stelling dat in beginsel bij het BW moet worden aangesloten indien de eigen aard van het bestuursrecht geen argumenten oplevert voor een andere regeling.[6]

Ook in de literatuur wordt veelvuldig bepleit om voor verplichtingen tot nadeelcompensatie in beginsel bij het BW aan te sluiten. Een van de grote pleitbezorgers voor aansluiting bij het BW, Van der Schans, meent dat afdeling 6.1.10 BW rechtstreeks van toepassing kan worden geacht op alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad.[7] Ook Bloembergen heeft herhaaldelijk aansluiting bij de BW-bepalingen bepleit, welke volgens hem *naar analogie* kunnen worden toegepast in het bestuursrecht.[8] Scheltema & Scheltema zijn iets voorzichtiger en beschouwen het bestuursrecht en het privaatrecht in beginsel als zelfstandige rechtsgebieden. Wel menen zij dat eventuele lacunes in het bestuursrecht met privaatrechtelijke bepalingen kunnen worden ingevuld. Dit geldt volgens hen ook voor verplichtingen tot nadeelcompensatie, hoewel zij aantekenen dat de verplichting tot nadeelcompensatie alleen ziet op de onevenredige schade, en het bestuur op grond van een nadeelcompensatieregeling veelal enige vrijheid heeft om te bepalen wanneer een burger onevenredig is getroffen.[9]

De algemene teneur in de literatuur is dus overwegend positief over de mogelijke toegevoegde waarde van het BW voor verplichtingen tot nadeelcompensatie.[10] Ik zie geen reden om van deze positieve grondhouding af te wijken. Met Scheltema & Scheltema meen ik dat men, indien zich in het nadeelcompensatierecht een lacune voordoet, in beginsel aansluiting zou moeten zoeken bij het BW. De BW-bepalingen hebben hun waarde in tal van rechtsgebie-

5 MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6, p. 1262.
6 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 15-16 (MvT).
7 Van der Schans 1988, p. 52-55 en nadien onder meer Van der Schans 2007, p. 201.
8 Zie bijv. zijn noot bij HR 25 september 1998, *NJ* 1999, 193, Bloembergen 1996, p. 11, waar hij stelt 'dat Afdeling 6.1.10 in beginsel zonder meer kan worden toegepast op bestuursrechtelijke verplichtingen tot schadevergoeding, met name op die uit rechtmatige overheidsdaad' alsmede Lindenbergh & Bloembergen 2001, p. 37.
9 Scheltema & Scheltema 2008, p. 417. Vgl. Van der Does & Snijders 2001, p. 101.
10 Sommige auteurs zijn iets terughoudender, zie bijvoorbeeld Teunissen 2001 en Voermans 1997.

den bewezen;[11] zij vormen voor belangrijke vragen als het bestaan van schade, de soorten voor vergoeding in aanmerking komende schade en het causaal verband het meest natuurlijke richtsnoer. Het is niet in te zien waarom voor de aansprakelijkheid van de overheid op grond van de égalité niet bij deze bepalingen zou kunnen worden aangesloten. Van belang is bovendien dat het BW ruimte laat om recht te doen aan het 'eigene' van het nadeelcompensatierecht. Zo laat art. 6:98 BW expliciet ruimte om bij de bepaling van het causaal verband rekening te houden met de aard van de aansprakelijkheid. Voor aansprakelijkheden uit rechtmatige daad betekent dit meestal dat hoge eisen worden gesteld alvorens de schade wordt toegerekend. Er valt al met al veel te zeggen voor de prozaïsche constatering van Lindenbergh dat een beter schadevergoedingsrecht dan het civiele nu eenmaal niet bestaat en het daarom niet valt in te zien waarom andere rechters dan de civiele "in beginsel vrij" zouden zijn om andere regels te hanteren.'[12]

Toch meen ik dat er ook belangrijke verschillen bestaan tussen het civiele schadevergoedingsrecht en het nadeelcompensatierecht. Het onderscheid tussen beide regimes komt naar mijn idee met name op drie punten naar voren: de *omvang* van de verbintenis tot schadevergoeding, de *doelstellingen* en het *systeem* van de aansprakelijkheid.

6.2.1 Onderscheid in omvang van de schadevergoeding

Een van de aan afdeling 6.1.10 BW ten grondslag liggende beginselen is dat vermogensschade volledig moet worden vergoed.[13] De benadeelde moet zoveel mogelijk worden geplaatst in de positie waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden (*restitutio in integrum*). Dit blijkt bijvoorbeeld uit art. 6:109 BW: de rechter kan de schadevergoedingsplicht matigen indien 'toekenning van volledige schadevergoeding (….) tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden'. Uitgangspunt is dus dat de *werkelijk geleden schade* moet worden vergoed, zij het dat er op grond van wettelijke beperkingen zoals het causaal verband (art. 6:98 BW) en eigen schuld (art. 6:101 BW) aanleiding kan bestaan van dit uitgangspunt af te wijken. Met aan de schade vreemde elementen zoals de draagkracht van de benadeelde wordt in elk geval geen rekening gehouden.[14]

De vergoeding van alleen het onevenredig nadeel bij de toepassing van het égalitébeginsel staat niet per definitie met deze hoofddoelstelling van

11 Zie t.a.v. het ambtenarenrecht CRvB 30 maart 1995, *AB* 1995, 334, de onrechtmatige overheidsdaad in het algemeen Berkel-Kikkert & Broekhuizen 2009 en de schade van ex-verdachten bijv. Bakels 1991.

12 Lindenbergh 2008, p. 40.

13 Schadevergoeding (Lindenbergh), Inleiding, aant. 5.

14 Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 95, aant. 5.

afdeling 6.1.10 BW op gespannen voet. Ook het égalitébeginsel laat immers ruimte om de schade volledig te vergoeden; soms is *alle* schade onevenredig.[15] Anders dan sommige civilisten menen, kan men het echter niet omkeren: in het door de égalité beheerste nadeelcompensatierecht is volledige schadevergoeding uitzondering, geen regel. Bij de pleidooien van sommige civilisten, die stellen dat ook bij schadevergoeding uit rechtmatige overheidsdaad *in beginsel* een plicht tot volledige schadevergoeding bestaat, kunnen dan ook vraagtekens worden geplaatst. Daarmee bedoelen zij niet – om deze terminologische kwestie maar meteen uit de wereld te helpen – dat deze plicht bestaat *voor zover* het nadeel onevenredig is. Veeleer zijn zij van mening dat het uitgangspunt van het herstel in de oude toestand ook aan de verplichting tot schadevergoeding uit rechtmatige overheidsdaad ten grondslag ligt.[16] Bloembergen & Lindenbergh stellen zelfs dat de rechtspraak van de Raad van State tendeert naar volledige vergoeding.[17] Zij onderschrijven deze ontwikkeling, omdat het aannemen van een verplichting tot volledige schadevergoeding met aanvaarding van een matigingsbevoegdheid wegens onaanvaardbaarheid, eventueel op ruimere gronden, beter past in ons aansprakelijkheidsrecht en de rechter meer dwingt tot het geven van inzicht in de door hem gevolgde redenering.

Ik ben door deze argumenten niet erg overtuigd. Ten eerste is het de vraag of art. 49 WRO (oud), waarop deze auteurs hun oordeel baseren, een goed voorbeeld is: de planschaderechtspraak was lange tijd immers niet gebaseerd op de égalité, maar op de materiële rechtszekerheid, een grondslag die leidt tot een ruimere aansprakelijkheid dan het égalitébeginsel, onder meer omdat het 'normaal maatschappelijk risico' in de (oude) planschaderechtspraak geen rol speelde. Voorts zijn er wellicht incidentele uitspraken waarin de rechter de overheid op grond van de égalité verplicht tot het herstel van de oude toestand, maar dit zijn uitzonderingsgevallen. Uit de rechtspraak komt onmiskenbaar als hoofdregel naar voren dat de égalité slechts verplicht tot vergoeding van het (volledige) nadeel dat speciaal en abnormaal is. Uit dit drempelkarakter van het recht op schadevergoeding blijkt dat de égalité niet uitgaat van de *restitutio in integrum*-gedachte. De tegenwerping van Bloembergen dat ook afdeling 6.1.10 BW mogelijkheden biedt om tot een minder dan volledige vergoeding te komen, namelijk door de (bestuurs)rechter gebruik te laten

15 Zie Rb Groningen 3 mei 2006, LJN AX4137, een vervolg op ABRvS 23 juli 2003, *AB* 2004, 275, m.nt. NV. Zie voorts ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0554 (sub 2.5.2). Ruimte voor schadeloosstelling op grond van de égalité zien ook Drupsteen 2002, p. 26 en Schlössels 2002, p. 189.

16 Barendrecht & Hendrikx 1995, p. 140.

17 Bloembergen & Lindenbergh 2001, p. 18. Hierin klinkt vooral de stem van Bloembergen door (zie ook Bloembergen 1992a, p. 128-129. Lindenbergh heeft meer oog voor de typische aard van de égalité-aansprakelijkheid en stelt dat het bij de égalité 'niet steeds [gaat] om plaatsing van de benadeelde in de positie waarin hij zonder het overheidsbesluit zou hebben verkeerd' (2008, p. 18).

maken van het recht om wegens 'kennelijke onaanvaardbaarheid' de vergoeding te matigen (art. 6:109 BW),[18] is niet erg sterk. Ten eerst dient de rechter van het matigingsrecht terughoudend gebruik te maken,[19] zodat moeilijk is in te zien hoe de bestuursrechter met deze bepaling in nadeelcompensatiegevallen uit de voeten zou kunnen. Ten tweede laat de abnormale last ruimte om met veel meer factoren rekening te houden om de nadeelcompensatieplicht te beperken dan de beperkte factoren op grond waarvan de rechter volgens art. 6:109 BW de schadevergoedingsplicht mag matigen, namelijk de aard van de aansprakelijkheid, draagkracht en de rechtsverhouding tussen partijen.

6.2.2 Onderscheid in doelstellingen

Om het onderscheid tussen beide vormen van aansprakelijkheid nader uit te werken, moet ook worden gewezen op het onderscheid in hun beider *doelstellingen*. Als doelstellingen van het schadevergoedingsrecht worden vooral genoemd: genoegdoening voor de benadeelde (vooral van belang bij niet-vermogensschade), het ongedaan maken van de verrijking van de aansprakelijke persoon, het herstel van de oude toestand, de handhaving van aanspraken, het bestraffen van de schuldige aansprakelijke persoon en de preventie van schade.[20]

Deze doelstellingen zijn nauw verweven met het tegengaan van ongewenst gedrag.[21] Met nadeelcompensatie op grond van de égalité wordt niet beoogd om ongewenst gedrag tegen te gaan, doch om de onevenredig nadelige gevolgen van *gewenst* gedrag te redresseren. Dat betekent dat men met de genoemde doelstellingen in het nadeelcompensatierecht weinig aan kan. De geringe verwantschap tussen nadeelcompensatie en het onrechtmatigedaadsrecht voor wat betreft de doelstellingen blijkt ook uit het in hoofdstuk 11 te behandelen figuur van de 'onverplichte nadeelcompensatie', die vooral dient om politiek gewenste resultaten te bereiken. Verwantschap zie ik overigens wel indien men de grondslag voor nadeelcompensatie zoekt in het evenredigheidsbeginsel. Dit beginsel gaat immers uit van de zorgvuldigheid die bestuursorganen moeten betrachten voordat zij een besluit nemen. Indien een besluit wordt vernietigd omdat met de belangen van enkele burgers geen rekening is gehouden, ligt daarin het verwijt besloten dat een bestuursorgaan in het vervolg dergelijk handelen dient na te laten. De mogelijkheid om het schadeveroorzakende gedrag te verbieden totdat zekerheid is gesteld omtrent de schadever-

18 Bloembergen & Lindenbergh 2001, p. 18 (als ook Bloembergen 1992a, p. 129).
19 Asser-Hartkamp IV (Verbintenissenrecht), nr. 494.
20 Schadevergoeding (Lindenbergh), Inl., p. 25.
21 Engelhard & Van Maanen 2008, p. 92.

goeding biedt in dat verband een belangrijke waarborg om niet onverkort met het schadeveroorzakende handelen te worden geconfronteerd.[22]

De vraag welke doelstelling aan nadeelcompensatie op grond van de égalité ten grondslag ligt, is daarmee nog niet beantwoord. Van belang is dat waar in de gevallen van onrechtmatig handelen de schadevergoeding het foutieve gedrag 'sanctioneert', bij de rechtmatige daad het dominante perspectief dat van het slachtoffer is. De schadevergoeding sanctioneert niet, maar verzacht: zij herstelt een onevenredig nadeel.[23] De Franse auteur Lochak kwalificeert de égalité-aansprakelijkheid in dit verband als een *responsabilité-prix*. Deze aansprakelijkheid:

> 'correspond (…) au prix que [l'administration] doit payer en contrepartie du préjudice grave, spécial et anormal que ses agissements engendrent pour certaines personnes.'[24]

Aansprakelijkheid is dus de prijs die de overheid moet betalen voor het toebrengen van een speciaal en abnormaal nadeel: de overheid betaalt, maar behoudt de mogelijkheid te blijven handelen zoals zij deed. Een dergelijk nadeel is geen nadeel dat de getroffene niet had mogen overkomen, maar een nadeel dat redelijkerwijs niet te zijnen laste behoort te blijven. Ik meen dat de hoofddoelstelling van de compensatie op grond van de égalité dient te vertrekken vanuit dit slachtofferperspectief. Als zodanig hoofddoel zie ik dan ook de *verzachting* van de last die burger dient te dragen. Daarin komt ook goed tot uitdrukking dat het niet gaat om het *wegnemen* van de schade: beoogd wordt slechts de last minder zwaar op de burger te laten drukken.[25]

In de civiele literatuur worden nog andere (neven)doelstellingen genoemd, die naar mijn idee minder prominent aanwezig zijn, maar wel met de égalité kunnen worden verenigd. Ten eerste het doel 'spreiding van schade'. Gesteld kan worden dat met nadeelcompensatie wordt bereikt dat een speciaal en abnormaal nadeel dat een (beperkte groep) burger(s) lijdt wordt gespreid over

---

22 Zeer duidelijk in die zin Brouwer 1999, p. 55: 'De plicht die in deze gevallen van onrechtmatigheid geschonden is, is een zorgplicht: de verplichting om ervoor te zorgen dat niet de situatie ontstaat waarin de schadetoebrengende handeling wordt verricht en een schadevergoeding achterwege blijft.'

23 Amselek 1977, p. 233 e.v.

24 Lochak 1993, p. 306. Daarnaast onderscheidt zij binnen de overheidsaansprakelijkheid een *responsabilité-sanction* (onrechtmatige overheidsdaad, waar de schadevergoedingsplicht ertoe strekt om ervoor te zorgen dat de overheid zich voortaan aan de norm conformeert) en *responsabilité-assurance* (aansprakelijkheid als verzekering, waarmee de overheid instaat voor risico's waarmee individuele burgers geconfronteerd worden, zoals de onder de *responsabilité pour risque* vallende gevallen waarin personen op proefverlof aan derden schade toebrengen).

25 Engelhard & Van Maanen 2008, p. 92 noemen *het bijdragen aan een gevoel van erkenning* als functie van (onder meer) de égalité-aansprakelijkheid. Deze functie neigt naar mijn gevoel iets te veel naar de functie van uit coulance verstrekte betalingen, maar ik acht het juist dat ook zij vertrekken vanuit het slachtofferperspectief.

de gemeenschap.[26] Bij de égalité is de primaire reden voor de spreiding van de schade gelegen in het *profijt* dat de gemeenschap van het rechtmatige overheidshandelen trekt. In die profijtgedachte schuilt de kern van de égalité: zij is immers aanleiding tegenover dit voordeel voor de gemeenschap een compensatie voor de onevenredig benadeelde te stellen (vgl. Lochak, die spreekt van compensatie *en contrepartie* (als tegenprestatie) voor het toebrengen van een onevenredig nadeel). Door middel van deze nadere toespitsing wordt duidelijk waarin de égalité zich onderscheidt van de onrechtmatige daad, maar ook van de solidariteit, waarin deze profijtgedachte niet of veel minder duidelijk een rol speelt: het is immers niet zo dat de gemeenschap profiteert van onjuiste besluiten of van van buiten komende schadeoorzaken (natuurrampen e.d.).

Een laatste, ook met de égalité te verenigen doel kan worden gezocht in de 'handhaving van aanspraken'. Dit is volgens Bloembergen & Lindenbergh het hoofddoel van het aansprakelijkheidsrecht[27] en volgens Schueler ook het hoofddoel van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Schueler stelt dat dit in elk geval geldt voor schadevergoeding bij onrechtmatige overheidshandelingen, waarbij hij aantekent dat schadevergoeding een *second best*-optie is, omdat nakoming van de geschonden plicht of herstel van de feitelijke toestand vaak niet meer mogelijk zijn. Hij meent dat deze doelstelling ook aan de aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad ten grondslag ligt: 'Bij de toepassing van het égalitébeginsel is de schadevergoeding (…) een 'second best'-oplossing voor de handhaving van een aanspraak op gelijke behandeling.'[28] Ik kan mij hierin vinden, zo lang duidelijk is dat de égalité uiting geeft aan een (afdwingbare) aanspraak op handhaving van een bepaalde *minimumsituatie*. De minimumaanspraak waarop de justitiabele recht heeft, is – negatief geformuleerd – dat hij niet van de overheid hoeft te dulden dat deze hem een speciaal en abnormaal nadeel toebrengt. Deze criteria waarborgen dat de overheid niet door een bepaalde ondergrens mag heen zakken. Ik benadruk dit, omdat men in veel uitspraken over nadeelcompensatie sporen vindt van de gedachte dat een burger geen aanspraak heeft op het voortbestaan van een bepaalde toestand, maar er altijd rekening mee moet houden dat in zijn situatie wijzigingen kunnen optreden. Wanneer een zeer ernstige inbreuk wordt gemaakt op een gevestigd recht of een bestaand belang, en in dat verband een nadeelcompensatieplicht wordt aanvaard, kan mijns inziens dan ook niet worden gesteld dat daaraan de doelstelling ten grondslag ligt de handhaving van de bestaande situatie te garanderen; een aanspraak op het voorbestaan van die oude situatie had hij immers niet. Omdat hij in beginsel enig nadeel zal moeten dulden, is er bij nadeelcompensatie dus sprake van een enigszins gemankeerde 'handhaving van aanspraken'. Dit is daarom een niet erg dominant doel van het

26 Zie ook Hartlief 1997, p. 18.
27 Ibid., p. 8.
28 Schueler 2006, p. 215.

toekennen van nadeelcompensatie, maar evenmin een doel dat men geheel kan uitvlakken.

6.2.3 Onderscheid in het systeem van aansprakelijkheid

Een laatste verschil dat ik wil noemen is een verschil in systeem. Ten eerste is er het verschil dat de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW zich richten tot de rechter. In de context van de nadeelcompensatie beslist echter in eerste instantie een *bestuursorgaan* over de vraag of en zo ja, in hoeverre het aansprakelijk is. Dit verschil is vooral van belang omdat de rechter het bestuur bij deze vraag in de regel enige discretionaire ruimte laat. Deze discretionaire ruimte is vooral zichtbaar bij de interpretatie van het 'normaal maatschappelijk risico' en keert juist bij de toepassing van sommige bepalingen uit afdeling 6.1.10 BW niet altijd terug, zoals de (dus vol te toetsen) vraag *of* er nadeel bestaat, of er een *condicio sine qua non* bestaat en de wijze waarop de schade dient te worden begroot, toetst de rechter in de regel vol.[29] Voor andere bepalingen ligt het weer anders. Zo kan het feit dat een ondernemer door dezelfde maatregel zowel voorals nadelen ondervindt, aanleiding zijn om een percentage op de als onevenredig aan te merken nadelen in mindering te brengen.[30] Bij de bepaling van de precieze hoogte van dit soort percentages laat de rechter in de regel enige discretionaire ruimte. Het tot op enige hoogte 'politieke' karakter van het recht op nadeelcompensatie leidt dus al snel tot een enigszins afstandelijke rechterlijke toets.[31]

Een tweede verschil is dat de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW pas worden toegepast nadat is vastgesteld *dat* een aansprakelijkheid bestaat. Bij deze vraag naar de *vestiging* van de aansprakelijkheid gaat het erom of de door het recht gespecificeerde condities voor aansprakelijkheid zijn vervuld.[32] Afdeling 6.1.10 BW bevat echter alleen regels die de *omvang* van de verplichting tot schadevergoeding regelen.[33] De vraag *of* een schadevergoedingsplicht bestaat is dan dus een gepasseerd station.

Sommige auteurs verdedigen dat de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW ook bij verplichtingen tot nadeelcompensatie pas in de omvangfase aan de orde komen.[34] Ook in de toelichting bij de Regeling Nadeelcompensatie Ver-

---

29 Zie bijv. ABRvS 7 september 2005, LJN AU2170 (verkeerd referentiejaar), ABRvS 5 oktober 2005, LJN AU3801 (geschil over uitleg van term 'brutowinst'). De Afdeling aarzelt soms evenmin zelf de hoogte van de te bepalen compensatie vast te stellen, zie bijv. ABRvS 26 april 2006, *JB* 2006, 171, ABRvS 17 juni 2009, *JB* 2009, 177.

30 Zie bijv. Rb Dordrecht 11 juli 2008, LJN BG3548.

31 Zie ook hierna, § 8.4.

32 Van den Berk 1991, p. 74.

33 Lindenbergh 2008, p. 32, Bloembergen & Lindenbergh 2001, p. 30.

34 Van den Berk 1991, p. 74 e.v., Van den Broek 2007, p. 122-123, Van den Broek & Groothuijse 2008, p. 147, Van Ravels & Roozendaal (losbl.), p. F-10-7.

keer en Waterstaat 1999 wordt zulks betoogd.[35] Wellicht dat dit mede is ingegeven door de praktijk in het planschaderecht, waar, zoals Van den Broek heeft laten zien, een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen vestiging en de omvang van de aansprakelijkheid.[36] Dit lijkt echter mede te kunnen worden verklaard door het feit dat de 'redelijkerwijsformule' op dat terrein lange tijd niet werd ingevuld aan de hand van het égalitébeginsel. Door op dat terrein voor het rechtszekerheidsbeginsel als rechtsgrondslag te kiezen kon men in beginsel stellen dat de overheid aansprakelijk is zodra er sprake was van een nadeel en een planologisch nadeliger situatie (causaal verband). Volgens standaardrechtspraak komt pas daarna de vraag aan de orde of op grond van risicoaanvaarding de compensatieplicht alsnog deels of geheel kan komen te vervallen.

Voor het reguliere nadeelcompensatierecht gaat dit echter niet op. Het is immers moeilijk in te zien dat de enkele aanwezigheid van een rechtmatige overheidshandeling, schade en een *condicio sine qua non*-verband tussen beide, al voldoende zou zijn om te stellen dat de overheid in beginsel aansprakelijk is, en dat men zich daarna nog slechts over de omvang van de aansprakelijkheid zou hoeven te bekommeren.[37] Een alternatieve lezing zou zijn dat de aansprakelijkheid wordt gevestigd als er sprake is van een rechtmatige overheidshandeling die in causaal verband staat met de schade, en als er sprake is van een speciaal en abnormaal nadeel. In die visie moet men *eerst* vaststellen of er een speciaal en abnormaal nadeel bestaat en komt men bij een bevestigend antwoord op die vraag toe aan de omvang van de vergoeding, waarbij bepalingen als art. 6:98 BW (causaliteit), 6:100 BW (voordeelstoerekening) en eigen schuld (art. 6:101 BW) van belang zijn.

Er zijn uitspraken waarin het onderscheid tussen vestiging en omvang van de aansprakelijkheid op die manier vorm krijgt. Gedacht kan worden aan het geval van varkensboer Leffers, ten aanzien van wie de Hoge Raad eerst (impliciet) vaststelde dat hij speciaal en abnormaal werd getroffen, maar in feitelijke instantie later alsnog alle schade voor zijn rekening werd gelaten, omdat Leffers de voorwaarden die aan zijn vergunning waren verbonden, niet goed bleek te hebben nageleefd (eigen schuld).[38] Een voorbeeld is ook het geval van de projectontwikkelaar die forse schade leed toen een groot recreatieproject, *Portomaar*, geen doorgang vond. Er was geen discussie over de vraag of het nadeel onevenredig was. In het kader van de bepaling van de *omvang* van het te vergoeden nadeel, werd wel rekening gehouden met het feit dat hij zijn schade had weten te beperken door de levering van bepaalde grond niet in

35 *Stcrt*. 1999, nr. 172, p. 5.
36 Van den Broek 2002.
37 Anders: Van den Berk 1997, p. 102 e.v. en Van den Berk 1991, p. 76-77, op dit punt terecht bestreden door Bloembergen 1992b, p. 264.
38 Pres. Rb Den Haag 7 april 1993, *KG* 1993, 162.

rechte af te dwingen (vgl. art. 6:101 BW).[39] Een laatste voorbeeld vindt men bij strafvorderlijk overheidsoptreden. Indien rechtmatige strafvorderlijke overheidshandelingen zaakschade toebrengen aan derden (niet-verdachten), dan is dergelijke schade in beginsel abnormaal, maar kan volgens de Hoge Raad op grond van het leerstuk van de eigen schuld aanleiding bestaan de schadeplicht te mitigeren of te doen vervallen.[40]

Dit onderscheid tussen vestiging en omvang van de nadeelcompensatieplicht kan echter niet altijd worden gemaakt.[41] Zo staat risicoaanvaarding (dat kan worden gerelateerd aan art. 6:101 BW (eigen schuld)) soms in de weg aan het vestigen van aansprakelijkheid, en is dit dus niet een aspect dat alleen van belang is in het kader van de omvang van de schadevergoedingsplicht.[42] In sommige gevallen spelen (sommige van de) BW-criteria al een rol in het kader van de vraag of de aansprakelijkheid gevestigd wordt. Het gegeven dat tevens voordeel wordt genoten van een schadeveroorzakende overheidshandeling kan een reden zijn om op het vastgestelde schadebedrag een bedrag ter grootte van het genoten voordeel in mindering te brengen.[43] Dit gegeven kan echter ook leiden tot het oordeel dat van onevenredige schade überhaupt geen sprake is, zodat de aansprakelijkheid niet wordt gevestigd, en men aan de omvang van de schadevergoeding niet toekomt.[44] Op dit onderscheid tussen vestiging en omvang van schadevergoeding kom ik terug in mijn bespreking van enkele aandachtspunten bij het concipiëren van een wettelijke regeling van nadeelcompensatie in de Awb (zie in het bijzonder § 13.4.3.2).

Slotopmerking

In het bovenstaande heb ik getracht op een aantal kernpunten aan te geven waarin de verplichting tot nadeelcompensatie zich onderscheidt van de uitgangspunten van het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht. Uit deze verschillen kan men mijns inziens opmaken dat van een *analoge* toepassing van de gehele afdeling 6.1.10 BW op verplichtingen tot nadeelcompensatie geen sprake kan zijn. De eigen aard van het nadeelcompensatierecht maakt dat men oog moet houden voor de verschillen tussen beide regimes. Conform het eerder genoemde uitgangspunt dat bij eventuele lacunes evenwel in beginsel aansluiting kan (en moet) worden gezocht bij de BW-bepalingen, wil ik thans enkele bepalingen besprekingen waarbij een dergelijke aansluiting mijns inziens voor de hand ligt. Om te beginnen is dat het onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel.

---

39 Rb Maastricht 11 december 2003, LJN AO0048.
40 HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*).
41 Zo ook Scheltema & Scheltema 2008, p. 417.
42 Zie bijv. Rb Zwolle 26 januari 2005, LJN AS3863 (sub 3.38).
43 ABRvS 1 augustus 1997, *AB* 1998, 38.
44 Zie bijv. ABRvS 19 juli 2006, LJN AY4261.

6.3 VERMOGENSSCHADE EN ANDER NADEEL (ART. 6:95 EN 6:96 BW)

6.3.1 Vermogensschade

Algemeen wordt aangenomen dat het bestuursrecht geen ander schadebegrip huldigt dan het civiele recht.[45] Dit impliceert dat in het nadeelcompensatierecht aansluiting kan worden gezocht bij de bepalingen in het BW over het schadebegrip. Dat zegt overigens niet zo veel, omdat het BW geen definitie geeft van wat schade eigenlijk is. In de literatuur is het begrip schade omschreven als 'een vermindering in een object'[46] of als 'een verslechtering of een vermindering ten opzichte van een bepaalde toestand, waarbij die vermindering aan een bepaald object (het vermogen of iets anders) wordt gerelateerd'.[47] Hoewel het BW het schadebegrip niet nader definieert, geeft het wel houvast in de vorm van een opsomming van enige vormen van vergoedbare schade. Het BW onderscheidt tussen 'vermogensschade' en 'ander nadeel'.

Vermogensschade is schade die het vermogen raakt, of, anders gezegd, schade die in geld is uit te drukken. Zij kan bestaan uit geleden verlies, gederfde winst (eigenlijk: het achterwege blijven van een vermogensvermeerdering) en redelijke kosten van schadebeperking, schadevoorkoming, schadevaststelling en de kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (art. 6:96 BW). Het begrip 'vermogensschade' moet worden opgevat als zou het moeten gaan om de vermindering of de ontneming van een vermogensrecht (zoals het eigendomsrecht); dat er sprake is van vermogensschade in feitelijk-economische zin is voldoende.[48]

Ander nadeel is niet op geld waardeerbaar. Het wordt omschreven als 'niet-vermogensschade', 'niet-economische schade' of 'immateriële schade'.[49] Voorbeelden zijn lichamelijke pijn, de schending van de eer of de goede naam, verdriet, of – in de context van de nadeelcompensatie waarschijnlijker – slapeloosheid (in situaties van hinder bijv.). 'Ander nadeel' en 'immaterieel nadeel' zijn geen synoniemen, zoals Van der Schans heeft benadrukt. Hij illustreert dit aan de hand van geluidsoverlast door werkzaamheden aan de infrastructuur. Indien deze geluidsoverlast leidt tot een verstoring van de financiële woonlasten en het woongenot waarvoor die lasten worden betaald, dan is sprake van 'vermogensschade'. Leidt diezelfde geluidsoverlast ertoe dat

45 Zie bijv. Van den Berk 1991, p. 64, De Groot 1982, p. 124 e.v. Van den Broek 2002, p. 10 e.v.
46 Spier e.a. 2006, p. 231.
47 Bloembergen & Lindenbergh 2001, p. 45-46. Volgens Van Dale is nadeel synoniem voor 'schade' of 'verlies'. Nadeel is 'dat waardoor iemand of iets minder wordt'.
48 Bloembergen & Lindenbergh 2001, p. 59.
49 Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 6:95, aant. 18.

omwonenden letterlijk ziek worden van het lawaai, dan is sprake van 'ander nadeel'.[50]

Het onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel is om een aantal redenen relevant. Ten eerste heeft het slachtoffer in beginsel recht op een vergoeding van alle vermogensschade, terwijl ander nadeel 'naar billijkheid' wordt vastgesteld. Voorts beperkt art. 6:95 BW de vergoeding van ander nadeel tot de in de wet (in het bijzonder art. 6:106 BW) genoemde gevallen, omdat anders moet worden gevreesd voor een te grote uitbreiding van de aansprakelijkheidslast.[51] Een laatste verschil betreft de aan de getroffene op te leggen bewijslast: deze is zwaarder indien men zich beroept op art. 6:106 BW dan wanneer vergoeding van vermogensschade wordt gevraagd. Dat hangt met de aard van de schade samen: als men zich beroept op het toebrengen van lichamelijk of geestelijk letsel, zal het bestaan in rechte moeten worden vastgesteld van een medisch erkend ziektebeeld.[52]

Nadeelcompensatie wordt in verreweg de meeste gevallen verstrekt ter zake van vermogensschade. Meestal gaat het om *zuivere* vermogensschade, dat wil zeggen schade die niet bestaat uit schade aan personen of zaken. Onder het regime van de égalité is zelden sprake van een claim tot vergoeding van zaakschade of personenschade.[53]

> Een in het planschaderecht veel voorkomende vorm van schade is waardevermindering van een pand of een stuk grond. In de sfeer van de verkeersmaatregelen kan men denken aan de omzetderving of gederfde winst van een restaurant dat langere tijd verminderd bereikbaar is. Wordt bij een bedrijf een milieuvergunning aangescherpt, dan kan dit leiden tot structurele bedrijfsschade in de vorm van de kosten om aan de nieuwe milieu-eisen te voldoen (aanschaf van nieuwe apparatuur, het aanbrengen van bouwkundige voorzieningen, kosten in het kader van het honorarium van een ingenieur of architect). Ook is denkbaar dat hij incidentele bedrijfsschade lijdt, in de vorm van een tijdelijk ongunstig bedrijfsresultaat of een derving van inkomen of winst, of in de vorm van verhuiskosten en desinvesteringen, indien het bedrijf besluit zijn activiteiten te verplaatsen.

50 Van der Schans 2007, p. 202. Zie ook Rb Assen 26 februari 2001, LJN AB0962, waarin de rechtbank de Stab op dit punt corrigeert.

51 Bloembergen & Lindenbergh 2001, p. 57.

52 Van der Schans 2007, p. 203.

53 Wel kan worden gewezen op jurisprudentie van de civiele rechter ter zake van schade door strafvorderlijk overheidsoptreden. Daarbij gaat het in de regel wél om zaak- en personenschade. In hoofdstuk 5 heb ik betoogd dat de grondslag voor de compensatie in deze gevallen niet de égalité is. Veeleer is sprake van Nederlandse varianten op de Franse *responsabilité pour risque*, waar vergoedingen van personen- en zaakschade eveneens vaak aan de orde zijn. De lasten ten aanzien waarvan op grond van de égalité een compensatieplicht kan bestaan zijn ook volgens Lochak (1993, p. 284) 'purement financières ou patrimoniales'.

Ten aanzien van deze vormen van schade zijn de bepalingen van het BW in beginsel van overeenkomstige toepassing. Dat impliceert onder meer dat zowel het geleden verlies als de gederfde winst voor nadeelcompensatie in aanmerking komt, conform art. 6:96 lid 1 BW. Ook bij andere schadeposten, zoals het verlies aan goodwill, volgt de rechtspraak de lijn dat deze schade voor nadeelcompensatie in aanmerking kan komen.[54] Uit sommige uitspraken kan wel een iets grotere terughoudendheid worden opgemaakt ten aanzien van de compensatie van (bepaalde vormen van) *inkomensschade*, zoals schade die louter bestaat uit gederfde winst, het missen van een voordeel of het verloren gaan van een kans. Zo bepaalde het Hof Arnhem in een geschil over beperkingen van de mogelijkheid in een gemeente een gokhal te exploiteren dat de gemeente niet onrechtmatig had gehandeld door geen schadevergoeding toe te kennen. Daarbij speelde mee dat de schade voornamelijk bestond uit een verlies van toekomstige winstcapaciteit.[55] Reeds geleden verlies (een omzetdaling bijvoorbeeld) maakt in de regel een hogere kans om als onevenredig te worden aangemerkt dan in de toekomst te lijden verlies. Zo bepaalde het Hof Arnhem in een andere zaak dat de schade die bestond uit het niet-gunnen van een bepaald gunstig verkooppunt aan een benzinestation (een gemist voordeel), behoort tot het normaal bedrijfsrisico van een concurrerende tankstationhouder.[56]

Om voor vergoeding in aanmerking te komen, moet de schade aan een aantal voorwaarden voldoen. Vanzelfsprekend zal van een *daadwerkelijke* vermogensaantasting sprake moeten zijn.[57] Zo kan geen vergoeding worden verkregen voor schade in de vorm van een *tijdelijke waardevermindering* van een pand. Als een huis gedurende de periode dat bouwwerkzaamheden worden uitgevoerd, in waarde daalt en wordt verkocht, dan komt het verschil tussen dit bedrag en het bedrag dat zonder de werkzaamheden zou zijn verkregen, volgens vaste jurisprudentie echter niet voor compensatie in aanmerking. De Afdeling stelde in een dergelijk geval:

> 'Voor mogelijke vergoeding in aanmerking komende waardevermindering van een woning kan alleen voortvloeien uit een oorzaak met een duurzaam karakter. Tijdelijke waardevermindering van een woning hoeft in beginsel niet vergoed te worden.'[58]

54 Zie t.a.v. goodwill bijv. ABRvS 14 januari 2004, *JB* 2004, 86, m.nt. RJNS, Rb Rotterdam 1 december 2005, LJN AV2664.

55 Hof Arnhem 24 januari 1995, *NJ* 1996, 242 (*Double Fun*, sub 6.5).

56 Hof Arnhem 25 september 2007, LJN BB8609. Vgl. ABRvS 12 augustus 2009, LJN BJ5092.

57 Vgl. ABRvS 5 maart 2008, LJN BC5782: grond die in waarde steeg was nooit aan de beweerdelijke benadeelde geleverd, zodat de waardestijging onderscheidenlijk –daling hem niet in zijn vermogen trof.

58 ABRvS 20 september 2006, LJN AY8507. Vgl. ABRvS 23 maart 2005, LJN AT1990, Rb Arnhem 19 juni 2003, LJN AG9390, ABRvS 24 maart 2004, LJN AO6087, en ABRvS 12 mei 2000, LJN AA6820.

Tijdelijke waardevermindering is volgens Van der Schans 'geen bruikbaar begrip voor schadevergoeding, omdat na het einde van de tijdelijke ingreep, mits de omgeving in een ordentelijke toestand wordt hersteld, de invloed daarvan op de waarde van het te taxeren object verdwijnt'.[59] Deze schade is op de langere termijn geen schade die de getroffene daadwerkelijk in zijn vermogen treft.

Van belang is bovendien dat de schade *voldoende zeker* is. Mogelijk in de toekomst te lijden nadelen kwalificeren niet als zeker; onvoldoende is dat een burger het *risico loopt* schade te lijden.[60] Toen de Staat een beleidswijziging doorvoerde ten aanzien van de functiescheiding van wegrestaurants en benzinestations om zo de toetredingsmogelijkheden voor nieuwkomers te verruimen, stelde AC Restaurants hier slechts tegenover dat het 'mogelijk een slechter exploitatieresultaat zal verkrijgen'. Dit was volgens het Hof onvoldoende voor het oordeel dat het bedrijf door de beleidswijziging in vergelijking met anderen onevenredig werd getroffen.[61] In het geval van de onttrekking van een overweg aan het openbaar verkeer wees de Afdeling op dezelfde grond een claim af. De betrokkene stelde een bedrijfseconomisch nadeel te lijden doordat hem de mogelijkheid werd ontnomen zijn melkveebedrijf aan de overzijde van het spoor uit te breiden. Dat hij zijn bedrijf in die richting wilde uitbreiden, stond ten tijde van de beslissing op bezwaar echter helemaal niet vast, omdat hij de betrokken grond nog niet in zijn eigendom had. Rechtbank en Afdeling waren van oordeel dat ten aanzien van deze schadepost onvoldoende vaststond dat het bedrijfseconomische nadeel zich daadwerkelijk zou manifesteren. Dat hij deze grond daarna wel in eigendom verwierf, maakte dit volgens de Afdeling niet anders, omdat de koop pas na de beslissing op bezwaar had plaatsgevonden.[62] Een andere uitkomst zou onredelijk zijn geweest, omdat burgers zich dan in een schadelijke positie zouden kunnen manoeuvreren.

Tot slot moet uit de gegevens die de burger overlegt naar *objectieve maatstaven* blijken dat schade is geleden. Van de subjectieve beleving van de burger wordt geabstraheerd: een 'overigens heel begrijpelijke teleurstelling aan de kant van appellant' is onvoldoende.[63]

---

59 Van der Schans 2004, p. 15. Van Wijmen bepleit een flexibele interpretatie van het begrip 'duurzaam' (noot bij ABRvS 12 mei 2000, *BR* 2001, 230).

60 Vzr. Rb Haarlem 8 november 2006, LJN AZ2719, ABRvS 27 juni 2007, LJN BA8147. Vgl. Rb Amsterdam 6 oktober 1999, LJN AA4267: volgens de rechtbank zou een ontheffingsbesluit niet leiden tot 'reële schade, vallend buiten de normale maatschappelijke risico's.' In het *Rapport van de commissie inzake schadevergoedingsverordeningen* (Alphen aan den Rijn 1964) wordt gesteld dat op grond van art. 49 WRO de schade onder meer als kenmerk moet hebben dat zij 'zeker en werkelijk (en niet alleen mogelijk)' is (p. 9), dat wil zeggen '*reëel* en ook *voelbaar*' (p. 15).

61 Hof Den Haag 29 maart 2007, LJN BA3417.

62 ABRvS 30 mei 2007, LJN BA6012.

63 CRvB 12 april 2007, LJN BA4242.

De eigenaar van een woning stelde schade in de vorm van waardevermindering te lijden ten gevolge van de plaatsing van een UMTS-zendmast nabij zijn woning. De rechtbank stelde vast dat bij de huidige stand van de wetenschap geen gezondheidsrisico's aan de aanwezigheid van een zendmast zijn verbonden. 'Bij de vraag of de waarde van de woning van eiser in het vrije economische verkeer negatief wordt beïnvloed door de nabije aanwezigheid van de mast, heeft de willekeurige, redelijk denkende en handelende koper als maatstaf te gelden. Van de subjectieve beleving van potentiële kopers op de woningmarkt ten aanzien van ongegronde angsten en vermoedens over de gezondheidsrisico's van het wonen in de buurt van een UMTS zendmast dient, wat daar verder ook van zij, geobjectiveerd te worden.'[64]

De stelling dat het Tracébesluit Betuweroute 'een achteruitgang van de woonomgeving' tot gevolg zal hebben, is in haar algemeenheid ook onvoldoende. De rechtbank Arnhem overwoog dat het erom gaat of 'naar objectieve maatstaven de waarde van eisers woning daalt ten gevolge van de verandering van de omgeving, of potentiële kopers ten gevolge van de verandering van de omgeving een lagere koopprijs zullen betalen'. Daarvan was geen sprake, omdat verweerder met juistheid had betoogd dat de woning van de appellant niet geïsoleerd zou raken, en zijn reistijd tot het centrum niet zou afnemen.[65]

6.3.2 Ander nadeel

Het recht op vergoeding van ander nadeel is krachtens art. 6:95 BW beperkt tot de gevallen waarin de wet op vergoeding hiervan recht geeft. Een en ander is nader uitgewerkt in art. 6:106 BW, dat de vergoeding van ander nadeel definieert als 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat' en de vergoeding ervan beperkt tot de gevallen waarin de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen, de benadeelde letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast, of als het nadeel is gelegen in de aantasting van de nagedachtenis van een overledene of enkele andere nader genoemde aan het slachtoffer gerelateerden. Het moet, kort gezegd, gaan om schade in de vorm van de aantasting van de getroffene in zijn persoon.[66]

In de jurisprudentie is een vordering tot vergoeding van schade in de vorm van ander nadeel zelden aan de orde. Uit enige uitspraken kan echter impliciet opmaken dat ook ander nadeel voor nadeelcompensatie in aanmerking kan komen.[67] Interessant in dit verband is ook een al wat oudere uitspraak van de Afdeling waaruit blijkt dat zij niet principieel afwijzend staat tegenover

64 Rb Utrecht 14 oktober 2009, LJN BK0868.
65 Rb Arnhem 27 april 2004, LJN AO9897.
66 Van der Schans 2007, p. 202.
67 ABRvS 12 mei 2000, LJN AA6820 (sub 2.3), ABRvS 8 februari 2006, LJN AV1254 (sub 2.5.1), ABRvS 16 oktober 2002, LJN AE8789 (sub 2.34.2).

vergoeding van niet op geld waardeerbaar nadeel.[68] Het betrof het geval van een omwonende die schade leed door de (met het bestemmingsplan strijdige) vestiging in een buurpand van een centrum voor moeilijk opvoedbare jongeren. Zijn schade bestond uit verhuiskosten, de herinrichtings- en transactiekosten, gederfde rente, proceskosten en 'immateriële schade wegens gederfd woongenot'. Het college van B&W overwoog ten aanzien van die laatste schadepost dat deze überhaupt niet voor vergoeding in aanmerking kwam. De Afdeling achtte dit onjuist:

> 'Met betrekking tot de door appellant – wegens gederfd woongenot – geclaimde immateriële schade overweegt de Afdeling rechtspraak voorts dat verweerders deze bij de vaststelling van de schadevergoeding ten onrechte buiten beschouwing hebben gelaten op de grond dat de toekenning van zodanige schadevergoeding deswege 'in onze rechtscultuur' geen bekendheid zou genieten. Deze stelling is onjuist en geoordeeld moet aldus worden dat verweerders het instellen van een nader onderzoek ook op dit punt niet achterwege hadden mogen laten.'

Hoewel voorbeelden van nadeelcompensatie ter zake van 'ander nadeel' schaars zijn, is er geen principiële reden waarom dit nadeel niet op grond van de égalité voor compensatie in aanmerking zou kunnen komen.[69] Ook het planschaderecht[70] en het ambtenarenrecht[71] laten dit overigens zien.

Dat de jurisprudentie weinig voorbeelden van succesvolle nadeelcompensatieclaims voor dergelijk nadeel laat zien, hangt waarschijnlijk samen met de hoge drempels die hiervoor gelden: deze schade wordt alleen vergoed bij een 'ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer'.[72] Deze maatstaf is afkomstig uit de parlementaire geschiedenis van het BW.[73] Dit is een hoge drempel. Bij geestelijk letsel zal men het bestaan moeten bewijzen van schade in de vorm van een medisch erkend ziektebeeld.[74] In de uitspraak waarin de Afdeling dit criterium introduceerde ging het om schade ten gevolge van een vernietigde milieuvergunning, waardoor een omwonende ernstig in zijn slaap gestoord werd. De Afdeling meende dat 'enige mate van ongerief' geen aanleiding kon zijn voor het toekennen van een tegemoetkoming, maar deze verstoring wel. In een geval waarin een gemeente in strijd met eerdere toezeggingen een woonwagenkampbewoner dwong een andere woonvorm aan te nemen, werd ook immateriële schade vergoed, kennelijk vanwege de cultuurschok die dit

68 ARRvS 15 februari 1993, *AB* 1993, 488, m.nt. LJR.
69 In gelijke zin De Brauw 1955, p. 123 en A-G Spier (HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430, m.nt. JBMV (*TBS*), concl. sub 5.33.1).
70 Van Male 1990, p. 446 wijst op CRvB 11 februari 1998, *TAR* 1988, 76.
71 Zie ABRvS 13 maart 1997, *AB* 1997, 362, m.nt. BJS alsmede de verwijzingen bij Van den Broek 2002, p. 44-45 en Van Ravels 2002a, p. 386-387.
72 ABRvS 15 januari 1998, *NJB* 1998, p. 405.
73 Zie voor details Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 106, aant. 27.6.
74 Van der Schans 2007, p. 203.

voor haar teweegbracht.[75] Het onderscheid tussen immateriële en materiële schade is bij aantasting van woongenot overigens niet altijd eenvoudig te maken. Zo heeft de Afdeling schade door stof, lawaai en nachtelijke verlichting (hinder) als materiële schade aangemerkt, waar de rechtbank in dezelfde zaak deze schade als immateriële schade had gezien.[76] De benadering van de Afdeling sluit aan op die in het planschaderecht, waar schade door vermindering van woongenot als materieel nadeel wordt aangemerkt, omdat zij een waardevermindering van het onroerend goed tot gevolg kan hebben.[77]

6.3.3 Kosten die mede als vermogensschade kunnen worden vergoed

Artikel 6:96 somt in het tweede lid een aantal kostenposten op die als vermogensschade mede voor vergoeding in aanmerking komen. Het betreft de kosten ter voorkoming of beperking van schade (art. 6:96 lid 2, sub a), de kosten ter vaststelling van de schade en de aansprakelijkheid (art. 6:96 lid 2, sub b) en de kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte (art. 6:96 lid 2, sub c, dat verder onbesproken blijft). In dit artikellid wordt telkens gesproken van 'redelijke kosten'. In het civiele recht wordt algemeen aanvaard dat deze redelijkheidsmaatstaf een dubbele betekenis heeft: niet alleen moet het maken van kosten redelijkerwijs verantwoord zijn, maar ook de omvang van die kosten moet redelijk zijn.[78] Dit wordt de 'dubbele redelijkheidstoets' genoemd.

6.3.3.1 Kosten ter beperking of voorkoming van schade

In art. 6:96 lid 2, sub a BW is een regeling opgenomen voor de vergoeding van de kosten die zijn gemaakt om de schade te beperken of te voorkomen. De ratio van deze bepaling is dat het alleen redelijk is van de benadeelde te verlangen dat hij zijn schade beperkt indien hij erop kan rekenen dat de in het kader daarvan in redelijkheid gemaakte kosten vergoed zullen worden. Het artikel is in dat opzicht het complement van art. 6:101 BW, dat de schadevergoedingsplicht vermindert al naar gelang de schade het gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend.[79] Bij de vraag of het gaat om *in redelijkheid* gemaakte kosten, moet onder meer worden gelet op de vraag of er voldoende dreiging uitging van de schadeveroorzakende gebeurtenis en of er sprake is van een redelijke verhouding tussen de omvang van de te verwachten kosten van de maatregelen en de hoogte van de als

75 Hof Den Haag 30 juni 2009, LJN BJ1592.
76 ABRvS 30 mei 2000, *BR* 2001, 431, m.nt. BPMvR, *JB* 2000, 201, m.nt. RJNS. In dit geval werd overigens schade uit *on*rechtmatige daad gevorderd.
77 AGRvS 19 juli 1989, *BR* 1989, 704.
78 Asser-Hartkamp I (Verbintenissenrecht), nr. 414.
79 Tekst & Commentaar Vermogensrecht (Oosterveen), art. 6:96 BW, aant. 2, Deventer: Kluwer 2009.

gevolg van de gebeurtenis te verwachten schade. Het artikel brengt niet met zich dat alleen kosten die daadwerkelijk hebben geleid tot het voorkomen of beperken van de schade, voor vergoeding in aanmerking komen. Volgens de bedoeling van de BW-wetgever is het voldoende als de kosten tot het bedoelde doel zijn gemaakt en dat zij met het oog op dat doel 'redelijk' waren.[80]

In het planschaderecht geldt als regel dat de kosten alleen als noodzakelijk uitvloeisel van het rechtmatige schadeveroorzakende besluit gelden indien en voor zover deze kosten even hoog of lager zouden uitvallen dan de schade die zou optreden bij het ongewijzigd laten of slechts beperkt aanpassen van de situatie die door het schadeveroorzakende handelen is ontstaan.[81] Dit brengt met zich dat de kosten verbonden aan maatregelen die verder gaan dan noodzakelijk om de schade te beperken, niet voor compensatie in aanmerking komen. De tegemoetkoming in de kosten treedt in de plaats van de schade die anders zou zijn ontstaan.

Over de kosten die worden gemaakt ter beperking van de schade, is in sommige nadeelcompensatieregelingen een bepaling opgenomen.[82] In de RNVW 1999 wordt gesteld dat het moet gaan om kosten naar aanleiding van maatregelen die 'passend en nodig' zijn.[83] Maatregelen die niet nodig zijn, of niet geschikt zijn om de schade te beperken staan niet in causaal verband met het schadeveroorzakende besluit, en worden dus niet vergoed.[84] Het feit dat de benadeelde redelijkerwijs geen alternatieven ten dienste stonden voor het nemen van een bepaalde schadebeperkende maatregel kan een goede indicator zijn van de gepastheid ervan, zodat de dientengevolge gemaakte kosten moeten worden vergoed.

> Een voorbeeld is de zaak *Moonflower*, die ging over de schade die een exploitant van een bloemenverkooppunt leed in verband met de tijdelijke sluiting van de middenhal van het Amsterdamse centraal station. De exploitant besloot een aanvullende exploitatieovereenkomst met de NS te sluiten voor een verkooppunt in de westtunnel, om het gebrek aan inkomsten in de middentunnel te ondervangen. Vervolgens deed zich de onvoorziene omstandigheid voor dat door een aan de gemeente Amsterdam toe te rekenen vertraging bij de aanleg van de Noord-Zuidlijn

80 J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.) 2007 (T&C Vermogensrecht), art. 6:96 BW, aant. 2.MvA II, *Parl. Gesch.*, p. 334-335.

81 ABRvS 22 juli 1994, *BR* 1995, 327 m.nt. Van Wijmen en ABRvS 23 juni 2000, *BR* 2001, p. 232. In de eerste uitspraak stelt de Afdeling wel als voorwaarde dat de kosten in een redelijke verhouding staan tot de hoogte van de schade die zou zijn geleden zonder de schadebeperkende maatregelen.

82 Zie bijv. art. 5 Verordening Nadeelcompensatie en Planschade Noord-Zuidlijn en art. 8 lid 2 van de Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999. Zie ook de toelichting in de Verordening Schadeschap Luchthaven Schiphol, p. 29.

83 *Stcrt*. 1999, 172, p. 8.

84 Om dit te beoordelen wordt in de Verordening Nadeelcompensatie en Planschade Noord-Zuidlijn van de laedens verwacht dat hij eerst aan de gemeenteraad voorlegt welke maatregelen hij van plan is te gaan nemen. Zie ook Neerhof 2003, p. 93-94.

de middentunnel langer openbleef. Moonflower was op grond van de met de NS gesloten overeenkomst verplicht de ruimte in de westtunnel voor het publiek open te stellen en maakte in dat verband dus kosten, hoewel door de langere opening van de middentunnel het verkooppunt in de westtunnel nauwelijks werd gefrequenteerd. Het opzeggen van deze aanvullende overeenkomst was geen optie, omdat dit tot verlies van de compensatiemogelijkheid voor de sluiting van de middentunnel zou hebben geleid, en daarmee de schade zou hebben vergroot. De vraag was of de beslissing van Moonflower om een derde verkoopruimte te gaan exploiteren een typische ondernemersbeslissing was en niet aan de aanleg van de Noord-Zuidlijn kon worden toegerekend, of een redelijkerwijs te treffen schadebeperkende maatregel. De Afdeling oordeelde dat het laatste het geval was. Zij benadrukte dat Moonflower niet de vrije keuze had om drie in plaats van twee verkooppunten te exploiteren en dat Moonflower door het derde verkooppunt in exploitatie te nemen niet een keuze heeft gemaakt waarvan de gevolgen voor haar rekening en risico komen. De extra schade die zij leed doordat zij het derde verkooppunt in gebruik moest nemen, was daarom eveneens een nadeel dat redelijkerwijze niet ten laste van Moonflower diende te blijven.[85]

Een kinderkledingwinkel leed schade doordat de investeringen die het eerder had gepleegd in verband met de verhuizing naar een nieuw pand in de binnenstad van Dordrecht waardeloos waren geworden. Deze verhuizing was ingegeven door eerdere verkeersbesluiten. Eind 2002 werd de winkel ook op de nieuwe locatie getroffen door verkeersbesluiten, die als doel hadden de binnenstad autovrij te maken door de plaatsing van 'pollers' (verzinkbare palen). De schade van de winkel werd onevenredig geacht. Tot de vergoedbare kosten behoorden ook de kosten in verband met de verhuizing. Deze verhuizing kon worden aangemerkt als een redelijke ondernemersbeslissing die het rechtstreekse gevolg is van de verkeersbesluiten, zodat dientengevolge ook de daaruit voortvloeiende kosten voor vergoeding in aanmerking kwamen.[86]

In de context van de égalité-aansprakelijkheid ligt het voor de hand dat de dreigende schade een zekere ernst moet hebben, willen de kosten die worden gemaakt ter beperking daarvan, voor compensatie in aanmerking komen. Indien een omwonende die last heeft van werkzaamheden dusdanige maatregelen treft dat hij geen enkele geluidsoverlast meer zal ondervinden, maar daarvoor wel hoge kosten heeft gemaakt, zal het bestuursorgaan zich vermoedelijk met succes kunnen verweren met de stelling dat in elk geval niet al deze kosten voor vergoeding in aanmerking komen, aangezien *enig* nadeel normaal gesproken zal moeten worden geduld.

Voor de rechtbank Assen speelde een geval waarin maatregelen waren genomen tegen uitzichtschade. De rechtbank meende dat de kosten hiervan niet voor vergoeding in aanmerking kwamen, omdat de uitzichtschade zelf 'onvoldoende relevant'

85 ABRvS 26 maart 2008, LJN BC7607. Vgl. KB 25 juni 1986, *BR* 1986, 856.
86 ABRvS 24 juni 2009, *TBR* 2009, 172, m.nt. Sluysmans.

was: eisers hadden op het perceel dat het uitzicht zou bederven, slechts een beperkt zicht.[87]

Een nadeel van een zekere ernst en omvang is mijns inziens niet per definitie synoniem met een buiten het normaal maatschappelijk risico vallend nadeel. Er zullen zeker gevallen zijn waarin evident is dat het niet nemen van schadebeperkende maatregelen tot onevenredig nadeel zal leiden – denk aan de verplaatsing van een bedrijf in het zicht van de onttrekking van een weg aan het openbaar verkeer – maar dit zinvolle inschattingen vallen hierover van tevoren niet altijd te maken. Bepalend is uiteindelijk of er een redelijke verhouding bestaat tussen de omvang van de kosten van de (passende) maatregelen en de hoogte van de als gevolg van de gebeurtenis te verwachten schade. Om die reden heb ik ook twijfel bij het standpunt van de rechtbank Den Haag in de zaak *Phobutech*. Daarin hadden B&W het aanvaardbaar maatschappelijk risico bepaald op het nadeel dat wordt geleden als gevolg van een omzetdaling van 15% op jaarbasis, gerelateerd aan een aantal referentiejaren. Dit percentage werd niet alleen ingezet om te beoordelen of de schade onevenredig was, maar ook om te bepalen of de kosten ten gevolge schadebeperkende maatregelen (tot het trillingsvrij laten opstellen van een filmrecorder) voor compensatie in aanmerking kwamen. Omdat deze laatste kosten ruimschoots onder deze drempel bleven, meende de rechtbank dat B&W deze terecht niet hadden vergoed.[88] Hoewel uit de uitspraak niet met zoveel woorden blijkt dat alleen schade die boven een dergelijk percentage uitstijgt, zou moeten worden vergoed, is het mijns inziens niet juist om drempelpercentages die worden toegepast om te beoordelen of de schade onevenredig is ook toe te passen op de vraag of er sprake is van kosten van schadebeperkende maatregelen die voor compensatie in aanmerking komen. Het is immers denkbaar dat met een relatief goedkope ingreep een omvangrijk, mogelijk onevenredig nadeel kan worden voorkomen. De relatieve laagte van deze kosten zou in zo'n geval mijns inziens niet per definitie met zich moeten brengen dat zij niet als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking zouden kunnen komen. Het transponeren van de omzetdrempels naar de vraag of de kosten voor schadebeperking in aanmerking komen voor compensatie, zou kunnen betekenen dat dergelijke kosten nog maar zelden worden vergoed.

6.3.3.2 Kosten ter vaststelling van de schade en de aansprakelijkheid

Op grond van art. 6:96 lid 2, sub b kunnen ook redelijke kosten ter vaststelling van de schade en de aansprakelijkheid voor vergoeding in aanmerking komen. Het gaat hierbij om expertisekosten, kosten van juridisch advies (incl. rechtsbijstand) en de verzameling van bewijs. Vereist is dat er een causaal verband

87 Rb Assen 26 februari 2001, LJN AB0962. Zie ook ABRvS 5 oktober 2005, LJN AU3801.
88 Rb Den Haag 9 juli 1999, *JB* 1999, 234, m.nt. RJNS (*Phobutech*).

bestaat tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en deze kosten; zowel een *condicio sine qua non*-verband als een 'toerekeningsverband'. In beginsel dient de benadeelde dit verband aan te tonen.[89]

Voor de vergoeding van deskundigenkosten in de *beroepsfase* vormt art. 8:75 Awb het exclusieve beoordelingskader. Hierna wil ik echter slechts stilstaan bij de kosten die een belanghebbende in de *voorprocedure* moet maken in verband met de behandeling van het bezwaar. Voor deze gevallen geeft art. 7:15 lid 2 Awb (en het daarop gebaseerde Besluit proceskosten bestuursrecht) de hoofdregel: het bestuursorgaan dient deze kosten alleen te vergoeden als het besluit wordt herroepen 'wegens aan het bestuur te wijten onrechtmatigheid'. In de jurisprudentie wordt in dit verband het 'tegen beter weten in'-criterium gehanteerd: indien de primaire besluitvorming dermate ernstige gebreken vertoont, dat gezegd moet worden dat het bestuursorgaan tegen beter weten in een onrechtmatig primair besluit heeft genomen, kunnen de genoemde kosten worden vergoed.[90] In nadeelcompensatiezaken hanteert de Afdeling echter een minder stringente maatstaf. De reden daarvoor zou gelegen kunnen zijn in de complexiteit van de nadeelcompensatieproblematiek.[91] De Afdeling stelt zich op het standpunt dat:

> '(…) indien bij de schadevaststelling in het kader van nadeelcompensatie zowel het inroepen van rechts- dan wel deskundigenbijstand als de kosten daarvan redelijk zijn te achten, deze kosten deel moeten kunnen uitmaken van de te vergoeden schade.'[92]

Ook hier dus een dubbele redelijkheidstoets: zowel de kosten zelf als het inroepen van de bijstand dienen 'redelijk' te zijn. Deze regel wordt ook toegepast in het civiele recht[93] en keert in verschillende nadeelcompensatieregelingen terug.[94] Uit art. 4:2 lid 2 Awb – 'De aanvrager verschaft voorts de gegevens die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen' – volgt dat het aan de benadeelde is om de omvang van deze kosten met bescheiden te onderbouwen. Laat hij dit na, of verstrekt hij onvoldoende feitelijke gegevens, dan kan de aanvraag in beginsel worden afgewezen. De onderzoeksplicht van het bestuur (art. 3:2

89 J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.) 2007 (T&C Vermogensrecht), art. 6:96 BW, aant. 3.
90 CRvB 24 januari 1995, *JB* 1995, 47. Zie nader Winter 2000, p. 112 e.v.
91 Schlössels, noot bij Rb Den Haag 9 juli 1999, *JB* 1999, 234. Zie ook de noot van Michiels bij ABRvS 30 november 1998, *AB* 1999, 90.
92 ABRvS 23 september 1996, *AB* 1996, 494, m.nt. AvH, bevestigd in ABRvS 1 augustus 1997, *AB* 1998, 37, m.nt. PvB en *AB* 1998, 38, ABRvS 6 maart 2002, LJN AE0350.
93 HR 3 april 1987, *NJ* 1988, 275, m.nt. CJHB, HR 10 maart 1993, *BR* 1993, 544. Zie t.a.v. onrechtmatige overheidsbesluiten in dit verband HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 746 (*Velsen/De Waard*).
94 Zie bijv. art. 10 RNVW 1999, art. 7 Verordening Nadeelcompensatie en Planschade Noord-Zuidlijn, p. 7 van de Circulaire schadevergoedingen van VROM (t.a.v. art. 15.20 Wet milieubeheer) en art. 6.5 sub a Wro.

Awb) reikt niet zo ver dat het bestuur alles in het werk moet stellen om zelf de gegevens te krijgen die eventueel zouden leiden tot een inwilliging van het verzoek.[95]

Mulder heeft onderzocht hoe de bestuursrechter invulling geeft aan de redelijkheidstoets en stelt dat dit sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Als een verordening hoge eisen stelt aan de adstructie van zijn claim, zullen volgens hem de ter zake van het inwinnen van deskundigenadvies gemaakte kosten eerder redelijk zijn en dus voor compensatie in aanmerking komen.[96] In een geval waarin een verordening bepaalde dat de schadeaanvraag vergezeld diende te gaan van 'een zo redelijkerwijs mogelijke opgave van de aard en omvang van de schade, alsmede een specificatie van het bedrag van de schade', oordeelde de Afdeling dat deze bepaling 'een dermate actieve en specialistische inbreng van de aanvrager vergde, dat het inroepen van rechtsbijstand, in het kader van de vaststelling van de schade, redelijk was'.[97] Van belang kan voorts zijn of bij de indiening of de verdere behandeling van het verzoek om nadeelcompensatie gecompliceerde schadevragen aan de orde zijn.[98]

> Enige voorbeelden van de invulling van de redelijkheidstoets. Niet redelijk werden geacht de kosten gemaakt in verband met het inschakelen van deskundigenbijstand in een dermate vroeg stadium dat nog geen reëel zicht bestond op de te lijden schade en er nog een mogelijkheid bestond om met het bestuur te onderhandelen over een oplossing.[99] Evenmin was vergoeding aangewezen in verband met kosten van nodeloze juridische procedures die geen verband hielden met de schadeoorzaak.[100] Verplicht een wettelijk voorschrift een bestuursorgaan tot het inschakelen van een onafhankelijke deskundige adviseur, maar wacht de aanvrager dat advies niet af en schakelt hij reeds een eigen deskundige in, dan worden de daarmee gemoeide kosten ook niet redelijk geacht.[101] Relevant is niet of de ingeschakelde deskundigen bijdragen aan een verbeterde zienswijze van hetgeen de door het bestuur ingeschakelde commissie zelf reeds aan kennis heeft vergaard[102] of dat de mening van de deskundige leidt tot een afwijking van het advies van de schadeadviescommissie.[103]

Soms betogen bestuursorgaan dat tot de te vergoeden kosten niet de kosten van *rechts*bijstand kunnen worden gerekend, omdat deze kosten niet nodig

95 Rb Roermond 11 februari 1999, LJN AA3418.
96 Mulder 2004, p. 103 e.v.
97 ABRvS 16 april 2003, LJN AF7337.
98 ABRvS 29 november 2006, LJN AZ3259, ABRvS 27 juni 2007, LJN BA8139.
99 Rb Den Haag 9 juli 1999, *JB* 1999, 234, m.nt. RJNS (*Phobutech*), ABRvS 5 juni 2000, *JB* 2000, 214 (*Phobutech*). Zie ook Mulder 2004, p. 107.
100 Rb Zutphen 19 januari 2004, LJN AR4959, ABRvS 15 december 2004, LJN AR7601.
101 ABRvS 4 februari 2000, *AB* 2000, 427, m.nt. JSt, Rb Arnhem 5 juni 2003, LJN AH9484.
102 Rb Dordrecht 4 april 2002, LJN AE1704.
103 ABRvS 27 juni 2007, LJN BA8139.

zouden zijn om de schade *vast te stellen*. Bij de vaststelling van de omvang van planschade heeft de Afdeling bij de invulling van de dubbele redelijkheidstoets het criterium gehanteerd dat het inschakelen van deskundigen in de fase voorafgaand aan de bezwaarfase redelijkerwijs noodzakelijk moeten zijn teneinde tot een geobjectiveerde waardebepaling te komen.[104] In het kader van een verzoek om nadeelcompensatie op grond van art. 15.20 Wm heeft de Afdeling zich hierbij aangesloten.[105] Uit die uitspraak wordt duidelijk dat de kosten van rechtsbijstand (ook al worden deze gemaakt in het kader van de *belangenbehartiging* in verband met de vaststelling van de schadevergoeding) ook voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Van den Broek leidt uit deze jurisprudentie af dat in de fase voorafgaand aan het primaire besluit voor vergoeding in aanmerking komen zowel de kosten voor bijstand door een taxateur of een schade-expert betreffende de vaststelling van de schade als zodanig, als de kosten voor bijstand door een jurist betreffende de belangenbehartiging in verband met de vaststelling van de nadeelcompensatie.[106]

Ten aanzien van de vergoeding van deskundigenkosten in de bezwaarfase wordt een onderscheid gemaakt tussen bezwaren gericht tegen een primair besluit van *voor* 12 maart 2002 (de datum van inwerkingtreding van art. 7:15 en 7:28 Awb) en besluiten van op of na die datum. Kosten van bezwaarschriftenprocedures tegen primaire besluiten van *voor* 12 maart 2002 dienen in beginsel voor rekening van de belanghebbende te blijven en komen slechts in bijzondere gevallen langs de weg van artikel 8:73 van de Awb voor vergoeding in aanmerking.[107] Voor besluiten in primo van na 12 maart 2002 gelden de artikelen 7:15, 7:28 en 8:75 Awb als het relevante wettelijke kader.[108]

6.4 De vaststelling van het nadeel

6.4.1 De vergelijking tussen twee toestanden

Zoals gesteld kent het BW geen definitie van het schadebegrip. Uit de definitie van Bloembergen & Lindenbergh – schade is 'een verslechtering of een vermindering ten opzichte van een bepaalde toestand, waarbij die vermindering aan een bepaald object (het vermogen of iets anders) wordt gerelateerd'[109] – valt

104 ABRvS 20 januari 1998, *AB* 1998, 143, m.nt. GMvdB.
105 ABRvS 13 juli 2005, *AB* 2006, 61, m.nt. GMvdB. Vgl. ABRvS 14 januari 2000, *JB* 2000, 50, m.nt. RJNS.
106 Zie haar noot bij ABRvS 13 juli 2005, *AB* 2006, 61. Zie ook ABRvS 6 maart 2002, LJN AE0350.
107 ABRvS 17 juli 2002, *JB* 2002, 293, m.nt. AMLJ. Zie voor meer jurisprudentie Van Ettekoven, Bakker & Hoogenboom 2004, p. 413-414, p. 448 e.v. Zie ook bijv. ABRvS 5 april 2006, LJN AV8635, Rb Arnhem 7 november 2007, LJN BB7899.
108 Di Bella & Schuurmans 2008, p. 98-103.
109 Bloembergen & Lindenbergh 2001, p. 45-46.

af te leiden dat schade zich slechts laat vaststellen door een vergelijking te maken; het gaat om een vermindering *ten opzichte van een bepaalde toestand*. Deze vergelijking is niet feitelijk, maar hypothetisch van aard. Het gaat dus niet om een vergelijking tussen de toestand zoals die geworden is en zoals die daarvoor was, want dan zou ten onrechte geen rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de nieuwe toestand ook zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis ontstaan zou zijn. Men dient te vergelijken tussen de financiële situatie waarin een persoon of instelling zich thans bevindt en de (hypothetische) financiële situatie waarin deze zich zou hebben bevonden indien de bewuste schadeveroorzakende gedraging achterwege zou zijn gebleven. Aan de hand van die vergelijking kan een indruk van het bestaan van schade en van de omvang daarvan worden verkregen.[110]

> De eigenaar van een tankstation stelde schade te lijden ten gevolge van verkeersmaatregelen in het centrum van Ruurlo. Ten aanzien van de geclaimde omzetschade stelde de rechtbank voorop 'dat de feitelijke situatie binnen het getroffen bedrijf uitgangspunt dient te zijn, waarbij een vergelijking dient te worden gemaakt tussen de (financiële) situatie waarin eisers zich na de verkeersmaatregelen bevindt en de hypothetische (financiële) situatie waarin eiseres zich zou hebben bevonden indien de verkeersmaatregelen achterwege zouden zijn gebleven'.[111]
>
> De eigenaar van een aan een natuurmeer gelegen camping leed schade door de verlening door de gemeente Arnhem van een vergunning voor een bepaald evenement. De rechtbank stelde dat de vermogensschade volgens vaste rechtspraak wordt vastgesteld 'aan de hand van een vergelijking van de positie van de gelaedeerde na de schadeveroorzakende gebeurtenis, in dit geval het verlenen van de vergunning, met de situatie waarin hij zou hebben verkeerd wanneer de gebeurtenis niet zou zijn voorgevallen.'[112]

Indien aan de hand van de vergelijking tussen twee toestanden is komen vast te staan dat er sprake is van een nadeliger situatie, is een vervolgvraag of de schade concreet of abstract moet worden berekend. Bij sommige vormen van schade is abstracte schadeberekening de regel. Hierbij wordt geabstraheerd van de voorliggende omstandigheden, maar wordt gekeken hoe groot in het algemeen de schade is van een gelaedeerde die in een vergelijkbare positie verkeert als de gelaedeerde in kwestie.[113] Deze vorm van schadeberekening zien we onder meer in het planschaderecht, bijvoorbeeld bij schade in de vorm van waardevermindering van woningen of percelen.[114]

---

110 Zie bijv. ABRvS 8 oktober 2008, LJN BF7200 (geen vermindering van brutowinst over 2005 t.o.v. 2004), Rb Roermond 11 februari 1999, LJN A3418 (slechts geringe terugval in aantal verkochte gebruikte auto's; een verband met de wegwerkzaamheden was 'niet erg waarschijnlijk').

111 Rb Zutphen 20 september 2007, LJN BB5425.

112 Rb Arnhem 6 maart 2008, LJN BC8747.

113 Mon. BW B 35 (Klaassen), p. 9.

114 Van den Broek 2002, p. 13.

Bestaat het nadeel uit een lagere omzet, winstderving of andere vormen van inkomensderving, dan wordt de schade meestal concreet begroot en wordt dus zoveel mogelijk rekening gehouden met de concrete omstandigheden waarin de benadeelde verkeert (vgl. art. 6:97 BW). Van een verplichting van concrete schadeberekening uit te gaan is echter geen sprake; ook bij inkomensschade wordt soms van abstracte schadeberekening uitgegaan, zoals in het geval waarin bij de berekening van het nadeel van de eigenaar van een verkoopwagen (wiens vergunning werd ingetrokken) rekening werd gehouden met het feit dat van hem verlangd kon worden vervangend werk te verrichten, maar hij feitelijk arbeidsongeschikt was geworden. Dit gegeven mocht, omdat de schade abstract werd berekend, volgens de Afdeling buiten beschouwing worden gelaten.[115]

Vooral bij door bedrijven geleden inkomensschade is het gebruik aan de hand van gemiddelden te bepalen hoe de situatie er zonder schadeveroorzakende maatregel zou hebben uitgezien. In dat geval wordt de hypothetische situatie (de 'normale omzet') vaak gereconstrueerd op basis van de brutowinst in de jaren voorafgaande aan de schadeveroorzakende gebeurtenis. Daarbij wordt veelal gebruik gemaakt van een aantal (drie[116] of vijf[117]) 'referentiejaren'. Deze vergelijking moet laten zien of de omzet *voor* het schadeveroorzakende handelen significant afwijkt van de omzet in de referentieperiode na dit handelen.[118] Daarbij wordt soms vergeleken met de ontwikkeling in de omzet van andere, vergelijkbare bedrijven. Laten die een vergelijkbare daling van de omzet zien, zonder dat in hun geval sprake is geweest van een schadeveroorzakende overheidshandeling, dan kan aan de hand van deze overgelegde omzetgegevens in elk geval niet voldoende worden opgemaakt dat de schade het gevolg is van de beweerde schadeoorzaak. Aldus wordt getracht een zoveel mogelijk geobjectiveerd beeld te krijgen van de schade.

115 ABRvS 26 april 2006, LJN AW4004.

116 Zie bijv. de nadeelcompensatieregeling inzake de Utrechtse HOV-baan, die onder schade verstaat de derving van winst of inkomen in een kalenderjaar ten opzichte van drie referentiejaren, voor zover veroorzaakt door de aanleg van de HOV-baan. In ABRvS 14 april 2004, LJN AO7483 (*HOV Utrecht*) en ABRvS 5 september 2001, *BR* 2002, 877, m.nt. BPMvR (*Souterrain Den Haag*) heeft de Afdeling haar goedkeuring gegeven aan deze wijze van schadeberekening. Aan de hand van de omzetgegevens van slechts één referentiejaar kan geen betrouwbaar beeld over de omzetontwikkeling worden verkregen: Rb Den Haag 9 juli 1999, JB 1999, 234 (*Phobutech*).

117 Volgens de Verordening Nadeelcompensatie en Planschade Noord-Zuidlijn wordt bij winst- of inkomstenderving de behaalde winst vergeleken met de door het bedrijf vóór de aanleg van de Noord-Zuidlijn behaalde winst (inkomsten) in de daarvoor in aanmerking komende, in beginsel vijf jaren.

118 Vgl. ABRvS 26 oktober 2005, LJN AU4976, waarin de schadeadviescommissie naging of er na de start van bagger- en stortwerkzaamheden 'sprake is geweest van een ongebruikelijke trendbreuk, met inachtneming van de natuurlijke fluctuatie in de seizoenen'. Voorkomen moet worden dat bij de berekening van de schade rekening wordt gehouden met 'bedrijfseigen onregelmatige omzetontwikkelingen' (ABRvS 16 juli 2008, LJN BD7310).

Het werken met gemiddelden bergt als gevaar in zich dat de vergelijking voor en na niet helemaal zuiver is in die zin dat het aldus verkregen schadebedrag slechts *bij benadering* aangeeft hoe groot de schade is. Bij het werken met 'referentiejaren' is het bovendien niet uitgesloten dat ook andere factoren dan het schadeveroorzakende overheidshandelen op de bepaling van de hoogte van de schade van invloed zijn.[119] Het enkele gegeven dat de schade soms moeilijk *exact* kan worden bepaald, staat volgens de Afdeling echter niet aan de rechtsgeldigheid van deze wijze van berekening van het nadeel in de weg. Daarbij is mede van belang dat externe factoren kunnen worden verdisconteerd bij de vaststelling van het door verzoeker geleden nadeel. De rechter kan, zo het geleden nadeel niet exact kan worden becijferd, dit *ex aequo et bono* begroten.[120] Daarmee wordt aangesloten op art. 6:97 BW, waaruit volgt dat indien de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, zij kan worden geschat.

6.4.2 Het verschil met de vergelijking in het planschaderecht

Bij de bespreking van de vergelijking tussen twee situaties moet aandacht worden besteed aan de situatie dat het schadeveroorzakende besluit bestaat uit een bepaald nadelig juridisch *regime*. De vraag is wat dan rechtens is. Denkbaar is dat men ook dan aansluit op wat hiervoor is gesteld, dat er sprake is van nadeel zodra een burger met een nadeel onder het nieuwe regime wordt geconfronteerd met een nadeel waar hij in het oude regime niet mee werd geconfronteerd. In het planschaderecht is dat echter niet gebruikelijk. Onder de (oude) jurisprudentie inzake art. 49 WRO (die op dit punt waarschijnlijk geen wijziging heeft ondervonden) wordt, om te beoordelen of er sprake is van een planologisch nadeliger situatie, een vergelijking gemaakt tussen de beweerdelijk schadeveroorzakende planologische maatregel en het daarvóór geldende planologische regime. Daarbij is niet de feitelijke situatie van belang, maar hetgeen op grond van die regimes maximaal kan worden gerealiseerd, ongeacht of de planologische mogelijkheden daadwerkelijk zijn verwezenlijkt. Wanneer bijvoorbeeld het nieuwe planologische regime ongunstige bouw- en gebruiksmogelijkheden toestaat die voorheen niet werden toegestaan, en de daaruit voortvloeiende nadelen zich onder het oude planologische regime niet hadden kunnen voordoen, dan is sprake van een planologisch nadeliger situatie. Vertaalt deze situatie zich ook in financiële schade, dan komt het vervolgens aan op het bepalen van de omvang daarvan en op de vraag of er redenen zijn om de schade voor rekening van de betrokkene te laten. In het planschaderecht is dit de algemeen gebruikelijke, zelfs verplichte wijze om vast te stellen of er schade is en zo ja, of deze aan de in artikel 49 WRO (oud)

119 Vgl. Rb Roermond 7 juli 2008, LJN BD7739, waarin de rechtbank een wijze van schadeberekening goedkeurde die trachtte de invloed van deze externe factoren te elimineren.

120 ABRvS 26 maart 2003, LJN AF6361.

genoemde schadeoorzaken kan worden toegerekend.[121] In dit opzicht verschilt het planschaderecht dus van de gevallen van nadeelcompensatie waarin de schade niet door een bepaald nieuw juridisch regime wordt veroorzaakt: bij nadeelcompensatie is het bestaan van nadeel aannemelijk zodra de schade zich niet zou hebben voorgedaan als het schadeveroorzakende handelen achterwege zou zijn gebleven. Het bestaan van planschade is echter niet reeds aannemelijk indien een schadeveroorzakende handeling zich onder het oude regime niet voordeed, doch slechts indien deze handeling zich onder dat regime niet had *kunnen* voordoen.

In een zaak over de vaststelling van geluidszones rond Schiphol heeft de Afdeling expliciet afstand genomen van de planologische vergelijking als methode om vast te stellen of er sprake is van een nadeliger uitspraak. Deze uitspraak wil ik kort bespreken, omdat de verhouding tussen de égalité en de planvergelijking daarin scherp naar voren komt. De uitspraak ging over een aanwijzingsbesluit tot vaststelling van geluidszones waarbinnen een (hoge) geluidsbelasting van meer dan 35 Kosteneenheden (Ke) tot meer dan 65 Ke was toegestaan. In dit besluit werden voor het eerst – met het oog op beperking van de geluidsoverlast – eisen gesteld aan het totaal aantal luchtpassagiers dat per gebruiksjaar van het luchtvaartterrein gebruik mocht maken en werden voorts beperkingen gesteld aan het totale vrachtvolume, het type vliegtuigen en de periodes waarin van het luchtvaartterrein gebruik mocht worden gemaakt. Voordat het aanwijzingsbesluit werd genomen, golden geen geluidsnormen. Deze normloze situatie was het gevolg van het nalaten om, in strijd met een sinds 1978 bestaande wettelijke verplichting daartoe, geluidszones vast te stellen, een situatie die al tot een veroordeling uit onrechtmatige overheidsdaad had geleid.[122] Alvorens toe te kunnen komen aan de vraag of één van bewoners binnen de 35 Ke-zone recht op schadevergoeding, moest de vraag worden beantwoord of er überhaupt sprake was van een nadeliger situatie. De besliscommissie van het Schadeschap luchthaven Schiphol meende van niet, aangezien 'voor het eerst juridisch afdwingbare grenzen zijn gesteld aan de geluidsbelasting vanwege de luchthaven Schiphol, zodat het aanwijzingsbesluit niet tot een verslechtering maar tot een verbetering heeft geleid en daarom geen schade heeft veroorzaakt'. In een uitspraak uit 2004 had de Afdeling geweigerd om deze redenering te volgen.[123] Ook dit keer weigerde de Afdeling mee te gaan in de redenering dat er geen sprake was van een nadeliger situatie. Thans stelde de Afdeling dat de planologische vergelijking in casu niet het uitgangspunt had moeten zijn, maar dat het toepasselijke schadevergoedingsartikel uit artikel 21 van het aanwijzingsbesluit (een bepaling die de bekende 'redelijkerwijsformule' bevatte) in het licht van het égalitébegin-

121 Van den Broek 2002, p. 77, 87 e.v.
122 Zie hierover nader de noot van Teunissen in *JB* 2008, 125.
123 ABRvS 27 oktober 2004, *AB* 2004, 412, m.nt. dG.

sel diende te worden uitgelegd. In de kernoverweging uit de uitspraak stelt de Afdeling:

> 'Anders dan bij een verzoek om planschadevergoeding dient bij een verzoek om nadeelcompensatie gebaseerd op het rechtsbeginsel geen vergelijking van opvolgende juridische regimes te worden gemaakt, maar een vergelijking van het juridische regime dat is vastgesteld voor een beperkte groep burgers met het juridische regime dat is vastgesteld voor burgers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden. Bij het aanwijzingsbesluit zijn de geluidszones rond de luchthaven Schiphol zodanig gesitueerd dat een zo klein mogelijk aantal woningen daarbinnen ligt. Buiten de geluidszones geldt op grond van het aanwijzingsbesluit en de daarbij behorende kaarten een geluidsnorm van minder dan 35 Kosteneenheden, daarbinnen loopt de geluidsnorm richting het luchtvaartterrein op van meer dan 35 Ke tot meer dan 65 Ke. Aan de verhoudingsgewijs beperkte groep bewoners van woningen gelegen binnen de geluidszones, is op die wijze een speciale last opgelegd in vergelijking tot de bewoners van woningen die wel binnen de invloedssfeer van de luchthaven Schiphol maar buiten de geluidszones liggen. Op grond van het [égalitébeginsel] dient bij het bepalen of aanleiding bestaat voor nadeelcompensatie op grond van artikel 21 van het aanwijzingsbesluit dan ook deze vergelijking te worden gemaakt.'

In commentaren op de uitspraak is er door verschillende annotatoren op gewezen dat de Afdeling aan de égalitévergelijking een onjuiste plaats in het systeem toekent.[124] Daarmee kan in zoverre worden ingestemd dat de Afdeling niet lijkt te onderkennen dat de functie van de planschadevergelijking is gelegen in het bepalen of er sprake is van een nadeliger situatie, terwijl de égalitévergelijking dient om te bepalen in hoeverre nadeel onevenredig is, *nadat* is vastgesteld dat er sprake is van schade en causaal verband. Heeft de Afdeling hiermee nu voor de 'speciale last' en de in dat verband beslist niet altijd makkelijke bepaling van een referentiegroep een nieuw, rechtsonzekerheid scheppend criterium geïntroduceerd, en heeft de planologische vergelijking 'afgedaan'? Ik denk het niet. Ik vermoed dat de Afdeling inzag dat een strikte toepassing van de planologische vergelijking niet tot het resultaat zou hebben geleid dat de Afdeling wenste te bereiken, namelijk dat het schadeschap de situatie van de bewoners binnen de 35 Ke-zone goed onder ogen zou moeten zien. Ik lees de uitspraak zo, dat de Afdeling van mening was dat verweerder voor de langdurige nalatigheid tot het vaststellen van een geluidszone zou moeten 'boeten' op het moment dat een aanwijzingsbesluit werd genomen dat voor een specifieke groep omwonenden tot forse geluidsoverlast zou leiden.[125] Dat in casu de omstandigheid van de nalatigheid tot het vaststellen

---

124 Van Ravels 2008, p. 136-137 alsmede J.A.M.A. Sluysmans, noot in *TBR* 2009, 13, p. 61 en J.E. Hoitink, noot in *M&R* 2008, 72, p. 464.

125 Vgl. de noot van Teunissen (*JB* 2008, 125), die meldt dat een geluidsbelasting van 20 Ke optimaal is vanuit milieuhygiënisch oogpunt, maar dat dit een niet realistisch geluidsniveau is omdat Nederland zeer dichtbevolkt is en de luchthavens al gevestigd zijn op hun locaties.

van een geluidszone een belangrijke rol speelde, volgt ook uit de uitspraak zelf, waarin de Afdeling stelde dat het niet aanging dat de nalatigheid tot het vaststellen van een geluidszone óók tegen te werpen aan de binnen de 35 Ke gelegen geluidszones. Impliciet lijkt uit de uitspraak te moeten worden uitgemaakt dat met het rusten van een 'speciale last' op de genoemde groep ook gegeven is dat hun situatie nadeliger was dan voorheen.

Benadrukt zij tot slot dat uit de uitspraak niet volgt dat de groep op wie een speciale last rust ook *onevenredig* is benadeeld. Vaststaat slechts dat zij 'speciaal' getroffen zijn, maar niet dat zij ook abnormaal getroffen zijn. Na de uitspraak heeft het schadeschap een methode ontwikkeld om te bepalen welke gevallen 'abnormaal' zijn, maar deze methode is door de rechtbank Haarlem te weinig objectief bevonden.[126] Gezien de grote financiële belangen die zowel voor de omwonenden als de overheid op het spel staan – binnen de 35 Ke-zone liggen 15.000 woningen – is duidelijk dat over deze casus het laatste woord nog niet is gezegd. Uit de uitspraak lijkt in elk geval niet te kunnen worden opgemaakt dat de in het kader van het planschaderecht voorgestane wijze van vergelijken in veel meer gevallen als onbruikbaar terzijde zal worden geschoven. Het zou goed zijn als de Afdeling in een vervolguitspraak nog eens expliciet duidelijk maakt dat die onbruikbaarheid in deze zaak vooral samenhangt met de specifieke omstandigheden van deze zaak, in het licht van de decennialange nalatigheid tot het vaststellen van geluidszones.

6.4.3 Peildatum

De kwestie van de peildatum ziet op de vraag vanaf welk moment de schade geacht kan worden te zijn ondervonden. Bij verzoeken om planschade werd in het verleden als peilmoment de datum van het onherroepelijk worden van het besluit gehanteerd, omdat pas vanaf dat moment met zekerheid kon worden gezegd dat een handeling rechtmatig is. Vanaf 2003 erkent de Afdeling echter dat een recht op schadevergoeding reeds kan bestaan vanaf het moment dat de schade voortvloeit uit een besluit dat rechtskracht heeft, ook als het nog niet onherroepelijk is. In de literatuur was al eerder bepleit om niet het moment van onherroepelijk worden, maar dat van het inwerking treden van het besluit maatgevend te laten zijn voor het ontstaan van een aansprakelijkheidsverplichting. Met het moment van inwerkingtreden van het besluit, zo had Van Ravels gesteld, treden de beoogde rechtsgevolgen in en verandert het planologisch regime daadwerkelijk, met alle mogelijke nadelige gevolgen van dien.[127] Toch beklemtoont de Afdeling dat het moment van onherroepelijk worden niet zonder betekenis is:

126 Rb Haarlem 16 februari 2010, LJN BL5526.
127 Van Ravels 1999, p. 195. Zie ook Van den Broek 2002, p. 144 e.v.

> 'Tot dat moment bestaat immers de mogelijkheid van vernietiging van (de rechtsgevolgen van) genoemd besluit, in welk geval de gestelde schade niet op de voet van art. 49 WRO voor vergoeding in aanmerking kan komen. Hieruit volgt dat op een verzoek om schadevergoeding ex art. 49 WRO eerst inhoudelijk kan worden beslist na de datum van onherroepelijk worden van het schadeveroorzakende besluit.'[128]

De Afdeling stelt dus voorop dat pas *inhoudelijk* kan worden beslist op een verzoek om schadevergoeding ex art. 49 WRO (oud) als het besluit dat rechtskracht heeft en schade veroorzaakt, later onherroepelijk wordt. Daar is veel voor te zeggen. Met de onherroepelijkheid van het besluit staat vast dat het besluit niet (meer) voor vernietiging vatbaar is, en tevens dat het verzoek om schadevergoeding in het perspectief van de rechtmatige overheidsdaad moet worden geplaatst. De onherroepelijkheid houdt om die reden ook inhoudelijke betekenis voor verzoeken om nadeelcompensatie.

Wat leert deze jurisprudentie nu ten aanzien van andere gevallen van nadeelcompensatie? Dat is eerst en vooral dat een besluit zijn nadelige effecten kan doen gevoelen, ook al is het nog niet rechtens onaantastbaar.[129] Ons recht kent niet de regel dat het recht op nadeelcompensatie beperkt is tot de periode nadat het besluit rechtens onaantastbaar is geworden. Dit ligt ook niet voor de hand. Indien een besluit in werking treedt, heeft het daarmee rechtskracht en kan het zijn nadelige effecten doen gevoelen. Dat er vervolgens een bezwaar- en beroepstermijn loopt die maakt dat het nog lange tijd onzeker kan zijn of het besluit rechtmatig zal worden, doet niet af aan de mogelijkheid dat dit besluit vanaf het moment van inwerkingtreding tot nadelen leidt.[130] In dat verband is tevens van belang dat bezwaren en beroepen niet de werking schorsen van het besluit waartegen het is gericht (art. 6:16 Awb). Voor de bepaling van de relevante peildatum kan in de regel worden aangesloten bij het moment waarop een besluit is bekendgemaakt, omdat dat moment bepalend is voor de inwerkingtreding (art. 3:40 Awb). Houdt een besluit na inwerkingtreding in verband met daartegen gerichte rechtsmiddelen geen stand en wordt het vernietigd of herroepen, dan kan een beoordeling aan de hand van de égalitémaatstaven vanzelfsprekend niet aan de orde zijn. Wordt een verzoek om nadeelcompensatie ingediend voordat het besluit onherroepelijk is, dan kan men daaromtrent echter nog niets met zekerheid stellen. In die

---

128 ABRvS 15 januari 2003, *AB* 2003, 121, m.nt. GMvdB.

129 Vgl. Schueler 2002, p. 184. Dat in het planschaderecht voorheen werd aangesloten bij de datum van onherroepelijk worden, hing samen met het feit dat de datum waarop de planologische maatregel van kracht werd en de datum waarop hij onherroepelijk werd tot 1 juli 1986 dezelfde was. Zie ook Hoitink & De Looij 2007, p. 77.

130 Vgl. Hoitink & De Looij 2007, p. 75-77, Van Ravels, toelichting bij stelling 5, VAR-reeks 129, p. 98. Zie ook de noot van Van Buuren bij AGRvS 27 juli 1992, *AB* 1994, 620, waarin hij uiteenzet dat rechtskracht en formele rechtskracht (in de zin van 'rechtens onaantastbaar zijn') niet hetzelfde zijn.

situatie ligt het voor de hand dat het bestuursorgaan, indien het meent dat omtrent de vorm en omvang van de schade nog geen inzicht bestaat, het verzoek om nadeelcompensatie aanhoudt en wacht met beslissen tot het besluit alsnog onherroepelijk wordt.

Het bovenstaande beeld wordt door de jurisprudentie bevestigd. Zo bepaalde de rechtbank Dordrecht dat als algemene maatstaf voor de te hanteren peildatum dient te gelden 'het tijdstip van het rechtmatig overheidshandelen dat de grondslag vormt voor het verzoek om toekenning van nadeelcompensatie.'[131] Daarbij dient men overigens wel te bedenken dat ook bij schade door *besluiten* de schade zich niet altijd manifesteert zodra het besluit in werking is getreden. De Afdeling besliste in zo'n geval – het betrof een besluit tot aanzegging van bestuursdwang dat nog niet feitelijk was geëffectueerd – dat als ingangsdatum van de schade moest worden aangesloten bij 'het moment dat de bestuursdwangaanschrijving daadwerkelijk wordt uitgevoerd'. Andere schadeveroorzakende factoren die zich hadden voorgedaan na de totstandkoming van het besluit tot bestuursdwang maar *voor* de effectuering daarvan en die niet met dit besluit in verband gebracht kunnen worden, dienden buiten beschouwing te worden gelaten. Annotator Van Wijmen noteerde instemmend dat de Afdeling begrijpelijkerwijs aansluiting had gezocht bij het tijdstip waarop de exploitant van een frietkraam zijn exploitatie feitelijk moest staken en zijn nadeel dus 'voelbaar' werd.[132]

6.5 Causaal verband (art. 6:98 BW)

6.5.1 Inleiding

Er moet niet alleen nadeel zijn, het nadeel moet ook het *gevolg* zijn van een overheidshandeling. Over de invulling van het causale verband in de context van nadeelcompensatie wordt niet veel geschreven.[133] Dat is opmerkelijk, omdat uit veel uitspraken blijkt dat het causale verband de vraag of, en zo ja in hoeverre een aanspraak bestaat op nadeelcompensatie sterk beïnvloedt. Uit deze uitspraken blijkt overigens niet van een specifieke bestuursrechtelijke causaliteitsleer op het gebied van de nadeelcompensatie. Naar ook in de literatuur algemeen wordt aangenomen kan ter bepaling van het causaal verband bij nadeelcompensatie aansluiting worden gezocht bij art. 6:98 BW.[134] Dit artikel veronderstelt dat de beweerde schadeoorzaak de schade ook tot

131 Rb Dordrecht 4 april 2002, LJN AE1704.

132 Vz ARRvS 13 mei 1993, *AB* 1993, 537, m.nt. PCEvW.

133 Zie wel Van Ravels & Roozendaal (losbl.), p. F-8-1 e.v. en verder onder meer Van den Berk 1991, p. 84 e.v., Scheltema & Scheltema 2008, p. 418 e.v. en Schueler 2005a, p. 210 e.v. Zie over art. 49 WRO vooral Van den Broek 2002, p. 71 e.v.

134 Scheltema & Scheltema 2008, p. 418 e.v., B.P.M. van Ravels, noot bij ABRvS 19 april 2006, *AB* 2006, 251, Van Buuren, noot bij AGRvS 31 oktober 1991, *AB* 1992, 269.

gevolg *kan* hebben gehad. Is de schadeoorzaak geen noodzakelijke voorwaarde (*condicio sine qua non*; csqn) voor het nadeel, dan strandt het verzoek om nadeelcompensatie reeds om die reden. Een csqn-verband is echter niet genoeg; de schade moet ook redelijkerwijs aan de schadeoorzaak kunnen worden toegerekend. Dit volgt uit de in art. 6:98 BW neergelegde leer van de redelijke toerekening. Alleen voor vergoeding in aanmerking komt 'schade die in een zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.'

Hierna zal worden stilgestaan bij het csqn-verband (§ 6.5.4), en vervolgens bij de wijze waarop in de jurisprudentie invulling is gegeven aan de toepassing van de leer van de toerekening naar redelijkheid in nadeelcompensatiezaken (§ 6.5.5). Eerst worden echter enige opmerkingen gemaakt over de situatie dat een wettelijke nadeelcompensatieregeling van toepassing is (§ 6.5.2) en over het fenomeen 'schaduwschade' (§ 6.5.3).

6.5.2 Wettelijke regeling van toepassing?

Voor de vraag of een causaal verband bestaat tussen de schade en het overheidshandelen, is het allereerst van belang te bezien of een (buiten)wettelijke nadeelcompensatieregeling van toepassing is. Dergelijke regelingen bevatten een (soms limitatief bedoelde) opsomming van een of meer schadeoorzaken. Zo kan men slechts een beroep doen op de Regeling Nadeelcompensatie Betuweroute als sprake is van één van de in artikel 2 lid 1 genoemde schadeoorzaken, waaronder 'het onherroepelijke Tracébesluit Betuweroute'. Op grond van de Verordening nadeelcompensatie en planschade Noord-Zuidlijn wordt vergoed de schade als gevolg van 'de aanleg van de Noord-Zuidlijn', waaronder blijkens de toelichting onder meer wordt verstaan 'besluiten van bestuursorganen van de centrale stad Amsterdam' (en niet die van stadsdeelraden). Ook formeelwettelijke regelingen (zie bijv. art. 15.20 en 15.21 Wet milieubeheer, art. 6.1 Wro) bevatten veelal een limitatieve opsomming van schadeoorzaken. Het gegeven dat veelal een regeling van toepassing is die de aanspraak op nadeelcompensatie tot bepaalde gebeurtenissen beperkt, betekent dat de causaliteitsvraag in het bestuursrecht soms gemakkelijk te beantwoorden is. Het met name noemen van een of enkele schadeoorzaken zal ertoe leiden dat rechter en bestuur in eerste instantie zullen bezien of de gestelde schade aan een van die oorzaken kan worden toegerekend. Is dat niet het geval, dan kan reeds daarom een toets aan de betreffende regeling buiten beschouwing blijven, bij gebreke van causaal verband.

> Een omwonende van het HSL-tracé stelde schade te lijden door de overschrijding van ter plaatse geldende geluidsnormen. Volgens de toepasselijke Nadeelcompensa-

> tieverordening HSL-Zuid, A16 en A4 kwam alleen voor compensatie in aanmerking de schade ten gevolge van het onherroepelijke tracébesluit en de daaruit rechtstreeks voortvloeiende besluiten en/of rechtmatige uitvoeringshandelingen van bestuursorganen. De gestelde schadeoorzaak viel daar niet onder, zodat de klacht van appellant op dit punt faalde.[135]
>
> Een burger verzocht om compensatie op grond van de Regeling Nadeelcompensatie Betuweroute in verband met de verminderde verkoopopbrengst van zijn woning. Hij wees het Tracébesluit aan als schadeoorzaak, maar dit besluit was nog niet onherroepelijk ten tijde van de verkoop. De Regeling geeft alleen een recht op schadevergoeding voor schade die het gevolg is van het onherroepelijke tracébesluit. De Afdeling was onverbiddelijk: 'Hierbij neemt de Afdeling in aanmerking dat het in dit geval een verzoek om nadeelcompensatie betreft en dat het recht op schadevergoeding ontstaat met het onherroepelijk worden van het tracébesluit.'[136]

Hoitink & De Looij hebben hierbij echter de kanttekening geplaatst dat de eis dat alleen schade die voortvloeit uit besluiten die onherroepelijk zijn geworden niet strookt met de lijn van de Afdeling in planschadezaken dat ook schade kan ontstaan als het besluit, rechtskracht heeft verkregen maar nog niet onherroepelijk is geworden. Om die reden bevelen zij terecht aan dat in nadeelcompensatieregelingen als peildatum beter kan worden gekozen voor het moment dat het besluit rechtskracht heeft verkregen.[137]

Soms worden de in het wettelijk voorschrift genoemde schadeoorzaken overigens ruim geïnterpreteerd. Zo heeft de Afdeling in het kader van de Verordening nadeelcompensatie en planschade Noord-Zuidlijn overwogen dat een 'redelijke uitleg' van deze verordening met zich brengt dat onder nadeel als gevolg van de aanleg van de Noord-Zuidlijn ook kan worden verstaan schade als gevolg van de *vertraging* bij de aanleg van de lijn.[138] Voorts is in de rechtspraak aanvaard dat de gevolgen van het 'na-ijlen' van de schade ten gevolge van werkzaamheden (ook al zijn die al afgerond) voor nadeelcompensatie in aanmerking kunnen komen. Deze effecten vielen nog binnen de ruime omschrijving van schade door deze werkzaamheden die op grond van de regeling voor nadeelcompensatie in aanmerking kwam.[139] Waar de rechter dus soms niet schroomt aan de in de regeling genoemde handelingen een ruim bereik te geven, laten de voornoemde voorbeelden zien dat daar wel beperkingen aan verbonden zijn. Het noemen van enkele specifieke schadeoorzaken hoeft een aansprakelijkheid op grond van het ongeschreven égalitébeginsel overigens niet uit te sluiten.[140]

---

135 ABRvS 16 november 2005, LJN AU6201, ABRvS 5 juli 2006, LJN AY0390.

136 ABRvS 13 oktober 2004, *AB* 2004, 388, m.nt. dG. Zie ook Rb Utrecht 14 september 2007, LJN BB5082.

137 Hoitink & De Looij 2007.

138 ABRvS 26 maart 2008, LJN BC7607.

139 Zie bijv. Rb Amsterdam 5 september 2007, LJN BB7627, ABRvS 19 december 2007, LJN BC0536.

140 Zie nader § 13.5.2.

6.5.3 Schaduwschade

Deze zelfde mogelijke aanvullende werking van het égalitébeginsel naast een geschreven regeling is van belang voor de schaduwschadeproblematiek. Deze ziet op de nadelige effecten van overheidsmaatregelen die nog slechts in de voorbereidingsfase verkeren. Beleidsvoornemens in de aanloop naar een concreet besluit kunnen 'hun schaduw vooruitwerpen' en al schade veroorzaken. Kunnen die handelingen aan het uiteindelijke besluit worden toegerekend? De (schaarse) jurisprudentie blijkt op dit punt zeer terughoudend. In slechts één geval heeft de Afdeling dit aanvaard. Dit betrof een casus rond de voorgenomen aanleg van de oost-westbaan op Maastricht Airport.[141] Uit deze zaak kan echter niet de algemene conclusie worden getrokken dat de vergoeding van schaduwschade mogelijk is, onder meer omdat de Afdeling in deze uitspraak in het midden liet of de grondslag voor de vergoeding in de rechtmatige of onrechtmatige daad was gelegen.[142]

In de discussie over de vergoeding van schaduwschade in het kader van de WRO is ook de vraag aan de orde gekomen of wellicht het ongeschreven égalitébeginsel een grondslag voor de vergoeding van schaduwschade zou kunnen zijn. De égalité zou als grondslag voor nadeelcompensatie kunnen dienen voor niet in de wet genoemde voorbereidingsbesluiten die wel al schade veroorzaken.[143] In het algemeen aanvaardt de jurisprudentie immers dat het ongeschreven égalitébeginsel kan worden ingeroepen naast een wettelijke nadeelcompensatieregeling, als de betreffende regeling maar niet het oogmerk heeft om exclusief toetsingskader te bieden.

Het is de vraag of de égalité ook *succesvol* zal kunnen worden ingeroepen. Bedacht moet worden dat het égalitébeginsel alleen tot compensatie dwingt als de schade een *reëel* en *zeker* karakter heeft. Weliswaar is niet uitgesloten dat ook toekomstige schade kan worden vergoed, maar het égalitébeginsel biedt geen grondslag voor schade die slechts *onzeker* of *mogelijk* is. Ik wijs in dit verband op de in § 6.3.1 genoemde jurisprudentie waaruit blijkt dat de *vrees* dat in de toekomst nadelen zullen worden geleden in beginsel geen beroep op het égalitébeginsel kunnen rechtvaardigen.[144] Verkeert de besluit-

141 ABRvS 14 december 2000, *AB* 2001, 199, m.nt. dG.

142 Men kan met enige goede wil wel een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad voor schaduwschade in deze uitspraak 'inlezen', waarbij op aan het algemeen belang ontleende overwegingen werd besloten tot het afzien van een de aanleg van de oost-westbaan, maar dan nog is het sterk de vraag of de Afdeling beoogde om ook buiten het onderhavige geval (van een eerst rechtskracht hebbend, maar later ingetrokken besluit) de mogelijkheid van nadeelcompensatie open heeft willen houden. Zie ook Van Ravels 2002a, p. 372 e.v.

143 Van Ravels 1999, p. 207-208; Van den Broek 2002, p. 146-147.

144 Zie ook bijv. Rb Maastricht 26 juli 2005, LJN AU1341: 'Niet valt dan ook in te zien dat de vrees van eisers dat zij in hun bedrijfsvoering hinder zullen ondervinden van, samengevat, de in Nederland geldende ammoniakregels, gerechtvaardigd is. Ook anderszins zijn eisers niet erin geslaagd aannemelijk te maken tot welke reële bedrijfsbelemmeringen uitvoering van het herinrichtingsplan aanleiding zou kunnen geven.'

vorming nog maar in de planfase en zijn er nog slechts rapporten en/of strategische visies geuit waarin meerdere alternatieven voor de toekomstige besluitvorming worden genoemd, dan zal het in het algemeen moeilijk zijn om te bewijzen dat deze tot een zekere schade zullen leiden. Tot welke *concrete* besluiten deze zullen leiden, ligt immers nog open. Dit lijkt ook de reden te zijn waarom schade moeilijk kan worden toegerekend aan een planologische kernbeslissing.[145] Een voorwaarde is tenminste dat de schadeoorzaak dusdanig concreet is dat zij het vermogen had daadwerkelijk schade toe te brengen. Van den Broek heeft dan ook voorgesteld dat tenminste een *besluit waartegen bezwaar en beroep kan worden ingesteld* voorhanden moet zijn.[146] Het is naar mijn idee aantrekkelijk om bij dit voorstel ook voor andere gevallen van nadeelcompensatie dan planschade aansluiting te zoeken. De maatstaf van de aanwezigheid van een besluit waartegen rechtsbescherming openstaat, vormt daarmee een toespitsing van de eis dat de schade een voldoende *zeker* karakter heeft.

Daarmee zijn nog niet alle hindernissen weggenomen. De égalité stelt ook als voorwaarde dat de schade *speciaal* is. Gaat het om waardedaling van een huis in de periode dat de nieuwe (voor de eigenaar nadelige) plannen voor een bepaald gebied bekend worden, dan zal het vaak zo zijn dat andere omwonenden hetzelfde nadeel lijden. Speciaal zal de schade mogelijk wel zijn voor degenen die niet kunnen wachten en hun huis in de periode dat het besluit nog geen rechtskracht had, tegen een lagere prijs hebben verkocht. Zij zouden kunnen claimen onevenredig te worden benadeeld ten opzichte van de anderen voor wie de plannen ook (potentieel) nadelige gevolgen hebben. Toch is het de vraag of zij dit vaak met succes zullen kunnen stellen. Feit is immers dat zij zelf voor deze 'ongelijke behandeling' verantwoordelijk zijn; het besluit zelf dwingt hen niet tot handelen. Er moet voor worden gewaakt dat de burger wordt beloond door zichzelf in een speciale positie te 'manoeuvreren' door lichtvaardig tot verkoop te besluiten. De gedachten gaan hier uit naar de positie van de verwerker van chemisch afval Van Vlodrop, die als enige had geïnvesteerd op basis van een ministeriële Notitie, maar later werd geconfronteerd met een beleidswijziging. Hij voerde vergeefse procedures om zijn schade vergoed te krijgen. Zijn geval is illustratief voor het feit dat beslissingen die worden genomen in de periode dat besluitvorming nog geen definitief karakter heeft, in beginsel voor rekening van een burger of ondernemer zelf komen.[147] Daarbij is bovendien van belang dat het zou kunnen dat het besluit dat 'in de lucht' hing niet doorgaat, of wel doorgaat, maar onder andere, minder bezwarende voorwaarden. Het lijkt op voorhand niet redelijk

145 Van den Broek 2002, p. 142-143 stelt dat een dergelijke beslissing ten opzichte van de burger geen rechtstreeks bindende werking heeft.

146 Van den Broek 2002, p. 145.

147 HR 22 februari 2002, *AB* 2003, 249, m.nt. FvO (*Van Vlodrop II*). Vgl. HR 21 januari 2005, *AB* 2006, 287, m.nt. FvO (*Direks/Venray*), sub 3.6.4. Zie ook § 7.4.4.

een compensatie te geven voor lichtvaardige verkoopbeslissingen indien het nadeel zou zijn verdwenen of veel minder groot zou zijn als men het besluit had afgewacht. Schueler stelt daarom terecht als voorwaarde dat de schade in elk geval onomkeerbaar van karakter moet zijn: de schade moet blijven bestaan als het besluit uiteindelijk wel rechtskracht verkrijgt.[148]

Indien de égalité noch de wet hier mogelijkheden biedt, zal alleen art. 1 EP mogelijk soelaas bieden.[149] Een op art. 1 EP gebaseerde claim tot vergoeding van schaduwschade voor de Hoge Raad is evenwel afgewezen.[150] De ruime *margin of appreciation* in zaken op het terrein van de ruimtelijke ordening geeft justitiabelen niet veel hoop dat zij in Straatsburg wel succes zouden hebben.[151] Van belang is bovendien dat schaduwschade meestal voortvloeit uit besluiten met een voorbereidend karakter, zoals beleidsvoornemens opgenomen in pkb's, streekplannen of structuurplannen.[152] De ontvankelijkheidsbeslissing *L'association des Amis de Saint Raphaël et de Fréjus e.a. t. Frankrijk* geeft een voorzichtige indicatie dat juist bij dat soort besluiten art. 1 EP niet veel te bieden heeft, aangezien het Hof bij een beroep op art. 1 EP verlangt dat een besluit de klager *persoonlijk* en *direct* in zijn eigendom raakt.[153] In casu was daaraan niet voldaan: er was sprake van een voorbereidend besluit strekkende tot goedkeuring van een bestemmingsplan op basis waarvan nadere besluitvorming nog zou moeten plaatsvinden. Deze wierp zijn schaduw vooruit en had, zo betoogden klagers, een waardedaling van de woningen tot gevolg. Omdat klagers echter niet persoonlijk en direct in hun eigendom werden geraakt (bijvoorbeeld door de verlening van een bouwvergunning) stelde het Hof vast dat er geen sprake was van een *interference* in het eigendomsrecht.

6.5.4 Bestaat er een *condicio sine qua non*-verband?

Er dient in elk geval een *condicio sine qua non*-verband te bestaan tussen de schade en de beweerdelijke schadeoorzaak. Een aansprakelijkheid bestaat niet als de overheidshandeling niet tenminste noodzakelijk was voor het intreden van de schade.[154] Of een csqn-verband verband bestaat, moet in eerste instan-

148 Schueler 2005a, p. 213.
149 Vgl. Drupsteen 2000, p. 105, Neerhof, noot onder ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2002, 395 en Dijkshoorn 2009, p. 100 e.v.
150 HR 9 november 2007, *TBR* 2008, p. 293 e.v., m.nt. GMvdB.
151 Zie § 10.6.3.
152 Zie uitvoerig Van den Broek 2002, p. 139 e.v. Zie voorts Rb Den Haag 20 juli 2000, LJN AA6588.
153 ECRM 1 juli 1998, appl.no. 38192/97 (*L'association des Amis de Saint Raphaël et de Fréjus e.a. t. Frankrijk*). Vgl. ECRM 4 december 1995, appl.no. 28204/95 (*Tauira e.a. t. Frankrijk*) en ECRM 2 december 1994, appl.no. 22331/93 (*G. et R. Lestienne t. Frankrijk*).
154 Wil er zonder csqn-verband sprake zijn van aansprakelijkheid, dan dienen daarvoor klemmende redenen te bestaan (Klaassen 2007, p. 32-33).

tie worden vastgesteld door aan te sluiten bij de in § 6.4.1 genoemde vergelijking tussen twee toestanden.[155] Deze vergelijking zegt niet alleen iets over het bestaan van nadeel, maar ook over het causale verband tussen het nadeel en de beweerdelijke schadeoorzaak. Was in de oude situatie (het schadeveroorzakende handelen 'weggedacht') de schade ook mogelijk, dan bestaat er in beginsel geen causaal verband. Dat bedrijfsresultaten een teruggang laten zien, hoeft bijvoorbeeld niet per definitie zijn oorzaak te hebben in een rechtmatig verkeersbesluit, maar kan een andere oorzaak hebben, zoals een algehele malaise van de markt. Het doel van de vergelijking tussen de toestand *voor* het schadeveroorzakende handelen en de hypothetische toestand daarna, is het zoveel mogelijk uitsluiten van dergelijke externe factoren. Bij de vraag of een csqn-verband bestaat, wordt overigens geen 100% zekerheid verlangt dat de schade ook zonder de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis achterwege zou zijn gebleven. Een 'redelijke mate van waarschijnlijkheid' is voldoende.[156]

Factoren die het csqn-verband doorbreken kunnen van velerlei aard zijn. Ik noem enkele.

1. De gestelde schadeoorzaak ging in de tijd niet aan de schade vooraf

Van een causaal verband kan vanzelfsprekend geen sprake zijn indien de gestelde schadeoorzaak in de tijd niet aan de schade voorafging. Volgens Boonekamp 'ligt het in de aard van het causaal verband besloten dat in de tijd voorafgaande feiten (…) strikt genomen geen gevolg kunnen zijn van een latere gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust.'[157]

> Het college van B&W van Berkelland trad handhavend op tegen een schuur die in afwijking van de bouwvergunning te groot was uitgevoerd. Een ambtenaar van de gemeente zou volgens de eigenaar van de schuur op 24 september 2004 de in afwijking van de bouwvergunning gebouwde schuur akkoord hebben bevonden. Volgens de eigenaar zou de schuur ten gevolge van dit gewekte vertrouwen te groot zijn gebouwd. Vaststond echter dat de schuur reeds voltooid was op het moment dat de ambtenaar haar kwam inspecteren. Volgens de Afdeling had de rechtbank daarom met juistheid vastgesteld dat de schuur niet als gevolg van het bij appellant opgewekte vertrouwen in afwijking van de bouwvergunning was gebouwd.[158]
>
> Op 20 juli 2004 verleende de minister aan een Producentenorganisatie een vergunning voor het mechanisch vissen van kokkels in de Waddenzee. De daartegen gerichte bezwaren werden op 14 juli 2005 gegrond verklaard en het besluit van 20 juli 2004 werd herroepen. De organisatie vroeg om een nadeelcompensatie in

155 Van Ravels & Roozendaal (losbl.), 'Causaal verband', p. F-8-13 e.v.

156 Klaassen 2007, p. 30.

157 Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 10.

158 ABRvS 27 februari 2008, LJN BC5268. Vgl. ABRvS 18 mei 2005, LJN AT5690, sub 2.7: 'Vooropgesteld wordt dat schade geleden voor 25 oktober 1994 niet kan zijn veroorzaakt door het op die datum genomen besluit (…).' Zie ook ABRvS 2 februari 2005, LJN AS4704, sub 2.3.

verband met gemaakte kosten en gederfde winst voor het seizoen 2004 (in welk seizoen zij van de vergunning geen gebruik had kunnen maken) ten bedrage van € 62.950.000, waarbij zij het rechtmatige besluit tot herroeping als schadeoorzaak aanwees. Volgens de Afdeling had de minister dit verzoek vanwege het ontbreken van causaal verband terecht afgewezen, omdat het besluit van 14 juli 2005 tot herroeping van de vergunning van 20 juli 2004 niet de oorzaak kan zijn van de gestelde schade over het vangstseizoen 2004, dat toen immers al was beëindigd.[159]

2. *Het bedrijf liet reeds wisselende resultaten zien of laat geen slechter bedrijfsresultaat zien*

Een causaal verband wordt eveneens geacht te ontbreken indien een bedrijf voordat de rechtmatige overheidshandeling haar nadelige gevolgen deed gevoelen, slechte of althans sterk wisselende bedrijfsresultaten liet zien. Om hierover uitsluitsel te krijgen, wordt de hypothetische situatie waarin de gelaedeerde zou hebben verkeerd zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis bij inkomensschade veelal gereconstrueerd door de omzet in de periode voor de schadeveroorzakende gebeurtenis te vergelijken met de ontwikkeling in de omzet daarna. Deze vergelijking moet een duidelijke omzetdaling na de start van het rechtmatige overheidshandelen laten zien.

Een loodsbedrijf dat voor zijn omzet afhankelijk was van de opslag (en dus aanvoer) van hout over de weg, stelde schade te lijden door het besluit tot onttrekking van een weg. Deskundigen hadden echter vastgesteld dat de panden van eiseres ongewijzigd bereikbaar waren gebleven: er was een rechtstreekse en niet wezenlijke langere ontsluiting van het bedrijf blijven bestaan. Van omrijschade kon dus geen sprake zijn. Weliswaar was het bedrijf ook geconfronteerd met huuropzeggingen, maar het stond niet vast dat deze samenhingen met de afsluiting van de spoorwegovergang. Volgens de Afdeling was de algehele teruggang in de bedrijfsresultaten vanaf 1994 een gevolg van marktomstandigheden, waardoor de aanvoer van hout was afgenomen. Die tendens deed zich al voor, voordat het verkeersbesluit werd genomen.[160]

Indien de overgelegde omzetcijfers een sterk wisselend beeld van de maandelijkse omzetten laten zien, kan daaruit als regel niet worden afgeleid dat het rechtmatige overheidshandelen aan de schade ten grondslag lag.[161] Hetzelfde geldt indien uit het overgelegde cijfermateriaal überhaupt geen daling van

159 ABRvS 27 augustus 2005, LJN BE9265.

160 ABRvS 13 september 2006, LJN AY8082, en eerder in dezelfde zaak Rb Leeuwarden 22 februari 2006, LJN AX8773. Zie ook ABRvS 14 januari 2004, *JB* 2004, 86, m.nt. RJNS, ABRvS 29 mei 2002, *AB* 2003, 108, m.nt. CMB, ABRvS 28 december 1995, *AB* 1996, 206, m.nt. FM en Rb Roermond 11 februari 1999, LJN AA3418.

161 Rb Maastricht 26 september 2007, LJN BB4364, ABRvS 29 mei 2002, *AB* 2003, 108, m.nt. CMB.

de omzet kan worden afgeleid.[162] Alsdan kan evenmin worden vastgesteld dat er sprake is van schade die boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt.[163]

Bij de analyse van de omzetcijfers wordt de omzetdaling van de betrokkene soms afgezet tegen de ontwikkeling van de omzet van de branche waartoe het bedrijf behoorde.[164] De conclusie kan dan zijn dat er weliswaar sprake is van een daling van de omzet, maar dat deze eigen was aan de gehele branche, en zich dus ook voordeed bij bedrijven die niet met een schadeveroorzakende overheidshandeling werden geconfronteerd. Daarbij is van belang dat deze vergelijking plaatsvindt met objectief *vergelijkbare* bedrijven.[165] Dit is in de jurisprudentie een soms terugkerend punt van discussie. Uit de rechtspraak valt af te leiden dat het bestuursorgaan zich rekenschap moet geven van de specifieke kenmerken waarin het getroffen bedrijf zich van zijn branchegenoten onderscheidt. Toen een handel in kleine meubels en cadeauartikelen die schade leed door maatregelen in het kader van het autoluw maken van de Delftse binnenstad, werd vergeleken met de meubelbranche (die ook een daling liet zien), stelde de Afdeling dat het college niet voldoende was ingegaan op het bezwaar van het bedrijf in kwestie, dat stelde dat de branche waartoe het behoorde juist een stijging had laten zien.[166] In een andere uitspraak werd een nadeelcompensatiebesluit vernietigd vanwege een motiveringsgebrek omdat de deskundigen ten onrechte geen rekening hadden gehouden met het feit dat eiseres hogere marges realiseerde uit brandstofverkoop dan vergelijkbare bedrijven.[167]

3. De schade vloeit voort uit een eigen keuze van de benadeelde zelf

Een andere factor die aan het aannemen van een csqn-verband in de weg kan staan, is gelegen in een eigen keuze van de benadeelde zelf.

> Een eigenaar van een scheepshelling, waarop hij reparaties aan schepen verrichtte, stelde dat de verbouwing van zijn bedrijf en de verwijdering van de scheepshelling louter was ingegeven door een besluit tot het uitvoeren van dijkversterkingswerkzaamheden, die hadden geleid tot het afsluiten van de Gantel, waardoor schepen niet meer over water het bedrijf van appellant konden bereiken. De Afdeling stelde vast dat de eigenaar er niet voor had gekozen om met gebruikmaking van een

162 Zie bijv. Rb Zutphen 19 januari 2004, LJN AR4959 (de omzet had gelijke tred weten te houden met de andere vestiging van appellant (sub 4.4.4)) en voor vergelijkbare voorbeelden ABRvS 11 juni 2008, LJN BD3621, ABRvS 5 september 2001, *BR* 2002, 877, m.nt. BPMvR (*Souterrain Den Haag*), Hof Den Haag 12 april 2007, LJN BA4457.

163 ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2005, 214, m.nt. CMB, Rb Roermond 23 juli 2009, LJN BJ3907.

164 Zie bijv. ABRvS 14 april 2004, LJN AO7483 (*HOV Utrecht*).

165 ABRvS 16 juli 2008, LJN BD7310. Vgl. Rb Zutphen 20 september 2007, LJN BB5425: de deskundigen hadden ten onrechte geen rekening gehouden met het feit dat eiseres hogere marges realiseerde uit brandstofverkoop dan vergelijkbare bedrijven.

166 ABRvS 16 juli 2008, LJN BD7310.

167 Rb Zutphen 20 september 2007, LJN BB5425. Zie ook ABRvS 26 oktober 2005, LJN AU4976.

> relatief goedkope kraan reparaties aan boten te blijven uitvoeren. Door de verbouwing van zijn bedrijf was voor scheepsreparaties feitelijk geen ruimte meer. Volgens de Afdeling mocht het bestuursorgaan het er op houden dat de schade in de vorm van sloopkosten van de scheepshellingen en de omzetderving niet het directe gevolg was van de afsluiting van de Gantel.[168]

De uitspraak laat zien dat deze factor verband houdt met de plicht van de gelaedeerde burger zijn schade zoveel mogelijk te beperken; doet hij dat niet, dan wordt eventuele schade niet aan de overheid, maar aan de getroffene toegerekend.

4. Er is sprake van een andere, onbekende oorzaak

In sommige uitspraken wordt in het midden gelaten wat de werkelijke oorzaak is, doch wordt volstaan met het oordeel dat de gestelde oorzaak in elk geval *niet* de oorzaak van de schade is (of kan zijn).

> Een omwonende stelde trillingsschade te ondervinden als gevolg van werkzaamheden aan een nabijgelegen bouwwerk. Door de trillingen zou zijn serre zijn verzakt, waardoor deze moest worden afgebroken en opnieuw moest worden opgebouwd. Een deskundigenrapport wees uit dat de invloed van trillingen zich beperkte tot een afstand van minder dan vijf meter van de trillingsbron. Gelet op de afstand van minimaal vijftien meter tussen de werkzaamheden en de woning, moest worden uitgesloten dat de zetting en de kanteling van de serre het gevolg was van de trillingen. De Afdeling stelde vast dat de rechtbank terecht een causaal verband niet aannemelijk gemaakt had geacht, maar liet in het midden wat de werkelijke oorzaak was.[169]

6.5.5 Nadeelcompensatie en de leer van de toerekening naar redelijkheid

Indien een csqn-verband is vastgesteld, betekent dit nog niet dat de schade zal worden vergoed. Vaak wordt nog een extra schakel in de causaliteitsketen aangebracht. Alleen schade die een 'direct',[170] 'rechtstreeks',[171] 'rechtstreeks en noodzakelijk',[172] of 'onmiddellijk en rechtstreeks'[173] gevolg is van een

---

168 ABRvS 4 december 2002, LJN AF1449. Zie ook Rb Maastricht 8 juli 2005, LJN AU5146: ten aanzien van schade doordat drie jaar was gewacht met de verkoop van een woning en het huis al die tijd had leeggestaan, merkte de rechtbank op dat dit 'een eigen keus van eisers is geweest', zodat het causaal verband tussen deze schadepost en de aanleg van de oost-westbaan ontbrak. Vgl. ook ABRvS 20 september 2006, LJN AY8507, sub 2.7.1.

169 ABRvS 18 juni 2008, LJN BD4485.

170 ABRvS 14 januari 2004, *JB* 2004, 86, m.nt. RJNS, ABRvS 4 december 2002, LJN AF1449, Rb Assen 15 oktober 2003, LJN AN7863.

171 ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 252, m.nt. BPMvR, ABRvS 9 juni 2004, LJN AP1102, ABRvS 30 juli 2003, LJN AI0551, ABRvS 18 mei 2005, LJN AT5690, ABRvS 12 november 2003, *AB* 2004, 244, m.nt. BJS.

172 ABRvS 20 september 2006, LJN AY8507.

rechtmatige overheidshandeling, komt voor compensatie in aanmerking. Met deze formuleringen lijkt de Afdeling aan te sluiten bij haar planschadejurisprudentie.[174] Nadeelcompensatie*regelingen* laten op dit punt een wisselend beeld zien; soms wordt de eis van een rechtstreeks verband wel gesteld, soms niet.[175]

Vergelijkbare bewoordingen kwamen ook voor in de vroegere civiele jurisprudentie. De eis van een 'rechtstreeks en onmiddellijk' verband of van schade die een *onmiddellijk en dadelijk gevolg* is van de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis werd in arresten van de Hoge Raad tot 1928 gesteld, maar maakte daarna plaats voor de adequatieleer.[176] Volgens die leer is alleen die voorwaarde als oorzaak rechtens relevant die naar haar aard in het algemeen in staat of geschikt was om het ingetreden gevolg tot stand te brengen. Het moet daarbij gaan om een oorzaak die de mogelijkheid van het schadelijke gevolg objectief heeft vergroot. In latere jurisprudentie, waarin de adequatieleer te herkennen was, stelde de Hoge Raad dat de schade het *redelijkerwijs te voorziene (of te verwachten)* gevolg moest zijn van de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis.[177] Bezwaren tegen deze leer[178] leidden in de loop van de jaren zeventig tot acceptatie van de leer van de redelijke toerekening. Volgens deze leer is de gedaagde aansprakelijk voor de schadelijke gevolgen die hem redelijkerwijze toegerekend kunnen worden; de leer gaat uit van een 'multi-factorbenadering'.[179] De leer van de toerekening naar redelijkheid is gecodificeerd in art. 6:98 BW, waarin overigens maar twee factoren worden genoemd: *de aard van de aansprakelijkheid* en de *aard van de schade*. In de literatuur zijn ook andere factoren genoemd.[180]

173 Rb Assen 15 oktober 2003, LJN AN7863.

174 Zie de verwijzingen bij Van den Broek 2002, p. 80 e.v.

175 Hoitink & De Looij, p. 74 stellen terecht stellen dat harmonisatie op dit punt gewenst is.

176 Asser-Hartkamp I (Verbintenissenrecht), nr. 428.

177 Deze leer is ontwikkeld door Köster 1963. Zie ook de verwijzingen bij Asser-Hartkamp I (Verbintenissenrecht), nr. 427.

178 Zie Van den Berk 1991, p. 71 e.v. Kort gezegd zorgde de monopoliepositie van de voorzienbaarheid ervoor dat de meest onmogelijke oorzaken van de schade, om een aansprakelijkheid te creëren, als voorzienbaar werden aangemerkt. Ook zou het criterium te weinig onderscheidend vermogen hebben.

179 Van Dam 2000, p. 809.

180 Zo zou relevant moeten zijn of er sprake is van een gevolg dat naar ervaringsregels waarschijnlijker is (eerder toerekening), of het gevolg minder verwijderd is van de onrechtmatige daad (eerder toerekening), of er sprake is van schending van verkeers- en veiligheidsnormen die met het oog op de voorkoming van ongevallen zijn opgesteld (eerder toerekening), de draagkracht van de gelaedeerde (naar mate meer draagkrachtig, eerder toerekening) en of de schade is toegebracht in het kader van de bedrijfsuitoefening (de aard van de activiteit; eerder toerekening). HR 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509 (*Amercentrale*). Zie ook Brunner 1981, p. 210-217 en p. 233-236; Bloembergen 1965, p. 182 e.v.

6.5.5.1 Aard van de aansprakelijkheid en van de schade

De factoren 'aard van de aansprakelijkheid en van de schade' keren ook in de jurisprudentie soms terug. De aard van de aansprakelijkheid zou in zoverre van invloed kunnen zijn op het causale verband dat er bij aansprakelijkheidssoorten waarbij 'schuld' geen vereiste is om aansprakelijkheid aan te nemen, de schade minder snel aan de beweerdelijke veroorzaker daarvan zal worden toegerekend.[181] In het *Amercentrale*-arrest heeft de Hoge Raad aan deze regel invulling gegeven door te stellen dat 'het voor ons recht uitzonderlijke karakter van deze aansprakelijkheid [een risicoaansprakelijkheid – MT], verbonden aan het in eigendom hebben van een bouwwerk, voor zonder schuld veroorzaakte schade grond geeft voor die aansprakelijkheid een nauwer verband tussen de schade en de gebeurtenis die daartoe aanleiding gaf (…) te verlangen, dan bij toepassing van art. 1401 (het oude onrechtmatigedaadsartikel – MT) kan worden verlangd.'[182] Bij schuldloze aansprakelijkheden wordt derhalve minder snel toegerekend dan bij vormen van aansprakelijkheid waarbij schuld wel is vereist.[183] Ook de Afdeling heeft enkele keren aangesloten bij de aard van de aansprakelijkheid ten einde minder snel toe te rekenen. Zo stelde de Afdeling in een zaak over de *HSL*-lijn:

> 'Het feit dat de HSL-Zuid wordt aangelegd met het oog op het algemeen belang en het gaat om schadevergoeding naar aanleiding van een rechtmatige daad, rechtvaardigt dat sprake dient te zijn van een rechtstreeks causaal verband tussen het schadeveroorzakend handelen en de schade.'[184]

De betrokkenheid van het algemeen belang wijst dus in de richting van een beperkte toerekening van de schade aan de overheid: gegeven het feit dat de overheid per definitie in het algemeen belang handelt (behoudens een eventueel geconstateerde onrechtmatigheid) kunnen niet *alle* gevolgen van haar rechtmatige handelingen aan haar worden toegerekend, maar alleen die schade die in een nauw ('rechtstreeks') verband met dat handelen staat. Er valt in dat licht wel wat te zeggen voor het standpunt van Scheltema & Scheltema die stellen dat bij nadeelcompensatie alleen de 'typische gevolgen van de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis voor vergoeding in aanmerking (…) [komen]'.[185]

Ook het andere gezichtspunt, de aard van de schade, blijkt van belang, hoewel zijn rol iets minder duidelijk aan het causaal verband is gerelateerd.

---

181 Brunner 1981, p. 215.

182 HR 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509. Deze jurisprudentie is niet onomstreden. Volgens sommigen is de aard van de aansprakelijkheid geen goede maatstaf om te rechtvaardigen dat minder snel dient te worden toegerekend (Klaassen 2007, p. 49).

183 Brunner 1981, p. 215.

184 ABRvS 9 juni 2004, LJN AP1102. Zie ook ABRvS 13 februari 2008, LJN BC4221.

185 Scheltema & Scheltema 2008, p. 420.

In de civiele doctrine wordt deze factor aldus geïnterpreteerd dat schade door dood of verwonding eerder moet worden toegerekend dan zaakschade, privéschade boven schade gaat die in de sfeer van het beroep of bedrijf wordt geleden, fysieke schade boven zuivere vermogensschade gaat en reeds geleden schade boven nog te lijden schade gaat.[186] Zuivere vermogensschade staat derhalve niet hoog op de ranglijst van voor vergoeding in aanmerking komende schades, dit in tegenstelling tot personen- en zaakschade.[187] Uit sommige uitspraken valt op te maken dat de aard van de schade ook in het kader van een eventueel recht op nadeelcompensatie van belang is. Zo heeft de Hoge Raad bepaald dat onder het normaal maatschappelijk risico of normaal bedrijfsrisico wel 'normale ongemakken' (enig tijdverlies in verband met een alcoholcontrole bijvoorbeeld) vallen, maar niet zonder meer voor schade aan zaken van derden als gevolg van strafvorderlijk optreden.[188] Fysiek letsel zal *a fortiori* eerder worden vergoed.[189] Uit deze uitspraken blijkt echter dat de relevantie van deze factor niet zozeer tot uitdrukking komt in het kader van de causaliteitstoets, maar in het niet snel als onevenredig aanmerken van de schade. Het is dan ook de vraag of het wel verhelderend is om het gewicht van de factor van de 'aard van de schade' te plaatsen in het kader van het causaal verband. Deze uitspraken illustreren de juistheid van het standpunt van Drupsteen, die heeft gesteld dat causaliteitsvragen zich in het bestuursrecht soms niet voordoen, omdat het verband tussen de schade en het overheidsbesluit duidelijk is, of omdat deze vragen onderduiken in de vraag naar het maatschappelijk risico.[190] Een rechtstreekse toets aan het normaal maatschappelijk risico zegt volgens hem vaak meer over de vraag of de schade redelijkerwijs aan de overheid kan worden toegerekend dan door de omweg van de leer van de toerekening naar redelijkheid te bewandelen. Hetzelfde geldt voor het onderscheid tussen rechtmatige en niet-rechtmatige belangen, dat ook wel onder het kopje 'aard van de schade' wordt geschaard: schade wordt in beginsel wel toegerekend bij de aantasting van rechtmatige belangen, en in beginsel niet bij niet-rechtmatige belangen.[191] Dit gezichtspunt wordt blijkens de jurisprudentie niet in het licht van de causaliteitstoets geplaatst, maar (rechtstreeks) in het kader van de vraag of van een abnormaal nadeel sprake is.[192]

186 Schut 1978, p. 401.
187 Lindenbergh 2008, p. 73.
188 HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*) alsmede Hof Amsterdam 24 april 2008, LJN BD2359, HR 21 maart 2003, *NJ* 2009, 232, m.nt. MRM (*Xenos*).
189 Vgl. Rb Assen 13 februari 2001, *JB* 2001, 103, *TVP* 2001, p. 40-41, m.nt. GEvM.
190 Drupsteen 1988, p. 37.
191 Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 30. Zie ook Lindenbergh 2008, p. 73-74.
192 Zie § 8.5.4.

6.5.5.2 Een 'rechtstreeks' verband

Naast de aard van de aansprakelijkheid en van de schade zijn ook andere maatstaven nodig om te bepalen of het nadeel kan worden toegerekend aan de rechtmatige overheidsdaad. Tot die factoren behoort ook de verwijderdheid van de schade. Dat betrekking heeft op het aantal schakels dat is gelegen tussen de gebeurtenis en de schade. Men kan spreken van eerste-, tweede- en derdegraadsschade: bij een doorgesneden elektriciteitskabel is de schade aan de kabel de eerstegraadsschade, de schade aan een fabriek waarvan het productieproces stil komt te liggen tweedegraadsschade en de schade van de afnemer van de fabriek die wordt geconfronteerd met een vertraagde levering van zijn producten een vorm van derdegraadsschade.[193] Hoe meer schakels, hoe minder snel sprake zal zijn van toerekening. Een voorbeeld van een te ver verwijderd causaal verband biedt de volgende uitspraak.

> Energiebedrijf Eneco stelde schade te lijden ten gevolge van het onherroepelijke tracébesluit HSL-Zuid. Eneco had overeenkomsten gesloten met 142 tuinders in de Overbuurtse Polder inzake de levering van gas, elektriciteit, warmte en CO2. De percelen van acht van deze tuinders werden vanwege de aanleg van de HSL-Zuid in der minne verworven door NS Railinfrabeheer BV. De betreffende tuinders zegden dientengevolge ook de met Eneco gesloten distributieovereenkomsten op, waardoor Eneco schade leed in de vorm van verminderde opbrengsten en desinvesteringen in het leidingstelsel. Volgens de Afdeling 'is er sprake van een verband tussen – enerzijds – de aanleg van de HSL-Zuid, de aankoop door NS Railinfrabeheer BV van de gronden en opstallen van de acht betrokken tuinders en de daarop volgende opzegging door deze tuinders van de met Eneco gesloten distributieovereenkomsten en – anderzijds – de door Eneco gestelde schade. Van een rechtstreeks causaal verband tussen het tracébesluit en deze schade is evenwel geen sprake. De schade is het directe gevolg van de opzegging van de overeenkomsten.'[194]

In dit geval manifesteerde de schade zich pas nadat meerdere 'schakels' waren gepasseerd: het tracébesluit, de in der minne-verwerving van de gronden en daarna de opzegging van de overeenkomst. Er was dus wel een csqn-verband, maar niet van een 'direct' verband. De uitspraak lijkt aan te sluiten op wat oudere planschadejurisprudentie. Van den Broek noemt het voorbeeld van de omzetschade van een veearts, die zijn klantenkring (bestaande uit veehouders) kwijtraakt door de vestiging van een grootschalig industriegebied. Deze schade kon niet geacht worden direct te zijn veroorzaakt door het planologische regime, maar door het wegtrekken van de klanten uit het betreffende

193 Verheij 2005, p. 71.
194 ABRvS 9 juni 2004, LJN AP1102.

gebied. Dat de wijziging van het planologische regime voor deze schade een *condicio sine qua non* was, was niet genoeg.[195]

In het criterium van het rechtstreekse verband ligt een zekere objectivering besloten: enkel die nadelige gevolgen die als een (objectief) inherent gevolg van het rechtmatige overheidshandelen kunnen worden aangemerkt worden aan het overheidshandelen toegerekend. In het planschaderecht betekent dit bijvoorbeeld dat alleen *ruimtelijk* relevante gevolgen in een rechtstreeks verband staan met een in art. 49 WRO genoemde schadeoorzaak. Zo behoren tot de inherente gevolgen van de wijziging van een bestemmingsplan in elk geval ruimtelijke gevolgen zoals de gewijzigde bestemming van een bepaald perceel, bouw- en afstandsvoorschriften of de negatieve invloed die een planwijziging op zijn omgeving *in ruimtelijke zin* heeft, zoals uitzichtschade of andere vormen van waardevermindering.[196] Daartoe behoort echter niet de schade ten gevolge van het opzeggen van een overeenkomst, zoals ook een uitspraak laat zien die zelfs de landelijke tv haalde.[197]

> De eigenaar van een steenfabriek was ook gebruiker van een perceel dat hij kon gebruiken op basis van een overeenkomst tot gebruik om niet. De gemeente wilde dit perceel aankopen in verband met een bestemmingswijziging, waardoor over het perceel een verkeersweg zou komen te liggen. De eigenaar zegde de overeenkomst op en kocht het perceel zelf aan, in de verwachting een hogere verkoopprijs te kunnen bedingen. De bestemmingswijziging ging niet door, zodat de gemeente de grond niet nodig had. De Afdeling: 'Het eindigen van het gebruik om niet van het perceel is een gevolg van een beslissing van privaatrechtelijke aard van [belanghebbende] de gebruiksovereenkomst op te zeggen en niet een ruimtelijk gevolg van de wijziging van de bestemming van de strook grond in "Verkeersdoeleinden hoofdontsluitingsweg Vw (I)". De nieuwe bestemming noopte [belanghebbende] immers niet om de gebruiksovereenkomst op te zeggen. Zoals ter zitting naar voren is gebracht wenste [belanghebbende] de gronden vrij van gebruik te hebben, teneinde een hogere verkoopprijs te kunnen bedingen. Dat [belanghebbende] zonder wijziging van het planologisch regime en de aanzegging van de gemeente Venray dat zij de grond wilde kopen, dan wel onteigenen, niet tot opzegging van het gebruiksrecht om niet zou zijn overgegaan, maakt niet, dat daarmee de beëindiging van het gebruiksrecht om niet in juridische zin een ruimtelijk gevolg is van de wijziging van de bepalingen van het bestemmingsplan. De Afdeling wijst in dit verband op haar uitspraak van 9 juni 2004 in zaak nr. 200305186/1 [de Eneco-uitspraak – MT].'[198]

In dit geval was er onmiskenbaar een csqn-verband tussen de opzegging van de overeenkomst en de schade, maar dit verband was niet 'rechtstreeks'. Het

195 KB 24 mei 1977, *BR* 1977, 759, m.nt. J. Wessel en verder Van den Broek 2002, p. 81-86, die ook latere voorbeelden bespreekt.
196 Zie ook de noot van Van den Broek bij ABRvS 18 december 2008, *AB* 2009, 34, m.nt. GMvdB.
197 *Zembla*, 1 februari 2009 ('Gek door de gemeente').
198 ABRvS 18 december 2008, *AB* 2009, 34, m.nt. GMvdB.

ging hier om een neveneffect dat niet noodzakelijk uit het rechtmatige handelen volgde (zoals de Afdeling stelt: 'De nieuwe bestemming *noopte* [belanghebbende] niet om de gebruiksovereenkomst op te zeggen.' (curs. MT)). Eenzelfde benadering zien we in een wat oudere afdelingsuitspraak, waarin de schade ook primair aan het handelen van de benadeelde zelf werd toegerekend.

> De gemeenteraad van Sneek besloot de veemarkt te sluiten. Appellant, eigenaar van een café dat was gelegen aan het veemarktterrein te Sneek, stelde daardoor schade te lijden: de sluiting van de markt zou hem dwingen tot beëindiging van de huur en daardoor ook tot het opzeggen van de onderhuur. Volgens de Afdeling had verweerder terecht geoordeeld dat een causaal verband hier ontbreekt: 'Appellanten verhuurden kamers aan studenten. Een rechtstreeks verband met het cafébedrijf laat staan met de veemarkt, is er niet.'[199]

Deze uitspraak kan worden verklaard door als vuistregel aan te nemen dat schade die het geëigende, typische (normale, karakteristieke, niet uitzonderlijke) gevolg is van het overheidshandelen eerder aan de overheid kan worden toegerekend dan atypische gevolgen.[200] Waar men bijvoorbeeld wel kan stellen dat het maken van ontslagkosten een normaal, typisch gevolg is van de beëindiging van een bedrijf ten gevolge van de intrekking van een milieuvergunning,[201] geldt niet dat de sluiting van een veemarkt als objectief gevolg heeft dat daardoor een huurovereenkomst wordt opgezegd. Dat was in dit geval het feitelijke gevolg, maar deze beslissing moest worden gezien als een normale ondernemersbeslissing, die niet aan de overheid, maar aan de ondernemer zelf moet worden toegerekend. Meer in het algemeen zal mijns inziens het onderscheid tussen typische ondernemersbeslissingen en de gevolgen die objectief uit het rechtmatige overheidshandelen voortvloeien, dienstbaar kunnen zijn bij de invulling van de leer van de redelijke toerekening. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van een zaak waarin de eigenaar van een grondverzetbedrijf voor zijn werkzaamheden een rupskraan nodig had, die hij vervoerde met een tractor. Ten gevolge van de aanleg van werken in het kader van de Betuweroute moest hij voortaan gebruik maken van een viaduct om de noordkant van de Betuweroute te bereiken. Dat viaduct was erg steil en had bovendien een scherpe bocht, waardoor hij met zijn oude tractor de dieplader niet veilig naar de andere kant van het viaduct kon brengen. Daarom

---

199 ABRRvS 28 december 1995, *AB* 1996, 206, m.nt. FM.

200 Enigszins anders: Scheltema & Scheltema 2008, p. 420, die stellen dat *alleen* de typische gevolgen op grond van de égalité voor compensatie in aanmerking komen.

201 ABRvS 19 april 2006, *AB* 2006, 251, m.nt. BPMvR: 'De Afdeling overweegt dat naar huidige maatschappelijke inzichten bij een bedrijfsbeëindiging regelingen worden getroffen voor het personeel dat moet worden ontslagen en dat met deze regelingen kosten gepaard gaan. (…) In het algemeen moeten naar het oordeel van de Afdeling de met het ontslag gepaard gaande kosten (…) in redelijkheid worden toegerekend aan de intrekking van de vergunning.'

kocht hij een nieuwe tractor, waarvan hij een deel van de kosten vergoed wenste te zien. De rechtbank Arnhem overwoog dat de tractor niet ongeschikt was geworden door de bouw van het viaduct, doch dat deze bouw de ongeschiktheid slechts zichtbaar had gemaakt.[202] Ook de Afdeling verwierp zijn schadeclaim:

> 'Hoewel aannemelijk is dat [appellant] de nieuwe tractor nog niet zou hebben gekocht indien het viaduct niet zou zijn gebouwd op de verbindingsroute die hij gebruikt om de noordkant van het tracé van de Betuweroute te bereiken, brengt dat niet met zich dat de door [appellant] gestelde schade in zodanig verband staat met de aanleg van dat viaduct dat zij de minister, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de gestelde schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.'[203]

De uitspraak bevestigt allereerst dat een csqn-verband niet voldoende is (dit verband was immers aannemelijk), maar dat uit de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade volgt dat een nauwer verband aanwezig moet zijn, wil de overheid aansprakelijk zijn. Ten tweede is de uitspraak interessant omdat het criterium van het normale ondernemersrisico impliciet fungeert als maatstaf om de vraag te beantwoorden of de schade aan de overheid of aan de burger zelf moet worden toegerekend. Als een bedrijf door een besluit tot afsluiting van een weg moet omrijden, valt in de regel makkelijk vast te stellen dat dit het objectieve gevolg was van dit besluit. In de bovenstaande gevallen was de schade echter (mede) een gevolg van een keuze van de benadeelde zelf. Dat de kosten die uit dergelijke keuzes voortvloeien het objectieve gevolg zijn van het overheidshandelen, is veel minder makkelijk vast te stellen. Voorkomen moet worden dat de ondernemer normale bedrijfskosten (zoals de aanschaf van een nieuwe tractor die hij misschien sowieso nodig had) op de gemeenschap weet af te wentelen. De leer van de redelijke toerekening kan in dit verband een nuttige functie vervullen om schade door typische ondernemersbeslissingen te onderscheiden van de in juridische zin wel relevante schadelijke gevolgen van publiekrechtelijke besluitvorming.

Deze 'objectieve' benadering verklaart mogelijk waarom de Afdeling geen onderscheid maakt tussen de situatie dat de benadeelde zelf het intreden van het nadelige gevolg niet kan beïnvloeden (zoals in de casus van de opzegging van de overeenkomsten waardoor Eneco schade leed) en de situatie dat juist een handelen van de benadeelde zelf als causa van het handelen heeft te gelden (de casus van het café in Sneek, de nieuwe tractor en de steenfabriek). In beide gevallen ontbreekt het vereiste rechtstreekse verband, omdat de rechtmatige

202 Rb Arnhem 10 april 2007, LJN BA3428.

203 ABRvS 13 februari 2008, LJN BC4221. Kritisch over deze uitspraak Dijkshoorn 2009, p. 100 e.v.

handeling niet de objectieve strekking had de betreffende schade te doen ontstaan.

6.5.6 Meer dan één (potentiële) oorzaak van de schade

De standaardsituatie is die waarin één bestuursorgaan verantwoordelijk is voor de schade. Het komt echter geregeld voor dat meerdere bestuursorganen betrokken zijn bij het ontstaan van de schade. Het kan daarbij gaan om het gelijktijdig van toepassing zijn van meerdere vormen van regelgeving, voor de toepassing (of de handhaving) waarvan meerdere bestuursorganen verantwoordelijk zijn. Voorts kan het zo zijn dat handelingen van verschillende bestuursorganen de schade veroorzaken. De vraag dient zich dan aan welk bestuursorgaan de schade moet worden toegerekend of dat een gedeelde aansprakelijkheid denkbaar is.

Een eerste mogelijke situatie is die waarin gelijktijdig meerdere wettelijke bepalingen op een bepaalde casuspositie van toepassing zijn.

> Een voorbeeld is een geschil waarin een agrariër een ondergrondse tank buiten werking stelde, naar eigen zeggen omdat op zijn mestopslag de Verordening Grondwaterbeschermingsgebieden Overijssel 1991 van toepassing was geworden. Het bestuur trachtte aan aansprakelijkheid te ontkomen door te stellen dat hij de tank ook zou hebben moeten verwijderen als de verordening niet van toepassing was, aangezien de opslag ook in strijd was met het Besluit mestbassins Hinderwet. De Afdeling meende dat de schade het directe gevolg was van de Verordening, omdat het bestuur deze zelf had genoemd als grondslag voor hun aanmaning om de tank te verwijderen. Bovendien, zo overwoog de Afdeling, hadden B&W nooit aanstalten gemaakt om de strijd met de Hinderwet ook te handhaven.[204] Schlössels leidt in zijn noot uit deze uitspraak af dat het enkele feit dat een activiteit in strijd is met een publiekrechtelijke regeling niet zonder meer met zich brengt dat die regeling kan gelden als (mede)oorzaak van nadeel.

Bij het gelijktijdig van toepassing zijn van verschillende wettelijke regimes kan zich voorts de vraag voordoen of de schade moet worden toegerekend aan de regeling of aan de op basis van die regeling genomen besluiten.

> Deze situatie was aan de orde in het geval van een krachtens de Wet milieubeheer verleende veranderingsvergunning. Volgens de Afdeling moest de oorzaak van de schade (in verband met nieuwe investeringen) worden gezocht in het Besluit luchtemissies afvalverbranding (het Besluit), en niet in de vergunningverlening, omdat het Besluit rechtstreekse werking had en dus ook zonder het Besluit de vergunningverlening moest worden nageleefd.[205]

---

204 ABRvS 14 januari 2000, *JB* 2000, 50, m.nt. RJNS.
205 ABRvS 6 maart 2002, *AB* 2002, 275, m.nt. ABB.

In casu was het nadere besluit geen noodzakelijke voorwaarde om de veranderde regels rechtskracht te laten krijgen: omdat het Besluit rechtstreekse werking had dienden bedrijven de daarin neergelegde normen ook zonder vergunningverlening (of de wijziging van een bestaande vergunning) na te leven. Het is in het licht van het dwingende karakter van dat Besluit begrijpelijk dat de Afdeling tot het oordeel kwam dat de gestelde schade niet voortvloeide uit het besluit tot vergunningverlening, maar uit het Besluit. Enigszins verwant is de volgende situatie.

> Om op wild te kunnen jagen had appellant een vergunning nodig, aangezien zijn percelen waren gelegen in een beschermd natuurgebied. Hij kreeg een vergunning, maar daartegen werd door derden beroep ingesteld. Uit artikel 19 lid 3 Natuurbeschermingswet (oud) volgt dat dit beroep schorsende werking heeft, zodat appellant gedurende het beroep (anderhalf jaar) niet mocht jagen en wildschade leed. Volgens de Afdeling geschillen vloeide de schade niet rechtstreeks voort uit de vergunningplicht. De vergunning was namelijk gewoon verleend, zodat de schade niet zijn oorzaak had in de verlening van de vergunning. De schade zou niet zijn ontstaan indien de gelding van de verleende vergunning door het ingestelde beroep niet zou zijn opgeschort. De oorzaak van de schade lag in de omstandigheid dat een derde tegen de vergunning beroep had ingesteld, aan welk beroep art. 19 lid 3 Natuurbeschermingswet het gevolg van schorsende werking verbindt.[206] Aangezien de schade niet aan de vergunning kon worden toegerekend, bood art. 18 lid 1 Natuurbeschermingswet geen grondslag voor nadeelcompensatie. Het toerekenen van de schade aan de formele wetgever, betekent dat appellant slechts de – met hoge drempels omgeven – mogelijkheid resteert om deze aan te spreken ex art. 1 EP EVRM.

Met name bij grote infrastructurele projecten komt het geregeld voor dat samenwerking tussen verschillende overheden noodzakelijk is en verschillende overheden tal van handelingen verrichten (besluiten, feitelijke handelingen) die als ieder deels aan de schade bijdragen. Vaak zijn op verschillende schadeveroorzakende besluiten ook nog eens verschillende nadeelcompensatieregimes van toepassing, zodat de beoordeling van nadeelcompensatieclaims al snel een complexe aangelegenheid wordt. Om ondoorzichtigheid in de afhandeling van schadeclaims te voorkomen, worden in de praktijk verschillende voorzieningen getroffen teneinde deze afhandeling te stroomlijnen. Daarbij kan worden gedacht aan het in het leven roepen van schadeschappen, gezamenlijke schadebeoordelingscommissies, voorrangsregels et cetera.[207] Koopmans heeft gesignaleerd dat deze oplossingen verschillende nadelen hebben en formuleert zelf een alternatief in de vorm van een 'adoptiebevoegdheid'. Deze houdt in dat een bestuursorgaan de bevoegdheid te beslissen over nadeelcompensatie

206 AGRvS 29 juni 1992, *AB* 1993, 210, m.nt. PvB. Zie in gelijke zin ABRvS 11 februari 2004, LJN AO3346.

207 Zie uitvoerig Koopmans 2009, p. 69 e.v.

die verband houdt met een groot project, naar zich toe kan trekken. Een van de betrokken bestuursorganen wordt dan dus exclusief bevoegd om alle verzoeken om nadeelcompensatie die voortvloeien uit een bepaald project, te behandelen. Dit orgaan neemt het schadebesluit, is verantwoordelijk voor de inhoudelijke afhandeling en vergoedt de schade; er bestaat dan dus geen mogelijkheid meer om schadeclaims bij de andere betrokken bestuursorganen in te dienen.[208] De betrokken bestuursorganen zullen dan verder zelf regelen hoe de schadelast onderling verdeeld wordt.

Wordt voor geen van deze *ad hoc*-constructies gekozen, dan kan de rechter voor de vraag komen te staan welk van de betrokken bestuursorganen voor de schade aansprakelijk is.

> Deze vraag was bijvoorbeeld aan de orde in een zaak die ging over de vraag wie er verantwoordelijk was voor de schade die een raffinaderij ondervond ten gevolge van het doorgraven van de Beerdam. Dit doorgraven vond plaats in het kader van een havenproject, waarbij de gemeente Rotterdam en de Minister van Verkeer & Waterstaat betrokken waren. Tussen hen was een overeenkomst gesloten, waarvan de considerans stelde dat de Europoortkering en het doorgraven van de Beerdam in waterstaatkundig opzicht zodanig met elkaar waren verweven dat de realisering en financiering in onderlinge samenhang dienden te worden bezien. De raffinaderij sprak de Minister van V&W aan voor haar schade, omdat er sprake was van een project met twee uitvoerders, zodat beide uitvoerders (de gemeente en de minister) volgens haar hoofdelijk aansprakelijk waren. De rechtbank verwierp deze visie en stelde dat de schade volledig viel toe te rekenen aan het openmaken van de Beerdam, zodat de gemeente Rotterdam exclusief aansprakelijk was. Dit openmaken diende als de 'eenduidige causaliteit' voor de veranderingen in de waterkwaliteit en daardoor ontstane schade te worden aangemerkt. De rechtbank vervolgde dat '[niet ter discussie staat dat] het feitelijke openen van de Beerdam een activiteit is die uitsluitend door de gemeente Rotterdam als eigenaar en vergunninghouder, is gerealiseerd; met de waterkeringszorg (de exclusieve zorg van verweerder) en de Europoortkering (uitgevoerd door verweerder) heeft het openen van de Beerdam niets van doen.'[209]

Deze uitspraak laat zien dat het specialiteitsbeginsel zijn invloed ook kan doen gevoelen ten aanzien van de vraag welke van de betrokken organen aansprakelijk is. Aangezien de betrokkenheid van de Minister beperkt was tot werkzaamheden die in het kader van de *waterkeringszorg* dienden te worden verricht, kon van een nadeelcompensatieplicht van de Minister geen sprake zijn voor een schadeveroorzakend feit (het doorgraven van de Beerdam) dat het belang van de waterkeringszorg op geen enkele manier diende. Uit deze uitspraak komt naar voren dat indien meerdere bestuursorganen bij de uitvoering van een project betrokken zijn, het voor de bepaling van het causaal verband mede

208 Koopmans 2009, p. 74-75.
209 Rb Rotterdam 3 juli 2001, *JB* 2001, 228, m.nt. RJNS.

van belang is om te bezien onder wiens hoofdverantwoordelijkheid de schadeberokkende activiteiten worden verricht en (dus) ter behartiging van welk publiek belang deze activiteiten dienen.[210] Het is niet altijd eenvoudig te bepalen in het kader van welk 'belang' de schadetoebrengende handeling precies werd verricht (of welk belang 'overheerst').

> Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van een uitspraak van de rechtbank Assen over de schade die een restaurant leed doordat het enige maanden sterk verminderd bereikbaar was in verband met de afsluiting van een weg. De afsluiting vond plaats omdat er heiwerkzaamheden moesten worden verricht in verband met de plaatsing van een geluidsscherm. De vraag was wat de precieze oorzaak van de schade was: de feitelijke afsluiting van de weg, een beslissing die binnen de exclusieve verantwoordelijkheid van Rijkswaterstaat viel (en dus typisch aan RWS toevertrouwde belangen in het kader van diens taak als wegbeheerder diende) of de handeling naar aanleiding waarvan die wegafsluiting plaatsvond: de plaatsing van een geluidsscherm. Zou die laatste de relevante schadeoorzaak zijn, dan zou het college van B&W van De Wolden aansprakelijk zijn, die de bouwvergunning voor het geluidsscherm aan de gemeente Ruinen had verleend. Rijkswaterstaat *en* de eigenaar van het restaurant wezen in de richting van het college, omdat het plaatsen van het geluidsscherm plaatsvond in het kader van de geluidssanering, waarvoor gemeenten de verantwoordelijkheid dragen. Vaststond echter eveneens dat de afsluiting van de weg tot het treffen van verkeersmaatregelen noopte, omdat heiwerkzaamheden noodzakelijk waren. De rechtbank wees uiteindelijk Rijkswaterstaat aan als het orgaan waarvan het handelen *in overwegende mate* de schade had veroorzaakt. Daarbij was (onder meer) bepalend dat de beslissing om verkeersmaatregelen te nemen was voorbehouden aan Rijkswaterstaat, als beheerder van de rijksweg A 28. Het college van B&W kwam in dezen geen enkele bemoeienis of zeggenschap toe. Weliswaar leidde dat tot het gevolg dat Rijkswaterstaat zich geconfronteerd zag met een verplichting tot vergoeding van schade zonder dat voor hem de mogelijkheid had bestaan deze te voorkomen, maar dit was volgens de rechtbank niet bepalend, met name omdat de wetgever er uitdrukkelijk voor had gekozen de bevoegdheid tot het treffen van verkeersmaatregelen exclusief bij Rijkswaterstaat neer te leggen. Bovendien was het in vergelijkbare situaties gebruikelijk dat Rijkswaterstaat eventuele nadeelcompensatieclaims op zich nam. In situaties waarin het risico dat schade van derden moet worden vergoed in de visie van Rijkswaterstaat elders behoorde te liggen, werd een aparte clausule in de overeenkomst opgenomen om RWS te vrijwaren van de gevolgen van een aansprakelijkstelling. Zo'n clausule was thans niet opgenomen.[211]

Een andere uitkomst was naar mijn idee ook denkbaar geweest. De afsluiting en de feitelijke werkzaamheden tot plaatsing van het scherm waren feitelijk slechts een noodzakelijke 'schakel' in het kader van een project dat primair binnen de zorg van de gemeente viel, te weten de geluidssanering. De betrok-

210 Vgl. in dat verband ook Rb Arnhem 24 januari 2008, LJN BC2698.
211 Rb Assen 15 oktober 2003, LJN AN7863.

kenheid van Rijkswaterstaat was in zoverre secundair van aard. De rechtbank leek wel erg op de hand van de gemeente door te stellen dat met de verlening van een bouwvergunning niet zonder meer is gegeven of en zo ja, hoe van die vergunning gebruik wordt gemaakt. Dat voor de plaatsing van een geluidsscherm heiwerkzaamheden nodig zijn die voor omwonenden overlast kunnen veroorzaken, kan men zonder veel moeite zien als een objectief voorzienbaar gevolg van de verlening van de vergunning voor de bouw van het geluidsscherm. Dit wijst op zijn minst in de richting van een mede-aansprakelijkheid van de gemeente. Het eindoordeel dat er geen causaal verband was tussen de verlening van de bouwvergunning en de omzetschade is wat dat betreft opmerkelijk hard. Dit hangt waarschijnlijk mede samen met het standpunt van de rechtbank dat de gestelde schade in een *direct* verband zou moeten staan tot de vergunningverlening. In situaties waarin meerdere overheden de schade veroorzaken, zoals in casu, kan deze eis onnodig tot een 'alles-of-niets'-oordeel leiden, waarbij één orgaan voor de gehele schade aansprakelijk is, terwijl ook een gedeelde aansprakelijkheid denkbaar zou kunnen zijn. In het civiele recht is zulks mogelijk indien sprake is van 'samenwerkende oorzaken', waarbij dus beide oorzaken noodzakelijk zijn om de schade te doen intreden. Denkt men een van beide oorzaken weg, dan zou de schade niet intreden. In een dergelijk geval is hoofdelijke aansprakelijkheid niet de regel, maar is een ieder aansprakelijk voor het gedeelte dat hij heeft veroorzaakt.[212]

Het is naar huidig recht niet goed mogelijk in situaties waarin handelingen van meerdere bestuursorganen aan de schade ten grondslag liggen en waarin ofwel elk van deze handelingen de schade in zijn geheel tot gevolg kan hebben, ofwel de handelingen tezamen noodzakelijk zijn om de gehele schade te doen ontstaan, de aansprakelijkheid procedureel op een bevredigende manier vorm te geven. Bij kleinschalige, eenmalige projecten zal in de regel geen van de voornoemde voorzieningen bestaan die een 'gebundelde' beoordeling van schadeclaims mogelijk maakt. Ook de adoptiebevoegdheid die Koopmans heeft voorgesteld, zal naar mijn verwachting dan niet altijd soelaas bieden. Dit voorstel heeft zeker voor grote projecten – waarop Koopmans zich overigens ook richt – aantrekkelijke kanten; in die gevallen zijn veel schadeclaims te verwachten en staat vast dat verschillende bestuursorganen ieder een deel van de schade veroorzaken. Juist bij samenloop van besluiten in kleinschalige(r) projecten is het de vraag of deze bevoegdheid voor de burger alle problemen oplost. Het welslagen van deze causaliteitsconstructie afhankelijk is van de welwillendheid van een van de betrokken bestuursorganen om de schadelast en –coördinatie op zich te nemen. Het is de vraag of zij deze bereidheid altijd

212 Spier e.a. 2006, p. 288.

hebben. Een niet ondenkbaar scenario is dat zij veeleer zullen proberen de schadelast juist af te schuiven in plaats van deze op zich te nemen.[213]

Bij gebreke van een door het bestuur betrachte constructie, moet de burger zelf een inschatting maken bij welk bestuursorgaan hij de grootste kans maakt met zijn schadeclaim. De uitspraak inzake het geluidsscherm leert dat het enkele csqn-verband tussen een bepaalde publiekrechtelijke rechtshandeling (de verlening van een vergunning) en de schade, nog geen garantie geeft dat de schade redelijkerwijs aan deze rechtshandeling moet worden toegerekend. Zeker in het licht van de thans nog tamelijk grote ondoorzichtigheid van de causaliteitsproblematiek, in het bijzonder ten aanzien van de vraag door de uitoefening van welke publieke taak de schade geacht moet worden te zijn ontstaan, is het niet ondenkbeeldig dat dit tot een stapeling van procedures zal leiden. Als de burger bij het verkeerde bestuursorgaan heeft aangeklopt, omdat de rechter heeft geoordeeld dat van een rechtstreeks verband geen sprake was, zal hij een nieuw schadebesluit moeten aanvragen. Om aan dit probleem het hoofd te bieden, hebben Hoitink & Koetser voorgesteld dat de burger, indien vaststaat dat de schade aan twee besluiten kan worden toegerekend, de burger de keuze zou moeten hebben van welke mogelijkheid hij gebruik wenst te maken en welk bestuursorgaan hij wenst aan te spreken. In dat geval zou volgens hen de gehele schade moeten worden toegerekend aan elk van beide besluiten.[214] Zij beargumenteren dit met de bekende jurisprudentie van de Afdeling rond de aanwijzing van bepaalde terreinen als luchtvaartterrein.

> In die gevallen ligt de beleidskeuze om bepaalde terreinen aan te wijzen als luchtvaartterrein op rijksniveau op basis van de Luchtvaartwet. Deze wet bepaalt voorts dat gemeenteraden verplicht zijn het als luchtvaartterrein aangewezen terrein met een dienovereenkomstige bestemming op te nemen in het bestemmingsplan. Gemeenten zijn hiertoe verplicht; er is geen enkele ruimte voor een nadere belangenafweging. Toen gemeenten werden geconfronteerd met planschadeclaims, voelden zij er weinig voor om de schade te dragen van een beleidskeuze die op rijksniveau was gemaakt, en waaraan zij verplicht dienden mee te werken. Toch bepaalde de Afdeling dat de schade van omwonenden in ieder geval mede terug te voeren was op het gemeentelijke besluit tot het verlenen van een vrijstelling op grond van art. 19 WRO. Bepalend voor dat oordeel was mede dat de aanleg van

213 Vgl. bijv. Rb Arnhem 24 januari 2008, LJN BC2698, een geschil tussen gemeente Papendrecht en het Hoogheemraadschap van Rivierenland in verband met kosten voor de verwijdering van een riooloverstort. Het hoogheemraadschap stelde dat de schade zou moeten worden toegerekend aan de concessie hetzij het concessie verlenende overheidsorgaan hetzij aan Rijkswaterstaat als waterkwaliteitsbeheerder van de Gantel. De rechtbank onderschreef dit niet. In de concessie was uitdrukkelijk als voorwaarde gesteld dat eerst de overstorten zouden worden verwijderd. Het bereiken van deze toestand was daarmee 'een onderdeel van de zorg van het Hoogheemraadschap in het kader van de dijkversterkingswerken geworden'.

214 Hoitink & Koetser 2007, p. 343.

de landingsbaan 'immers niet mogelijk was zonder voorafgaande planologische wijziging'.[215]

Hoitink & Koetser leiden uit deze uitspraak af dat de schade kan worden toegerekend aan beide besluiten, zodat de burger ook de keuze zou moeten hebben om het voor elk besluit afzonderlijk verantwoordelijke bestuursorgaan aan te spreken.[216] Het is de vraag of die keuzemogelijkheid thans daadwerkelijk in veel gevallen bestaat. Uit de jurisprudentie volgt dat veelal slechts één orgaan kan worden aangesproken omdat de schade slechts met één handeling in een (rechtstreeks) causaal verband staat. Het voorstel van Hoitink & Koetser om burgers in dit soort gevallen een keuzemogelijkheid te geven, spreekt aan. Met hen meen ik dat in de Awb-regeling van nadeelcompensatie een voorziening zou moeten worden getroffen waarbij de burger bij samenloop van schadeoorzaken elk van de betrokken bestuursorganen kan aanspreken. Zo wordt voorkomen dat een bestuursorgaan zich zou kunnen verweren met de stelling dat de burger maar bij het andere bestuursorgaan moet aankloppen. In gevallen waarin dus geen wettelijke voorziening bestaat en ook een eventuele 'adoptiebevoegdheid' geen soelaas biedt, zou derhalve de mogelijkheid van een hoofdelijke aansprakelijkheid van de betrokken bestuursorganen moeten worden overwogen, waarbij de gehele schade aan elk van beide bestuursorganen worden toegerekend. Met een analoge toepassing van de regresregeling van art. 6:10 BW is het vervolgens mogelijk om het aandeel van ieder van de betrokken organen in het ontstaan van de schade te bepalen en de schade onderling naar rato van het veroorzakingsaandeel te spreiden. In mijn voorstel voor een regeling van nadeelcompensatie in hoofdstuk 14 is dan ook een bepaling opgenomen die vergelijkbaar is met het voorstel van Hoitink & Koetser.

6.6 VOORDEELSTOEREKENING (ART. 6:100 BW)

Indien eenzelfde gebeurtenis naast schade voordeel heeft opgeleverd, dan moet, voor zover dat redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht (art. 6:100 BW). Uit dit artikel blijkt dat ten eerste van belang is dat de voor- en de nadelen voortvloeien uit een en dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis. Ook dient een csqn-verband te bestaan tussen de schadeveroorzakende handeling en het voordeel. Verder is in het artikel een 'redelijkheidsmaatstaf' opgenomen. Daarin ligt een zekere beperking: de rechter *hoeft* voordelen niet toe te rekenen, ook niet als er wel een csqn-verband bestaat. De vrijheid van de rechter op dit punt wordt in de context van de schadevergoeding bij rechtmatige daad echter in zoverre

215 ABRvS 13 maart 1997, *AB* 1997, 362, m.nt. BJS.
216 T.a.p.

getemperd dat men bij de toepassing van art. 6:100 rekening mag houden met de aard van de aansprakelijkheid. Bij aansprakelijkheid buiten schuld wordt verrekening van voordeel eerder redelijk geacht dan wanneer de aansprakelijke persoon een verwijt kan worden gemaakt.[217]

In de nadeelcompensatiejurisprudentie, het planschaderecht[218] en in nadeelcompensatieregelingen[219] worden voordelen regelmatig toegerekend. Reeds in de bekende *Voorste Stroom*-casus werd voordeelstoerekening toegepast: de Hoge Raad meende dat de in de toekomst te verwachten hinder door de vervuiling van het riviertje ertoe zou kunnen leiden dat de woningeigenaren lagere huurprijzen zouden bedingen dan zij zonder onrechtmatige daad hadden kunnen bedingen. Het voordeel dat hierin voor de huurder was gelegen, diende bij de te begroten schade te worden verdisconteerd.[220] Ook in latere jurisprudentie keert de figuur terug.

> Toen een dijk werd verhoogd en verbreed, stelden de eigenaren van een op die dijk gelegen woning dat zij hun woning voor een lager bedrag hadden moeten verkopen, omdat het uitzicht over de Merwede was verminderd. Daar stond echter tegenover dat de woning beter beveiligd was tegen overstromingen, dat de verkeersveiligheid was verbeterd en dat er betere parkeervoorzieningen rond het huis waren gecreëerd (voorheen werd het uitzicht belemmerd door voor het huis geparkeerde auto's). Deze voordelen hadden een positief effect op de waarde van de woning, zodat het nadeel daartegen wegviel.[221]
>
> Een ander voorbeeld biedt een uitspraak uit 2006 over een landbouwmechanisatiebedrijf, dat te maken kreeg met de ombouw van een Rijksweg naar een autosnelweg, waardoor het bedrijf minder goed bereikbaar was geworden en beweerdelijk omrijschade leed plus vermogensschade in de vorm van een waardevermindering van het bedrijf. De Afdeling volgde de inschatting van een taxateur, volgens wie ten gevolge van de ombouw van Rijksweg N32 naar autosnelweg A32 de situatie op microniveau verslechterd was, maar de verkeerssituatie op macroniveau was verbeterd, nu de provincie Friesland door de aanleg van de autosnelweg A32 op regionaal, provinciaal en landelijk niveau beter was ontsloten. Naar de mening van de taxateur wogen de voordelen van de ombouw op tegen de nadelen, in aanmerking genomen dat bij onroerende zaken, met name bij bedrijfsvastgoed, niet alleen gekeken dient te worden naar de situatie zoals die op zeer plaatselijk niveau wordt ervaren, maar ook naar de situatie zoals deze is op regionaal, provinciaal en landelijk niveau. De Afdeling stelde vast dat deze verbetering 'een positief

217 Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 100, aant. 4. Zie ook Klaassen 2007, p. 89 e.v., Van den Berk 1991, p. 121.

218 Zie bijv. Vz ABRvS 17 september 1998, *BR* 1999, 414, m.nt. PCEvW, ABRvS 22 juli 1999, *JB* 1999, 244, m.nt. ARN en ABRvS 24 december 2003, *JB* 2004, 83, m.nt. TL als ook Van den Broek 2002, p. 62.

219 Zie bijv. art. 9 RNVW 1999, art. 6 Nadeelcompensatieregeling kabels en leidingen 1999 en, buiten het nadeelcompensatierecht, art. 40e Onteigeningswet. Zie ook art. 4.5.1 lid 3 lid van het Voorontwerp nadeelcompensatie.

220 HR 17 februari 1939, *NJ* 1939, 932 (*Voorste Stroom IV*).

221 ABRvS 4 december 2002, *AB* 2003, 91, m.nt. AvH.

effect heeft op de waarde van het voormalige bedrijf'. Zij liet het schadebesluit waarbij een vergoeding werd geweigerd in stand.[222]

Uit deze uitspraken kan worden afgeleid dat van belang is dat de schadeveroorzakende handeling de getroffene naast een vermogensvermindering ook een *vermogensvermeerdering* oplevert; het voordeel moet de getroffene dus in diens vermogen raken.[223] In dat verband zal het verweer dat een voordeel ook aan anderen toekomt in het algemeen niet slagen, aangezien ook een algemeen voordeel de vermogenspositie van een individu, net als dat van andere individuen, positief kan beïnvloeden. Beslissend is, zo stelde de Afdeling in de uitspraak over de dijkversterking, dat de voordelen 'een positief effect hadden op de woonsituatie en de waarde van de voormalige woning van Helleman c.s. en in zoverre ook voor hen individueel voordeel opleverden'.[224] Dat laat ook de uitspraak over het landbouwmechanisatiebedrijf zien: in casu ging het zelfs om voordelen die op provinciaal niveau werden ondervonden.

Op dit punt volgt het Franse recht een striktere lijn. Ook hier speelt voordeelstoerekening soms een rol. In het arrest *Cazes* overwoog de Conseil d'Etat dat de last die Cazes ondervond door de bladval van platanen op het dak van zijn huis de normale ongemakken die men kan hebben door de vestiging in de nabijheid van de publieke weg, niet oversteeg. Bovendien bracht die nabijheid ook voordelen met zich mee.[225] In een ander arrest overwoog de Conseil d'Etat dat een echtpaar door een nabijgelegen autoweg schade leed door een derving van genot en een waardedaling van hun huis; dit nadeel was mede abnormaal omdat een 'plus-value née de la construction de l'ouvrage' niet was vastgesteld.[226] Toepassingen van het 'meerwaarde'-criterium in de jurisprudentie zijn echter schaars, mede omdat de Conseil d'Etat aan het behaalde voordeel de eis stelt dat deze *direct* is en *speciaal*. Het laatste criterium brengt met zich dat de algemene voordelen die voortvloeien uit (bijvoorbeeld) de aanleg van een weg niet mogen worden verrekend met een bijzonder nadeel. Het behaalde voordeel zal dus in het bijzonder (d.w.z. uitsluitend) aan de getroffene moeten toekomen.[227]

---

222 ABRvS 19 juli 2006, LJN AY4261. In ABRvS 28 november 2001, *AB* 2002, 99, m.nt. AvH stipt de Afdeling echter toch aan dat de algemeenheid van de voordelen in de weg kan staan aan voordeelstoerekening. Zoals gesteld komt het op deze toets niet aan.

223 Bloembergen 1965, p. 314-315.

224 ABRvS 4 december 2002, *AB* 2003, 91, m.nt. AvH. Zie ook ABRvS 9 augustus 2006, LJN AY5882 (geen nadeelcompensatie, omdat de kosten die appellant had gemaakt in verband met een illegale uitbreiding van een camping de opbrengsten die hij uit het gebruik daarvan had verkregen niet overtroffen).

225 CE 24 juli 1931, *D*. 1931.III.53 (*Cazes*). Zie ook CE 10 november 1967, *Rec*. p. 953 (*Rossetti*).

226 CE 5 december 1990, *RDP* 1994, p. 1443 (*Chapon*).

227 CE 8 december 1971, *Rec*. p. 752 (*Commune de Villers-sur-Mer*), CE 22 januari 1969, *Rec*. p. 37 (*Magne*). Zie ook Richer 1988, p. 32, Hennette-Vauchez 2005, p. 31.

Uit de Nederlandse jurisprudentie blijkt voorts dat het niet noodzakelijk is dat het voordeel *gelijktijdig* met het nadeel ontstaat.[228] Toen een vissersbedrijf klaagde over de Regeling vangstbeperking haring (RVH), stelde het Hof Den Haag dat het nadeel door schommelingen in de haringstand tot het normale bedrijfsrisico behoorde van bedrijven die zich toeleggen op de haringvisserij. Bovendien 'biedt de RVH de visserijbedrijven meer voordelen dan nadelen, omdat de uitvoering van de RVH ervoor zorgt dat de schaarste aan haring in de toekomst wordt opgeheven'.[229] Als een toekomstig voordeel op geld waardeerbaar is en in voldoende mate vaststaat dat het de vermogenspositie zal beïnvloeden (en het csqn-verband dus ook vaststaat), kan met dit voordeel in zoverre rekening worden gehouden.

De jurisprudentie laat zien dat met genoten voordelen op verschillende manieren rekening kan worden gehouden. Verrekening vindt soms plaats door op een eenmaal vastgesteld onevenredig nadeel een bepaald bedrag[230] of een bepaald percentage[231] in mindering te brengen. In andere gevallen leidt de verrekening ertoe dat men aan de vestiging van de égalité-aansprakelijkheid überhaupt niet toekomt, omdat de voordelen tegen de nadelen opwegen.[232]

Bij de figuur van de voordeelstoerekening ligt de bal bij het bestuursorgaan: dit draagt, als partij die de voordelen wenst toe te rekenen, de bewijslast en zal dus aannemelijk moeten maken dat van een toe te rekenen voordeel sprake is.[233] In het civiele recht geldt dit ook.[234] In de jurisprudentie zijn een aantal uitspraken te vinden waarin het bestuur bij de vaststelling van de feiten onvoldoende zorgvuldig had geopereerd. Deze uitspraken hadden betrekking op het zogenaamde 'substitutie-effect'.

> B&W Arnhem stelden dat een benzinestation door werkzaamheden aan een industrieterrein sterk verminderd bereikbaar was en daardoor een omzetdaling ondervond, maar dat dit werd gecompenseerd doordat de potentiële klanten van dit station tankten bij een nabijgelegen – ook door appellant geëxploiteerd – benzinestation. Er zou sprake zijn van een 'substitutie-effect'. Het bedrijf wees er echter op dat het aannemelijk was dat de stijging van de omzet van het ene bedrijf niet door overstappende klanten werd veroorzaakt, maar haar autonome oorzaak had in de uitbreiding en modernisering van dit benzinestation. Dat van een duidelijk substitutie-effect geen sprake was, zou ook blijken uit het feit dat de omzet van dit station na afloop van de werkzaamheden niet daalde, maar verder steeg. Het

228 Kennelijk anders: Van Hall, noot bij ABRvS 4 december 2002, *AB* 2003, 91. Volgens hem moeten de voordelen 'concreet zijn (en niet in de toekomst gelegen)'.
229 Hof Den Haag 7 juli 2005, *O&A* 2005, p. 176 (*Dina Cornelia B.V.*).
230 Zie bijv. ABRVS 1 augustus 1997, *AB* 1998, 38, CBB 14 juli 1993, *AB* 1994, 245, m.nt. JHvdV.
231 Rb Dordrecht 11 juli 2008, LJN BG3548.
232 Zie bijv. ABRvS 19 juli 2006, LJN AY4261.
233 Zie bijv. ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0570: zonder nadere motivering kon het negatieve effect van uitzichtvermindering niet worden geacht te zijn gecompenseerd door het voordeel van een (naar vaststond in beperkte mate) verminderde geluidsbelasting.
234 Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 100, aant. 9.

college had, aldus de Afdeling, deze overwegingen ten onrechte niet in zijn beslissing op bezwaar betrokken en had onvoldoende aannemelijk gemaakt dat van een volledig substitutie-effect sprake was.[235]
Dat de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan vergt dat duidelijk wordt gemotiveerd in welke mate van een substitutie-effect sprake is, valt ook af te leiden uit een al wat oudere zaak over een overloop van klanten van een bedrijfspand in Rijswijk naar een pand in Scheveningen. Twee onderzoeksrapporten schatten de mate van het substitutie-effect zeer uiteenlopend in, namelijk op 10% en 50%. Verweerder was daartussen in gaan zitten en meende dat 30% van de omzetdaling in het ene pand kon worden toegerekend aan overlopende clientèle. In aanmerking genomen de grote verschillen in geschatte overlopers, had verweerder nader moeten (doen) onderzoeken welk gedeelte van het omzetverlies was gecompenseerd door overloop van klanten.[236]

In enkele uitspraken vindt men sporen van een wijze van voordeelstoerekening die met bovengenoemde, op het privaatrecht aansluitende uitgangspunten niet in lijn is. In deze uitspraken wordt niet verrekend met voordelen die voortvloeien uit eenzelfde gebeurtenis (en daarmee dus in een csqn-verband staan), maar met voordelen die worden genoten door dezelfde *soort* maatregelen. Gesteld wordt bijvoorbeeld dat een benzinestation dat op één plek in het land wordt geconfronteerd met nadelige verkeersbesluiten, geen onevenredig nadeel lijdt omdat de oliemaatschappij die het benzinestation exploiteert, veelal ook positieve gevolgen ondervindt van de toename van het autoverkeer en de ontwikkeling van de gehele infrastructuur. Tegenover het nadeel op één plek staat het voordeel op weer een andere plek. Feitelijk is sprake van een vorm van *publiekrechtelijke* voordeelstoerekening, waarin het draagkrachtbeginsel te herkennen is. Enige voorbeelden worden besproken in § 8.9.4.

6.7 EIGEN SCHULD (ART. 6:101 BW)

6.7.1 Eigen schuld

Ook van het leerstuk van de eigen schuld vinden we in het nadeelcompensatierecht duidelijke sporen. Met name bij de toepassing van het voor de praktijk belangrijke criterium van de risicoaanvaarding zien we de notie dat de getroffene zijn schade vooral aan zichzelf heeft te wijten, duidelijk terug. Dat neemt niet weg dat juist in de prominente rol van het leerstuk van de risicoaanvaar-

235 ABRvS 7 november 2007, LJN BB7294 en in dezelfde zaak Rb Arnhem 28 maart 2007, LJN BA3416. Zie ook ABRvS 7 september 2005, LJN AU2160, waarin de Afdeling overwoog dat een waardedaling van één perceel kon worden gecompenseerd door een waardestijging in verband met de verkoop als hobbygrond van twee andere percelen. Het was dan ook niet aannemelijk dat het perceel in waarde was verminderd.

236 ARRvS 1 juli 1987, *AB* 1988, 115, m.nt. PCEvW.

ding het nadeelcompensatierecht afwijkt van het civiele schadevergoedingsrecht. Hoewel risicoaanvaarding oorspronkelijk ontwikkeld is in het civiele recht, wordt het daar thans niet als zelfstandige rechtsfiguur erkend. Aanvankelijk keerde het criterium vooral terug in situaties waarmee bijzondere *gevaren* waren gemoeid. Streefkerk onderscheidde in dit verband een aantal kenmerken van het leerstuk, te weten a) een gevaarlijke situatie (of een situatie met een verhoogd gevaar), b) een element van vrijwilligheid in het handelen van de toeschouwer en c) de kenbaarheid van risico's.[237] Voorbeelden uit de rechtspraak die (door sommige auteurs) werden gezien als voorbeelden van de toepassing van risicoaanvaarding, hadden bijvoorbeeld betrekking op het hijsen van een pallet uit een schip, waarbij een schepeling gewond raakte en de schade in 'risicovolle' situaties, zoals het deelnemen aan sport en spel. Maar ook al leek ook de Hoge Raad in sommige arresten te zinspelen op het bestaan van een afzonderlijk leerstuk 'risicoaanvaarding', het bleek lastig dit leerstuk scherp te scheiden van het algemene leerstuk van de eigen schuld. Bij een ruim opgevat 'eigen schuld'-begrip, zo betoogde Brunner, zou het niet nodig zijn risicoaanvaarding een afzonderlijke plek, met eigen voorwaarden en eigen consequenties voor de omvang van de aansprakelijkheid, toe te dichten.[238] In een arrest uit 1990 hakte de Hoge Raad de knoop door en maakte uit dat er in ons recht geen behoefte is aan een afzonderlijk figuur 'risico-aanvaarding'. Wat men daarmee beoogt te bereiken gaat volledig op in enerzijds de onrechtmatigheidsvraag, anderzijds in de vraag naar een vermindering of het vervallen van de vergoedingsplicht naar de maatstaf van art. 6:101 BW.[239]

In hoofdstuk 8 wordt uitvoeriger ingegaan op de risicoaanvaarding, aangezien binnen dit criterium de (concrete) *voorzienbaarheid* van een bepaalde maatregel van belang is in het kader van de toets aan de abnormale last. Daarbij wordt gebruik gemaakt van peildata en bepaalde bronnen van voorzienbaarheid, zoals ter inzage gelegde besluitvorming. Ik ga daar thans niet verder op in. Van belang is dat de rol van de eigen schuld (en daarmee van art. 6:101 BW) daarmee, zo lijkt het, echter niet helemaal uitgespeeld is. In sommige uitspraken wordt – los van de gebruikelijke bestuursrechtelijke interpretatie van de risicoaanvaarding – aan een burger tegengeworpen dat hij zelf handelingen heeft verricht of heeft nagelaten te verrichten, die met zich brengen dat het redelijk is dat hij de schade ten gevolge van enig rechtmatig overheidshandelen ook zelf heeft te dragen. De notie van 'eigen schuld' speelt in dit verband vaak een rol waarin de aard van het geschade belang een compensatie onwaardig is, bijvoorbeeld indien burgers schade lijden door het rechtmatig optreden tegen een illegale situatie. Wie zich willens en wetens in een met de wet strijdige situatie brengt, moet de schade die het gevolg is van rechtmatige overheidsmaatregelen die aan die situatie een einde maken,

237 Streefkerk 1980, p. 139.
238 Brunner 1975, p. 350-352.
239 HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 622, m.nt. CJHB.

ook voor zijn eigen rekening nemen. Zoals de Afdeling overwoog in een zaak over een met het bestemmingsplan strijdige bewoning van een bedrijfspand:

> 'Het betoog van appellant dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat in een nadeelcompensatie bij een dwangsombesluit niet kan worden voorzien, faalt ook. Niet valt in te zien dat de redelijkheid gebiedt dat burgemeester en wethouders appellant dienen te compenseren voor de omstandigheid dat er een einde komt aan een illegale situatie in het ontstaan waarvan hij zelf de hand heeft gehad.'[240]

Deze overweging lijkt ook de achterliggende reden te zijn van de verschillende uitspraken waarin de kosten die een overtreder moet maken om te voorkomen dat handhavend wordt opgetreden, door bijvoorbeeld afrastering langs een weiland te plaatsen[241] of brandveiligheidsvoorzieningen aan te brengen,[242] niet voor nadeelcompensatie in aanmerking komen. Schade door handhavingsbesluiten die aan een illegale situatie een einde maken, geven in de regel dan ook geen aanspraak op nadeelcompensatie, of deze nu punitief of reparatoir van aard zijn.[243] Dat is niet alleen vaste jurisprudentie van de Afdeling, maar ook van het CBB.[244] Het maakt daarbij in beginsel geen verschil of deze verboden activiteit aanvankelijk werd gedoogd, tenzij rechtens te honoreren vertrouwen is gewekt dat niet zou worden opgetreden tegen overtreding van het verbod.[245] Die uitzondering doet zich echter niet snel voor. Zo stelde de Afdeling in een uitspraak over de beëindiging van een coffeeshop door een aanzegging van bestuursdwang dat er geen sprake was van boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgende schade omdat 'het ging om een illegale activiteit van appellant, te weten de verkoop van softdrugs, welke activiteit in het verleden slechts werd gedoogd'.[246] De tegenwerping dat een activiteit gedoogd wordt, toch een zekere bescherming van een in strijd met het recht uitgeoefende activiteit impliceert,[247] doet aan het formeel illegale karakter van de activiteit niet af. Daarbij is mede van belang dat, in geval van

240 ABRvS 13 november 2002, LJN AF0262.
241 ABRvS 2 oktober 2000, *AB* 2000, 449, m.nt. AvH.
242 ABRvS 23 juni 2004, LJN AP3399.
243 Zie t.a.v. punitief handelen ABRvS 26 juni 2002, *AB* 2003, 232, m.nt. BJS en t.a.v. reparatoir handelen ABRvS 13 november 2002, LJN AF0262, Rb Zutphen 13 december 2004, AS1993 ('Een dwangsombesluit kan geen aanspraak op nadeelcompensatie met zich brengen.'), ABRvS 29 augustus 2007, LJN BB2517 en Hof Arnhem 21 februari 2006, LJN AV2754.
244 Zie CBB 6 juni 2007, LJN BA8636, die in het geval van een rechtmatige oplegging van een dwangsom aan een houder van een bloemenwinkel die in strijd met de wet op zondag open was dat er 'geen rechtsgrond [is] aan te wijzen die verweerders zou verplichten om een vergoeding aan appellanten toe te kennen voor gederfde inkomsten die voorheen in strijd met de Wet werden verworven.'
245 ABRvS 28 november 2007, *BR* 2008, 122, m.nt. Van Heijst.
246 ABRvS 4 september 2002, LJN AE7204 en in gelijke zin ABRvS 15 januari 2001, *AB* 2001, 155.
247 Zie de noot van Schilder & Brouwer bij ABRvS 15 januari 2001, *AB* 2001, 155. Zie ook de uitvoerige overwegingen op dit punt in Rb Almelo 7 november 2007, LJN BC2411.

overtreding van een wettelijk voorschrift, het bestuursorgaan dat bevoegd is handhavend op te treden, die bevoegdheid niet door tijdsverloop verliest.[248]

Een toepassing van 'eigen schuld' vindt men ook in de jurisprudentie waarin burgers beginnen met bouwen op basis van een nog niet in rechte onaantastbare vergunning. De financiële gevolgen (in de vorm van zowel de gemaakte bouwkosten als de kosten tot handhaving van het illegaal gebouwde bouwwerk) daarvan komen in beginsel voor rekening van degene die willens en wetens is begonnen met bouwen.[249] Toepassing van deze regel leidde tot een nogal wrang resultaat in een zaak waarin tot tweemaal toe een bouwvergunning was verleend, B&W na vernietiging van die vergunningen had getracht de illegale situatie te legaliseren en gedurende de hele procedure actief met de bouwers hadden 'meegedacht'. Na een aanvankelijk gunstige rechtbankuitspraak besliste de Afdeling bestuursrechtspraak dat B&W kon handhaven zonder de bouwkosten à ƒ 80.000,- te vergoeden.[250] Ook het niet meewerken aan maatregelen die kunnen bijdragen aan het beperken van de schade kan de benadeelde als een vorm van eigen schuld worden tegengeworpen.[251]

6.7.2 Schadebeperkingsplicht

Het leerstuk van de 'eigen schuld' komt in het nadeelcompensatierecht ook voor in het 'jasje' van de schadebeperkingsplicht: een benadeelde is binnen redelijke grenzen gehouden tot het nemen van maatregelen ter beperking van de schade. In de parlementaire geschiedenis is expliciet bepaald dat deze schadebeperkingsplicht valt binnen het bereik van het leerstuk van de eigen schuld.[252] Wie aan deze plicht niet voldoet, heeft eigen schuld aan het ontstaan van de schade of de omvang daarvan.[253]

De rechtspraak laat zien dat de rechter meestal tot het oordeel komt dat een gebrek aan vertoond initiatief om de schade te voorkomen of te beperken,

248 ABRvS 28 november 2007, *BR* 2008, 122.

249 HR 29 april 1994, *AB* 1994, 530 (*GE Eigendom/Den Haag*), ABRvS 9 december 1996, *AB* 1998, 70, m.nt. PvB.

250 ABRvS 11 september 2002, *AB* 2003, 106, m.nt. dG. Voor de Afdeling was belangrijk dat de bevoegde ambtenaar weliswaar gezegd dat hij begrip zou tonen voor een tegemoetkoming in de kosten, maar tevens had gesteld dat hij over de uitkomst geen enkele uitspraak kon doen. Dezelfde strenge lijn treft men aan in de Vessem-uitspraak, genoemd in de vorige noot.

251 Zie bijv. Hof Arnhem 21 februari 2006, LJN AV2754: 'Daarbij komt dat de exploitanten de ontstane situatie zelf in de hand hebben gewerkt door zich steeds afwijzend op te stellen tegen een verplaatsing van de raamprostitutie naar het Billitonterrein en pas in een laat stadium hebben aangegeven naar dit terrein te willen verhuizen.'

252 PG BW 6, p. 351.

253 Spier e.a. 2006, p. 281. Zie verder, toegespitst op het nadeelcompensatieleerstuk, Van den Berk 1991, p. 119, Van der Schans 1988, p. 83 e.v., De Groot 1982, p. 177 e.v., Schueler 2005a, p. 207, Van Male & Van Ravels 1995, p. 63 e.v.

leidt tot het *geheel* voor rekening van de getroffene blijven van de schade. Zo werd aan een bedrijf dat met een besmetting met 'tripsen' werd geconfronteerd tegengeworpen, dat sinds 1992 bekend was dat een dergelijke besmetting mogelijk was en dat de bedrijfsvoering derhalve 'had (…) kunnen worden gericht op het weren en bestrijden van besmetting en het beperken van schade, voorvloeiend uit besmetting.'[254] Aan bedrijven die zich bezighouden met milieubelastende methodes om met vliegtuigen landbouwgewassen te bespuiten, werd tegengeworpen dat zij 'in de gelegenheid [zijn] geweest om voor de inwerkingtreding van het Besluit hun bedrijfsvoering aan te passen en alternatieve spuitmethoden te ontwikkelen die niet de bezwaren met zich brachten die tot de spuitvrije zone van 14 meter hebben geleid.'[255] Vergelijkbare overwegingen vindt men in tal van andere uitspraken, of het nu gaat om het op de hoogte stellen van adverteerders en luisteraars van een nieuwe radiofrequentie,[256] het verdisconteren van extra ritkosten in vervoerscontracten[257] of het afstemmen van de bedrijfsvoering op een beperkte terrasvergunning,[258] nieuwe melkquota[259] of de aanleg van de Noord-Zuidlijn.[260] In het geval van een coffeeshop die niet kon worden gelegaliseerd, wierp de Afdeling zelfs tegen dat appellant niet had laten blijken van enige serieus te nemen poging om zijn perceel te verbouwen op een wijze die binnen het bestemmingsplan en het coffeeshopbeleid paste om zo een bouwvergunning te verwerven. Desnoods, zo overwoog de Afdeling, had hij zich tot de rechter kunnen wenden indien voor de nodige aanpassingen geen vergunning zou worden verleend. Door dit na te laten, en ook niet te zorgen voor een alternatieve locatie van zijn coffeeshop, had hij de sluiting aan zichzelf te wijten, zodat de daaraan verbonden nadelige gevolgen voor zijn rekening dienden te blijven.[261] In geen van deze uitspraken werd tot een *verdeling* van de schade tussen overheid en de burger gekomen.

Belangrijk is dat van de burger naar huidig recht niet wordt verlangd dat hij zijn schade beperkt door in bezwaar en beroep gaat tegen het schadeveroorzakende handelen zelf. Dat zou niet te rijmen zijn met het gegeven dat de égalité verplicht tot compensatie bij *rechtmatig* overheidsoptreden. Schueler brengt hierop de nuancering aan dat van de burger wel mag worden verlangd dat hij in de *bestuurlijke* fase het bestuur attendeert op de dreigende schade, indien het bestuur op die wijze de schade had kunnen voorkomen of beper-

254 CBB 8 juni 2000, LJN AU1256.
255 Rb Den Haag 20 maart 2002, LJN AE7271.
256 Rb Rotterdam 13 mei 2003, LJN AF8574.
257 Rb Leeuwarden 17 januari 2006, LJN AV0790.
258 ABRvS 21 mei 2003, LJN AF8955.
259 Rb Den Haag 2 juni 2004, LJN AP0470. Vgl. HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 78 (*Arrosel*, concl. A-G sub 17).
260 Rb Amsterdam 22 oktober 2007, LJN BB7619.
261 ABRvS 4 september 2002, LJN AE7204.

ken.[262] Voor een dergelijke toepassing van de schadebeperkingsplicht zou inderdaad ruimte kunnen zijn, namelijk wanneer het bestuursorgaan het verweer voert dat het bij het nemen van het besluit niet wist of kon weten dat er schade zou ontstaan en dat het een andere besluit zou hebben genomen als het dat wel had geweten.

Het complement van de schadebeperkingsplicht wordt gevormd door het in aanmerking komen voor vergoeding van de redelijke kosten die zijn gemaakt ter beperking van de schade (art. 6:96 lid 2, sub a BW). Kosten voor schadebeperkende maatregelen die worden genomen ter beperking van (mogelijk onevenredig) nadeel, kunnen dus worden vergoed, en dat is ook redelijk, omdat de schade waarschijnlijk veel groter was geweest als deze maatregelen niet zouden zijn genomen. De 'redelijkheid' is hier bepalend, zie nader § 6.3.3.1.

6.8 Wijze van compensatie (art. 6:103 BW)

Volgens artikel 6:103 BW wordt schadevergoeding voldaan in geld, maar kan de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom toekennen. Schadevergoeding in geld is dus de hoofdregel, maar een andere compensatie kan een onnodige, tijdrovende of speculatieve waardering van de schade op geld voorkomen. Andere argumenten die worden genoemd om te kiezen voor een andere wijze van compensatie is dat dit over- of ondercompensatie kan voorkomen, meer kan zijn toegesneden op de aard van de schade, of dat de gelaedeerde zelf bij uitstek geschikt is om het benodigde herstel uit te voeren.[263] Art. 6:103 BW (de rechter *kan*) laat de rechter overigens de vrijheid om zelf te bepalen welke vorm van vergoeding het meest geschikt is.

Ook in het nadeelcompensatierecht is een vergoeding in natura geen onbekende figuur, hoewel haar rol niet erg groot is: de hoofdregel is ook hier dat een bestuursorgaan dat op basis van de égalité aansprakelijk is, het nadeel dient te compenseren in geld. De vrijheid om te kiezen voor een andere wijze van compensatie berust hier in eerste instantie bij het bestuursorgaan dat het schadebesluit neemt. Dit kan, indien het dat wenst, van de hoofdregel afwijken door een compensatie in natura te geven, maar benadrukt zij dat het bestuur de vrijheid met compensatie in geld te volstaan. Het nadeelcompensatierecht verschilt op dat punt niet van het planschadevergoedingsrecht, waarin de burger evenmin kan eisen dat een compensatie in natura wordt gegeven.[264]

---

262 Schueler 2005a, p. 208.

263 Schadevergoeding (Deurvorst), art. 103, aant. 6-7.

264 Van den Broek 2002, p. 64. Zie v.w.b. het planschaderecht ook ABRvS 27 april 2005, *Gst*. 2005, 7230 nr. 85.

Deze hoofdregel is het meest efficiënt en voorkomt dat nieuwe geschillen ontstaan omtrent de waarde of deugdelijkheid van de andere prestatie.[265]

In de oudere literatuur is soms het tegenovergestelde betoogd: het égalitébeginsel zou als hoofdregel compensatie in natura vereisen. Heldeweg stelde in dit verband dat het égalitébeginsel primair vereist dat wordt getracht onevenredig nadeel te *voorkomen*, bijvoorbeeld door schadebeperkende maatregelen te nemen.[266] De aanhangers van het stelsel van bestuurscompensatie zaten op dezelfde lijn. Door in eerste instantie de mogelijkheid van nadeelcompensatie in natura te verkennen, zou worden voldaan aan de eis dat een overheidshandeling op een dusdanige wijze en op een zodanig tijdstip ten uitvoering moeten worden gelegd, dat zo weinig mogelijk nadelen ontstaan. Alleen als compensatie in natura niet mogelijk was – bijvoorbeeld door het bieden van een alternatieve locatie of het aanleggen van een parallelweg – zou een eventuele compensatie in geld aan bod komen.[267] Van Wijmen heeft verdedigd dat 'de enige echte compensatie is, die waarbij met het nadeel in werkelijkheid, feitelijk, zoveel mogelijk wegneemt, opheft en dat wordt nu eenmaal door compensatie in natura het dichtst benaderd'.[268]

De jurisprudentie biedt geen aanknopingspunten voor het feit dat dit 'stappenschema', waarbij eerst de mogelijkheid tot compensatie in natura wordt verkend, zou worden gevolgd. In een uitspraak van de rechtbank Rotterdam uit 2001 werd het schema – onder invloed van de denkbeelden van Van Wijmen – wel overgenomen, maar deze uitspraak is later op dit punt gecorrigeerd door de Afdeling.[269] Het moet er derhalve voor worden gehouden dat de hiervoor geformuleerde hoofdregel nog steeds de juiste is. Dat is in lijn met het feit dat de bestaande jurisprudentie over het égalitébeginsel niet – zoals Van Wijmen had gesteld – als uitgangspunt neemt dat het nadeel 'zoveel mogelijk' dient te worden weggenomen.

6.9 Conclusie

Afdeling 6.1.10 BW bevat materieelrechtelijke bepalingen van belang voor de (omvang van) wettelijke verplichtingen tot nadeelcompensatie. In dit hoofdstuk stond ik stil bij de vraag naar de bruikbaarheid van deze bepalingen voor het nadeelcompensatierecht Door veel auteurs is bepleit dat ook in nadeelcompensatiezaken bij deze afdeling zou moeten worden aangesloten. Als uitgangspunt

265 Zie nader Schadevergoeding (Deurvorst), art. 103, aant. 5.
266 Heldeweg 1988, p. 73.
267 Van der Gouwe, p. I-21 en in gelijke zin Hessel 1980, p. 367, alsmede Van den Berg 1996, p. 332.
268 Van Wijmen 1991, p. 66-67 en diens noten bij ARRvS 9 juni 1986, *AB* 1987, 360 en ARRvS 13 mei 1993, *AB* 1993, 537. Zie voor een soortgelijk geluid Tak 1996, p. 439.
269 Zie resp. Rb Rotterdam 17 augustus 2001, LJN AD3934 en ABRvS 14 april 2004, *JB* 2004, 207, m.nt. RJNS.

heb ik voorop gesteld dat, indien zich in het nadeelcompensatierecht een lacune voordoet, in beginsel aansluiting kan worden gezocht bij de relevante bepalingen uit het BW. Het feit dat het gaat om in beginsel andersoortige schadevergoedingsregimes, die op onderdelen anders in elkaar steken, doet daar niet aan af. Toch is het ook van belang te onderkennen dat er verschillen tussen de opzet en inhoud van de bepalingen uit afdeling 6.1.10 BW en bepaalde uitgangspunten in het nadeelcompensatierecht bestaan. In § 6.2 is daarom eerst op deze verschilpunten ingegaan en is bezien of hierin mogelijk een aanleiding kan worden gevonden aan de bruikbaarheid van deze bepalingen voor geschillen over nadeelcompensatie te twijfelen.

Ten eerste is er een onderscheid in *omvang*: één van de aan afdeling 6.1.10 BW ten grondslag liggende beginselen is dat vermogensschade volledig moet worden vergoed. De benadeelde moet zoveel mogelijk worden geplaatst in de positie waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden (*restitutio in integrum*). Dit beginsel ligt echter niet ten grondslag aan het nadeelcompensatierecht, waar het uitgangspunt nu juist is dat de benadeelde door de toekenning van een compensatie *in beginsel niet* moet worden geplaatst in de situatie waarin hij aanvankelijk verkeerde. Hoewel het uitgangspunt in beide schadevergoedingsstelsels dus verschilt, betekent dit enkele gegeven niet dat de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW onbruikbaar zouden zijn. Er is immers geen reden waarom bepalingen als eigen schuld of voordeelstoerekening niet net zo goed van belang zouden kunnen zijn om te bepalen of en zo ja, in welke mate een bepaald nadeel *onevenredig* is. Men kan het echter niet omkeren door te stellen dat ook in het nadeelcompensatierecht in beginsel zou worden uitgegaan van een plicht tot schadeloosstelling die vervolgens met behulp van de égalitécriteria en de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW kan worden verminderd. Dat doet immers geen recht aan het drempelkarakter van het recht op nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel.

Een tweede punt van onderscheid ziet op een verschil in *doelstellingen*. Het blijkt dat de doelstellingen van afdeling 6.1.10 BW vooral zijn gericht op het tegengaan van ongewenst gedrag. Deze doelstelling laat zich slechts ten dele verenigen met de nadeelcompensatie, namelijk wanneer men de plicht tot nadeelcompensatie ziet als een zorgvuldigheidseis waaraan een bepaalde, op zichzelf rechtmatige overheidshandeling moet voldoen. Het gaat dan echter louter om de gevallen waarin art. 3:4 lid 2 Awb als grondslag fungeert. De hoofddoelstelling van de nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel heb ik gezocht in de *verzachting van nadeel*. Daarin komt ten eerste goed tot uitdrukking dat bij nadeelcompensatie het perspectief van het slachtoffer centraal staat; een 'onevenredig nadeel' is uiteindelijk vooral een nadeel waarvan het niet billijk zou zijn dit ten laste van de burger te laten. Bovendien laat deze doelstelling zien dat het niet gaat om het *wegnemen* van de schade: beoogd wordt slechts de last minder zwaar op de burger te laten drukken. Ook bij dit punt van verschil valt echter niet in te zien waarom dit in de weg

zou moeten staan aan de toepassing van (sommige) bepalingen uit afdeling 6.1.10 BW.

Een laatste, belangrijk punt van onderscheid ziet op het onderscheid in het *systeem* van aansprakelijkheid. In civilibus komt men aan afdeling 6.1.10 pas toe nadat vaststaat *dat* een aansprakelijkheid bestaat. Het is gebruikelijk te spreken van het onderscheid tussen *vestiging* (te bepalen aan de hand van de relevante wettelijke bepaling, bijvoorbeeld art. 6:162 BW) en de *omvang* van de aansprakelijkheid (waarbij de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW van belang zijn). Hoewel er wel uitspraken over nadeelcompensatie bestaan waarin dit onderscheid zichtbaar is, kan dit onderscheid tussen vestiging en omvang in het nadeelcompensatierecht slechts beperkte diensten bewijzen. In elk geval wordt dit onderscheid niet standaard gemaakt: uit de jurisprudentie blijkt dat bestuursorganen en rechters vaak rechtstreeks bij de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW (bijv. de toerekening naar redelijkheid ex art. 6:98 BW, voordeelstoerekening, eigen schuld) aansluiting zoeken om de nadeelcompensatieclaim af te wijzen, zonder eerst de vraag *of* er sprake is van een onevenredig (speciaal en abnormaal) nadeel bevestigend te hebben beantwoord. Ook dit gegeven betekent hoogstens dat men met een 'nadeelcompensatiebril' naar de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW (en de fase waarin deze aan de orde komen) dient te kijken. De conclusie kan dan ook zijn dat geen van de drie punten van onderscheid afdoet aan de bruikbaarheid van de bepalingen uit afdeling 6.1.10 BW, hoewel een analoge toepassing van (heel) afdeling 6.1.10 BW niet voor de hand ligt.

Vervolgens is bezien hoe een aantal van de BW-bepalingen in nadeelcompensatiezaken invulling krijgen. De algemene indruk is dat in elk geval een aantal bepalingen zich goed leent voor analoge toepassing in geschillen over nadeelcompensatie. Dat geldt bijvoorbeeld voor het onderscheid dat art. 6:95 BW maakt tussen vermogensschade en ander nadeel. In nadeelcompensatiezaken zal in het gros van de gevallen sprake zijn van vermogensschade, in het bijzonder van *zuivere* vermogensschade, dat wil zeggen schade die niet bestaat uit schade aan personen of zaken. De vergoeding van 'ander nadeel' is niet uitgesloten, maar deze vorm van schade speelt in de jurisprudentie een niet meer dan marginale rol. Voor wat betreft de kosten ter beperking of voorkoming van de schade (art. 6:96, tweede lid, sub a BW) en de kosten ter vaststelling van de schade en de aansprakelijkheid (art. 6:96, tweede lid, sub b BW) heeft de bestuursrechtspraak voorts aansluiting gezocht bij de uit het civiele recht bekende 'dubbele redelijkheidstoets', volgens welke zowel de kosten zelf als de omvang daarvan redelijk dienen te zijn om voor vergoeding in aanmerking te komen.

Ook ten aanzien van de wijze waarop wordt vastgesteld of er sprake is van een nadeliger situatie, wordt in nadeelcompensatiezaken in de regel aangesloten bij de in het burgerlijk recht gebruikelijke vergelijking van twee toestanden. Eén vaste wijze van begroting van de schade lijkt er niet te zijn, hoewel bij nadeel dat bestaat uit omzet- of winstderving de schade meestal

concreet wordt begroot en dus zoveel mogelijk rekening wordt gehouden met de concrete omstandigheden waarin de benadeelde verkeert. Om te bepalen vanaf welk moment de schade geacht kan worden te zijn geleden, blijkt van eenduidigheid nog altijd geen sprake; in sommige regelingen wordt aangesloten bij het moment van het onherroepelijk worden van het schadeveroorzakende besluit. De lijn in planschadezaken is inmiddels dat voor wat betreft de peildatum van de schade dient te worden aangesloten bij het moment waarop de schadeoorzaak in werking trad. Het verdient aanbeveling dat deze lijn ook in andere delen van het nadeelcompensatierecht wordt gehanteerd. Indien een besluit in werking treedt, kan het immers zijn nadelige effecten doen gevoelen. Dat er vervolgens een bezwaar- en beroepstermijn loopt die maakt dat het nog lange tijd onzeker kan zijn of het besluit rechtmatig zal worden, doet niet af aan de mogelijkheid dat dit besluit vanaf het moment van inwerkingtreding tot nadelen leidt.

Een bepaling die bij uitstek geschikt is om analoog te worden toegepast in gevallen van nadeelcompensatie, is art. 6:98 BW, waarin de leer van de toerekening naar redelijkheid is neergelegd. Art. 6:98 BW bepaalt expliciet dat bij de toerekeningsvraag rekening kan worden gehouden met de 'aard van de aansprakelijkheid'. Voor wat betreft aanspraken op het égalitébeginsel is het uitgangspunt dat alleen de typische gevolgen van het rechtmatig overheidshandelen voor compensatie in aanmerking komen. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat in beginsel alleen die nadelige gevolgen die objectief gezien inherent zijn aan het rechtmatige overheidshandelen, als juridisch relevant gevolg van dat handelen kunnen worden aangemerkt. Deze maatstaf, die ook lijkt te gelden in het planschaderecht (waar in beginsel alleen *ruimtelijke* gevolgen aan de planologische schadeoorzaak worden toegerekend), brengt met zich dat de 'atypische' gevolgen in beginsel niet aan de rechtmatige overheidsdaad kunnen worden toegerekend. Dit is vooral van belang voor die gevallen waarin de schade (mede) is ontstaan door eigen (vaak: ondernemers)beslissingen, in de verwachting dat een bepaald besluit zou worden genomen of in de veronderstelling dat het overheidshandelen de betrokkene tot een bepaalde (schadelijke) handelwijze noopte. De jurisprudentie blijkt in zulke gevallen veelal de lijn te volgen dat de schade niet zozeer aan het overheidshandelen zelf, maar aan de beslissing van de ondernemer moet worden toegerekend.

Een eigen kleuring van de BW-bepalingen zien we bij de toepassing van het leerstuk van de *eigen schuld* ex art. 6:101 BW. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is bepaald dat er binnen dit leerstuk geen behoefte bestaat aan een afzonderlijk leerstuk van risicoaanvaarding. In dit hoofdstuk is niet nader ingegaan op de precieze contouren van de risicoaanvaarding. In elk geval keert ook het leerstuk van de eigen schuld los van de risicoaanvaarding in sommige nadeelcompensatieuitspraken terug, bijvoorbeeld bij schade die wordt geleden door een rechtmatig handhavend besluit. Van belang is verder dat ook de schadebeperkingsplicht, die wordt gekoppeld aan art. 6:101 BW, vaak terug-

keert, waarvan het niet in acht nemen meestal leidt tot het resultaat dat de schade geheel voor rekening van de getroffene wordt gelaten.

Voor wat betreft de overige besproken bepalingen – voordeelstoerekening (6:100 BW) en de wijze van compensatie (6:103 BW) – lijkt van opvallende verschillen met het BW geen sprake te zijn. Als een rechtmatige overheidsdaad zowel voordeel als nadeel met zich heeft gebracht, dan mogen deze voordelen bij de vaststelling van de schade worden verrekend. Soms, maar niet erg vaak, wordt deze bepaling ook in nadeelcompensatiezaken toegepast, bijvoorbeeld bij de 'filialenproblematiek', waarbij het nadeel dat in één vestiging wordt geleden wordt opgevangen door een toestroom van clientèle in een andere vestiging. Ten aanzien van art. 6:103 kan tot slot worden vermeld dat sommige schrijvers voorheen bepleitten dat in nadeelcompensatiezaken de overheid verplicht zou zijn eerst te bezien of er een mogelijkheid is tot nadeelcompensatie in natura, zulks in afwijking van de hoofdregel van art. 6:103 BW. Naar huidig recht moet worden aangenomen dat de overheid in beginsel kan besluiten tot het compenseren in geld, hetgeen een compensatie in natura overigens niet uitsluit.

7 De speciale last

7.1 INLEIDING

De aansprakelijkheid op grond van de égalité is een aansprakelijkheid met een drempelkarakter. Uitgangspunt is dat de schade ten gevolge van weloverwogen overheidshandelingen als besluiten en feitelijke overheidshandelingen – de *core business* van elke overheid – tot op grote hoogte voor rekening van de getroffene zelf dient te blijven. Een effectieve uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden of taken zou anders onmogelijk zijn. Deze drempel komt tot uitdrukking in de eis dat de schade *onevenredig*, dat wil zeggen: speciaal en abnormaal moet zijn.[1] De regering heeft ooit kernachtig weergegeven wat 'onevenredig' in dit verband betekent. Volgens haar was er bij het égalitébeginsel sprake van evenredigheid 'in een enigszins andere context' dan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb. Bij dat laatste beginsel gaat het om de doel-middel-evenredigheid, terwijl het bij de égalité gaat om de vraag of een burger onevenredig zwaar getroffen wordt 'in vergelijking met andere burgers die in een met de zijne vergelijkbare positie verkeren.'[2] Om te bezien of een nadeel onevenredig is, moet de positie van de getroffene dus met die van andere, vergelijkbare burgers worden vergeleken.

In de eis van een speciale last komt dit vergelijkende element het beste tot uitdrukking. Wanneer men stelt dat de kring van getroffenen 'beperkt' moet zijn, veronderstelt dit immers dat de positie van de (groep) getroffene(n) kan worden vergeleken met die van andere burgers, waarbinnen die beperkte groep een subgroep vormt. Over de precieze betekenis van dit criterium, in het bijzonder de vraag ten opzichte van welke andere burgers de onevenredigheid van de last precies moet worden afgemeten, bestaat weinig eenduidigheid.

---

1 Vgl. Chapus 2001, p. 1260: het herstel van de gelijkheid voor de openbare lasten dient slechts plaats te vinden vanaf de dag dat de last begonnen is abnormaal te worden.

2 PG Awb I, p. 212. Deze definitie uit de MvT volgde op een vraag van enkele Kamerleden (*Kamerstukken II* 1990/91, 21 221, nr. 5, p. 56), die wilden weten of het evenredigheidsbeginsel [in de zin van het égalitébeginsel – MT], anders dan het verbod van willekeur, niet primair zou zien 'op de verhouding in de lastenverdeling tussen de door het besluit getroffen burgers'. Vgl. ook de betogen van Heldeweg 1988, p. 69, Van Buuren, noten bij ABRvS 29 november 1996, *AB* 1997, 66 (*Alpha*) en ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229 (*Van Vlodrop*) alsmede Van Buuren 1997, p. 763, Hennekens 2000, p. 569 e.v.

Dat blijkt duidelijk als men op een rijtje zet hoe dit criterium in de literatuur wordt geïnterpreteerd (§ 7.2). Om grip op het criterium te krijgen, zal daarna worden stilgestaan bij zijn ratio en ook bij de vraag waarom het criterium meestal vrij strikt wordt geïnterpreteerd (§ 7.3). De vraag met welke andere burgers moet worden vergeleken wordt vervolgens besproken door een onderscheid te maken tussen maatregelen met een algemeen (§ 7.4) en een individueel karakter (§ 7.5). Vervolgens bespreek ik of het criterium per definitie in de weg staat aan het compenseren van relatief grote groepen benadeelden (§ 7.6). Tot slot wordt ingegaan op de verhouding van de speciale last tot de abnormale last (§ 7.7). In alle paragrafen komt ook het Franse recht aan bod.

7.2 Omschrijvingen van de speciale last

In de jurisprudentie zoekt men vergeefs naar algemene uitspraken over hoe moet worden vastgesteld of een bepaalde groep als 'beperkt' heeft te gelden en met welke andere burgers in dat verband moet worden vergeleken. Vaak blijft het bij de constatering *dat* de groep beperkt moet zijn. De Franse rechter spreekt van een *préjudice spécial*; volgens de Afdeling moet de last rusten op 'een beperkte groep burgers of instellingen'.[3] De Hoge Raad spreekt van een 'beperkte groep', die de last in verband met een rechtmatige overheidshandeling niet alleen dient te ondergaan, maar waarvan de last 'gelijkelijk over de gemeenschap dient te worden verdeeld'.[4]

De omschrijvingen in de literatuur verschillen hier meestal niet erg van. Enkele Franse auteurs stellen dat het erom gaat dat de last 'slechts een individu treft, of een beperkte groep burgers'[5] of althans slechts 'enkele leden van de collectiviteit'.[6] Ook Schlössels stelt dat de last op een 'relatief beperkte groep burgers' moet drukken.[7] Schueler benadrukt dat de referentiegroep 'beperkt en duidelijk bepaalbaar' dient te zijn. De benadeelden zullen zich volgens hem van anderen moeten onderscheiden doordat zij schade lijden, maar zij moeten zich ook 'bevinden in een situatie die relevante gelijkenis vertoont met een grotere groep van burgers die geen, of veel minder, schade lijden.'[8]

Veel auteurs herkennen in de speciale last een 'kwantitatief' element: of een last speciaal is, hangt af van de grootte van de groep getroffenen.[9] De speciale last wordt in dat verband wel gecontrasteerd met de last die juist een

3 ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229, m.nt. PvB (*Van Vlodrop*).
4 HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412, m.nt. ThGD (*Staat/Lavrijsen*).
5 C-G Heumann, concl. bij CE 26 oktober 1962 (*Sieur Olivier*), *RDP* 1963, p. 79; Delvolvé 1969, p. 263 en J.P. Visconti en E. Agostini, noot bij TA de Paris 16 december 1983, *D.* 1984, p. 560.
6 Chapus 2001, p. 1364.
7 Schlössels 2007, p. 507.
8 Schueler 2005a, p. 198.
9 Hennette-Vauchez 2005, p. 16: '[U]n préjudice sera considéré spécial ou non en considération du nombre des victimes pouvant à bon droit l'invoquer.'

grote groep burgers treft en die dus per definitie niet speciaal is.[10] Hoewel er wel iets waar zit in deze stelling, moet worden benadrukt dat er niet één bepaalde getalsdrempel is, aan de hand waarvan kan worden bepaald of de schade speciaal is of niet.[11] 'Beperkt' is een relatief begrip, dat er dan ook niet aan in de weg staat dat een groep van een zekere omvang haar schade vergoed krijgt.[12] Terecht benadrukken sommigen daarom niet de beperktheid van de groep, maar haar identificeerbaarheid; zo stelt Morange dat 'le préjudice est spécial lorsqu'il est subi par un individu ou par plusieurs individus dont la détermination nominale apparaît possible.'[13] Welke referentiegroep de juiste is, en hoe groot de groep precies mag zijn, wordt in de visie van veel schrijvers uiteindelijk door de rechter bepaald. De eis van speciale last is, evenmin als de eis van *anormalité*, een wet van Meden en Perzen.[14]

De omschrijvingen in de literatuur laten grotere verschillen zien ten aanzien van de vraag met *welke* andere burgers moet worden vergeleken. Men kan in dit verband een onderscheid maken tussen auteurs die menen dat de positie van de getroffene moet worden vergeleken met die van *andere getroffenen* en auteurs die menen dat een vergelijking moet plaatsvinden met anderen die door de overheidsmaatregel *geen* schade lijden.[15] Auteurs bij wie de eerste visie op de speciale last doorklinkt zijn Simon (de égalité zou zien op 'de onevenredigheid van de schade vergeleken met de schade van derden'),[16] Drupsteen (het moet gaan om schade die 'niet gelijk [is] aan, meer dan het nadeel dat andere vergelijkbare burgers van een bepaald overheidsbesluit ondervinden')[17] en Voermans (die meent dat het nadeel van de getroffene moet worden geplaatst in het perspectief van 'nadeel dat andere betrokkenen lijden ten gevolge van overheidsacties').[18] Ook Heldeweg behoort tot deze groep, zij het dat hij kiest voor een nog striktere interpretatie: het égalitébeginsel verplicht alleen tot compensatie als *dezelfde* overheidsmaatregel de ene

10 Zie bijv. Villiers 2006, p. 1186: 'La rupture discriminatoire du principe suppose qu'un nombre limité de personne pâtisse d'un acte ou d'une activité préjudiciable. En cas de dommage frappant toute une collectivité ou une large fraction de celle-ci, chacun est loge à la même enseigne sans que se produise une inégalité de traitement.'

11 Rougevin-Baville 1987, p. 36, Deguergue 1994, p. 395, Godfrin 1993, p. 160.

12 Cormier 2002, p. 216, Amselek 1977, p. 259, Henriot 1960, p. 71, De Laubadère 1994, p. 900.

13 Morange 1953, p. 165. Vgl. Rougevin-Baville 1987, p. 36 (die spreekt van 'un groupe de personnes à la fois *identifiable* avec une certaine precision, et suffisament *restreint*'), Deguergue 1994, p. 395 (die de soms ruimhartige interpretatie van de spécialité door de rechter ook verklaart door de nadruk op de identificeerbaarheid; in gelijke zin Couzinet, noot bij TA de Grenoble 4 november 1991, *D*. 1993, p. 163) en C-G Guyomar, concl. bij CE 2 november 2005, *RFDA* 2006, p. 352-353 (*Ax'ion*).

14 Broyelle 2003, p. 115, Sousse 1994, p. 22, Guettier 1996, p. 123.

15 Eerder (Tjepkema 2004) noemde ik dit onderscheid de beperkte (vergelijking met andere getroffenen) en ruime spécialité (vergelijking met niet-getroffenen).

16 Simon 1988, p. 1519.

17 Drupsteen 1984, p. 52 e.v.

18 Voermans 1997, p. 203.

burger relatief meer treft dan anderen (en dus niet, zoals bijvoorbeeld Voermans stelt, 'overheidsacties' in het algemeen).[19]

Andere auteurs staan een bredere interpretatie van het criterium voor. Volgens Van Ravels moet de positie van de getroffene worden vergeleken met die van de 'overige leden van de samenleving',[20] terwijl Van Buuren (een vergelijking met 'anderen die niet getroffen worden'),[21] Koeman (door middel van een schadevergoeding aan de gelaedeerden wordt hun positie ten opzichte van de niet getroffen burgers weer gelijkgetrokken met die van voor het schadebrengende overheidsoptreden),[22] Verheij ('de gehele Nederlandse bevolking', 'andere Nederlandse bedrijven'),[23] Teunissen ('alle anderen')[24] en De Haan/Drupsteen & Fernhout ('alle overige burgers')[25] de speciale last op een vergelijkbare ruime wijze interpreteren. Een zeer rekkelijke visie op de speciale last klinkt door bij Tak, die – net als zijn geestverwant Duguit (§ 2.5.2) – de égalité aanwijst als de 'spelregel' voor de gehele overheidsaansprakelijkheid.[26] Bijgevolg vat Tak de gelijkheidsmaatstaf die in de égalité besloten ligt (en dus ook het égalitébeginsel zelf) zeer ruim op. Dat blijkt ook uit de interpretatie die Heldeweg aan de leer van Tak heeft gegeven: de schending van de materiële beginselen van behoorlijk bestuur laat zich duiden als een onevenredige ongelijkheid voor de publieke lasten, die de klager in een 'ten opzichte van andere justitiabelen' ongelijke, meer nadelige positie plaatst.[27]

Het onderscheid tussen deze twee groepen auteurs valt samen met een andere waardering van de *relevantie* van de gekozen referentiegroep. In de visie van de auteurs die vergelijken met 'de gehele bevolking' of de *niet* getroffen anderen, is een dergelijke, weinig concrete vergelijking voldoende om te kunnen bepalen of de last speciaal is. Andere auteurs vinden dergelijke vergelijkingen echter niet relevant genoeg. Dit is bijvoorbeeld de visie van Van Maanen, die stelt dat vergeleken moet worden met een 'relevante

19 Heldeweg 1988, p. 69 (die spreekt van 'de verhouding in de lastenverdeling tussen de door het besluit getroffen (groepen van) burgers'). Vgl. *Kamerstukken II* 1990/91, 21 221, nr. 5, p. 56: enkele Kamerleden wilden weten of het evenredigheidsbeginsel, anders dan het verbod van willekeur, niet primair zou zien 'op de verhouding in de lastenverdeling tussen de door het besluit getroffen burgers'.

20 Noot bij ABRvS 8 november 2006, *AB* 2007, 252. Vgl. Van Wijmen & Van Ravels 1988, p. 270 (de last van de getroffene extra zwaar moet zijn in vergelijking met 'de groep van niet-getroffenen').

21 Noot onder ABRvS 18 februari 1997, *AB* 1997, 143 (*Beurskens*).

22 Koeman 1979, p. 80.

23 Verheij 2002, p. 121 e.v., Verheij 1999, p. 19.

24 Teunissen 1996, p. 201.

25 De Haan Drupsteen Fernhout 1998, p. 570.

26 Tak 1996, p. 439, zie ook Tak 1999, p. 21-22.

27 Heldeweg 2006, p. 93.

groep'.[28] Ook Hoitink heeft herhaaldelijk benadrukt dat er, om de égalité zinvol te kunnen toepassen, meer nodig is dan een vergelijking met de 'gemiddelde ander'.[29]

In dit hoofdstuk wil ik aan de hand van een analyse van de jurisprudentie eerst bekijken welke positie de Nederlandse en Franse rechter in dezen innemen. Om te kunnen begrijpen welk 'referentiekader' zij in beginsel zullen hanteren, is het van belang eerst in te gaan op de ratio van de speciale last.

7.3 Ratio van de speciale last

7.3.1 Ratio van de speciale last

Volgens Delvolvé vloeit de eis van speciale last het meest direct voort uit het égalitébeginsel: de ongelijkheid ten opzichte van andere burgers kan primair aan de hand van dit criterium worden bepaald.[30] Maar waarom wordt deze eis gesteld? Ten eerste wordt de ratio genoemd dat het, juist bij handelingen die in het algemeen belang noodzakelijk zijn, nodig is een beperking aan te brengen in de mogelijkheden van burgers om het bestuur te verlammen met schadeacties. Zou deze beperking niet gelden, dan zou een te groot beroep op de schatkist worden gedaan en zou de grote aansprakelijkheidslast ten koste kunnen gaan van een goede vervulling van de overheidstaak. Voor een belangrijk deel is dus bepalend 'le souci manifeste, mais implicite de protéger les finances publiques de l'Etat responsible'.[31] Ook Nederlandse schrijvers noemen dit argument.[32]

Morange stelt in dit verband dat de *spécialité* een zekere gierigheid (*avarice*) belichaamt.[33] Hij plaatst daarbij echter de kanttekening dat deze overweging *alleen* niet de uitsluitende reden mag zijn om deze eis te stellen. Het belang van de getroffenen zal uiteindelijk zwaarder moeten wegen dan louter financiële overwegingen. Daarom legt hij de nadruk op een ander motief, namelijk dat besturen vaak betekent dat een keuze moet worden gemaakt tussen tegenstrijdige belangen van bepaalde groepen burgers. Van één groep kan altijd worden gevraagd om ten behoeve van een andere 'in te schikken'. Op economi-

---

28 Van Maanen 2002, p. 80. Aldus ook Gerards 2005, p. 79 ('Als één individu als gevolg van het overheidsoptreden veel meer schade lijdt dan anderen die zich in een relevant vergelijkbare positie bevinden, is sprake van een (materieel) ongelijke behandeling die via een schadevergoeding kan worden opgeheven.').

29 Hoitink 2002, Hoitink 2006, Hoitink & Koetser 2007.

30 Delvolvé 1969, p. 305. In gelijke zin Vedel & Delvolvé 1992, p. 627 ('[L]a condition de *spécialité* est intrinsèquement lieé au fondement de la responsabilité: elle permet de reconnaître que l'égalité a été rompue.').

31 Gohin 1998, p. 604.

32 Van Ravels 2002a, p. 276, met verwijzingen.

33 Morange 1953, p. 167.

sche, sociale en tal van andere gebieden worden dagelijks keuzes gemaakt die sommige groepen burgers bevoordelen en andere benadelen. Met een recht op compensatie voor die grotere categorieën burgers is dat niet te verenigen. Alleen door de eis van een speciaal nadeel te stellen, zal het beroep op de staatskas binnen de perken kunnen worden gehouden en wordt het bestuur evenmin te zeer gehinderd in het nastreven van zijn beleidsdoelen.[34] Ook aan dit tweede motief liggen uiteindelijk dus zowel praktische als financiële overwegingen ten grondslag.[35]

7.3.2 Ratio van de strikte interpretatie van de speciale last

De vraag ten opzichte van welke referentiegroep (*catégorie de référence*)[36] het nadeel bijzonder dient te zijn, is niet in algemene zin te beantwoorden. Het is in theorie mogelijk dat een last, zelfs als hij alle leden van een bepaalde sociale of beroepsgroep treft, speciaal is in vergelijking met alle andere leden van de samenleving. Het feit dat alleen één bepaalde groep – hoe groot ook – wordt getroffen, volstaat dan om een speciale last aanwezig te achten. Volgens Morange is in de Franse jurisprudentie een andere, meer beperkte visie echter dominant: een last is pas speciaal als hij slechts op enkele aanwijsbare individuen rust, of slechts op één persoon in het bijzonder.[37] Ook Delvolvé heeft dit benadrukt:

> 'La spécialité ne se déterminerait qu'à la suite d'une comparaison rigoureuse entre la situation de la victime et celle des personnes se trouvant dans les mêmes conditions qu'elles. On ne saurait se contenter d'un groupe vague et vaste.'[38]

Men dient zich in beginsel dus niet te richten op te ruime referentiegroepen. Dat zou, aldus Delvolvé, afbreuk doen aan de vereiste grote mate van vergelijkbaarheid tussen de getroffene en de referentiegroep. De getroffene moet worden vergeleken met personen die zich bevinden in dezelfde positie als zij, maar de *bijzondere* last *niet* dragen.[39]

---

34 Morange 1953, p. 166.

35 Vgl. Heumann (*RDP* 1963, p. 88), die stelt dat zelfs al is er geen theoretisch dwingende reden om de vergoeding van het nadeel op grond van het égalitébeginsel te beperken, praktische redenen al snel in de weg zullen staan aan de vergoeding van grote categorieën burgers of beroepsgroepen.

36 Broyelle 2003, p. 111.

37 Morange 1953-II, p. 165.

38 Delvolvé 1969, p. 333.

39 Delvolvé 1969, p. 260, p. 268. De eis van vergelijkbaarheid stellen ook Cormier 2002, p. 217, Debard 1987, p. 158 en Morange 1953, p. 166. Laatstgenoemde wijst op een uitspraak van de Conseil d'Etat uit 1939 waarin werd gesteld dat 'toutes les entreprises similaires s'étaient trouvées placées dans la même situation', zodat de vordering werd afgewezen. Vgl. CE 29 december 2004, *RFDA* 2005, p. 230 e.v. (*Almayrac*), waarin de Conseil d'Etat uit het feit dat er geen schade werd geleden door 'des personnes autres que les autres requérants se

Deze lijn volgend is het, om succesvol te kunnen betogen dat men speciaal wordt benadeeld, in beginsel niet voldoende dat men behoort tot een grotere, omlijnde groep die een bepaald kenmerk gemeen heeft. Alleen indien men *binnen* deze groep ten opzichte van de anderen bijzonder hard getroffen wordt, kan men stellen speciaal te zijn benadeeld. Konijnenbelt heeft dan ook uit de Franse jurisprudentie afgeleid dat 'het voorwerp van de lasten opleggende maatregel beperkt dient te worden opgevat'.[40] Dit lijkt zo te moeten worden uitgelegd dat een aanspraak op nadeelcompensatie in beginsel niet toekomt aan een hele categorie van personen die een bepaald kenmerk gemeen hebben, maar alleen aan een subgroep uit deze categorie die door een overheidsmaatregel getroffen wordt. Zoals we hierna zullen zien, kan deze vuistregel ook in de huidige jurisprudentie worden herkend.

Deze strikte opvatting sluit, zo lijkt het, het beste aan bij de ratio van de speciale last zelf. De eis van een speciale last wordt gesteld om te voorkomen dat de rechter het bestuur hindert door telkens wanneer een overheidshandeling een groep in de samenleving dupeert, te verlangen dat het bestuur een redelijke compensatie biedt voor al het dientengevolge geleden nadeel. Het beschouwen van die groep als een geheel, die in verhouding tot de 'andere leden van de samenleving' een onevenredig nadeel lijdt, zou van de eis van een speciale last weinig meer overlaten en een zware financiële last op de overheid leggen.

Een tweede reden voor deze strenge invulling van de speciale last kan worden gezocht in taakverdeling tussen rechter en wetgever. De vraag naar het gelijkmatig verdelen van lusten en lasten over de leden van de samenleving is in eerste instantie een wetgevingsvraagstuk. Het Franse recht laat zien dat, voor zover grotere groepen burgers aanspraak op compensatie kunnen maken, daaraan in de regel een wettelijk voorschrift ten grondslag ligt, zoals in het geval van de wet die bij schade door *attroupements en rassemblements* (samenscholingen op straat in het kader van sportwedstrijden, politieke manifestaties etc.) recht op vergoeding geeft. Niet overwegingen van *égalité*, maar van solidariteit zijn daarbij leidend.[41] Ondervindt een grote groep schade zonder dat de wetgever ingrijpt, dan kan daarin een (impliciete) uitspraak worden gelezen dat deze schade inherent is aan het leven in een samenleving met anderen, en dat die schade in beginsel behoort tot de normale maatschappelijke risico's.[42] Het is niet aan de rechter om in die door de wetgever beoogde verdeling van voor- en nadelen in te grijpen door de overheid te verplichten

---

trouvant dans une situation analogue à la leur', concludeert dat de last van eisers speciaal was.

40 Konijnenbelt 1971, p. 276.

41 Zie art. 92 van de wet van 1983, en voor nadere gegevens Sousse 1994, p. 138 e.v. en Chapus 2001, p. 1357 e.v.

42 Rougevin-Baville 1987, p. 36 : '[L]orsqu'un préjudice (…) indemnisable est causé (…) à un assez grand nombre de citoyens, il appartient le cas échéant au législateur d'en prévoir l'indemnisation.'

grote groepen burgers te compenseren. Wat hij wel kan, is ingrijpen wanneer *enkelingen* bij de verdeelarbeid van de overheid worden overgeslagen.[43] In de regel zal hij dan ook, gegeven de door de wetgever of het bestuur gecreëerde juridische situatie, bezien of *daarbinnen* de lasten evenredig zijn verdeeld. Zeker bij schade door algemeen verbindende voorschriften zal zijn toets in dezen dus terughoudend zijn.[44] Op die wijze blijft de rechter op de – niet altijd scherp te trekken – scheidslijn tussen *égalité* en *solidarité* binnen de rol die staatsrechtelijk het beste bij hem past.[45] Wat dit alles betekent voor de keuze van de juiste referentiegroep zal ik thans eerst bespreken ten aanzien van overheidsmaatregelen met een algemeen karakter.

7.4 De referentiegroep bij maatregelen met een algemeen karakter

7.4.1 Inleiding

Om de problematiek van het bepalen van de juiste referentiegroep in kaart te brengen, is het nuttig om een onderscheid te maken tussen de situatie dat een overheidsmaatregel met een algemene strekking schade toebrengt en die waarin slechts een enkeling wordt getroffen. In deze paragraaf komen allereerst maatregelen met een algemeen karakter aan de orde, dat wil zeggen maatregelen die voor een grotere, al dan niet omlijnde groep burgers nadelige gevolgen heeft. Indien de schade wordt veroorzaakt door dergelijke maatregelen, wordt in de rechtspraak vrij geregeld een concrete vergelijking met een referentiegroep gemaakt.

Binnen de ruime categorie van besluiten van algemene strekking is het nuttig om een onderscheid te maken tussen besluiten in de vorm van wettelijke voorschriften die beogen een bepaalde, nader omlijnde groep te treffen en besluiten van algemene strekking, zoals verkeersmaatregelen, die dit oogmerk niet hebben, maar wel als niet beoogd neveneffect kunnen hebben dat een bepaalde groep burgers daardoor schade lijdt. Beide groepen komen in de komende twee paragrafen aan de orde.

---

43 Van der Does en Snijders 2001, p. 98. Vgl. Kwakman 2003, p. 307 en p. 372 e.v.

44 HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251, m.nt. MS (*Landbouwvliegers*), HR 15 oktober 2004, *JB* 2004, 387, m.nt. GEvM (*Dierenartsen*).

45 Vgl. het rapport *Responsabilité et socialisation du risque* van de Conseil d'Etat uit 2005, p. 228: 'Le juge administratif a la charge de rétablir un équilibre, l'égalité devant les charges publiques quand elle est rompue, mais seul le législateur peut définir de nouveaux types d'équilibres, sur des risques précis et définis, tout en respectant l'égalité devant les charges publiques. Le juge ne peut se substituer à l'action du législateur.' Zie ook Konijnenbelt 1971, p. 276.

7.4.2 Wetten die beogen een omlijnde groep te treffen

Wanneer in de civiel- en bestuursrechtelijke jurisprudentie een referentiegroep wordt geëxpliciteerd, gaat het vaak om gevallen waarin de overheid *beoogt* een omlijnde groep burgers te treffen. Veelal betreft het burgers die werkzaam zijn in een bepaalde bedrijfstak en die geconfronteerd worden met de schadelijke invoering of wijziging van een besluit van algemene strekking. Gedacht kan worden aan importeur *Harrida*, die werd geconfronteerd met een ministeriële regeling die het verbood Engels vlees te importeren om zo verspreiding van BSE te voorkomen.[46] Een ander voorbeeld zijn de wettelijke regelingen die beogen een einde te maken aan de activiteiten van een bepaalde bedrijfstak, zoals een regeling die aan anderen dan dierenartsen de bevoegdheid ontzegde om vee met bepaalde entstoffen in te enten; door deze wet kwamen er geen dierverloskundigen of castreurs meer bij, zodat de beroepsgroep op den duur uitstierf.[47] Andere voorbeelden zijn de al jaren bestaande plannen van een aantal politieke partijen om de nertsenhouderij te verbieden,[48] of de roep in de Tweede Kamer om een verbod in te stellen op het houden van circusdieren.[49]

7.4.2.1 Formele of materiële gelijkheid?

Wanneer een algemene regel aan een omlijnde groep burgers schade toebrengt, kan men zich afvragen of er überhaupt wel sprake kan zijn van een oneven-redig nadeel. Volgt uit het gegeven dat algemene regels op een abstracte, onpersoonlijke wijze op een ieder van toepassing zijn, niet dat iedereen op gelijke voet wordt behandeld, zodat van een inbreuk op de égalité geen sprake kan zijn? Staat, met andere woorden, de aard van een algemene regeling niet in de weg aan het toekennen van nadeelcompensatie, nu de regeling *beoogt* voor alle burgers hetzelfde resultaat te bewerkstelligen? In met name de oudere literatuur waren verschillende schrijvers geneigd die vraag bevestigend te beantwoorden, zowel wanneer de schade wordt veroorzaakt door een

46 HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84, m.nt. PvB.
47 HR 15 oktober 2004, *JB* 2004, 387, m.nt. GEvM (*Dierenartsen*).
48 *Kamerstukken II* 2008/09, 30 826, nr. 15.
49 'Kamer roept om verbod circusdieren', *NRC* 28 januari 2008.

wet[50] als door een vergunning.[51] Ook de parlementaire geschiedenis laat zien dat de regering zich in het verleden op dit standpunt heeft gesteld.

> In de Memorie van Antwoord bij de Wet herstructurering varkenshouderij betoogde de minister dat, omdat deze wet elke varkenshouder treft, er geen sprake kon zijn van een kleine groep die onevenredig zwaar wordt getroffen. 'De generieke kortingsmaatregel zal een ieder in de sector in procentuele zin gelijkelijk treffen. (…) [E]lke varkenshouder [zal] in meer of mindere mate geconfronteerd worden met het vervallen van latente ruimte.'[52]
> In het kader van de intrekking van de voorloper van de Wet milieubeheer, de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne (Wabm), luidde het betoog van regering hetzelfde: door algemene regels (of zij nu van rijks-, provinciaal of gemeentelijk niveau afkomstig zijn) zou geen concurrentienadeel kunnen ontstaan, aangezien 'degenen tot wie de regels zijn gericht in principe in gelijke mate getroffen worden'. Anders gezegd, hun onderlinge verhouding c.q. concurrentiepositie verandert door het van toepassing worden van die algemene regels niet.'[53] Deze passage vond bevestiging in een uitspraak van de AGRvS over een schadeclaim van een LPG-tankstation, die de autogasinstallatie van zijn tankstation had moeten saneren op grond van een amvb, het Besluit LPG-tankstations Hinderwet. Volgens de Afdeling vloeide voor appellante de schade voort 'uit een besluit dat voor alle bestaande LPG-tankstations een wijziging met zich brengt waardoor iedere belanghebbende in dezelfde mate door het besluit is getroffen. Appellante verkeert wat betreft *de werking* en de gevolgen van het Besluit LPG-tankstations Hinderwet derhalve niet in een uitzonderingspositie'.[54]

In de hier gevolgde genoemde visie wordt het égalitébeginsel beschouwd als een verschijningsvorm van het formele gelijkheidsbeginsel. Formele gelijkheid – 'gelijke gevallen dienen gelijk te worden behandeld' – ziet op de gelijkheid van de behandeling als zodanig. Deze gelijkheid wordt ook wel aangeduid

---

50 Zie bijv. Van Dorp 1903, p. 94 (alleen schade door daden van de uitvoerende macht kan een beroep op de offertheorie rechtvaardigen; daden van de wetgevende macht geven 'doorgaans den abstracten regel'; in dezelfde zin Jonckers-Nieboer 1931, p. 51), Vegting 1955, p. 22 (die erop wijst dat in oudere Franse jurisprudentie de aard van een wet als algemene regeling uitsluit dat de schade speciaal is). Zie voor Franse literatuur Jèze 1910, p. 99, Duez 1938, p. 213-214 en Hennette-Vauchez 2005, p. 19 ('[C]es catégories de normes [wetten en verdragen – MT] constituent *a priori* des normes générales et impersonnelles, dont on voit bien qu'elles n'ont pas vocation à produire des effets particuliers et différents selon les individus qui y sont assujettis.').

51 De Visschere 1949, p. 110: 'De beslissing, waarbij een vergunning wordt afgeleverd is, op zich zelf beschouwd, van individuele aard. Worden echter (…) algemene administratieve richtlijnen gevolgd, bij het nemen van de beslissing, dan kan men toch beweren dat allen op dezelfde wijze door de overheid behandeld worden'.

52 *Kamerstukken I* 1997/98, 25 746, nr. 192c (MvA). In gelijke zin Smits 1998, p. 571.

53 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 317, nr. 1, p. 4. Zie ook Van Ravels 1992, p. 675-676 alsmede Hoitink 1998, p. 175, die over de opvolger van de Wabm, de schadevergoedingsregeling van art. 15.20 Wet milieubeheer, stelt: '(…) aanknopingspunt voor het bestaan van een recht op schadevergoeding vormen de (onevenredige) *kosten*, niet de *maatregelen*.'

54 AGRvS 20 december 1991, *AB* 1992, 285, m.nt. PvB (mijn curs – MT).

als de 'gelijkheid voor de wet': alle mensen dienen dezelfde rechten en plichten te hebben, ongeacht geboorte, status, ras of geslacht. Bij deze benadering van het gelijkheidsbeginsel wordt geabstraheerd van de verschillen tussen mensen, vanuit de gedachte dat een ieder inherent gelijkwaardig is.[55] De praktische gevolgen van een bepaalde classificatie staan minder op de voorgrond.[56]

Het égalitébeginsel moet mijns inziens niet worden beschouwd als een verschijningsvorm van het formele, maar het materiële gelijkheidsbeginsel. Het materiële gelijkheidsbeginsel richt zich niet op de gelijkheid van de *behandeling*, maar op de gelijke *uitkomst* van de behandeling. Werkt een classificatie voor bepaalde burgers bijzonder negatief uit door het bestaan van feitelijke verschillen tussen groepen of personen, dan kan het geboden zijn een onderscheid te maken tussen deze gevallen, zodat ongelijke gevallen ook ongelijk behandeld worden en uiteindelijk aan het gelijkheidsbeginsel beter recht wordt gedaan.[57] Het feit dat een bepaalde maatregel op een grote groep gelijkelijk van toepassing is, biedt in dit verband slechts een indicatie van de formele gelijkheid van degenen die daardoor getroffen worden, maar zegt niets over de vraag of zich binnen deze groep niet enkelen kunnen bevinden die ongelijk worden getroffen en daarmee in een *materieel* ongelijke positie verkeren:

> 'La seule question qu'il est supposé se poser consiste à savoir si la situation de la victime est spéciale et grave par rapport aux autres personnes ayant, elles aussi, supporté la même mesure. La rupture d'égalité n'est pas dans l'acte, mais dans ses effets.'[58]

Volgens Broyelle betekent het toekennen van een schadevergoeding voor speciaal en abnormaal nadeel niets anders dan het herstellen van een feitelijke ongelijkheid binnen de groep door eenzelfde maatregel getroffenen. De rechter treedt niet op als 'wetgever-plaatsvervanger' in de zin dat hij het door de wetgever gemaakte onderscheid corrigeert, maar hij herstelt slechts een feitelijke ongelijkheid die het gevolg is van de *toepassing* van de wet. De schending van de égalité zit met andere woorden niet in de handeling zelf, maar in haar gevolgen.

De Nederlandse jurisprudentie geeft in het algemeen blijk van deze 'gedifferentieerde', materiële benadering. De arresten *Leffers* en *Harrida* laten dat duidelijk zien. In laatstgenoemd arrest claimde Harrida, een in de import van rundvlees van hoge kwaliteit uit Noord-Ierland gespecialiseerde ondernemer, een compensatie voor schade door overheidsmaatregelen in reactie op het nieuws dat de consumptie van dit vlees bij mensen kon leiden tot de ziekte van Creutzfeldt-Jacob. Van regeringswege werden verschillende maatregelen

---

55 Vgl. Loenen 1992, p. 11. Zie ook Holleman 1984, p. 5 e.v.
56 Gerards 2002, p. 12.
57 Loenen 1992, p. 11.
58 Broyelle 2003, p. 109. In gelijke zin Delvolvé 1969, p. 270 ('C'est une situation de fait qui est à la base de l'inégalité.') en Baumgartner 1976, p. 154.

genomen: eerst gaven Nederlandse bewindslieden een persconferentie waarin zij het publiek adviseerden alleen Nederlands vlees te eten. Kort daarop vaardigde de Nederlandse overheid een verbod uit van invoer en verhandeling van rundvlees uit het Verenigd Koninkrijk. De Staat had betoogd dat de getroffen maatregelen 'onmiskenbaar de gehele bedrijfstak van rundvleesimporteurs in dezelfde mate hebben getroffen', nu geen van hen na 21 maart 1996 nog rundvlees had mogen importeren uit het Verenigd Koninkrijk. Om die reden zou, aldus de Staat, niet zijn voldaan aan de eis dat alleen een kleine beperkte groep was getroffen. Het Hof, en in het kielzog daarvan de Hoge Raad, ging niet mee in dit betoog:

> 'Het Hof heeft (…) kennelijk als door het import- en handelsverbod getroffen groep vergelijkbare burgers of instellingen beschouwd de groep van ondernemers die dierlijke producten uit het Verenigd Koninkrijk importeerden, hetzij in de vorm van levende dieren die in Nederland werden vetgemest en geslacht, hetzij in de vorm van reeds in het Verenigd Koninkrijk geslacht rundvee. Naar het oordeel van het hof is binnen deze groep een onderneming als die van Harrida onevenredig zwaar getroffen doordat zij als kleine onderneming, die zich geheel had toegelegd op de import van ossenvlees van hoge kwaliteit grotendeels uit Noord-Ierland, bij gebreke van tijd en geld in de betrokken – korte – periode niet kon overschakelen op van elders afkomstig vlees en haar leveranciers- en klantenbestand niet kon veranderen.'

Net als Leffers had ook Harrida zich in zijn bedrijfsvoering vergaand gespecialiseerd. Dat leidde ertoe dat hij door het importverbod veel harder werd geraakt dan anderen die door dezelfde maatregelen ook, maar minder hard werden getroffen, omdat zij zich niet specialiseerden. Hoewel deze maatregelen formeel op allen gelijk van toepassing waren, stond dit niet in de weg aan een recht op nadeelcompensatie, omdat zij zich (materieel) van die grotere groep onderscheidden.

Kortom, bestuur c.q. rechter dienen zich te realiseren dat zij zich niet achter de algemene werking van algemeen verbindende voorschriften kunnen verschuilen om een nadeelcompensatieclaim af te wijzen: van belang is niet de beoogde, formele gelijke werking van dit voorschrift, maar het resultaat van de toepassing daarvan, te weten de onevenredige benadeling van enkelen binnen die grotere groep.[59]

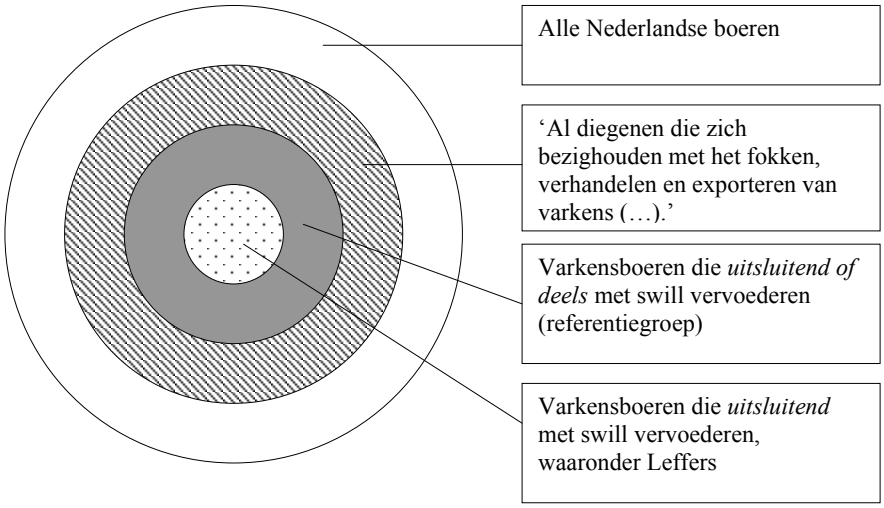
---

59 Vgl. Loenen 1992, p. 25, die als nadeel van een formele benadering van gelijkheid noemt dat zij 'geen oog [heeft] voor de gelijkheidsproblemen die verborgen kunnen zitten achter een op zich gelijke behandeling (…) die naar het effect gemeten bepaalde groepen mensen onevenredig treft.'

7.4.2.2 Het Leffers-arrest en andere Nederlandse jurisprudentie

Zoals in § 7.3.2 gesteld, dient de rechter zich in beginsel terughoudend op te stellen bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen. Dit uitgangspunt heeft ook gevolgen voor de afbakening van de juiste referentiegroep. Deze zal in dit soort gevallen in de regel bestaan uit de groep waarop het wettelijke voorschrift van toepassing is. Deze grotere groep kan in beginsel dus niet met succes claimen speciaal te zijn benadeeld ten opzichte van anderen die door de wet *niet* getroffen worden ('het bedrijfsleven in het algemeen', 'alle veehouders' etc.).[60] Dit kan goed worden geïllustreerd aan de hand van het *Leffers*-arrest.[61] In dat arrest ging het om de ministeriële Regeling verbod voedsel- en slachtafvallen, die het aan alle 'swill'-boeren verbood hun varkens nog langer met swill te voeren. Acuut handelen was vereist, want anders zou de besmettelijke varkensziekte, die de minister met de regeling beoogde te bestrijden, zich verder verspreiden. In casu was de intrinsieke eigenschap 'het vervoederen met swill' en was deze eigenschap aanleiding voor de minister om het swillverbod uit te vaardigen. Er waren boeren die *mede* met swill vervoederden, maar ook boeren als Leffers, die *uitsluitend* met swill vervoederden.

In commentaren op het arrest werden tal van mogelijke referentiegroepen aangedragen. Aan de hand van de volgende figuur kan dat worden geïllustreerd.



60 Aldus ook Schueler 2002, p. 134: 'Dit criterium laat zich het best illustreren aan de hand van de gevallen waarin een algemene maatregel zich richt tot een bepaalde groep binnen de maatschappij. De referentiegroep wordt gevormd door iedereen tegen wie het verbod zich richt.'

61 HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638, m.nt. CJHB (*Leffers*).

Van Maanen heeft zich afgevraagd of de referentiegroep bestond uit 'alle Nederlandse boeren'.[62] Op deze hele groep was de regeling echter niet van toepassing, zodat het niet voor de hand ligt om deze referentiegroep te hanteren. Zou men dat wel doen, dan is niet te verklaren waarom alleen boeren die *uitsluitend* met swill vervoederden een recht op compensatie hadden; bij deze ruime groep blijft onduidelijk waarom zo'n recht niet eveneens toekomt aan de boeren in de schuin gearceerde en de grijze cirkel. Een bezwaar dat voorts aan deze ruime referentiegroep kleeft, is dat een doorbreking van de gelijkheid voor de publieke lasten het gevolg zou zijn telkens wanneer een maatregel ten aanzien van een bepaalde groep in de samenleving regulerend beoogt op te treden. Dat staat op gespannen voet met het uitgangspunt van rechterlijke terughoudendheid.

Men zou zich voorts kunnen afvragen of de referentiegroep wellicht bestaat uit de groep in wier belang de onderhavige regeling tot stand is gebracht: 'al diegenen die zich bezighouden met het fokken, verhandelen en exporteren van varkens'. Door verschillende schrijvers is betoogd dat de groep die van de Regeling profiteert, ook voor de schade zou moeten opdraaien.[63] Deze gedachte sluit goed aan op de ratio van het égalitébeginsel zelf: de schade moet worden gedragen door de groep in wier belang de maatregel zelf is genomen. In de praktijk wordt deze gedachte ook wel toegepast; denk aan fondsen waarin alle tot een bepaalde bedrijfstak behorende personen een bijdrage dienen te storten, waaruit in noodsituaties de schade kan worden betaald. Een voorbeeld is ook de Regeling Nadeelcompensatie van de Nederlandse Spoorwegen, waarin de NS aansprakelijkheid aanvaarden voor schade door maatregelen (aanleg van spoorwegen e.d.) die vooral in hun belang zijn. Deze 'profijtgedachte' biedt in het algemeen echter geen bruikbaar aanknopingspunt voor de bepaling van de juiste referentiegroep. Soms laat een specifieke gebate groep zich duidelijk herkennen, maar het is niet altijd mogelijk zo'n groep aan te wijzen.[64] Wanneer aan een bedrijf verscherpte milieueisen worden opgelegd, kan men slechts zeggen dat deze eisen milieubelangen

62 Van Maanen 2002, p. 24.

63 Van Maarseveen 1954, p. 917 ('De gevolgen van een onregelmatige werking [van de openbare dienst] moeten door de dienst zelf worden gedragen. Door de dienst zelf, dat betekent in veel gevallen door die groep voor wie de bepaalde belangenvoorziening is getroffen.'), Tak 1978, p. 342 (die als ideaalbeeld schetst dat 'in evenredigheid allen gelijkelijk van besteding van gemeenschapsgelden zouden genieten en dat bevoordeelden aan gedupeerden tot het evenwichtspunt zouden vergoeden') en Nieuwenhuis 2006, p. 79 (die betoogt dat '[r]echtseconomische overwegingen kunnen leiden tot een verfijning van de solidariteitseis: spreid de kosten niet over *iedereen*, maar over hen die profiteren van de activiteiten die deze kosten hebben veroorzaakt.'). Ook Damen e.a. 2009, p. 512 zoeken de doorbreking van de gelijkheid in de ongelijke verdeling tussen voor- en nadelen.

64 Vgl. Langemeijer 1955, p. 535: '(…) dat hun schade gedragen wordt door hen, die van de maatregel profiteren, meestal de gemeenschap als geheel, die de lasten weer naar draagkracht moet trachten om te slaan, soms een groep van belanghebbenden, wanneer die zich duidelijk genoeg laat herkennen.'

dienen, zonder dat duidelijk groepen (bedrijven of burgers) vallen aan te wijzen die daarvan een *bijzonder* voordeel genieten. Ook ten aanzien van de *Leffers*-casus is discussie mogelijk over de vraag of de swillregeling *louter* in het belang van de door de Hoge Raad genoemde groep tot stand was gekomen of niet tevens in het belang van de hele samenleving. Bij gebrek aan een specifieke gebate groep zou dan alsnog met een zeer brede referentiegroep worden vergeleken.

Uit het *Leffers*-arrest valt af te leiden dat de Hoge Raad de in het figuur grijs gekleurde cirkel als de referentiegroep beschouwt. A-G Koopmans had dit in zijn conclusie al eerder betoogd: 'De schade is onevenredig omdat zij aanzienlijk groter is dan die van andere getroffen ondernemers (i.c. varkensmesters die niet geheel van swillvervoedering afhankelijk zijn).'[65] De Hoge Raad volgde Koopmans:

> 'De voormelde Regeling strekt ertoe de belangen te beschermen van al diegenen die zich bezighouden met het fokken, verhandelen en exporteren van varkens, waarbij in het bijzonder het mesten soms bedrijfsmatig, soms niet bedrijfsmatig geschiedt. Juist door deze bescherming wordt evenwel, naar de Staat niet heeft bestreden, een naar verhouding kleine groep van bedrijfsmatige varkensmesters die, anders dan het overgrote deel van hun concurrenten, hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoedering van swill en niet van de ene dag op de andere op een ander vervoederingsstelsel hebben kunnen overschakelen zonder dat daardoor de winstgevendheid van hun bedrijf verloren zou gaan, in onevenredige mate in haar belangen getroffen, en wel in de onderhavige zaak naar de stellingen van Leffers in dier voege dat het bedrijf van Leffers is moeten worden geliquideerd met aanzienlijke vermogensschade'.

Ook in dit geval volgde de ongelijke behandeling niet uit de regeling zelf (die immers op allen gelijkelijk van toepassing was), maar uit haar toepassing: Leffers werd onevenredig zwaar getroffen omdat de gevolgen van de toepassing van de ministeriële regeling voor hem veel zwaarder waren, nu hij uitsluitend met swill vervoederde, en door de plotse wijze van invoering van de maatregel niet op een andere wijze van vervoederen kon overschakelen. Dat de wetgever ook deze last had beoogd, kon uit de swillregeling niet worden opgemaakt, zodat voor deze niet-beoogde, onevenredig zware gevolgen het égalitébeginsel in beeld kwam. Het arrest laat daarmee zien dat de Hoge Raad het criterium van de speciale last gedifferentieerd invult: de centrale vraag is of een bepaalde groep getroffenen (los van de precieze omvang van deze groep) zwaarder dan de andere getroffenen wordt geraakt, terwijl in de (feitelijke) omstandigheden waarin deze groep zich van de anderen onderscheidt (het louter aangewezen zijn op swillvervoedering) geen objectieve reden schuilt om dit verschil in behandeling te rechtvaardigen. De vraag of een speciale

65 Zie de concl. bij arrest sub 15.

last bestaat, kan hier moeilijk los worden gezien van de zwaarte van de last; Leffers' abnormale last fungeert tevens als het kenmerk waarin hij zich van zijn concurrenten onderscheidde.

De benadering van de Hoge Raad sluit aan op de stelregel van Delvolvé dat de referentiegroep moet worden bepaald aan de hand van de 'intrinsieke eigenschappen' van die groep.[66] Die regel brengt met zich dat voor de afbakening van de relevante referentiegroep moet worden bezien uit hoofde van welke kenmerken een maatregel een bepaalde groep in de maatschappij beoogt te treffen. De ministeriële regeling in het *Leffers*-arrest beoogde een groep varkensboeren te treffen die gemeen hadden dat zij vervoederden met swill. De regeling beoogde evenwel niet om alleen varkensmesters te raken die *uitsluitend* met swill vervoederen. Daarmee is tevens een verklaring gegeven waarom men niet kan stellen dat Leffers vergeleken zou moeten worden met alle andere boeren die *ook* uitsluitend met swill vervoerderen (in de figuur de kleinste cirkel): het gaat immers niet aan de referentiegroep af te bakenen op basis van de 'toevallige' omstandigheid dat zij alleen op swillvervoedering is aangewezen.[67]

Ook in andere jurisprudentie wordt de referentiegroep op dezelfde wijze bepaald, zij het dat de rechter meestal tot de conclusie komt dat de getroffene zich niet of onvoldoende van die van de inherent getroffenen onderscheidt.[68] Een vergelijking met 'het gemiddelde bedrijf' of 'de gemiddelde Nederlander' wordt in de rechtspraak in de regel niet gemaakt, een onderstreping van de terughoudendheid die de rechter in dit soort gevallen dient te betrachten.

Benadrukt zij tot slot dat het bepalen van de referentiegroep in dit soort gevallen niet slechts 'spielerei' is, maar ook van belang is voor de bepaling van de *omvang* van de compensatieplicht. Vergoed wordt immers slechts het nadeel dat de getroffene lijdt ten opzichte van de *relevante* referentiegroep. Het is aan de rechter om na te gaan of het bestuur voor de juiste referentiegroep heeft gekozen. Als het bestuursorgaan een te beperkte groep heeft gekozen – door bijvoorbeeld alle *uitsluitend* met swill vervoederende boeren als referentiegroep aan te wijzen – dan komt het besluit op dat punt voor vernietiging in aanmerking. Een ander punt waarop het mis zou kunnen gaan, is als een op zichzelf juist afgebakende referentiegroep wordt gecombineerd met een te hoog kortingspercentage in verband met het normaal ondernemers-

66 Delvolvé 1969, p. 268.

67 Anders: Van Ravels (losbl.), F-10-16.

68 Rb Den Haag 3 februari 2010, LJN BL6467 (schade t.g.v. maatregelen tegen bluetongue), CBB 6 september 1995, *AB* 1995, 567 (kansspelbeleid had voor alle ondernemers nadelige gevolgen), CBB 17 april 2001, LJN AB1465 (vervoersverbod had voor alle varkenshouder dezelfde nadelige gevolgen; zie voor andere voorbeelden uit de CBB-jurisprudentie CBB 29 mei 2001, LJN AB1878, CBB 6 november 2007, LJN BB8695, CBB 29 januari 2009, *GJ* 2009, 47, sub 5.4), Rb Den Haag 20 maart 2002, LJN AE7271 (lozingenbesluit gold voor de hele sector gold, zodat niet aan een klein gedeelte ervan bijzondere lasten werden opgelegd die anderen bespaard bleven).

risico. Uitgaande van de *Leffers*-casus zou een kortingspercentage van 40% op grond van het normaal maatschappelijk risico te hoog zijn, indien een vergelijking van de omzetdaling van Leffers ten opzichte van de relevante referentiegroep zou laten zien dat hij 'slechts' een omzetdaling van 30% moet dulden. In Leffers-achtige gevallen, waarin zich een duidelijke referentiegroep laat afbakenen, dient het criterium van de speciale last – dat het meest precies uitdrukking geeft aan het rechtskarakter van de égalité – naar mijn idee leidend te zijn voor wat betreft de omvang van de toe te kennen schadevergoeding; de *anormalité* staat in zoverre 'op het tweede plan'.

7.4.2.3 Voorbeelden uit de Franse jurisprudentie

Ook in de Franse jurisprudentie wordt in het algemeen de lijn gevolgd dat de referentiegroep wordt gevormd door de groep waarop een wettelijk voorschrift van toepassing is. Ook in de literatuur is dit de algemene mening.[69] Omdat de Franse rechter formele wetten en verdragen aan het égalitébeginsel kan toetsen – wat in Nederland is uitgesloten in verband met art. 120 Gw – vindt men voorbeelden vooral in de sfeer van dit soort handelingen. Zo heeft de Conseil d'Etat geweigerd het speciale karakter aan te nemen van maatregelen tot verhoging van de benzineprijzen,[70] tot devaluatie van de franc,[71] en van een wet die aan alle huiseigenaren de mogelijkheid ontzegde derden tijdens de winterperiode uit huis te plaatsen.[72] Ook bij schade door verdragen is het veelal de eis van *spécialité* die aan de toekenning van nadeelcompensatie in de weg staat.[73] Veelal is bovendien de afwezigheid van de *spécialité* op

69 Broyelle 2003, p. 109, p. 112, p. 118. In gelijke zin Hennette-Vauchez 2005, p. 16, die stelt dat de rechter de schade niet als speciaal zal kunnen aanmerken als zij treft '(…) un groupe important de personnes assujetties au même titre à une réglementation (…)' en, ten aanzien van aansprakelijkheid voor formele wetten, C-G Derepas, concl. bij CE 8 februari 2007, *Rec*. 2007, p. 85 (*Gardedieu*; '(…) un préjudice dans le chef d'un nombre restreint de personnes, ces dernières se trouvant exposées du fait de la loi à une situation plus défavorable que les autres citoyens entrant dans son champ d'application'). Vgl. Richer 1988, p. 17 ('La référence à la généralité du texte signifie que les catégories d'intéressés sont définies par application des qualifications légales et non par de pures éléments de fait.'). Zie ook de conclusie van Heumann bij CE 26 oktober 1962, *RDP* 1963, p. 88 (*Sieur Olivier*): 'Nous hésitons à admettre qu'une profession entière puisse prétendre à indemnité, sous prétexte de préjudice spécial.'

70 CE 13 maart 1937, *Rec*. p. 322 (*Soc. des taxis motobloc*).

71 CE 15 november 1950, *Rec*. p. 554 (*Baradez*).

72 CE 10 februari 1961, *Rec*. p. 108 (*Chauce*).

73 CE 30 maart 1966, *Rec*. p. 257 (*Compagnie générale d'énergie radio-électrique*; Frans-Duits verdrag over betalingen aan burgers die schade hadden ondervonden door de inkwartiering van Duitse soldaten), CE 9 december 1987, *Rec*. p. 405 (*Compagnie générale des goudrons et bitumes*; Frans-Marokkaans verdrag inzake in Marokko gelegen maar in Franse handen zijnde landbouwgronden), CE 25 maart 1988, *Rec*. p. 133, *D*. 1989, p. 120 (*Société Sapvin*; Frans-Spaans verdrag inzake de erkenning en de uitvoering van burgerrechtelijke uitspraken en authentieke akten in het civiele en commerciële verkeer), CAA de Paris 16 juli 1992, *RFDA* 1993, p. 156 (*Mme Yasmine Aga Khan*; onmogelijkheid om huurbetaling af te dwingen

zichzelf, los van een toets aan het abnormale karakter van de schade, de reden om de schadeclaim af te wijzen.[74] De Conseil d'Etat stelt in dat verband bovendien niet de eis dat de verdragsbepalingen *daadwerkelijk* een last veroorzaken; dat deze op een groot aantal personen *kunnen* worden toegepast, is voldoende om geen speciale last aanwezig te achten.[75]

De twee klassieke arresten over de aansprakelijkheid voor wetten in formele zin, *La Fleurette* en *Caucheteux et Desmonts*, laten zien dat de algemene strekking van een formele wet niet per definitie aan het accepteren van de *spécialité* van de last in de weg staat. In het arrest *La Fleurette* was de schadeoorzaak een formele wet, maar de betreffende melkproducent was de enige producent van het door de wetgever verboden product. Hetzelfde gold voor Caucheteux et Desmonts, die de enige producenten waren van 'glucose de brasserie'. Zij waren de enige getroffenen, waarmee de last speciaal was, en werden bijzonder zwaar in hun bedrijfsvoering geraakt, zodat de last ook abnormaal was. Deze arresten sluiten aan op het eerdere betoog dat het égalitébeginsel een verschijningsvorm is van het materiële gelijkheidsbeginsel. Voor de wisselwerking tussen de *anormalité* en de *spécialité*, die in het *Leffers*-arrest zo duidelijk naar voren komt, zag de Conseil d'Etat in het latere arrest *C.A.P.I.A.* echter geen ruimte.

> Een bedrijf dat was gespecialiseerd in het vliegen met reclamevliegtuigen, leed schade door een ministerieel verbod voor alle vliegtuigen anders dan transportvliegtuigen om in de periode van 12 tot 25 maart 1962 te vliegen, om zo de overlast van dit soort vliegtuigen tijdelijk te beperken. C.A.P.I.A. had maar veertig vliegdagen per jaar (met name in de maand maart), omdat in die periode de weersomstandigheden gunstig waren en er ook veel commerciële activiteiten waren waarvoor reclamevluchten werden gebruikt. Het vliegverbod van twee weken trof het bedrijf zwaar. C.A.P.I.A. voerde aan zwaarder te worden getroffen dan andere vliegtuigbedrijven (cartografen, landbouwvliegers, fotovliegtuigen), die niet commercieel afhankelijk waren van een bepaalde periode in het jaar. De *spécialité* was volgens haar, met andere woorden, gegeven door de zwaarte van de last die juist op C.A.P.I.A. – het enige in reclamevluchten gespecialiseerd bedrijf in Frankrijk – drukte. De C-G achtte het onjuist om de *gravité* als maatstaf voor de *spécialité* te nemen. Dat zou betekenen dat *alle* zware nadelen moeten worden vergoed, een

van Franse diplomaat in verband met in het akkoord van Wenen toegekende immuniteit aan diplomaten) en CE 26 maart 2003, *Rec.* p. 151 (*Santinacci*; devaluatie van de CFA-frank).

74 Zie voor een ander voorbeeld (buiten de sfeer van verdragen) CAA de Paris 28 mei 1998, *Rec.* p. 1156 (*SA Econocom Trading International*): door een legale staking bij de belastingdienst trad een vertraging op bij de uitkering van de teruggave van de belasting op de toegevoegde waarde. Gelet op het grote aantal bedrijven die zo'n aanvraag indienden, en de hoge bedragen die daarmee veelal gemoeid waren, had de positie van eiseres niet de specificiteit van haar situatie aangetoond.

75 CE 25 maart 1988, *Rec.* p. 133 (*Société Sapvin*): '(…) eu égard (…) du nombre des ressortissants français auxquels de telles stipulations *peuvent* s'appliquer' (curs. MT). Vgl. Broyelle 2003, p. 116, die spreekt van een situatie waarin een industrieel zwaarder dan *fictieve* andere industriëlen wordt getroffen.

> gevolg dat hij onwenselijk vond. De Conseil d'Etat volgde hem daarin. Zelfs al zou het nadeel van voor het bedrijf 'd'une particulière gravité' zijn, dan nog was er geen reden om de nadelen ten gevolge van het verbod te vergoeden, 'en raison de sa généralité'.[76]

Bij de beoordeling van de onevenredigheid van het nadeel dient krachtens deze uitspraak de *généralité* van de door de maatregel ondervonden lasten bepalend te zijn; de *gravité* kan daaraan niet afdoen. Het is niet overdreven te stellen dat deze kwantitatieve interpretatie van de speciale last de potentiële toegevoegde waarde van het égalitébeginsel uitholt. Interpreteert men de speciale last immers zo dat bij maatregelen die grote groepen burgers treffen in beginsel nooit sprake kan zijn van een speciale last ('en raison de sa généralité') dan is aan één van de twee (in beginsel cumulatief geldende) voorwaarden voor de toekenning van nadeelcompensatie per definitie niet voldaan, zodat het verzoek om nadeelcompensatie reeds daarom strandt.

Later is de Conseil d'Etat de speciale last juist gedifferentieerd gaan interpreteren. Een goed voorbeeld is de uitspraak *Sealink*. De Conseil d'Etat stelde dat bij de beoordeling van de spécialité van de last de *specifieke karaktertrekken van de gereguleerde activiteit* van belang zijn. Gekeken moet dus worden naar de bijzondere *feitelijke* situatie van de getroffene: is deze aanleiding tot een bijzondere behandeling van de getroffene binnen de grotere groep getroffenen?

> Toen Franse zeevissers in augustus 1980 alle Franse havens bezetten, leden allerlei bedrijven die voor hun activiteit van de haven afhankelijk waren, schade. De autoriteiten gingen niet over tot het ontruimen van de havens. De Conseil d'Etat meende dat transporteurs van personen en auto's van Groot-Brittanië naar Frankrijk, door de aard van hun activiteit, mede in het licht van het feit dat de schade in de zomer werd toegebracht (de 'caractères spécifiques du transport qu'elles assurent, particulièrement pendant la période éstivale (…)'), binnen die grotere groep havengebruikers een speciaal nadeel ondervonden ('un préjudice dont la spécialité et la gravité ont été suffisantes pour qu'il soit regardé comme excédant les charges que les usagers du port doivent normalement supporter'). Daarentegen was niet speciaal het nadeel van een cargobedrijf dat twee schepen niet kon ontladen; die schepen konden via een omweg naar een andere haven uitwijken.[77]

De last was dus speciaal *omdat* zij zwaarder op de een drukte dan op de (vergelijkbare) ander.[78] Dit verband tussen de *spécialité* en de *gravité*, dat in het *C.A.P.I.A.*-arrest nog werd ontkend, heeft de Conseil later expliciet gelegd:

---

76 CE 24 mei 1967, *Rec.* p. 927 (*C.A.P.I.A.*).
77 CE 22 juni 1984, *Rec.* p. 246, *D.* 1986, p. 29-30 (*Soc. Sealink*).
78 Zo ook Rougevin-Baville 1987, p. 37, Broyelle 2003, p. 119.

> 'Ce préjudice présente un caractère spécial qui ne peut, *en raison de sa gravité*, être regardé comme une charge incombant normalement à celle-ci.'[79]

Deze benadering maakt het mogelijk om telkens te differentiëren door te bezien of zich binnen de grote groep getroffenen enkele bijzonder zwaar getroffen burgers bevinden. In § 7.4.4 sta ik stil bij enkele factoren aan de hand waarvan kan worden bepaald *of* er aanleiding is tot een 'speciale behandeling' voor een onevenredig zwaar getroffen subgroep.

7.4.3 Overige maatregelen met een algemeen karakter

7.4.3.1 Verkeersmaatregelen

De toepassing van de eis van een speciale last bij andere maatregelen met een algemeen karakter, is minder eenvoudig. Te denken valt aan verkeersmaatregelen. In de Franse jurisprudentie kan men denken aan de *Couitéas*-jurisprudentie, waarin het gaat om schade van grote groepen (water)weggebruikers doordat de overheid nalaat op te treden tegen een blokkades door stakende medeburgers. De situaties hebben gemeen dat de schade wordt toegebracht aan een *onbepaalde* groep burgers. Hieruit volgt dat de benadering uit de vorige paragraaf niet altijd bruikbaar is voor de bepaling van de referentiegroep, omdat die benadering geen onderscheid aanbrengt tussen de verschillende *hoedanigheden* van de burgers binnen de groep waarop de maatregel van toepassing is. Dat heeft tot gevolg dat soms ook meer specifieke vergelijkingen worden gemaakt.

De vele nadeelcompensatieuitspraken over verkeersmaatregelen kunnen als voorbeeld dienen. Deze maatregelen worden tot de besluiten van algemene strekking gerekend, omdat zij zich richten tot een onbepaalde groep verkeersdeelnemers.[80] Uit een enkele, oudere uitspraak viel nog af te leiden dat die grote, onbepaalde groep de referentiegroep vormde. Zo overwoog de Kroon in een geval van omrijschade door een tuinbouwbedrijf te Horst, dat dit bedrijf geen onevenredig nadeel leed, omdat het zich niet onderscheidde van de overige circa 800 weggebruikers.[81] In enkele latere uitspraken werd echter voor andere vergelijkingen gekozen. Daarbij speelde waarschijnlijk mee dat zich binnen de grote, getroffen groep, soms een of enkele burgers bevinden die zich reeds vanwege de aard van hun werkzaamheden (hun 'intrinsieke eigenschap') onderscheiden van anderen op wie hetzelfde besluit ook ziet. Het ligt bijvoorbeeld niet voor de hand een restauranthouder die klaagt over een sterk verminderde omzet ten gevolge van een wegafsluiting te vergelijken

79 CE 17 maart 1989, *D.* 1990, p. 295 (*Sodevam*; curs. MT).
80 AGRvS 12 juli 1988, *AB* 1988, 444, m.nt. PvB.
81 KB 22 december 1990 *AB Kort* 90.19818 (verwijzing bij Van Ravels (losbl.), p. F-10-16).

met een accountantskantoor in dezelfde straat, dat in veel mindere mate afhankelijk is van een goede bereikbaarheid. In de afhankelijkheid van een goede bereikbaarheid van de getroffen restauranthouder voor zijn inkomen, onderscheidt deze zich immers van de accountant. De hoedanigheid van de getroffene kan dan ook met zich brengen dat met een meer specifieke (zo veel mogelijk vergelijkbare) referentiegroep moet worden vergeleken dan de groep op wie de maatregel van toepassing is.

> Twee modehuizen stelden door een wegafsluiting problemen te hebben met laden en lossen tijdens de spits. Volgens de Kroon verschilden zij hierin niet van andere winkels die in het centrum of de nabijheid daarvan waren gevestigd.[82]
> Toen een rijschoolhouder stelde omzetschade te lijden door de afsluiting van een brug, oordeelde de Rb Zutphen dat dit nadeel niet onevenredig groot was ten opzichte van het nadeel dat andere (rijschool-)ondernemers zullen hebben ondervonden.[83]
> Eenzelfde benadering vinden we in een uitspraak over het tijdelijk wegvallen van de parkeerruimte in de binnenstad van Leeuwarden, omdat op het parkeerterrein een circus werd gevestigd. Volgens de rechtbank kwam de beweerdelijk onevenredige omzetschade van een in de buurt van het terrein gelegen horloge- en klokkenmakerij niet voor compensatie in aanmerking, onder meer omdat de ondernemer niet aannemelijk had kunnen maken in een bijzondere positie te verkeren ten opzichte van andere ondernemers die ook overlast ondervonden door het tijdelijk wegvallen van het parkeerterrein.[84] In casu werd niet, zoals B&W van Leeuwarden hadden voorgesteld, vergeleken met andere burgers in de binnenstad die ter plekke tijdelijk geen parkeergelegenheid meer hadden.

Deze uitspraken laten zien dat de aard van de schade telkens een belangrijke rol speelt bij het maken van een vergelijking. De vraag waaruit het nadeel bestaat (zoals nadeel door het wegvallen van parkeergelegenheid, omrijschade of schade door niet te kunnen laden en lossen), 'stuurt' de vergelijking met andere burgers in de richting van zoveel mogelijk vergelijkbare anderen die hetzelfde probleem ondervinden. Ook hier leidt dat meestal tot het oordeel dat degene die nadeelcompensatie claimt, zich niet van die anderen onderscheidt.

Bij maatregelen die zich tot een onbepaalde groep richten, kan men soms dus wel met een referentiegroep uit de voeten. Toch laat de rechtspraak inzake verkeersmaatregelen onmiskenbaar zien dat er een voorkeur bestaat de nadeelcompensatieclaim te beoordelen aan de hand van de vraag of de schade boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt. De verklaring daarvoor zou kunnen zijn dat bij maatregelen die schade toebrengen aan een onbepaalde groep burgers een referentiegroep zich vaak niet op een zo natuurlijke wijze

82 KB 26 oktober 1990, *AB* 1991, 437, m.nt. PJS.
83 Rb Zutphen 16 februari 1998, *AB* 1998, 227, m.nt. PvB.
84 Rb Leeuwarden 6 september 2001, LJN AD3917.

aandient als bij de Leffers-achtige gevallen. De grote frequentie waarmee zich geschillen over nadeelcompensatie bij verkeersmaatregelen voordoen, noopt ertoe over een bruikbaarder criterium te beschikken, aan welke eis het 'normaal maatschappelijk risico' kennelijk beter voldoet. Er wordt daarbij nog wel een vergelijking met een referentiegroep gemaakt, maar deze vindt op een abstracter niveau plaats. De vraag is niet meer zozeer of er in concreto anderen zijn die dezelfde schade daadwerkelijk ondervinden, maar of het nadeel aan het leven in het maatschappelijk verkeer 'gewoon' is, omdat ook anderen ermee *kunnen* worden geconfronteerd.[85]

7.4.3.2 Voorbeelden uit de Franse jurisprudentie

De beschikbare voorbeelden van een toepassing van de *spécialité* in de sfeer van schade door *travaux* en *ouvrages publiques* laten zien dat de Conseil d'Etat zich vooral laat leiden door de grootte van de groep getroffenen voor wie deze werken schadelijke gevolgen hebben. Als door de bouw van een stuwdam alle inwoners van een gemeente schade lijden, is van een speciale last bijvoorbeeld geen sprake.[86] Veel zal in dit verband afhangen van de omstandigheden van het geval. In het arrest *Renault* meende de Conseil d'Etat dat de schade die winkeliers ondervonden door een stadsvernieuwingsproject, niet speciaal was, in aanmerking genomen 'la nature du commerce et de la situation du magasin'. In verband met die ongelukkige situering werd in een ander geval – het ging om schade aan omwonenden van een meer die uitzichtschade leden door de bouw van een nieuwe parkeerplaats – *wel* aanvaard dat de last speciaal was.[87]

Een goed voorbeeld uit het Franse recht van een gedifferentieerde benadering is het arrest *S.A. Vergers d'Europe.* Daarin ging het om een bedrijf dat in besmettelijke waren handelde en schade leed door een besluit van de overheid om niet op te treden tegen een wegblokkade. Dit bedrijf werd vergeleken met andere bedrijven die ook in besmettelijke waren handelden, maar niet met alle bedrijven die ook schade leden door dit weigeringsbesluit. Omdat deze invulling van de *spécialité* erop lijkt te duiden dat de Franse rechter rekening houdt met het draagkrachtbeginsel, bespreek ik dit arrest uitvoeriger in § 3.8.9.3.

85 Zie bijv. ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2005, 214, m.nt. CMB en voor andere gevallen Van Ravels 2005a, p. 31.

86 CE 29 oktober 1954, *Rec.* p. 567 (*Prudot*)

87 CE 28 april 1976, *Rec.* p. 221 (*Dme Audibert e.a.*).

7.4.4 Factoren die (g)een ongelijke behandeling vereisen

In het voorgaande zijn de contouren verkend van de juiste referentiegroep bij enkele besluiten van algemene strekking. De vraag op grond van wat voor omstandigheden er aanleiding kan zijn om te kiezen voor een andere behandeling van het individu ten opzichte van de referentiegroep, kwam slechts terloops ter sprake. In deze paragraaf wil ik daarover enkele opmerkingen maken. Ook daarbij komt zowel het Franse als het Nederlandse recht aan de orde.

Alvorens enkele factoren te noemen, moet worden opgemerkt dat de bewijslast van de specialiteit van de last bij de getroffene zelf ligt.[88] Zonder dergelijke bijzondere eigenschappen aan te voeren, zal de specialiteit van de last sowieso niet worden aangenomen.[89] Voert hij echter omstandigheden aan die volgens hem een andere behandeling dan de anderen rechtvaardigt, dan zal het bestuur in het algemeen niet kunnen volstaan met de stelling dat 'allen gelijkelijk getroffen worden' en zelf nader onderzoek moeten doen naar de specificiteit van de positie van de getroffene.[90] Ook wanneer het bestuursorgaan van mening is dat de ondernemer meer dan vergelijkbare andere ondernemers rekening moest houden met een bepaalde maatregel, is het aan het bestuursorgaan om te motiveren waarom dit redelijk zou zijn.[91]

Het is niet mogelijk een limitatieve opsomming te geven van de concrete feiten die grond kunnen zijn voor een ongelijke behandeling – een schadevergoeding dus – ten opzichte van de referentiegroep. In veel gevallen vindt de bijzonderheid van de getroffene haar feitelijke grondslag in de *aard van de activiteit*. Het gegeven dat een onderneming haar bedrijfsvoering heeft geconcentreerd op één bepaalde activiteit kan aanleiding zijn om haar speciaal benadeeld te achten, wanneer juist het feit dat dit onderdeel wordt getroffen tot een bijzonder groot nadeel leidt.

> Naast het *Leffers*-arrest kan ook worden gewezen op de CBB-rechtspraak inzake de toepassing van bestrijdingsmaatregelen op grond van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren. Op grond van art. 91 GWD kan in bijzondere gevallen een tegemoetkoming worden gegeven, waarbij de minister zich laat leiden door het

88 Zie bijv. Rb Den Haag 3 februari 2010, LJN BL6467, Hof Den Haag 13 oktober 2009, LJN BK0912, CBB 14 maart 1986, *AB* 1986, 576, m.nt. JHvK, CBB 31 augustus 2006, LJN AY9307, Rb Rotterdam 16 april 2008, LJN BD7291 en de beslissing van het Hof Den Haag van 25 januari 2007, kenbaar uit de conclusie A-G bij HR 6 maart 2009, LJN BG5051, sub 4.17: niet was gesteld of gebleken '(d)at eisers zich ten opzichte van anderen tot wie het ophogingsverbod zich richtte, onderscheidt'.

89 CE 12 oktober 1988, *D.* 1989, p. 349 (*Cie nationale algérienne de navigation;* geen speciale last in het licht van 'l'ampleur des manifestations déclenchées par les marins pêcheurs dans la plupart des ports français, qui ont affecté (…) l'activité de très nombreuses entreprises'). Zie ook HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 231, m.nt. MS (*Krijco*, sub 3.3 onder (ii)).

90 CBB 17 april 2003, *AB* 2003, 257, m.nt. JHvdV. Vgl. CBB 16 april 2009, LJN BI1934.

91 Rb Dordrecht 11 juli 2008, LJN BG3548.

égalitébeginsel.[92] De vraag of een geval als 'bijzonder' in de zin van art. 91 GWD kan worden aangemerkt, kan men zien als een toepassing van het criterium van een speciale last. De referentiegroep bestaat daarbij uit de groep getroffen veehouders; een speciale last rust op hen die zich vanwege bijzondere omstandigheden van die groep onderscheiden.[93] Zo'n bijzondere positie is onder meer toegekend aan preventief geruimde fokzeugenbedrijven. De ratio daarvan is dat de consequenties van preventieve bestrijdingsmaatregelen voor dit soort bedrijven veel ernstiger zijn dan voor varkensmesterijen. Dit hangt samen met het feit dat boeren na staking van een varkensmesterij op betrekkelijk korte termijn weer een aanvang met hun bedrijf kunnen maken, terwijl het weer opstarten van een fokzeugenbedrijf aanzienlijk meer tijd, inspanningen en financiële middelen kost.[94]
Ook het Franse recht laat voorbeelden zien. Vanaf eind oktober 1979 hielden luchtverkeersleiders wekelijks werkonderbrekingen van een paar uur. De autoriteiten grepen niet in om wanordelijkheden te voorkomen. Mede daardoor moesten veel vluchten worden geannuleerd. Volgens de Conseil werden maatschappijen die zich concentreerden op binnenlandse en chartervluchten in vergelijking met het geheel van gebruikers van vliegvelden of van ondernemingen die afhankelijk zijn van luchttransport, bijzonder geraakt.[95] In het arrest *Soc. Sealink* kenmerkte de activiteit van de transporteurs van personen en auto's zich door veel dagelijkse transportbewegingen en werd de schade bovendien uitgerekend toegebracht in die periode (tachtig dagen per jaar) dat de transporteurs überhaupt actief waren, en dan nog in de voor deze sector belangrijke zomerperiode.[96]

Een factor die ook regelmatig aanleiding is tot de aanvaarding van een speciale last is de *bijzonder ongunstige geografische situatie* van een omwonende of een onderneming.

Zo was de waardedaling van het huis van een omwonende van een kerncentrale wel speciaal – zij was de enige omwonende in een straal van een kilometer rond de centrale[97] – maar die van een omwonende die op ongeveer 50 meter afstand van een autoweg woonde niet; de last die hij had te dragen overschreed niet de grens die elke omwonende van een autoweg in het algemeen belang dient te tolereren.[98] In het geval van een verbod op de jacht op wild toetste de Conseil

92 CBB 5 september 2000, *AB* 2001, 20, m.nt. JHvdV.
93 Zie bijv. CBB 6 november 2007, LJN BB8695: volgens het CBB was er geen sprake van een uitzonderlijk geval in de zin van art. 91 'aangezien de positie van appellant niet verschilt van die van andere rundveehouders die in vergelijkbare omstandigheden verkeren.'
94 CBB 5 september 2000, *AB* 2001, 20, m.nt. JHvdV. Zie verder onder meer CBB 21 augustus 2001, LJN AD2825, CBB 19 februari 2002, LJN AD9879 en CBB 6 juli 2001, LJN AB3078.
95 CE 6 november 1985, *Rec.* p. 312-313 (*Compagnie Touraine Air Transport*).
96 CE 22 juni 1984, *D.* 1986, p. 29 (*Société Sealink*).
97 CE 5 april 1991, *RDP* 1991, p. 1444 (*Epoux Docquet-Chassaing*; 'le préjudice est spécial (…) eu égard (…) au fait que la propriété des requérants est la seule résidence habitée sans un rayon de 1000 m autour de la centrale').
98 CE 6 april 1979, *Rec.* p. 883 (*Dame Rougier*). Zie verder CE 22 februari 1963, *Rec.* p. 113 (*Commune de Gavarnie*), CE 20 maart 1974, *Rec.* p. 1168 (*Epoux Rénault*; geen speciale last bij bakker die beweerde door afbraak van een wijk minder clientèle te hebben, 'compte

> d'Etat louter aan de *anormalité*, volgens een commentator omdat de *spécialité*, gezien de beperking van het verbod tot een bepaald territoir, niet in het geding was.[99] In het arrest *Commune de Gavarnie* ging het om een gemeentelijk besluit om één oever af te sluiten voor voetverkeer, zodat een souvenirhandel in commercieel interessante tijden een zwaar omzetverlies leed. De Conseil overwoog dat de last van Monsieur Benne speciaal was, gelet op de geografische ligging van zijn winkeltje en gelet op de aard van zijn activiteit.[100]

In de Nederlandse rechtspraak vindt men voorbeelden van deze factor vooral in het milieurecht. Indien aan een bedrijf dat is gelegen binnen een grondwaterbeschermingsgebied vanwege die ligging hogere milieueisen worden gesteld dan aan andere, gunstiger gelegen bedrijven, en derhalve hogere investeringskosten moeten worden gemaakt, dan kan dit aanleiding zijn tot het toekennen van een compensatie. Men dient volgens de Afdeling dus niet te strikte criteria te hanteren door de positie van de ongunstig gelegene te vergelijken met andere ongunstig gelegen bedrijven:

> '[Verweerders hadden] naar het oordeel van de Afdeling moeten onderzoeken of de desbetreffende maatregelen en voorzieningen (…) tot kosten leidden die onder meer met het oog op de concurrentiepositie ten opzichte van bedrijven die niet in grondwaterbeschermingsgebieden zijn gelegen, in redelijkheid niet ten laste van appellant dienen te blijven.'[101]

Ook in andere gevallen wordt soms aangenomen dat in de bijzonder nadelige ligging van bepaalde burgers of bedrijven de specialiteit van de last gelegen is.[102]

Uit de jurisprudentie kan men ook enige factoren afleiden die in beginsel *geen* aanleiding geven tot een andere behandeling dan de referentiegroep. Raakt een ondernemer een voordeel kwijt dat voorheen alleen aan hem en niet aan anderen toekwam, dan is dat nog geen reden om diens positie bijzonder te achten. Hoewel deze ondernemer mogelijk ernstiger wordt benadeeld dan

---

tenu de la nature du commerce et de la situation de la magasin').

99 CE 22 februari 2002, *Rec*. 2002, p. 52 (*Michel*), en zie voor de betreffende noot van M. Carius *DA* 2002, p. 27.

100 CE 22 februari 1963, *Rec*. p. 113: 'Le préjudice que l'interdiction a pu causer au Sieur Benne revêt, compte tenu notamment de la nature du commerce de l'intéressé et de la situation de son magasin, le caractère d'un préjudice spécial'.

101 ABRvS 13 januari 1994, *AB* 1994, 559, m.nt. PvB.

102 Pres. Rb Middelburg 21 november 1990, *KG* 1990, 403 (ondernemers aan één kant van de straat werden bijzonder zwaar werden getroffen, omdat de werkzaamheden gefaseerd plaatsvonden en de winkeliers aan die kant uitgerekend tijdens de Sinterklaasperiode veel minder goed konden worden bereikt), ABRvS 9 april 2008, *JB* 2008, 125 (toepassing geluidszone; de Afdeling overwoog: 'Aan de verhoudingsgewijs beperkte groep bewoners van woningen gelegen binnen de geluidszones, is op die wijze een speciale last opgelegd in vergelijking tot de bewoners van woningen die wel binnen de invloedssfeer van de luchthaven Schiphol maar buiten de geluidszones liggen.').

de anderen, plaatste het schadeveroorzakende besluit hem in wezen slechts in een gelijke positie als alle andere ondernemers. Er is niet zozeer sprake van een doorbreking van de gelijkheid, maar van de correctie van een voorheen bestaande *on*gelijkheid.[103]

Van belang kan ook zijn de vraag of de maatregel op zichzelf een begunstigend karakter heeft. Als dat het geval is, maar de begunstigde door omstandigheden minder voordelen toekomen dan de andere begunstigden, dan is dit nog geen omstandigheid die hem in een bijzondere positie plaatst. '[E]en begunstigende maatregel als de onderhavige – de toekenning van een verhoging van de heffingsvrije hoeveelheid melk aan alle melkveehouders – [kan] niet op één lijn worden gesteld met de (plotselinge) invoering van een ingrijpend, een kleine groep van de betrokken ondernemers onevenredig benadelend wettelijk verbod als waarvan sprake was in de zaak Leffers/Staat', aldus de Hoge Raad in het arrest De Waal/Staat.[104]

Een andere behandeling ten opzichte van de referentiegroep is voorts niet geïndiceerd indien de schade het gevolg is van omstandigheden die het gevolg zijn van handelen van de benadeelde zelf of althans van omstandigheden die binnen zijn risicosfeer vallen.

> Toen de verwerker van chemisch afval Van Vlodrop aanvoerde bijzonder getroffen te worden ten opzichte van zijn concurrenten op het moment dat hij op basis van een ministeriële Notitie tot vergaande investeringen overging die naar later bleek vergeefs waren gedaan (het beleid van de minister werd gewijzigd), boekte dit bedrijf in feitelijke instantie aanvankelijk nog succes. De rechtbank Den Haag meende dat Van Vlodrop ten opzichte van de andere verwerkers bijzonder werd getroffen: door de investeringen kreeg het bedrijf te maken met een 'ongunstige kostenstructuur' en leed het concurrentienadeel.[105] In laatste feitelijke instantie kreeg het bedrijf echter ongelijk: de investeringen waren gedaan in de verwachting dat de producenten van chemisch afval aan het nieuwe beleid zouden meewerken. Omdat deze medewerking echter niet zeker was, vloeide de schade volgens het Hof niet voort uit het beweerdelijk door de Staat gewekte vertrouwen, maar uit de eigen ondernemersbeslissing van Van Vlodrop om prematuur – in de fase dat het beleid nog onzeker was – te investeren.[106]

Ook dit arrest kan men plaatsen in het licht van de speciale last: er is geen aanleiding *Van Vlodrop* ten opzichte van zijn concurrenten onevenredig benadeeld te achten als de bijzondere positie voortvloeit uit een omstandigheid die aan de ondernemer zelf moet worden toegerekend. Ook aan de hand van

---

103 Hof Arnhem 24 januari 1995, *NJ* 1996, 242 (*Double Fun*, sub 6.5), Hof Arnhem 4 augustus 2009, *NJF* 2009, 416 (*Moby Dick*, sub 4.14).

104 HR 18 april 1997, *NJ* 1997, 456 (sub 3.7). Vgl. Rb Arnhem 28 april 2000, *JB* 2000, 171 m.nt. FV-dJ en Hof Den Haag 21 juni 2007, kenbaar uit HR 10 juli 2009, LJN BI3452 (*British American Tobacco*), sub 3.9.2.

105 Rb Den Haag 10 december 1997, *JM* 1998, 58, m.nt. RV.

106 Hof Amsterdam 22 mei 2003, *NJ* 2005, 204.

de civiele jurisprudentie na het *Leffers*-arrest kan dat worden geïllustreerd. Mede vanwege de aanwezigheid van voorzienbaarheid, risico-aanvaarding en/of eigen schuld heeft de Hoge Raad in latere arresten een analogie met het *Leffers*-arrest telkens van de hand gewezen.[107] Deze jurisprudentie laat zien dat de vraag of een ongelijke behandeling gerechtvaardigd is, mede afhankelijk is van de in een concreet geval gegeven interpretatie van de abnormale last.[108]

Wat veel van de voornoemde voorbeelden laten zien is dat er een duidelijke relatie is tussen de *anormalité* en de *spécialité*. Veelal is de zwaarte van de last (de *gravité*) het onderliggende criterium aan de hand waarvan wordt vastgesteld dat de last speciaal is.[109] Het is dus vaak zo dat er sprake is van een speciale last *omdat* een last zwaarder op de een drukt dan op de (vergelijkbare) ander.[110] Dit verband tussen de *spécialité* en de *gravité* heeft de Conseil ook zelf, zoals gesteld, benadrukt.[111]

7.4.5 Conclusie

De in deze paragraaf besproken besluiten van algemene strekking laten de meest zuivere toepassingen van de speciale last zien, aangezien de referentiegroep vaak expliciet in de uitspraak tot uitdrukking wordt gebracht. Binnen deze categorie kunnen twee typen situaties worden onderscheiden. Ten eerste de gevallen waarin een *algemeen verbindend voorschrift* schade toebrengt aan

---

107 Vgl. HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 234, m.nt. ARB (*De Dommel*; slechts beperkt nadeel door overstromingen), HR 25 september 1996, *NJ* 1996, 164 (*Logister*; geen onvoorzienbaar nadeel), HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 231, m.nt. MS (geen resterend onevenredig nadeel na verstrijken van overgangstermijn), HR 15 oktober 2004, *JB* 2004, 387, m.nt. GEvM (*Dierenartsen*) (voorzienbaar, geen onverwacht nadeel ten gevolge van Besluit paraveterinairen). Ook het CBB acht analogieën met het Leffers-arrest niet snel aan de orde (CBB 6 januari 2005, LJN AT4502, CBB 4 september 2001, LJN AD3633).

108 Schueler 2002, p. 135, Konijnenbelt 1971, p. 285: een getroffene krijgt geen vergoeding toegekend wanneer zijn positie weliswaar bijzonder is maar zij een gevolg is van het gedrag van de gelaedeerde zelf. Vgl. Delvolvé 1969, p. 166 e.v.

109 Zie ook, zeer expliciet, CE 15 juni 2001, *Rec.* p. 261 (*Verdure*): door de nabijheid van enkele zendmasten nabij zijn huis kon Verdure geen normaal gebruik maken van huishoudelijke apparaten. De Conseil meende dat er sprake was van 'un préjudice spécial consistant dans l'impossibilité presque totale d'utiliser des équipements d'usage courant (…) qu'eu égard à la prolongation pendant plusieurs années de ces troubles excédant les inconvenients normaux de voisinage, ce préjudice doit être regardé, dans les circonstances d'espèce, comme anormal'. Vgl. CAA de Paris 16 juli 1992, *RFDA* 1993, p. 156 e.v. (*Yasmine Aga Khan*), waarin de CAA onder meer stelt dat de schade voorzienbaar was (zij moest weten dat zij een huurcontract sloot met een diplomaat) en vervolgens op basis van een gebrek aan *spécialité* de claim afwijst.

110 Zo ook Rougevin-Baville 1987, p. 37, Broyelle 2003, p. 119.

111 CE 17 maart 1989, *D.* 1990, p. 295 (*Sodevam*).

een omlijnde groep burgers. In deze gevallen heeft het besluit meestal de *strekking* om deze groep te treffen. In deze 'Leffers-achtige' gevallen wordt de referentiegroep in beginsel gevormd door de groep burgers waarop de betreffende maatregel van toepassing is. Deze referentiegroep sluit aan op de stelregel dat de referentiegroep moet worden bepaald aan de hand van de 'intrinsieke eigenschappen' van die groep, die met zich brengt dat voor de afbakening van de relevante referentiegroep moet worden bezien uit hoofde van welke kenmerken een maatregel een bepaalde groep in de maatschappij beoogt te treffen. Voorbeelden van dergelijke kenmerken zijn 'het vervoederen met swill', 'het importeren van dood en levend rundvlees uit het Verenigd Koninkrijk', 'het zijn van landbouwvlieger' of 'het zijn van exploitant van kansspelautomaten'. Indien een regeling beoogt een groep burgers te treffen *omdat* zij een dergelijk kenmerk vertonen, wordt de referentiegroep in beginsel gevormd door de grote groep die dit kenmerk gemeen heeft. Zij zal het nadeel in beginsel moeten dulden; alleen een subgroep binnen die groep, wier last de wetgever niet kan hebben beoogd, kan stellen in vergelijking met de referentiegroep onevenredig te worden getroffen. Deze strenge benadering sluit het beste aan op de ratio van de speciale last, die zich immers in beginsel niet verdraagt met een rechterlijke interventie wanneer de wetgever de benadeling van een omlijnde groep burgers heeft beoogd.

In een tweede groep van gevallen wordt soms voor een meer verfijnde benadering gekozen. In deze gevallen treft een maatregel een *onbepaalde* groep burgers. In dergelijke gevallen is het veelal niet de *strekking*, doch het *feitelijke* gevolg dat een maatregel een groep burgers treft. Het beeld is hier casuïstisch. Zo wordt bij verkeersmaatregelen meestal gesteld dat het nadeel niet bijzonder is, omdat 'een ieder' met de nadelige gevolgen van deze maatregelen te kampen heeft. Soms wordt echter binnen de groep getroffenen gedifferentieerd. Een duidelijk voorbeeld zien we in de casus van de sluiting van een brug waardoor een rijschoolhouder omrijschade leed. Hij werd niet vergeleken met de schade van alle weggebruikers, maar met andere *rijschoolhouders*. De 'aard van de activiteit' fungeerde hier als criterium voor een meer gedifferentieerde benadering. Ook de locatie of de aard van de schade kunnen als zodanig fungeren. Aan de hand van deze criteria wordt de vergelijking met andere burgers 'gestuurd' in de richting van zoveel mogelijk vergelijkbare anderen die hetzelfde probleem ondervinden en wordt aldus bezien of van onevenredig nadeel sprake is.

De beide gevallen hebben in elk geval één ding gemeen: telkens wordt vergeleken met anderen, die *ook*, zij het minder hard, getroffen werden. Men kan dan ook stellen dat een vergelijking met anderen een bruikbaar aanknopingspunt biedt als tegenover de specialiteit van de last de *niet*-specialiteit van de maatregel staat: omdat vergelijkbare anderen ook een last ondervinden, is de maatregel naar zijn aard niet speciaal, maar kan worden bezien of hij dit naar zijn feitelijke gevolgen *wel* is. Het feit dat een overheidshandeling ook voor anderen nadelige gevolgen heeft, is voor de rechter dus een goed

startpunt om te bezien of het individu in vergelijking met andere onevenredig is benadeeld. Deze lijn is zowel uit het Nederlandse als het Franse recht duidelijk af te leiden.

7.5 De referentiegroep bij maatregelen met een individueel karakter

7.5.1 Beschikkingen

Op het eerste gezicht zou men niet verwachten dat de uit de vorige paragraaf gedestilleerde lijn zich ook op beschikkingen laat toepassen. Een beschikking is immers per definitie individueel en concreet van aard. Uit de beschikking zelf volgen meestal geen anderen voor wie deze beschikking ook nadelen tot gevolg heeft. Toch is deze conclusie niet per definitie juist; ook bij beschikkingen expliciteert de Nederlandse rechter soms ten opzichte van welke referentiegroep de last speciaal is. Dat is ook wel verklaarbaar. Beschikkingen worden immers genomen op basis van algemene, voor een ieder geldende regels. Het zou in theorie niet moeten uitmaken of nadeel direct wordt toegebracht door een algemene regel of door middel van een op die algemene regel gebaseerd stelsel van beschikkingen.

> Een ziekenhuis kwam op tegen een zogenaamde tariefbeschikking, waardoor het minder budget kreeg toegewezen. Deze beschikking was gebaseerd op een beleidsregel van de Nederlandse Zorgautoriteit, die op zijn beurt was gebaseerd op een Besluit van de minister van VWS, dat gold voor alle Nederlandse ziekenhuizen. Het ziekenhuis meende dat de korting onder meer in strijd was met het égalité-beginsel. Het CBB wees deze claim af, onder meer wijzend op '(...) het karakter van de maatregelen – generieke budgetverlaging (…)'. Omdat de uit de beschikking volgende korting generiek van aard was en ook andere ziekenhuizen met vergelijkbare beschikkingen te maken kregen, was een schending van de égalité niet aan de orde.[112]
>
> Bij besluit van 26 september 2003 werd de vergunning van een discotheek ingetrokken omdat zich wanordelijkheden hadden voorgedaan. De Afdeling achtte het nadeel niet onevenredig: 'Het risico dat een inrichting wordt gesloten, indien zich daarin wanordelijkheden voordoen en dat een vergunning wordt ingetrokken, omdat niet of niet meer aan de ervoor gestelde eisen wordt voldaan, is verbonden aan de bedrijfsvoering. In zoverre verschilt zijn positie niet van andere ondernemers die ook geconfronteerd kunnen worden met sluiting en intrekking van een vergunning. Dergelijke besluiten zijn juist bedoeld uitsluitend te zijn gericht tegen de exploitant, die verantwoordelijk is voor de gang van zaken in de inrichting.'[113]

112 CBB 29 januari 2009, LJN BH3020. Zie voor andere voorbeelden ABRvS 13 juni 1994, *AB* 1994, 559, m.nt. PvB en Rb Arnhem 28 april 2000, *JB* 2000, 171, m.nt. FV-dJ.

113 ABRvS 24 februari 2010, LJN BL5333.

Deze voorbeelden laat zien dat ook bij beschikkingen een vergelijking met een referentiegroep kan worden gemaakt. Het ligt voor de hand dat deze referentiegroep wordt gevormd door de anderen op wie de algemene regel op basis waarvan de beschikking wordt gegeven, ook van toepassing is. Beide zaken laten overigens wel een andere toepassing van die 'regel' zien. In het eerste geval ging het om een beschikking die niet alleen gericht was tot één ziekenhuis, maar waarmee ook andere ziekenhuizen *daadwerkelijk* werden geconfronteerd. Bij gebreke van bijzondere omstandigheden weigerde het CBB te aanvaarden dat de last speciaal was. In het tweede geval stelt de Afdeling dat de last niet speciaal is omdat anderen ook met een intrekking *kunnen* worden geconfronteerd. Ook op een andere wijze kan men in deze tweede casus beredeneren dat er geen sprake is van een speciale last: voor de ondernemer bij wie wanordelijkheden zijn ontdekt, treedt weer de 'normale' situatie in werking, namelijk die waarin een verbod bestaat op het exploiteren van een discotheek. Die regel is op een ieder van toepassing, dus ook op de ondernemer in kwestie. Van Buuren heeft in dit verband al eens gesteld dat bij een algemene verbodsbepaling waarvan het bestuur in individuele gevallen een ontheffing kan verlenen, niet snel sprake zal zijn van onevenredig nadeel als een ontheffing wordt geweigerd: door de algemene werking van het verbod zal zich niet snel de situatie voordoen dat degene aan wie deze ontheffing, net als aan anderen, wordt geweigerd, onevenredig wordt benadeeld.[114] De uitspraak van de Afdeling laat zien dat deze redenering ook opgaat wanneer een vergunning wordt ingetrokken.

Op een tweede manier kan bij beschikkingen soms een vergelijking met andere burgers worden gemaakt. Soms richt één beschikking zich niet slechts tot één individu, maar tot een omlijnde *groep* personen.[115] In dat geval kan is er geen speciale last indien de getroffene zich in zijn nadeel niet onderscheidt van vergelijkbare anderen ten aanzien van wie dezelfde beschikking ook nadelige gevolgen heeft; eenzelfde benadering dus als in de Leffers-achtige gevallen.

> Krachtens de Beschikking superheffing waren producenten van melk een heffing verschuldigd aan een koper voor zover de hoeveelheid melk die de producent meer had geproduceerd dan was vastgelegd in art. 5 van de Beschikking. Eén melkboer kwam tegen de afwijzing van zijn aanvraag om hem een heffingvrije hoeveelheid melk toe te kennen, in het geweer, stellend dat deze afwijzing niet had worden mogen genomen zonder hem een compensatie toe te kennen. Het CBB wees de vordering af, stellend dat door verzoeker geen andere omstandigheden waren aangevoerd, dan die, welke voor een ieder gelijkelijk voortvloeien uit de Beschikking.[116]

114 Van Buuren 1980, p. 193.

115 Vgl. de figuur van de 'bundel beschikkingen': Pres. Rb Utrecht, 31 augustus 1994, *JB* 1994, 255, m.nt. Stroink.

116 CBB 14 maart 1986, *AB* 1986, 576, m.nt. JHvK.

Ook in de sfeer van de schaarse vergunningen kan de vergelijking met anderen een toegevoegde waarde hebben om te bezien of er sprake is van onevenredig nadeel.

> Radio 538 vroeg de Staat uit hoofde van het égalitébeginsel een compensatie, omdat hij door een nieuwe verdeling van de radiovergunningen zijn oude frequentie was kwijtgeraakt. Voorheen had het station een vergunning voor Kavel A1, een gunstige, dure en veel beluisterde radiofrequentie. Na de verdeling kreeg hij een vergunning voor Kavel A2, die vanwege een geringere naamsbekendheid veel minder gunstig was. Het bezwaarschrift tegen de verlening van de nieuwe vergunning op de oude frequentie werd door de minister afgewezen. Voor het CBB vorderde Radio 538 schadevergoeding voor het verlies aan 'goodwill' en de kosten voor de verhuizing naar de andere kavel en de verminderde reclame-inkomsten als gevolg van de onzekerheid of Radio 538 wel een nieuwe vergunning zou krijgen. Het CBB wees de claim af, in de eerste plaats omdat deze kosten voorzienbaar waren geweest, omdat Radio 538 wist dat de frequentieruimte op een zeker moment zou worden herverdeeld. Van een onevenredige benadeling was volgens het CBB ook geen sprake omdat Radio 538 zich net als alle andere zittende commerciële radio-omroepen aan de verdelingsprocedure had moeten onderwerpen teneinde te mogen blijven uitzenden en daarvoor kosten had moeten maken.[117]

In casu was sprake van een nieuw rechtsregime dat voor alle radiostations consequenties had. Nader onderzoek wees uit dat deze consequenties voor Radio 538 niet nadeliger waren dan voor andere stations, die alle op een andere frequentie waren terecht gekomen. De verklaring daarvoor was dat luisteraars trouw bleven aan een station, en niet aan een frequentie. Het verlies aan goodwill was dus maar tijdelijk. De kosten in verband met de verhuizing zouden wel als schade kunnen worden aangemerkt, maar ook in deze schade onderscheidde Radio 538 zich niet van de andere stations. Voor het bepalen van het juiste referentiekader ten aanzien van deze kostenpost knoopte het CBB in casu aan bij de *verdelingsprocedure* en niet bij het besluit tot vergunningverlening. Voor de uitkomst – en dus het juiste referentiekader – maakte dat in casu echter geen verschil, omdat de (nadelige) vergunningen een integraal onderdeel uitmaakten van die procedure. Indien van alle stations *alleen* Radio 538 op een andere frequentie terecht zou zijn gekomen, of alleen dit station, anders dan de andere stations, op een kavel terecht zou zijn gekomen met een lage luisterdichtheid, dan zou Radio 538 mogelijk met meer succes hebben kunnen aanvoeren ten opzichte van die andere stations onevenredig zwaar te zijn getroffen.

Een meer algemene vraag die deze zaak oproept, is of bij verdelingsprocedures waarbij op basis van bepaalde kenmerken van de meedingers (een zgn. 'beauty contest') schaarse rechten worden verdeeld, überhaupt wel sprake kan zijn van een speciale last. Het oogmerk van een dergelijke verdeling is immers

117 CBB 5 december 2007, LJN BB9363.

dat juist aan de hand van bepaalde kenmerken onderscheidingen worden aangebracht, die gevolgen hebben voor de verdeling van de schaarse rechten. Het is mijns inziens met de aard van een dergelijke procedure moeilijk te verenigen dat zij die geen schaars recht toebedeeld krijgen, wel een compensatie zouden kunnen claimen.[118]

7.5.2 Voorbeelden uit de Franse jurisprudentie

De beantwoording van de vraag of een last speciaal is, levert in de visie van de meeste Franse schrijvers de minste problemen op als een overheidshandeling slechts een enkeling treft. Schade die slechts één persoon of enkelen treft is simpelweg speciaal.[119] Ook de Franse rechter doet op dat punt niet moeilijk.

> Toen een bouwvergunning moest worden gewijzigd in verband met een archeologische vondst ondervond onroerendgoedondernemer 'Villa Jacob' daardoor schade. Volgens de Conseil d'Etat had deze schade (die alleen hij ondervond) 'un caractère anormal et spécial et a rompu, à son détriment, l'égalité devant les charges publiques'.[120]
>
> Twee bedrijven leden schade door het niet-optreden van de politie tegen een staking. Deze situatie duurde meer dan achttien dagen, voor de Conseil d'Etat voldoende om aan te nemen dat de bedrijven een 'préjudice anormal et spécial' ondervonden.[121]
>
> Lavaud was apotheker in de buurt van een aantal woontorens met sociale huurwoningen. Naar aanleiding van hevige onrusten in die buurt besloot de gemeente eerst twee en daarna nog eens acht van de woontorens te sluiten. Het klantenbestand van Lavaud daalde dramatisch. Volgens de Conseil was sprake van 'un préjudice, spécial à M. Lavaud', die bovendien zo zwaar was dat hij op grond van de égalité voor compensatie in aanmerking kwam.[122]

---

118 Vgl. § 4.5.3.3.

119 Zie bijv. Seners 2003, p. 40 ('Est spécial le préjudice affectant un petit nombre de victims. C'est certainement le cas lorsqu'une seule personne est atteinte (…)'), Richer 1988, p. 18 ('Il va de soi qu'il est plus facile de franchir l'obstacle de la spécialité lorsque celui-ci est causé par un acte légal à caractère individuel.'), Davignon 1976, p. 79 ('Aucune difficulté ne se pose, bien entendu, lorsqu'une seule personne subit un dommage.'), Vedel & Delvolvé 1992, p. 627.

120 CE 20 januari 1989, *Rec.* p. 23 (*Villa Jacob*).

121 CE 6 mei 1991, *Rec.* p. 172 (*Soc. Automobiles Citroën*).

122 CE 31 maart 1995, *Rec.* p. 155 (*Lavaud*). Zie voor andere voorbeelden CE 20 maart 1974, *Rec.* p. 200 (*Navarra*; weigering op te treden tegen illegaal gebouwd barakkenkamp als oorzaak speciale en abnormale last), CAA de Lyon 16 maart 2000, *Rec.* p. 1233 (*Epoux Raymond*; overlast voor omwonende door nabijheid van publieke danszaal als oorzaak speciale last) en CE 10 maart 1997, *D.* 1998, p. 85 (*Lormont*; verminderde groei van chrysanten i.v.m. wegverlichting als oorzaak van speciale last van een bloementeler).

Delvolvé heeft bij deze invulling van de eis van de speciale last vraagtekens geplaatst. Uit het relatieve karakter van dit criterium volgt volgens hem dat ook bij individuele maatregelen moet worden bezien in hoeverre het individu *in vergelijking met anderen* bijzonder wordt getroffen.[123] Leidraad is daarbij volgens hem de vraag welke vergelijkbare anderen ook door een individuele maatregel zouden kunnen worden getroffen. De vergelijkbare anderen zijn dan diegenen die ook met het besluit – veelal een beschikking – in kwestie te maken hadden kunnen krijgen; in vergelijking met andere justitiabelen aan wie de nadelige beschikking in kwestie ook had kunnen worden gegeven, wordt hij die de beschikking daadwerkelijk verkrijgt, bijzonder geraakt.[124] Deze verklaring is trouwer aan de égalitédoctrine in de zin dat de getroffene met *vergelijkbare* anderen wordt vergeleken, maar zij heeft geen basis in de jurisprudentie. De referentiegroep bestaat in deze gevallen uit 'de collectiviteit', overigens zonder dat deze wordt geëxpliciteerd.[125]

7.5.3 Paul Krugerbrug-achtige gevallen

Uit het voorgaande blijkt dat een vergelijking met anderen met name plaatsvindt als uit de schadeveroorzakende handeling zelf een 'natuurlijk' referentiekader voortvloeit. Meestal vloeit de schade dan voort uit een algemeen verbindend voorschrift, maar hiervoor is gebleken dat ook bij beschikkingen soms een vergelijking met een referentiegroep plaatsvindt. In veel andere gevallen ontbreekt echter een duidelijke referentiegroep en is het niet zo eenvoudig te bepalen ten opzichte van wie de eenling *onevenredig* wordt getroffen. Een analyse van de Nederlandse jurisprudentie leert dat de rechter vergelijkingen met anderen onder meer vermijdt bij schade door de (rechtmatige) weigering handhavend op te treden,[126] schade door feitelijk handelen[127] schade aan derde-belanghebbenden door de rechtmatige verlening van een vergunning,[128] en andersoortige beschikkingen.[129] Buiten de sfeer van de beschikkingen valt bijvoorbeeld te denken aan de situatie waarin een bestuursorgaan een toezeg-

123 Delvolvé 1969, p. 269: '[L]e critère de la spécialité doit être différentiel et non mathématique. Dès lors, il ne suffit pas de constater qu'une seule personne a subi un dommage pour conclure que le principe d'égalité devant les charges publiques est violé à son détriment; il faut encore qu'elle soit la seule à le supporter parmi les autres personnes placées dans la même situation.'

124 Delvolvé 1969, p. 270.

125 Vgl. Couzinet, *D*. 1993, p. 163: 'Si une seule personne est victime de l'action administrative exercée dans l'intérêt de tous, il y a préjudice car il y a inégalité entre l'avantage procuré aux uns et le dommage causé à un seul'.

126 ABRvS 18 mei 2000, *Gst*. 2000, 7128, 3, m.nt. HH (*Borsele*).

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

128 ARRvS 22 november 1982, *AB* 1984, 154 (*Paul Krugerbrug II*) en ABRvS 10 juli 2000, *Gst*. 2000, 7128, 9.

129 Zie ook de voorbeelden genoemd door Hoitink & Koetser 2007, p. 9.

ging aan een burger doet, maar die toezegging met een beroep op het algemeen belang niet kan nakomen.[130] Men zou kunnen spreken van 'Paul Krugerbrug-achtige' gevallen, waaronder ik die overheidshandelingen versta die slechts aan één burger of enkele burgers in dezelfde mate schade toebrengen, zonder dat op de hiervoor beschreven wijzen sprake is van andere burgers ten aanzien van wie de schadeveroorzakende bevoegdheid ook werd of wordt uitgeoefend, zodat een referentiegroep zich niet 'natuurlijk' aandient. In dergelijke gevallen concentreert de rechter zich in zijn toets in de regel geheel op de vraag of de schade *abnormaal* is.

Ik noem dit de Paul Krugerbrug-achtige gevallen, omdat aan de hand van deze casus goed kan worden geïllustreerd tot welke verwarring het kan leiden als men toch zou proberen een (relevante) vergelijking met anderen te maken. De Paul Krugerbrug-casus wordt in de regel beschouwd als een vroege toepassing van de égalité bij de op zichzelf rechtmatige verlening van een vergunning. Maar ten opzichte van wie werd De Liesbosch nu onevenredig benadeeld? Sommige schrijvers stellen dat het enkele feit dat *alleen* scheepswerf De Liesbosch schade leed, voldoende was om te kunnen stellen dat zij een *speciaal* nadeel ondervond.[131] Anderen hebben toch getracht naar een concretere vergelijking op zoek te gaan, maar zaten daarbij niet op één lijn: volgens Van Buuren kan niet gezegd worden dat 'alle scheepswerven in Nederland' met de schade die De Liesbosch lijdt, geconfronteerd plegen te worden,[132] terwijl Schlössels heeft gesteld dat De Liesbosch werd vergeleken met 'gebruikers van het Merwede-kanaal in het algemeen'.[133]

Deze laatste vergelijkingen komen geen van beide in de uitspraak tot uitdrukking. Dat verbaast ook niet, omdat ze geen van beide verhelderen waarom De Liesbosch een recht op compensatie zou hebben. De hoofdregel volgend dat men moet vergelijken met de groep die intrinsiek door een maatregel wordt getroffen, zou een vergelijking met de scheepswerfbranche alleen geraden zijn wanneer een schadeveroorzakende overheidshandeling de scheepswerfbranche als geheel zou treffen. Aan het verlenen van een vergunning voor de bouw van een vaste brug is echter niet inherent dat scheepswerven daardoor hun omzet zien dalen: dat was alleen voor De Liesbosch zo, omdat zij 'toevallig' aan de Merwede gevestigd was. Weliswaar biedt de

130 Zie bijv. KB 11 januari 1973, *AB* 1974, 173, m.nt. JHvdV; ARRvS 8 juni 1984, *AB* 1985, 188 en Pres. Rb Roermond, 12 april 1996, *JB* 1996, 164, m.nt. RJNS.

131 Zie de noot van Van Wijmen bij ARRvS 12 januari 1982, *AB* 1982, 299 (*Paul Krugerbrug I*): 'Wie, in vergelijking met de gemiddelde ander, sterker wordt getroffen in zijn belang, zou dan met succes vergoeding kunnen claimen – men denke aan het égalitébeginsel. Wie dat is, valt in elk geval in de onderhavige zaak heel duidelijk vast te stellen: alléén de Liesboschwerf ondergaat onduldbaar zware schade door de bouw van de vaste brug (…).' Zie ook Bos 2004, p. 66.

132 Van Buuren 2009, p. 99.

133 Schlössels 2002, p. 184, die later overigens heeft erkend dat de referentiegroep (soms) 'denkbeeldig' is (2007, p. 507).

jurisprudentie wel enige steun voor vergelijkingen met de concurrentie, maar voorwaarde daarvoor lijkt te zijn dat de schade bestaat uit een verstoorde concurrentiepositie.[134] Uit de Paul Krugerbrug-casus volgt echter niet dat de schade bestond uit een achtergestelde positie ten opzichte van de concurrentie. Ook de vergelijking die Schlössels voorstelt lijkt tamelijk willekeurig, want in hoeverre kan van een gemiddelde vracht- of pleziervaarder – immers allen 'gebruikers van het Merwedekanaal in het algemeen' – gezegd worden dat zij in een met De Liesbosch vergelijkbare positie verkeerden? Het verbaast al met al niet dat in de Paul Krugerbrug-uitspraken de referentiegroep niet uit de verf komt. Ook in vergelijkbare andere uitspraken vermijdt de rechter in de regel een vergelijking met burgers of bedrijven die niet bij de besluitvorming betrokken zijn.[135] Vermoedelijk is de gedachte dat een vergelijking met andere, niet-getroffenen niet zoveel zegt over de vraag waarom men onevenredig is getroffenen: vergeleken met de gemiddelde Nederlander is immers al snel sprake van onevenredigheid. Deze onevenredigheid ligt dan niet zozeer in een schending van de gelijkheid, maar in andere omstandigheden, zoals voorzienbaarheid, normaal maatschappelijk risico en omvang van de schade. In de uitspraken waarin een natuurlijke referentiegroep zich niet aandient, concentreert de rechter zich dan ook op die criteria.

Dit soort ruime vergelijkingen is ook om andere redenen problematisch. Niet alleen het bestuur, maar ook een rechter die met een nadeelcompensatieclaim van een burger te maken krijgt, zal zich in de regel beperken tot een toets aan het aan hem voorliggende geval.[136] Door buiten dat kader te treden, begeven zij zich op glad ijs: het bestuur zou inzichtelijk moeten maken hoe in vergelijkbare eerdere gevallen is beschikt, maar het is de vraag in hoeverre dit een bruikbaar aanknopingspunt biedt om over de vraag of in het concrete geval onevenredig nadeel is geleden, een oordeel te geven. Ook in het milieurecht, waar zeer ruime vergelijkingen zelfs door de wetgever waren voorgeschreven om te bezien of er sprake is van 'bovennormale' kosten van milieuvoorzieningen, heeft men met deze vergelijkingen slechte ervaringen opgedaan.

> Krachtens de op de Wet milieubeheer gebaseerde Circulaire schadevergoedingen dient men, om te bezien of een bedrijf onevenredig is benadeeld door bepaalde milieumaatregelen, te bezien of dit bedrijf 'in vergelijking met de concurrentie' een bovennormale last ondervindt. De Circulaire legt aan de vergunninghouder zelf de taak op om relevante concurrenten op te sporen, en stelt verder dat bij het

134 Zie voor jurisprudentie Hoitink (2002), p. 224. Een oud voorbeeld is B&W Rotterdam, *12 april 1983*, *BR* 1983, 854 e.v. (*Hartelkanaal*).

135 Zie voor een schaarse uitzondering Hof Leeuwarden 15 september 2004, LJN AT6858. Zie in dezelfde zaak anders, en m.i. juist Rb Leeuwarden, 21 mei 2003, LJN AF9102.

136 Dat geldt voor de Nederlandse, maar ook voor de opstelling van de Franse rechter in dezen: 'Vooreerst beziet de rechter alleen de omstandigheden van de in het voorliggende geval opgelegd last; hij gaat i.h.a. niet na of er verband kan bestaan met lasten of lusten uit het verleden' (Konijnenbelt 1971, p. 278).

> ontbreken van binnenlandse concurrenten ook met buitenlandse bedrijven kan worden vergeleken, 'mits deze in moderne industrielanden zijn gevestigd'.[137] In een evaluatie van de Circulaire is naar voren gekomen dat deze vergelijkingen – en daarmee de vraag welke schade als 'bovennormaal' kan worden beschouwd – 'een van de grootste moeilijkheden bij de toepassing van de schadevergoedingsregelingen uit de Wm' zijn. Daarbij gaat het niet zozeer om onduidelijkheid van de criteria op zichzelf, maar om vragen van feitelijke aard, zoals de vraag waar de informatie over andere, al dan niet buitenlandse bedrijven gemaakte kosten vandaan moet worden gehaald, en of deze informatie te vertrouwen is.[138]

Ook dit voorbeeld laat zien dat het meest ideale uitgangspunt voor het maken van een vergelijking met anderen nog altijd de situatie is dat één maatregel voor meerdere burgers tot nadelige gevolgen leidt. De conclusie moet dan ook zijn dat een vergelijking met een aanwijsbare referentiegroep lang niet altijd een bruikbare benadering biedt om te beoordelen of een recht op nadeelcompensatie bestaat. Op dit gegeven kom ik in § 7.7 terug in het kader van mijn bespreking van de verhouding tussen de speciale en de abnormale last. Omdat het ontbreken van een zinvolle invulling van de speciale last voor sommige auteurs aanleiding is om te twijfelen aan de geschiktheid van de égalité als zodanig als grondslag voor nadeelcompensatie, kom ik op dit aspect ook terug in mijn bespreking van het zogenaamde 'grondslagendebat' (§ 13.2).

7.5.4 Conclusie

Ook bij maatregelen die een enkeling treffen, wordt soms een vergelijking met een referentiegroep gemaakt. Zo komen we vergelijkingen tegen bij beschikkingen, indien op basis van dezelfde algemene regel gelijktijdig ook anderen met een vergelijkbare beschikking worden geconfronteerd (vgl. de *Radio 538*-casus). Ook indien een beschikking juist een omlijnde, individualiseerbare groep getroffenen treft, wordt soms vergeleken met een concrete referentiegroep. In beide situaties kan de in § 7.4 geformuleerde regel worden herkend dat in beginsel wordt bezien of zich binnen de groep door de beschikkingen getroffenen één of enkele ondernemingen bevinden die onevenredig worden benadeeld. Ook hier wordt dus vergeleken met andere getroffenen. Rechtspraak waarin op basis van een dergelijke toets is aanvaard dat een geadresseerde van een beschikking onevenredig werd benadeeld, heb ik niet gevonden.

Bij andersoortige handelingen die slechts een enkel individu treffen, dat wil zeggen de Paul Krugerbrug-achtige gevallen, kan geen vergelijking met een concrete groep worden gemaakt. Een vergelijking met 'andere niet getroffenen' is als maatstaf om te bepalen of iemand onevenredig wordt getroffen,

137 Circulaire, p. 4.
138 Evaluatiecommissie Wet milieubeheer 2003, p. 17.

nietszeggend. Dit soort vergelijkingen wordt in de jurisprudentie dan ook niet gemaakt. De vraag of het nadeel onevenredig is, komt dan geheel aan op een toets aan de abnormale last. De soms problematische toepassing van de notie dat er sprake moet zijn van een onevenredig last *in vergelijking met andere, vergelijkbare burgers* roept de vraag op hoe de speciale last zich tot de abnormale last verhoudt. Zijn het daadwerkelijk cumulatieve criteria, zoals meestal wordt gesuggereerd? Ik kom daarop terug in § 7.7. Een in dat verband tevens relevante vraag is hoe het criterium zich verhoudt tot gevallen waarin een grote groep in gelijke mate wordt getroffen.

7.6 De speciale last en grote groepen getroffenen

Uit § 7.4 is gebleken dat grote groepen in de regel een vergeefs beroep doen op het égalitébeginsel. Bij wetten die beogen bepaalde groepen in de samenleving aan een bepaald regime te onderwerpen, hangt dit mede samen met de terughoudende opstelling die de rechter in beginsel dient te betrachten. Echter ook indien de schade het neveneffect is van een overheidshandeling met een algemeen karakter (een verkeersmaatregel bijvoorbeeld), is de jurisprudentie in de meeste gevallen streng. In zulke gevallen kunnen in de regel alleen enkele bijzondere gevallen *binnen* de grote groep getroffenen het égalitébeginsel succesvol inroepen. Deze oplossing spreekt niet altijd aan: waarom zou het voor een recht op nadeelcompensatie uitmaken hoe groot de groep precies is?[139] In deze paragraaf wil ik aandacht besteden aan de vraag of deze strenge toepassing van de *spécialité* wel altijd de meest gerede 'oplossing' is: staat het criterium altijd in de weg aan het compenseren van grotere groepen getroffenen?

7.6.1 Frankrijk

Om die vraag te beantwoorden, kan opnieuw bij de rechtspraak van de Franse rechter te rade worden gegaan. Voorop dient te worden gesteld dat de 'regel' dat de referentiegroep in beginsel bestaat uit alle burgers die door een maatregel met een algemeen karakter schade lijden, ook in Frankrijk gemeengoed is. In sommige uitspraken gaat de Conseil d'Etat zelfs uit van een nog strikter referentiekader dan het kader dat volgt uit het toepassingsbereik van de

139 Vgl. A-G Spier, concl. bij HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84, m.nt. PvB (*Harrida*): '[Het is] moeilijk uit te leggen dat een bedrijfsrisico van kleur verschiet (van abnormaal normaal wordt) naarmate het aantal (toevallig) getroffenen groter wordt.'

maatregel.[140] In andere uitspraken heeft de Conseil d'Etat echter, in weerwil van de vuistregel dat het voorwerp van de lasten opleggende maatregel beperkt dient te worden opgevat (§ 7.2), *buiten* dat toepassingsbereik naar vergelijkbare anderen gezocht.

> Een ouder voorbeeld is het arrest *Bovero*. Bovero was eigenaar van een appartement in Grenoble, dat bezet werd door een familie waarvan de vader als militair in Noord-Afrika was gestationeerd. Bovero beschikte over een onherroepelijke rechterlijke beslissing waarin de ontruiming van het appartement werd bevolen. Een wet bepaalde echter dat de families van militairen die in Noord-Afrika waren geplaatst, niet uit huis mochten worden gezet. Volgens de Conseil d'Etat werd Bovero in het bijzonder getroffen. Daartoe vergeleek hij de positie van Bovero niet met die van andere eigenaren die hun huis verhuren aan families van in Afrika geplaatste militairen, maar met de ruimere categorie van eigenaren wier huizen door derden worden bezet.[141]
>
> Het arrest *Delforge* betrof het niet-optreden van de politie tegen een staking van binnenschippers die met een blokkade met hun schepen de toegang tot een aantal sluizen versperden. Aan de Belgische zijde betrof het rond de tweehonderd schepen; aan Franse zijde driehonderd. De conclusie van de C-G ter zijde stellend – deze had gepleit voor afwijzing van de claim bij gebrek aan *spécialité* – stelde de Conseil dat de last door het niet-optreden van de autoriteiten na het verstrijken van een bepaalde termijn, niet beschouwd kon worden als een normaal door gebruikers van waterwegen te dragen last. Omdat de blokkade in dit geval een maand duurde was er volgens de Conseil sprake van 'un préjudice anormal et spécial dont ceux-ci sont fondés à demander la réparation à l'Etat'.[142]
>
> In het arrest *Asope* ging het om de nadelige gevolgen van het besluit om de Franse Unie (een lichaam naar het voorbeeld van het Britse Gemenebest) op te heffen. Met dit besluit was ook geen ruimte meer voor werknemers van de Assemblée van de Franse Unie, en bij een algemene regeling uit 1958 werden zij uit hun functie ontheven. Volgens de Conseil d'Etat was de last van de heer Asope niet speciaal, noch in vergelijking met zijn oud-collega's van de Assemblée van de Franse Unie, noch in vergelijking met andere Franse ambtenaren. Zij allen zijn op elk moment onderworpen aan de mogelijkheid dat hun carrière ingrijpend verandert ten gevolge van wettelijke of reglementaire veranderingen. De referentiegroep bestond in dit geval dus (mede) uit alle Franse ambtenaren.[143]

De Conseil d'Etat neemt onder omstandigheden dus aan dat de positie van hele categorieën burgers speciaal is (in *Bovero* alle verhuurders van woningen aan familie van in Noord-Afrika gestationeerde militairen; in *Delforge* alle gebruikers van een bepaalde waterweg); zelfs de kwantitatief grote omvang van

140 CE 3 december 1948, *Rec*. p. 460 (*Sté aéromaritime de l'Atlantique*): hoewel de wettelijke maatregel landelijk van toepassing was, overwoog de Conseil dat de werkgevers gelijk andere werkgevers in de regio Lyon werden getroffenen.

141 CE 25 januari 1963, *Rec*. p. 53-54 (*Bovero*).

142 CE 27 mei 1977, *Rec*. p. 253 (*Victor Delforge*).

143 CE 7 oktober 1966, *Rec*. p. 523 (*Sieur Asope*); zie ook Broyelle 2003, p. 114.

deze groepen (in beide gevallen ging het om enkele honderden burgers) stond daaraan niet in de weg. Het is waar dat deze soepele invulling van de *spécialité* van wat oudere datum is, zodat men zich kan afvragen of deze jurisprudentie wel kan gelden als een goed voorbeeld van een rekkelijke interpretatie ervan.[144] Niettemin is het interessant om te bezien of er wellicht een juridische verklaring voor deze afwijkende uitspraken kan worden gegeven.

Die 'juridische' verklaring moet vooral worden gezocht in de wil van de rechter om uit billijkheidsoverwegingen niet te strikte eisen te stellen aan de *spécialité*. Verschillende schrijvers benadrukken in dit verband dat de rechter de heer en meester is bij de bepaling van de *spécialité* van het nadeel[145] en dat dit voor hem een instrument is waarmee hij de werking van de égalité kan uitbreiden dan wel beperken.[146] Zo zal in *Delforge* waarschijnlijk hebben meegespeeld dat de rechter het, mede gezien de lange duur van het niet-optreden (langer dan een maand) niet redelijk vond de *spécialité* aan Delforge tegen te werpen. Bij weigeringen op te treden tegen blokkades van havens is de Conseil d'Etat wel vaker soepel.[147] Men kan zich afvragen of er dan nog wel sprake is van een echte speciale last; zo merkte één annotator op dat het aannemen van een speciale schade in de *Delforge*-casus 'meer [diende] om zich te conformeren aan de gebruikelijke regels van de aansprakelijkheid buiten fout om zo een schadevergoeding te kunnen toekennen dan omdat men te maken heeft met een werkelijk speciale last'.[148]

Ook volgens Broyelle moeten vooral billijkheidsmotieven de opstelling van de rechter verklaren; doorslaggevend is *un sentiment de justice*.[149] Haar verklaring, die is toegespitst op schade door wettelijke voorschriften, luidt dat de rechter evenmin als de wetgever zelf nauwkeurig kan bepalen wat de 'normale' gevolgen zijn van een wettelijk voorschrift. Het is onvermijdelijk dat de rechter zelf zich een beeld gaat vormen van wat die 'normale' gevolgen zijn, en zich aan de hand van die standaard de vraag stelt of de toepassing van de wet voor sommigen tot abnormale gevolgen leidt. De vrijheid die de rechter op dit punt heeft – *hij* is het immers die bepaalt wat nog 'normaal' is en wat niet meer –, kan dan ook met zich brengen dat hij zich in sommige gevallen niet op het toepassingsbereik van de wet oriënteert bij het bepalen

144 Godfrin 1993, p. 160 ('Il faut ajouter qu'à partir des années 80 le Conseil d'Etat s'est attaché à faire des distinctions au sein du groupe des personnes lésées pour n'accorder une réparation qu'à certaines catégories considérées comme spécifiques parmi l'ensemble de celles qui subissent le préjuidice.') en in gelijke zin Senkovic 2000, p. 205.

145 Broyelle 2003, p. 115, Sousse 1994, p. 223, Guettier 1996, p. 123.

146 Deguergue 1994, p. 395, p. 390.

147 Zie ook CE 7 december 1979, *Rec*. p. 456 (*Soc*. *Les Fils de Henri Ramel*; de last van dertig (uit een groep van driehonderd) importeurs was speciaal). De lagere rechter was in het *Delforge*-geval nog streng geweest en had de *spécialité* afgewezen: TA de Chalons-sur-Marne 12 november 1974, *Rec*. p. 1168.

148 Moderne & Bon, noot onder CE 12 oktober 1988, *D*. 1989, p. 350 (*Cie nationale algérienne de navigation*).

149 Broyelle 2003, p. 120 e.v.

van de normale gevolgen, maar buiten dat kader treedt en zich simpelweg de vraag stelt waarop hij vindt dat de getroffene aanspraak zou moeten kunnen maken. In het arrest *Asope* stelt hij zich daarom niet de vraag of de last van een werknemer van de Assemblée van de Union speciaal is ten opzichte van andere Assemblée-werknemers, maar gaat hij uit van het feit dat een dergelijke werknemer ambtenaar is van de Franse staat, en stelt hij zich vervolgens de vraag of de last van *deze* ambtenaar bijzonder is ten opzichte van de lasten die normaal gesproken op ambtenaren rusten. Een vergelijkbare redenering volgt de Conseil in *Bovero*: is de last van Bovero, als huiseigenaar, bijzonder ten opzichte van de lasten die huiseigenaren normaal gesproken ondervinden? Ook Delvolvé zoekt de verklaring in die richting door een rekbare interpretatie van het criterium van de 'intrinsieke eigenschappen'. Het verhuren van de woonruimte in het geval van Bovero aan een familie van wie de man in Noord-Afrika gelegerd was, is geen eigenschap die typisch is voor huiseigenaren, maar berust op toeval en is dus een 'extern element'.[150] Het gaat niet aan op basis van een toevallige eigenschap de groep als geheel te beschouwen en de claim dus bij gebrek aan *spécialité* af te wijzen; de *spécialité* zou dan te beperkt worden geïnterpreteerd.

7.6.2 Nederland

Gevallen waarin het égalitébeginsel een plicht tot nadeelcompensatie creëert voor omvangrijke, althans niet nader beperkte groepen getroffenen, vindt men in Nederland vooral in de vorm van nadeelcompensatie*regelingen*. In het bijzonder in de sfeer van grote infrastructurele projecten worden geregeld regelingen in het leven geroepen voor grote groepen (meestal omwonenden). Te denken valt aan de Regeling Nadeelcompensatie Betuweroute,[151] de Nadeelcompensatieverordening HSL-Zuid, A16 en A4[152] of op gemeenteniveau de Verordening Nadeelcompensatie en Planschade Noord-Zuidlijn[153] en de Verordening Schadecompensatieregeling HOV-baan.[154]

Im- of expliciet wordt aan deze regelingen het égalitébeginsel (of, indien de regeling van wat ouder datum is, het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4

150 Delvolvé 1969, p. 268; zie ook Baumgartner 1976, p. 159, die spreekt van 'ein zufälliges äuâeres Kriterium'. Dit zou ook de uitkomst van CE 29 oktober 1976, *Rec.* p. 452 (*Burgat*) kunnen verklaren. In dat geval werd de schade geleden door een verhuurder (Burgat) van een woning aan iemand die 'toevallig' diplomatieke onschendbaarheid genoot, en die hij om die reden niet kon uitzetten. Ook hier was de schade volgens de Conseil d'Etat bijzonder, hoewel zij wel een categorie trof, te weten alle eigenaren die woningen verhuren aan personen met diplomatieke onschendbaarheid. Zie nader Deguergue 1994, p. 395.

151 *Stcrt*. 1 oktober 1996, 189.

152 *Stcrt*. 14 april 1998, 70.

153 *Gemeenteblad* Amsterdam 2000, afd. 3, nr. 89

154 *Gemeenteblad Utrecht* 1998, nr. 17.

lid 2 Awb) ten grondslag gelegd. Het criterium van de speciale last onderhoudt met dit soort regelingen echter een problematische relatie. Geen van de genoemde regelingen bevat een bepaling waarin alleen aan de door deze projecten 'speciaal benadeelden' een recht op nadeelcompensatie wordt gegeven.[155] Dat ligt ook niet voor de hand, aangezien zij beogen voor een ieder die door dit soort projecten een abnormaal nadeel lijdt, een recht op nadeelcompensatie in het leven te roepen. Het opnemen van de 'speciale last' als beperkend criterium zou deze doelstelling kunnen doorkruisen.

Het is de vraag of deze grote groepen wel als een 'beperkte groep' in de zin van de égalité kunnen gelden en of hiermee geen afbreuk wordt gedaan aan het uitgangspunt dat het égalitébeginsel alleen in *echt* uitzonderlijke gevallen een recht op nadeelcompensatie geeft. Het gaat hier immers niet zelden om honderden gevallen die een aanspraak hebben op nadeelcompensatie. In het geval van de Noord-Zuidlijn lijken de opstellers van de nadeelcompensatieverordening er zonder meer van uit te gaan dat het égalitébeginsel het achterliggende principe is dat bij dit project tot nadeelcompensatie dwingt. In de toelichting wordt gesteld dat de reden om schade ten gevolge van de aanleg van de Noord-Zuidlijn te vergoeden is gelegen in het feit 'dat bepaalde lasten die [deze aanleg] met zich brengt, niet onevenredig zwaar op een bepaalde groep burgers mogen rusten'.[156] De referentiegroep wordt daarbij niet geëxpliciteerd. Waarschijnlijk heeft men het oog gehad op een vergelijking met 'de gemiddelde burger' of 'de gemiddelde inwoner van een grote stad'. De keuze voor deze referentiegroepen zou een uitzondering betekenen op de 'hoofdregel' dat het voorwerp van de lasten opleggende maatregel beperkt moet worden geïnterpreteerd.

Ook in de jurisprudentie komt men incidenteel voorbeelden tegen van een wat ruimhartiger benadering dan de strikte benadering die in het voorgaande voorop is gesteld.

> Te wijzen valt op een uitspraak van de Afdeling over de vaststelling van een geluidszone rond Schiphol. Het ging hierin om de vaststelling van geluidszones waarbinnen een geluidsbelasting van meer dan 35 Kosteneenheden (Ke) tot meer dan 65 Ke was toegestaan. De Afdeling oordeelde dat bij het aanwijzingsbesluit de geluidszones rond de luchthaven Schiphol zodanig zijn gelegen dat een zo klein mogelijk aantal woningen daarbinnen ligt. Buiten de geluidszones geldt op grond

155 De speciale last keert evenmin (expliciet) terug in andere regelingen, zoals de oude Regeling Nadeelcompensatie Rijkswaterstaat (*Stcrt*. 1991, 251), de Nadeelcompensatieregeling verleggen kabels en leidingen in en buiten rijkswaterstaatswerken en spoorwegwerken 1999 (art. 7; *Stcrt*. 1999, 97; een vergelijking met andere burgers wordt in de toelichting zelfs als onjuist afgewezen), de Regeling Nadeelcompensatie Nederlandse Spoorwegen en de Gemeenschappelijke regeling Schadeschap Luchthaven Schiphol (*Stcrt*. 1998, 223). Andere regelingen bevatten wel een verwijzing naar de speciale last, zoals in de Circulaire (*Stcrt*. 1997, nr. 246) die dient als leidraad bij de interpretatie van art. 15.20 en 15.21 Wet milieubeheer en art. 4 van de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 (*Stcrt*. 1999, 172).

156 Toelichting bij artikel 2 lid 1.

van het aanwijzingsbesluit en de daarbij behorende kaarten een geluidsnorm van minder dan 35 Kosteneenheden (hierna: Ke), daarbinnen loopt de geluidsnorm richting het luchtvaartterrein op van meer dan 35 Ke tot meer dan 65 Ke. Aan de verhoudingsgewijs beperkte groep bewoners van woningen gelegen binnen de geluidszones, is op die wijze een speciale last opgelegd in vergelijking tot de bewoners van woningen die wel binnen de invloedssfeer van de luchthaven Schiphol maar buiten de geluidszones liggen.'[157] In casu stond vast dat binnen de 35 Ke-zone ongeveer 15.000 woningen lagen.

In Venlo werd beleid gevoerd waarbij coffeeshops zoveel mogelijk naar de periferie van de stad werden verwezen. Dit leidde tot minder overlast in de binnenstad, maar verplaatste de overlast naar de rand van de stad. Bewoners aldaar vroegen om nadeelcompensatie voor de waardedaling van hun huizen. De Afdeling overwoog: 'Voor [wederpartij], die behoort tot een beperkte groep van omwonenden van de coffeeshops, was noch de vestiging ervan in zijn omgeving, noch het daardoor ontstane nadeel in deze omvang redelijkerwijs te verwachten. Dit nadeel valt voor een deel buiten zijn normaal maatschappelijk risico en komt voor dit deel voor vergoeding in aanmerking.'[158]

Deze uitspraken zijn, net als de besproken nadeelcompensatieregelingen, een goed voorbeeld van situaties waarin het volgens Schueler lastig is de speciale last toe te passen, te weten ingrepen die in het algemeen belang nodig worden geacht, maar die niemand in zijn achtertuin wenst.[159] In die gevallen leidt de eerder ten aanzien van wettelijke voorschriften geformuleerde 'regel' dat de referentiegroep samenvalt met het toepassingsbereik van het schadeveroorzakende besluit (of het schadeveroorzakende feitelijke handelen), tot onredelijke resultaten, aangezien de drempel van de abnormale last *wel* genomen is. De schade is het onvermijdelijke gevolg van een handeling die in het algemeen belang noodzakelijk is, maar vaststaat ook dat deze schade niet het door de maatregel *beoogde* effect is: men kan niet stellen dat de benadeling van de omwonenden een aan het algemeen belang ontleend doel van het besluit tot vaststelling van de geluidszone of tot de verlening van een exploitatievergunning voor een coffeeshop is.[160] De Afdeling kiest in beide uitspraken op het eerste gezicht voor een rekkelijke interpretatie van de speciale last. Veelzeggend is dat de Afdeling in de Schiphol-uitspraak expliciet stelt dat op grond van het égalitébeginsel een vergelijking moet worden gemaakt 'van het juridi-

157 ABRvS 9 april 2008, *JB* 2008, 125, m.nt. JT.

158 ABRvS 17 juni 2009, *JB* 2009, 177.

159 Schueler 2002, p. 135. In Schueler 2005a, p. 200 spreekt hij van 'not in my backyard' (nimby)-gevallen.

160 Vgl. Schueler 2005b, p. 176. Mijn stelling dat bij de égalité een doel-middel-relatie dient te bestaan tussen de schade en het algemeen belang lijkt hiermee in strijd, maar is dat niet, aangezien aan die voorwaarde in mijn optiek niet alleen is voldaan wanneer de aard van de benadeelde om ingrijpen vraagt en het offer dus *noodzakelijk* is (de Leffers-gevallen), maar ook wanneer de schade van derden een *onvermijdelijk* gevolg is van de behartiging van het algemeen belang. Tot die laatste gevallen kunnen ook de nimby-gevallen worden gerekend. Vgl. § 5.2.4.

sche regime dat is vastgesteld voor een beperkte groep burgers met het juridische regime dat is vastgesteld voor burgers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden.' Deze omschrijving kan niet in algemene zin leidend zijn om de relevante referentiegroep te bepalen; in de *Leffers*-achtige gevallen is bepalend of *binnen* één juridisch regime enkelen onevenredig zwaar worden getroffen. De formulering van de Afdeling laat (onbedoeld) zien dat die benadering in casu te strikt zou zijn, wat erin resulteert dat het regime voor een bepaalde categorie 'nimby'-gevallen wordt vergeleken met het minder belastende juridische regime dat voor andere omwonenden geldt: een subtiele, maar veelzeggende verschuiving van het gebruikelijke perspectief. Ook uit de uitspraak over de coffeeshop kan niet worden opgemaakt dat de Afdeling de speciale last strikt interpreteert. Het is aannemelijk dat *alle* omwonenden die grote overlast ondervinden, behoren tot de 'beperkte groep' voor wie de schade boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt.

7.6.3 Beoogde en niet-beoogde gevolgen

Zowel uit de Franse als uit de Nederlandse jurisprudentie blijkt onder omstandigheden de behoefte te bestaan om dit criterium enigszins rekkelijk te interpreteren. Er wordt in die gevallen nog wel met 'andere burgers' vergeleken, maar de spécialité wordt dan ofwel zo geïnterpreteerd dat voor verschillende burgers vastgestelde juridische regimes met elkaar worden vergeleken (zoals in de uitspraak van de Afdeling van 9 april 2008) ofwel zo dat men de getroffene vergelijkt met vergelijkbare, maar niet-getroffen andere burgers (zoals in de voorbeelden uit de Franse jurisprudentie).

Vastgesteld kan tevens worden dat de behoefte om dit criterium wat rekkelijker te interpreteren zich vooral doet gevoelen als de schade het onvermijdelijke gevolg is van een overheidshandeling *zonder* dat deze maatregel uitdrukkelijk als oogmerk heeft om de betreffende groep in de maatschappij te raken. Ik meen dat in die gevallen voor een functionele – dat wil zeggen: niet al te strikte – interpretatie van de speciale last kan worden gekozen. Om dit te illustreren, is het nuttig nog eens terug te komen op het *ADARC*-arrest van de Conseil d'Etat.[161] Het ging in dit geval om een wet uit 1976 tot bescherming van bepaalde diersoorten, waaronder de aalscholver. Het arrest is aardig omdat deze wet tot gevolg had dat *twee* groepen burgers schade leden. Ten eerste was er de groep burgers die door de maatregel werd getroffen uit hoofde van het feit dat zij een activiteit uitoefenden die de wet nu juist beoogde te verbieden. In casu ging het daarbij onder meer om jagers en 'opzetters', die hun brood verdienen met het opzetten van dieren. De wet had echter ook tot gevolg dat een groep burgers werd getroffen voor wie de wet

161 CE 30 juli 2003, *Rec.* p. 367 (*Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres* (*ADARC*)). Zie § 4.5.3.5.

slechts als nadelig *neveneffect* had dat zij zwaar getroffen werd, doordat aalscholvers zich te goed deden aan de vispopulaties. Dat waren de landbouwers, viskwekers en anderen wier activiteit de wet geheel niet beoogde te reguleren. De Conseil bracht een nuancering aan op de hoofdregel dat schade door formele wetten in beginsel niet voor compensatie in aanmerking komt. Er zou namelijk *wel* een recht op compensatie bestaan in die gevallen 'autres que celles qui sont de nature à porter atteinte à l'objectif de protection des espèces que le législateur s'était assigné' ('anders dan die gevallen die naar hun aard worden getroffen door het doel van de bescherming van diersoorten dat de wetgever zich heeft gesteld'). Voor de viskwekers en de landbouwers betekende dit dat in beginsel niets in de weg stond aan een eventueel recht op compensatie.

Wat betekent dit nu vanuit het perspectief van de speciale last? Mijns inziens laat het arrest geen andere lezing toe dan dat voor de twee getroffen groepen burgers dit criterium op verschillende wijze wordt ingevuld. Het is gerechtvaardigd om voor de eerste groep de *spécialité* strikt toe te passen door de getroffene te vergelijken met anderen die een vergelijkbare schadelijke activiteit uitoefenen. De rechtvaardiging daarvoor is gelegen in het feit dat het benadelen van deze groep (als geheel) *noodzakelijk* is om het met het overheidshandelen beoogde doel te bereiken. In zulke gevallen wordt de *spécialité* in de regel strikt geïnterpreteerd. Uit de Franse jurisprudentie kunnen worden genoemd de arresten *La Fleurette* en *Caucheteux et Desmonts* (bierproducenten), *Chauce* (huiseigenaren) en *C.A.P.I.A.* (vliegtuigbedrijven); voorbeelden uit de Nederlandse rechtspraak zijn bijvoorbeeld *Leffers* (swillboeren), *Harrida* (vleesimporteurs) en *Landbouwvliegers*. Om die reden zie ik evenmin ruimte voor het égalitébeginsel wanneer een hele beroepsgroep door de wetgever wordt 'opgerold', een discussie die zich heeft voorgedaan rond de nertsenhouderij. Naar mijn mening zou de rechter zijn boekje te buiten gaan wanneer hij, in weerwil van de uitdrukkelijke wil van de wetgever, zou aanvaarden dat de hele groep nertsenhouders in vergelijking met 'andere bedrijven' onevenredig wordt getroffen.[162]

In commentaren op het *ADARC*-arrest hebben sommige auteurs ook voor de tweede groep de strikte invulling van de *spécialité* voorgesteld. De *spécialité* zou zijn gelegen in het feit dat de appellanten uit het arrest *ADARC* alle landbouwers waren in één bepaalde regio, waar de verschijning van aalscholvers een geheel nieuw verschijnsel was.[163] Het is echter de vraag of de Conseil het recht op schadevergoeding tot deze groep heeft willen beperken. Dit onderscheid tussen de beoogde en de directe, maar niet beoogde effecten van de maatregel doet vermoeden dat de exacte grootte van deze groep voor de

162 Mogelijk laat art. 1 EP EVRM hier wel ruimte, omdat de speciale last hier minder invulling heeft gekregen. Toch is de rechterlijke toets aan het eigendomsrecht meestal terughoudend. Zie § 10.7.2.2.

163 Bon 2004, p. 153.

rechter geen belemmering zou moeten vormen om een schadevergoeding toe te kennen. Zou, zo vraagt Guettier zich terecht af, het werkelijk een verschil moeten maken of de aalscholvers schade toebrengen aan zones die traditioneel ook al veel schadelijke overlast van deze dieren ondervonden?[164] De redenering van de Conseil impliceert voor deze landbouwers immers evenzeer dat de wetgever over hun last geen uitspraak heeft willen doen, zodat een strenge invulling van de *spécialité* daaraan weer afbreuk zou kunnen doen.

Er valt het nodige voor te zeggen om voor deze specifieke categorie gevallen – gevallen dus waarin de schade wel abnormaal is, maar volgens de gangbare interpretatie niet speciaal – de nadruk niet zozeer te leggen op de *beperktheid* van de groep getroffenen, als wel op de *identificeerbaarheid* daarvan. Bij deze invulling van de speciale last wordt dan dus een uitzondering aangebracht op de in § 7.4 geponeerde hoofdregel dat het toepassingsbereik van een overheidsmaatregel in beginsel een aanknopingspunt is voor de bepaling van de juiste referentiegroep. Dit is redelijk, omdat er een rechtens relevant verschil bestaat tussen die situaties waarin een wettelijke maatregel een bepaalde groep treft *omdat* deze bepaalde 'intrinsieke eigenschappen' vertoont en het benadelen van deze groep dus *noodzakelijk* is om het met het overheidshandelen beoogde algemeen belang te dienen en de situaties waarin de schade het weliswaar onvermijdelijke, maar niet-beoogde gevolg is van een overheidshandeling in het algemeen belang. Omdat in de eerste situatie het *doel* van de wettelijke maatregel is gelegen in het treffen van bepaalde categorieën burgers, wordt de *spécialité* in die gevallen in de regel strikt geïnterpreteerd. Dat is echter niet per definitie redelijk wanneer de maatregel slechts als (onvermijdelijk) *neveneffect* heeft dat een groep van een zekere omvang wordt getroffen. Een belangrijke reden voor een strikte interpretatie van de *spécialité*, namelijk dat de rechter in beginsel terughoudend zou dienen te zijn zich te mengen in uitdrukkelijke 'keuzes' van de wetgever, verzet zich niet tegen deze interpretatie, omdat de aanleiding tot de benadeling in dit soort gevallen niet zozeer voortvloeit uit een bepaalde intrinsieke eigenschap van deze groep, maar het gevolg is van het toevallige gegeven dat een groep burgers van enige omvang op een plek woont waar het algemeen belang het toebrengen van dit nadeel nu eenmaal met zich brengt. Hoewel juist in dit soort gevallen vaak de wetgever zelf ingrijpt door een regeling te treffen (vgl. de nadeelcompensatieregelingen voor de Betuweroute of de Noord-Zuidlijn) zou de rechter in

164 Guettier 2006, p. 360. Het arrest *ADARC* impliceert m.i. dan ook dat in eerdere gevallen, waarin de claims waren afgewezen van derden die schade ondervonden door bevers, lynxen, roze flamingo's en kraanvogels (zie de verwijzingen bij Guillard, 2003, p. 2529) thans ook een vergoeding zou zijn gegeven. Vóór die interpretatie pleit ook dat de *spécialité* geheel niet aan de orde kwam in een uitspraak van de CAA de Bordeaux, die in het vervolg op de beslissing van de CE de staat op grond van de égalité aansprakelijk hield (26 februari 2004, *AJDA* 2004, p. 1941 (*ADARC*)). De CAA stelde slechts dat 'le préjudice, qui ne concerne que les pisciculteurs exerçant leur activité dans les zones marécageuses à forte prolifération de cormorans, présente, en raison de son importance, un caractère anormal (…).'

de benadeling van een groep van enige omvang geen belemmering moeten zien om de overheid tot compensatie te verplichten als zo'n regeling niet is getroffen.

Het is waar dat de (concrete) vergelijking met andere burgers in deze interpretatie minder op de voorgrond komt te staan. Maar of dat bezwaarlijk is, betwijfel ik. Ook bij schade door beschikkingen wordt in het Franse recht een referentiegroep niet altijd geëxpliciteerd. Bovendien betekent deze nuancering niet per definitie dat men met een vergelijking met andere burgers in dit soort gevallen geheel niet uit de voeten kan. Denkbaar is dat mede aan de hand van een vergelijking met andere burgers wordt bezien welke burgers behoren tot de (identificeerbare) groep die op nadeelcompensatie recht heeft. Zo is in de *ADARC*-casus denkbaar dat men de last van de groep getroffen viskwekers vergelijkt met 'normale' vogelschade, dat wil zeggen de schade die dergelijke bedrijven normaal gesproken door vogels ondervinden. Alleen als de last door de aalscholvers (in verband met het wettelijke beschermingsregime) deze normale last overschrijdt, is er aanleiding een schadevergoeding te geven. Door te vergelijken met de 'normale lasten' die vergelijkbare burgers ondervinden, hoeft bovendien niet te worden gevreesd dat deze versoepeling van de interpretatie van de *spécialité* in veel meer gevallen tot overheidsaansprakelijkheid zal leiden. Zo zal bij schade door verkeersmaatregelen – een bekend geval waarin de schade niet het beoogde, maar wel het schadelijke neveneffect is – het gebrek aan een *anormalité* van de last in de meeste gevallen aan een succesvol beroep op het égalitébeginsel in de weg staan.

7.7 De verhouding tot de abnormale last

De stelling dat de speciale last een complex en niet altijd eenvoudig te operationaliseren criterium is, lijkt in het licht van het voorgaande niet overdreven. Uit de omschrijvingen van de égalité in de rechtspraak en literatuur komt naar voren dat de speciale en abnormale last cumulatieve criteria zijn; 'onevenredig nadeel' wordt als regel omschreven als een nadeel dat drukt op een beperkte groep burgers of instellingen *en* dat uitstijgt boven het normaal maatschappelijk of normaal bedrijfsrisico. Deze visie is overigens ook in lijn met de Franse rechtspraak: de Conseil d'Etat spreekt in de regel van een 'préjudice anormal *et* spécial'. Ook als op geheel andere gronden – bijvoorbeeld het ontbreken van causaliteit – van een schending van de égalité geen sprake is, luidt de eindconclusie dat er geen sprake is van *un préjudice anormal et spécial de nature*

à ouvrir droit à indemnité.[165] Een *préjudice anormal et spécial* is voor de Conseil schijnbaar synoniem met een 'vergoedbaar nadeel'.[166]

De Franse jurisprudentie geeft steun voor de stelling dat de criteria inderdaad cumulatief *kunnen* gelden. Zo stelde de Conseil in het arrest *C.A.P.I.A.* dat, zelfs als moest worden aangenomen dat het vliegverbod tot een bijzonder zware schade leidde (een element van de *anormalité*), dit verbod een algemeen karakter had, zodat hoe dan ook geen recht op schadevergoeding bestond.[167] Het omgekeerde komt ook voor: een last kan speciaal zijn, maar op grond van het ontbreken van een *caractère de gravité* toch niet tot een succesvol beroep op het égalitébeginsel leiden.[168] Ook bij de aansprakelijkheid voor wetten en verdragen blijkt de Conseil d'Etat een voorkeur te hebben om primair aan het speciale karakter van de schade te toetsen; niet zelden komt de *anormalité* niet eens ter sprake.[169] Volgens Cormier is de cumulativiteit van beide criteria de hoofdregel, ook al vallen beide criteria soms samen. Zij spreekt van 'deux caractères, certes complémentaires mais distincts'.[170]

Ook in de Nederlandse jurisprudentie kunnen uitspraken worden gevonden waarin duidelijk aan één van beide criteria wordt getoetst. Zo werd in een uitspraak over het Lozingenbesluit open teelt en veehouderij, waardoor landbouwvliegtuigen niet meer binnen een zone van veertien meter vanaf het oppervlaktewater bestrijdingsmiddelen mochten spuiten, de claim afgewezen omdat de last speciaal noch abnormaal was. Niet alleen gold dit besluit voor de hele sector, zodat niet aan een klein gedeelte ervan bijzondere lasten werden opgelegd die anderen bespaard bleven, ook was sinds lang aan de betrokken bedrijven bekend dat het verspuiten van bestrijdingsmiddelen onder grote maatschappelijke druk staat. Al vanaf 1995 was voorzienbaar dat maatregelen

---

165 Zie bijv. CE 20 januari 1989, *Rec*. 1989, p. 926 (*Epoux Vacher-Desvernais*; de waardedaling van een woning moest niet alleen aan de aanwezigheid van een kerncentrale op 800 meter afstand van hun woning worden toegeschreven, maar ook aan de algehele malaise van de onroerendgoedmarkt).

166 Zie bijv. CE 8 april 1994, *Rec*. p. 187, *D*. 1996, p. 50 (*S.A. Etablissements Charbonneux-Brabant*): een bedrijf voerde aan dat het oordeel van de lagere rechter dat er geen sprake zou zijn van een abnormale schade, onjuist was, maar volgens de Conseil kon deze grond niet tot vernietiging van het bestreden arrest leiden, omdat het oordeel over de abnormaliteit ten overvloede was gegeven. De Conseil vervolgde dat de lagere rechter zich bij de ongegrondverklaring van het beroep niet had gebaseerd op de afwezigheid van de spécialité, zodat ook dit verweer moest worden verworpen.

167 CE 25 mei 1967, *Rec*. p. 927 (*C.A.P.I.A.*). Op grond van de loutere afwezigheid van de *spécialité* werd de claim ook verworpen in CE 21 april 1939, *Rec*. p. 255 (*Soc. Nouvelle du Kanguet*).

168 CE 24 januari 1969, *Rec*. p. 41 (*Dame veuve Daloz*; 'que la dame Daloz n'établit pas que le préjudice spécial résultant pour elle (…) ait présenté le caractère de gravité qui (…) pourrait seul lui ouvrir un droit à indemnité à la charge de l'Etat').

169 Vgl. Godfrin 1993, p. 159; zie ook de uitspraak *Vergers*, besproken in § 8.9.3.

170 Cormier 2002, p. 210. Ook Deguergue 1993, p. 393, Delvolvé 1969, p. 275 en Henriot 1960, p. 58 stellen het cumulatieve karakter voorop.

zouden worden genomen ter regulering van het spuiten vanuit luchtvaartuigen.[171] Ook in andere uitspraken worden beide criteria soms cumulatief toegepast.[172]

Bij vergelijking met de Franse jurisprudentie valt wel op dat de Nederlandse rechter een claim veelal liever afwijst omdat niet is voldaan aan de *anormalité* dan omdat er geen sprake is van *spécialité*. Zelfs in uitspraken waarin een vergelijking met een referentiegroep een goed aanknopingspunt biedt om de claim te af te wijzen, blijft het criterium soms ongenoemd.[173] Uitspraken waarin louter op grond van een gebrek aan een speciale last de claim wordt afgewezen, zijn schaars.[174] Naar mijn idee is in de rechtspraak van de Nederlandse rechter op dit punt nog wel wat winst kunnen boeken. Zeker bij besluiten van algemene strekking, maar ook bij maatregelen met een individueel karakter, zou vaker aan de specialiteit van de last kunnen worden getoetst dan thans gebeurt. Een nadrukkelijker toets aan de speciale last langs de hiervoor geschetste lijnen kan het inzicht in de omstandigheden waaronder het égalitébeginsel recht geeft op nadeelcompensatie slechts vergroten en draagt er zo ook aan bij dat burgers hun kansen op een eventueel recht op nadeelcompensatie van tevoren beter kunnen inschatten. De rechtspraak zou op dit punt haar schroom wel mogen laten varen.

Deze aansporing aan de rechters (en bestuursorganen) laat onverlet dat ook moet worden erkend dat er veel situaties zijn waarin men met een vergelijking met anderen niets aankan. Als het enkele feit dat slechts een eenling wordt getroffen al voldoende is om aan te nemen dat men speciaal is benadeeld, dan vervult dit criterium *de facto* geen rol als drempel voor een recht op nadeelcompensatie. Dit gegeven is voor sommige auteurs aanleiding om aan de geschiktheid van het égalitébeginsel als rechtsgrondslag voor nadeelcompensatie te twijfelen. Als één van de twee kerncriteria die het égalitébeginsel stelt geen bruikbaar aanknopingspunt geeft voor het bestaan van een recht op nadeelcompensatie, moet dan niet naar een andere grondslag worden gezocht? In het bijzonder Hoitink heeft om die reden betoogd dat het recht op nadeelcompensatie moet worden gebaseerd op het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb.[175]

In de Franse literatuur valt vergelijkbare kritiek op de *spécialité* waar te nemen. De vraag of de last speciaal is, is volgens Rougevin-Baville één van de factoren die in het kader van de *anormalité* van belang zijn, naast (onder meer) de zwaarte van de last en risicoaanvaarding. Hij ziet de speciale en abnormale last dus niet als nevengeschikte criteria, maar wijst de speciale last

171 Rb Den Haag 20 maart 2002, LJN AE7271.
172 Arr.-Rb Haarlem 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 423 (sub 4.15-4.16), Rb Almelo 7 november 2007, LJN BC2411
173 HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 67, m.nt. TK.
174 Een mooi voorbeeld is Rb Den Haag 3 februari 2010, LJN BL6467.
175 Zie § 13.2.

aan als subcriterium van de abnormale last. Amselek gaat nog verder en stelt dat de *spécialité* niets toevoegt aan dat wat reeds door de *anormalité* wordt uitgedrukt. De *spécialité* staat volgens hem niet in de weg aan het compenseren van het nadeel van grotere, zelfs onbepaalde groepen burgers.[176] Ook Henriot wijst daarop. Naar aanleiding van het arrest *La Fleurette* betoogt hij dat de formele wetgever niet alleen de last van La Fleurette niet had beoogd, maar van *geen enkel* vergelijkbaar bedrijf, hoe groot de groep ook zou zijn. De eis van spécialité is volgens hem een *épiphénomène*, een randverschijnsel.[177] Om die reden menen zij dat de *anormalité* uiteindelijk de grondslag is voor de hele *responsabilité sans faute*.[178]

Wat te denken van deze kritiek? Ik meen, met Cormier, dat de verhouding tussen beide criteria bovenal *complementair* van aard is. Het is vaak zo dat er sprake is van een speciale last *omdat* een last zwaarder op de een drukt dan op de (vergelijkbare) ander.[179] Niet alleen de *Leffers*-casus, maar ook de Franse jurisprudentie laat dat goed zien.[180] Het ligt mijns inziens ook voor de hand dat beide criteria elkaar aanvullen. Het zou immers tot een te grote overheidsaansprakelijkheid leiden als de doorbreking van de gelijkheid voor de publieke lasten reeds zou kunnen zijn gelegen in het enkele feit dat aan een burger schade wordt berokkend door een rechtmatige overheidsdaad.[181] Als de doorbreking van de gelijkheid werkelijk het enige gezichtspunt zou zijn, dan zou de overheid in veel meer gevallen aansprakelijk zijn dan de jurisprudentie laat zien.[182] Door de égalité aan te vullen met de *gravité*, kan de aansprakelijkheid binnen de perken worden gehouden. Deze complementaire werking van beide gezichtspunten kan er echter ook toe leiden dat de overheid juist *wel* aansprakelijk is. In § 7.6 zagen we immers dat ook schade die door grote groepen wordt geleden, soms wel wordt vergoed, namelijk als zij zeer zwaar worden benadeeld. De *gravité* van de last is alsdan het dominante gezichtspunt om de overheid aansprakelijk te houden; het feit dat strikt genomen van een doorbreking van de gelijkheid geen sprake is, staat daar niet aan in de weg.

Het is waar dat de complementaire werking tussen beide criteria in de jurisprudentie vooral naar voren komt in *Leffers*-achtige gevallen. De minder duidelijke zichtbaarheid van de *spécialité* in de *Paul Krugerbrug*-achtige gevallen en de gevallen waarin juist een grote groep als neveneffect van een overheidsmaatregel in het algemeen belang wordt getroffen, is voor mij echter geen aanleiding om afstand te nemen van het égalitébeginsel. Het enkele feit dat een enkeling getroffen wordt, kan soms reeds voldoende zijn om te kunnen

176 Amselek 1974, p. 259.
177 Henriot 1960, p. 68, p. 71.
178 Zie § 4.7.
179 Zo ook Rougevin-Baville 1988, p. 37, Broyelle 2003, p. 119.
180 Zie vooral het arrest *Sodevam*, genoemd in § 7.4.2.3.
181 Er zijn auteurs die daar anders over denken, zoals A.Q.C. Tak. In § 8.2 kom ik op zijn visie terug.
182 Vgl. Amselek 1974, p. 255.

stellen dat hij 'ten opzichte van de collectiviteit' speciaal getroffen wordt. Dat doet aan de cumulativiteit van beide criteria op zichzelf geen afbreuk, zij het dat aan één van beide criteria dan snel zal zijn voldaan. Een reden waarom ik dit toch niet zo bezwaarlijk vind, is dat de vergelijking met anderen niet per definitie geheel buiten beeld verdwijnt. Er zijn veel uitspraken waarin in het kader van de vraag wat nog 'normaal' is, wordt afgemeten aan de last van vergelijkbare, andere burgers.

> Het arrest *Bovero* ging over de eigenaar van een appartement die op grond van een wettelijke regeling zijn huurders (familie van een Franse soldaat die in het kader van de Algerijnse oorlog in Noord-Afrika was gelegerd) niet mocht uitzetten. De Conseil d'Etat meende dat sprake was van 'une charge spéciale, par rapport aux charges normales incombant à l'ensemble des propriétaires de locaux de habitation occupés par des tiers' ('een speciale last, in vergelijking met de lasten die eigenaren van huizen die door derden worden bezet normaal gesproken ondervinden').[183] In het geval van de eigenaar van een villa die op de dichtstbijzijnde punten op 47 tot 59 meter van een autoweg lag, constateerde de Conseil d'Etat dat 'het lawaai van het verkeer, dat werd gedempt door de glooiing van de weg, niet de ongemakken overstijgt die zij, zoals elke omwonende van een autoweg, heeft te dragen.'[184]

In de Nederlandse nadeelcompensatiejurisprudentie zien we soms vergelijkbare overwegingen.

> Een omwonende van de Betuweroute had geluidsoverlast als gevolg van bouwwerkzaamheden, veroorzaakt door het intrillen van damwanden en het heien van betonpalen voor een tunnel. Daardoor zou zijn woning in waarde zijn gedaald. De rechtbank wees het verzoek van de hand: 'Hierbij is in aanmerking genomen dat de aanleg van de Betuweroute in zijn geheel weliswaar een uitzonderlijk project van grote omvang is, maar dat ook elders in het land burgers geconfronteerd kunnen worden met de aanleg van (weliswaar kleinere) infrastructurele werken, waarvan de gevolgen voor de omwonenden, zoals langdurige hinder als gevolg van bouwwerkzaamheden, echter vergelijkbaar kunnen zijn.'[185] Vergelijkbare overwegingen vindt men in de jurisprudentie over schade door verkeersmaatregelen[186] en vervoersverboden.[187]

183 CE 25 januari 1963, *Rec*. p. 53 (*Bovero*).
184 CE 6 april 1979, *Rec*. p. 883 (*Dame Rougier*).
185 Rb Arnhem 19 juni 2003, LJN AG9390, Rb Arnhem 19 juni 2003, *BR* 2004, 55.
186 Het is standaardjurisprudentie dat een verkeersmaatregel een normale maatschappelijke ontwikkeling is, waarmee 'een ieder kan worden geconfronteerd en waarvan de gevolgen in beginsel voor rekening van de daardoor getroffenen mogen worden gelaten', zie bijv. ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2005, 214, m.nt. CMB, ABRvS 29 september 2004, *AB* 2005, 46, m.nt. KJdG, Rb Almelo 7 oktober 2003, *AB* 2004, 16, m.nt. BJS.
187 CBB 25 januari 2005, LJN AS5071: 'Voorts geldt dat de melk die is vernietigd tijdens de stand still periode niet wordt vergoed. Verweerder beschouwt deze schade als een normaal bedrijfsrisico als gevolg van het vervoersverbod dat voor die periode voor heel Nederland van kracht is geweest.'

Wat 'normaal' is, hangt derhalve mede af van hetgeen bedrijven in een bepaalde branche of burgers in het algemeen hebben te aanvaarden. Het subtiele verschil met de meer gebruikelijke interpretatie van de speciale last is dat in deze gevallen de vergelijking niet wordt gemaakt met vergelijkbare anderen die *daadwerkelijk* met dezelfde schade te maken krijgen (zoals in het *Leffers*-arrest), maar met vergelijkbare anderen die met dezelfde schade te maken *kunnen* krijgen. In de toets aan de abnormale last kan derhalve juist wel wat bij een toets aan de speciale last in beginsel niet kan: het zoeken naar vergelijkbare anderen *buiten* het toepassingsbereik van de schadeveroorzakende maatregel. Deze jurisprudentie onderstreept nog eens de sterke inhoudelijke verwantschap tussen beide criteria.

Het kan moeilijk worden ontkend dat er gevallen zijn waarin *ook* in het kader van de toets aan de abnormale last niet wordt vergeleken met anderen.[188] In zo'n geval lijkt er niets te resteren dan een vergelijking op een meer abstract (theoretisch) niveau. Schlössels:

> 'Handelen in het algemeen belang impliceert in ieder geval het gebod van onpartijdigheid en het verbod van vooringenomenheid van het bestuur (vgl. artikel 2:4 Awb). Daarnaast wordt handelen in het algemeen belang in verband gebracht met de idee van de 'verdelende rechtvaardigheid' ('iustitia distributiva'). Het betreft hier de *egalitaire dimensie* van het algemeen belang, welke met zich brengt dat de lasten voor de leden van de publieke rechtsgemeenschap die in het belang van die gemeenschap dienen te worden gedragen, ook *evenwichtig* over alle leden worden verdeeld.'[189]

Aangezien sprake is van een (weloverwogen) offer *in het algemeen belang*, zou men kunnen stellen dat de vraag naar de gelijke verdeling van overheidslasten over de rechtsgemeenschap *per definitie* een rol speelt, zij het op een abstract niveau. Daarmee is vanzelfsprekend geen concreet handvat voor de beoordeling van de onevenredigheid van het nadeel gegeven – die taak is voorbehouden aan de abnormale last, die in het volgende hoofdstuk centraal staat.

7.8 Conclusie

De eis dat de last speciaal moet zijn en dus op een beperkte groep burgers moet rusten om voor compensatie in aanmerking te komen, is een weerbarstig en niet altijd eenvoudig te operationaliseren criterium. Toch vallen uit de rechtspraak en de doctrine wel enkele algemene lijnen te destilleren. Gebleken is dat de rechtvaardiging van het criterium ten eerste moet worden gezocht

188 Hoitink 2002, p. 235, p. 241-242: 'Bij de intrekking of de verplaatsing of sluiting van een bedrijf vormt 'de ingrijpendheid van de maatregelen op zichzelf aanleiding voor de schadevergoeding'.

189 Schlössels 1998a, p. 75.

in praktische overwegingen: de overheid moet keuzes kunnen maken zonder in haar beleid telkens te worden geconfronteerd met schadeacties door de (groepen van burgers) die daardoor worden benadeeld. Ten tweede spelen – hiermee samenhangende – financiële overwegingen een rol: van de overheid kan niet worden verlangd haar portemonnee te trekken telkens wanneer een groep burgers wordt benadeeld. Ook de positie van de rechter dwingt hem tot terughoudendheid: het is niet aan hem om te beslissen over de juiste verdeling van gemeenschapsgelden over de leden van de samenleving.

Uit deze overwegingen kan worden opgemaakt dat het niet de bedoeling is dat de rechter met te brede referentiegroepen vergelijkt. De stelling van veel schrijvers dat de égalité vraagt om een vergelijking van de getroffen burger met andere, niet getroffen burgers, staat met dit uitgangspunt op gespannen voet. Het literatuur- en rechtspraakonderzoek in dit hoofdstuk wijst uit dat eerder het omgekeerde het geval is: een vergelijking dient in beginsel alleen plaats te vinden met andere, *ook* getroffenen. Dat is in lijn met de uit het Franse recht naar voren komende 'vuistregel' dat het voorwerp van de lasten opleggende maatregel beperkt moet worden opgevat. Deze regel brengt voor overheidsmaatregelen met een algemeen karakter in beginsel met zich dat men voor de bepaling van de referentiegroep in beginsel dient te blijven binnen het 'referentiekader' dat volgt uit het toepassingsbereik van de maatregel. De burgers die door de maatregel 'inherente' schade lijden, vormen de referentiegroep, die het overheidshandelen dus zonder compensatie dient te dulden. Dat is niet alleen in lijn met de ratio van het criterium, maar ook met het feit dat de rechter weinig aan kan met een vergelijkend evenredigheidsoordeel dat is gebaseerd op vergelijkingen met de 'gemiddelde ander'.

Deze hoofdregel is het duidelijkst zichtbaar wanneer een besluit van algemene strekking een groep burgers treft. Wanneer een wettelijk voorschrift *beoogt* een nader omlijnde groep te treffen omdat zij bepaalde 'intrinsieke eigenschappen' vertoont die de *aanleiding* vormen om de regel uit te vaardigen, dan dient deze groep de uit de maatregel volgende benadeling in beginsel te aanvaarden; alleen een daarbinnen te onderscheiden subgroep kan het égalitébeginsel succesvol in stelling brengen. Daartoe dient deze subgroep aannemelijk te maken dat zij zich op basis van bepaalde specifieke (feitelijke) eigenschappen van andere burgers onderscheidt, en dient het bestuur vervolgens na te gaan of hierin aanleiding is gelegen deze groep speciaal benadeeld te achten. Het Nederlandse recht onderscheidt zich op dit punt niet van het Franse recht, waar de rechter in de regel evenmin naar 'vergelijkbare anderen' zoekt buiten het kader van de wettelijke maatregel. Hier speelt de overweging een rol dat de rechter slechts beperkte mogelijkheden voor zich ziet weggelegd om een door de wetgever beoogde verdeling van lusten en lasten over de leden van de samenleving te 'corrigeren'. Hij grijpt in waar de enkeling tussen wal en schip belandt, maar gaat er niet toe over de overheid tot compensatie van grote groepen te verplichten.

Lastig is de referentiegroepproblematiek vooral in wat ik de *Paul Kruger-brug*-achtige gevallen heb genoemd: maatregelen met een individueel karakter, zonder dat uit het besluit zelf of het toepasselijke wettelijke kader op 'natuurlijke' wijze een referentiegroep voortvloeit. Met de eerder genoemde vuistregels van het aansluiten op het toepassingsbereik kan men dan niets aanvangen. Het is echter in strijd met de vuistregel van een 'strikte' vergelijking om in zo'n geval met 'de gemiddelde Nederlander' of het 'gemiddelde (vergelijkbare) bedrijf' te vergelijken. In het Franse recht wordt de *spécialité* in zulke gevallen niet 'gedifferentieerd' geïnterpreteerd in die zin dat men ook indien slechts een eenling schade lijdt, op zoek dient te gaan naar anderen ten opzichte van wie de last *relatief* zwaar is, maar 'kwantitatief': omdat de last een eenling treft, is sprake van een last die slechts een 'beperkte groep burgers' treft. De vraag ten opzichte van wie het nadeel onevenredig is, blijft dan impliciet.

In § 7.6 is stilgestaan bij de situaties waarin men toch zijn toevlucht moet zoeken tot een wat rekbare interpretatie van de *spécialité*. De Franse jurisprudentie biedt een aantal voorbeelden van gevallen waarin grote groepen burgers toch konden claimen speciaal te zijn benadeeld. In lijn met het standpunt van de Franse auteurs die stellen dat de rechter uiteindelijk 'heer en meester' is bij de bepaling van de juiste referentiegroep, heeft de Conseil d'Etat het criterium van de speciale last in een aantal (uitzonderlijke) gevallen niet in de weg laten staan aan een verplichting tot compensatie indien van een 'beperkte groep' strikt genomen geen sprake is. Het lijkt erop dat vooral billijkheidsmotieven reden kunnen zijn om de *spécialité* in deze gevallen wat soepeler te interpreteren: het resultaat dat een nadeel op grond van de égalité niet kan worden gecompenseerd indien zij wel abnormaal, maar niet speciaal benadeeld worden, spreekt immers niet zonder meer aan. Soms kiest de rechter daarom voor ruimere referentiegroepen. In Nederland trekken wat dat betreft vooral de *not in my backyard*-gevallen de aandacht. Daarbij gaat het om grote groepen (abnormaal) benadeelden wier nadeel niet het *beoogde* effect is van de in het algemeen belang genomen maatregel, doch slechts het onvermijdelijke, maar niet-beoogde *neveneffect*. Voor die gevallen heb ik, mede op basis van een vergelijking met de jurisprudentie het Franse rechter, gepleit voor een interpretatie van de *spécialité* waarbij de nadruk ligt op de *identificeerbaarheid* van de groep getroffenen, en niet op haar *beperktheid*.

In § 7.7 heb ik tot slot verdedigd dat de verhouding van de speciale last tot de abnormale last het beste als *complementair* kan worden gekenschetst. *Égalité* én *gravité* ('zwaarte') zijn in de praktijk noodzakelijke, sterk met elkaar verweven gezichtspunten. Om vast te kunnen houden aan het uitgangspunt dat het ook gaat om *cumulatieve* criteria, moet men evenwel een concessie doen, door te erkennen dat een last soms reeds speciaal is omdat een enkeling (of een grote groep in gelijke mate) wordt getroffen. Hoewel in die gevallen een relevante vergelijking met anderen meestal niet wordt gemaakt, speelt een vergelijking met anderen soms toch een rol. In verschillende uitspraken wordt

een vergelijking met anderen gemaakt in het kader van de abnormale last en zelfs als dat niet het geval is, kan de vergelijking worden gezocht in wat Schlössels de 'egalitaire dimensie' van het algemeen belang noemt.

8 De abnormale last

8.1 INLEIDING

Het criterium van de *anormalité* fungeert als een tweede belangrijke drempel bij de toepassing van het égalitébeginsel. Elke poging om in meer algemene termen te zeggen wanneer een last abnormaal is, verzandt al snel in tot op grote hoogte vage omschrijvingen. Zo omschrijft de Franse schrijver Blaevoet 'het abnormale' als 'alles wat niet conform de gangbare (in de zin van gemeenschappelijke) gang van zaken is, alles wat van het gebruikelijke afwijkt, alles wat onverwacht is, ongebruikelijk, onvoorzien, uitzonderlijk (…) abnormaal is dat wat van het gewone afwijkt, ofwel in zijn oorzaak, ofwel in zijn verwezenlijking'.[1] Henriot spreekt van 'een schade (…) die voor het slachtoffer resulteert in de onmogelijkheid te genieten van een of meer, of zelfs alle voordelen die zijn verbonden aan een absoluut recht, en die door de lange of zelfs permanente duur of door haar algemene nadelige invloed een vernietiging betekenen van dat recht.'[2] Typerend is ook de opmerking van Jouvin, die stelt dat de *anormalité* niet zozeer wordt vastgesteld aan de hand van de zwaarte van de last, maar *le sentiment de scandale et d'indignation* (een gevoel van diepe verontwaardiging) dat naar voren komt als men kijkt naar de omstandigheden die tot de schade hebben geleid.[3]

De abnormale last is dus een vaag, maar ook een belangrijk criterium. In de gevallen waarin de speciale last geen bruikbare toetsingsmaatstaf oplevert, komt het geheel aan op de vraag of de last 'abnormaal' is. Net als in het vorige hoofdstuk wil ik beginnen met de vraag naar zijn ratio (§ 8.2). Voordat vervolgens kan worden gekeken naar de invulling van het criterium in de rechtspraak, moet eerst een terminologische kwestie worden afgekaart. In de jurisprudentie worden tal van termen gehanteerd: abnormaal, normaal maatschappelijk risico, normaal ondernemersrisico en risicoaanvaarding. Deze woorden betekenen niet hetzelfde. Om het criterium op een heldere wijze te kunnen behandelen en de onderlinge verhouding van deze begrippen helder voor ogen te hebben, volgt in § 8.3 een begripsbepaling.

In de daarop volgende paragrafen sta ik met name stil bij de invulling van de abnormale last in de rechtspraak. In § 8.4 wordt eerst ingegaan op de rol

1 Blaevoet 1946, p. 560.
2 Henriot 1960, p. 71.
3 Conclusie bij CE 7 maart 1958, *RDP* 1958, p. 1094 (*Dejous*).

van de rechter en de intensiteit waarmee hij toetst of een nadeel abnormaal is. Vervolgens wordt ingegaan op de meest relevante gezichtspunten in het kader van het normaal maatschappelijk risico en het normale ondernemersrisico (§ 8.5). In § 8.6 wordt bezien waartoe de toepassing van deze gezichtspunten leidt in enkele gevallen die veel in de jurisprudentie voorkomen: schade door 'normale maatschappelijke ontwikkelingen' (waaronder verkeersmaatregelen), schade die samenhangt met de structuur van de omgeving, schade die samenhangt met de aard van een bepaald bedrijf en schade ten gevolge van hinderlijke overheidsactiviteiten.

Van het normaal maatschappelijk risico kan de risicoaanvaarding worden onderscheiden. Bij deze figuur is vooral de voorzienbaarheid van toekomstige, 'in de lucht hangende' overheidsmaatregelen van belang. Zij is vooral tot bloei gekomen in de planschadejurisprudentie. Aan de hand van een interne rechtsvergelijking met het planschaderecht zal ik in § 8.7 de contouren van deze figuur nader verkennen. Tot slot wordt de vraag naar het 'anderszins verzekerd zijn' van de schade aan de orde gesteld (§ 8.8).

Net als in het vorige hoofdstuk komt ook af en toe het Franse recht ter sprake. De vergelijking is hier minder één-op-één dan in het vorige hoofdstuk. Over sommige onderdelen bestaat minder Franse rechtspraak. Waar Nederland bijvoorbeeld een vrij omvangrijke jurisprudentie kent over schade door bestrijdingsmaatregelen tegen dierziektes, kent Frankrijk een vergelijkbare jurisprudentie in veel mindere mate. Ook de sterke mate waarin de invulling van deze maatstaf afhankelijk is van de omstandigheden van het geval maakt het lastig om op basis van rechtsvergelijkend onderzoek harde conclusies te trekken. Dat neemt niet weg dat ook hier de Franse jurisprudentie bruikbare inzichten biedt, onder meer voor wat betreft de gehanteerde terminologie (§ 8.3) en de vraag of het draagkrachtbeginsel bij nadeelcompensatie een rol mag spelen (§ 8.5.7).

8.2 Ratio van de abnormale last

Dat aan het égalitébeginsel het criterium van de abnormale last is vastgeklonken en dat men derhalve alleen recht op nadeelcompensatie heeft indien en voor zover men een abnormaal nadeel ondervindt, is zowel in de Franse als de Nederlandse jurisprudentie onomstreden. Toch, zo stelt Delvolvé, vloeit deze eis niet dwingend uit het égalitébeginsel voort. Om te bezien of er sprake is van een schending van de égalité, is eerst en vooral belangrijk of de enkeling een last draagt die vergelijkbare anderen niet dragen. In die ongelijke behandeling schuilt volgens hem de kern van de égalité. De vraag of de last een persoon 'abnormaal' – wat in de meeste gevallen wil zeggen: bijzonder hard – treft, is voor de vraag of er sprake is van een schending van de *gelijkheid*, niet relevant. Dat deze voorwaarde niettemin wordt gesteld, heeft volgens hem vooral praktische redenen: de overheid zou bij de rechtmatige uitoefening van

haar bevoegdheden te zeer zou worden gehinderd als *elke* ongelijkheid door middel van een compensatie ongedaan moeten worden gemaakt. De *anormalité* fungeert derhalve als een correctief op een te vergaande aansprakelijkheid.[4] Daarmee is tevens een eerste ratio van de *anormalité* gegeven: net als bij de *spécialité* speelt ook hier mee dat de aansprakelijkheid van de overheid niet uit de hand moet lopen. Burgers en ondernemers dienen de 'normale lasten' van het rechtmatig functioneren van de overheid voor eigen rekening te nemen. Deze 'normale lasten' leiden al vrij snel tot de gedachte dat het nadeel een zekere *omvang* zal moeten hebben om abnormaal te zijn. In de definities die in de Franse literatuur van de *anormalité* zijn gegeven, neemt de *gravité*, de ernst van de schade, dan ook een vaste plaats in. Delvolvé definieert een abnormale last als een last die bijzonder is vanwege 'son importance, sa gravité, son montant élevé'[5]; vrij vertaald vanwege haar gewichtigheid, zwaarte en hoogte. Chapus spreekt van een nadeel 'atteignant un certain degré d'importance'.[6]

Deze omschrijvingen duiden erop dat burgers tot op zekere hoogte de nadelen ten gevolge van rechtmatig overheidshandelen dienen te aanvaarden. Schueler spreekt in dit verband van het 'aanvaardingsprincipe', dat met zich brengt dat een rechtmatig tot stand gekomen besluit geaccepteerd moet worden door burgers, ook al worden zij door dat besluit benadeeld.[7] Het leven in een samenleving met anderen, in het bijzonder in een dichtbevolkt land als Nederland, brengt nu eenmaal voor eenieder onafwendbaar bepaalde nadelen met zich. Wie in een complexe maatschappij samenleeft, moet soms indikken; inherent aan het leven in een gemeenschap samen met anderen is dat men soms het risico loopt te worden geconfronteerd met een bepaalde mate van hinder of nadeel als gevolg van overheidsmaatregelen die worden genomen in het belang van de gehele samenleving.[8] Volgens Jurgens brengt:

> 'leven in elkaars nabijheid (…) mede, dat men met de blijken van elkaars aanwezigheid frequent wordt geconfronteerd. Zou men deze niet verdragen, dan zou leven in nabuurschap onmogelijk zijn. Zo dient al wat aan normaal menselijk leven en wonen inherent is, noodzakelijk zonder meer te worden geduld. Het is een beperking van ieders ongestoord genot van de hem toebehorende ruimte, welke men

4 Delvolvé 1969, p. 275, p. 312.
5 Delvolvé 1969, p. 271.
6 Chapus 2001, p. 1364.
7 Schueler 2002, p. 100. Vgl. De Groot 1982, p. 92, die deze gedachte koppelt aan de sociale functie van eigendom. Deze functie brengt volgens hem niet alleen met zich *dat* men maatregelen duldt die grenzen stellen aan de uitoefening van het eigendomsrecht, maar ook dat de *nadelen* die hierdoor worden geleden, tot op zekere hoogte voor rekening van de burger zelf blijven.
8 Schueler 1999, p. 186 en 2005, p. 201. Vgl. Van den Berk 1991, p. 95 en p. 124, Tjittes 1996, p. 43, De Brauw 1955, p. 149.

over en weer in gelijke mate oplegt en welke moet worden aanvaard teneinde leven in nabuurschap mogelijk te maken.'[9]

Dit gezichtspunt is overigens niet typisch voor het bestuursrecht, maar speelt bijvoorbeeld ook een rol in het burenrecht.[10] Sieburgh stelt zelfs dat het een uitgangspunt is van het algemene civiele schadevergoedingsrecht dat de schade die voortvloeit uit een aspecifieke schadeveroorzakende gedraging voor rekening van de gelaedeerde zelf blijft.[11]

Naast het 'aanvaardingsprincipe' is een verwante rechtvaardiging voor het stellen van de eis van *anormalité* gelegen in de gedachte dat burgers als lid van de gemeenschap ook profiteren van de overheidsdienst. Zo goed als zij de voordelen accepteren, zo moeten zij ook de nadelen daarvan in beginsel aanvaarden. Schreuder-Vlasblom stelt in dit verband dat 'gelet op de voordelen voor ieder van de ordenende, beschermende en (her)verdelende taken van de overheid, het af en toe her en der ondervinden van individueel nadeel daarvan, waaronder aantasting van individuele rechten, tot op nogal grote hoogte een normaal maatschappelijk risico is'.[12] Omdat voordelen in het algemeen niet worden afgeroomd, gaat het niet aan de overheid wel te verplichten om een compensatie te geven voor de nadelen die burgers soms van overheidshandelen ondervinden: 'wie de lusten heeft, draagt ook de lasten.'[13] Ontstaat er echter een wanverhouding tussen lusten en lasten, dan is geen sprake meer van 'normale' en dus te dulden maatschappelijke risico's. Van Ravels noemt dit het belangrijkste gezichtspunt om te bepalen of een nadeel 'abnormaal' is.[14]

Tak is een van de weinige auteurs voor wie voornoemde gezichtspunten niet rechtvaardigen dat een deel van de schade per definitie voor rekening van de getroffene dient te blijven. In zijn optiek betekent het enkele feit dat een burger nadeel ondervindt ten gevolge van overheidshandelen, dat er sprake is van een doorbreking van de gelijkheid in de verdeling van lasten. Daarmee rust op de overheid in beginsel een plicht tot schadevergoeding, *ook* wanneer het gaat om rechtmatig overheidshandelen. De voorzienbaarheid en

9 Jurgens 1975, p. 39-40. Vgl. Polak 1965, p. 89: 'Zolang wij een staat hebben waarin de individuele vrijheid en de vrijheid van onderneming op de voorgrond staan, behoren dergelijke tegenslagen tot het normale ondernemingsrisico en tot het normale risico van de mens in de moderne maatschappij.'

10 Vgl. Rb Arnhem 21 september 2005, LJN AU5467: 'Het behoort in beginsel tot het normale maatschappelijk risico, dat buren activiteiten ontwikkelen, waardoor het uitzicht en de privacy kunnen verminderen.'

11 Sieburgh 2000, p. 16.

12 Schreuder-Vlasblom 2004, p. 81-82.

13 Conclusie A-G Maduro van 20 februari 2008, gev. zaken C-120/06 P en C-121/06 P (*FIAMM*, § 75), Drupsteen 1988, p. 22, Beunke 1969, p. 20-21, De Vos Van Steenwijk 1929, p. 16, p. 27, Van der Gouwe, p. VII-30 (Band II).

14 Van Ravels 2002, p. 413.

het 'maatschappelijk risico' zijn volgens hem systeemvreemde eisen;[15] het normaal maatschappelijk risico zou een civielrechtelijke notie zijn, waarvoor in de publiekrechtelijke theorievorming over bestuurscompensatie geen plaats is.[16] In de visie van Tak is er sprake van een schending van de gelijkheid voor de publieke lasten, indien nadelen 'niet passen in het beeld van de algemene bevoordeling of benadeling als gevolg van het overheidshandelen'. In dat geval 'vindt compensatie plaats van dat nadeel tot het evenwichtspunt; zo mogelijk in natura (…), maar indien het niet anders kan in de vorm van een financiële compensatie.'[17] Het compenseren van nadeel 'tot het evenwichtspunt van de gemeenschap' betekent dus niet dat alleen schade die wordt ondervonden door *abnormale* risico's, moet worden vergoed.

Het verbaast in dit licht niet dat Tak stevige kritiek heeft op de uit de wetgeving bekende redelijkerwijsformule. Daarmee zouden 'fooien' hun intrede hebben gedaan in het publiekrecht. Het voordien geldende systeem van volledige, door de civiele rechter toe te kennen schadevergoeding, geniet zijn voorkeur.[18] Tak verdedigt dit oudere systeem omdat 'hoe gelegitimeerd ook door wet of plan, sprake blijft van inbreuken op eigendommen en andere burgerlijke rechten zonder dat die burger daar zelf om gevraagd heeft'.[19] Van de stelling dat het teruggaan naar dit systeem wel eens tot onbestuurbaarheid zou kunnen leiden, is hij niet onder de indruk.[20] Mijns inziens ziet hij te makkelijk over het hoofd welke nadelen er waren verbonden aan het oudere schadevergoedingssysteem. Het voorbeeld van de Verkeerswet tegen lintbebouwing liet zien dat het uitgangspunt van een volledige schadevergoedingsplicht ertoe leidde dat van maatregelen die in het algemeen belang noodzakelijk waren, werd afgezien.[21] Dit voorbeeld laat zien dat het praktische bezwaar van onbestuurbaarheid van de maatschappij niet uit de lucht gegrepen is. De opkomst van de redelijkerwijsformule, waarin de mogelijkheid werd aanvaard om niet altijd een volledige vergoeding te hoeven geven, kon mede door deze ervaringen worden verklaard. Tak moet van deze wetgeving weinig hebben. Geconfronteerd met het bezwaar van onbestuurbaarheid klinkt zijn beroep op 'legaliteit en rechtvaardigheid' echter niet overtuigend.[22]

De ratio van het normale ondernemersrisico

Aan bedrijven wordt in de regel geen normaal *maatschappelijk* risico tegengeworpen, maar een normaal *bedrijfs-* of *ondernemers*risico. Uitgangspunt is dat elke zelfstandige ondernemer zijn onderneming drijft voor zijn eigen risico

15 Tak 2008, p. 1685.
16 Tak 2003, p. 179.
17 Tak 2008, p. 1675.
18 Tak 2008, p. 1685. Zie over dat voordien geldende regime § 2.4.2.
19 Tak 2008, p. 1707.
20 Barkhuysen, Den Ouden en Schuurmans 2006, p. 125, p. 135-136.
21 § 2.4.2, § 2.6.4.
22 Tak 2006, p. 135-136.

en ook zelf verantwoordelijk is voor zijn beslissingen.[23] Het kan een bedrijf afhankelijk van tal van factoren – denk aan weersgesteldheid, invloed van de seizoenen, ziekte van werknemers, stakingen, normale omzetschommelingen, economische recessie – van tijd tot tijd minder voor de wind gaan. Zulke *ups* en *downs* zijn inherent aan elk commercieel bedrijf, en de ten gevolge hiervan geleden schade kan in beginsel worden geacht tot het normale bedrijfsrisico te behoren.[24] Waar voor zulke 'van buiten' komende factoren reeds geldt dat zij tot het normale ondernemersrisico behoren, geldt zulks *a fortiori* voor nadelen die direct samenhangen met de keuze die de ondernemer zelf heeft gemaakt voor een bepaald type bedrijfsvoering of een bepaalde inrichting van zijn bedrijf (inclusief de keuze voor een bepaalde locatie). 'Uitgangspunt is', zo stelt de rechtbank Den Bosch, 'dat de gevolgen van investeringsbeslissingen in beginsel voor rekening en risico van de ondernemer blijven.'[25] Een en ander illustreert dat het bij het criterium van het normale ondernemersrisico niet gaat om schuld in de zin van verwijtbaarheid, maar om het voor rekening van de ondernemer laten van risico's die nu eenmaal inherent zijn aan elke bedrijfsvoering. Dat een ondernemer zelf geen schuld heeft aan het nadeel dat hem is overkomen, zal hem voor nadelen die tot zijn normale risico behoren, dan ook niet baten.[26]

Het nadeel ten gevolge van een rechtmatige overheidsmaatregel onderscheidt zich in een zeker opzicht niet van de andere nadelen waar een ondernemer mee te maken kan krijgen. Dat verklaart ook waarom het ondernemersrisico als een relevant juridisch gezichtspunt niet alleen terugkeert in het nadeelcompensatierecht, maar ook in andere rechtsgebieden, ook al was de schadeoorzaak niet een rechtmatige overheidsdaad.[27] Het onderscheid tussen schade ten gevolge van rechtmatige overheidsmaatregelen en 'van buitenaf' komende schadeoorzaken is bovendien niet altijd scherp te maken. Van de overheid afkomstige maatregelen vloeien vaak logisch voort uit externe gebeurtenissen, zoals een vervoersverbod in een reactie op de uitbraak van een besmettelijke dierziekte of de intrekking van een milieuvergunning gelet op

23 Vgl. Van Ravels & Van Male 1995, p. 25.

24 Vgl. ABRvS 13 april 2005, LJN AT3757: 'Dat in het jaar 1997/1998 sprake zou zijn geweest van stoomschade en dat in de jaren 1995/1996 en 1996/1997 geen sprake zou zijn geweest van een normale prijsontwikkeling, behoort tot het normale bedrijfsrisico van appellante.' CBB 29 januari 1990, *AB* 1990, 259: 'Daarbij is ook rekening gehouden met het feit dat het nog voorradig hebben van de onderhavige bestrijdingsmiddelen gedeeltelijk, naar ter zitting is gebleken, zijn oorzaak vindt in de tot het ondernemersrisico van verzoeksters behorende weersomstandigheden van het afgelopen jaar, waardoor minder van deze middelen is verkocht dan de verwachting was.'

25 Rb Den Bosch 24 januari 2007, LJN AZ7307. Vgl. ABRvS 3 oktober 2007, LJN BB4680 (sub 2.5.1) en Rb Haarlem 5 september 2007, LJN BB4446 (sub 2.7).

26 Vgl. het standpunt van verweerder in CBB 19 juli 2001, LJN AB3261.

27 Zie bijv. het merkenrecht (HR 11 januari 2008, LJN BB5077) het stakingsrecht (Rb Rotterdam 9 maart 2007, LJN BA1088), het douanerecht (Rb Haarlem 4 december 2006, LJN AZ6319) en het bestuursstrafrecht (Rb Rotterdam 16 januari 2004, *AB* 2004, 83, m.nt. OJ).

voortschrijdende wetenschappelijke inzichten. Een bedrijf zal alert moeten reageren op dergelijke ontwikkelingen en eventuele negatieve repercussies daarvan moeten opvangen door schadebeperkende maatregelen te nemen, zoals het doorberekenen van deze nadelen in de prijs.[28] Ook radicalere maatregelen, zoals het aanpassen van de bedrijfsvoering door op een andere, minder risicovolle wijze van ondernemen over te gaan of het bedrijf zelfs te verplaatsen, kunnen redelijkerwijs van een ondernemer kunnen worden gevergd. Alleen als de maatregel sterk afwijkt van het normale verwachtingspatroon waarop elke ondernemer bedacht dient te zijn, zal een recht op nadeelcompensatie bestaan.

8.3 BEGRIPSBEPALING

Het normaal maatschappelijk risico is een vage norm bij uitstek; volgens sommige auteurs zelfs zo vaag dat het als juridische norm onbruikbaar zou zijn.[29] Het verbaast niet dat dit begrip vatbaar is voor begripsverwarring. Daarom volgt in deze paragraaf een begripsbepaling. Het begrip lijkt op twee manieren te worden opgevat.

8.3.1 Opvatting 1: zuiver abstracte invulling

De eerste opvatting over wat het 'normaal maatschappelijk risico' inhoudt, vinden we onder meer bij De Groot. Hij vereenzelvigt het normaal maatschappelijk risico met de *aard* van het nadeel. Daarbij denkt hij niet zozeer aan een bepaalde vorm van schade (bijvoorbeeld zaak- of inkomensschade), maar aan 'de aan het maatschappelijk leven inherente nadelen'. Zie ik het goed, dan hangt de aard van het nadeel hier sterk samen met de aard van de *schadeoorzaak*. Als voorbeeld noemt hij werkzaamheden aan de openbare weg. Deze maatregel zelf is normaal, zodat de veronderstelling is dat ook de dientengevolge ondervonden nadelen normaal zijn.

Typerend voor deze opvatting is dat bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico geen rekening kan worden gehouden met de wijze waarop een op zichzelf 'normale' maatregel in concreto uitwerkt. De enige relevante vraag om te beoordelen of een schade tot het 'normaal maatschappelijk risico' behoort is of de schade behoort tot een *soort* nadeel waarvan nie-

28 Rb Leeuwarden 17 januari 2006, LJN AV0790: uit raadpleging van een nieuwsbrief had kunnen blijken van het voornemen om een weg af te sluiten, zodat eventuele nadelen hadden kunnen worden verdisconteerd in de vervoerscontracten. Vgl. Rb Assen 19 juli 2000, LJN AB2744: 'Verwacht mag worden dat verzoekster een en ander heeft ingecalculeerd bij de aankoop van onderhavig monumentaal pand, waarvan uitbreiding in het algemeen moeizamer verloopt dan bij een regulier kantoorpand.'

29 Zie § 1.2.2.

mand zal betwisten dat zij gerekend moet worden tot de aan het normale maatschappelijke leven inherente nadelen.[30] Volgens De Groot is dit ook de zwakte van het criterium, aangezien op zichzelf normale, aan het maatschappelijk leven inherente nadelen kunnen leiden tot een *abnormaal* nadeel, bijvoorbeeld wanneer de tijdsduur van wegwerkzaamheden uitgaat boven hetgeen normaal is te achten. Zijn conclusie luidt dat de aard van het nadeel *alleen* niet relevant kan zijn, maar dat 'de omstandigheden van het concrete geval' bepalend zijn.[31]

Ook in meer recente literatuur kan de opvatting dat het normaal maatschappelijk risico zich louter in abstracto laat invullen, worden teruggevonden. Volgens Scheltema & Scheltema laat het criterium alleen een 'alles of niets'-benadering toe: een bepaalde handeling behoort wel of niet tot het normaal maatschappelijk risico, maar niet een beetje. Ook daarin klinkt door dat het criterium weinig ruimte laat voor een genuanceerde toepassing. De Scheltema's menen dat aan deze ongenuanceerde uitwerking kan worden ontkomen door toepassing van art. 6:101 BW (eigen schuld), waarbij bijvoorbeeld het deel van de schade dat niet te voorzien was, voor rekening van de overheid komt.[32] Ook in deze visie is dus de aard van het schadeveroorzakend feit (de 'normaalheid' van de maatregel) bepalend om de daardoor ondervonden nadelen 'normaal' en dus niet compensabel te achten. Andere auteurs nemen een tussenpositie in. Schlössels heeft verdedigd dat men het normaal maatschappelijk risico *kan* invullen zonder daarin de bijzondere omstandigheden van het geval te betrekken. In deze visie gaat het 'om de beantwoording van de vraag welke lasten de burgers, gelet op de complexiteit van de samenleving en de mate van overheidsinterventie, *in abstracto* mogen verwachten.'[33] Echter: '(…) het begrip "normaal maatschappelijk risico" is een nogal ongrijpbare grootheid die moeilijk los van de individuele omstandigheden kan worden ingevuld'.[34] Daarmee zijn we bij de tweede opvatting aanbeland.

8.3.2 Opvatting 2: invulling aan de hand van abstracte en concrete omstandigheden

In een tweede opvatting ziet het normaal maatschappelijk risico zowel op de aard van de schadeoorzaak als op de wijze waarop zij in concreto uitwerkt. De aard van het nadeel en de aard van de schadeoorzaak zijn in deze visie

30 In vergelijkbare zin Van Wijmen, noot bij ABRvS 25 september 1995, *BR* 1996, 747: 'Het NMR is objectief van aard, want gekoppeld aan het schadeveroorzakend feit: ligt het intreden daarvan in de lijn der (maatschappelijke) verwachtingen of niet?'

31 De Groot 1982, p. 24-25.

32 Scheltema & Scheltema 2008, p. 426. Vgl. de toelichting bij de Verordening Schadeschap Luchthaven Schiphol, p. 47.

33 Schlössels, noot bij ABRvS 26 oktober 1995, *JB* 1996, 13, m.nt. RJNS.

34 Schlössels 1998b, p. 1386.

dus niet de enige relevante gezichtspunten; bij deze omstandigheden voegt zich onder meer de omvang van het in concreto geleden nadeel en de onvoorzienbaarheid van het nadeel, mede gelet op de wijze van uitvoering van het rechtmatige handelen of het tijdstip waarop dit handelen plaatsvond. Deze opvatting zien we bijvoorbeeld terug in de toelichting van verschillende nadeelcompensatieregelingen, zoals de (oude) Regeling Nadeelcompensatie Rijkswaterstaat. Daarin wordt gesteld dat het begrip 'normaal maatschappelijk risico' twee te onderscheiden aspecten omvat:

> 'Enerzijds heeft het betrekking op de (beoordeling van de) schadeveroorzakende maatregel, anderzijds ziet het op het resultaat van die maatregel: de aard en de omvang van het daardoor toegebrachte nadeel. Voor zover het normaal maatschappelijk risico ziet op de schade-oorzaak hebben overwegingen dienaangaande vaak de strekking, dat in beginsel elke burger als gevolg van de omstandigheid, dat deze tezamen met anderen op een beperkt grondgebied in een gemeenschap verenigd leeft, een zeker ongerief moet dulden. (…) *Bij de nadere invulling van het begrip normaal maatschappelijk risico spelen in dit verband waarderingen van feiten en omstandigheden van het concrete geval een belangrijke rol*. Factoren die van betekenis kunnen zijn, zijn onder meer de aard van de nadeelveroorzakende maatregel (duur, omvang, wijze waarop, tijdstip waarop); het karakter van de bestaande (ruimtelijke) situatie, het tot dan toe gevoerde overheidsbeleid, enz. (…) Het begrip normaal maatschappelijk risico kan zoals gezegd ook op het *resultaat* van de schadeveroorzakende maatregel zien.'[35]

Ik heb in deze passage zinsdelen gecursiveerd die goed aangeven waarin deze opvatting zich van de vorige interpretatie van het begrip onderscheidt. Niet alleen de aard van de overheidshandeling, maar ook de aard van de schade en de omvang van de in een concreet geval geleden schade zijn factoren die in het kader van een toets aan het 'normaal maatschappelijk risico' kunnen (en moeten) worden meegenomen. Dit is ook de opvatting van Van Ravels.[36] Volgens hem gaat het er uiteindelijk om of de benadeelde aannemelijk kan maken:

> 'dat deze maatregel naar tijd, plaats, ontstaanswijze en begeleidende omstandigheden en/of naar aard, ernst, duur en/of omvang van de daardoor veroorzaakte schade, een dermate uitzonderlijk en ongebruikelijk karakter heeft dat een redelijk denkende en handelende ondernemer een dergelijke gedraging niet van de overheid had behoeven te verwachten.'[37]

---

35 Van Ravels (losbl.), p. A-IV-1-21, A-IV-I-22.

36 Het is geen geheim dat hij voor een belangrijk deel verantwoordelijk is geweest voor de totstandkoming van de Regeling Nadeelcompensatie van Verkeer en Waterstaat (in het kader waarvan hij met Van Male een jurisprudentieonderzoek deed (Van Male & Van Ravels 1995)).

37 Van Ravels 2005a, p. 30.

Ook hieruit komt naar voren dat zowel de aard van de maatregel zelf als de concrete *effecten* van de maatregel van belang zijn om te beoordelen of een nadeelcompensatieplicht bestaat. Had men die effecten niet behoeven te verwachten (en waren deze in zoverre dus onvoorzienbaar) dan zal in beginsel van een boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgend nadeel sprake zijn, zelfs al was het *type* maatregel op zichzelf wél voorzienbaar.

Ook in het Franse recht is deze opvatting gemeengoed. In de meeste gevallen rekent de Franse bestuursrechter de schade tot de inherente risico's die samenhangen met het maatschappelijk leven of het deel uitmaken van een bepaalde bedrijfstak, dat wil zeggen het *aléa normal* ('normaal risico'). De Conseil d'Etat reserveert deze term voor de situatie waarin de schade samenhangt met de aard van de schadeoorzaak en het resultaat is van een situatie waaruit objectief gezien nu eenmaal bepaalde risico's voortvloeien, zoals de deelname aan het internationale handelsverkeer[38] of andersoortige commerciële activiteiten.[39] Van een boven het normaal maatschappelijk risico of het normaal bedrijfsrisico uitstijgend nadeel kan sprake zijn als de maatregel in een concreet geval zeer ingrijpende gevolgen heeft, bijvoorbeeld omdat de maatregel zeer ingrijpend van aard is.[40]

Deze tweede visie op het 'normaal maatschappelijk risico' is ook gemeengoed in de Nederlandse rechtspraak. De Hoge Raad:

> 'De vraag of in een bepaald geval de gevolgen van een overheidshandeling buiten het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico vallen, moet worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Van belang kan hierbij onder meer zijn enerzijds de aard van de overheidshandeling 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.'[41]

---

38 Zie CE Ass., 29 juni 1962, *Rec.* p. 432 (*Société Manufacure du Haut-Rhin* (geen onevenredig nadeel voor handelaren in vuurwapens die schade leden door een in het belang van de nationale veiligheid opgelegd exportverbod)).

39 Zo had de heer Sille, 'en sa qualité de professionel de l'immobilier', niet de risico's kunnen negeren die inherent zijn aan omstreden stedelijke projecten (CE 16 november 1998, *Rec.* p. 418 (*Sille*)) en had een ander bedrijf, waaraan de mogelijkheid werd ontnomen voor de verwezenlijking van een project bepaalde woningen aan te kopen, daarmee een schade geleden die behoorde tot de 'aléas ou de sujétions (…) que doivent normalement supporter les vendeurs et les acquéreurs de terrains situés en zones urbaines' (CE 7 mei 1986, *D.* 1987, p. 117 (*Soc. Etudes Malesherbes*)).

40 CAA de Lyon 8 februari 1993, *AJDA* 1993, p. 706 (*Epoux Bougarel-Tessier e.a.*; een verbod voor vrachtwagens om een bepaalde regio te doorkruisen had ernstige gevolgen voor de omzet van een winkelier; volgens de Conseil was er sprake van 'un préjudice excédant ceux qui peuvent résulter des aléas auxquels toute activité commerciale est, par nature, soumise'). Zie voor andere voorbeelden Deguergue 1994, p. 396.

41 HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*).

Ook volgens de Afdeling moet rekening worden gehouden met 'alle van belang zijnde omstandigheden van het geval', waarvan zij noemt 'de aard van de overheidshandeling en de aard en de omvang van de toegebrachte schade'.[42] Zoals ik eerder heb betoogd, laat de Afdeling mijns inziens terecht de factor van 'het gewicht van het [met de overheidshandeling] gediende belang' achterwege, nu niet is in te zien dat deze factor relevant zou moeten zijn bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico.[43]

De concrete omstandigheden die in deze tweede visie met zich kunnen brengen dat het nadeel boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt, betreffen meestal (flankerende) omstandigheden waaronder een (meestal op zichzelf normale) maatregel in een concreet geval tot stand komt. Van Ravels wijst in dat verband op de factoren tijd, plaats, ontstaanswijze, begeleidende omstandigheden en de ernst, duur en omvang van de schade. Deze factoren beïnvloeden elkaar vanzelfsprekend; een op stel en sprong ingevoerde maatregel zal al snel een omvangrijker schade tot gevolg hebben.

Deze omstandigheden dienen te worden onderscheiden van bijzondere omstandigheden *aan de zijde van de benadeelde* die met zich kunnen brengen dat de schade niet of niet geheel voor vergoeding in aanmerking komt. Twee van zulke omstandigheden kunnen worden gevonden in afdeling 6.1.10 BW: de 'eigen schuld' en de 'voordeelstoerekening'. Een korting op de te vergoeden schade uit hoofde van het feit dat de benadeelde ook voordelen heeft genoten, kan worden gemotiveerd door te wijzen op de voordeelstoerekening als zelfstandige maatstaf, maar niet als een factor die met zich brengt dat de schade in hogere mate tot het normaal maatschappelijk risico behoort.[44] Ook de 'eigen schuld' kan heel wel los van het normaal maatschappelijk risico worden toegepast. Heeft de burger eigen schuld aan het ontstaan van de schade, dan kan dat een factor zijn die met zich brengt dat de schade voor rekening van hemzelf dient te komen.[45] Een verwijzing naar het leerstuk van de 'eigen schuld' volstaat in zo'n geval om de schade niet te hoeven vergoeden, zonder dat het noodzakelijk is om eveneens het 'normaal maatschappelijk risico' in stelling te brengen. Eigen schuld is derhalve een zelfstandige maatstaf, die uitdrukking geeft aan de burger toe te rekenen verwijtbaar handelen, maar die niet zozeer ziet op de aard van de schadeveroorzakende maatregel of haar

42 ABRvS 18 maart 2009, LJN BH6353.

43 § 5.2.2.

44 Zie bijv. Rb Dordrecht 11 juli 2008, LJN BG3548 (waarin een percentage van 25% van het schadebedrag was afgetrokken, 20% wegens normaal ondernemersrisico en 5% wegens voordeelstoerekening) en Hof Den Haag 7 juli 2005, *O&A* 2005, p. 176 (*Dina Cornelia B.V.*, waarin het Hof ook het 'normaal ondernemersrisico' onderscheidde van ondervonden voordelen).

45 Vgl. ABRvS 13 november 2002, LJN AF0262, een handhavingsgeschil waarin de Afdeling overwoog dat niet viel in te zien 'dat de redelijkheid gebiedt dat burgemeester en wethouders appellant dienen te compenseren voor de omstandigheid dat er een einde komt aan een illegale situatie in het ontstaan waarvan hij zelf de hand heeft gehad'.

wijze van totstandkoming. Deze nuancering is ook van belang in het licht van de verhouding van het normaal maatschappelijk risico tot de *risicoaanvaarding*, een leerstuk dat kan worden gezien als een bijzondere vorm van eigen schuld.[46] In § 8.7.2 zal ik ingaan op enkele verschillen tussen het normaal maatschappelijk risico en risicoaanvaarding.

8.3.3 Eigen opvatting: de abnormale last als koepelbegrip

De term 'normaal maatschappelijk risico' blijkt dus op in elk geval twee manieren te kunnen worden geïnterpreteerd. Enerzijds als term die iets zegt over de aard van het nadeel, waarbij het samenvalt met 'de aan het maatschappelijk leven inherente nadelen'. Deze abstracte invulling van het normaal maatschappelijk risico blijkt in de tweede betekenis echter slechts één relevant gezichtspunt, dat relevant is naast de wijze waarop de maatregel in een concreet geval is geëffectueerd en de (omvang van de) gevolgen die dit heeft gehad. Bij deze laatste toets is de uitkomst niet per definitie 'alles of niets': toepassing van het 'normaal maatschappelijk risico' kan ertoe leiden dat een nadeel geheel voor rekening van de getroffene wordt gelaten, maar kan ook betekenen dat een deel van de schade voor rekening van de getroffene wordt gelaten, maar voor het overige wordt vergoed.

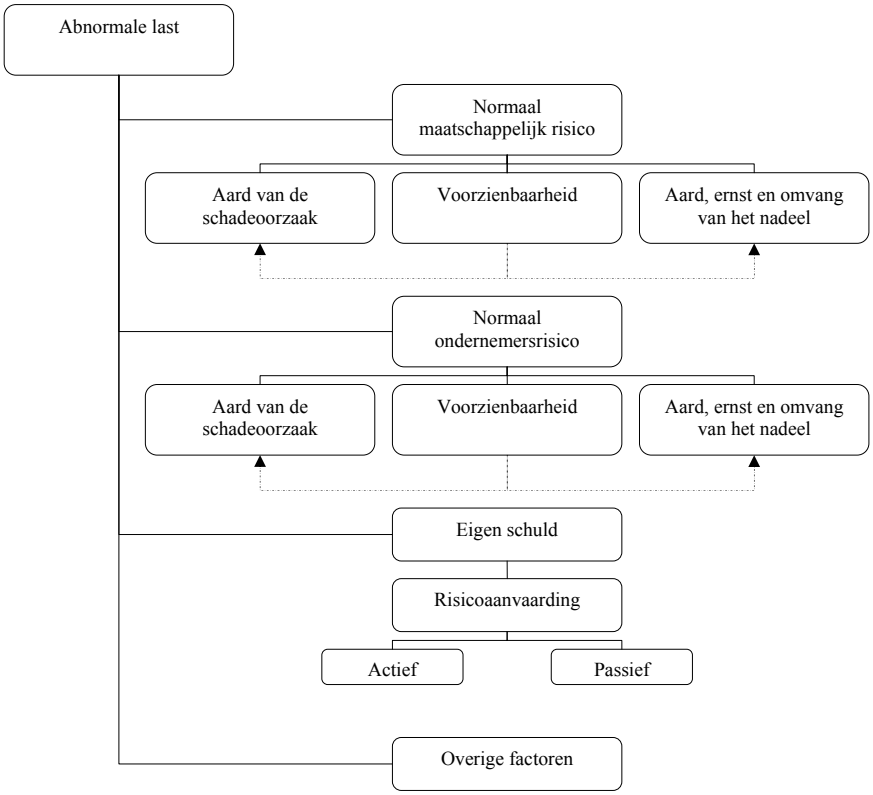
Ik onderschrijf de tweede opvatting over de invulling van het normaal maatschappelijk risico en neem deze als uitgangspunt voor het vervolg van dit hoofdstuk. In mijn visie moet het 'normaal maatschappelijk risico' echter *niet* worden geïnterpreteerd als overkoepelend criterium, waarbinnen *alle* factoren die met zich kunnen brengen dat een bepaald nadeel niet voor rekening van de getroffene dient te blijven, kunnen worden verdisconteerd. Het criterium is in de praktijk van groot belang om te bepalen of een nadeelcompensatieplicht bestaat, maar kan niet alle gevallen waarin wordt geoordeeld dat zo'n plicht niet bestaat, verklaren.

Deze laatste nuancering is geen gemeengoed. Het 'normaal maatschappelijk risico' wordt in de standaardomschrijvingen van het égalitébeginsel uit de jurisprudentie immers samen met de speciale last gezien als het hoofdelement van het 'onevenredig nadeel'.[47] Wanneer men het begrip 'onevenredig nadeel' ziet als een synoniem voor een op grond van de égalité *vergoedbaar* nadeel, hetgeen mijns inziens voor de hand ligt, dan is een logisch gevolg van de in § 8.3.2 besproken opvatting van het 'normaal maatschappelijk risico' dat een verwijzing naar deze notie *alleen* niet altijd kan volstaan om schade niet te

46 Vgl. Schueler 2005a, p. 205.

47 ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229, m.nt. PvB (*Van Vlodrop*), waarin wordt gesproken van 'onevenredige – buiten het maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade'. In gelijke zin: HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412, m.nt. ThGD (*Staat/Lavrijsen*).

hoeven vergoeden. Ik betoogde immers dat ook voordeelstoerekening, eigen schuld en risicoaanvaarding zelfstandige, van het normaal maatschappelijk risico te onderscheiden gezichtspunten zijn. Daarom heeft het mijn voorkeur om aan te sluiten op de Franse terminologie, waarbij men, zodra het gaat om het koepelbegrip, spreekt van de *anormalité* of een *préjudice anormal* – van een 'abnormale last' derhalve. Met andere woorden: de *abnormaliteit* van het nadeel is, samen met zijn *specialiteit*, synoniem met een 'vergoedbaar nadeel'. Schematisch ziet een en ander er in mijn optiek als volgt uit:



In dit schema is het normaal maatschappelijk risico dus niet synoniem met een 'abnormale last'. Beoogd wordt daarmee om scherper in beeld te brengen wat de onderlinge verhouding is tussen de verschillende maatstaven op grond waarvan kan worden beoordeeld of een nadeel onevenredig is. Daartoe wordt de abnormale last als overkoepelend criterium gehanteerd, welk begrip synoniem is met een last die de gelaedeerde niet geacht kan worden zelf te dragen. Het *normaal maatschappelijk risico* en het *normaal ondernemersrisico* zijn van dit

begrip belangrijke *subcriteria*. Het eerste begrip legt meer het accent op de normale, aan het maatschappelijk leven inherente nadelen, terwijl het bij het ondernemersrisico veeleer gaat om de inherente risico's die samenhangen met het ondernemersschap. Om te beoordelen of een schade boven deze normale risico's uitstijgt, zijn in het bijzonder de aard van de schadeoorzaak, de voorzienbaarheid, en de aard, ernst en omvang van het nadeel van belang.

Een gemeenschappelijke factor in deze subcriteria is dat zij uitdrukking geven aan hetgeen de burger in beginsel van een overheid aan nadelen mag *verwachten*. Wanneer een bedrijf een omzetdaling van 2% op jaarbasis ondervindt ten gevolge van rioleringswerkzaamheden, dan kan dat mede worden verklaard door het uitgangspunt dat een dergelijke, relatief geringe daling niet uitzonderlijk is en behoort tot de nadelen waarmee een bedrijf *in abstracto* rekening dient te houden en die niet uitstijgen boven de normale, eens in de zoveel tijd te verwachten nadelen, waarmee elk bedrijf rekening dient te houden. De maatstaf waarin dit 'verwachtingspatroon' nadrukkelijk tot uitdrukking komt, is de voorzienbaarheid. Bij een toets aan de égalité speelt deze voorzienbaarheid vaak een rol, ten positieve (een plotseling, rigoureus swillverbod is voor de gemiddelde varkensboer niet voorzienbaar, daar hoeft hij zich niet op 'in te stellen') of ten negatieve (de al genoemde omzetdaling van 2% is niet zodanig dat een ondernemer zich daarop niet hoeft in te stellen). Ook de factor 'aard van de schadeoorzaak' kan worden gekoppeld aan de voorzienbaarheid: het gaat hierbij immers vaak om maatregelen die niet afwijken van het normale verwachtingspatroon waarop een burger of een ondernemer zich dient in te stellen. Een eventuele onvoorzienbaarheid zal vaak kunnen worden gerelateerd aan een bepaalde *uitvoeringsmodaliteit* en de schade die dat in een concreet geval tot gevolg heeft gehad. Daarbij kan, zoals gesteld, onder meer worden gedacht aan tijd, plaats, ontstaanswijze en andere 'begeleidende omstandigheden'.

Ondanks de centrale rol van de voorzienbaarheid en het feit dat dit criterium vaak in samenhang met andere criteria wordt toegepast, heb ik tussen de voorzienbaarheid en die overige gezichtspunten geen ononderbroken lijn aangebracht, maar een stippellijn. Dat kan worden verklaard doordat het mijns inziens niet zuiver en ook niet nodig is om elke afwijking van het 'normale' ook te zien als een afwijking van het 'voorzienbare'. In § 8.5.2.3 kom ik daarop terug.

De *eigen schuld* en de *risicoaanvaarding* zou ik in beginsel los willen zien van het normaal maatschappelijk risico en het normale ondernemersrisico. Praktisch is dit vooral van belang voor het leerstuk van de *risicoaanvaarding*, waarbij de bronnen van voorzienbaarheid van een andere aard zijn dan wanneer men zich beroept op een 'normaal risico'. Hoewel tussen het normaal maatschappelijk risico en het normale ondernemersrisico enerzijds en risicoaanvaarding anderzijds geen messcherpe grens valt te trekken, zijn bij al deze factoren eigen gezichtspunten van belang, die men niet te makkelijk met elkaar dient te verwarren.

Tot slot nog twee opmerkingen. Ten eerste. In hoofdstuk 6 heb ik reeds stilgestaan bij enkele factoren die ook met zich kunnen brengen dat een nadeel onvergoed blijft, zoals de voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) en het feit dat een nadeel redelijkerwijs niet aan de overheid kan worden toegerekend (art. 6:98 BW). Ik zie deze factoren niet als gezichtspunten in het kader van de 'abnormale last', maar als zelfstandige criteria die analoog en rechtstreeks in een geding over nadeelcompensatie kunnen worden toegepast en met zich kunnen brengen dat een nadeel niet wordt vergoed. Ik heb gemeend dat het wel gerechtvaardigd is om de 'eigen schuld' in het schema op te nemen, aangezien dit leerstuk nauw verwant is aan de risicoaanvaarding.[48] Ten tweede. Ik bespreek in dit hoofdstuk niet *alle* relevante gezichtspunten bij de invulling van de abnormale last, maar alleen de voor de praktijk belangrijkste. In het schema is wel een categorie 'overige factoren' opgenomen, waartoe ik bijvoorbeeld reken de mogelijkheid om de schade te spreiden,[49] het gegeven dat een burger 'om niet' van een bepaalde voorziening gebruik heeft kunnen maken,[50] en de toepassing van de zogenaamde 'publiekrechtelijke voordeelstoerekening'. Op de laatstgenoemde figuur na, die in § 8.9.4 aan de orde komt, zal ik in dit hoofdstuk niet ook alle 'overige factoren' bespreken.

8.4 De rol van de rechter

Voor een goed begrip van de hierna te bespreken jurisprudentie is het niet alleen van belang om te beschikken over een omlijnd begrippenkader, maar ook om te bezien wat de rol van de rechter precies is bij de vaststelling of een bepaald nadeel abnormaal is. Daarbij gaat het in het bijzonder om de vraag of de rechter zelf dient vast te stellen of een nadeel abnormaal is en het oordeel van het bestuursorgaan dus vol dient te toetsen, of dat hij het bestuur in dezen een zekere beoordelingsmarge dient te laten. De meningen daarover verschil-

48 Ik erken dat het lastig is beide begrippen scherp van elkaar af te bakenen. In elk geval hecht ik eraan om risicoaanvaarding te zien als een 'publiekrechtelijke' invulling van de eigen schuld die mijns inziens rechtstreeks onder het égalitébeginsel ressorteert in het kader van de toets aan de 'abnormale last'. De vraag is hetzelfde geldt voor de in § 6.7.1 besproken jurisprudentie, waarin eigen schuld wordt toegepast los van risicoaanvaarding. Gaat het in dit laatste geval ook om een toets aan de abnormale last of om een analoge toepassing van art. 6:101 BW, *los* van de abnormale last? In het schema ga ik van het eerste uit. Benadrukt zij dat e.e.a. uiteindelijk niet tot een resultaat leidt, juist omdat het onderscheid tussen vestiging en omvang in nadeelcompensatiegeschillen niet altijd scherp kan worden gemaakt. Deze discussie heeft daardoor een wat theoretisch karakter, hoewel sommige auteurs tamelijk principieel zijn over de analoge toepassing van civiele bepalingen in het nadeelcompensatierecht (zie bijv. Teunissen 2001, p. 97).

49 Zie bijv. ABRvS 26 oktober 1995, *JB* 1996, 13, m.nt. RJNS, Rb Leeuwarden 17 januari 2006, LJN AV0790.

50 Vgl. HR 16 november 2001, *AB* 2002, 25, m.nt. PvB (*WHV*). Zie ook Van Ravels & Van Male 1995, p. 67 e.v.

len. Volgens veel auteurs heeft het bestuur (enige mate van) discretie bij het vaststellen van de vraag of en zo ja, in hoeverre een rechtsplicht tot nadeelcompensatie bestaat. Dit is bijvoorbeeld de mening van Verheij, Schueler en Kortmann jr.[51] Zij menen dat het normaal maatschappelijk risico mede een politieke notie is waarbij – in de woorden van Kortmann – 'allerlei beleidsmatige aspecten een rol spelen, zoals de gewenste mate van solidariteit in onze samenleving en de daarmee gepaard gaande transactiekosten'.[52] Het gaat deze auteurs te ver om dit oordeel geheel bij de rechter neer te leggen. Het zou de rechter aan legitimatie ontbreken om die beoordeling geheel van het bestuur over te nemen, aangezien ook voor hem maatstaven in het geschreven of het ongeschreven recht ontbreken ter beantwoording van de vraag wat een burger precies heeft te dulden.[53]

Aan de andere kant van het spectrum bevinden zich de auteurs die menen dat het principieel onjuist is dat het bestuursorgaan zelf zou kunnen oordelen over zijn eigen aansprakelijkheid en de beslissing hierover zouden kunnen neerleggen in een besluit. Dit geluid laat vooral Schlössels horen. Hij meent dat de vaagheid van het 'normaal maatschappelijk risico' geen discretie impliceert en dat de rechter heel wel zelf kan bepalen of in een concreet geval een nadeel onevenredig is. Bij de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad is in zijn visie niet in meerdere mate van beleidsvrijheid sprake dan bij de aansprakelijkheid uit *on*rechtmatige daad.[54] Dit komt tot uitdrukking in zijn visie op het schadebesluit, dat naar zijn idee een declaratoir karakter heeft en waarbij het gaat 'om de vaststelling van een (ongeschreven) rechtsplicht die uit een publiek rechtsbeginsel voortvloeit'.[55] Voor een vervanging van het besluitmodel door een verzoekschriftprocedure valt zijns inziens ook bij nadeelcompensatie veel te zeggen.[56]

Het is van belang een aantal zaken van elkaar te onderscheiden. Ten eerste meen ik dat het onjuist is om te suggereren dat bestuursorganen *beleidsvrijheid* zouden hebben bij hun oordeel of een nadeel onevenredig is.[57] Kenmerk van beleidsvrijheid is immers 'de vrijheid tot negatief beslissen', dat wil zeggen de vrijheid om af te zien van het gebruik van een bevoegdheid wanneer de voorwaarden voor rechtmatige uitoefening wel zijn vervuld.[58] Toegepast op de égalité-aansprakelijkheid zou de erkenning van beleidsvrijheid tot de gedachte kunnen voeren dat een bestuursorgaan rechtmatig kan besluiten geen nadeelcompensatie toe te kennen, indien het bijvoorbeeld aan het belang van

51 Zie resp. Verheij 2002, p. 125, Schueler 2005a, p. 201-202 en Kortmann 2006, p. 98.
52 Kortmann 2006, p. 98.
53 Schueler 2002, p. 138.
54 Schlössels 2002, p. 184 en Schlössels 2006, p. 60-61.
55 Schlössels 1998a, p. 372.
56 Schlössels 2007, p. 508.
57 Vgl. Van den Broek 1999, p. 7, K.J. de Graaf, noot bij ABRvS 20 augustus 2003, *AB* 2004, 139 en De Vries Robbé 2002.
58 Damen e.a. 2009, p. 316.

het beschikken over een ruime financiële armslag meer gewicht toekent dan aan het recht van een burger om op basis van de égalité te worden gecompenseerd. Dat is niet te verenigen met het feit dat het égalitébeginsel tot compensatie *verplicht*. Zo bezien kan men in elk geval stellen dat er geen beleidsvrijheid bestaat om niet te compenseren, wanneer is komen vast te staan dat de égalité tot compensatie verplicht. Het belang van een gelaedeerde bij de toekenning van nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel is, met andere woorden, geen belang dat zich ervoor leent om tegen andere belangen te worden afgewogen. Uit de jurisprudentie van de Afdeling leid ik af dat ook zij van mening is dat van beleidsvrijheid geen sprake kan zijn. Te wijzen valt op een standaardoverweging in de jurisprudentie over schade door verkeersmaatregelen, die luidde dat de rechter de vraag of zich een onevenwichtigheid in de belangenafweging voordoet ten aanzien van de vraag of nadeel redelijkerwijs niet ten laste van betrokkenen dient te blijven, 'met terughoudendheid' dient te toetsen.'[59] Deze frase heb ik in latere jurisprudentie niet meer aangetroffen.[60]

Het niet bestaan van beleidsvrijheid om (rechtmatig) niet te compenseren als de égalité daartoe verplicht, betekent echter nog niet dat de rechter in een voorkomend geval zelf zal vaststellen of de schade speciaal en abnormaal is en het oordeel van het bestuursorgaan op dat punt per definitie vol toetst. Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter het bestuur enige beoordelingsruimte laat bij de concrete toepassing van het égalitébeginsel. Deze ruimte strekt zich zowel uit tot de vraag *wanneer* het égalitébeginsel tot compensatie verplicht (bijvoorbeeld de keuze voor een bepaald drempelpercentage) als tot de vraag *in welke mate* het nadeel geacht kan worden onevenredig te zijn (de hoogte van het precieze kortingspercentage bijvoorbeeld). Beoordelingsruimte kan meer of minder marginaal worden getoetst, wat zou kunnen verklaren waarom de rechter in sommige uitspraken *wel* zelf tot een oordeel komt of een bepaald nadeel abnormaal is.

> Soms kiest de Afdeling voor 'terecht' of 'ten onrechte', woorden die wijzen op een volledige toets.[61] Zo liet de Afdeling in een zaak over schade door een peilaanpassing het schadebesluit in stand: het hoogheemraadschap had de schade vanwege het peilbesluit 'terecht voor (…) rekening van verzoekers gelaten, nu deze behoort tot het normaal maatschappelijk risico.'[62] In een andere uitspraak vernietigde de

59 Zie bijv. ABRvS 14 november 2000, *BR* 2001, 234, m.nt. BPMvR, ABRvS 18 september 2002, *AB* 2003, 132, m.nt. FRV, ABRvS 22 mei 2002, LJN AE2778.

60 Zie bijv. ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2005, 214, m.nt. CMB, ABRvS 10 november 2004, LJN AR5469, Rb Almelo 7 oktober 2003, *AB* 2004, 16, m.nt. BJS. In sommige uitspraken van lagere rechters wordt de lijn van vóór 2003 ten onrechte nog als 'vaste jurisprudentie' van de Afdeling gepresenteerd; zie Rb Arnhem 15 oktober 2007, LJN BB5650, Rb Arnhem 25 september 2007, LJN BB5527 en Vzr. Rb Haarlem 8 november 2006, LJN AZ2719.

61 Leemans 2008, p. 244.

62 ABRvS 16 november 2005, LJN AU6237.

> Afdeling het schadebesluit van de Minister omdat deze de tijdelijke derving van recreatiegenot 'ten onrechte als het normale maatschappelijk risico niet te boven gaand [had aangemerkt].'[63] Ook in de jurisprudentie van het CBB zijn voorbeelden te vinden waarin het CBB zelf, na opsomming van verschillende relevante omstandigheden, tot het oordeel komt dat de schade wel[64] of niet[65] tot het normale bedrijfsrisico behoort. Uit de bewoordingen van deze CBB-uitspraken blijkt niet dat voor dit oordeel bepalend was dat de minister '(niet) in redelijkheid' (of andere woorden die wijzen op een terughoudende toets) tot zijn oordeel over de (ab)normaliteit van de last kon komen.

Deze uitspraken kunnen niet mijn indruk wegnemen dat de bestuursrechter in het algemeen van oordeel is dat de vraag hoe diep het bestuur mag ingrijpen in de belangen van burgers, in enige mate politiek van aard is, hetgeen zich vertaalt in een wat afstandelijke toets. Deze afstand laat zich in de praktijk vooral zien in de wijze waarop de bestuursrechter de bekende drempel- en kortingspercentages toetst. Bij de kortingspercentages gaat het om de vraag in welke mate een eenmaal vastgesteld onevenredig nadeel voor rekening van de getroffene dient te blijven. In de regel laat de bestuursrechter het bestuursorgaan hier enige discretionaire ruimte.[66] Ook drempelpercentages, aan de hand waarvan kan worden bepaald *waar* de grens tussen normaal en abnormaal ligt, worden in de regel enigszins terughoudend getoetst.[67] Hetzelfde geldt indien het bestuursorgaan de mate van voorzienbaarheid verrekent door een vast percentage niet voor vergoeding in aanmerking te laten komen[68] en zelfs als in een beleidsregeling op een enigszins botte manier aan de grens tussen normaal en abnormaal invulling is gegeven.[69] Achteraf kan worden vastgesteld dat de tweede *Paul Krugerbrug*-uitspraak, waarin de ARRvS zelf,

63 ABRvS 20 september 2006, LJN AY8507.
64 CBB 27 maart 2008, LJN BC8394.
65 CBB 7 december 2006, LJN AZ4160.
66 ABRvS 11 juni 2008, LJN BD3621 (korting van 40% in verband met wegafsluiting waardoor benzinestation verminderd bereikbaar was 'niet onredelijk'); vgl. ook Rb Zutphen 20 september 2007, LJN BB5425 (idem), ABRvS 2 mei 2007, LJN BA4181, ABRvS 29 november 2006, LJN AZ3259 en ABRvS 26 april 2006, LJN AW4004 (onder 2.6).
67 ABRvS 5 september 2001, *BR* 2002, 877, m.nt. BPMvR (*Souterrain Den Haag*; drempel van 15% van de jaaromzet bij Haagse 'Souterrainproject' was 'rechtens niet onaanvaardbaar'). Vgl. ook ABRvS 14 april 2004, LJN AO7483, ABRvS 19 december 2007, LJN BC0536, Rb Roermond 7 juli 2008, LJN BD7739, ABRvS 19 november 2003, LJN AN8347, Rb Arnhem 27 maart 2008, LJN BH0116) en ABRvS 2 april 2008, LJN BC8472 (kostendrempel van 15% 'niet onredelijk').
68 Rb Amsterdam 22 oktober 2007, LJN BB7619 (beleid om in bepaalde periode een beperkte mate van actieve risicoaanvaarding aan te nemen en dientengevolge slechts 50% van de schade te vergoeden was 'niet onredelijk').
69 ABRvS 26 oktober 1995, *JB* 1996, 13, m.nt. RJNS. Vgl. ABRvS 16 september 1999, *AB* 1999, 449, m.nt. MSV.

vol toetsend, bepaalde dat niet 40% maar 20% van het nadeel van de scheepswerf voor zijn eigen rekening diende te blijven, een witte raaf is gebleken.[70]

Van Ravels heeft de verhouding tussen bestuur en rechter bij de toetsing aan de égalité als volgt weergegeven: 'De rechter heeft per saldo het laatste woord, maar dat heeft hij pas in reactie op de aanvankelijke uitleg door het bestuur, dat dus het eerste woord had.'[71] Voor deze enigszins terughoudende rechterlijke toets valt mijns inziens het nodige te zeggen. Daarvoor pleit vooral dat de 'abnormale last' uitdrukking geeft aan wat burgers en ondernemers aan lasten van overheidshandelen dienen te dulden, en in welke mate de overheid in de belangen van burgers mag ingrijpen. Dit is niet tot een zuivere rechtsvraag te herleiden. Het is niet aan de rechter om zelf, in plaats van het bestuursorgaan, een percentage vast te stellen, nu ook voor hem aanknopingspunten in het recht ontbreken ten aanzien van welk percentage het redelijkst is. Ik onderschrijf derhalve de mening van de auteurs die de vraag wat een burger aan rechtmatig toegebrachte overheidslasten dient te dulden mede zien als een politieke vraag.

Wanneer men het égalitébeginsel aldus opvat, dan ligt het besluitmodel het meest voor de hand. Dit model doet bovendien het meeste recht aan de voor de praktijk belangrijke positie van deskundigenadviezen in nadeelcompensatiezaken. Het is weliswaar denkbaar dat in de plaats hiervan een model komt waarbij de rechter zelf deskundigen aanstelt, maar het is de vraag of daarmee niet te makkelijk afscheid zou worden genomen van een adviesstelsel dat in het algemeen bevredigend lijkt te functioneren. Een voordeel dat dit model voorts heeft, is dat de primaire besluitvorming als een 'zeef' kan werken, die de rechter behoedt voor een stortvloed aan schadeverzoeken. Wanneer de rechter telkens zelfs de onevenredigheid van het nadeel zou bepalen, dan moet worden gevreesd dat dit, zeker bij grote infrastructurele projecten, zal leiden tot een forse toestroom van schadeverzoeken van burgers, die van oordeel zijn dat in hun geval net een ander percentage was aangewezen.[72]

Op dit algemene beeld van een m.i. pleitbare, enigszins terughoudende rechterlijke toets van nadeelcompensatiebesluiten moeten enige nuanceringen worden aangebracht. Zo laat de jurisprudentie ten aanzien van risicoaanvaarding meestal zien dat het oordeel van het bestuursorgaan omtrent de voorzienbaarheid van een bepaalde maatregel tamelijk intensief getoetst wordt. De rechter gaat meestal ook zelf na of op basis van het door het bestuursorgaan aangewezen 'voorteken' (meestal een op schrift gesteld beleidsstuk) het nemen van een bepaalde maatregel kon worden afgeleid. Dat hangt waarschijnlijk

---

70 ARRvS 22 november 1983, *AB* 1984, 154, m.nt. dP. Het zou m.i. overigens in strijd met het verbod van reformatio in peius zijn geweest als de Afdeling dit percentage naar *boven* zou hebben bijgesteld.

71 Vgl. Van Ravels 2002, p. 283.

72 Dit argument past minder goed in een visie waarin de égalité als een zuivere rechtsnorm wordt gezien. In die visie kan het is het procederen over de vraag wanneer nadeel nu onevenredig is of niet, volkomen gerechtvaardigd.

samen met het feit dat het begrip 'voorzienbaar' in de context van de risicoaanvaarding redelijk goed te objectiveren is, aangezien de bron van voorzienbaarheid bij dit criterium een zekere mate van concreetheid dient te hebben.[73] In dat opzicht onderscheidt dit criterium zich van de factor 'omvang van de schade', dat meestal veel subjectiever wordt ingevuld en waarbij de rechter meer beoordelingsruimte laat.

Van belang is verder dat het bestuursorgaan voldoende aannemelijk moet kunnen maken hoe en waarom het tot zijn oordeel over de invulling van het égalitébeginsel is gekomen. Het moet op dit punt een helder, consistent en kenbaar beleid voeren.[74] Bij de bespreking van de verschillende drempel- en kortingspercentages zal bijvoorbeeld blijken dat de rechter weliswaar ruimte laat aan het bestuur voor de keuze van een bepaald percentage, maar wel een overtuigende motivering verlangt bij een afwijking van dit percentage in een voor de burger ongunstige zin. Sluit het bestuursorgaan aan bij gebruikelijke percentages dan zal op dit punt geen zware motiveringsplicht bestaan, maar de bestuursrechter dient er niet voor te schromen om besluiten waarin niet of slecht gemotiveerd wordt gekozen voor een minder gebruikelijk (hoog) percentage wegens een motiveringsgebrek te vernietigen.[75] Ook in een zaak waarin het bestuur een standaardaftrek van 20% wegens 'normaal maatschappelijk risico' had toegepast, terwijl de gelaedeerde er uitdrukkelijk op had gewezen dat voor zo'n aftrek in het geheel geen plaats was (omdat hij eerder in aanmerking kwam voor bedrijfsverplaatsing met een daaraan gekoppelde integrale vergoeding), vernietigde de Afdeling dit besluit wegens een motiveringsgebrek, aangezien het bestuursorgaan in het geheel niet op de bezwaren van appellant op dit punt was ingegaan.[76] Dat de rechter het bestuur in de regel enige discretie gunt, ontslaat hem met andere woorden niet van de plicht om het compensatiebesluit aan een (volle) toets aan de beginselen van behoorlijk bestuur te onderwerpen. Beslissingen over de toekenning van nadeelcompensatie onderscheiden zich op dat punt niet van andere besluiten waar de marginale toets van de rechter niet wegneemt dat deze (vol toetsend) nagaat of deze beslissing voldoet aan de eisen van zorgvuldigheid, motivering en gelijke behandeling.

73 Dat geldt zeker voor het planschaderecht, maar m.i. ook voor het op het égalitébeginsel gebaseerde nadeelcompensatierecht; zie hierna, § 8.7.

74 Zie bijv. Rb Roermond 7 juli 2008, LJN BD7739 ('beoordeeld dient te worden of verweerder een redelijke en consistente invulling heeft gegeven aan het [normaal maatschappelijk risico]') en Rb Breda 9 maart 2000, LJN AA6444. Vgl. Schueler 2005a, p. 202.

75 ABRvS 15 mei 2002, LJN AE2594, ABRvS 14 april 2004, LJN AO7460.

76 ABRvS 8 september 2004, *BR* 2005, 144, m.nt. BPMvR.

8.5 NORMALE RISICO'S

8.5.1 Inleiding

Tot de lasten die als 'normaal' voor rekening van de benadeelde kunnen worden gelaten, behoort de schade die tot het normaal maatschappelijk risico of het normale ondernemersrisico behoort. Op basis van deze maatstaven wordt de schade deels of geheel voor rekening van de getroffene gelaten omdat deze schade behoort tot de risico's die inherent zijn aan het maatschappelijk leven, het wonen op een bepaalde plek of aan de uitoefening van een bepaald beroep of bedrijf. De vraag wanneer een bepaald risico 'inherent' is in de hier bedoelde zin, is per definitie tijd-, plaats- en bedrijfsgebonden en kan dus per type burger of onderneming verschillen.[77] Men kan daarbij veelal niet abstraheren van de op de betrokkene zelf toepasselijke ervaringsregels, op grond waarvan hij bepaalde nadelen nu eenmaal voor zijn rekening moet nemen.

Hierna zal in hoofdlijnen eerst de inhoud worden verkend van de begrippen 'normaal maatschappelijk risico' en 'normaal ondernemersrisico'. Daarbij gaat het dus in het bijzonder om de vraag hoe de aan deze criteria verbonden subfactoren van de voorzienbaarheid en de aard, ernst en omvang van het nadeel blijkens de jurisprudentie invulling krijgen. Eerst wordt ingegaan op de voorzienbaarheid.

8.5.2 Voorzienbaarheid: algemene aspecten

8.5.2.1 Inleidende opmerkingen

Het normaal maatschappelijk risico en het normaal ondernemersrisico worden vaak gekoppeld aan de *voorzienbaarheid* van het nadeel.[78] Ook de Afdeling heeft het verband tussen beide maatstaven benadrukt en gesteld dat de voorzienbaarheid 'een maatstaf [is] voor een redelijke verdeling van het maatschappelijk risico.'[79] In de praktijk speelt de voorzienbaarheid een belangrijke rol om te bepalen of een nadeel als een 'normaal risico' kan worden aangemerkt. In het bijzonder in het kader van de toets aan de factor van de 'aard van de schadeoorzaak' zullen voorzienbaarheidsoordelen vaak een belangrijke rol spelen. Bij die maatstaf gaat het er immers vooral om dat sommige vormen van schade voor burgers en bedrijven, gezien de op hun situatie toepasselijke ervaringsregel, in beginsel voorzienbaar moeten worden geacht.

---

77 Schlössels 1998b, p. 1386, Schueler 1999, p. 64.
78 Vgl. bijv. Van Ravels & Van Male 1995, p. 26 e.v., Hoitink 1998, p. 169.
79 ABRvS 26 oktober 1995, *JB* 1996, 13, m.nt. RJNS.

> Een duidelijk voorbeeld betreft de schade die handelaren in dierlijke producten kunnen ondervinden ten gevolge van rechtmatige maatregelen ter bestrijding van besmettelijke dierziektes. Wie in zo'n branche werkzaam is, heeft volgens de Hoge Raad te maken met een 'objectief voorzienbaar risico van ziekten en van in verband daarmee al dan niet met het oog op de volksgezondheid getroffen overheidsmaatregelen.'[80]
> Ook bij schade die voortvloeit uit normale maatschappelijke ontwikkelingen ligt het voor de hand een verband met de voorzienbaarheid te leggen. De 'voorzienbaarheid' valt in dit soort gevallen samen met hetgeen voor de betrokkene 'in de lijn der verwachtingen' ligt en waarmee hij bij zijn investeringsbeslissingen *per definitie* rekening dient te houden. Zo werd in het arrest *Breukink*, over een boer die overlast ondervond van akkerdistels ten gevolge van een bepaalde wijze van beheer van een natuurgebied, overwogen dat de schade onevenredig was 'voorzover die het nadeel overtreft dat tot het normale bedrijfsrisico behoort, dat wil zeggen schade, waarmee hij in verband met algemene (maatschappelijke) ontwikkelingen heeft rekening te houden.'[81]

Een lastig punt is dat voorzienbaarheid een weerbarstig begrip is. Wanneer men aanneemt dat een bepaalde overheidsgedraging 'voorzienbaar' was en op basis daarvan een nadeelcompensatieclaim afwijst, dient men zich te realiseren dat dit oordeel berust op een inschatting *achteraf* van wat de betrokkene had moeten voorzien. Daartegen kan men als bezwaar aanvoeren dat:

> '[a]fter the event even a fool is wise. But it is not the hindsight of a fool; it is only the foresight of a reasonable man which alone can determine responsibility'.[82]

Bij het hanteren van de voorzienbaarheid als een centraal criterium dreigt dus het gevaar dat men gevolgen voorzienbaar acht die achteraf misschien wel, maar op het moment dat de schade zich voordeed, wellicht helemaal niet zo voor de hand lagen. Tak noemt de voorzienbaarheid in dit verband zelfs een 'vrijwaringscriterium voor de overheid', dat door de Afdeling zo afstandelijk wordt getoetst dat de overheid in zijn visie vrijwel altijd vrijuit gaat.[83] In opmerkelijk contrast hiermee staat de visie van Van den Broek, volgens wie de grote waarde die in het (oude) planschaderecht werd gehecht aan de voorzienbaarheid, duidt op een *bescherming* van de positie van de grondeigenaar of –gebruiker. Nadelige gevolgen ten gevolge van een wijziging van planologische inzichten komen alleen voor zijn rekening, indien hij met deze wijziging rekening had kunnen houden bij het nemen van beslissingen ten aanzien van het onroerend goed.[84]

---

80 HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84, m.nt. PvB (*Harrida*).
81 Hof Den Haag 18 februari 1999, *NJ* 2000, 202.
82 Steele 2007, p. 186.
83 Tak 2009, p. 1704.
84 Van den Broek 2002, p. 206.

Dit contrast kan worden verklaard door de afwijkende plek die de voorzienbaarheid vanaf – ongeveer – de tweede helft van de jaren negentig in de planschadejurisprudentie is gaan innemen. Voorzienbaarheid fungeerde onder het regime van art. 49 WRO niet als een drempel alvorens een plicht tot compensatie kon worden aangenomen, maar als een factor die, nadat was komen vast te staan dat een compensatieplicht bestond, eventueel aan aansprakelijkheid in de weg kon staan. Niet 'nee (niet aansprakelijk), tenzij (onvoorzienbaar)' dus, maar 'ja (wel aansprakelijk), tenzij (voorzienbaar)'. In een regime waarin de overheid *in beginsel* aansprakelijk was bij schade door planologische wijzigingen, lag het voor de hand de voorzienbaarheidseis slechts toe te passen in het kader van de risicoaanvaarding, dat door de Afdeling zelfs zo strikt is ingevuld dat alleen concrete (en bekend gemaakte) beleidsvoornemens als bron van voorzienbaarheid kunnen (konden?) gelden. Het criterium van ontwikkelingen die in de 'lijn der verwachtingen' liggen, dat kan worden beschouwd als een concretisering van het égalitébeginsel, kwam hierbij op de achtergrond te staan.[85]

Wat deze uiteenlopende opvattingen goed laten zien, is dat men met de voorzienbaarheid veel kanten op kan alsook dat de *bronnen* van voorzienbaarheid kunnen verschillen naar de mate van hun concreetheid. Kenmerkend voor het nadeelcompensatierecht op grond van het égalitébeginsel is dat zowel die meer abstracte bronnen van voorzienbaarheid (aan een bepaalde bedrijfstak inherente en derhalve in beginsel voorzienbare risico's, normale maatschappelijke ontwikkelingen e.d.) als juist zeer concrete bronnen van voorzienbaarheid (ter inzage gelegde besluitvorming bijvoorbeeld) relevant kunnen zijn. Verschillende min of meer concrete bronnen van voorzienbaarheid komen aan de orde in § 8.7, waar ik zal ingaan op het criterium 'risicoaanvaarding'. In het vervolg van deze paragraaf wil ik eerst ingaan op enkele aspecten van het leerstuk van de voorzienbaarheid *los* van het leerstuk van de risicoaanvaarding.

8.5.2.2 Voorzienbaarheid in abstracto en in concreto

Zoals gesteld kunnen bij een toets aan het égalitébeginsel verschillende bronnen van voorzienbaarheid van belang zijn. Dit verschil in de mate van concreetheid van de verschillende bronnen van voorzienbaarheid kan goed worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld uit de jurisprudentie van het CBB.

---

85 Van den Broek 2002, p. 180. Daarbij past bijvoorbeeld een overweging dat burgers die in de nabijheid van stedelijke kernen wonen, er rekening mee moeten houden dat de structuur van wegen en vaarwegen door de aanleg van nieuwbouwwijken of de aanleg of uitbreiding van industrieterreinen van tijd tot tijd kan wijzigen. Een dergelijk, 'vaag' geacht beroep op de voorzienbaarheid werd door de ABRvS lange tijd niet aanvaard.

> Op 12 december 2005 is op de noordelijke spoorlijnen de inwerkingtreding van baanapparatuur voor het systeem van automatische treinbeïnvloeding-nieuwe generatie (ATB-NG) voltooid. In verband daarmee trekt de Minister van VWS bij besluit van 1 december 2005 de aan Railion verleende machtiging voor het in dienst nemen van locomotieven van de serie DE6400 in. Dat heeft tot gevolg dat het gebruik van die locomotieven (die voorzien zijn van het oudere systeem ATB-EG) op de noordelijke spoorlijnen per 16 januari 2006 slechts is toegestaan voor zover deze zijn voorzien van boordapparatuur voor ATB-NG. Spoorwegonderneming Railion bestrijdt de rechtmatigheid van de keuze voor het nieuwe systeem niet, maar wil wel een vergoeding voor de kosten die zij moet maken om het nieuwe systeem in te voeren. Een verzoek hiertoe wordt door de minister afgewezen en deze afwijzing houdt zowel in beroep als in hoger beroep stand. Het CBB stelt voorop dat een spoorwegonderneming, in het licht van de taak van de overheid om de veiligheid op het spoor te waarborgen, 'er in beginsel rekening mee moet houden dat door de overheid ter behartiging van dit publieke belang maatregelen op grond van de Spoorwegwet worden genomen, die financieel nadelige gevolgen voor de spoorwegonderneming kunnen hebben'. Deze vorm van voorzienbaarheid wordt vervolgens aangevuld met het feit dat voor Railion op grond van een ATB-beschikking 'in elk geval reeds eind 2003 voorzienbaar [was] dat de inzet van locomotieven zonder ATB-NG boordapparatuur ten behoeve van goederenvervoer over de noordelijke lijnen door de Minister binnen afzienbare tijd niet langer zou worden toegestaan.' De onontkoombaarheid van deze ontwikkeling bleek reeds uit de vaststelling van de 'Kadernota Railveiligheid' uit 2004/2005.[86]

In deze casus spelen duidelijk verschillende bronnen van voorzienbaarheid een rol. De overweging dat een spoorwegonderneming er rekening mee moet houden dat de overheid voor het bedrijf financieel nadelige besluiten kan nemen, heeft een hoog abstractieniveau. Deze overweging is objectief van aard in die zin dat de veronderstelling is dat deze schade in algemene zin is te verwachten, omdat zij inherent is aan de activiteit die de getroffene ontplooit, zoals in casu het zijn van een spoorwegonderneming. Dit risico kan men dan ook zien als een nadeel dat typisch tot de normale risico's van een spoorwegonderneming behoort. Men zou kunnen spreken van de *voorzienbaarheid in abstracto*, waarbij het vooral gaat om de vraag of een bepaald nadeel naar ervaringsregels te verwachten was, mede gelet op eigenschappen van de getroffene, de plek waar hij woont, het bedrijf dat hij uitoefent of de maatschappelijke positie die hij bekleedt. De daadwerkelijke kennis van een bepaalde negatieve ontwikkeling staat bij deze vorm van voorzienbaarheid op de achtergrond.

In de uitspraak worden echter ook bronnen van voorzienbaarheid aangevoerd die *niet* los kunnen worden gezien van de subjectieve inzichten van de getroffene. Dat geldt voor de overweging dat eind 2003 op basis van een concrete beschikking reeds duidelijk had moeten zijn dat deze ontwikkeling

86 CBB 10 december 2008, *AB* 2009, 90, m.nt. BPMvR.

eraan zat te komen. Railion had op basis van deze concrete, van de overheid afkomstige signalen moeten voorzien dat een maatregel van een bepaalde strekking zou kunnen worden genomen. Men zou kunnen spreken van de *voorzienbaarheid in concreto*, waarbij het erom gaat of de getroffene *daadwerkelijk* heeft voorzien of in elk geval had behoren te voorzien dat een maatregel van een bepaalde strekking zou worden genomen.[87] Hierbij wordt juist wel gekeken naar de kennis en ervaring die het individu in kwestie op enig moment bezat of had moeten bezitten.

Duidelijk zal zijn dat juist in de hoge mate van abstractie van sommige bronnen van voorzienbaarheid het gevaar schuilt dat men elke discussie over het mogelijke bestaan van een recht op nadeelcompensatie bij voorbaat doodslaat. Het zal sterk van de omstandigheden van het geval afhangen welke gevolgen aan een min of meer abstracte bron van voorzienbaarheid moeten worden verbonden. De eigenaar van een coffeeshop moet niet verbaasd staan te kijken als hij wordt geconfronteerd met een beperking van openingstijden, bedoeld om de overlast te beperken. De bewoner van een druk bevolkte binnenstad dient zich in te stellen op met zijn omgeving verband houdende ongemakken, zoals werkzaamheden aan de infrastructuur. Een vervoersverbod naar aanleiding van de uitbraak van een besmettelijke varkensziekte is voor de veehouder van vandaag de dag een 'normale zaak'. Deze algemene, naar het clichématige neigende overwegingen nemen echter niet weg dat bestuur en rechter telkens dienen te bezien of ook de *uitwerking* van een op het eerste gezicht 'normale' maatregel 'normaal' was. Een maatregel kan in abstracto voorzienbaar zijn, maar in haar uitwerking *in concreto* onvoorzienbaar.

> Een voorbeeld biedt een zaak waarin de exploitant van een café-camping nadeelcompensatie vroeg in verband met schade ten gevolge van dijkverbeteringswerkzaamheden. Het waterschap wees erop dat al gedurende geruime tijd rivierdijkversterkingen plaatsvonden en deed dus een beroep op de voorzienbaarheid *in abstracto* van dit soort schade. Toch achtte de Afdeling een compensatie aangewezen, dit in verband met de onnodig vroege intrekking van een terrasvergunning en de onverwacht lange duur van de werkzaamheden.[88]

Dit voorbeeld laat zien dat men ook altijd op de concrete omstandigheden van het geval acht moet slaan. Deze wisselwerking tussen de voorzienbaarheid *in abstracto* en de feitelijke modaliteiten van de schadeoorzaak zien we bijvoorbeeld ook in de zaak *Leffers*, waarvan de strekking was dat een bepaald type maatregel (een swillverbod) voor een ondernemer als Leffers in beginsel normaal is, maar dat het op zeer korte termijn invoeren daarvan, met ernstige schade tot gevolg, toch tot het oordeel kan leiden dat van een onevenredig nadeel sprake is.

---

87 Vgl. Hoitink 1998, p. 188-189 en Hoitink 2002, p. 246. Zie ook Van Ravels 2005, p. 19 en zijn in noot 86 genoemde noot.

88 ABRvS 23 september 1996, *AB* 1996, 494, m.nt. AvH.

Het gevaar dat men met een beroep op een 'ervaringsregel' of met een verwijzing naar de 'normaliteit' van een bepaalde schadeoorzaak de discussie bij voorbaat doodslaat, is mogelijk ook een verklaring voor het feit dat in veel uitspraken abstracte gezichtspunten worden aangevuld met meer concrete signalen, op basis waarvan de subjectief getroffene de betreffende ontwikkeling ook *daadwerkelijk* had moeten voorzien. Het opsommen van meerdere bronnen van voorzienbaarheid heeft een nadeel: daardoor wordt het zicht ontnomen op de vraag welke factor nu uiteindelijk bepalend is om de nadeelcompensatieclaim af te wijzen. Toch is die benadering bevredigender dan wanneer rechter c.q. bestuur het slechts zouden houden bij een verwijzing naar de abstracte voorzienbaarheid, aangezien de meningen over welke soort maatregelen tot de aan een sector 'inherente risico's' van een burger behoren, sterk kunnen verschillen. Door meerdere bronnen van voorzienbaarheid aan te voeren, versterkt de rechter zijn argumentatie slechts. In veel uitspraken ziet men dan ook dat de rechter meerdere bronnen van voorzienbaarheid noemt.[89]

> Ook in de jurisprudentie over verkeersmaatregelen zien we dat de rechter zijn oordeel omtrent de voorzienbaarheid niet laat bij de stelling dat verkeersmaatregelen *in abstracto* behoren tot het soort maatregel die 'in de lijn der verwachtingen' ligt. Ook meer concrete bronnen worden soms genoemd, zoals het feit dat een ondernemer uit een brief die hem een half jaar voor die werkzaamheden was toegezonden, had kunnen opmaken wat hem te wachten stond,[90] dat uit een nieuwsbrief had kunnen blijken van het voornemen een weg af te sluiten (zodat eventuele nadelen hadden kunnen worden verdisconteerd in de vervoerscontracten),[91] of dat reeds eerder vergelijkbare verkeersmaatregelen waren genomen.[92]

Uit deze uitspraken blijkt dat niet één enkele bron van voorzienbaarheid beslissend is, maar meerdere, die *in onderlinge samenhang* tot het oordeel leiden dat het nadeel voorzienbaar is. Of een nadeelcompensatieplicht bestaat, zal in veel gevallen neerkomen op een *weging* van de verschillende aan de voorzienbaarheid gerelateerde gezichtpunten. Hoitink heeft beschreven dat deze benadering in het milieurecht wel eens wordt gehanteerd, namelijk wanneer een milieuvergunning wordt ingetrokken op grond van de enkele overweging dat de vergunning ouder is dan vijftien jaar. Deze overweging duidt op een toepassing van de voorzienbaarheid *in abstracto*: het risico op wijziging of intrekking neemt toe naarmate de tijd verstrijkt. Hoitink wijst op enige uitspraken van de Afdeling waaruit blijkt dat deze niet genoegen neemt met deze overweging, aangezien er geen sprake was van voorzienbaarheid voor de

89 Zie bijv. ABRvS 13 oktober 2004, *JB* 2004, 373, ABRvS 18 augustus 2004, LJN AQ6987, CBB 10 december 2008, *AB* 2009, 90, m.nt. BPMvR en voor een geval van planschade ABRvS 28 september 2005, *JB* 2005, 320.

90 Rb Rotterdam 16 april 2008, LJN BD7291. Vgl. Rb Den Bosch 24 januari 2007, LJN AZ7307.

91 Rb Leeuwarden 17 januari 2006, LJN AV0790.

92 Rb Utrecht 29 januari 2002, LJN AD9421, ABRvS 5 juli 2006, LJN AY0388.

benadeelde in het concrete geval, onder meer omdat de op het moment van de intrekking geldende feitelijke situatie en de milieuhygiënische inzichten in de loop der tijd niet sterk waren gewijzigd. Deze voorbeelden laten zien dat de voorzienbaarheid in concreto de voorzienbaarheid in abstracto kan 'corrigeren'.[93] Ook in het algemene nadeelcompensatierecht kan dit zich voordoen. Een voorbeeld uit de sfeer van de verkeersmaatregelen is het volgende.

> In Weert werd een verkeersbesluit werd genomen, strekkend tot afsluiting van een weg in verband met bouwwerkzaamheden. De Afdeling achtte de hierdoor ontstane schade niet voorzienbaar. Dit hield verband met de pas relatief late bekendheid van de algehele afsluiting van het plein waaraan de winkels van de gedupeerden waren gelegen, in verband met bouwwerkzaamheden. Aanvankelijk was echter een gedeeltelijke toegankelijkheid toegezegd. De Afdeling constateerde dat appellanten als gevolgen hiervan 'onverhoeds – en derhalve in zoverre onvoorzienbaar – geconfronteerd werden met een volledige afsluiting van een belangrijk parkeerterrein en verdere vermindering van de directe bereikbaarheid van hun winkels.'[94]

Het zal sterk van de omstandigheden van het geval afhangen of een dergelijke aanvullende rol van de voorzienbaarheid in concreto mogelijk is. Dat in het milieurecht een dergelijke aanvullende rol voor de hand ligt, kan worden verklaard door de aard van de schadeveroorzakende maatregel. De verlening van een vergunning kan gelden als een relatief sterke bron van vertrouwen dat een bepaalde activiteit gedurende een bepaalde periode in beginsel legaal mag worden verricht. Omdat de intrekking van een vergunning voorts een maatregel met een ingrijpend karakter is, zullen bestuursorganen behoedzaam moeten zijn om zich alleen op de voorzienbaarheid *in abstracto* te beroepen, en volstaat de stelling dat voorzienbaar was dat de vergunning op *enig* moment zou worden ingetrokken in de regel niet, zeker niet in de periode kort na de verlening. Hoe ernstiger de ingreep, hoe concreter de bron van voorzienbaarheid zal moeten zijn, wil het bestuursorgaan een schadeclaim geheel (en met succes) van de hand kunnen wijzen. Bij maatregelen in andersoortige bedrijfstakken, zoals de veehouderij, komt aan de abstracte voorzienbaarheid daarvan echter zoveel gewicht toe dat de concrete (on)voorzienbaarheid een relatief ondergeschikte rol speelt. Een eventuele onvoorzienbaarheid zal in die gevallen vooral kunnen worden gebaseerd op een wijze of een tijdstip van uitvoering van de maatregel die sterk afweek van wat in de betreffende branche gangbaar was (een situatie die zich, zoals de arresten *Leffers* en *Harrida* laten zien, soms voordoet).

---

93 Hoitink 1998, p. 189.

94 ABRvS 15 oktober 1998, *JB* 1999, 278, m.nt. RJNS. Omdat niet aannemelijk was dat appellanten *onevenredig* nadeel hadden geleden, werd hun claim alsnog afgewezen. Zie voor een vergelijkbaar geval ABRvS 23 september 1996, *AB* 1996, 494, m.nt. AvH.

8.5.2.3 Geen één-op-één-relatie tussen voorzienbaarheid en normale risico's

Uit het voorgaande vloeit voort dat de voorzienbaarheid een belangrijk gezichtspunt is om te oordelen of schade als een 'normaal risico' kwalificeert. Toch is deze relatie tussen voorzienbaarheid en de normale risico's niet helemaal onomstreden. Zo heeft Schlössels betoogd dat het 'normale' maatschappelijke risico in abstracte zin kan worden vastgesteld zonder hierbij de bijzondere omstandigheden van het geval te betrekken. Het criterium van de voorzienbaarheid vervult in zijn visie dan *geen* zelfstandige functie. Normaal maatschappelijk risico is immers per definitie voorzienbaar, althans behoort dit voor burgers te zijn.'[95] Men kan in die visie dus ook nadeel tot het normaal maatschappelijk of het ondernemersrisico rekenen *los* van de vraag of dit nadeel voorzienbaar was.

Zie ik het goed, dan is Van Ravels een andere mening toegedaan. Volgens hem impliceert een toets aan het égalitébeginsel altijd mede een toets aan de voorzienbaarheid, of althans aan de vraag of een bepaald nadeel voor een burger of een ondernemer behoort tot de nadelen die hij van de overheid mag verwachten. 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.'[96]

Het normaal maatschappelijk risico valt in deze visie geheel samen met de vraag wat een burger van de overheid te verwachten heeft. Dit 'verwachtingspatroon' vult hij vervolgens in met de voorzienbaarheid. Hij noemt in dit verband enkele bijzondere omstandigheden die aanleiding kunnen zijn om wegens onvoorzienbaarheid van het nadeel een uitzondering te maken op het uitgangspunt dat de schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort, zoals de aard en de omvang van de schade.[97]

Hoewel ik meen dat bij de toets aan het normaal maatschappelijk risico inderdaad een belangrijke rol toekomt aan hetgeen 'in de lijn der verwachtingen' ligt en dus voorzienbaar is, ken ik aan de voorzienbaarheid toch een minder centrale rol toe dan Van Ravels. Schade kan in mijn optiek ook voor

95 *JB* 1996, 13.
96 Van Ravels 2005a, p. 30.
97 Van Ravels 2005a, p. 32 e.v.

rekening van de benadeelde komen wanneer de schade behoort tot een soort die een benadeelde burger of onderneming nu eenmaal geacht kan worden te dragen, *zonder* dat men daarvoor zijn toevlucht hoeft te zoeken bij de vraag of dit nadeel al dan niet voorzienbaar was. Omgekeerd zijn er ook nadelen die in beginsel voor rekening van de overheid behoren te komen zonder dat hoeft te worden bewezen dat het nadeel onvoorzienbaar was. Een voorbeeld van het laatste is de rechtspraak van de Hoge Raad waarin is bepaald dat de overheid in beginsel aansprakelijk is voor rechtmatig toegebrachte zaak- en letselschade; een voorbeeld van het eerste is de schade die voortvloeit uit verkeersmaatregelen. Van Ravels koppelt een eventuele schadeplicht van de overheid in beide gevallen aan de (on)voorzienbaarheid van de schade.[98] Ook bij maatregelen die ertoe strekken een eind te maken aan een handelen dat in strijd is met de wet of het algemeen belang, stelt hij dat het redelijk is de dientengevolge geleden schade voor rekening van de getroffene zelf te laten omdat een dergelijke maatregel 'in beginsel voorzienbaar' is.[99]

Kijkt men naar de jurisprudentie waarin deze situaties aan de orde zijn, dan blijkt dat in veel gevallen een koppeling met de voorzienbaarheid echter niet wordt gemaakt. De voornaamste reden om de schade ten gevolge van de beschadiging van een zaak in beginsel niet en de schade ten gevolge van verkeersmaatregelen in beginsel wel voor rekening van de getroffene te laten, is mijns inziens gelegen in de aard van dit soort schade *op zichzelf*, los van een eventuele voorzienbaarheid. Als de overheid een particulier zaakschade berokkent, rust op haar in beginsel een schadevergoedingsplicht, omdat dit nu eenmaal een beschadiging van een erge soort is.[100] Gaat het om een verkeersmaatregel, dan is de daardoor geleden schade in beginsel nu juist normaal en dient deze dus te worden geduld. Ook bij schade door handhavend optreden wordt de link met de voorzienbaarheid vaak niet gelegd, maar past de rechter eenvoudigweg de regel toe dat wie zichzelf in een illegale situatie begeeft, de daardoor geleden schade ook moet dragen. Hij geeft hiermee niet zozeer toepassing aan de voorzienbaarheid, als wel aan het adagium *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*: niemand vindt gehoor als hij zich beroept op zijn eigen schandelijke gedrag.[101] Het feit dat ook in de jurisprudentie dit verband niet altijd wordt gelegd is een indicatie dat een afwijking van het *normale*, die de overheid tot compensatie verplicht, niet per definitie een

98 Van Ravels 2005a, p. 32: bij verkeersmaatregelen dient men te bezien 'of er bijzondere omstandigheden aangewezen kunnen worden die de concrete schadeveroorzakende overheidshandeling en de daaruit voortvloeiende nadelen zodanig abnormaal maken, *dat zij onvoorzienbaar geacht moeten* worden'. Verder 'lijkt men eerder rekening te moeten houden met (…) zuivere vermogensschade, dan met zaaksschade en letselschade' (p. 42).

99 Van Ravels & Van Male 1995, p. 79.

100 Schadevergoeding (Lindenbergh en Deurvorst), art. 96, aant. 4 e.v. Vgl. A-G Spier, conclusie bij HR 2 oktober 2009, *JA* 2009, 164, noot 14.

101 Zie § 4.4.4.2. Zie voor toepassingen ABRvS 13 november 2002, LJN AF0262 en ABRvS 4 september 2002, LJN AE7204.

afwijking van het *voorzienbare* is. Een verwijzing naar de voorzienbaarheid blijkt dus niet altijd nodig. Om die reden heb ik in mijn schema hierboven een stippellijn tussen de voorzienbaarheid en de andere factoren gelegd.

Een verwijzing naar de voorzienbaarheid kan soms dus een goede verklaring bieden voor een compensatieplicht, maar is niet altijd nuttig of nodig, en het te breed interpreteren van dit criterium doet uiteindelijk afbreuk aan de scherpte ervan.[102] Het gaat hier om meer dan een woordenspel: wanneer men een afwijking van het normale per definitie ziet als een afwijking van het voorzienbare, dan zullen bestuur c.q. rechter geneigd zijn om te bezien of er aanknopingspunten waren op basis waarvan hij de maatregel in kwestie 'kon zien aankomen'. Ziet men de voorzienbaarheid niet als standaard 'vertrekpunt', dan is er ook ruimte om schade niet te vergoeden als de maatregel onvoorzienbaar was. De Afdeling laat voor die laatste benadering overigens ook ruimte.

> Dit blijkt uit een uitspraak die ging over een verkoopwagen die zijn standplaats had op een parkeerterrein op een waterstaatswerk, de Zandkreekdam. Nadat in 1994 een vergunning was verleend, werd deze in 2001 weer ingetrokken. De inkomsten van appellante vielen voor langere tijd weg. Twistpunt was of het redelijk was op het schadebedrag het hoge percentage van 40% in verband met het normaal maatschappelijk risico in rekening te brengen. Appellante bestreed dit hoge percentage, omdat voor haar niet voorzienbaar was dat kort na de verlenging van de vergunning op 7 juli 1999 werkzaamheden zouden plaatsvinden. Volgens de Afdeling faalde dit betoog, omdat de Minister had 'aangegeven dat appellante voorzienbaarheid en daarmee aanvaard ondernemersrisico niet is tegengeworpen. Volgens de Minister is de korting van 40% uitsluitend gerelateerd aan het normaal ondernemersrisico.'[103]

Voorbeelden van normale, hoewel niet voorzienbare ondernemersrisico's kunnen ook worden aangetroffen in de jurisprudentie van de gemeenschapsrechters. In het *FIAMM*-arrest was sprake van een vergeldingsmaatregel die producenten trof die hierop geheel niet bedacht hoefden te zijn. Toch oordeelde het Gerecht van Eerste Aanleg dat de daardoor geleden schade viel binnen de normale ondernemersrisico's. De verminderde rol van de voorzienbaarheid is voorts zichtbaar in sectoren als het landbouwrecht, waar regels zo vaak veranderen dat een ondernemer *nooit* met succes zal kunnen claimen dat hij een bepaalde wijziging niet had kunnen zien aankomen.[104] Het aan de sector inherente risico van een wijziging van regels is dan zo groot dat feitelijk alleen

---

102 Op welk gevaar Van Ravels (2005a, p. 13) zelf overigens ook wijst: 'Het is bovendien een probleem met "voorzienbaarheid" dat in zeker opzicht niets volkomen onvoorzienbaar is, terwijl in ander opzicht niets volkomen voorzienbaar is.'

103 ABRvS 26 april 2006, *JB* 2006, 171.

104 Zie nader § 12.5.5.1.

de aansprakelijkheid uit *on*rechtmatige daad de ondernemer soelaas kan bieden.

8.5.2.4 Kortingspercentages

De toepassing van het normaal maatschappelijk en het normaal ondernemersrisico kan tot uiteenlopende resultaten leiden. In veel gevallen wordt de schade geheel voor rekening van de benadeelde gelaten. Genoemde risico's kunnen er echter ook toe leiden dat een deel van de schade wel wordt vergoed. In die gevallen staat dus vast dat er sprake is van een onevenredig nadeel, maar wordt niet alle schade vergoed, omdat een deel daarvan tot het normaal maatschappelijk of het normaal ondernemersrisico wordt gerekend. Veelal wordt daarbij een 'kortingspercentage' toegepast, dat wil zeggen een vast percentage dat van de schade wordt afgetrokken. Met dergelijke percentages wordt verdisconteerd dat de schade, ook al was zij onevenredig, voor een deel moet worden geduld. Dat 'evenredige' nadeel is de manier waarop binnen de égalitéleer wordt verdisconteerd dat burgers als 'ruilmiddel' voor het feit dat zij deel uitmaken van een maatschappij waarin zij met anderen leven, niet voor *al* het nadeel bij de overheid kunnen aankloppen. Zoals in de vorige paragraaf is gebleken, hoeft dit niet per definitie te worden verklaard door een verwijzing naar de voorzienbaarheid. Niettemin blijkt uit veel uitspraken dat de voorzienbaarheid, of althans de mate waarin de maatregel in de lijn der verwachtingen lag, vaak als verklaring voor kortingspercentages wordt aangedragen.[105]

> Ten gevolge van de demping van de Gantel verloor een schip zijn ligplaats. 15% van de schade werd voor rekening van de eigenaar gelaten, volgens de schadeadviescommissie omdat appellante niet mocht rekenen op onbelemmerd gebruik van haar levenslange gebruiksrecht. De Afdeling keurde dit goed. De enkele verwijzing naar de als 'levenslang' omschreven duur van het met het bestuursorgaan overeengekomen gebruiksrecht leidde niet tot een ander oordeel.[106]
>
> De exploitant van een camping en een café nabij de Maasdijk leed omzetschade door dijkverbeteringswerkzaamheden. Onder meer omdat deze veel langer duurden dan gepland werd ervan uitgegaan dat de schade onevenredig was. 25% van de schade werd niet vergoed, aangezien de verbetering van de Maasdijk een normale maatschappelijke ontwikkeling betrof welke voorzienbaar was.[107]
>
> Scheepswerf De Liesbosch leed schade door de (verlening van een vergunning voor de) bouw van een vaste brug over het Merwedekanaal. Volgens de ARRvS had de werf 'moeten, althans kunnen beseffen, dat de scheepvaartfunctie van het Merwede-

105 Vgl. Van Ravels 2002, p. 416-417, Van den Berk 1991, p. 124-125.

106 ABRvS 6 maart 2002, LJN AE0350.

107 ABRvS 23 september 1996, *AB* 1996, 494, m.nt. AvH. Vgl. ABRvS 30 november 1998, *JB* 1999, 12, m.nt. RJNS (15%).

kanaal geleidelijk aan betekenis inboette, terwijl de drang van weg- en railverkeer allengs toenam': een korting van 20%.[108]
Een ondernemer in de historische binnenstad van Dordrecht leed schade door verkeersbesluiten ter uitvoering van het nieuwe parkeerbeleid. Op het schadebedrag werd 20% ingehouden, omdat een onderneming gevestigd in de historische binnenstad, rekening moet houden met verkeersmaatregelen waardoor de bereikbaarheid van de onderneming en de parkeergelegenheid in de onmiddellijke nabijheid van de onderneming afneemt.[109]

Verweren die erop zijn geënt de redelijkheid te betwisten van het enkele feit dat een kortingspercentage wordt toegepast, zijn gedoemd te mislukken. Volgens de rechtbank Dordrecht '[past het] in het stelsel van nadeelcompensatie om (…) het door betrokkene te dragen normaal maatschappelijk risico te verdisconteren in het schadebedrag'.[110]

Bestuursorganen kunnen als uitgangspunt hanteren dat zij 'veilig' een kortingspercentage van 15% kunnen hanteren.[111] Naarmate een ontwikkeling meer in de lijn der verwachtingen lag, zal het percentage hoger kunnen zijn.[112] Een verhoogde mate van voorzienbaarheid kan onder meer samenhangen met de *aard van het besluit*. Bij een verkeersbesluit was dit aanleiding op een percentage van 40% uit te komen, nu de schade door dergelijke besluiten in beginsel tot het normaal maatschappelijk risico behoort.[113] Dit zou ook voor andere maatregelen, bijvoorbeeld ter bestrijding van besmettelijke dierziektes, kunnen betekenen dat een hoger percentage dan de standaard 15-25% geoorloofd is. In een uitspraak uit 2006, waarin het ging om de intrekking van een ontheffing voor de plaatsing van reclameborden langs de A28, sloten de adviseurs van SAOZ voor de bepaling van de omvang van de compensatieplicht aan bij de Circulaire Schadevergoedingen uit het milieurecht. De Afdeling achtte dit aanvaardbaar nu het ging om 'vergoeding van schade ten gevolge van de aantasting van een rechtspositie die wordt ontleend aan een publiekrechtelijke vergunning, en niet ten gevolge van aantasting van eigendom of van een zakelijk of persoonlijk recht.' Analoge toepassing van deze voor het milieurecht geschreven normen zou hebben geresulteerd in een normaal maatschappelijk risico van 20%. Toch achtte de Afdeling het redelijk

108 ARRvS 22 november 1983, *AB* 1984, 154, m.nt. dP.
109 ABRvS 24 juni 2009, *TBR* 2009, 172, m.nt. Sluysmans. Zie eerder in dezelfde zaak: Rb Dordrecht 11 juli 2008, LJN BG3548.
110 Rb Dordrecht 4 april 2002, LJN AE1704.
111 Zie bijv. Rb Utrecht 15 oktober 2003, LJN AM2622, Rb Arnhem 28 maart 2007, LJN BA3416, Rb Dordrecht 4 april 2002, LJN AE1704, ABRvS 14 april 2004, LJN AO7460, ABRvS 15 mei 2002, LJN AE2594. Ook ingeval van een *verminderde* mate van voorzienbaarheid, lijkt de Afdeling in beginsel uit te gaan van een percentage van 15%: ABRvS 14 april 2004, LJN AO7460; vgl. Rb Rotterdam 17 augustus 2001, LJN AD3934.
112 Rb Dordrecht 11 juli 2008, LJN BG3548.
113 ABRvS 11 juni 2008, LJN BD3621 en eerder in dezelfde zaak Rb Zutphen 20 september 2007, LJN BB5425.

dat in casu 30% van de schade voor eigen rekening van de eigenaar werd gelaten. Daarbij speelde in dit geval de bijzondere omstandigheid een rol dat het bedrijf een ruime overgangstermijn was gegund.[114]

Bij de toetsing van de kortingspercentages vindt men veelal overwegingen die erop wijzen dat bestuursorganen bij het bepalen van de precieze hoogte een marge wordt gegund.[115] Hieruit valt af te leiden dat 15% weliswaar een gebruikelijk, maar geen 'hard' percentage is. Percentages die (iets) hoger of lager zijn, zullen in het licht van deze marginale toetsing van de exacte hoogte van het normaal maatschappelijke risico de rechterlijke toets kunnen doorstaan. De precieze hoogte van het percentage wordt enigszins afstandelijk getoetst. Bepalend is of het gekozen percentage redelijk is. Kiest het bestuursorgaan voor een relatief hoog percentage, dan zal het dit wel moeten motiveren. In een uitspraak waarin een bestuursorgaan geen enkele reden aanvoerde om het hoge percentage van 25% toe te passen, vernietigde de Afdeling het nadeelcompensatiebesluit in verband met een motiveringsgebrek:

> 'Appellante heeft tenslotte betoogd dat de rechtbank noch de raad hebben gemotiveerd op grond waarvan in dit geval een hoger percentage dan 15% voor haar rekening had moeten blijven, nu van specifieke voorzienbaarheid of risicoaanvaarding naar haar mening in dit geval geen sprake was. (…) Dit betoog slaagt. De raad heeft onvoldoende onderbouwd op welke gronden hij in dit geval tot het percentage van 25% is gekomen. In het advies van de commissie-Kaal is slechts aangegeven dat appellante een zeker maatschappelijk risico liep dat er aan de potentieel gevaarlijke situatie dat de toegangsweg een afrit van een autosnelweg kruist, een einde zou worden gemaakt. Kortingspercentages tussen de 15 en 25% zijn blijkens de jurisprudentie niet ongebruikelijk. De beslissing op bezwaar vertoont een motiveringsgebrek, voor zover de raad daarin niet heeft gemotiveerd waarom in dit geval een percentage van 25% was aangewezen. De rechtbank heeft dit miskend.'[116]

In casu was er naast de voorzienbaarheid van het mogelijk ooit ingrijpen in de gevaarlijke situatie geen andere bijzondere omstandigheid aanwezig die aanleiding gaf tot een verhoogde mate van voorzienbaarheid en dus een hoger percentage. Door zonder meer op het hoogste percentage van 25% te gaan zitten kleefde aan het besluit van de gemeenteraad een motiveringsgebrek.

Door expliciet duidelijk te maken welke (bijzondere) omstandigheden tot een verhoogd percentage aanleiding hebben gegeven, verkleinen bestuursorganen de kans dat hun nadeelcompensatiebesluit op dit punt onvoldoende zorgvuldig is. Op de rechter rust daarbij de taak om van het bestuursorgaan

---

114 ABRvS 29 november 2006, LJN AZ3259.

115 Zie bijv. ABRvS 11 juni 2008, LJN BD3621 (40% was 'niet onredelijk'), ABRvS 29 november 2006, LJN AZ3259 (geen grond voor het oordeel dat een percentage van 30% 'de toets aan de redelijkheid niet kon doorstaan').

116 ABRvS 15 mei 2002, LJN AE2594.

een overtuigende motivering te verlangen ten aanzien van de wijze waarop het tot een korting van een bepaalde omvang is gekomen. Dit is ook van belang in verband met het gevaar dat bij de met het nemen van nadeelcompensatiebesluiten belaste organen een – wat ik maar noem – 'mag het een onsje meer zijn'-cultuur ontstaat. Daarmee doel ik op het verschijnsel dat bestuursorganen aan het stapelen slaan en elke relevante omstandigheid die de burger kan worden tegengeworpen in een schijnbaar 'objectief' percentage uitdrukken. Om geen afbreuk te doen aan de doorzichtigheid en de objectiviteit van de wijze van berekenen van de te vergoeden schade zal de rechter onder meer goed dienen na te gaan of de omstandigheden waarop het bestuursorgaan zich beroept, zich daadwerkelijk hebben voorgedaan.[117]

De voornoemde gevallen hebben gemeen dat telkens *per geval* werd bezien hoe hoog het percentage was dat voor rekening van de getroffene werd gelaten. Is het werken met standaard kortingspercentages ook denkbaar? Dat is in beginsel geoorloofd, zij het dat een dergelijk percentage betrekking moet hebben op het *schadebedrag*. Een kortingspercentage is een manier om te verdisconteren dat een deel van de schade als 'evenredig' voor rekening van de benadeelde zelf dient te blijven. Dit percentage mag derhalve niet worden toegepast op het reeds als *on*evenredig vastgestelde schadebedrag. Dit laatste bedrag dient immers volledig te worden vergoed. De kritiek van Hoitink op de praktijk in het milieurecht waarbij op *bovennormale* kosten een korting van 20% wordt toegepast, onderschrijf ik dan ook.[118] Iets meer aarzelingen heb ik bij de door haar en Koetser opgeworpen vraag of het wenselijk zou zijn om bij amvb neer te leggen dat bij ingrepen in de infrastructuur die op landelijk niveau op min of meer dezelfde wijze spelen, altijd 15% van de schade voor rekening van de burger komt, gelet op de noodzaak dat nu eenmaal enigermate rekening moet worden gehouden met schade als gevolg van ingrepen in infrastructuur.[119] Ik meen dat pas specifieke percentages in een algemeen verbindend voorschrift moeten worden neergelegd als dit percentage in de jurisprudentie zodanig duidelijk herkenbaar is dat zij zich er toe leent om tot een algemene regel te worden verheven. Indien deze tendens niet voldoende herkenbaar is, ligt het niet voor de hand een vast percentage in een algemeen verbindend voorschrift neer te leggen, maar in een beleidsregel, nu deze een inherente afwijkingsbevoegdheid kent (art. 4:84 Awb), terwijl een algemeen verbindend voorschrift in beginsel telkens moet worden toegepast.[120] Ten aanzien van het door Hoitink & Koetser genoemde percentage valt meer in het bijzonder op te merken dat dit afhankelijk van de soort van

117 Zie ABRvS 24 juni 2009, *TBR* 2009, 172, m.nt. Sluysmans, waarin de Afdeling een streep haalde door een extra korting van 5% vanwege het beweerdelijk niet handhaven van het parkeerverbod, welke stapeling door de rechtbank juist goedgekeurd (Rb Dordrecht 11 juli 2008, LJN BG3548).

118 Hoitink 1998, p. 182 e.v., Hoitink 2002, p. 245-246.

119 Hoitink & Koetser 2007, p. 341 (noot 50).

120 Zie nader Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 241-242.

ingreep in de infrastructuur in sommige gevallen (bijvoorbeeld indien in het kader van de aanleg van een spoorlijn een verkeersmaatregel moet worden genomen) zou betekenen dat veel meer compensatie dan gebruikelijk wordt gegeven.[121] In andere gevallen (bijvoorbeeld indien het gaat om hinder door de aanleg van een spoorlijn, in verband waarmee een restaurant omzetschade lijdt) ligt het blijkens de jurisprudentie meer voor de hand om de onevenredigheid van het nadeel niet aan de schade, maar aan de omzet te relateren. In de praktijk zal waarschijnlijk zo vaak de behoefte bestaan van het door hen voorgestelde percentage af te wijken, dat het nut van een dergelijke amvb moet worden betwijfeld.[122]

8.5.3 Ernst en omvang van de schade

Ook de omvang van de schade is van belang. Deze factor kan men niet altijd los zien van de overige gezichtspunten in het kader van de abnormale last. Schade kan een grote omvang hebben, maar tevens voor de betrokkene, bijvoorbeeld vanwege de aard van zijn bedrijf, zodanig voorzienbaar dat zij geheel niet voor vergoeding in aanmerking komt.[123] Anderzijds kan schade voortvloeien uit een normale maatschappelijke ontwikkeling maar toch in een concreet geval zo ernstig uitvallen dat zij wel boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt. Welke rol aan de omvang van het nadeel toekomt kan dus vaak niet los worden gezien van de vraag of dit in enige mate voorzienbaar was.

8.5.3.1 Bagatelschade

Dit maakt ook dat men behoedzaam moet zijn om nadelen van een bepaalde omvang als 'bagatelschade' af te doen. Er zijn schades die zo gering van omvang zijn dat redelijkerwijs niet gerechtvaardigd kan worden dat de overheid daarvoor zou moeten instaan. Een bekend voorbeeld is de schade van ƒ 250 in verband met het drukken van nieuw postpapier.[124] Veel toepassingen van deze maatstaf kunnen in de jurisprudentie echter niet worden aangetroffen. Dat kan worden verklaard doordat er niet één bepaalde grens is aan te geven waar schade ophoudt 'bagatelschade' te zijn. Dat diskwalificeert dit criterium wellicht niet als zodanig, maar relativeert zijn bruikbaarheid wel enigszins. Veel zal immers afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.

---

121 Vgl. ABRvS 11 juni 2008, LJN BD3621 en Rb Zutphen 20 september 2007, LJN BB5425, waarin voor schade door een verkeersmaatregel een percentage van 40% werd gehanteerd.

122 Denkbaar is dat in de a.v.v. als regel wordt neergelegd dat het bestuur bevoegd is om van het geregelde percentage af te wijken. Zodra afwijking van de regel echter regel wordt, moet het nut van de regel zelf worden betwijfeld.

123 Zie bijv. Hof Arnhem 21 februari 2006, LJN AV2754.

124 ARRvS 29 juni 1987, *AB* 1988, 262.

Om een voorbeeld te noemen: ooit overwoog de Afdeling over een bedrag van ƒ 8.030 voor het treffen van voorzieningen tegen trillinghinder en het maken van accountantskosten dat dit bedrag 'zo laag [is], dat niet kon worden geoordeeld dat de raad niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten de kosten voor rekening van appellante te laten.'[125] Naar mijn idee mag men hieruit echter niet de conclusie trekken dat schade per definitie hoger dan dat bedrag zou moeten uitvallen om voor nadeelcompensatie in aanmerking te komen.

> Van een harde 'regel' – in de zin dat ernstig nadeel telkens wordt vergoed, en minder ernstig nadeel niet – is ook in het Franse recht geen sprake. Hoewel er wel uitspraken zijn waarin een nadeel te gering werd geacht om te worden vergoed,[126] zijn er ook uitspraken waarin een tamelijk gering nadeel *wel* werd vergoed. Het arrest *Navarra* is een treffend voorbeeld: de autoriteiten weigerden de – op grond van de door de wet aangewezen – burgerlijke rechter te adiëren met het verzoek tot afbraak van een illegaal gebouwd opgebouwd hutje vlak naast de landelijk gelegen woning van de heer Navarra. Diens nadeel was voornamelijk esthetisch van aard en kon moeilijk worden becijferd; het stond niet vast dat de woning van de heer Navarra in waarde was gedaald. C-G Rougevin-Baville had de Conseil in zijn conclusie voorgehouden dat de vraag of een nadeel ondanks zijn geringe omvang abnormaal kan zijn, 'fermement affirmative' beantwoord, en de Conseil ging daarin mee door te bepalen dat de minister Navarra een vergoeding van 5000 francs was verschuldigd.[127]

Dat hier geen *hard and fast-rules* over kunnen worden opgesteld en dat men behoedzaam moet zijn met het te lichtvaardig kwalificeren als een nadeel van een bepaalde aard of omvang als *per definitie* 'evenredig', kan worden geïllustreerd aan de hand van gevallen waarin schade voor rekening van de getroffene wordt gelaten omdat zij niet 'ingrijpend' genoeg is. Zo geldt voor het tijdelijk verlies van uitzicht op een met bomen begroeid talud,[128] een tijdelijke verkeersmaatregel,[129] tijdelijke geluid- en trillingshinder[130] of een tijdelijk

125 ABRvS 5 juni 2000, *JB* 2000, 214, m.nt. RJNS (*Phobutech*).

126 CE 3 maart 1978, *RDP* 1978, p. 1754 (*Secr. Etat aux Postes et télécommuncations*; geen vergoeding 'eu égard à la faible importance des dommages'); CE 1 juni 1984, *Rec*. p. 194 (*Tizon;* geen vergoeding van schadepost van 2.279 francs).

127 CE 22 maart 1974, *Rec*. p. 201 (*Navarra*). Zie ook de kanttekeningen van Romi bij CAA de Lyon 1 februari 1994, *D*. 1994, p. 442 (*Plan*): wel een abnormaal nadeel, ondanks relatief laag bedrag 40.000 fr (ong. €6000).

128 Rb Amsterdam 18 januari 2006, LJN AV1546.

129 Rb Roermond 27 februari 1996, *JB* 1996, 128, m.nt. RJGHS en ARRvS 27 augustus 1990, *BR* 1991, 283. Zie ook ABRvS 29 september 2004, *AB* 2005, 46, m.nt. KJdG: de Afdeling kwam, anders dan de Rb Almelo (7 oktober 2003, *AB* 2004, 16, m.nt. BJS), tot het oordeel dat de schade binnen het normaal maatschappelijk risico viel, nu de verkeersbesluiten tot niet meer strekten dan de aanleg van een busbaan en een verlaging van de maximumsnelheid.

130 Rb Zutphen 1 april 2004, LJN AO7291 en Rb Arnhem 19 juni 2003, LJN AG9390 en Rb Arnhem 19 juni 2003, *BR* 2004, 55.

vervoersverbod van varkens,[131] dat deze reeds vanwege het ontbreken van enig ingrijpend karakter nog binnen het normaal maatschappelijk risico vallen. Dit betekent evenwel niet dat bestuursorganen als vaste beleidslijn kunnen hanteren dat zij schade gedurende de eerste zes weken van een infrastructureel project per definitie kunnen afwijzen als 'tijdelijk' en daarom 'normaal', nu aard en omvang van de schade ook binnen die relatief korte termijn zodanig kunnen zijn dat de schade toch voor rekening van de overheid moet komen.[132] Dat sluit aan bij jurisprudentie van de Afdeling dat in situaties van rechtmatig toegebrachte hinder de ernst van de schade wordt afgemeten aan de hand van de duur, intensiteit en omvang van de hinder.[133] De duur van de hinder is dus niet louter doorslaggevend. Ook dit voorbeeld laat zien dat uiteindelijk de omstandigheden van het geval van belang zijn en dat de ernst en de omvang van het nadeel zich meestal niet in *absolute* zin laten meten.

Ook hier is het Franse recht genuanceerd. Bij een zeer zware belangenaantasting, zoals de onmogelijkheid een bepaalde plek nog langer een bedrijf uit te oefenen,[134] zal de drempel van de *gravité* in de regel – behoudens factoren als risicoaanvaarding, normaal risico e.d. – niet veel problemen opleveren. Een succesvol beroep op de égalité kan echter ook volgen uit minder zware aantastingen, zoals een sterk verminderde zichtbaarheid van een bedrijf door een herinrichting van de wegen waarlangs het bedrijf bereikt kon worden, met een sterke terugval van het aantal klanten als gevolg,[135] een tijdelijk terugval van de klandizie,[136] de vrijwel totale onmogelijkheid om gebruik te maken van normale huishoudelijke apparaten door een nabij gelegen zendmast[137] of een vertraging van de uitvoering van een bouwwerk in verband met een archeologische vondst.[138] Daarentegen stond de geringe(re) ernst van het nadeel wel in de weg aan een vergoeding in een geval waarin een bedrijf dat zich bezighield met parachutisme door nieuwe regels een vergunning nodig had voor sprongen van boven de 2500 meter; het kon daartoe vergunningen aanvragen en nog steeds, zij het met een wellicht wat verminderde frequentie, vluchten blijven uitvoeren.[139]

---

131 CBB 11 september 2001, LJN AD3526 en CBB 21 augustus 2001, LJN AD2849.

132 Rb Arnhem 14 december 2004, LJN AR8060.

133 ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0572. Dit zijn criteria die niet verschillen van de wijze waarop de burgerlijke rechter met schade door (onrechtmatige) hinder omgaat (HR 15 februari 1991, *NJ* 1992, 639, m.nt. CJHB (*Aalscholvers*) en Rb Alkmaar 6 juli 2005, *JA* 2005, 70 (*Geluidsoverlast moskee*)).

134 CE 16 oktober 1992, *Rec*. p. 1281 (*SA Garage de Garches*; een garage kon zijn verkoop- en reparatieactiviteiten niet langer ter plekke uitvoeren in verband met een aldaar gevestigd voetgangersgebied), CE 31 maart 1995, *Rec*. p. 155 (*Lavaud*).

135 CE 18 november 1998, *Rec*. p. 427 (*Les Maisons de Sophie*).

136 CAA de Bordeaux 31 december 1993, *Rec*. p. 1030 (*Blanco*; klanten werden gefouilleerd in verband met het gevaar van aanslagen).

137 CE 13 juni 2001, *Rec*. p. 261 (*Verdure*).

138 CE 6 april 1993, *Rec*. p. 1030 (*SCI La Cardinale*).

139 CE 28 december 2001, *Rec*. p. 1187 (*Centre école régional de parachutisme de Picardie*).

8.5.3.2 Drempelpercentages

Om het criterium van de omvang van het nadeel beter hanteerbaar te maken dan de enkele maatstaf dat 'bagatelschade' niet hoeft te worden vergoed, wordt veelvuldig gebruik gemaakt van een drempelpercentage. Waar een kortingspercentage wordt toegepast nadat is vastgesteld *dat* er sprake is van een situatie van onevenredig nadeel, fungeert een drempelpercentage als maatstaf om te bepalen *wanneer* sprake is van onevenredig nadeel. Feitelijk geven drempelpercentages uitdrukking aan de gedachte dat schade van een bepaalde omvang voor rekening van de burger zelf blijft, in het licht van de onvermijdelijke nadelen die men soms zal moeten dulden in een samenleving op een beperkt grondgebied. Dat heeft met 'bagatelschade' niet zoveel te maken, maar geeft uitdrukking aan de – niet bijster concrete – notie dat bij schade van een bepaalde omvang nog geen sprake is van een 'wanverhouding tussen lusten en lasten.'[140] Deze notie lijkt ook een rol te spelen in het kader van de Wet op de ruimtelijke ordening. Op grond van de Wro wordt bij indirecte planschade een percentage van 2% van de waarde van een onroerende zaak onmiddellijk voor het ontstaan van de schade voor rekening van de aanvrager gelaten. Dit percentage wordt gerechtvaardigd met de volgende overweging:

> 'Een ieder die deel uit maakt van de samenleving krijgt te maken met feitelijke of juridische veranderingen, al dan niet door de overheid geëntameerd, en draagt in beginsel ook het risico dat aan deze veranderingen nadelige gevolgen verbonden zijn. De regering is blijven aansluiten bij het oorspronkelijke uitgangspunt dat een individu indien hij een nadeel ondervindt ten gevolge van een ontwikkeling in de samenleving, dit nadeel in beginsel zelf behoort te dragen. Dat geldt ook voor nadelen die het gevolg zijn van een overheidsbesluit waarbij ten gunste van een zwaarderwegend belang van de samenleving individuele belangen worden benadeeld. (…) In het wetsvoorstel [is] gekozen voor een (in het Nederlands recht niet ongebruikelijke) forfaitaire benadering.'[141]

In het milieurecht wordt het drempelpercentage gerechtvaardigd met een beroep op de 'eigen verantwoordelijkheid van de ondernemer.'[142] Wat ook zij van de precieze overwegingen, feit is dat schade die niet boven de door het bestuur toegepast drempel uitstijgt, geacht kan worden niet zodanig

140 Van Ravels 2002, p. 413.

141 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 62-63. Vgl. Van Ravels 2008, p. 139, die stelt dat deze schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort 'ongeacht de overige omstandigheden van het geval'.

142 In de Circulaire Schadevergoedingen (*Stcrt*. 1997, nr. 246, p. 32), een beleidsregel die invulling geeft aan de nadeelcompensatieregeling in de Wet milieubeheer, wordt erop gewezen dat 'de ondernemer een zekere eigen verantwoordelijkheid heeft, ook als het gaat om het dragen van kosten wegens het nemen van bovennormale milieumaatregelen'. Daarom blijft bij de toepassing van art. 15.20 Wet milieubeheer standaard een percentage van 20% van de 'bovennormale kosten' voor rekening van de ondernemer zelf.

'abnormaal' te zijn, dat een recht op nadeelcompensatie bestaat. Naast de in de Wro opgenomen waardedrempel (die ik niet nader zal bespreken), komen in de jurisprudentie winstdrempels, omzetdrempels en kostendrempels voor. Telkens wordt daarbij de vraag of er sprake is van boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgende schade aan een andere 'eigenschap' van de getroffene gerelateerd.

a. Winstdrempels

Een *winst*drempel kwam met name in oudere nadeelcompensatieregelingen voor. Bij de vraag of een bedrijf recht had op een tegemoetkoming in het kader van de *Metroschaderegeling Schiedamseweg* was een voorwaarde voor een tegemoetkoming dat het inkomen uit de winst van een onderneming ten gevolge van de bouw van een metro minder is dan 70% van de gemiddelde winst. Een percentage van 30% van de gemiddelde winst werd dus voor rekening van de ondernemer zelf gelaten.[143] Krachtens de *Schadecompensatieregeling Willemsspoortunnel* diende de schade meer dan 10% van de gemiddelde winst te bedragen.

Het hanteren van een winstdrempel in deze gevallen kan moeilijk los worden gezien van het motief van deze regelingen. De reden voor het bestuursorgaan deze regelingen op te stellen was vooral gelegen in de van overheidswege gevoelde noodzaak 'iets te doen' voor bedrijven die door de betreffende infrastructurele projecten werden getroffen. Zo werd in de toelichting op de *Metroschaderegeling Schiedamseweg* dat 'ondernemers niet in een positie zouden mogen worden gebracht waarin zij buiten hun schuld zouden moeten terugvallen op de sociale voorzieningen' en werd over de *Schadecompensatieregeling Willemsspoortunnel* gesteld dat het wenselijk was 'de continuïteit van als gevolg van de aanleg van de tunnel schade lijdende bedrijven te waarborgen'.[144] Daarop sloot een winstdrempel goed aan: de winst is immers bij uitstek een graadmeter voor het succes van een bedrijf en de belangrijkste indicator van de mogelijkheden van een bedrijf om op de lange termijn te overleven.

Deze berekening van de onevenredigheid van het nadeel is tegenwoordig uit de gratie geraakt. Daarvoor kunnen verschillende verklaringen worden gegeven. Een rol speelt mogelijk dat winst een zeer directe graadmeter is van de financiële gezondheid van een bedrijf, zodat men teveel in de sfeer van de steunverlening belandt: de toekenning van nadeelcompensatie wordt afhankelijk van de vraag of de ondernemer in het verleden goede of slechte resultaten heeft geboekt.[145] Wellicht speelt ook mee dat het begrip winst niet

143 Te Rijdt 1991, p. 133. Hij noemt ook enkele andere voorbeelden van winstdrempels, waaronder de Willemspoortunnelregeling (waarin de schade meer dan 10% van de gemiddelde winst moest bedragen)

144 Zie nader Te Rijdt 1991, p. 134, 139.

145 Vgl. de kritiek die onder milieurechtjuristen bestond ten aanzien van het hanteren van het 'cashflowcriterium' in de Circulaire Schadevergoedingen (*Stcrt*. 22 december 1997). Zie nader Backes 1993, p. 254-255 en Hoitink 1998, p. 181 en Hoitink 2002, p. 250.

eenvoudig te omschrijven is en dat het zich makkelijk leent voor bedrijfseconomische 'trucjes' om zo een voor het bedrijf uit nadeelcompensatieperspectief zo gunstig mogelijk resultaat te bereiken.[146] Tot slot leidden regelingen met een winstdrempel ertoe dat de overheid in sommige gevallen te veel schade vergoedde, omdat ondernemers geneigd waren elke teruggang in hun winst toe te rekenen aan de in de schaderegeling genoemde oorzaak.[147] Hoe dan ook, winstdrempels worden in de praktijk, zo lijkt het, niet meer gehanteerd.

b. Omzetdrempels

Naar huidig recht zijn omzetdrempels een meer gebruikelijke wijze van de bepaling van de onevenredigheid van het nadeel in de hier bedoelde zin. In een oudere uitspraak van de Afdeling rechtspraak was al eens een nadeelcompensatieclaim afgewezen omdat de 'dalende benzineverkoop een betrekkelijk gering deel van de omzet uitmaakte'.[148] Later is men op dit punt standaarddrempels gaan hanteren, die men bovenal aantreft indien ondernemingen schade lijden door werkzaamheden in het kader van grote infrastructurele projecten. Voorbeelden waarin toepassing is gegeven aan een omzetdrempel zijn het *Utrechtse Hoogwaardig Openbaar Vervoer-project* (de HOV-baan), de bouw van een openbaarvervoertunnel en een parkeergarage in Den Haag (*het Souterrainproject*) en de *Regeling Nadeelcompensatie Betuweroute*. Hoewel de op deze projecten toepasselijke verordeningen en beleidsregels niet voorschreven dat een drempel van 15% van de omzet op jaarbasis moest dienen als maatstaf voor de bepaling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico, is deze wijze van berekening in deze gevallen later wel gebruikelijk geworden.[149]

Aanvankelijk was het de vraag of de Afdeling een dergelijke drempel rechtens toelaatbaar zou achten. In oudere (planschade)jurisprudentie overwoog de Afdeling nog dat 'ter beantwoording van de vraag of een schade redelijkerwijze niet of niet geheel ten laste van betrokkene behoort te blijven, naar haar oordeel geen betekenis toekomt aan de verhouding tussen de hoogte van de schade enerzijds en de omvang van de winst of de omzet anderzijds.'[150] De rechtbank Den Haag oordeelde later echter dat een omzetdrempel 'objectief criterium [betreft], waarbij, anders dan een op winst en verlies betrekking hebbend criterium, de draagkracht van de benadeelde geen rol

146 Zie voor een weergave van een aantal problemen op dit punt de toelichting bij art. 1 van de Verordening Nadeelcompensatie Noord-Zuidlijn, waar beperkingen worden opgesomd van zowel het fiscale als het commerciële winstbegrip.

147 Te Rijdt 1991 noemt dit bezwaar zowel bij de Haagse fietsrouteverordening (p. 131) als de Metroschaderegeling Schiedamseweg Rotterdam (p. 135).

148 ARRvS 9 juli 1990, *AB* 1991, 229, m.nt. PCEvW.

149 Zie bijv. Rb Arnhem 27 maart 2008, LJN BH0116, ABRvS 5 september 2001, *BR* 2002, 877, m.nt. BPMvR (*Souterrain Den Haag*) en ABRvS 14 april 2004, LJN AO7483 (*HOV Utrecht*) en eerder ARRvS 1 juni 1987, *AB* 1988, 115, m.nt. PCEvW (*Demonstratieproject Rijswijk*).

150 AGRvS 12 oktober 1988, *AB* 1989, 234, m.nt. JAMvdB.

speelt.'[151] In 2001 zou de Afdeling, in aansluiting op de uitspraak van de rechtbank Den Haag, deze berekeningswijze echter goedkeuren.[152] Later is dat oordeel bevestigd: volgens de Afdeling 'is het hanteren van een ondergrens in de vorm van een maatschappelijk risico van 15% van de omzet op jaarbasis rechtens aanvaardbaar'.[153] Deze woorden duiden er op dat de bestuursrechter bestuursorganen enige marge gunt bij hun keuze voor het precieze drempelpercentage, hetgeen ook uit andere uitspraken blijkt. Gesteld wordt bijvoorbeeld dat met een omzetdrempel van 15% 'geen onredelijke invulling' aan het normaal maatschappelijk risico is gegeven.[154]

De omzetdrempel is niet onomstreden. Horlings, schadedeskundige bij de Noord-Zuidlijn, heeft laten zien waar het hanteren van een omzetdrempel van 15% in de praktijk toe leidt.[155] De voorbeelden die hij noemt illustreren goed dat het op zichzelf objectieve omzetcriterium in de praktijk voor verschillende bedrijven totaal anders kan uitpakken. Of de oplossingsrichting die hij bepleit, namelijk het vervangen van omzet- door winstdrempels, gewenst is, is echter de vraag.[156] Horlings beargumenteert dit met de stelling dat het omzetcriterium leidt tot 'ernstige financiële problemen bij voorheen goed renderende ondernemers', hetgeen een miskenning zou zijn van het maatschappelijk belang van ondernemen. Problematisch is echter dat het relateren van het normaal maatschappelijk risico aan de winst de facto ertoe leidt dat het criterium van de 'levensvatbaarheid' centraal komt te staan. Dit zou (weer) leiden tot een vergaande subjectivering van het oordeel over de onevenredigheid, waarvan met de *Paul Krugerbrug*-uitspraken nu juist afscheid is genomen. Verder moge het zo zijn dat, zoals Horlings stelt, de drang naar zelfstandigheid en onafhankelijkheid ondernemers vaak doet besluiten voor eigen rekening en risico ondernemersinkomsten te verwerven, maar hiermee hangt onlosmakelijk samen dat ondernemers in beginsel zelf verantwoordelijk zijn voor de keuzen die zij maken. Loopt een bedrijf door een bepaalde inrichting van zijn bedrijf meer risico's dan zijn concurrenten, dan behoren eventuele daaraan verbonden nadelen in beginsel tot het eigen ondernemersrisico. Horlings' stelling dat waar ondernemingen verschillen, ook ondernemersrisico's verschillen, is op zichzelf juist, maar ik deel niet zijn conclusie, namelijk dat dit gegeven aanleiding moet zijn schade sneller of minder snel tot het normaal maatschappelijk risico te rekenen. In de objectivering van de nadeelcompensatiecriteria ligt nu eenmaal besloten dat er bij deze toets geen plek is voor indivi-

151 Rb Den Haag 9 juli 1999, LJN AA3745, *JB* 1999, 234, m.nt. RJNS.
152 ABRvS 5 september 2001, *BR* 2002, 877, m.nt. BPMvR (*Souterrain Den Haag*).
153 ABRvS 19 december 2007, LJN BC0536, ABRvS 14 april 2004, LJN AO7483, ABRvS 19 november 2003, LJN AN8347. Vgl. Rb Arnhem 27 maart 2008, LJN BH0116, waarin de rechtbank onderstreept dat een percentage van 15% 'inmiddels vaste jurisprudentie' is en dat de minister om die reden bij dit percentage kon aansluiten.
154 ABRvS 2 april 2008, LJN BC8472, ABRvS 19 november 2003, LJN AN8347.
155 Horlings 2007, p. 213-214.
156 Horlings 2007, p. 216.

duele bevoordeling van de ondernemer die minder gelukkige ondernemerskeuzes heeft gemaakt dan een collega.[157] Met het introduceren van winstdrempels is bovendien het gevaar van creatief boekhouden reëel, omdat de winst zich daartoe, veel meer dan de omzet, leent. Dat neemt de essentie van Horlings' kritiek echter niet weg. Mogelijk kan een tussenoplossing worden gevonden in het nog wel vasthouden aan omzetdrempels, maar deze niet standaard op 15% te stellen, zoals thans het geval is, maar af te stemmen op de aard van het bedrijf. Het maatwerk in het individuele geval blijft daardoor gewaarborgd, maar ook de objectiviteit van het omzetcriterium.

Hoewel dat in niet vaak lijkt voor te komen, kan een drempelpercentage ook worden gecombineerd met een kortingspercentage. Denk aan het geval dat een restaurant lange tijd ernstige hinder ondervindt van werkzaamheden die worden verricht in het kader van de revitalisering van het stadshart. Stel dat dit nadeel uitstijgt boven de 15%-omzetdrempel, dan is dit boven de drempel uitstijgende bedrag het onevenredige nadeel. Het is echter niet ondenkbaar dat dit restaurant ook voordelen geniet van de herinrichting van het stadshart (verbeterde bereikbaarheid, betere ontsluiting van openbaar vervoer, verbeterde veiligheid). Vanwege die genoten voordelen is het bestuursorgaan mijns inziens in beginsel gerechtigd om op het boven de drempel uitstijgende bedrag een nadere korting toe te passen, aldus toepassing gevend aan het leerstuk van de voordeelstoerekening. Dit komt niet per definitie neer op een 'dubbele aftrek', omdat het gaat om verschillende gezichtspunten. Juist omdat er veel kritiek is op de omzetdrempel – met name die van 15% – lijkt deze wijze van verrekenen in de praktijk echter niet veel voor te komen.

c. Kostendrempels

Bestaat de schade niet uit een derving van omzet, maar uit gemaakte kosten, dan wordt in sommige gevallen een *kostendrempel* gehanteerd. Dat deed zich voor in enige uitspraken over bedrijven die in verband met werkzaamheden rond de aanleg van de Betuweroute moesten omrijden. Toen een bedrijf dat zich bezighield met de handel in en het transport van zand, grind en bouwmaterialen, omzetschade leed in verband met de afsluiting van een tunnel, kreeg het alleen vergoed de schade die uitsteeg boven 15% van de gemiddelde transportkosten per jaar. Hiermee had de minister volgens de Afdeling 'geen onredelijke invulling (…) gegeven aan hetgeen tot het normale ondernemersrisico behoort'.[158]

8.5.3.3 Kritiek op drempelpercentages

In de literatuur wordt er veelal op gewezen dat het gevaar van drempelpercentages is dat de beoordeling van een recht op nadeelcompensatie op basis van

157 Zie § 3.3.1.

158 ABRvS 2 april 2008, LJN BC8472, ABRvS 21 juni 2006, LJN AX9047.

een al te 'grofmazige' maatstaf geschiedt. Door geen percentage te hanteren, maar op basis van de 'omstandigheden van het geval' te oordelen, is immers een meer verfijnde beoordeling mogelijk.[159] Bovendien hebben percentages als nadeel dat zij onvermijdelijk arbitrair zijn.[160] Ook zou het hanteren van een omzetdrempel op gespannen voet staan met het staatssteunrecht.[161] Door het hanteren van een omzetdrempel aanvaardbaar te achten, zou de bestuursrechter voorts ten onrechte toepassing geven aan het draagkrachtbeginsel en in te weinig gevallen een nadeelcompensatieplicht aannemen. In de literatuur wordt echter ook gewezen op het voordeel van een vast percentage: bij de toepassing van een vaag begrip als het normaal maatschappelijk risico bieden vaste percentages tenminste nog rechtszekerheid.[162]

Mijns inziens heeft het hanteren van een vaste drempel in elk geval één belangrijk voordeel, namelijk dat aan de vage norm van het normaal maatschappelijk risico of het normale ondernemersrisico een duidelijke en praktisch hanteerbare inhoud wordt gegeven. Aan dit argument komt het nodige gewicht toe, juist omdat in de literatuur zo vaak het bezwaar van vaagheid van deze criteria wordt gehoord. Een vast percentage van de omzet als drempel verschaft zowel aan het bestuursorgaan als aan de getroffen burgers en ondernemingen de nodige rechtszekerheid, althans meer zekerheid dan wanneer over de kans van slagen van een verzoek om nadeelcompensatie niet meer bekend is dan dat men schade moet lijden die boven het 'normaal maatschappelijk risico' uitstijgt. In dat geval zullen alleen burgers en ondernemers die op die regeling 'toevallig' een beroep doen, mogelijk een recht op nadeelcompensatie verzilveren. Door het bestaan van een vaste drempel weten zij beter waar zij aan toe zijn.

Toch wordt ook dit criterium door sommige schrijvers bekritiseerd. Hoitink & De Looij wijzen erop dat dan het gevaar van strijd met het staatssteunrecht op de loer ligt.[163] Deze vrees is in zoverre ongegrond dat een omzetdrempel juist in het abstraheren van de overlevingskansen van een bedrijf geen gevaar oplevert met het staatssteunrecht in strijd te komen. De invloed van politieke steunoverwegingen is bij dit criterium naar mijn idee minimaal. Een gevaar met het staatssteunrecht zie ik alleen in zoverre dat wanneer verschillende bestuursorganen sterk uiteenlopende omzetdrempels hanteren, er gewild of ongewild verschillen kunnen ontstaan ten aanzien van wat bedrijven in den lande dienen te dragen. Een drempel die rond de één of twee procent ligt, zou immers aan bepaalde ondernemingen een voordeel op de concurrenten kunnen verschaffen, wanneer die laatste normaal gesproken met een drempel

159 Zie bijv. Hoitink 2002, p. 246.
160 In die zin bijv. de Raad van State in haar kritiek op het ontwerp van de nieuwe planschaderegeling (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, A, p. 21).
161 Hoitink & De Looij 2007, p. 92.
162 Vgl. Van den Broek 2004, p. 648.
163 Hoitink & De Looij 2007, p. 92.

van 15% wordt geconfronteerd. Dit pleit ervoor bij vergelijkbare overheidshandelingen zoveel mogelijk met vergelijkbare percentages te werken.

Ik ben er geen voorstander van over de hele linie van het nadeelcompensatierecht met vaste drempelpercentages te gaan werken. Ik vraag mij in dit verband af of het wenselijk is om de bijzondere wetgever per geval of categorie van gevallen te laten bepalen hoever iemands eigen maatschappelijk risico reikt.[164] Dat zal, vermoed ik, er al snel toe leiden dat bijzondere wetten zullen voorzien in vaste percentages of dat schade ten gevolge van bepaalde handelingen tot het normaal maatschappelijk risico zal worden gerekend. De mogelijkheid de individuele omstandigheden van het geval recht te doen zal daarbij al snel in het gedrang komen. Bovendien vraag ik me af of het in de praktijk werkbaar is om bij bijzondere wet het normaal maatschappelijk risico te regelen. Ik zie bijvoorbeeld niet in hoe in een wettelijke regeling zou kunnen worden neergelegd wat het normaal maatschappelijk risico bij schade door verkeersmaatregelen is. Blijkens de rechtspraak zijn hierbij tal van omstandigheden van belang (de duur van de maatregel, de mate waarin men bereikbaar blijft, de lengte van omleidingsroutes, de wijze waarop het project ten uitvoer wordt gelegd), die vaak niet van een absoluut gewicht zijn, maar relatief (een lange duur is bijvoorbeeld niet abnormaal als er slechts sprake is van een geringe verminderde bereikbaarheid). Ook bij nadeelcompensatie ten gevolge van hinder door overheidshandelen – bijvoorbeeld in het kader van infrastructurele projecten – zijn tal van factoren van belang. Dat gegeven noopt de bijzondere regelgever al snel tot het opsommen van enige relevante gezichtspunten, waaraan het bestuur invulling dient te geven, afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Het is niet voor niets dat nadeelcompensatieregelingen zich meestal beperken tot het opsommen van enige relevante schadeoorzaken en zich verder beperken tot een codificatie van precies dezelfde vage normen die ook in een toekomstige algemene Awb-regeling zullen worden opgenomen.[165] Het pleidooi van Kortmann voor zoveel mogelijk toespitsingen van de abnormale last in bijzondere wetgeving sluit weliswaar goed aan op zijn opvatting over de politieke dimensie van dit begrip, maar het is de vraag of ook de wetgever hiermee niet overvraagd wordt.

164 Kortmann 2006, p. 86.

165 Dit geldt bijvoorbeeld voor de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 (*Stcrt*. 1999, 172) en de Gemeenschappelijke regeling Schadeschap Luchthaven Schiphol (*Stcrt*. 1998, 223). Ook de Circulaire (*Stcrt*. 1997, nr. 246) die dient als leidraad bij de interpretatie van art. 15.20 en 15.21 Wet milieubeheer laat na precies vast te leggen wat 'bovennormale' kosten zijn. Een regeling waar de abnormale last wel vrij precies nader is genormeerd is de Nadeelcompensatieregeling verleggen kabels en leidingen in en buiten rijkswaterstaatswerken en spoorwegwerken 1999.

8.5.3.4 Pleidooi voor meer rechtseenheid

Naar mijn idee is het probleem in de praktijk overigens niet zozeer dat de rechter hier te veel in de melk te brokkelen zou hebben, maar juist het feit dat de – door Kortmann terecht onderstreepte – politieke dimensie van het normaal maatschappelijk risico de rechter al snel noopt tot een terughoudende toets van het oordeel van het bestuursorgaan over de onevenredigheid van het nadeel. Door deze terughoudende rechterlijke toets worden de tamelijk grote ongelijkheden die thans bestaan in de nadeelcompensatiepraktijk, niet door de bestuursrechter geredresseerd. Twee voorbeelden van zulke ongelijkheden kunnen dit illustreren.

Een eerste voorbeeld is de praktijk in de jurisprudentie rond de Noord-Zuidlijn, waarbij een ondernemer die zich vestigt in de nabijheid van het tracé, voor schade geleden in de periode tussen het principebesluit tot aanleg van de Noord-Zuidlijn van 1996 en het moment in 2000 waarin duidelijk werd dat het project financieel haalbaar was, een gedeeltelijke risicoaanvaarding werd tegengeworpen van 50%. Vestigde men zich nabij het tracé na juni 2000, dan kreeg men 100% risicoaanvaarding tegengeworpen. Zie ik het goed, dan is dit bij andere, op zichzelf vergelijkbare infrastructurele projecten geen gangbare praktijk. Het moment waarop het principebesluit tot het realiseren van het project wordt genomen, is vaak een bron van risicoaanvaarding, voor zover althans met voldoende mate zeker is waar het precieze tracé zal gaan lopen.[166] Een rechter die beide claims voorgelegd zal krijgen, zal niet oordelen dat de rechtsgelijkheid met zich brengt dat de ene wijze van risicoaanvaarding ook in het andere geval moet worden toegepast, of omgekeerd. De rechtbank Amsterdam, gevraagd om te oordelen over de redelijkheid van de Amsterdamse praktijk, oordeelde dat deze praktijk niet onredelijk was.[167] Over de striktere toepassing van de risicoaanvaarding bij de *Betuweroute* oordeelde de Afdeling dat het beleid waarbij het scharniermoment voor de voorzienbaarheid uiterlijk op 4 maart 1996 was gesteld, afhankelijk van de mate van concreetheid van de ontwikkelingen op een specifieke locatie, niet kennelijk onredelijk was.[168]

Een vergelijkbare praktijk zien we bij de bepaling van de onevenredigheid van het nadeel aan de hand van een *omzetdrempel*. Zoals gesteld heeft een dergelijke drempel in elk geval het voordeel van rechtszekerheid voor de burger, die weet waar hij aan toe is. Bovendien biedt het voor het bestuursorgaan een relatief makkelijk aanknopingspunt om te bepalen of de overheid schadeplichtig is en wordt in zoverre diens onderzoeksplicht verlicht.[169] Dat

166 Dit zien we bijvoorbeeld bij de rechtspraak over risicoaanvaarding ten aanzien van de Betuweroute, zie ook § 8.6.4.1.

167 Rb Amsterdam 22 oktober 2007, LJN BB7619. Zie ook Van den Broek 2002, p. 194-195.

168 ABRvS 7 april 2004, LJN AO7131.

169 Zie ook hierna, § 9.7.1.

verklaart wellicht waarom de afgelopen jaren bij steeds meer stedelijke projecten aansluiting is gezocht bij deze eenvoudige, objectief geachte wijze van schadeberekening is aangesloten. Keerzijde is echter dat deze drempels door de bij nadeelcompensatie betrokken actoren (schadeadviesbureaus, advocaten etc.) vrij algemeen onbillijk worden gevonden.[170] Mij gaat het nu niet om de precieze merites van die kritiek, maar vooral om de rechtsongelijkheid die ontstaat doordat deze hoge drempels juist in andere gevallen *niet* gesteld worden. Men zou wellicht verwachten dat, als een omzetdrempel niet wordt gesteld, een deskundige aan de hand van een zorgvuldige weging van alle relevante criteria die in dit hoofdstuk en de vorige hoofdstukken zijn besproken, zal nagaan of de schade onevenredig is. Daarvan lijkt echter niet zonder meer te kunnen worden uitgegaan. Van Ravels wijst in dit verband op een (wijd verbreide?) praktijk waarbij een deskundige een onderscheid maakt tussen grote en andere, niet voor compensatie in aanmerking komende schades. Dat onderscheid wordt niet geobjectiveerd. De grote schade wordt vervolgens als 'onevenredig' bestempeld, waarna een korting die varieert van 15 tot 25% op het schadebedrag wordt toegepast, en dat is dan dat.[171] Terecht wijst hij erop dat hierbij de subjectieve beoordeling van de adviseur in belangrijke mate bepalend is en dat voorts niet alle relevante gezichtspunten aan bod komen, doch vooral (door middel van het toepassen van een korting) de maatstaf van de voorzienbaarheid van de schade.[172] Deze nogal subjectieve benadering zal er naar mijn indruk voorts vaker toe leiden dat de overheid aansprakelijk is dan wanneer een 'objectieve' omzetdrempel zou zijn toegepast. Wanneer nu de rechter wordt gevraagd om een oordeel te vellen over een nadeelcompensatiebesluit dat onder beide regimes is genomen, dan zal zijn oordeel waarschijnlijk in beide gevallen even afstandelijk zijn. Dat in den lande verschillen optreden ten aanzien van het gehanteerde drempelpercentage is voor de Afdeling geen reden om een eenmaal gehanteerd percentage niet te billijken:

> '[H]et feit dat in nadeelcompensatieregelingen van andere bestuursorganen andere percentages worden gehanteerd, welke berekeningen mogelijk tot hogere bedragen van nadeelcompensatie kunnen leiden, [vormt geen aanleiding] om terug te komen op het oordeel dat de door de raad gehanteerde gedragslijn bij de behandeling van verzoeken om nadeelcompensatie niet onredelijk is.'[173]

170 Dit komt mij soms ter ore, maar zie ook Rb Arnhem 27 maart 2008, LJN BH0116 (partijen voerden aan dat een 15%-omzetdrempel 'onredelijk hoog' zou zijn) en Horlings 2008.

171 Van Ravels 2009, p. 149-151.

172 Van Ravels 2009, p. 150-151.

173 ABRvS 19 november 2003, LJN AN8347. Vgl. ABRvS 24 juni 2009, *TBR* 2009, 172, m.nt. Sluysmans.

Ook kortingspercentages worden marginaal getoetst.[174] In het licht van deze marginale toets zal de rechter dan ook niet snel bezien of de deskundige op wiens advies het nadeelcompensatiebesluit is genomen, wel zorgvuldig aan alle relevante nadeelcompensatiecriteria heeft getoetst. De deskundige, en in diens voetspoor het bestuursorgaan, vervullen hier een voortrekkersrol.

Een oplossing voor het probleem van de tamelijk grote verschillen in de wijze waarop het begrip 'onevenredig nadeel' wordt geïnterpreteerd, zou mijns inziens niet in de richting van een vollere toets van de rechter moeten worden gezocht. Feit blijft immers dat ook voor de rechter aanknopingspunten ontbreken om te bepalen welke percentage het redelijkst is. Veeleer ligt het voor de hand dat juist de organen die in dezen de voortrekkersrol vervullen – het bestuur en de deskundigen – in overleg tot een meer eenduidige benadering komen. Er zou naar mijn idee meer onderlinge afstemming van het gehanteerde nadeelcompensatiebeleid moeten komen, waarbij zoveel mogelijk vergelijkbare projecten op een zoveel mogelijk eenduidige manier worden beoordeeld. Hoewel enig nattevingerwerk bij de vraag wat 'onevenredig' is onvermijdelijk is, valt er op het punt van een eenduidige beoordeling van vergelijkbare verzoeken om nadeelcompensatie nog veel terreinwinst te halen. Een initiatief voor een dergelijke afstemming zou dienen uit te gaan van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, aangezien de gemeenten in de praktijk vaak met de concrete toepassing van de Awb-regeling te maken zullen krijgen. Bij het opstellen van een (of enkele) handleiding(en) voor de praktijk ligt het voor de hand de praktijkervaring rond grote projecten zoals die rond de Betuweroute en de Noord-Zuidlijn met elkaar te delen en te kijken of kan worden gekomen tot een 'best practice'. Daarbij moet niet worden uitgesloten dat ook in de toekomst omzetdrempels relevant blijven, zij het dat de praktijk waarbij standaard een (hoog) percentage van 15% wordt gekozen, goed zou moeten worden geëvalueerd.

De toekomstige regeling van nadeelcompensatie in de Awb zou aan een meer objectieve wijze van beoordeling van nadeelcompensatieverzoeken een belangrijke bijdrage kunnen leveren, aangezien er vanaf dat moment een duidelijke 'set' van relevante criteria in de wet is neergelegd, die bij *elk* verzoek om nadeelcompensatie in acht dienen te worden genomen. Dat neemt niet weg dat deze regeling niet meer is en ook niet meer kan zijn dan een opsomming van de meest relevante criteria. De toespitsing daarvan zal in de praktijk moeten plaatsvinden, waar men naar mijn indruk de behoefte zal houden tot het bij verordening of beleidsregel stellen van wetsinterpreterende regels. De Awb-regeling is voor dat soort regelingen echter wel het natuurlijke vertrekpunt.

---

174 Zie bijv. ABRvS 11 juni 2008, LJN BD3621 (40% was 'niet onredelijk'), ABRvS 29 november 2006, LJN AZ3259 (geen grond voor het oordeel dat een percentage van 30% 'de toets aan de redelijkheid niet kon doorstaan').

8.5.4 Aard van de schade

Het nadeel waarvoor op grond van het égalitébeginsel een compensatie wordt gevraagd, laat zich in het gros van de gevallen kwalificeren als 'zuivere vermogensschade', dat wil zeggen schade die noch zaakschade noch personenschade is.[175] Daarbij valt onder meer te denken aan gederfde inkomsten of gederfde winst, of de waardevermindering van een pand. Gevallen van dit soort schade treft men vooral aan in de jurisprudentie van de bestuursrechter. In de jurisprudentie van de civiele rechter, tot wiens competentie ook feitelijk handelen behoort, treft men soms uitspraken aan waarin de overheid uit hoofde van de égalité wordt veroordeeld tot een compensatie van zaakschade[176] en zelfs personenschade.[177] Het gaat dan in het bijzonder om situaties van strafvorderlijk overheidsoptreden, die tot schade leidt bij *derden* (niet-verdachten). Volgens de Hoge Raad behoort 'enig ongemak of gering tijdverlies' door strafvorderlijk optreden voor zover daardoor een ander dan de verdachte wordt getroffen in beginsel tot het normaal maatschappelijk risico, maar geldt dat niet zonder meer indien zaken van die ander worden beschadigd.

Het verschil tussen zaak- en personenschade enerzijds en zuivere vermogensschade anderzijds is van belang voor de omvang van de compensatie. Zuivere vermogensschade wordt in de regel niet geheel vergoed, maar bij zaak- en personenschade wordt in de regel *alle* schade geacht boven het normaal maatschappelijk risico uit te stijgen. De Hoge Raad stelt eenvoudigweg dat de 'schade die bij een huiszoeking in de woning van een ander dan de verdachte wordt toegebracht aan zaken van die ander, niet behoort tot het maatschappelijk risico van die ander, zodat de overheid in beginsel gehouden is die schade op grond van onrechtmatige daad te vergoeden.'[178] Latere jurisprudentie over zaakschade laat ook het beeld zien dat alle schade die wordt toegebracht aan niet-verdachte derden wordt gecompenseerd.[179]

8.5.5 Aard van het geschade belang

Het is een algemeen aanvaard uitgangspunt in het schadevergoedingsrecht dat iemand die vraagt te worden beschermd in een belang dat in strijd is met

175 Bloembergen & Lindenbergh 2001, nr. 45.

176 Zie bijv. HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412, m.nt. ThGD (*Staat/Lavrijsen*). Zie voor een voorbeeld van zaakschade in de bestuursrechtelijke égalitéjurisprudentie ABRvS 28 juni 2006, *AB* 2007, 20, m.nt. BPMvR.

177 Rb Assen 13 februari 2001, *JB* 2001, 103, *TVP* 2001, p. 40-41, m.nt. GEvM.

178 HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*).

179 Zie bijv. Rb Den Haag 4 februari 2009, LJN BH9294, Hof Amsterdam, 18 november 2008, LJN BH4151 (sub 4.9 – 4.11)., het vervolg op HR 21 maart 2003, *NJ* 2009, 232, m.nt. MRM (*Xenos*).

het recht of dat schadelijk is voor de rechtsorde, niet voor compensatie in aanmerking komt.[180] Gedacht kan worden aan schade door het ontnemen van voordelen die behaald worden met door de wet verboden activiteiten, zoals het uitoefenen van een verboden beroep of bedrijf.[181] Het verboden karakter van de betreffende activiteit brengt met zich dat het bestuur in het licht van de beginselplicht tot handhaving daartegen niet alleen bevoegd, maar ook verplicht is om op te treden.

Een financiële compensatie is evenmin vaak aan de orde indien de rechtmatige maatregel schade toebrengt aan burgers of bedrijven die zich inlaten met activiteiten die weliswaar niet verboden zijn, maar wel in een vanuit maatschappelijk oogpunt 'kwade reuk' staan. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan bedrijven die zich bezighouden met de verkoop van voor de volksgezondheid gevaarlijke producten[182] of die milieuvervuilende activiteiten verrichten. Hoitink heeft laten zien dat in het milieurecht de vraag wat tot het normale bedrijfsrisico behoort van bedrijven die het milieu vervuilen behoort, sterk gestuurd wordt door het beginsel 'de vervuiler betaalt'.[183]

> Een voorbeeld buiten het milieurecht biedt een uitspraak over bedrijven die zich bezighouden met het verspuiten van bestrijdingsmiddelen door middel van landbouwvliegtuigen. Deze activiteit is een bekende bron van oppervlaktewaterverontreiniging en vormde op een zeker moment aanleiding tot het aannemen van een amvb op grond waarvan binnen een bepaalde afstand tot oppervlaktewateren niet met dergelijke vliegtuigen mocht worden gevlogen. Zowel bij de afwijzing van de schadeclaim die was gebaseerd op art. 1 EP EVRM, als op het égalitébeginsel wees de rechtbank op het feit dat ingevolge het beginsel 'de vervuiler betaalt' de kosten van maatregelen ter beperking van oppervlaktewaterverontreiniging in beginsel door de veroorzakers ervan dienen te worden gedragen. Dit impliceerde tevens dat 'de kosten van onderzoek naar betere spuittechnieken en –methoden in beginsel door de veroorzakers van de oppervlaktewaterverontreiniging dienen te worden gedragen. Het treffen van de maatregelen [ter beperking van het bespuiten met bestrijdingsmiddelen] moet worden geacht tot het normale bedrijfsrisico van [eisers] te behoren'.[184]

De precieze grenzen van het normale ondernemersrisico worden in dit soort gevallen dus in belangrijke mate bepaald door het beginsel 'de vervuiler

180 Bloembergen 1965, p. 29, Bloembergen & Lindenbergh 2001, p. 65. Toegespitst op het nadeelcompensatierecht: De Vos van Steenwijk 1929, p. 36, Scholtens 1929, p. 16 e.v., De Brauw 1955, p. 121-122, Beunke 1969, p. 34.

181 Bloembergen 1965, p. 29.

182 Zie de conclusie van A-G Spier bij HR 10 juli 2009, LJN BI3452 (*British American Tobacco*), sub 3.9.2.

183 Hoitink 2002, p. 247-248.

184 Rb Den Haag 20 maart 2002, LJN AE7269. Vgl. Rb Den Haag 20 maart 2002, LJN AE7271.

betaalt'. Dit beginsel brengt met zich dat voor dit soort bedrijven sprake is van een *verhoogd* ondernemersrisico.[185]

Uit de jurisprudentie volgt dus dat zelfs indien overheidsmaatregelen zeer nadelige gevolgen hebben voor bedrijven die zich inlaten met verboden of in een vanuit maatschappelijk oogpunt 'ongunstig daglicht' staande activiteiten, zij niet snel aanspraak kunnen maken op nadeelcompensatie. De rechtspraak tendeert ernaar in deze gevallen, waarin de aard van de onderneming mede aanleiding is tot de rechtmatige maatregel, aan het gewicht van de belangen van de betrokkene(n) minder waarde te hechten. Dat dit voor de betreffende ondernemingen ernstige gevolgen heeft, nu zij hun bedrijf op een bepaalde plek teloor zien gaan[186] of moeten verhuizen naar een veel minder aantrekkelijke locatie, brengt hierin geen verandering. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de overheid wel een overgangstermijn in acht dient te nemen. Is die termijn voldoende lang, dan is de kans dat enig nadeel moet worden gecompenseerd echter gering.[187]

8.5.6 Aard van het overheidshandelen

Ook de aard van de overheidshandeling is van belang bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico. Reeds het *Leffers*-arrest maakte duidelijk dat de schade die voortvloeit uit een plotseling uitgevaardigde maatregel die tot een schade van een grote omvang leidt, snel zal worden geoordeeld dat zij boven het normale ondernemersrisico uitstijgt. De plicht van de overheid om Leffers een compensatie te geven kon volgens A-G Koopmans dan ook worden verklaard door de 'nauwe band tussen de aard van de overheidsgedraging en de onevenredigheid van de schade.'[188] Denkbaar is ook dat de schade voortvloeit uit een maatregel die in beginsel *ab*normaal is.

> Een voorbeeld biedt het geval waarin een olieraffinaderij werd geconfronteerd met het doorgraven van een dam, waardoor zij in een open verbinding met de Noordzee kwam te staan. Het bedrijf werd daardoor blootgesteld aan hoge veiligheidsrisico's en moest diverse voorzieningen treffen om dit risico te voorkomen. Volgens de

185 Vgl. Hoitink 2002, p. 248, die stelt dat in dit soort gevallen '*extra gewicht* toekomt aan het uitgangspunt dat ieder wordt geacht zijn eigen schade te dragen'.

186 Zie t.a.v. gokhallen bijv. CBB 26 juni 2001, LJN AB2492, AB2494 en AB2495. Vgl. HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 231, m.nt. MS (*Krijco*), Hof Arnhem 24 januari 1995, *NJ* 1996, 242 (*Double Fun*) en HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 78 (*Arrosel*) en t.a.v. een coffeeshop Rb Almelo 7 november 2007, LJN BC2411.

187 Zie de in vorige noot genoemde rechtspraak over gokhallen. Zie ook de uitspraken over de vergeefse poging van een bordeelhouder om compensatie te verkrijgen naar aanleiding van de aanzegging van bestuursdwang tegen illegale raamprostitutie Hof Arnhem 21 februari 2006, LJN AV2754 (sub 5.7) en (in het kader van de toets aan art. 3:4 lid 2 Awb) ABRvS 23 november 2005, *AB* 2006, 310, m.nt. FRV.

188 HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638, m.nt. CJHB (*Leffers*), conclusie sub 15.

> Afdeling was dit een 'maatregel met een zeer uitzonderlijk karakter', omdat het waterstaatkundig beleid al lange tijd was gericht op bescherming tegen extreme waterbewegingen. Voor een hogere korting vanwege het normaal maatschappelijk risico dan de gehanteerde 15% zag de Afdeling geen aanleiding.[189]
> Ook in een uitspraak van de rechtbank Groningen lijkt deze vorm van onvoorzienbaarheid een belangrijke rol te hebben gespeeld.[190] De zaak ging over een Groningse boer, aan wiens percelen ernstige schade werd toegebracht toen deze werden gebruikt als bergingsgebied voor overtollig regenwater. De civiele kamer van de rechtbank meende dat het toebrengen van onevenredige schade in dit geval jegens de getroffenen onrechtmatig was. Daarbij kan hebben meegespeeld – hoewel dat uit de uitspraak niet met zoveel woorden blijkt – dat de betreffende maatregel niet tot het normale verwachtingspatroon van de betreffende boer behoorde, nu de opkomst van ruimtelijke maatregelen in het waterbeleid nog relatief jong is.[191]

Opmerkelijk aan de laatste uitspraak is nog dat volgens de rechtbank de schade redelijkerwijs *volledig* voor vergoeding in aanmerking kwam. Het égalitébeginsel laat ruimte bij ongebruikelijke en daarmee onvoorzienbare maatregelen alle schade te vergoeden omdat alle schade als onevenredig moet worden aangemerkt.[192]

Anderzijds zijn er overheidsgedragingen waarvan de rechter minder snel tot het oordeel zal komen dat zij tot abnormale schade leiden, zoals verkeersmaatregelen. Gedacht kan worden aan de *Van Vlodrop*-zaak, waarin de schade voortvloeide uit een beleidsregel. De Notitie in kwestie leidde weliswaar tot schade, maar deze schade vloeide niet dwingend voort uit de beleidsregel zelf. Voor zover zij wel tot schade leidde moest deze veeleer worden toegerekend aan de eigen ondernemingsbeslissing van Van Vlodrop om te investeren in verwerkingstechnieken (die moesten resulteren in een zo laag mogelijke emissie van reststoffen naar lucht, water en bodem) op een moment dat nog niet duidelijk was of het beleid ook daadwerkelijk doorgang zou vinden. De Notitie in kwestie liet geheel in het midden welke eisen aan het toekomstige verwerkingsniveau zou worden gesteld, terwijl uit de beleidsregel eveneens duidelijk werd dat, om de voorgenomen doelstellingen te bereiken, medewerking van de producenten van fotochemicaliën nodig was. Toen die uiteindelijk niet volgde, ging het in de Notitie gepropageerde beleid uiteindelijk niet door en had Van Vlodrop dus zinloos in nieuwe verwerkingstechnieken geïnvesteerd. Deze schade werd geheel aan zijn eigen ondernemingsbeslissingen toegerekend.[193] Het voorbeeld laat zien dat bij een relatief 'zachte' overheidshandeling als een beleidsregel, die slechts de contouren van het toekomstige beleid

189 ABRvS 14 april 2004, *JB* 2004, 207. Zie ook Van Ravels 2005, p. 39.
190 Rb Groningen 3 mei 2006, LJN AX4137, een vervolg van ABRvS 23 juli 2003, *AB* 2004, 275, m.nt. NV.
191 Dekker & Polak 2002, p. 29.
192 In die zin ook Drupsteen 2002, p. 26.
193 HR 22 februari 2002, *AB* 2003, 249, m.nt. FvO (*Van Vlodrop II*).

aangeeft en niet tot handelen *dwingt*, meer nadruk ligt op de eigen verantwoordelijkheid van het individu.

Een goed voorbeeld van deze maatstaf kan worden gevonden in de nadelige wijziging of intrekking van begunstigende overheidshandelingen. Uitgangspunt is hier de ervaringsregel dat burgers er in beginsel niet op mogen rekenen dat de regels die op een bepaald moment gelden, nooit zullen veranderen.[194] Dit is onder meer van belang voor de houder van een vergunning, die zich moet realiseren dat deze geen 'eeuwigheidswaarde' heeft.[195] Het aan een vergunning inherente risico van intrekking gaat echter niet zo ver dat een vergunninghouder op elk willekeurig moment met de intrekking of wijziging van een vergunning kan worden geconfronteerd.[196] Ook de subsidiehouder wordt door de Awb (art. 4:50 lid 2) beschermd tegen 'rauwelijkse' intrekking of wijziging.

Uit de aard van dergelijke handelingen vloeit voort dat zij slechts een beperkte looptijd hebben en dat de activiteit die wordt toegestaan, wellicht ooit zal worden verboden. In dit kader wordt meestal een verband gelegd tussen de voorzienbaarheid van de wijziging of intrekking en de levensduur daarvan. De kans dat een vergunning wordt ingetrokken, neemt derhalve toe naarmate de looptijd van de vergunning verstrijkt.[197]

> Een relevante factor hierbij is de 'overzienbaarheid'. Een vergunninghouder mag er van uitgaan dat gedurende de ten tijde van de vergunningverlening voor het bestuursorgaan *overzienbare periode* de verleende vergunning in beginsel niet ingetrokken of gewijzigd zal worden, althans niet zonder schadevergoeding.[198] De stelling van een vergunninghouder dat de intrekking van een vergunning tot het hebben van kabels en leidingen in de grond na 40 jaar nog binnen de 'overzienbare' periode viel, werd door de Afdeling verworpen.[199]

Volgt de intrekking daadwerkelijk, dan zal de daardoor optredende schade afhankelijk van de omstandigheden geheel of deels als 'normaal' kunnen worden aangemerkt.[200] Volgt de intrekking kort op de verlening, dan zal (mede gelet op het vertrouwensbeginsel) nadeelcompensatie geboden kunnen

194 Verheij 1997, p. 57.

195 Schlössels 1998b, p. 1386, Van Ravels 2002, p. 324 en Van Ravels 2005a, p. 36, A-G Koopmans, conclusie bij HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638, m.nt. CJHB (*Leffers*), sub 12. Zie ook bijv. Rb Arnhem 26 april 2006, LJN AW4053, ABRvS 6 maart 2002, LJN AE0350 en ABRvS 28 januari 2009, LJN BH1100.

196 Van Ravels 2002, p. 325, Schueler 2005a, p. 207.

197 Vgl. Scheltema & Scheltema 2008, p. 429: 'Denkbaar is derhalve de voorzienbaarheid van de intrekking van een vergunning aan de levensduur van die vergunning te koppelen.' Zie ook Van Ravels 2002, p. 414, Schlössels 1998b, p. 1386.

198 Van Ravels 2002, p. 325, Hoitink 1998, p. 187.

199 ABRvS 26 oktober 1995, *JB* 1996, 13, m.nt. RJNS.

200 ABRvS 26 april 2006, *JB* 2006, 171. Zie ook Rb Rotterdam 13 mei 2003, LJN AF8574.

zijn.[201] Iemand die een vergunning voor een bepaalde termijn heeft gekregen, zal er van mogen uitgaan dat gedurende die termijn de vergunning niet (behoudens nadeelcompensatie) zal worden ingetrokken. De aard van het besluit kan in zo'n geval evenwel de toepassing van een relatief hoog kortingspercentage rechtvaardigen.

> Een voorbeeld biedt een uitspraak van de Afdeling in een zaak over een verkoopwagen die zijn standplaats had op een parkeerterrein op een waterstaatswerk, de Zandkreekdam. Nadat een vergunning daarvoor in 1994 was verleend, werd deze in 2001 weer ingetrokken. De inkomsten van appellante vielen daardoor voor langere tijd weg. Twistpunt was niet of nadeelcompensatie moest worden toegekend, maar of het redelijk was op het schadebedrag het hoge percentage van 40% in verband met het normaal maatschappelijk risico in rekening te brengen. De Minister stelde zich op het standpunt dat vanaf het moment dat een vergunning krachtens de Wet beheer rijkswaterstaatswerken is verleend, met het verstrijken van de jaren het risico dat deze wordt gewijzigd of ingetrokken vanwege waterstaatsbelangen, toeneemt. De aanleg van de dam naar aanleiding waarvan de vergunning was ingetrokken was zo'n waterstaatsbelang. De Afdeling achtte het juist dat het (hoge) percentage van 40% van de schade voor rekening van de vergunninghouder werd gelaten: 'Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat de Minister, gelet op de aard van het besluit zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat sprake is van een verhoogd ondernemersrisico. Gelet op de aard van het besluit, alsmede op de periode waarbinnen gebruik is gemaakt van de vergunning en de duur van de werkzaamheden aan de Zandkreekdam moet worden geoordeeld dat in dit geval een korting van 40% wegens normaal ondernemersrisico niet onredelijk is.'[202]

Dit voorbeeld laat zien dat veel afhangt van de omstandigheden van het geval. De verwijzing naar de 'aard van het besluit' duidt op een toepassing van het algemene gezichtspunt dat vergunninghouders in de inherente onzekerheid leven dat hun vergunning geen eeuwigheidswaarde heeft en dat de eindigheid van de situatie van de bestaande situatie in zoverre voorzienbaar is. De andere gezichtspunten – de periode waarin hij de vergunning wel had kunnen gebruiken en de duur van de werkzaamheden – kunnen moeilijk los van deze concrete casus worden gezien.

8.6 De toepassing van de abnormale last op deelterreinen

Thans wil ik vier typen zaken bespreken waarin de in de vorige paragraaf genoemde criteria vaak een rol spelen. Op die wijze kan meer inzicht worden verkregen in de wijze waarop deze noties in de praktijk fungeren. Het betreft

201 Dieperink 2002, p. 71.
202 ABRvS 26 april 2006, *JB* 2006, 171.

schade ten gevolge van maatregelen die samenhangen met normale maatschappelijke ontwikkelingen (§ 8.6.1), schade ten gevolge van maatregelen die samenhangen met de aard van de omgeving waarin men woont of werkt (§ 8.6.2), schade die samenhangt met de aard van een bedrijf (§ 8.6.3) en schade door hinderlijke activiteiten (§ 8.6.4).

8.6.1 Schade ten gevolge van normale maatschappelijke ontwikkelingen

De jurisprudentie bevat verschillende voorbeelden van schade door overheidsmaatregelen die in beginsel als een 'normaal maatschappelijk risico' kunnen worden aangemerkt. Het gaat hierbij om gevallen waarin de schade voortvloeit uit een normale schadeoorzaak en waarin dus de aard van de schadeoorzaak met zich brengt dat de schade in beginsel dient te worden geduld: omdat de schadeoorzaak normaal is, wordt aangenomen dat in beginsel hetzelfde geldt voor het daaruit voortvloeiende nadeel. Een dergelijke benadering wordt bijvoorbeeld gevolgd als de schade voortvloeit uit een *normale maatschappelijke ontwikkeling*.

> In de oudere planschaderechtspraak overwoog de Afdeling geschillen bijvoorbeeld dat de 'vestiging van een woonwagencentrum in of nabij de bebouwde kom van een gemeente, mede gelet op het door de rijksoverheid gevoerde spreidingsbeleid, (...) als een normale maatschappelijke ontwikkeling moet worden beschouwd'.[203]
> In een uitspraak uit 1998 leden vergunninghouders schade door het verleggen van kabels en leidingen. De ABRvS overwoog dat de noodzaak om na verloop van tijd leidingen in en nabij waterkeringen te vernieuwen of te verleggen een normale maatschappelijke ontwikkeling is die tot het maatschappelijk risico van de vergunninghouders van de leidingen behoort.[204]
> Tot een vergelijkbaar oordeel kwam de Afdeling in een zaak waarin een bedrijf schade leed ten gevolge van een dijkversterking. Voorop werd gesteld dat het '[het], gezien de landelijke ontwikkelingen met betrekking tot maatgevende hoogwaterstanden en de toelaatbare overschrijdingsfrequentie, reeds geruime tijd van algemene bekendheid [is] dat de dijken langs de grote rivieren moeten worden aangepast'.[205]

8.6.1.1 Verkeersmaatregelen en reconstructiewerkzaamheden

Het bekendste voorbeeld van een normale maatschappelijke ontwikkeling is de schade ten gevolge van verkeersmaatregelen. Dergelijke maatregelen kan

---

203 AGRvS 22 maart 1989, *AB* 1989, 342, AGRS 10 maart 1992, *AB* 1992, 652, ABRvS 6 april 1999, *BR* 2000, 516, m.nt. PCEvW.

204 ABRvS 6 oktober 1998, *AB* 1999, 7, m.nt. AvH en AGRvS 28 november 1991, *AB* 1992, 531, m.nt. JJIV.

205 ABRvS 23 september 1996, *AB* 1996, 494, m.nt. AvH.

men zien als de uiting van gebruikelijke infrastructurele ontwikkelingen ter tegemoetkoming aan toegenomen verkeersstromen en ter bevordering van de doorstroming van het verkeer en de veiligheid daarvan. Voorop wordt daarbij telkens gesteld dat 'het treffen van een verkeersmaatregel als een normale maatschappelijke ontwikkeling moet worden beschouwd, waarmee een ieder kan worden geconfronteerd en waarvan de nadelige gevolgen derhalve in beginsel voor rekening van de betrokkene(n) blijven.'[206] Ook van in het kader van verkeersmaatregelen te verrichten reconstructiewerkzaamheden, waardoor weggebruikers en vervoerders gebruik moeten maken van omleidingen en daardoor omrijschade kunnen lijden, is het uitgangspunt dat deze in beginsel tot het normale maatschappelijke risico behoort.[207]

Een gevaar dat in deze benadering schuilt, is dat daardoor onvoldoende recht wordt gedaan aan de omstandigheden van het geval. Bij verkeersmaatregelen volgt op de regel dat de hierdoor geleden schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort, dan ook veelal de toevoeging dat zich feiten en omstandigheden kunnen voordoen waardoor een individueel belang ten gevolge van een dergelijke maatregel zodanig zwaar wordt getroffen dat het uit die maatregel voortvloeiende nadeel redelijkerwijs niet ten laste van betrokkene dient te blijven.[208] Met name de factoren van de omvang en de ernst (in het bijzonder gelet op de duur) van het nadeel zullen daarbij van belang zijn, hoewel dit zeker niet de enige relevante factoren zijn. De jurisprudentie laat op dit punt een grote mate van casuïstiek zien, waarbij tal van factoren van belang zijn en waarbij men er niet naar moet streven om aan de hand van vaste maatstaven (bijvoorbeeld de overschrijding van een x aantal dagen onbereikbaarheid) te voorspellen of nadeel niet meer behoort tot het normaal maatschappelijk risico. Een en ander wordt treffend geïllustreerd door een uitspraak van de Afdeling waarin een claim voor omrijschade in de volgende bewoordingen werd afgewezen:

> 'Niet in geschil is dat [appellanten] ten behoeve van hun werk op een werkdag in totaal 20,4 km om hebben moeten rijden. De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat gelet op de ingestelde omleidingsroute, het aangepaste busvervoer, de duur van de periode, de extra gereden kilometers en daarmee samenhangende reistijd, er geen sprake is van schade die niet meer als behorend tot het normale maatschappelijke risico kan worden aangemerkt en redelijkerwijs voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Daarbij neemt de Afdeling ook in aanmerking dat op één week na, de rechtstreekse verbinding tussen de dorpen Ohé en Laak,

206 ABRvS 29 mei 2002, *AB* 2003, 108, m.nt. CMB, ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2005, 214, m.nt. CMB, ABRvS 29 september 2004, *AB* 2005, 46, m.nt. KJdG en Rb Leeuwarden 17 januari 2006, LJN AV0790.

207 Rb Arnhem 21 maart 2002, LJN AE0810 en Hof Leeuwarden 22 maart 2006, *JA* 2006, 69.

208 Zie o.m. ABRvS 19 mei 1995, *AB* 1995, 444, m.nt. PJS, ABRvS 29 september 2004, *AB* 2005, 46, m.nt. KJdG, ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2005, 214, m.nt. CMB.

> Stevensweert en Echt over de brug over het Julianakanaal voor (brom)fietsers en voetgangers open is gebleven.'[209]

De Afdeling kiest derhalve voor een multi-factorbenadering, waarbij de verschillende factoren elkaar ook onderling kunnen beïnvloeden. Zo ligt het voor de hand dat de relatief lange *duur* van de periode dat gebruik moet worden gemaakt van een omleidingsroute niet abnormaal is als die route slechts een geringe extra afstand betreft of men nog wel bereikbaar blijft,[210] maar kan juist een relatief korte duur wel abnormaal zijn als een bedrijf daardoor volledig onbereikbaar is. Dergelijk onevenredig nadeel deed zich voor toen een benzinestation door werkzaamheden aan de weg gedurende 26 dagen volledig onbereikbaar was;[211] toen een ander benzinestation 50 dagen vrijwel onbereikbaar was, luidde het oordeel hetzelfde.[212]

Voor wat betreft de factor *afstand* valt op te merken dat indien men niet ver hoeft om te rijden,[213] of indien een bedrijf, al dan niet via aanvaardbare alternatieve routes, nog in voldoende mate bereikbaar blijft,[214] er geen reden zijn een uitzondering op de hoofdregel aan te nemen. Bij *omrijschade* mag ook rekening mag worden gehouden met de totale af te leggen afstand; voor een bedrijf dat kleine afstanden aflegt en door uitvoeringswerkzaamheden in verband met de aanleg van de Betuweroute gedurende 20 maanden voor haar bedrijfsactiviteiten telkens 6,3 kilometer extra moet afleggen zal de schade niet tot het normaal maatschappelijk risico kunnen worden gerekend,[215] maar dit is anders voor een vrachtwagenonderneming waarvoor het gedurende twaalf maanden vier kilometer omrijden een relatief geringe afstand is op de grote afstanden die zij toch al in binnen- en buitenland aflegt.[216] Van een abnormaal nadeel ten gevolge van een verkeersmaatregel kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de maatregel een substantieel verminderde bereikbaarheid tot gevolg heeft[217] en/of leidt tot een forse omzetdaling.[218]

Naast de factoren van 'duur' en 'afstand' is ook van belang dat burgers en ondernemers een redelijke termijn wordt gegund om zich aan de nieuwe situatie aan te passen. Is dat het geval, dan is minder waarschijnlijk dat een

---

209 ABRVS 18 maart 2009, LJN BH6353.
210 ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2005, 214, m.nt. CMB. Vgl. Rb Zutphen 18 juli 2008, LJN BD8699.
211 ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 268, m.nt. NV. Vgl. Rb Zutphen 20 september 2007, LJN BB5425.
212 ABRvS 26 maart 2003, LJN AF6361.
213 ABRvS 29 juni 2005, LJN AT8421. Vgl. ABRvS 19 mei 2004, LJN AO9689, ABRvS 21 juni 2006, LJN AX9047 en ABRvS 28 december 2005, LJN AU8782.
214 Rb Leeuwarden 17 januari 2006, LJN AV0790, ABRvS 14 november 2000, *BR* 2001, 234, m.nt. BPMvR, ABRvS 5 september 2001, *BR* 2002, 877, m.nt. BPMvR (*Souterrain Den Haag*), Rb Leeuwarden 22 februari 2006, LJN AX8773.
215 ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0571.
216 ABRvS 21 juni 2006, LJN AX9047.
217 ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0570.
218 ABRvS 11 april 2007, LJN BA2662.

eventueel resterend nadeel onevenredig is. Het gunnen van een overgangstermijn is niet verplicht: om anticipatie op het nieuwe regime te voorkomen, kan een bestuursorgaan kiezen voor onmiddellijke inwerkingtreding.[219] Indien wel een overgangstermijn wordt gegund, dan is niet in het algemeen te zeggen wat een redelijke termijn is. In de jurisprudentie worden tal van termijnen gehanteerd. De termijn moet in elk geval voldoende zijn om schadebeperkende maatregelen te nemen die het mogelijk maken op de nieuwe situatie te anticiperen. Mede omdat een door het bestuur gehanteerde termijn marginaal wordt getoetst, komt het niet vaak voor dat deze termijn door de belanghebbende met succes wordt bestreden.[220] Is de termijn om zich aan de door het bestuur gecreëerde situatie echter onvoldoende, dan kan een nadeelcompensatieplicht bestaan.

> Busmaatschappij Novio verkeerde aanvankelijk in de veronderstelling dat zij door reconstructiewerkzaamheden weliswaar niet van de gebruikelijke route over de Nijmeegsebaan, maar *wel* van de Meerwijkselaan gebruik kon maken. Pas twee weken voor aanvang van de werkzaamheden bleek dat dit toch geen alternatief was; dit was voor Novio een te korte termijn om zich op redelijke alternatieven te bezinnen. Dat de te verwachten schade door de veranderde plannen van de provincie nu geen € 40.000 maar € 168.000 bedroeg, droeg tevens bij aan het oordeel van de rechtbank dat deze kosten niet tot het normale ondernemersrisico behoorden.[221]
>
> In een geval dat zich voordeed voor de rechtbank Leeuwarden stond centraal een mededeling van de gemeente Achtkarspelen over reconstructiewerkzaamheden in een regionale krant, slechts twaalf dagen voor de aanvang daarvan. Dit was tekort voor een snackbar om zich nog op schadebeperkende maatregelen te beraden, zoals ontslag van personeel. De rechtbank overwoog dat de eigenaar 'de [door hem] voorgenomen maatregelen (…) door het late tijdstip van informeren van de zijde van de gemeente niet tijdig heeft genoeg kunnen nemen' en hield de gemeente voor de omzetschade aansprakelijk.[222]

---

219 ABRvS 14 juni 2006, LJN AX8543.

220 Zie voor enige voorbeelden van gehonoreerde termijnen HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 231, m.nt. MS (Krijco; een termijn van zeven jaar om gokactiviteiten in een stad 'af te bouwen'), ABRvS 21 mei 2003, LJN AF8955 (twee jaar om te anticiperen op situatie dat beperkte terrasvergunning zou worden verleend, incl. een gedoogtermijn), HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 78 (*Arrosel*; één jaar voor het niet-verlenen van een kansspelautomatenvergunning voor laagdrempelige inrichtingen), ABRvS 3 mei 2006, LJN AW7335 (tien jaar om kampeerterrein aan nieuwe brandveiligheidsvoorschriften aan te passen is redelijk; ook een termijn van zes jaar (bij het hanteren van een ander startpunt van de termijn) was dit volgens de Afdeling nog), Rb Arnhem 26 april 2006, LJN AW4053 (anderhalf jaar voor nachtzaken om zich aan te passen aan nieuwe situatie met toegenomen concurrentie).

221 Rb Arnhem 21 maart 2002, LJN AE0810.

222 Rb Leeuwarden 3 november 1999, rolnr. 98/0025 (n.g.).

8.6.1.2 Frans recht inzake aanpassingen van de infrastructuur

De jurisprudentie van de Nederlandse rechter is op dit punt genuanceerder dan die van de Franse rechter. In het bijzonder aan de hand van de ernst van het nadeel kan bij schade door verkeersmaatregelen of aanpassingen van het wegennet in een concreet geval heel wel sprake zijn van een onevenredig nadeel. De rechtspraak van de Conseil d'Etat volgt op dit punt echter een striktere lijn. Indien de schade voortvloeit uit aanpassingen van de bestaande infrastructuur (*les modifications apportées à la circulation générale*) door de wijziging van de ligging van een bestaande of de aanleg van een nieuwe weg (*les changements effectués dans l'assiette ou dans la direction des voies publiques [soit] par la création de voies nouvelles*), komt de schade in beginsel niet voor compensatie in aanmerking, zeer extreme gevallen daargelaten. Het maakt in dit verband veel verschil met welk *motief* de betreffende schadeveroorzakende maatregel wordt genomen. Vloeit de schade voort uit een reconstructie van het bestaande wegennet die tot doel heeft te zorgen voor een betere toekomstige doorstroming van het verkeer, dan zullen derden (omwonenden) die daardoor schade lijden, in beginsel geen recht op nadeelcompensatie kunnen claimen. De ratio is dat omwonenden, als derden ten opzichte van het publieke werk (de weg), geen recht hebben op het behoud van de op een zeker moment bestaande bereikbaarheid. Aanpassingen aan de infrastructuur (in het kader van onderhoud, maar ook het geheel verleggen van een weg), behoort tot de *aléas dont les conséquences ne peuvent être regardées comme anormales*.[223] Vloeit eenzelfde schade – bijvoorbeeld de omzetdaling van een aan een weg gelegen restaurant – voort uit een afsluiting van een weg omdat bijvoorbeeld de verkeersveiligheid dit noodzakelijk maakt, dan bestaat in beginsel wel de mogelijkheid te bewijzen dat men een speciaal en abnormaal nadeel heeft geleden. Ook het tijdelijke karakter van zo'n maatregel staat daaraan niet in de weg.[224] Deze jurisprudentie leidt tot het op het eerste gezicht onbillijke resultaat dat een winkelier die omzetschade lijdt doordat een weg tijdelijk wordt afgesloten boven een bepaalde grens *wel* recht heeft op compensatie, afhankelijk van de vraag of de schade (door een verminderde clientèle etc.) uitstijgt boven *les sujétions que les riverains de la voie publique sont normalement tenu de supporter sans indemnité*. Dit geldt in beginsel echter niet voor schade die het gevolg is van de aanleg van een nieuwe weg, die ertoe leidt dat een winkel permanent minder gunstig komt te liggen ten opzichte van zijn clientèle. Eventuele omzetdalingen ten gevolge daarvan worden principieel niet vergoed. De ernst van het nadeel vermag daaraan niets te veranderen, omdat deze nadelen geacht worden te behoren tot het aan het voeren van een bedrijf

223 Zie de annotatie bij CAA Lyon 8 februari 1993, *AJDA* 1993, p. 706 (*Epoux Bougarel-Tessier e.a.*).

224 Zie bijv. CE 22 februari 1963, *Rec.* p. 113 (*Commune de Gavarnie*), CE 13 mei 1987, *DA* 1987, nr. 380 (*Aldebert*).

inherente bedrijfsrisico. Waarschijnlijk speelt op de achtergrond de vrees mee dat een ruimhartiger benadering zou kunnen leiden tot het afzien van dergelijke maatregelen, wat het algemeen belang niet ten goede zou kunnen komen.[225]

8.6.2 Schade ten gevolge van maatregelen die samenhangen met de (structuur van de) omgeving

De structuur van de omgeving kan met zich brengen dat een bepaald type maatregel in de lijn der verwachtingen ligt en uit dien hoofde voorzienbaar is.[226] Deze factor kan dus worden gerelateerd aan de aard van de schadeoorzaak en de voorzienbaarheid: afhankelijk van de omgeving waarin men woont of werkt, kunnen bepaalde nadelen in beginsel als 'normaal' worden aangemerkt.

Een indicatie van hoe de voorzienbaarheid aan de (structuur van) de omgeving kan worden gelieerd, kan worden gevonden in oudere jurisprudentie van de Kroon en de Afdeling geschillen van de Raad van State over art. 49 WRO. Voor de vraag of een bepaalde nadelige planologische ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag (een reden om een planschadeclaim af te wijzen vanwege het niet bestaan van een onevenredig zware last) sloten deze colleges dikwijls aan bij de structuur van het gebied. Zo dient een burger in beginsel rekening te houden met *uitbreidingen* van een reeds bestaande bestemming (een industrieterrein dat groeit, een sportcomplex dat met een tennisbaan uitbreidt, etc.).[227] In latere planschadejurisprudentie nam de bestuursrechter van dit criterium echter afstand, waarschijnlijk omdat dit te vaag zou zijn. In elk geval hebben zowel de Kroon als de Afdeling geschillen geweigerd planschadeclaims af te wijzen op grond van de stelling dat het wonen in een gebied buiten de bebouwde kom nu eenmaal het risico in zich houdt dat nadelige bestemmingswijzigingen het gevolg zouden kunnen zijn, nu dat gebied door zijn natuurlijke ligging en gesteldheid meer in aanmerking komt voor functieveranderingen dan een woonwijk.

Een mogelijk houvast ten aanzien van de vraag of een bepaalde toekomstige planologische ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, is volgens Van den Broek of de bestaande structuur van de omgeving kenmerken vertoont die het gebied *geschikt* maken voor zo'n planologische ontwikkeling.[228] Ook in de nadeelcompensatiejurisprudentie zijn voorbeelden te vinden van gevallen waarin de 'geschiktheid' van de omgeving van een bepaald nadeel, leidt tot het oordeel dat van onevenredig nadeel geen sprake is.

---

225 Fombeur 1999, p. 101.
226 Vgl. Van den Broek 2002, p. 243 e.v., Hoitink 2002, p. 244.
227 Zie uitvoerig Van den Broek 2002, p. 182-186 en Van den Berk 1991, p. 95 e.v.
228 Van den Broek 2002, p. 249.

Aan de vestiging van een bedrijf in of nabij het centrum van een stad zijn laad- en losproblemen inherent.[229] Ook dienen bedrijven op centrumlocaties rekening te houden met maatregelen ter beteugeling van het autoverkeer.[230] Met het ontwikkelen van een groot woonproject langs de Maas is een locatierisico gemoeid, waarmee een projectontwikkelaar rekening heeft te houden.[231] Verder krijgen bewoners van lage delen van het land geregeld te maken met daling van het maaiveld ten gevolge van natuurlijke 'klink', zodat herziening van een peilbesluit in die regio's gebruikelijk is[232] en behoren overstromingen en de nadelige gevolgen daarvan van oudsher tot de normale risico's van exploitanten van gronden aan en nabij de oevers van De Dommel.[233]

Bij de vraag wat in dit verband 'normaal' is kan ook een rol spelen of het object waaraan de schade wordt toegebracht in zijn omgeving *wezensvreemd* is. Zo is een dijk primair een waterkering en niet een opslagplaats voor kabels en leidingen. Wanneer dijkversterkingswerkzaamheden worden verricht en daarbij ook kabels en leidingen moeten worden verlegd, behoort enige schade daarom in beginsel tot de normale bedrijfsrisico's van de eigenaren van die kabels en leidingen.[234] Ook moeten ondernemers die voor hun werk van een kwetsbare natuuromgeving afhankelijk zijn, er rekening mee houden dat die kwetsbaarheid voor de overheid aanleiding kan zijn om beschermende maatregelen te treffen.[235] Hun werkzaamheden zijn in het betreffende gebied de vreemde factor, zodat zij rekening moeten houden met maatregelen die noodzakelijk zijn met het oog op de specifieke kenmerken van het gebied waar zij hun activiteiten ontplooien.

In de zojuist genoemde gevallen was het onomstreden dat een bepaalde omgeving geschikt was om een zeker nadeel te doen ontstaan. Het bestuursorgaan behoefde dat niet nader te motiveren: de aard van de omgeving is hier een zelfstandige bron van voorzienbaarheid. De voorzienbaarheid die wordt gebaseerd op bepaalde kenmerken van de omgeving is echter niet onbeperkt.

229 Zie KB 26 oktober 1990, *AB* 1991, 437, m.nt. PJS.

230 ABRvS 26 september 2001, *BR* 2002, 797, m.nt. BPMvR.

231 ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0554.

232 ABRvS 9 augustus 1996, *AB* 1996, 434, m.nt. AvH, ABRvS 16 november 2005, LJN AU6237. Zie ook ABRvS 2 mei 2007, LJN BA4181, waarin het dagelijks bestuur van het Waterschap Fryslan een korting vanwege het normaal maatschappelijk risico toepasten omdat 'het wonen in een veengebied het risico van schade door peilbeheer inhoudt.'

233 HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 234, m.nt. ARB (*De Dommel*). Zie ook Rb Dordrecht 4 april 2002, LJN AE1704.

234 ABRvS 23 september 1996, *AB* 1996, 459, m.nt. AvH.

235 ABRvS 17 juli 2002, LJN AE5454, waarin een mosselraper klaagde over te stringente voorwaarden die waren verbonden aan zijn vergunning. Volgens de Afdeling moest hij daarmee rekening houden 'gezien de kwetsbaarheid van het gebied waarin hij zijn economische activiteiten uitvoert'. Vgl. Hoitink en Backes 2006, p. 25-26, die over de kokkelvisserij stellen dat deze 'al jaren niet in overeenstemming is met de natuurfunctie van de Waddenzee.'

> In het arrest *Breukink* overwoog het Hof '(…) dat een eigenaar van een agrarisch bedrijf gelegen in een gebied als het onderhavige er bij de huidige maatschappelijke ontwikkelingen mee rekening moet houden dat er in de (verdere) omgeving een natuurgebied ontstaat of wordt ingericht, waarvan het beheer tot een verhoogde kans op onkruidoverlast geeft, *maar niet dat een dergelijk beheer op het buurperceel wordt gevoerd*. De schade die Breukink door besmetting met akkerdistelzaad ondervindt valt, voor zover die optreedt op zijn aan het ruige areaal grenzende grond, in zoverre buiten zijn normale bedrijfsrisico' (curs. MT).[236]

Een mooi voorbeeld is ook een uitspraak over een munitievondst op het Zandvoortse strand op 31 juli 2000. Dit leidde al snel tot het afzetten van een groot deel van het strand en tot de uitvaardiging van een noodverordening die tot gevolg had dat de eigenaren van een strandpaviljoen met onmiddellijke ingang hun bedrijfsvoering moesten staken en gestaakt moesten houden. Voor deze schade vorderden zij nadeelcompensatie. De gemeente verweerde zich met de stelling dat zij er bekend mee konden zijn dat zich op meerdere plaatsen langs de kusten van Nederland explosieven kunnen bevinden en dan ook redelijkerwijze niet verrast konden zijn. De rechtbank ging daarin niet zonder meer mee:

> 'De gemeente heeft weliswaar opgemerkt dat eisers er bekend mee waren of hadden moeten zijn dat zich op meerdere plaatsen langs de kusten van Nederland explosieven kunnen bevinden en dan ook redelijkerwijze niet verrast konden zijn, maar heeft niet gesteld dat er met een zekere frequentie sprake is van munitievondsten op het Noordzeestrand die tot maatregelen van een ingrijpendheid als de onderhavige nopen.'[237]

De vraag naar de voorzienbaarheid van het nadeel wordt in deze uitspraak niet louter beoordeeld aan de hand van de specifieke kenmerken van het betrokken perceel. Het is dus niet zo dat *omdat* men een strandtent heeft, *al* het nadeel dat samenhangt met het feit dat die tent nu juist aan het strand gevestigd is, tot het normaal maatschappelijk risico behoort. De voorzienbaarheid van het nadeel dient derhalve niet alleen te worden gerelateerd aan de geschiktheid van de omgeving voor bepaald nadeel, maar ook aan de ingrijpendheid van de gevolgen van die maatregel. Zo was voor de betrokken strandtenteigenaren wellicht in abstracto voorzienbaar dat zij ooit enig nadeel zouden (kunnen) ondervinden door munitievondsten; men kan betogen dat dit een type nadeel is dat niet uitzonderlijk is voor de houder van een strandtent. Dat brengt echter nog niet met zich dat zonder meer ook voorzienbaar is dat een strandtent vanaf het moment van de vondst van de munitie het

236 Hof Den Haag 18 februari 1999, *NJ* 2000, 202 (*Breukink*).
237 Rb Haarlem 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 423.

gehele verdere seizoen gesloten zal zijn.[238] Terecht benadrukt de rechtbank dat het aan verweerders is om aan te tonen dat ook dergelijk nadeel in dit soort gevallen 'voorzienbaar' en daarmee 'normaal' is.

8.6.3 Schade ten gevolge van maatregelen die samenhangen met de aard van een bedrijf

Het normale ondernemersrisico wordt vaak in stelling gebracht wanneer de schadeveroorzakende maatregel sterk samenhangt met de aard van het getroffen bedrijf. Een 'inherent risico' kan bijvoorbeeld voortvloeien uit het feit dat een onderneming niet louter op nationaal niveau opereert, maar deel uitmaakt van de gemeenschappelijke rechtsorde. Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat ondernemers hun verwachtingen met betrekking tot een eenmaal verworven positie afstemmen op economische ontwikkelingen.[239] Dat een onderneming maatregelen moet voorzien als gevolg van gewijzigde of abnormale sociaal-economische omstandigheden geldt in het bijzonder voor regelingen die uit hun aard afhangen van wijzigende economische of conjunctuurpolitieke overwegingen of die uit hun aard flexibel zijn, zoals belastingen en subsidieregelingen. In die situaties is volgens Popelier sprake van een 'instabiliteit die inherent is aan bepaalde, sociaal-economische situaties'.[240] Zoals we in hoofdstuk 12 zullen zien, staat dit er in het gros van de gevallen aan in de weg dat een onderneming die opereert in een gemeenschappelijke marktordening, succesvol zal kunnen aanvoeren dat hij een bepaalde nieuwe regel of een wijziging van een bestaande regel niet kon voorzien. De inherente veranderlijkheid van regels belemmert in de gemeenschapscontext in de regel dat een burger zich kan beroepen op concrete omstandigheden die maken dat de maatregel in zijn geval *niet* voorzienbaar was.

Ook in de nationale jurisprudentie vinden we verschillende voorbeelden. Wat in een concreet geval een normaal risico is, verschilt per type bedrijf. De ondernemer zal zijn gedrag derhalve telkens dienen af te stemmen op de op zijn specifieke situatie toepasselijke ervaringsregels. Voor veehouders geldt bijvoorbeeld dat schade ten gevolge van maatregelen ter bestrijding van een besmettelijke dierziekte, in beginsel een normaal bedrijfsrisico is, aangezien het houden van vee het risico van ziekte van dat vee insluit.[241] Dit brengt met zich dat schade ten gevolge van de ondertoezichtplaatsing van een bedrijf,

238 Vgl. De Groot 1982, p. 108, die stelt dat niet zozeer de aard van de *maatregel* bepalend zou moeten zijn maar de aard van het *gevolg* van de desbetreffende maatregel.

239 Zie bijv. HvJ EG 25 januari 1979, zaaknr. 98/78 (*Racke*), *Jur*. 1979, p. 69 en HvJ EG 25 januari 1979, zaaknr. 99/78 (*Decker*), *Jur*. 1979, p. 101.

240 Popelier 1998, p. 325.

241 CBB 17 juli 2001, LJN AB3005 en AB3003, CBB 19 september 2001, LJN AD3778.

nadat daar niet-toegestane gevaarlijke stoffen zijn geconstateerd[242] en schade door het opleggen van een zgn. terbeschikkinghoudingsplicht van veevoer, zodat dit voer kan worden gecontroleerd,[243] in beginsel tot het normale bedrijfsrisico wordt gerekend. Voor een netbeheerder die het transport van elektriciteit verzorgt, behoren de financiële risico's of storingen als gevolg van natuurramp, sabotage en terrorisme in beginsel tot diens risicosfeer.[244] Voor schade door het niet-gunnen van een bepaald perceel voor de exploitatie van een tankstation aan een tankstationhouder[245] en schade die weggebruikers en vervoerders lijden ten gevolge van reconstructiewerkzaamheden aan wegen, waardoor zij gebruik moeten maken van omleidingsroutes, geldt hetzelfde.[246]

Uit deze jurisprudentie kan worden afgeleid dat de risico's die inherent zijn aan een bedrijf *in beginsel* tot de normale bedrijfsrisico's behoren. Thans wil ik zien hoe die regel wordt toegespitst op een terrein dat in de jurisprudentie vaak leidt tot nadeelcompensatieclaims: de schade ten gevolge van de bestrijding van besmettelijke dier- en plantenziekten.

8.6.3.1 Maatregelen ter bestrijding van besmettelijke dier- en plantenziekten

De jurisprudentie over de schade door maatregelen ter bestrijding van besmettelijke dier- of plantenziekten is *het* voorbeeld van een casuïstiek waarin het normale ondernemersrisico en de voorzienbaarheid een belangrijke rol spelen. De vaste lijn, die zichtbaar is in de jurisprudentie van alle hoogste rechtscolleges, is het beste verwoord door de Hoge Raad, die in het *Harrida*-arrest voorop heeft gesteld dat bij de handel in 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. Indien de betrokken burgers of instellingen ondanks de voorzienbaarheid van dergelijke overheidsmaatregelen hun activiteiten aanvangen of voortzetten zonder het nemen van adequate maatregelen om uit dat overheidsingrijpen voortvloeiende nadelige gevolgen zoveel mogelijk te voorkomen, bestaat geen grond voor toekenning van een vergoeding van schade, omdat die dan is te beschouwen als een normaal maatschappelijk risico of normaal bedrijfsrisico.'

Het 'objectief voorzienbaar risico van ziekten' en van in verband daarmee noodzakelijke bestrijdingsmaatregelen is ook het vertrekpunt van het CBB, dat stelt dat 'het houden van dieren het risico in zich draagt dat men wordt onderworpen aan maatregelen ter bestrijding van besmettelijke dierziekten,

---

242 CBB 3 juli 2002, LJN AE7535, CBB 5 april 2005, LJN AT4791, CBB 6 januari 2005, LJN AT4052.
243 CBB 15 juli 2005, *AB* 2005, 243, m.nt. JHvdV.
244 CBB 21 februari 2003, LJN AF6054.
245 Hof Arnhem 25 september 2007, LJN BB8609.
246 Rb Arnhem 21 maart 2002, LJN AE0810, Rb Leeuwarden 4 december 2002, LJN AF1506.

waarvan de gevolgen in beginsel tot het normale bedrijfsrisico behoren.'[247] Het CBB spreekt in dit verband van het 'basisrisico' van het uitbreken van een besmettelijke ziekte, dat in beginsel bij de ondernemer ligt, en niet bij de overheid.[248] De schaarse keren dat de Afdeling zich over dit type schade heeft uitgelaten, heeft ook zij benadrukt dat de schade ontstaan door maatregelen ter bestrijding van besmettelijke dierziekten wordt gerekend tot de normale bedrijfsschade van een varkenshouder, aangezien het houden van vee nu eenmaal het risico van ziekte van dat vee insluit. Daarbij is volgens haar mede van belang dat de veehouderij op enkele plaatsen in Nederland sterk geconcentreerd is. Voor een varkenshouder die zich vestigt in een gebied met een hoge concentratie varkenshouders is het derhalve voorzienbaar dat daar varkenspest kan uitbreken en dat dus een vervoersverbod dus noodzakelijk is; daardoor geleden schade is in beginsel dus normaal.[249] In de Franse jurisprudentie is eenzelfde lijn te herkennen. Een verbod tot het in de handel brengen van neergeschoten wild in verband met de mogelijke gevaren voor een dierziekte, leidde volgens de Conseil d'Etat niet tot abnormale schade, omdat dierziektes (en daartegen te nemen maatregelen) een risico vormen dat in beginsel moest worden gedragen door personen die het recht hebben om te jagen.[250]

De jurisprudentie is ook interessant omdat zij verschillende voorbeelden laat zien van zaken waarin, ondanks het uitgangspunt dat de schade ten gevolge van rechtmatige bestrijdingsmaatregelen objectief voorzienbaar is, toch van een onvoorzienbaar nadeel sprake was. Een eventuele onvoorzienbaarheid van het nadeel kan ten eerste worden gerelateerd aan de gekozen *uitvoeringsmodaliteit*. Een 'normale' maatregel die op stel en sprong wordt ingevoerd, zal in beginsel niet voorzienbaar zijn. Klassiek zijn nog altijd de overwegingen van de Hoge Raad in het *Leffers*-arrest:

> 'Niet kan worden gezegd dat dit plotseling opgelegd, drastisch verbod als in de onderhavige Regeling vervat, behoort tot de normale bedrijfsrisico's die voor rekening van de ondernemer behoren te blijven. Daarbij is mede van belang, dat (...) vaststaat, dat Leffers de maatregelen die tevoren waren voorgeschreven om besmetting met ziekten te voorkomen stipt heeft nageleefd.'

Deze nuancering ligt voor de hand. De ratio van de centrale positie die de voorzienbaarheid inneemt bij de toets aan de normaal te aanvaarden maat-

247 CBB 6 november 2007, LJN BB8695, CBB 19 februari 2002, LJN AD9879, CBB 19 september 2001, LJN AD3776, CBB 31 juli 2001, LJN AB3180, CBB 31 juli 2001, LJN AB3205, CBB 24 juli 2001, LJN AB3216 (en van dezelfde datum AB3245, AB3240, AB3207, AB3215), CBB 17 juli 2001, LJN AB3003. Zie voor gevallen buiten de Gwwd CBB 29 december 2004, LJN AS2004 (vogeleieren en aviaire influenza) en CBB 28 februari 2002, LJN AE0420 (struisvogels met salmonella enteritidis).

248 CBB 29 februari 2000, *AB* 2000, 206, m.nt. JHvdV. Vgl. CBB 17 juli 2001, LJN AB3003.

249 ABRvS 30 maart 1995, *AB* 1995, 375, ABRvS 10 september 1996, *JB* 1996, 214, m.nt. AWH.

250 CE 22 februari 2002, *Rec*. p. 52 (*Michel*).

schappelijke of bedrijfsrisico's is immers vooral dat burgers of ondernemingen zich kunnen instellen op die maatregelen en de daaruit voortvloeiende schade. Zij kunnen handelen naar de voorzienbaarheid van de maatregel, door hun bedrijfsvoering aan de te nemen maatregelen aan te passen of inkomsten uit andere bronnen te verwerven.[251] Kan dat door de korte termijn waarbinnen de maatregel wordt afgekondigd niet, dan zal minder snel van voorzienbaarheid sprake zijn. Dat dit uitgangspunt nog altijd geldt, kan worden opgemaakt uit het *Harrida*-arrest uit 2003. Thans was de vraag aan de orde of de leer, die in het *Leffers*-arrest was toegepast op schade door rechtmatige bestrijdingsmaatregelen waardoor een veehouder schade leed, ook van toepassing was op het gebied van de handel en import van dierlijke producten. Dit was het geval, zo stelde de Hoge Raad. Economische actoren dienen hun bedrijf zo in te richten dat zij de nadelen die volgen uit het feit dat zij worden geconfronteerd met maatregelen die inherent zijn aan hun bedrijf, kunnen opvangen. Schadegevoelige factoren kunnen in dit verband bijvoorbeeld de omvang van de veestapel zijn of de grootte van de voorraden. Daarop bracht de Hoge Raad echter een nuancering aan:

> 'De enkele mogelijkheid van het bestaan van risico's (voor de volksgezondheid) van bekende en soms eerst na verloop van jaren weer voorkomende ziekten, of nog niet eerder bekende ziekten betekent evenwel nog niet dat overheidsmaatregelen die na het uitbreken van zo'n ziekte noodzakelijk blijken, zozeer voorzienbaar zijn dat ondernemers die zich bezighouden met economische activiteiten met betrekking tot dierlijke producten zich daarop in hun normale bedrijfsvoering behoren in te stellen en ervoor zorg dienen te dragen 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.'[252]

Opgemerkt moet worden dat de keuze voor het nemen van een maatregel op een onverwacht tijdstip, zoals in *Leffers* en *Harrida*, in de regel niet voldoende zal zijn om te kunnen oordelen of het nadeel onevenredig is. Een onverhoeds ingevoerde maatregel met slechts beperkte financiële gevolgen voor de bedrijfsvoering zal in beginsel niet als onevenredig kunnen worden aangemerkt. Het is dan ook niet zonder reden dat de Hoge Raad benadrukt dat het ging om een *drastisch* verbod (*Leffers*) en om een verbod dat tot gevolg had dat de winstgevendheid van een bedrijf verloren ging (*Harrida*). Al met al kan men uit deze rechtspraak opmaken dat de toets aan de voorzienbaarheid in *twee fasen* dient plaats te vinden: niet alleen zal men moeten bezien of de maatregel *an sich* voorzienbaar is, maar ook zal men moeten kijken naar de voorzienbaarheid van de *uitvoeringsmodaliteit*. Daarbij gaat het onder meer om

---

251 Zie § 6.7.2.
252 HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84, m.nt. PvB (*Harrida*).

de gekozen maatregel om het doel te bereiken, het tijdstip van uitvoering en de grootte van de in concreto geleden schade.

Voorbeelden waarin de schade al in de eerste fase onvoorzienbaar werd geacht, zijn schaars. De maatregelen waarmee handelaren in dierlijke en andere voor ziekten vatbare producten te maken krijgen hebben nu eenmaal al snel een gebruikelijk karakter, zeker als handelaren daar in het verleden al eens mee zijn geconfronteerd. Dat brengt met zich dat ook de daardoor geleden schade al snel tot het normale bedrijfsrisico van een handelaar zal worden gerekend, zoals blijkt uit de omvangrijke jurisprudentie van het CBB op grond van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren.

> Zo komt de schade door het opleggen van een ophokplicht of een vervoersverbod, niet voor vergoeding in aanmerking omdat deze schade tot het normaal bedrijfsrisico wordt gerekend.[253] Ook veel voorkomende schadeposten zoals vervolgschade (schade aan de bedrijfsvoering, bijvoorbeeld door leegstand van stallen,[254] werktijdverkorting voor werknemers, in silo's opgeslagen maar niet overgenomen voer)[255] en dierenartskosten, ontsmettingskosten en heffingen van het productschap[256] behoren tot het normale bedrijfsrisico.

Men moet ervoor waken om uit het enkele feit dat maatregelen tegen besmettelijke ziektes in een bepaalde sector *gebruikelijk* zijn, af te leiden dat deze *voorzienbaar* zijn. De stelling van Spier dat 'voorzienbare risico's in elk geval als normaal bedrijfsrisico [gelden] indien en voorzover zij verband houden met de aard van het bedrijf of de daardoor ontplooide activiteiten',[257] lijkt dan ook te weinig ruimte te laten voor nuances. Dat de Hoge Raad voor een dergelijke benadering ruimte heeft willen laten, blijkt ook uit het *Harrida*-arrest, waarin hij slechts stelde dat bij handel in dierlijke producten *eerder* sprake zal zijn van een objectief voorzienbaar risico van ziekten.

Een eventuele onvoorzienbaarheid kan zijn gelegen in het feit dat een ziekte zich nog niet eerder voordeed of zich op een onverwachte manier ontwikkelde, zodat de ondernemer daarop niet kon anticiperen. Een goed voorbeeld bieden enkele uitspraken van het CBB over de bestrijding van een besmettelijke plantenziekte in kuipplanten. In casu werd op het bedrijf van een plantenteler in enige kuipplanten de besmettelijke plantenziekte PSTVd ontdekt. Aan de teler werd de maatregel opgelegd om niet meer in deze planten te handelen en

253 CBB 28 augustus 2001, LJN AD3432, CBB 9 mei 2006, LJN AX1658. Het CBB beroept zich daarbij overigens mede op de wil van de wetgever. Zie CBB 18 juli 2002, *AB* 2002, 344, m.nt. JHvdV: 'Schade als gevolg van maatregelen die niet op grond van hoofdstuk VIII afdeling 2 voor vergoeding in aanmerking komt, komt naar het oordeel van de wetgever in beginsel voor rekening en risico van de veehouder.'

254 CBB 7 februari 2006, LJN AV4556.

255 CBB 19 oktober 2006, LJN AZ1557, CBB 31 augustus 2006, LJN AY9307, CBB 7 februari 2006, LJN AV4556 en CBB 18 juli 2002, *AB* 2002, 344, m.nt. JHvdV.

256 CBB 20 april 2006, LJN AW5769.

257 HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84, m.nt. PvB (noot 28).

de zieke planten te vernietigen. De teler deed een verzoek om nadeelcompensatie op grond van de Plantenziektewet, maar dit werd afgewezen. De minister was van mening dat de schade binnen het normale bedrijfsrisico viel, omdat aantastingen als PSTVd altijd in een teeltproces kunnen optreden en het bedrijfsleven er alert op moet zijn dat een dergelijk schadelijk organisme niet wordt op een bedrijf wordt 'ingesleept'. Ook het CBB stelde voorop dat aan plantenteelt inherent is dat zich besmettingen met schadelijke organismen kunnen voordoen. Echter:

> 'Dit brengt evenwel niet mee dat iedere besmetting voor een bedrijfsmatige teler zo zeer voorzienbaar is dat deze zonder meer geacht moet worden volledig tot zijn normale bedrijfsrisico te behoren. Naar het oordeel van het College gaat verweerder er in het bestreden besluit ten onrechte aan voorbij, dat in dit geval sprake is van een besmetting met een schadelijk organisme, waarvan – naar onweersproken is gesteld – tot de onderzoeken door de PD in het najaar van 2006 – in ieder geval bij de betrokken telers – niet bekend was dat deze zich in kuipplanten kon voordoen. Voorts is niet in geschil dat PSTVd in kuipplanten symptoomloos aanwezig kan zijn en pas sinds 2006 in die teelt kan worden vastgesteld. Derhalve is het niet onbegrijpelijk dat telers van kuipplanten voordien geen maatregelen hebben getroffen een dergelijke besmetting te voorkomen.'[258]

Deze uitspraak leert een belangrijke les: hoe gebruikelijk een bepaald *type* maatregelen in een bepaalde branche ook is, een zorgvuldige toets aan de eis van voorzienbaarheid vergt dat men tevens beziet of ook de *concrete* maatregel voor de getroffene voorzienbaar was. Het ligt voor de hand om in dit verband bij de handel in voor ziektes vatbare producten in elk geval te bezien of het gaat om een ziekte waarmee de handelaren in kwestie al eens te maken kregen. Gaat het om een reeds bekende ziekte, dan betekent het feit dat deze zich na enkele jaren plots weer voordoet in beginsel niet dat de schade ten gevolge van bestrijdingsmaatregelen onvoorzienbaar was. Zo was in 1992 bij telers van ficus de constatering van een besmetting met trips een bron van voorzienbaarheid van die besmetting enige jaren later: volgens het CBB wisten kwekers sindsdien, of konden zij althans weten dat ficus met trips besmet kan worden, zodat die schade tot het normale bedrijfsrisico behoort.[259] Gaat het echter om een ziekte die zich nooit eerder voordeed, dan kan het oordeel anders uitvallen. Voor een geloofwaardige toepassing van de eis van voorzienbaarheid is deze laatste nuancering cruciaal.

---

258 CBB 16 april 2009, LJN BI1934, BI1931.
259 CBB 24 juli 2001, LJN AB6580, CBB 8 juni 2000, LJN AU1256.

8.6.4 Schade door hinderlijke activiteiten

8.6.4.1 Omstandigheden van het geval bepalend

Een vierde en laatste categorie die ik wil bespreken betreft de schade door hinderlijke activiteiten. Hier wordt dezelfde lijn gevolgd als bij de schade door verkeersmaatregelen: niet één, maar een combinatie van verschillende gezichtspunten is bepalend om te kunnen oordelen of schade boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt. Volgens de Afdeling moet onder meer worden gelet op de duur, intensiteit en omvang van de hinder.[260] Deze criteria sluiten aan bij die van het civiele aansprakelijkheidsrecht, waarin de Hoge Raad vergelijkbare criteria hanteert om te bepalen of schade door hinder onrechtmatig is jegens een bepaalde burger. Volgens de Raad moet voor de vraag of de hinder die een burger aan een andere burger toebrengt onrechtmatig is, acht worden geslagen op verschillende criteria, waaronder 'de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval.'[261]

Waar de toepassing van deze criteria toe leidt, hangt vanzelfsprekend af van de omstandigheden van het geval. Rechter en bestuur verrichten maatwerk. Ook in de civiele literatuur wordt vooropgesteld dat het lastig is algemene regels op te stellen om te bepalen wanneer hinder onrechtmatig wordt.[262] Niet alleen is het bij elk van de afzonderlijke factoren op zichzelf al lastig aan te geven wanneer de grens van het 'abnormale' wordt overschreden (Hoe lang is een abnormale duur precies? Wanneer is hinder zo intens dat zij abnormaal is? etc), maar ook zijn deze factoren veelal niet *op zichzelf* doorslaggevend, maar in onderlinge samenhang. Een goed voorbeeld daarvan biedt een zaak die speelde voor de Afdeling, over schade die een omwonende van de (aan te leggen) Betuweroute ondervond van uitvoeringswerkzaamheden. De relevante overweging luidde als volgt:

> 'De Afdeling is anders dan de rechtbank van oordeel dat de Minister deze schade redelijkerwijs niet geheel ten laste van appellanten heeft kunnen laten, omdat duur, intensiteit en omvang van de hinder van dien aard zijn dat deze het normaal maatschappelijk risico te boven gaan. Daarbij is van belang de periode van overlast, te weten achttien maanden, en het feit dat gedurende deze periode dag en nacht wordt c.q. is doorgewerkt. Verder is van gewicht dat de voornaamste bouwplaats op slechts 56 meter afstand van de woning van appellanten is gelegen, alsmede de aard van de hinder, te weten trillingshinder, geluidoverlast door boor- en

260 ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0572.

261 HR 15 februari 1991, *NJ* 1992, 639, m.nt. CJHB (*Aalscholvers*). Vgl. Rb Alkmaar 6 juli 2005, *JA* 2005, 70 (*Geluidsoverlast moskee*). Zie ook Van Ravels 2005, p. 39 en Vegting 1955, p. 18.

262 Zie bijv. S.D. Lindenbergh, Onrechtmatige daad, 'Hinder', VII.3-1, aant. 7.

> heimachines en uitzichtschade, en het feit dat een en ander plaatsvindt in een voorheen rustige en landelijke omgeving'.[263]

Uit deze uitspraak blijkt goed dat meerdere factoren in onderlinge samenhang bezien relevant zijn bij de beoordeling van de vraag of sprake is van abnormale hinder. Niet alleen de duur van de periode (achttien maanden),[264] maar ook de factor *afstand* was van belang (grofweg: hoe dichter in de buurt de hinder plaatsvindt, hoe groter de kans dat zij abnormaal is)[265] en de *aard van de hinder* (trillingshinder en geluidoverlast door boor- en heimachines is bijvoorbeeld ernstiger dan hinder door een andere lichtinval of hinder doordat elektrische apparaten tijdelijk minder goed functioneren).[266]

In het licht van het feit dat een *combinatie* van factoren met zich kan brengen dat een bepaalde mate van hinder niet tot het normaal maatschappelijk risico uitstijgt, dienen bestuursorganen terughoudend te zijn om een van die factoren al te stringent te interpreteren. Ook de jurisprudentie over verkeersmaatregelen heeft dit laten zien: het gewicht dat toekomt aan de *duur* van de afsluiting kan alleen goed worden bepaald wanneer men deze factor plaatst in een groter geheel, door ook te kijken naar de omrijafstand, de mate van bereikbaarheid en de afstanden die een bedrijf sowieso al aflegt). Zo kan gedurende een relatief korte periode van 26 dagen al sprake zijn van onevenredig nadeel, namelijk wanneer gedurende die periode een benzinestation geheel onbereikbaar is. Deze genuanceerde benadering impliceert eveneens dat bestuursorganen in het kader van hun beleid niet schade gedurende de eerste zes weken van een infrastructureel project per definitie kunnen afwijzen als 'tijdelijk' en daarom 'normaal'. Volgens de rechtbank Arnhem is

> 'een categorische verwijzing naar een termijn (…), ook als deze termijn zou zijn neergelegd in een beleidsregel, in strijd met inhoud en strekking van de Nadeelcompensatieverordening. Aard en omvang van de schade blijft immers buiten beschouwing.'[267]

Welke mate van hinder men heeft te dulden, hangt ook af van de plaatselijke situatie.[268] In verschillende civiele arresten is aan dit criterium nadere invulling gegeven.

---

263 ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0572.

264 Zie in dat verband ook ABRvS 20 september 2006, LJN AY8507 (abnormale derving van recreatiegenot gedurende tien maanden).

265 Vgl. De Groot 1982, p. 90.

266 S.D. Lindenbergh, Onrechtmatige daad, 'Hinder', VII.3-1, aant. 7.

267 Rb Arnhem 14 december 2004, LJN AR8060.

268 HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 476. Vgl. Parl. Gesch. Boek 5, p. 34: ' Bij de beoordeling van de geoorloofdheid van hinder moet rekening worden gehouden met hetgeen ter plaatse gebruikelijk is.'

> Zo overwoog de Hoge Raad in het Stikke Trui dat de hinder in de vorm van vuilstort in een zandgraverij in een natuurgebied geheel ongebruikelijk is[269] en luidde het in een ander vonnis dat in een rustige woonwijk binnen de bebouwde kom hinder in de vorm van knallen uit een geluidskanon om vogels af te schrikken onrechtmatig is en niet behoeft te worden geduld.[270] In andere rechtspraak is bepaald dat zulks anders lag ten aanzien van hinder in de vorm van het overwaaien van onkruidzaden, mede omdat het geschade perceel in een agrarische omgeving lag[271] en hetzelfde gold voor hinder door zogenaamde 'bijenspat' (ontlasting van bijen) in een omgeving waar veel bijen werden gehouden.[272]

Aan deze rechtspraak kan ook inspiratie worden ontleend indien de hinder niet van een mede-burger maar van een overheidsorgaan afkomstig is. De vraag hoe het karakter van de omgeving de vraag wat men nog als normale hinder heeft te dulden, moet worden bezien in het licht van de concrete omstandigheden van het geval. Als een van de relevante factoren heeft De Groot gewezen op het onderscheid tussen bestemmingen die een 'ortsüblich' (ter plaatse gebruikelijk) karakter vertonen en bestemmingen die niet passen binnen de bestaande gebiedsstructuur en daarom 'ortsunüblich' zijn (en daarom niet liggen binnen de lijn der verwachtingen).[273] Deze invalshoek is mogelijk ook van belang voor de toekomstige jurisprudentie over art. 6.1 Wro.[274]

8.6.4.2 Frans recht

Ook in het Franse recht zien we dat de rechter zich in hindersituaties door verschillende gezichtspunten laat leiden. Zo kan het element *tijd* van invloed zijn op de *anormalité* van het nadeel. Ten eerste kan de periodieke herhaling van een bepaald schadeveroorzakend feit maatgevend zijn voor de vraag of de schade *anormal* is.[275] Dit doet zich vooral voor bij overlast door lawaai en stank. Het daardoor ondervonden nadeel kan voor vergoeding in aanmerking komen, maar dan moet de overlast wel een regelmatig of permanent karakter hebben en een voldoende mate van 'intensiteit' hebben. Ten aanzien van een woning die op vijftien meter van de Route Nationale lag werd overwogen dat de intensiteit en de frequentie van het lawaai de normale ongemakken die omwonenden van snelwegen hebben te dragen oversteeg.[276] In gelijke

269 HR 10 maart 1972, *NJ* 1972, 278, m.nt. GJS (*Vermeulen/Lekkerkerker*).
270 Pres. Rb Breda 21 juli 1967, *NJ* 1968, 321.
271 HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 476.
272 HR 28 september 1998, *NJ* 1999, 69.
273 De Groot 1982, p. 93.
274 Zie nader Van den Broek 2002, p. 243 e.v.
275 Richer 1988, p. 20.
276 CAA de Nantes 18 december 1989, *Rec*. p. 927 (*Epoux Soufflet*). Vgl. CE 18 november 1998, *Rec*. p. 428 (*Les Maisons de Sophie*).

zin werd overwogen in een geval waarin lawaai, ondanks pogingen om dit te dempen, dag en nacht aanhield.[277]

Ook de factor *afstand* is van invloed; geen vergoeding werd toegekend aan omwonenden van de A10, die op honderdtien meter van de weg woonden, waardoor het lawaai minder intensief was.[278] De aanwezigheid van een vuilcontainer precies onder het raam van een woning werd wel abnormaal gevonden,[279] evenals de zeer nabije aanwezigheid van een telefooncabine.[280] Er is zelfs een apart leerstuk over de afstand tot een schadeveroorzakend object als primaire bron van overlast: de *troubles de voisinage* (overlast door nabijheid). Het gaat dan bijvoorbeeld om schade door de aanwezigheid van autowegen,[281] kerncentrales[282] en andere *travaux publics* en *ouvrages publics*.[283] De *anormalité* is in dit leerstuk in veel gevallen het beslissende criterium en het onderdeel van standaardformules als *les sujétions normales résultant du voisinage d'ouvrages de cette nature* (naar aanleiding van de overlast door nabijheid van een thermische centrale)[284] of *les sujétions qu'imposent normalement aux riverains des cours d'eau*.[285]

Uit deze jurisprudentie blijkt dat bij deze factor juist het samenspel met andere factoren veelal tot het oordeel leidt dat de schade abnormaal is. Ook hier zal in het bijzonder de *gravité* van de schade veelal een doorslaggevende rol spelen, zoals in een arrest over een langs de autoweg A10 gevestigde boomkweker die 60% van zijn chrysantenvoorraad niet meer kon verkopen door de felle wegverlichting.[286] Dat er iets 'ernstigs' aan de hand zal moeten zijn, kan worden afgeleid uit een arrest over geluidsoverlast door een vliegveld, waarvan een nabijgelegen gemeente last had. De Conseil benadrukte dat de publieke gebouwen waren gelegen 'dans l'axe de la piste principale rallongée en 1979' – in het verlengde dus van de belangrijkste startbaan.[287] Niet *alle* in de buurt van vliegvelden ondervonden geluidsoverlast heeft een abnormaal karakter: in een ander arrest heeft de Conseil d'Etat, zich daarbij verlatend

277 TA d'Orléans 14 juni 1994, *Rec.* p. 1169. Vgl. CAA de Lyon 16 maart 2000, *Rec.* p. 1222 (*Epoux Raymond* (feestzaal)).
278 CEE de Bordeaux 23 mei 1989, *Rec.* p. 927 (*Soc. des autoroutes du Sud de la France*).
279 CAA de Lyon 18 december 1992, *Rec.* 1992, p. 1303 (*Commune d' Enchastrayes*).
280 CE 3 maart 1978, *RDP* 1978, p. 1773 (*Secr. Etat aux Postes et télécommuncations*).
281 CE 6 februari 1981, *Rec.* p. 910 (*Mme Delacquis*; geen abnormaal nadeel door nabijgelegen A-81); CE 5 december 1990, *RDP* 1994, p. 1443 (*Chapon*; waardedaling huis i.v.m. lawaaioverlast leidt tot speciaal en abnormaal nadeel).
282 CE 5 april 1991, *RDP* 1994, p. 1444 (*Epoux Docquet-Chassaing*).
283 CAA de Lyon 20 april 2006, *AJDA* 2006, p. 1519 (*M Denesvre de Domecy*; stankoverlast door vervuild stroompje).
284 CE 16 november 1962, *Rec.* p. 615 (*Electricité de France*).
285 CE 11 mei 1962, *Rec.* p. 324 (*Sieur de Tauzia*).
286 CE 10 maart 1997, *Rec.* p. 75 (*Consorts Raynal*).
287 CE 20 november 1992, *Rec.* p. 418 (*Commune de Saint-Victoret*).

op een deskundige, bepaald dat een overlast van meer dan 90 decibel de gezondheid schaadt en daarmee 'abnormaal' is.[288]

8.7 Risicoaanvaarding

8.7.1 Begrip

Bij de bespreking van het leerstuk van de 'eigen schuld' in § 6.7 is gebleken dat de Hoge Raad niet heeft willen weten van de erkenning van een aparte figuur 'risicoaanvaarding'. Deze rechtspraak van de Hoge Raad heeft er niet aan af kunnen doen dat dit leerstuk binnen het algemene nadeelcompensatierecht en het planschaderecht een stevige positie inneemt. Waarom deze 'variant van eigen schuld', zoals Schueler het noemt,[289] juist in het nadeelcompensatierecht zo belangrijk is gebleken, is niet zo makkelijk te verklaren. Wellicht kan in de aard van de rechtsbetrekking tussen burger en overheid een reden worden gevonden waarom risicoaanvaarding in het nadeelcompensatierecht een vruchtbaar leerstuk is gebleken. Burgers dienen hun gedrag immers mede af te stemmen op van de overheid afkomstige signalen waaruit toekomstige ontwikkelingen kunnen worden afgeleid. Hieruit kan zeker niet altijd eenduidig worden opgemaakt wat de inhoud van toekomstige besluitvorming zal zijn. Het algemeen belang verlangt vaak juist dat de mogelijke scenario's – ten aanzien van een bepaalde planologische ontwikkeling bijvoorbeeld – niet al te zeer worden dichtgetimmerd, teneinde goed op de toekomstige behoeften van de gemeenschap te kunnen inspelen. Dat brengt met zich dat deze rechtsbetrekking een element van *risico* in zich bergt, zij het dat dit niet, zoals meestal in het civiele recht, zozeer samenhangt met een bepaald *gevaar* als wel met de *mogelijkheid* van voor de burger nadelige besluitvorming. Niet voor niets spreekt de Afdeling in haar standaardomschrijving van risicoaanvaarding dat het gaat om de *kans* dat een investering niet (geheel) kan worden terugverdiend. Het leerstuk van de risicoaanvaarding biedt op het eerste gezicht een geschikt instrument om de wederzijdse verantwoordelijkheden van burger en overheid ten opzichte van elkaar af te bakenen. Enerzijds zal het signaal waarop de overheid zich beroept om een aanvaard risico tegen te werpen, min of meer concreet moeten zijn, zodat het de burger daadwerkelijk duidelijk kon zijn dat een nadelige ontwikkeling 'in de lucht hing', anderzijds is ook de burger verantwoordelijk voor zijn eigen (investerings)beslissingen en zal van hem derhalve enige alertheid mogen worden verwacht. Een loutere verwijzing naar het leerstuk van de eigen schuld brengt minder precies tot uitdrukking wat risicoaanvaarding wel doet, namelijk dat het hier gaat om

288 CE 19 maart 1979, *D.* 1979, p. 429 (*Commune de Villeneuve-le-Roi*).
289 Schueler 2005a, p. 205.

een *wederkerig* proces, te weten het inspelen van burgers op van de overheid afkomstige signalen.

Plan van behandeling
Om vat te krijgen op dit leerstuk, kan men niet volstaan met een loutere blik op de (niet bijzonder omvangrijke) jurisprudentie in het algemene nadeelcompensatierecht, maar verdient ook de planschadejurisprudentie de aandacht. Het leerstuk van de risicoaanvaarding neemt daarbinnen immers een belangrijke plaats in. Ik realiseer mij dat het systeem van art. 49 WRO qua inhoud en systematiek van dat van de égalité verschilt.[290] Dat neemt mijns inziens niet weg dat de planschadejurisprudentie een goede bron van inspiratie zou kunnen zijn.[291] Omgekeerd kan het planschaderecht mogelijk inspiratie ontlenen aan het algemene nadeelcompensatierecht, in het licht van het feit dat art. 6.1 Wro meer geënt is op het égalitébeginsel dan op de materiële rechtszekerheid. In § 8.7.2 wil ik eerst stilstaan bij de verschillen tussen het criterium van de risicoaanvaarding en de maatstaf van het normaal maatschappelijk risico. Vervolgens zal ik in § 8.7.3 enige lijnen in de jurisprudentie over risicoaanvaarding schetsen en in § 8.7.4 stilstaan bij de mogelijke bronnen van voorzienbaarheid.

8.7.2 Verhouding tot de 'normale risico's'

Hoewel de grens tussen het normaal maatschappelijk risico en de risicoaanvaarding niet altijd scherp is te trekken, zijn er duidelijke verschillen tussen beide leerstukken. Een eerste verschil is gelegen in de factoren waarmee rekening mag worden gehouden. Zoals we hebben gezien, mag bij de toets aan het 'normaal maatschappelijk risico' rekening worden gehouden met 'alle van belang zijnde omstandigheden van het geval'. Onder meer de aard en de omvang van de last die aan de eigenaar of gebruiker wordt opgelegd spelen daarbij een belangrijke rol. Bij risicoaanvaarding wordt vooral gekeken of de benadeelde bij het nemen van beslissingen ten aanzien van het onroerende goed bewust een risico heeft genomen.[292] Het gaat bij dit laatste criterium vooral om *omstandigheden aan de zijde van de benadeelde* die met zich brengen dat de schade niet of niet geheel hoeft te worden vergoed.[293] In lijn hiermee betoogt Van Ravels dat:

---

290 De Afdeling heeft herhaaldelijk overwogen dat een verzoek om planschadevergoeding een andere beoordeling vergt dan een op het égalitébeginsel berustend verzoek om compensatie: zie ABRvS 17 juli 2002, LJN AE5401, ABRvS 17 augustus 2005, LJN A1131.
291 Aldus ook Van Ravels 2002a, p. 546.
292 Van den Broek 2002, p. 209.
293 Van den Broek 2002, p. 169.

> '(…) bij de beantwoording van de vraag of aan de aanvrager risicoaanvaarding kan worden tegengeworpen niet alle omstandigheden van het geval van belang zijn, maar dat de nadruk ligt op aan de aanvrager toe te rekenen omstandigheden. Bij de invulling van het normale maatschappelijke risico ligt de nadruk meer op algemene omstandigheden die verband houden met de schade.'[294]

Het normaal maatschappelijk risico en de risicoaanvaarding zijn echter in zoverre verwant dat in beide leerstukken de voorzienbaarheid een belangrijke rol speelt. Daarmee kom ik op een tweede verschil: bij risicoaanvaarding gaat het om de voorzienbaarheid van een *specifieke* maatregel of handeling. De voorzienbaarheid is hier vooral subjectief van aard.[295] Relevant is of de burger of ondernemer op basis van min of meer concrete signalen (bijvoorbeeld ter inzage gelegde concept-besluitvorming) had moeten voorzien dat een maatregel van een bepaalde strekking zou worden genomen. In het kader van het normaal maatschappelijk risico juist de voorzienbaarheid *in abstracto* (in het kader van normale maatschappelijke ontwikkelingen e.d.) een belangrijkere rol speelt.

Een voorbeeld kan dit onderscheid tussen concrete, kenbare overheidsmaatregelen en de wijze waarop de benadeelde daarop heeft geanticipeerd enerzijds en de voorzienbaarheid die vooral wordt gerelateerd aan (abstracte) ervaringsregels anderzijds, illustreren. Het betreft de uitspraak over coffeeshop *Moby Dick*. Moby Dick kreeg te maken met een beperking van de openingstijden en stelde daardoor omzetschade te lijden. Zijn claim werd door de rechtbank Almelo in de volgende bewoordingen afgewezen:

> 'Naar het oordeel van de rechtbank valt de beperking van de openingstijden (…) onder het normale bedrijfsrisico van een coffeeshop. Door een coffeeshop te gaan exploiteren heeft Moby Dick het risico aanvaard dat dergelijke, scherpere regels worden gesteld. Moby Dick kende het fundamenteel illegale karakter van de handel in softdrugs. Door dit karakter moet Moby Dick er steeds rekening mee houden dat de verkoop in softdrugs geheel of gedeeltelijk zal worden beëindigd (…).'[296]

Hoewel de rechtbank expliciet spreekt van een aanvaard risico, was het criterium van de risicoaanvaarding in de uitspraak feitelijk niet aan de orde; uit het beleid dat gold op het moment dat Moby Dick zich vestigde, kon niet worden opgemaakt dat een vervroeging van de openingstijden aanstaande was. De schade vloeide zelfs voort uit een beleids*wijziging*. Ook maakt de uitspraak geen melding van andere concrete signalen waaruit Moby Dick had

---

294 Van Ravels 2008, p. 140.

295 Vgl. Van den Broek 2002, p. 182, die (actieve) risicoaanvaarding omschrijft als 'een specifieke voorzienbaarheid van een concrete planologische ontwikkeling op een bepaald moment, namelijk het moment van aankoop. Dit criterium is subjectief van aard.' Zie ook Van Ravels 2005, p. 19.

296 Rb Almelo 7 november 2007, LJN BC2411.

moeten afleiden dat de openingstijden zouden worden beperkt. Het belangrijkste argument waarom Moby Dick deze schade voor zijn rekening moet nemen, is, als men de uitspraak goed leest, het 'fundamenteel illegale' karakter van de handel in softdrugs, die met zich brengt dat een coffeeshopexploitant rekening dient te houden met dit type overheidsmaatregelen. Die redenering geeft uitdrukking aan de omstandigheid dat het nadeel ten gevolge van dit type maatregelen voor een coffeeshopexploitant in beginsel tot zijn normale ondernemersrisico's behoort. Dit wordt bevestigd door de behandeling van de zaak door het Hof, waarin de risicoaanvaarding ongenoemd bleef en het Hof constateerde dat de schade ten gevolge van de beperking van de openingstijden viel binnen het normale ondernemersrisico.[297]

Dit voorbeeld laat niet alleen zien dat risicoaanvaarding en normaal maatschappelijk risico eigenstandige maatstaven zijn, maar ook dat deze criteria elkaar kunnen aanvullen: het ontbreken van risicoaanvaarding wil nog niet zeggen dat nadeel niet alsnog voor rekening van de getroffene kan blijven op grond van het criterium van het 'normale ondernemersrisico' (of het normaal maatschappelijk risico).[298] Het enkele feit dat een bepaalde bron van voorzienbaarheid te vaag is om risicoaanvaarding aan te nemen, maakt nog niet dat het nadeel niet behoort tot het normaal maatschappelijk risico.

Een derde, hiermee samenhangend verschil is dat bij de (actieve)[299] risicoaanvaarding wordt gewerkt met een peildatum. Bij het normaal maatschappelijk risico is dat per definitie niet het geval: het gaat daarbij immers om gevolgen die men hoe dan ook dient te voorzien, onafhankelijk van het moment waarop ze ontstaan. Bij actieve risicoaanvaarding is echter bepalend of een maatregel of een besluit *op het moment van investeren* kon worden voorzien.

> Volgens de Afdeling is van belang of 'op het moment van de beslissing tot investeren' aanleiding bestond rekening te houden met de kans dat de investering niet volledig zou kunnen worden terugverdiend.[300] Zo was in een casus waarin een café- annex lunchroomeigenaar stelde schade te lijden door het besluit van de gemeente een parkeergarage aan te leggen, maatgevend dat 'toen zij besloten zich aan het plein te vestigen op de hoogte waren van de bouw van de parkeergarage'[301] en werd aan de exploitant van een snackbar tegengeworpen dat deze in maart 1999 met de exploitatie begon, op welk moment voorzienbaar was dat de straat waaraan hij was gevestigd zou worden afgesloten.[302] Op dat 'investeringsmoment' dient de schadeveroorzakende handeling *in elk geval* voorzienbaar te zijn.

297 Hof Arnhem 4 augustus 2009, *NJF* 2009, 416.
298 Zie ook ABRvS 11 november 2009, *AB* 2010, 6, m.nt. BPMvR.
299 Bij passieve risicoaanvaarding ligt het werken met een peildatum niet voor de hand, nu het er daarbij om gaat of de schadeveroorzakende handeling in de lijn der verwachtingen lag gedurende de periode dat men zijn belang had kunnen had kunnen verwezenlijken (Van den Broek 2002, p. 250).
300 ABRvS 1 augustus 1997, *AB* 1998, 37, m.nt. PvB.
301 Rb Zwolle 26 januari 2005, LJN AS3863 (sub 3.38).
302 ABRvS 5 juli 2006, LJN AY0388.

> Dat laat onverlet dat deze handeling veelal al vanaf een eerder moment voorzienbaar is. In de zojuist genoemde snackbarcasus stelde de Afdeling dat de afsluiting 'in elk geval voorzienbaar' was vanaf begin december 1998: op 1 december 1998 stemde het college van B&W namelijk met de afsluiting in en kort daarop werd daarvan melding gemaakt in het Leiderdorps Weekblad.[303]
> Ook in de Franse rechtspraak wordt de voorzienbaarheid aan een peildatum gekoppeld. Te denken valt aan het beginnen van een winkel in een in rotsen uitgehouwen ruimte in de wetenschap dat door het schuiven van omliggende gronden een instortingsgevaar bestaat[304] of het aankopen van gronden voordat de nodige goedkeuringen voor de plaatsing van 720 woningen zijn gegeven.[305]

Het gaat er dus telkens om dat zich op een bepaald (investerings)moment redelijkerwijs voorzienbaar was dat zich *in de toekomst* bepaalde ontwikkelingen zouden (kunnen) voltrekken. Bij risicoaanvaarding kijkt de rechter naar de *opeenvolging* van gebeurtenissen in de tijd, terwijl bij het normaal maatschappelijk risico gaat om de voorzienbaarheid van een algemene ontwikkeling, die juist een *doorlopend* karakter heeft. Nog weer anders gezegd: bij risicoaanvaarding staat vooral het *gedrag* van de benadeelde centraal, terwijl het bij het normaal maatschappelijk risico veeleer gaat om een bepaalde status quo ('het zijn van ondernemer', 'het bewonen van een huis op een dijk') waaruit inherente risico's voortvloeien.

Een vierde en laatste punt van verschil is dat de toepassing van de voorzienbaarheid in het kader van de risicoaanvaarding meestal tot een 'alles of niets'-resultaat leidt. Was een bepaalde overheidsmaatregel op het moment dat men zich welbewust in een risicovolle situatie begaf, voorzienbaar, dan kan het zich realiseren van dat risico aan de burger als een aanvaard risico worden tegengeworpen, hetgeen *in beginsel* betekent dat de schade *geheel* voor rekening van de getroffene blijft. Weliswaar zijn er ook gevallen waarin werd aanvaard dat een risico *gedeeltelijk* werd aanvaard, maar het geheel voor rekening van de getroffene blijven van de schade is bij risicoaanvaarding regel, terwijl dat ten aanzien van het criterium van het 'normaal maatschappelijk risico' of het 'normaal ondernemersrisico' niet zonder meer kan worden gezegd. De toepassing van deze begrippen kan er immers toe leiden dat op een nadeel dat in zijn geheel onevenredig wordt geacht een bepaald bedrag in mindering wordt gebracht, maar dat het bedrag voor het overige geheel

---

303 Zie ook ABRvS 7 april 2004, LJN AO7131: het 'scharniermoment' voor het aannemen van voorzienbaarheid was *uiterlijk* 4 maart 1996, het moment waarop de op handen zijnde ontwikkelingen naar objectieve maatstaven voor een ieder bekend waren of hadden kunnen zijn.

304 CE 10 juli 1996, *Rec*. p. 289 (*Meunier*; geen speciaal en abnormaal nadeel door bevel de winkel uit veiligheidsoverwegingen te sluiten).

305 CE 15 april 1992, *D*. 1993, p. 144 (*SCI Vallières e.a.*; 'en faisant l'acquisition *avant même* l'intervention de l'arrêté (…), des sociétés civiles immobilières ont pris un risque qu'il leur apparatient d'assumer'); CE 13 maart 1985, *Rec*. p. 79 (*Sté Barlocher France-production*).

wordt vergoed. Het in zijn geheel voor rekening laten van het nadeel op grond van het normaal maatschappelijk risico is in elk geval niet de hoofdregel.

8.7.3 Enkele algemene aspecten van risicoaanvaarding

8.7.3.1 Actieve en passieve risicoaanvaarding

Het is gebruikelijk te onderscheiden tussen passieve en actieve risicoaanvaarding. Bij actieve risicoaanvaarding heeft de gelaedeerde gehandeld waar hij dit, om de schade te voorkomen, beter had kunnen nalaten.

> Een winkelier huurde in 1998 een winkel in een Amsterdamse straat. In verband met de aanleg van de Noord-Zuidlijn diende de fundering van het pand te worden hersteld. Van juni tot september 2002 moest de winkel worden gesloten. Een verzoek om nadeelcompensatie werd afgewezen, nu de eiser de winkel had gehuurd op een tijdstip waarop hij op basis van het op 27 november 1996 genomen raadbesluit tot definitieve vaststelling van het tracé van de Noord-Zuidlijn wist dat de lijn tegenover de winkel zou worden aangelegd, en dat hij mogelijk dientengevolge schade zou kunnen lijden.[306]

Bij passieve risicoaanvaarding gaat om nalaten of stilzitten, terwijl men had moeten handelen. Een bekend voorbeeld is het teloor gaan van bouwmogelijkheden in verband met een bestemmingswijziging). In het nadeelcompensatierecht is vooral de figuur van de *actieve* risicoaanvaarding courant. Voorbeelden van passieve risicoaanvaarding buiten het planschaderecht zijn schaars. Een voorbeeld is een uitspraak uit 2003, waarin het ging om de intrekking van een vergunning voor de bouw van volkstuinhuisjes. Niet de planologische wijziging was de schadeoorzaak (het betrof dus geen geval van planschade), maar de intrekking op basis daarvan van een bouwvergunning. Vaststond dat slechts vijf van de mogelijk te bouwen 209 huisjes waren gebouwd. Volgens de Afdeling had appellant:

> 'door gedurende lange tijd geen gebruik te maken van de verleende vergunning, het risico (…) aanvaard dat de planologische inzichten zouden veranderen en het gemeentebestuur de bouwvergunning aan een herwaardering zou onderwerpen. Het college heeft de gevolgen van het zich realiseren van dat risico voor rekening van appellanten mogen laten, zoals het heeft gedaan.'[307]

In het planschaderecht verschillen de vereisten voor passieve risicoaanvaarding niet fundamenteel van de eisen voor actieve risicoaanvaarding. Zo wordt ook

---

306 Rb Amsterdam 22 oktober 2007, LJN BB7619. Zie ook Rb Zwolle 26 januari 2005, LJN AS3863 (sub 3.38).

307 ABRvS 5 februari 2003, *JB* 2003, 98, m.nt. RJNS onder *JB* 2003, 107.

bij passieve risicoaanvaarding uitgegaan van een geobjectiveerde benadeelde; ook in dit soort gevallen keert dus de 'redelijk denkende en handelende eigenaar' terug.[308] Een verschil is echter dat bij passieve risicoaanvaarding de voorzienbaarheid niet wordt afgemeten aan hetgeen de eigenaar op de peildatum wist. Het gaat immers niet om de voorzienbaarheid op één moment, maar de toenemende waarschijnlijkheid van een toekomstige ontwikkeling gedurende de tijd dat de eigenaar het onroerend goed in eigendom had.[309] In de rest van deze paragraaf bespreek ik vooral voorbeelden uit de jurisprudentie over actieve risicoaanvaarding, hoewel veel aspecten (de geobjectiveerde benadeelde, de voortekenen van voorzienbaarheid) ook van belang kunnen zijn bij passieve risicoaanvaarding.

8.7.3.2 Vereiste mate van voorzienbaarheid

Een belangrijke vraag is *wanneer* het nemen van een bepaalde toekomstige maatregel geacht kon worden voorzienbaar te zijn. De mate van voorzienbaarheid kan immers variëren. In afnemende mate van concreetheid kan een gelaedeerde *wetenschap* hebben van toekomstige maatregelen, kan het nemen van die maatregelen *aan zekerheid grenzend waarschijnlijk* zijn, *waarschijnlijk*, *aannemelijk* of *mogelijk*. In de visie van De Groot gaat het bij voorzienbaarheid in het planschaderecht om 'een eventueel aanwezige wetenschap'. Zo bestaat er volgens hem geen recht op schadevergoeding als de koper van een perceel in de onmiddellijke omgeving van een geprojecteerd flatgebouw *wist, of kon weten* dat ter plaatse een zodanig gebouw zou worden neergezet.[310] De Afdeling is iets terughoudender in haar formulering. Het is standaardjurisprudentie dat van risicoaanvaarding sprake is indien:

> 'op het moment van de beslissing tot investeren voor een redelijk denkende en handelende vergunninghouder aanleiding bestond rekening te houden met de kans dat de investering niet volledig zou kunnen worden terugverdiend'.[311]

Ook in planschadezaken keert de 'rekening houden met de kans'-formulering terug. De standaardformulering luidt als volgt:

> 'Of sprake is van voorzienbaarheid moet worden beoordeeld aan de hand van het antwoord op de vraag of ten tijde van de aankoop van de onroerende zaak voor een redelijk denkend en handelend koper aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie ter plaatse in ongunstige zin

308 Zie bijv. ABRvS 14 april 2004, LJN AO7467, Rb Arnhem 23 juli 2007, LJN BB0520.
309 Van den Broek 2002, p. 206.
310 De Groot 1982, p. 94.
311 ABRvS 1 augustus 1997, *AB* 1997, 37, m.nt. PvB en voor latere jurisprudentie ABRvS 13 oktober 2004, *JB* 2004, 373, Rb Amsterdam 22 oktober 2007, LJN BB7619 en Rb Haarlem 12 mei 2006, LJN AX4086.

> zou veranderen. Daarbij dient rekening te worden gehouden met concrete beleidsvoornemens die openbaar zijn gemaakt. Voor voorzienbaarheid is niet vereist dat een dergelijk beleidsvoornemen een formele status heeft.'[312]

Blijkens deze laatste uitspraak is niet vereist dat er volledige zekerheid bestaat omtrent de toekomstige situatie, hoewel de stelling dat er rekening dient te worden gehouden met 'concrete beleidsvoornemens die openbaar zijn gemaakt' op het eerste gezicht een aanzienlijke begrenzing betekent van de mogelijke bronnen van toekomstige ontwikkelingen. Hoe dan ook is duidelijk dat voor risicoaanvaarding niet nodig is dat men met het ondervinden van de nadelige consequenties *volledig* rekening kon houden; voldoende is dat rekening moest worden gehouden met de *kans* dat dit zou gebeuren. Dat volledige zekerheid niet vereist is, komt ook in de woorden van andere uitspraken tot uitdrukking, waarin voldoende wordt geacht dat er 'aanwijzingen in de richting waren', dat het 'niet onwaarschijnlijk' was dat een bepaald nadelig gevolg zou intreden,[313] of dat het risico van een wijziging van de planologische situatie 'geenszins te verwaarlozen' was.[314] Als te strikt en derhalve onjuist is de opvatting van de hand gewezen dat eerst sprake zou zijn van risicoaanvaarding wanneer de uit te voeren werkzaamheden zodanig concreet voorzienbaar zijn dat de benadeelde hiermee volledig rekening kon en moest houden.[315]

Het feit dat van risicoaanvaarding reeds sprake kan zijn als rekening moet worden gehouden met de *kans* dat een maatregel wordt genomen, impliceert dat niet is vereist *dat* duidelijk was dat een maatregel zou worden genomen, noch dat, zo dit wel duidelijk was, *welke* maatregelen precies zouden worden getroffen en wat de modaliteiten daarvan waren. Het gaat immers niet om de wetenschap, maar om het rekening houden met de *kans* van toekomstige maatregelen.[316] In een zaak die speelde voor de rechtbank Haarlem wierpen de eigenaren van de kabels dan ook tevergeefs tegen dat het feitelijk moment van de aanleg van een busbaan onvoorzienbaar was, zodat evenmin voorzienbaar was dat tot deze aanleg zou worden overgegaan. Volgens de rechtbank was slechts relevant dat zij rekening moesten houden met de kans dat de busbaan zou worden aangelegd en dat hun investeringen niet volledig zouden worden terugverdiend.[317] In een andere uitspraak stelde de Afdeling het als volgt:

---

312 Zie onder meer ABRvS 28 januari 1999, AB 1999, 236, m.nt. JSt, ABRvS 20 november 2000, *AB* 2001, 378, m.nt. GMvdB, ABRvS 26 september 2001, *AB* 2001, 379, m.nt. GMvdB, ABRvS 18 januari 2006, *AB* 2006, 167, m.nt. Lam en ABRvS 27 juni 2007, *AB* 2007, 348, m.nt. Lam.

313 Rb Groningen 11 april 2007, LJN BA3119.

314 ABRvS 14 april 2004, LJN AO7470.

315 ABRvS 1 augustus 1997, *AB* 1997, 37, m.nt. PvB, bevestigd in ABRvS 13 oktober 2004, *JB* 2004, 373.

316 Vgl. ABRvS 26 januari 2005, LJN AS3882 en AS3881.

317 Rb Haarlem 12 mei 2006, LJN AX4086.

> '[V]oor het aannemen van risicoaanvaarding is niet vereist dat verwezenlijking van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel volledig en onherroepelijk vast staat. Evenmin is vereist dat de schadeveroorzakende maatregel tot in detail is uitgewerkt of dat de omvang van de nadelige gevolgen in nauwkeurigheid kan worden bepaald. Beslissend is of op het moment van de aankoop van de woning de mogelijkheid van de schadeveroorzakende overheidsmaatregel zodanig kenbaar was, dat hiermee bij de beslissing tot aankoop rekening kon worden gehouden.'[318]

Samenvattend kan men stellen dat de onbekendheid met zowel de vraag *of* een bepaalde ontwikkeling zal plaatsvinden als de vraag naar het feitelijke moment van die ontwikkeling, nog niet met zich brengt dat ook onvoorzienbaar is *dat* deze ontwikkeling mogelijk zal plaatsvinden.

8.7.3.3 Geobjectiveerde voorzienbaarheid

Een tweede aspect ziet op de vraag of een ondernemer zich kan verweren met de stelling dat hij op het peilmoment niet *heeft* voorzien dat de nadelige ontwikkelingen zich zouden kunnen voltrekken, of dat het gaat om de vraag of hij deze ontwikkelingen, *had kunnen* (en derhalve ook *moeten*) voorzien. Op dit punt sluiten het nadeelcompensatie- en het planschaderegime op elkaar aan, nu volgens beide in de vorige paragraaf genoemde citaten relevant is dat er voor een *redelijk denkende en handelende* burger aanleiding bestond rekening te houden met de kans dat de planologische situatie ter plaatse in voor hem ongunstige zin zou veranderen.[319] Derhalve kan men zich niet verweren met de stelling dat men op een bepaalde ontwikkeling niet bedacht was: het is niet noodzakelijk dat men *daadwerkelijk* wetenschap had van de schadeveroorzakende handelingen.[320]

De voorzienbaarheid zal in de praktijk veelal worden gebaseerd op informatie die voor een ieder kenbaar is, zoals ter inzage gelegde of op andere wijze gepubliceerde besluitvorming. Een redelijk denkende en handelende ondernemer wordt verondersteld deze conceptbesluitvorming te raadplegen en goed het huis-aan-huis-blad te lezen.[321] Ook indien de benadeelde *feitelijk* van bepaalde ontwikkelingen op de hoogte was, kan hem dit worden tegengeworpen, bijvoorbeeld omdat hij daarnaar bij de verantwoordelijke ambtenaar had geïnformeerd.[322] Indien men door bijzondere particuliere omstandigheden,

318 ABRvS 27 december 2006, LJN AZ5163.
319 ABRvS 5 oktober 2005, LJN AU3802.
320 Rb Amsterdam 27 november 2007, LJN BF5171. Vgl. Rb Roermond 11 februari 1999, LJN AA3418.
321 ABRvS 22 februari 2006, LJN AV2233.
322 Zie ABRvS 16 augustus 2006, LJN AY6334 (appellant had te kennen gegeven op de hoogte te zijn van een brief), ABRvS 1 februari 2000, *AB* 2000, 444 (tussen appellanten en de gemeente waren in 1977 en tussen 1985-1988 onderhandelingen gevoerd over de verkoop van een bedrijfsterrein), Rb Rotterdam 14 mei 2008, LJN BD4148 (eiser was bekend met besluit tot bouwen nieuwe sluis).

bijvoorbeeld het gebonden zijn aan afspraken over het gebruik van grond, geen schadebeperkende maatregelen heeft genomen, staat dit niet in weg aan het kunnen tegenwerpen van risicoaanvaarding.[323]

8.7.3.4 Informatieplicht

Een redelijk denkende en handelende burger of ondernemer dient zich te informeren (of te laten informeren) over toekomstige ontwikkelingen die voor hem relevant kunnen zijn. De Afdeling spreekt met zoveel woorden van een *onderzoeksplicht*: burgers moeten zich, alvorens te investeren, op de hoogte (laten) stellen van de op hun specifieke situatie betrekking hebbende besluitvorming.[324] Doen zij dat niet, dan nemen zij een risico, dat in hun nadeel is indien de (alsdan voorzienbaar geachte) maatregel zich daadwerkelijk realiseert. Deze informatieplicht van de burger c.q. ondernemer komt goed naar voren in een uitspraak uit 2005. Het betrof de schadeclaim van een snackbareigenaar, die stelde schade te lijden ten gevolge van een aantal verkeersbesluiten van het college van B&W, waarmee werd beoogd een oplossing te vinden voor enkele verkeersknelpunten. Daartoe werd per september 2000 de Spanjaardlaan afgesloten door het plaatsen van twee bloembakken. De snackbar werd daardoor minder goed bereikbaar en de eigenaar claimde een compensatie voor omzet-, vermogens- en omrijschade. De rechtbank wierp risicoaanvaarding tegen, aangezien in maart 1999, toen hij besloot zich ter plekke te vestigen, voorzienbaar was dat de maatregelen zouden worden genomen, aangezien daarvan melding was gemaakt in het Leiderdorps Weekblad en hierover op 10 december 1998 een inloopmiddag en -avond was gehouden. Uit de uitspraak valt op te maken dat de snackbareigenaar bij de Afdeling had betoogd dat het voornemen tot afsluiting niet persoonlijk aan hem ter kennis was gebracht, zodat deze om die reden niet voorzienbaar zou zijn. De Afdeling verwierp dit argument:

> 'Ook als moet worden aangenomen dat het voornemen tot de afsluiting appellante niet ter kennis is gekomen, dan mag, zoals het college terecht heeft gesteld, van een redelijk denkend en handelend ondernemer worden verwacht dat deze, voor de start van een onderneming, als waarom het hier gaat, bij de desbetreffende gemeente informeert of ter plaatse wijzigingen in de verkeerssituatie te verwachten zijn. De rechtbank heeft terecht overwogen dat, nu appellante dit, naar gesteld, niet heeft gedaan, het college de gevolgen daarvan voor haar rekening heeft mogen

323 Rb Arnhem 23 juli 2007, LJN BB0520 (langetermijnplan tot investeren in woning).

324 ABRvS 22 januari 2003, LJN AF3161. Vgl. ABRvS 2 februari 2005, LJN AS4704. Zie ook HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 164 (*Logister/Staat*): het had 'op de weg van Logister (…) gelegen om, alvorens de exploitatie van de camping op circa 700 meter afstand van en vliegbasis aan te vangen, zich ervan te vergewissen of een reactivering van de vliegbasis in de toekomst, en dus mogelijkheid van geluidhinder van overvliegende vliegtuigen, tot de mogelijkheden behoorde.'

> laten door geen compensatie te bieden voor de beweerdelijk door de afsluiting van de Spanjaardlaan veroorzaakte omzet- of omrijschade.'[325]

Ook in het planschaderecht is dit vaste jurisprudentie. Toen de eigenaar van een perceel had nagelaten informatie in te winnen, werd hem dit door de Afdeling in de volgende bewoordingen tegengeworpen:

> 'Terecht heeft de rechtbank er daarbij op gewezen dat appellanten, nu zij voorafgaande aan de koop van de percelen niet bij de gemeente hebben geïnformeerd naar de planologische situatie ervan en de directe omgeving, noch naar de te verwachten ontwikkelingen aldaar, tekort zijn geschoten in hun onderzoeksplicht. Dat die ontwikkelingen appellanten niet kunnen worden tegengeworpen, omdat het raadsbesluit van 4 februari 1993 niet is gepubliceerd, ziet de Afdeling dan ook niet in.'[326]

Het ligt voor de hand dat burgers zo *objectief* mogelijke bronnen van informatie raadplegen. Daarbij moet primair worden gedacht aan van *overheidswege* verstrekte informatie.[327] Een in de regel als betrouwbaar aangemerkte bron van voorzienbaarheid kan de ter inzage gelegde relevante besluitvorming zijn, maar bijvoorbeeld ook een huis-aan-huis-blad of een inloop- en inspraakbijeenkomst en ter inzage gelegde besluitvorming. Een dergelijke objectieve bron is in elk geval niet de informatie van een verkoper van wie een huis werd gekocht.[328]

8.7.4 Bronnen van voorzienbaarheid

De vraag is welke *bronnen* van voorzienbaarheid een rol kunnen spelen bij een beroep op risicoaanvaarding. Zoals hiervoor gesteld, was onder de vigeur van art. 49 WRO eigenlijk maar één bron van voorzienbaarheid bepalend. Sprake diende te zijn van een ruimtelijk relevant stuk waaruit afgeleid kan worden dat de bestemming van de gronden in de toekomst gewijzigd zal worden.[329] Het moest hierbij gaan om een 'ter openbare kennis gebracht stuk waaruit een voornemen tot wijziging van het regime kan worden afgeleid.'[330] Dit stuk hoeft geen formele status te hebben, hoeft niet krachtens enige wettelij-

---

325 ABRvS 5 juli 2006, LJN AY0388.
326 ABRvS 14 april 2004, LJN AO7482.
327 Rb Haarlem 22 oktober 2007, LJN BB8225: 'Nu eisers geen (relevante) informatie hebben ingewonnen *bij gemeente en/of provincie* en zij zich daarvan wel op de hoogte hadden kunnen en moeten stellen, treffen hun overige grieven (…) geen doel.'
328 Rb Haarlem 22 oktober 2007, LJN BB8224, Rb Haarlem 22 oktober 2007 LJN BB8225.
329 ABRvS 20 november 2000, *AB* 2001, 378, m.nt. GMvdB, ABRvS 28 november 2001, *AB* 2002, 99, m.nt. AvH, ABRvS 2 januari 2002, *AB* 2002, 377, m.nt. ARN, ABRvS 20 november 2002, *BR* 2003, 418, ABRvS 31 maart 2004, *BR* 2004, 772.
330 ABRvS 27 juli 2005, LJN AU0126.

ke bepaling te zijn vastgesteld. Evenmin is relevant of er sprake is van een eigen gemeentelijk beleid.[331]

Het is de vraag of deze nogal strikte opvatting van relevante bronnen van voorzienbaarheid zonder meer kan worden getransponeerd naar het algemene nadeelcompensatierecht. Deze vraag zou ik in beginsel ontkennend willen beantwoorden. Bedacht dient te worden dat de strikte beperking van de mogelijke bronnen van voorzienbaarheid in het planschaderecht sterk samenhangt met het wortelen van het recht op planschadevergoeding in de materiële rechtszekerheid. Daaruit vloeit voort dat de voorzienbaarheid van een toekomstige ontwikkeling met een redelijk hoge mate van zekerheid moet vaststaan, zodat een burger daarop kan anticiperen.[332] Het ligt niet voor de hand om in het op het égalitébeginsel gebaseerde regime van nadeelcompensatie, waarin de rechtszekerheid immers een veel minder dominante rol toekomt, deze planschadelijn analoog toe te passen. Als uitgangspunt kan dan ook worden aangehouden dat onder het égalitéregime meer bronnen van voorzienbaarheid relevant zijn dan enkel het 'concreet beleidsvoornemen'. Enkele van die alternatieve bronnen wil ik hierna verkennen.

Een en ander neemt niet weg dat het planschaderecht wel nuttige aanknopingspunten kan bieden voor de invulling van de risicoaanvaarding buiten het planschaderecht. Zo kan uit de planschadejurisprudentie worden afgeleid dat de bron van voorzienbaarheid een in enige mate concreet karakter moet hebben. Dat dit ook bij nadeelcompensatie het geval is, kan worden afgeleid uit twee uitspraken van de Afdeling in het milieurecht. Deze wijzen er voorts op dat de planschaderechtspraak over (actieve) risicoaanvaarding een in beginsel goede inspiratiebron is voor de rechtsontwikkelingen in andere delen van het nadeelcompensatierecht.[333] In beide gevallen ging het om de intrekking en gedeeltelijke wijziging van een vergunning voor het oprichten en in bedrijf hebben van een inrichting voor opslag van vuurwerk en een verzoek om nadeelcompensatie ten gevolge daarvan op grond van art. 15.20 Wet milieubeheer. Het college van Gedeputeerde Staten had het oordeel van de schadeadviescommissie gevolgd, die in het advies over het schadebesluit aansluiting had gezocht bij de jurisprudentie over actieve risicoaanvaarding op grond van art. 49 WRO. De Afdeling oordeelde dat deze jurisprudentie inderdaad analoog op gevallen van de intrekking van een vuurwerkvergunning kon worden toegepast, aangezien uit artikel 15.20 Wm soortgelijke normen

331 ABRvS 11 maart 2009, LJN BH5483.

332 Immers, de verminderde rol van het criterium van de 'lijn der verwachtingen' impliceerde ook dat het égalitébeginsel meer op de achtergrond kwam te staan, terwijl de voorzienbaarheid van specifieke, concrete maatregelen juist belangrijker wed. Zie Van den Broek 2002, p. 225-226.

333 ABRvS 16 november 2005, LJN AU6222, ABRvS 11 oktober 2006, LJN AY9865.

voortvloeien.[334] Interessant is vooral de overweging waarin de Afdeling in de eerste van beide uitspraken oordeelde dat verweerder ten onrechte had geoordeeld dat de aanpassing van de vergunning in negatieve zin voorzienbaar zou zijn:

> 'Voorts heeft verweerder niet met behulp van concrete, bijvoorbeeld uit bekendgemaakte (beleids-)stukken blijkende, feiten en omstandigheden gestaafd op grond van welke aanwijzingen zou kunnen worden geoordeeld dat appellante op [het moment dat appellante drijver van de inrichting werd] actief het risico heeft aanvaard van aanpassing van de vergunning in negatieve zin.'[335]

Hieruit vallen in elk geval twee conclusies te trekken. Ten eerste kan uit het vereiste dat op de peildatum moet blijken van *concrete* feiten en omstandigheden worden opgemaakt dat een verwijzing naar al te vage voortekenen in het algemeen niet voldoende zal zijn om risicoaanvaarding te kunnen tegenwerpen. Het is dan ook aannemelijk dat vage mededelingen over (mogelijk) toekomstig beleid of een algemene maatschappelijke tendens, zonder dat daaruit valt af te leiden tot welke concrete maatregel deze zou kunnen leiden, nog niet als bron van risicoaanvaarding kan gelden. Zoals gesteld sluit dat niet uit dat vagere aanknopingspunten *wel* relevant kunnen zijn bij het oordeel of de schade behoort tot het normaal maatschappelijk risico of een normaal ondernemersrisico. Ten tweede neemt de Afdeling (overigens niet expliciet) afstand van de strikte opvatting als zou alleen een concreet beleidsvoornemen een relevant voorteken van voorzienbaarheid kunnen zijn. Allerhande 'feiten en omstandigheden' kunnen van belang zijn, waarbij beleidsstukken slechts één mogelijke bron van voorzienbaarheid zijn. Deze uitspraken vormen een nuttig vertrekpunt voor de rest van deze paragraaf, waarin enkele relevante feiten en omstandigheden zullen worden opgesomd.

8.7.4.1 Gepubliceerde (concept)besluitvorming

In de meeste uitspraken wordt gepubliceerde (concept-)besluitvorming aangedragen als een bron van voorzienbaarheid. Ook hier geldt weer dat de mate van voorzienbaarheid kan variëren. Voorzienbaarheid kan worden gebaseerd op een definitief besluit waaruit de nadelige ontwikkeling onmiskenbaar bleek,[336] maar ook op aan zulke besluiten voorafgaande besluitvorming door

---

334 Zij het dat verweerder volgens de Afdeling in beide uitspraken was uitgegaan van een verkeerde peildatum: voor de incidentele bedrijfsschade was niet het moment dat de benadeelde eigenaar werd van de inrichting bepalend, maar dat waarop hij drijver werd van de inrichting.

335 ABRvS 16 november 2005, LJN AU6222.

336 Zie bijv. CBB 10 december 2008, *AB* 2009, 90, m.nt. BPMvR (een algemene ATB-beschikking van 17 december 2003 liet over de voor appellanten nadelige invoering van een ATB-NG-boordsysteem 'aan duidelijkheid niets te wensen over').

de gemeenteraad,[337] of besluiten die zich nog slechts in de ontwerpfase bevinden.[338] Benadrukt zij dat men niet aan de hand van een bepaald type besluit kan beoordelen of dit een bron van voorzienbaarheid kan zijn. Alles hangt af van de vraag of uit het besluit in voldoende concrete mate kan worden opgemaakt met welke toekomstige besluiten de burger rekening moest houden. Dat hoeft overigens niet per se te blijken uit het besluit zelf en zijn bewoordingen, maar kan ook blijken uit de toelichting bij het besluit[339] of daarbij behorend kaartmateriaal.[340]

> Dat het van de omstandigheden van het geval afhangt, kan ook aan de hand van art. 49 WRO-jurisprudentie worden geïllustreerd. In planschadezaken wordt soms een *structuurvisie* (een langetermijnvisie waarin de ruimtelijke ontwikkelingen over enkele decennia zijn neergelegd) niet aanvaard als een bron van voorzienbaarheid, aangezien dit slechts een stuk is ter voorbereiding van de vaststelling van een structuurplan.[341] Een structuurplan zelf kan wel weer als basis voor een voorzienbare ontwikkeling dienen,[342] evenals – onder meer – een streekplan,[343] een structuurschets[344] of een ter inzage gelegd ontwerp-bestemmingsplan.[345] Als een structuurplan echter niet voldoende uitsluitsel geeft over de toekomstige ontwikkelingen ten aanzien van een bepaald perceel, dan kan daarop geen risicoaanvaarding worden gebaseerd.[346] Anderzijds is het ook niet uitgesloten dat de bewoordingen van een structuurvisie *wel* in voldoende concrete mate een indicatie geven van toekomstige ontwikkelingen.[347]

Voor zover het gaat om ruimtelijke besluitvorming lijkt als minimumeis te kunnen worden gesteld dat het besluit voldoende concrete aanknopingspunten biedt ten aanzien van de vraag *waar* de toekomstige maatregelen hun effecten zullen doen gevoelen. Dit geldt zeker in planschadezaken, waarin bijvoorbeeld

---

337 Vgl. Rb Amsterdam 22 oktober 2007, LJN BB7619 (voorzienbaarheid o.g.v. instemming door gemeenteraad met definitieve tracé Noord-Zuidlijn) en ABRvS 5 juli 2006, LJN AY0388 (idem t.a.v. afsluiting van een weg).

338 Zie over een ontwerp-Tracébesluit als bron van voorzienbaarheid: ABRvS 3 oktober 2007, LJN BB4680, ABRvS 22 februari 2006, LJN AV2233 en Rb Den Bosch 24 januari 2007, LJN AZ7307. Ook op grond van een ontwerp-PKB kan voorzienbaarheid worden aangenomen: Rb Haarlem 1 juni 2006, LJN AX7985.

339 ABRvS 26 januari 2005, LJN AS3882, ABRvS 14 april 2004, LJN AO7470.

340 ABRvS 13 maart 1997, *AB* 1997, 362, m.nt. BJS: De Afdeling ging er vanuit dat de schade pas voorzienbaar was vanaf het tijdstip waarop de aanwijzing van het luchtvaartterrein krachtens de Luchtvaartwet onherroepelijk was geworden en een kaart werd gepubliceerd met de te verwachten geluidsbelasting op de verschillende locaties (een zgn. 'geluidcontourenkaart'). Zie ook ABRvS 15 juni 2005, LJN AT7476.

341 ABRvS 8 september 2004, LJN AQ9963.

342 ABRvS 19 februari 2003, *BR* 2003, 811, m.nt. JWvZ.

343 ABRvS 30 maart 2005, LJN AT2807.

344 ABRvS 9 augustus 2006, LJN AY5910.

345 ABRvS 4 maart 2009, LJN BH4609.

346 ABRvS 17 augustus 2005, LJN AU1114.

347 Rb Den Bosch 3 september 2009, LJN BJ7831.

geen voorzienbaarheid wordt aangenomen als de beleidsvoornemens niet specifiek betrekking hadden op het perceel van de burger.[348] Echter ook uit sommige nadeelcompensatiezaken kan worden afgeleid dat hierover voldoende mate van concreetheid dient te bestaan.

> Appellanten leden schade door de komst van de Betuweroute in de nabijheid van hun huis. Reeds voor de aankoop van hun huis lagen verschillende documenten voor waaruit bleek dat het tracé van de Betuweroute in de buurt ervan zou komen te liggen: een ontwerp-PKB Betuweroute, een definitief vastgesteld kabinetsstandpunt, neergelegd in PKB deel 3, de goedkeuring hiervan door de Tweede en Eerste Kamer, de publicatie in de Staatscourant van PKB deel 4 en de terinzagelegging daarvan. Op grond hiervan moest volgens de Afdeling worden geoordeeld dat de uiteindelijke verwezenlijking van de aanleg van de Betuweroute *direct aan de zuidzijde van appellants woning* zodanig voorzienbaar was dat appellant geacht moet worden het risico hiervan te hebben aanvaard.[349] In een ander geval, ook naar aanleiding van de aanleg van de Betuweroute, overwoog de rechtbank dat eisers vanaf de tervisielegging van de ontwerp-PKB rekening hadden kunnen houden met de mogelijkheid van realisering van de Betuwelijn *in de directe omgeving van hun woning*.[350]

De gecursiveerde woorden zijn niet zonder betekenis. Om voorzienbaarheid aan te nemen is het niet nodig dat een gehele PKB-procedure wordt doorlopen. Relevant is uiteindelijk of uit het besluit – en dat kan dus ook een ontwerp-PKB zijn – in voldoende concrete mate kan worden opgemaakt waar het toekomstige tracé zou komen te lopen. Zoals de Afdeling het stelde in een uitspraak over de aanleg en de ingebruikneming van een vijfde landingsbaan bij Schiphol: het moment voor het aannemen van voorzienbaarheid kan ook *voor* het doorlopen hebben van een PKB-procedure liggen. Het moment voor het aannemen van voorzienbaarheid kan dus variëren, maar hangt uiteindelijk af van de *mate van concreetheid van de ontwikkelingen op een specifieke locatie*.[351]

Zeker bij grote infrastructurele projecten of andere omvangrijke projecten – denk aan een Noord/Zuid-lijn of de aanleg van een spoorlijn – zal de bron van voorzienbaarheid in de regel bestaan uit een geschreven document. Dit document zal voorts, in lijn met het zojuist gestelde, duidelijkheid moeten geven over de plek waar het project zijn gevolgen zal doen gevoelen. In het geval van de Betuweroute werd daartoe gewezen op het ontwerp-PKB Betuweroute, een definitief vastgesteld kabinetsstandpunt, neergelegd in PKB deel 3, de goedkeuring hiervan door de Tweede en Eerste Kamer, de publicatie in de Staatscourant van PKB deel 4 en de terinzagelegging daarvan. Op grond

348 ABRvS 16 januari 2008, LJN BC2141, ABRvS 11 mei 2000, LJN AA6821, ABRvS 18 mei 2005, LJN AT5643, ABRvS 17 augustus 2005, LJN AU1114.

349 ABRvS 7 april 2004, LJN AO7131 en eerder in dezelfde zaak Rb Arnhem 5 juni 2003, LJN AG0131.

350 Rb Arnhem 23 juli 2007, LJN BB0520.

351 ABRvS 27 december 2006, LJN AZ5163.

hiervan moest volgens de Afdeling worden geoordeeld dat de uiteindelijke verwezenlijking van de aanleg van de Betuweroute direct aan de zuidzijde van appellants woning zodanig voorzienbaar was dat appellant geacht moet worden het risico hiervan te hebben aanvaard.[352]

Gezien de lange looptijd van dergelijke projecten zijn vaak meerdere bronnen kandidaat als voorteken van voorzienbaarheid. Soms wordt dan ook een extra 'scharniermoment' ingebouwd, namelijk het moment waarop *financiële zekerheid* wordt bereikt over het toekomstige project.[353] Een uitspraak over schade door aanleg van de Noord-Zuidlijn kan als illustratie dienen. De belangrijkste momenten in de besluitvorming daarover waren de volgende:

- november 1996: besluit van de gemeenteraad om de metrolijn aan te leggen
- 21 juni 2000: gemeenteraad stemt in met de rijksfinanciering
- 22 juni 2000: besluit daartoe bekendgemaakt
- 9 oktober 2002: 'definitief go-besluit'

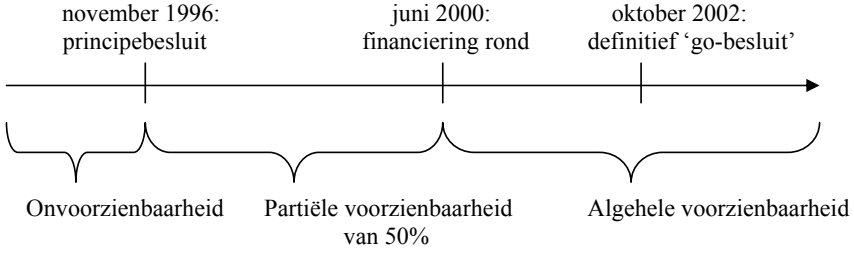
Volgens de Afdeling bestond kon vanaf 22 juni 2000 eenieder weten dat de Noord-Zuidlijn zou worden aangelegd. Daaraan deed niet af dat de gemeenteraad later bij het zogenoemde 'definitief go-besluit' van 9 oktober 2002 het besluit van 22 juni 2000 nog eens bevestigde.[354] De vraag was echter welke waarde in het kader van de voorzienbaarheid toekwam aan 'principebesluit' uit 1996 om de metrolijn aan te leggen. Ervan uitgaande dat het bij risicoaanvaarding gaat om de vraag of een redelijk ondernemer rekening moet houden met de *kans* dat hij zijn investeringen niet geheel zal kunnen terugverdienen, zou men ook aan ondernemers die besluiten zich langs het beoogde tracé van de Noord-Zuidlijn te vestigen in de periode tussen november 1996 en juni 2000 wel *enige* voorzienbaarheid kunnen tegenwerpen, zelfs al was de financiering nog niet gewaarborgd. Deze kwestie deed zich voor toen een ondernemer in 1998 besloot een pand te huren nabij het tracé van de Noord-Zuidlijn. Omdat op dat moment niet *volledig* voorzienbaar was dat de metrolijn er zou komen, pasten B&W voor de in dat tijdvak gemaakte ondernemerskeuzes een korting van 50% op het schadebedrag toe vanwege risicoaanvaarding. De rechtbank Amsterdam achtte dit juist: 'eiser heeft de winkel gehuurd op een tijdstip waarop hij wist dat de Noord-Zuidlijn tegenover de winkel zou worden aangelegd, en dat hij mogelijk dientengevolge schade zou kunnen lijden. Niet van belang is welke schadesoort of -omvang eiser als huurder op dat moment precies heeft kunnen voorzien. Het beleid van verweerder om ter zake van

352 ABRvS 7 april 2004, LJN AO7131.

353 Vgl. ook ABRvS 27 juni 2007, LJN BA8139, waarin het moment van financiële zekerheid werd aangegrepen in het kader van de bepaling van de juiste peildatum. Uit het tracébesluit kon niet voldoende duidelijk worden afgeleid dat de Westerscheldetunnel zou worden gebouwd. Destijds bestond er nog onvoldoende zekerheid dat de tunnel zou worden gebouwd: over de financiële en economische haalbaarheid bestond grote onzekerheid en het was niet uitgesloten dat van de realisering van de oeververbinding zou worden afgezien.

354 ABRvS 5 november 2008, LJN BG3375.

(beperkte) voorzienbaarheid in de periode tussen 28 november 1996 en 22 juni 2000 een korting op de geleden schade toe te passen acht de rechtbank niet onredelijk.'[355] Schematisch krijgt men dan het volgende beeld:



In dit voorbeeld was dus sprake van risicoaanvaarding, zonder een volledige voorzienbaarheid van de nadelige ontwikkeling. Dit geval toont aan dat afhankelijk van de mate van voorzienbaarheid de nadeelcompensatieplicht ook kan worden *gemitigeerd*. Daarbij moeten nog wel worden opgemerkt dat deze benadering niet dwingend is. De voortrekkersrol van deskundigen in dit soort zaken in combinatie met de marginaliteit van de rechterlijke toets geven enige voeding aan de gedachte dat verweerder ook had kunnen besluiten dat het nadeel vanaf het principebesluit *geheel* voorzienbaar was, ervan uitgaande dat uit het principebesluit voldoende duidelijk blijkt waar het tracé van de lijn zou lopen. Die vraag was echter niet aan de orde, zodat de rechtbank zich daarover niet hoefde uit te spreken.

Onvoorzienbaarheid

Er zijn maar weinig nadeelcompensatieuitspraken waarin de ontwikkelingen niet specifiek genoeg werden geacht en er dus geen sprake was van risicoaanvaarding, maar het volgende voorbeeld illustreert dat een te geringe mate van concreetheid ook in die gevallen tot onvoorzienbaarheid kan leiden.

> Op grond van bestuurlijke notities, artikelen in de Provinciale Zeeuwse Courant en een uitspraak van de Afdeling geschillen van bestuur waarin werd overwogen dat reeds aan het eind van de jaren zestig van een verlegging van het kanaal sprake was, werd het besluit tot verlegging voorzienbaar geacht voor een bedrijf dat zich daar in 1973 vestigde.[356] Diezelfde verlegging was echter *niet* voorzienbaar voor een bedrijf dat in 1968/69 een tankpark oprichtte, dat in 1969 gereedkwam. Destijds was slechts voorzienbaar dat er meer algemene verbeteringswerkzaamheden aan het kanaal zouden plaatsvinden, maar niet dat het kanaal zou worden verlegd.[357]

355 Rb Amsterdam 22 oktober 2007, LJN BB7619. Zie ook Van den Broek 2002, p. 194-195.
356 ABRvS 1 augustus 1997, *AB* 1998, 37, m.nt. PvB.
357 ABRvS 1 augustus 1997, *AB* 1998, 38.

Onvoorzienbaarheid kan ook worden gebaseerd op het gegeven dat de *wijze van uitvoering* van de concrete maatregel niet voorzienbaar was. Hiervoor stelde ik dat het, om voorzienbaarheid tegen te werpen, niet bekend hoeft te zijn wat de precieze modaliteiten van de toekomstige maatregelen zullen zijn. Het is vaste planschaderechtspraak dat de toekomstige ontwikkeling niet definitief en in detail hoeft te zijn vastgesteld.[358] Wanneer bijvoorbeeld de bestemming 'woongebied' luidt, dan moet men rekening houden met alle woonvormen die in een enigszins omvangrijke woonwijk denkbaar zijn, waaronder hoogbouw in enige lagen.[359] Daarbij dient acht te worden geslagen op het karakter van de omgeving: bij een bestemming 'woonfunctie' in een omgeving waar laagbouw gebruikelijk is, hoeft men geen rekening te houden met de bouw van een appartementencomplex van 18 meter hoog.[360] Hieruit blijkt dat een onvoorzienbaar nadeel dus niet alleen kan worden gegrond op het ontbreken van een voldoende concreet voorteken, maar ook op een onvoorzienbare uitvoerings*modaliteit*. Ook de risicoaanvaarding kent dus een *Leffers*-achtige ontsnappingsclausule.

> In het Franse recht is dat niet anders. Risicoaanvaarding kan een burger worden tegengeworpen voor zover het gaat om de risico's die de burger kon voorzien op het moment dat hij het 'aanvaardende gedrag' vertoonde. Neem het geval van de burger die zich ergens vestigde in de wetenschap dat in de nabijheid een voetbalveld zou worden aangelegd. Deze nabijheid op zichzelf was onvoldoende om de schade abnormaal te laten zijn; dat risico had hij met zijn vestiging ter plekke aanvaard. Hij mocht er volgens de Conseil d'Etat echter eveneens op rekenen dat voldoende voorzorgsmaatregelen werden getroffen om te voorkomen dat voetballen met enige frequentie op zijn terrein belandden. Omdat hij dat risico niet had aanvaard, was er sprake was van een nadeel 'excédant les sujétions que les riverains d'un tel ouvrage public sont normalement appelés à supporter'.[361] Het intreden van *dit* risico lag ten tijde van de vestiging niet 'in de lijn der verwachtingen'.

De voorzienbaarheid wordt overigens niet direct 'doorbroken' indien bij de uitvoering van een bepaalde maatregel (enigszins) wordt afgeweken van de aanvankelijke plannen en dit onverwacht tot schade van een grotere omvang leidt. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een afwijking van de aanvankelijk voorziene duur van de uitvoering van een bepaalde maatregel, waardoor gedurende een langere periode enige hinder wordt ondervonden.

---

358 ABRvS 14 april 2004, LJN AO7470, Rb Haarlem 1 juni 2006, LJN AX7985.

359 ABRvS 9 augustus 2006, LJN AY5910, ABRvS 19 augustus 2006, LJN BJ5517.

360 ABRvS 18 januari 2006, LJN AU9482.

361 CE 22 maart 1991, *Rec*. p. 1179 (*Rivat*). Vgl. CE 20 november 1992, *Rec*. 1992, p. 418 (*Commune de Saint-Victoret*); de autoriteiten betoogden dat de omwonenden het risico van geluidsoverlast hadden aanvaard, nu de gebouwen waren gevestigd in een periode dat het vliegveld al in functie was. De Conseil d'Etat verwierp dit verweerd: de woningen waren vóór 1979 werden gebouwd, vanaf welk jaar de geluidsoverlast flink was toegenomen.

Dit kan binnen zekere marges nog voorzienbaar worden geacht, zoals blijkt uit de volgende nadeelcompensatiezaken.

> In een zaak over een op grond van het Ontwerp-Tracébesluit te nemen verkeersmaatregel (de afsluiting van een weg, waardoor een eigenaar die nabij gelegen gronden in gebruik had genomen moest omrijden) werd tegengeworpen dat genoegzaam bekend was gemaakt dat een verkeersmaatregel zou worden getroffen. Aangekondigd was dat de maatregel negen maanden zou duren. De Afdeling: 'Dat de afsluiting niet negen maanden, doch twaalf maanden heeft geduurd, doet aan de voorzienbaarheid niet af. In de voormelde toelichting is de tijdsduur van de afsluiting niet nader bepaald, terwijl ook een afsluiting van twaalf maanden nog steeds een tijdelijk karakter draagt.'[362]
> Een autobedrijf vestigde zich aan een weg in de wetenschap dat deze zou worden gereconstrueerd. De eigenaren van het bedrijf stelden dat zij niet op de hoogte konden zijn van de wijze waarop de reconstructiewerkzaamheden zouden plaatsvinden. Zij beklaagden zich er onder meer over dat de in- en uitritsituatie van het pand werd gefrustreerd door de aanleg van een verkeersgeleider en een verhoogde trottoirband. De rechtbank stelde vast dat eiseressen, die wisten dat voor hun werkplaats een weg zou komen te lopen, ook rekening hadden moeten houden met de mogelijkheid van belemmeringen voor wat betreft de toegang tot de werkplaats direct vanaf de openbare weg. Door de werkplaats te realiseren in de vorm zoals zij hebben gedaan, wetende dat met betrekking tot de omringende wegen ingrijpende werkzaamheden zouden plaatsvinden, hebben zij het risico van omzetschade aanvaard.[363]

Of de afwijkende modaliteit nog door de 'mantel der voorzienbaarheid' kan worden gedekt, hangt mede af van de ernst van de gevolgen die deze afwijking heeft. In de zojuist genoemde gevallen lagen die nog binnen het voor een onderneming acceptabele, maar er zijn ook gevallen waarin de afwijking zo groot was, dat het nadeel (geheel of partieel) onvoorzienbaar werd geacht.

> Gedacht kan worden aan een extreme functieverzwaring, zoals de aanleg van een verkeersweg met niet, zoals beoogd, 700 maar 3500 verkeersbewegingen per dag.[364] In een andere zaak ging het om de uitvoering van een besluit op een zodanig wijze dat niet langer werd voldaan aan een voor een bedrijf essentiële voorwaarde om zich op een bepaalde plek te vestigen. Het had wel rekening gehouden met de aanleg van de A59, maar was er daarbij vanuit gegaan dat het op een 'zichtlocatie' zou liggen en dus vanaf de weg wel zichtbaar zou zijn. Toen de weg werd gebouwd kwamen er echter ondoorzichtige geluidsschermen langs de weg te liggen. Dit was ten tijde van de aankoop van de onroerende zaak voor een redelijk denkend en handelend koper niet voorzienbaar, aldus de Afdeling. Dat appellanten ten tijde van de aankoop van hun percelen op de hoogte hadden

362 ABRvS 22 februari 2006, LJN AV2233.
363 Rb Roermond 11 februari 1999, LJN AA3418.
364 Rb Groningen 23 oktober 2007, LJN BC3185.

kunnen en moeten zijn van die aanleg, betekende niet dat zij ook hadden moeten begrijpen dat langs de A59 geluidsschermen zouden worden opgericht waardoor hun percelen niet langer op een zogenoemde zichtlocatie zouden liggen. Daarbij nam de Afdeling mede in aanmerking dat in het verleden, ook nabij woongebieden, rijkswegen zonder geluidsschermen zijn aangelegd.[365]

8.7.4.2 Andere bronnen van voorzienbaarheid

Het vereiste in het planschaderecht dat het moet gaan om een concreet beleids*voornemen* geeft uitdrukking aan een zekere *gerichtheid*: er moet sprake zijn van een document dat *positief* blijk geeft welke plannen de gemeente met een bepaald gebied heeft, zij het dat deze niet tot in detail hoeven te zijn uitgewerkt. Minder snel voorzienbaar zijn ontwikkelingen op basis van louter *negatieve* aanwijzingen. Het enkele feit dat belemmerende omstandigheden ontbreken is bijvoorbeeld in beginsel niet voldoende als bron voor voorzienbaarheid; voor voorzienbaarheid van planschade is meer vereist dan dat een planologische ontwikkeling niet onwaarschijnlijk is.[366] Ook de ouderdom van een bestemmingsplan kan niet fungeren als zelfstandige bron van voorzienbaarheid.[367]

Zoals gesteld is het aannemelijk dat ook in nadeelcompensatiezaken niet met al te globale aanwijzingen kan worden volstaan. Ook hier dient sprake te zijn van concrete feiten en omstandigheden waaruit een toekomstige ontwikkeling kan worden afgeleid. Toch lijken daar aan de concreetheid van de signalen minder hoge eisen te worden gesteld dan in planschadezaken. Een voorteken kan bijvoorbeeld ook relevant zijn als daarin de toekomstige ontwikkeling niet wordt aangekondigd of daar zelfs niet aan wordt gerefereerd, maar deze niettemin, mede gelet op het toepasselijke wettelijke kader of eerdere feitelijke ontwikkelingen, niet onwaarschijnlijk was.

Zo kan bijvoorbeeld een 'witte vlek' in een bestemmingsplan een bron van voorzienbaarheid zijn. Dat is een plek waar geen bestemmingsplan geldt, zodat hieruit niet positief valt op te maken welke ontwikkelingen te verwachten zijn. Anderzijds mag men niet verwachten dat een witte vlek altijd onbestemd zal blijven; altijd bestaat immers het risico dat zich ter plekke een nadelige ontwikkeling zal voordoen. De Afdeling stelt zich op dat laatste standpunt: wie investeert in een pand in de nabijheid van een witte vlek, aanvaardt het risico dat zich ter plekke ontwikkelingen kunnen voordoen, zoals in casu de verbouwing en uitbreiding van het stadhuis, die de waarde van het pand negatief zou kunnen beïnvloeden.[368]
Aan een visser werd een vergunning verleend voor het vissen op strandschelpen en kokkels. Een vergunning voor het vissen op mesheften (ensis) kreeg hij niet.

365 ABRvS 8 juli 2009, LJN BJ1853.
366 ABRvS 17 augustus 2005, LJN AU1131.
367 ABRvS 23 april 2008, LJN BD0330.
368 ABRvS 26 november 2008, LJN BG5323.

> Deze weigering was gegrond op het feit dat het bedrijf nog maar sinds kort op ensis viste, wat kon worden verklaard doordat het nog maar sinds kort beschikte over een daartoe benodigde visvergunning, wat weer lag aan de lange tijd die was gemoeid met de overdracht van rechten uit een faillissement. De rechtbank: 'Doordat de overdracht van de [vergunning] eerst eind 2002/begin 2003 heeft plaatsgevonden, heeft eiseres een risico genomen dat in de tussentijd de regelgeving ten nadele van haar zou worden gewijzigd. Dat een dergelijke wijziging zich zou voordoen was, gezien de met het oog op bescherming van de visstand tegen strenge Europese regelgeving, waarvan ook eiseres zich bewust moet zijn geweest, *niet onwaarschijnlijk*.'[369] In min of meer dezelfde woorden had de Afdeling eerder een nadeelcompensatieclaim van een garnalenvisser afgewezen.[370]

Deze jurisprudentie geeft een indicatie dat onder het égalitébeginsel meer bronnen van voorzienbaarheid relevant kunnen zijn als voorteken dan het uit het planschaderecht bekende 'concrete beleidsvoornemen'. Ook al is het vaste jurisprudentie dat een dergelijk voornemen geen formele status hoeft te hebben, feit is dat in het planschaderecht heel wat signalen bestaan die wijzen op *mogelijke* toekomstige ontwikkelingen, die volgens de bestuursrechter echter *niet* kwalificeren als een concreet beleidsvoornemen. Dat geldt bijvoorbeeld voor berichten in de krant,[371] een maquette[372] of het verslag van een voorlichtings- en inspraakavond waar een voorontwerp-bestemmingsplan is besproken.[373] De vraag is of dergelijke (vagere) aanknopingspunten onder het égalitébeginsel wel van belang zouden kunnen zijn. De jurisprudentie is op dit punt nog niet erg uitgekristalliseerd, maar toch wil ik in deze paragraaf enkele bronnen van voorzienbaarheid verkennen die wellicht niet voldoen aan de toch tamelijk strikte lijnen in de planschaderechtspraak, maar die in nadeelcompensatiezaken *wel* als bron van voorzienbaarheid kunnen dienen.

a. Combinatie van factoren

Een opmerkelijk verschil met het planschaderecht is allereerst dat in het nadeelcompensatierecht veel vaker een *combinatie* van verschillende bronnen van voorzienbaarheid wordt genoemd. Daartoe behoren ook bronnen van tamelijk informele aard.

> Op grond van bestuurlijke notities, artikelen in de Provinciale Zeeuwse Courant en een uitspraak van de Afdeling geschillen van bestuur waarin werd overwogen dat reeds aan het eind van de jaren zestig van een verlegging van het kanaal sprake

369 Rb Groningen 11 april 2007, LJN BA3119 (curs. – MT).
370 ABRvS 14 juni 2006, LJN AX8543. In beide gevallen ging het overigens om een toets aan art. 1 EP EVRM.
371 ABRvS 26 februari 1998, *BR* 1999, 131.
372 ABRvS 25 januari 2006, LJN AV0284.
373 ABRvS 6 augustus 2008, LJN BD9437.

was, werd het besluit tot verlegging voorzienbaar geacht voor een bedrijf dat zich daar in 1973 vestigde.[374]
In enkele uitspraken over actieve risicoaanvaarding bij de verlegging van kabels en leidingen werden de bronnen van voorzienbaarheid gezocht in eerdere dijkversterkingen, principeplannen, correspondentie, hoorzittingen en berichten in regionale kranten[375] principeplannen en intensieve contacten met rechtsvoorgangers[376] en de toezending van stukken aan rechtsvoorgangers en mondelinge mededelingen.[377]

Ook in planschadezaken vinden we soms uitspraken waarin op basis van meerdere bronnen van voorzienbaarheid wordt geoordeeld dat de schade voorzienbaar is. In die gevallen is het uitgangspunt niettemin dat de bron van voorzienbaarheid ligt in verschillende *documenten* die op de situatie van toepassing zijn.[378] Uit de zojuist genoemde zaken blijkt dat ook mondelinge contacten of andere feitelijke handelingen een bron van voorzienbaarheid kunnen zijn, met andere woorden handelingen die niet per definitie ter openbare kennis zijn gebracht, maar waar de betrokkenen zelf wel rekening mee hadden moeten houden.

b. Feitelijke handelingen (mededelingen, gesprekken in 'de politiek')
Het uitgangspunt in het planschaderecht dat tenminste een concreet beleidsvoornemen aanwezig moet zijn, veronderstelt de aanwezigheid van een positieve overheidshandeling. In de praktijk wordt de voorzienbaarheid bij risicoaanvaarding dan ook primair gebaseerd op concrete planologische besluitvorming. Het aanknopingspunt moet in beginsel worden gevonden in een *document*.[379] In nadeelcompensatiekwesties is dat anders; ook feitelijke mededelingen kunnen een voorteken van voorzienbaarheid zijn. Gedacht kan worden aan de mondelinge informatie die wordt gegeven op inloopavonden,[380] berichten in de krant[381] of de feitelijke buitenwerkingstelling van een sluis in verband met instortingsgevaar als voorteken van voorzienbaarheid voor de bouw van een nieuwe sluis.[382] Vaak zijn dit soort handelingen niet een zelfstandig voorteken van voorzienbaarheid, maar vervullen zij een ondersteunende rol. De onderlinge afhankelijkheid van verschillende bronnen van voorzien-

374 ABRvS 1 augustus 1997, *AB* 1998, 37, m.nt. PvB.
375 ABRvS 18 augustus 2004, LJN AQ6987.
376 ABRvS 13 oktober 2004, *JB* 2004, 373.
377 Rb Haarlem 12 mei 2006, LJN AX4086.
378 Zie bijv. Rb Haarlem 12 mei 2006, LJN AX4086 (ontwerp-Streekplan, bestemmingsplan en Beleidsvisie waren in onderlinge samenhang een voldoende bron van voorzienbaarheid), ABRvS 28 september 2005, *JB* 2005, 320.
379 Van Ravels 2009a, p. 131.
380 ABRvS 5 juli 2007, LJN AY0388.
381 ABRvS 1 augustus 1997, *AB* 1998, 37, m.nt. PvB.
382 Rb Rotterdam 14 mei 2008, LJN BD4148.

baarheid maakt het dan ook lastig om precies te achterhalen welk gewicht nu precies toekomt aan elke bron afzonderlijk. Een voorbeeld is het volgende geval.

> De exploitant van een snackbar startte met zijn onderneming in maart 1999. Reeds in de zomer van 1998 was met omwonenden overleg gevoerd over maatregelen om de verkeersoverlast ter plekke te beperken. Daarbij was onder meer gesproken over de afsluiting van de Spanjaardlaan ter hoogte van de Zijldijk. In december 1998 stemde het college in met de afsluiting, en op 10 december 1998 werd hiervan melding gemaakt in het Leiderdorps Weekblad, waarna bovendien nog een inloopmiddag en -avond gehouden. Volgens de Afdeling had de rechtbank met juistheid overwogen dat het college zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de afsluiting van de Spanjaardlaan ten tijde van de opening van de snackbar in ieder geval begin december 1998 en derhalve zeker in maart 1999 voorzienbaar was.[383]

Uit deze uitspraak wordt niet duidelijk of de overlegronde met omwonenden in casu konden gelden als een bron van voorzienbaarheid van de maatregelen. De Afdeling omzeilt deze vraag en stelde vast dat de afsluiting *in ieder geval* begin december (toen het college met de afsluiting instemde) voorzienbaar was. Toch duiden deze erop dat de mondelinge voorgesprekken niet helemaal in het kader van de risicoaanvaarding kunnen worden uitgevlakt. Deze feitelijke mededelingen vervullen in ieder geval een rol als *ondersteunende* bron van voorzienbaarheid. Ook hier zal wel weer de voorwaarde gelden dat met al te algemene mededelingen (bijvoorbeeld een mededeling van een wethouder tijdens een inspreekavond dat de binnenstad 'op de schop moet') niet kan worden volstaan, maar in casu leken de gesprekken nu juist tamelijk specifiek van aard en gaven zij een behoedzaam ondernemer een duidelijke indicatie over de mogelijk te volgen maatregelen.

De overheid communiceert op meer manieren aan haar burgers welke ontwikkelingen in het verschiet liggen dan alleen via ter inzage gelegde besluitvorming. Het kan voor een burger dan ook verstandig zijn om ook de relevante informatie op ministeriële websites af te tasten en de *Staatscourant* of (indien aanwezig) vakbladen te lezen. De daar gegeven informatie kan, mits voldoende concreet, als voorteken van voorzienbaarheid dienen, zoals blijkt uit de volgende zaak, waarin het voorteken werd gezocht in een persbericht.

> In de nasleep van de vuurwerkramp te Enschede (13 mei 2000) werd de vuurwerkbranche geconfronteerd met allerhande maatregelen die het risico van herhaling moesten voorkomen. Eiser nam in april 2001 een vuurwerkbedrijf over, dat op dat moment beschikte over een – onder het oude beleid leende – vergunning tot het houden van zowel professioneel als consumentenvuurwerk. In juni 2004 werd deze vergunning gedeeltelijk ingetrokken en gewijzigd, zodat geen professioneel en nog

383 ABRvS 5 juli 2007, LJN AY0388.

> slechts 10.000 kg consumentenvuurwerk mocht worden opgeslagen. Eiser stelde dat deze maatregel de normale en redelijke voorzienbaarheid te boven ging en de hele branche had verrast. Verweerder beriep zich op verschillende bronnen van voorzienbaarheid, waaronder brieven van de minister van VROM aan de Tweede Kamer. Volgens de Afdeling was in casu wel degelijk sprake van actieve risicoaanvaarding, nu in een persbericht van de Minister van VROM uit november 2000 aan gemeentes werd aanbevolen om vooruitlopend op nieuwe wetgeving geen toestemming te geven voor vuurwerkopslagplaatsen in de woonomgeving, om voor de bouw van nieuwe woningen of bedrijven afstanden te garanderen en in bestaande situaties te beoordelen of de milieuvergunning de veiligheid voldoende kon garanderen.[384]

Deze uitspraak bevestigt opnieuw dat de bron van voorzienbaarheid geen juridische status hoeft te hebben. De zaak is voorts interessant omdat daaruit blijkt dat een informeel medium als een persbericht reeds kan fungeren als een voldoende bron van voorzienbaarheid voor een tamelijk rigoureuze wijziging van een milieuvergunning. Daartoe was het dus niet nodig om het nieuwe vuurwerkbeleid af te wachten. Zelfs al waren de contouren van dit nieuwe beleid nog niet volledig duidelijk en concreet, een ingrijpende wijziging van de vergunningvoorwaarden was voor eiser een alleszins reële mogelijkheid, waarmee hij vanaf november 2000 rekening moest houden. Het was dan ook niet nodig het nieuwe vuurwerkbeleid, dat ten tijde van de wijziging nog maar nauwelijks in de steigers stond, af te wachten. Opmerkelijk is verder hoe de Afdeling omgaat met de stelling van verweerder dat de intrekking voorzienbaar was gelet op 'hetgeen zich maatschappelijk en politiek/bestuurlijk had afgespeeld met betrekking tot de sanering van de opslag van vuurwerk'; de vuurwerkramp had volgens verweerder een 'maatschappelijke tendens teweeggebracht, die de regelgeving omtrent de opslag van vuurwerk op de helling heeft gezet'. De Afdeling laat deze verwijzing naar een maatschappelijke 'tendens' geheel ongenoemd, zodat moet worden vermoed dat deze slechts beperkte relevantie heeft in het kader van de risicoaanvaarding. Zij volstaat met het aangrijpen van het persbericht als bron van voorzienbaarheid waaruit het meest concreet viel op te maken dat eiser op het moment dat hij besloot drijver van de inrichting te worden, rekening moest houden met een toekomstige exploitatie onder andere voorwaarden dan onder het regime van *voor* de ramp. Kennelijk was vooral de aansporing om 'in bestaande situaties te beoordelen of de milieuvergunning de veiligheid voldoende kon garanderen' relevant. De uitspraak leert in elk geval dat de hiervoor reeds genoemde onderzoeks- c.q. informatieplicht van ondernemers zich uitstrekt tot alle mogelijk relevante documenten en andere signalen, en dat zij bij hun investeringsbeslissingen rekening moeten houden met het *aanstaande* beleid, van welk beleid slechts de globale contouren zichtbaar hoeven te zijn.

---

384 ABRvS 11 oktober 2006, LJN AY9865.

De vraag is of er gevallen denkbaar zijn waarin *maatschappelijke tendensen* wel als bron van voorzienbaarheid zouden kunnen dienen. Dat een dergelijke tendens in het kader van het normaal maatschappelijk risico of het normale ondernemersrisico relevant kan zijn, is goed voorstelbaar. In het kader van de risicoaanvaarding is dat echter minder goed in te zien. Om een voorbeeld te noemen: er is een onmiskenbare maatschappelijke tendens dat roken aan steeds strengere restricties wordt onderworpen. Maatregelen ter beperking van het roken in openbare ruimtes en cafés zijn al genomen, waarschuwingen worden steeds strenger, met andere woorden: in het huidige maatschappelijke klimaat staat roken steeds meer onder druk. De vraag is in welke mate deze tendens een bron van risicoaanvaarding zou kunnen zijn voor de fabrikanten van sigaretten of afgeleide belanghebbenden (zoals fabrikanten van sigarettenautomaten of tabakswinkels) in dit tijdsgewricht besluiten een onderneming te beginnen die deels 'draait' op de nog altijd bestaande mogelijkheid dat mensen dit genotsmiddel hanteren. Dat hangt waarschijnlijk af van de aard van de maatregel. Zo is denkbaar dat het risico van een omzetdaling ten gevolge van een maatregel tot verhoging van de accijns wel is aanvaard, aangezien dergelijke maatregelen in het verleden vaker zijn genomen en het voor een tabaksfabrikant of –verkoper niet als uitzonderlijk zal gelden. Om dezelfde reden zal wellicht ook de schade ten gevolge van verdere beperkingen van het rookgedrag in openbare ruimtes als een aanvaard risico kunnen gelden. Maar voor extremere maatregelen, zoals een totaalverbod op de verkoop van tabaksproducten, geldt dat zeker niet zonder meer. Dat is immers een zodanig ingrijpende maatregel, die vooralsnog in geen enkel ander land een precedent kent, dat het de vraag is of ook de dientengevolge geleden grote schade als een aanvaard risico zou kunnen worden tegengeworpen. Daarmee is beslist niet gezegd dat ondernemers in de tabaksbranche automatisch een recht op nadeelcompensatie hebben, mocht het ooit tot een totaalverbod komen, alleen ligt het voor de hand deze vraag niet zozeer te zien als een voorbeeld van 'risicoaanvaarding' maar als de vraag of deze schade tot het 'normale ondernemersrisico' behoort. Het enkele feit dat een dergelijk verbod wellicht soms in de politiek *ter sprake* komt lijkt niet zonder meer als bron van voorzienbaarheid te kunnen worden aanvaard. Bij wijze van analogie kan worden gewezen op een planschadeuitspraak, waarin eveneens de vraag aan de orde was of een tendens in de ruimtelijke ordening als bron van risicoaanvaarding kon gelden. Uit een structuurschets kon niet met zoveel woorden worden afgeleid dat de gronden van verzoekers als mogelijke bouwlocaties zouden kunnen worden aangemerkt. De gemeente beriep zich op een aanvullende bron, namelijk het feit dat daarover in de gemeente wel was gesproken. De Afdeling:

> 'De stelling van de gemeenteraad dat sinds 1973 een discussie in de gemeente werd gevoerd over toekomstige wegenstructuren en de uitleg van nieuw bebouwd gebied

in de vorm van uitbreiding van bestaande woonwijken, is op zichzelf onvoldoende om voorzienbaarheid aan te nemen.'[385]

Het enkele feit dat er *gesproken* wordt over mogelijk toekomstig beleid, zonder dat dit leidt tot de vaststelling van nieuw beleid en/of besluitvorming, is dus geen relevant voorteken voor voorzienbaarheid. Dit lijkt mij een ook voor nadeelcompensatiezaken pleitbare benadering. Zo is het niet ongebruikelijk dat grote infrastructurele projecten worden voorafgegaan door discussie in de politieke gremia, waarbij de haalbaarheid en steun van een dergelijk project wordt afgetast. Te Rijdt beschrijft bijvoorbeeld het voortraject van de aanleg van de Willemspoortunnel. Het basisplan voor de aanleg van de Willemsspoortunnel ontstond in 1946, waarna het lange tijd stil bleef. Het voornemen van de gemeenteraad om de tunnel aan te leggen herleefde in 1981. In 1985 besloot de gemeenteraad definitief tot de aanleg, en de afgifte van de noodzakelijke vergunningen geschiedde stapsgewijs vanaf 1986.[386] Het is niet ondenkbaar dat ook in de periode na 1946 geregeld is gesproken over de aanleg van een tunnel, ter vervanging van de reeds decennialang versleten Willemspoorbrug. Als men dit gegeven als een bron van voorzienbaarheid zou aanmerken, zou dat ertoe leiden dat een project als dit elk ondernemersinitiatief in die regio onder quarantaine zou plaatsen. Elke na de peildatum genomen investeringsbeslissing zal immers worden genomen in de wetenschap dat de ondernemer rekening moet houden met de kans dat het project in kwestie ook hem zou kunnen treffen. Dat is niet gewenst vanuit economisch perspectief, maar vooral is het de vraag of een redelijk denkend en handelend ondernemer geacht kan worden het risico te aanvaarden van de komst van een groot infrastructureel project als daarover meerdere decennia geen concreet besluit wordt genomen.

c. Eerdere, vergelijkbare overheidshandelingen

Waar een *maatschappelijke* tendens niet snel als bron van risicoaanvaarding zal kunnen gelden, is het de vraag of hetzelfde zonder meer kan worden gesteld voor een tendens in de *besluitvorming*. Ook hier geldt weer dat de Afdeling daar in planschadegevallen niet van wil weten. In Slochteren deed zich het geval voor dat in alle na 1975 vastgestelde bestemmingsplannen de vrije agrarische vestiging was vervangen door een meer beperkende regeling met bouwvlakken. Verzoeker kon geen tuinbouwbedrijf op zijn perceel oprichten, en vroeg om planschadevergoeding. Verweerder wierp hem de eerder vastgestelde bestemmingsplannen tegen, maar dat mocht niet baten:

---

385 ABRvS 28 maart 2007, LJN BA1682. Vgl. ABRvS 8 september 2004, LJN AQ9963: het feit dat 'reeds vanaf reeds vanaf 1986 een discussie in de gemeente werd gevoerd met betrekking tot de betrokken woningbouw, doet, wat daar ook van zij, hieraan niet af, nu deze discussie vóór 2 juni 1994 niet heeft geleid tot een voldoende concreet en ter openbare kennis gebracht stuk waaruit een voornemen tot wijziging van het planologisch regime kon worden afgeleid.'

386 Te Rijdt 1991, p. 140, p. 208-209.

> 'Het betoog met betrekking tot de algemene tendens bij de vaststelling van bestemmingsplannen sinds 1975, kan niet leiden tot het oordeel dat sprake is van een concreet en ter openbare kennis gebracht beleidsvoornemen waaruit een voornemen tot wijziging van de planologische situatie van de percelen van [verzoeker] kan worden aangenomen.'

In dit geval hadden de betreffende bestemmingsplannen geen betrekking op de percelen van verzoeker, zodat het minder voor de hand lag om de tendens in de bestemmingsplannen aan verzoeker tegen te werpen. Wanneer een burger of een ondernemer in het verleden *wel* met vergelijkbare besluiten is geconfronteerd, zou hem dit in het kader van een risicoaanvaarding kunnen worden tegengeworpen. Het feit dat jegens hem eerder vergelijkbare maatregelen zijn genomen, of het feit dat er een tendens is in de besluitvorming waarbij het uitoefenen van een activiteit aan steeds stringentere voorwaarden is verbonden, kan als een voorteken van een vergelijkbare toekomstige (en mogelijk nog ingrijpender) maatregel worden aangemerkt.

> Ten behoeve van de verlegging van een dijkversterking moesten kabels en leidingen in een primaire waterkering worden verlegd. Dit werd voorzienbaar geacht, onder meer omdat de rechtsvoorganger van appellante in de jaren vijftig en zestig geconfronteerd was geweest met omvangrijke dijkversterkingswerkzaamheden in de IJsselmonde.[387]

Als voorteken van voorzienbaarheid lijkt het enkele feit dat men wel eens eerder met een vergelijkbare maatregel te maken heeft gekregen, wellicht niet sterk. Afhankelijk van hoe de politieke wind waait zal immers de waarschijnlijkheid dat een maatregel van een bepaalde strekking zal worden genomen, meer of minder voorzienbaar zijn. In deze uitspraken vervulde het feit dat reeds eerder een vergelijkbare maatregel was genomen dan ook slechts een ondersteunende rol in het kader van de voorzienbaarheidsvraag, naast de terinzagelegging van een principe- en een uitwerkingsplan. Toch is wel denkbaar dat een eerdere maatregel als zelfstandige bron van voorzienbaarheid fungeert. Voorbeelden daarvan kunnen worden gevonden in het EG-recht. Een tendens in de regelgeving kan hier een bron van voorzienbaarheid zijn dat in de toekomst een vergelijkbare maatregel zal worden genomen. Volgens Tridimas moet een ondernemer acht slaan op 'the framework of applicable rules seen in historical perspective'.[388] In de zaak *Stimming* stelde het Hof bijvoorbeeld dat een bedrijf de wijziging van de verordening in kwestie had moeten zien aankomen, omdat in de (rundvlees)sector al langer andere verordeningen van kracht waren waarin vrijwaringsmaatregelen werden opgenomen.[389] Deze factor is dus zeker van belang voor ondernemers die op natio-

387 ABRvS 18 augustus 2004, LJN AQ6987.
388 Tridimas 2006, p. 265.
389 HvJ EG 27 april 1978, zaak 90/77, *Jur.* 1977, p. 2113 (*Stimming*), § 7.

naal niveau opereren, maar schade lijden door een handeling die uiteindelijk kan worden teruggevoerd op Europeesrechtelijk beleid. Van hen zal zonder meer mogen worden verwacht dat zij zich ook op de hoogte stellen van het Europese beleid (onder meer door raadpleging van het *Publicatieblad*), nu dit ook hun rechtspositie rechtstreeks beïnvloedt.[390] Wellicht kunnen uit de in § 12.5.5.2 genoemde Hofjurisprudentie ook aanknopingspunten worden afgeleid die relevant zijn voor de nationale rechter.

d. Ontwikkelingen in de omgeving

Kunnen tot slot ruimtelijke ontwikkelingen een zelfstandig voorteken van voorzienbaarheid zijn? Is bijvoorbeeld denkbaar dat de structuur van de omgeving of de ligging en feitelijke inrichting van gronden dienen als voorteken van een toekomstige ontwikkeling? De keren dat deze factor in de planschadejurisprudentie aan de orde werd gesteld, is deze maatstaf strikt van de hand gewezen. Twee voorbeelden.

> Het eerste biedt een zaak over ontwikkelingen aan de noordzijde van Leeuwarden. Volgens de kenmerken van het betrokken gebied stond op zichzelf niets in de weg aan de komst van een woonwijk. Bebouwing van de landelijke gebieden aan de rand van Leeuwarden werd niet onwaarschijnlijk geacht volgens verweerder. Ook ontbraken aan de noordkant belemmerende omstandigheden. Toen appellanten hun huis kochten, was er echter geen concreet beleidsvoornemen waaruit de komst van een woonwijk kon worden afgeleid. Bij afwezigheid van een concreet beleidsvoornemen was de schade als gevolg van het nieuwe plan volgens rechtbank en Afdeling niet voorzienbaar.[391]
>
> Door de wijziging van een bestemmingsplan veranderde een perceel van de bestemming 'glastuinbouw' in 'agrarische gronden'. Dit zou noodzakelijk zijn in verband met rijks- en provinciaal beleid, dat nieuwe bebouwing voor glastuinbouw in het buitengebied uitsloot. Vaststond dat op de twee naast het perceel van eiser gelegen percelen een vergelijkbare bestemmingswijziging reeds had plaatsgevonden om te voldoen aan het rijks- en provinciaal beleid. Het zou daarom in de lijn der verwachtingen liggen dat ook het perceel van eiser eenzelfde lot zou ondergaan. Voor dat perceel gold echter geen bestemmingsplan. De rechtbank merkt het voor de andere percelen geldende bestemmingsplan niet als een concreet beleidsvoornemen aan, nu dit slechts op de andere percelen zag. Ook het feit dat het provinciaal beleid noopte tot strakke regulering van de bouwmogelijkheden deed daar niet aan af.[392]

In de eerste zaak waren de voortekenen relatief zwak. Het is de vraag of de enkele *mogelijkheid* van een planologische ontwikkeling van een bepaalde strekking (in casu de bouw van een woonwijk) louter vanwege het ontbreken van belemmerende omstandigheden als bron van risicoaanvaarding zou

390 Vgl. Rb Groningen 11 april 2007, BA3119.
391 ABRvS 17 augustus 2005, LJN AU1131, Rb Leeuwarden 12 juli 2004, LJN AQ1258.
392 Rb Breda 9 februari 2009, LJN BH4355. Vgl. ABRvS 2 december 2009, LJN BK5084.

kunnen gelden. De tweede casus laat echter een type zaak zien waarin de structuur van de omgeving wel relevant kan zijn in het kader van een eventuele risicoaanvaarding. Deze zaak laat ook zien hoe beperkend het vereiste is dat het concrete beleidsvoornemen per definitie specifiek op het perceel van de getroffene moet zien. Het feit dat er ook nog eens rijksbeleid werd gevoerd gericht op het weren van glastuinbouw uit het buitengebied, had eiser er toe moeten brengen om zeer op zijn hoede te zijn bij de aankoop van de gronden. Beide gegevens waren voor de rechtbank geen aanleiding om te oordelen dat er sprake was van voorzienbaarheid. Mogelijk zou de Afdeling onder het regime van art. 6.1 Wro daarover anders oordelen.

8.7.5 Gedeeltelijke risicoaanvaarding

Staat eenmaal vast dat de verzoeker om nadeelcompensatie voorzienbaarheid kan worden tegengeworpen, dan leidt dat meestal tot het resultaat dat geheel geen aanspraak op nadeelcompensatie kan worden gemaakt. Indien een burger of een ondernemer in weerwil van de voorzienbaarheid van een bepaalde ontwikkeling of maatregel stappen heeft gezet die het risico van zijn schade hebben vergroot, is een gehele afwijzing van de compensatieclaim dus de regel. Zo bleef de eigenaar van een woning die deze na de peildatum van de kenbaarheid van de aanleg van de HSL-Zuid in eigendom had verkregen, met lege handen zitten toen hij met tijdelijke hinder werd geconfronteerd,[393] verzocht een bedrijf dat een nieuw pand ging huren nadat het kennis had kunnen nemen van de plannen tot reconstructie van de rijksweg A59 vergeefs om enige nadeelcompensatie[394] en verzocht een autobedrijf dat een showroom voor Honda's had gebouwd en ingericht zonder succes om compensatie toen de in- en uitritsituatie bij dit gebouw door een reconstructie van de openbare weg werd gefrustreerd: zij wisten dat met betrekking tot de omringende wegen ingrijpende werkzaamheden zouden plaatsvinden en hadden dit risico aanvaard.[395]

Het criterium van de risicoaanvaarding laat zich echter niet per definitie op een 'alles-of-niets'-manier toepassen. Soms wordt aangenomen dat de maatregelen en het daaruit voortvloeiende nadeel niet geheel voorzienbaar waren en blijft een gedeeltelijke nadeelcompensatieplicht in stand. Een voorbeeld (het enig mij bekende) besprak ik reeds in § 8.5.4.1: bij de beoordeling van schade geleden in de periode na het principebesluit tot aanleg van de Noord-Zuidlijn, maar voordat er financiële zekerheid over het project was,

393 ABRvS 16 november 2005, LJN AU6201. Zie ook bijv. ABRvS 7 april 2004, LJN AO7131.
394 Rb Den Bosch 24 januari 2007, LJN AZ7307.
395 Rb Roermond 11 februari 1999, LJN AA3418.

werd 50% risicoaanvaarding aangenomen.[396] Afhankelijk van de mate van voorzienbaarheid kan de nadeelcompensatieplicht dus worden gemitigeerd.

Ook uit het planschaderecht zijn dergelijke gevallen bekend.[397] Nadat de Afdeling eerst had overwogen geen ruimte te zien voor gedeeltelijke risicoaanvaarding,[398] heeft zij dit later toch in een aantal uitspraken aanvaard. De redenen hiervoor kunnen verschillen. Soms wordt de aanleiding gezocht in het feit dat een plan meerdere opties noemt, waaruit de gemeente een keuze moest maken.[399] Ook de vage bewoordingen van een bestemmingsplan kunnen daartoe aanleiding zijn.[400] Het vaakst gaat het echter om gevallen waarin de wijze van uitvoering enigszins afwijkt van hetgeen men op basis van het concrete beleidsvoornemen mocht vermoeden.[401] Duidelijke regels kunnen uit deze jurisprudentie niet worden afgeleid; het gaat om *ius in causa positum* bij uitstek.

8.8 Is de schadevergoeding anderszins verzekerd?

Een recht op nadeelcompensatie bestaat niet als de schadevergoeding anderszins is verzekerd of gewaarborgd. Deze eis benadrukt dat nadeelcompensatie een verstrekking is met een complementair karakter. Haar ratio is duidelijk: voorkomen moet worden dat iemand ten gevolge van een schadeveroorzakende gebeurtenis uit meerdere bronnen een vergoeding ontvangt en aldus wordt verrijkt.

Het oordeel dat de schadevergoeding anderszins is verzekerd kan worden gebaseerd op een keur aan verschillende financiële verstrekkingen. Te denken valt aan aankoop of onteigening van een pand of een perceel[402], een bijdrage uit een speciaal fonds[403] of een privaatrechtelijke overeenkomst; zo is bij de Nadeelcompensatieregeling verleggen kabels en leidingen in en buiten rijkswaterstaatswerken en spoorwegwerken 1999 relevant dat tussen brancheorganisaties van leidingbeheerders en het Ministerie van Verkeer en Waterstaat een overeenkomst is gesloten; denk ook aan planschadevergoedingsovereenkomsten

396 Rb Amsterdam 22 oktober 2007, LJN BB7619. Vgl. Rb Roermond 11 februari 1999, LJN AA3418: een aanvankelijk niet voorziene functieverzwaring van een weg die leidt tot een aanzienlijke toename van het verkeer ten opzichte van de aanvankelijke plannen. Volgens de rechtbank behoorde ook dit gevolg overigens nog geheel tot de aanvaarde risico's.

397 Van den Broek 2002, p. 194-195.

398 ABRvS 2 januari 2002, *AB* 2002, 377, m.nt. ARN.

399 ABRvS 29 augustus 1996, *AB* 1997, 434, m.nt. GMvdB.

400 ABRvS 31 maart 2004, *BR* 2004, 772, m.nt. JWvZ.

401 ABRvS 19 februari 2003, *BR* 2003, 811, m.nt. JWvZ, ABRvS 20 november 2002, *BR* 2003, 418, ABRvS 18 januari 2006, LJN AU9842, ABRvS 9 augustus 2006, LJN AY5910.

402 Zie bijv. Rb Arnhem 27 maart 2008, LJN BH0116.

403 CBB 15 mei 2003, LJN AF9331 (noodfonds voor het verlenen van financiële steun aan een pluimveehouder). De toelichting bij artikel 15.20 Wm noemt ook een bijdrage uit het Fonds voor stads- en dorpsvernieuwing.

op grond van artikel 49a WRO. In de jurisprudentie zijn voorts aan de orde geweest vergoedingen in de vorm van de toekenning van bestuurscompensatie (zodat geen plaats was voor planschadevergoeding),[404] de verkoop van een gedeelte van een perceel in het kader van de reconstructie van de Rijksweg A32,[405] een door de rechter vastgestelde vergoeding ingevolge de Deltawet Grote Rivieren[406], een uitkoopregeling[407] en een vorm van nadeelcompensatie in natura.[408] Onder omstandigheden is het zelfs denkbaar dat met een *subsidie* een voldoende vergoeding anderszins is gegeven.

> Deze laatste verstrekking speelde een rol in het geval van een veevoermaalderij waarvan de revisievergunning werd ingetrokken en die zich daardoor genoodzaakt zag zich te verplaatsen. Het bedrijf had uit verschillende bronnen een compensatie voor de bedrijfsschade gekregen: een bijdrage van de gemeente Oudewater voor de bedrijfsverplaatsingskosten en een bijdrage van de provincie uit het Fonds voor stads- en dorpsvernieuwing, omdat ter plekke een nieuw stadsvernieuwingsproject zou worden gerealiseerd. Voor een aanvullende nadeelcompensatie op grond van artikel 15.20 Wet milieubeheer was daarna geen plaats meer, aldus verweerder, die door de Afdeling op dit punt in het gelijk werd gesteld; aan de schade van het bedrijf door de noodzaak tot verplaatsing was door middel van de subsidie en de bijdrage uit het Fonds in voldoende mate tegemoetgekomen.[409]

De precieze kwalificatie van een verstrekking – in casu een subsidie, een verstrekking met een geheel ander karakter dan een nadeelcompensatie – hoeft er dus niet aan in de weg te staan dat de vergoeding 'anderszins' verzekerd kan zijn. Een vraag die zich in dat verband opdringt, is of uit de verstrekking onmiskenbaar moet blijken dat deze *beoogt* om in de geleden schade tegemoet te komen, wil men kunnen zeggen dat vergoeding anderszins is verzekerd. Zo zou de ontvanger van een subsidie kunnen stellen dat een subsidie niet beoogt schade te vergoeden, aangezien een subsidie wordt verstrekt met als doel bepaald gedrag te stimuleren. De uit hoofde van een subsidie gegeven geldelijke verstrekking zou alsdan niet in de weg staan aan een aanvullend te verstrekken nadeelcompensatie. In het planschaderecht werd voorheen de eis van *duidelijkheid* gesteld: vergoeding kan slechts geacht worden anderszins te zijn verzekerd als duidelijk blijkt dat deze verstrekking *strekt* tot vergoeding van planschade.[410] Dit kan met zoveel woorden blijken uit de letterlijke tekst, maar ook uit het doel van de verstrekking in kwestie. In elk geval dient op duidelijk *kenbare* wijze te zijn aangegeven dat in het bedrag ook een bedrag

404 AGRvS 3 februari 1993, *BR* 1993, 728, m.nt. PCEvW.
405 ABRvS 20 november 2002, LJN AF0864.
406 ABRvS 17 augustus 2005, LJN AU1126.
407 HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 234, m.nt. ARB (*De Dommel*).
408 Rb Arnhem 19 juni 2003, LJN AG9390.
409 ABRvS 3 september 2003, *AB* 2004, 51, m.nt. ABB.
410 Van den Broek 2002, p. 66.

als schadevergoeding voor de planologische verslechtering is opgenomen.[411] De jurisprudentie van de Afdeling op dit punt is sindsdien echter versoepeld. Het oogmerk is niet meer louter bepalend; ook indien niet met zoveel woorden uit de stukken blijkt dat de verstrekking beoogt te voorzien in de vergoeding van planschade, kan worden aangenomen dat de schade anderszins is verzekerd. Bij de vraag of een vergoeding voldoende anderszins is verzekerd moet rekening worden gehouden met *alle relevante feiten en omstandigheden*.[412] In de uitspraken waarin deze ruimere benadering is toegepast, was een indicatie van het 'anderszins verzekerd zijn' dat de uitgekeerde bedragen (in het kader van een met een projectontwikkelaar gesloten overeenkomst (Heemstede) resp. de voor de aankoop van een perceel betaalde prijs) aanzienlijk hoger lagen dan het schadebedrag.[413] In een andere uitspraak achtte de Rechtbank Utrecht voor zo'n indicatie onvoldoende dat door planontwikkeling in de buurt van het geschade object de verkoopprijs ook gunstig zou worden beïnvloed.[414]

Naast de eis van duidelijkheid, die zoals gesteld soepel wordt geïnterpreteerd, kan uit de planschadejurisprudentie ook de eis van *zekerheid* worden gedestilleerd. Deze eis brengt met zich dat er redelijkerwijs geen twijfel mag bestaan over de vraag of de gelaedeerde door de andere wijze van compensatie daadwerkelijk zijn schade vergoed zal krijgen. Recente jurisprudentie over artikel 49 WRO bevestigt de juistheid van deze regel. De vergoeding van de schade mag niet afhankelijk zijn van een 'toekomstige, onzekere gebeurtenis'.[415] Onvoldoende is de *mogelijkheid* dat de schade wordt vergoed door een verzoek in te dienen op basis van een geschreven regeling:

> 'Het begrip "verzekerd" veronderstelt een mate van zekerheid die zich niet verdraagt met het enkele indienen van een verzoek tot schadevergoeding op basis van een beleidsregel volgens welke de Minister verzoeken om schadevergoeding behandelt. Van "verzekerd" in de zin van artikel 49 van de WRO zou eerst sprake kunnen zijn indien en voorzover de minister op basis van een inhoudelijke beoordeling van gestelde schade gekomen is tot een onherroepelijk besluit over de hoogte van de verschuldigde schadevergoeding op voet van de Regeling en verschuldigde schadevergoeding is voldaan.'[416]

---

411 Zie ook Van Iersel 2006, p. 436 e.v.

412 ABRvS 3 augustus 2005, LJN AU0430 (*Heemstede*), ABRvS 15 maart 2006, *BR* 2006, 642, m.nt. JWvZ (*Schiphol*). Zie ook Rb Utrecht 8 januari 2008, LJN BC4326.

413 De Afdeling achtte mede van belang dat tussen partijen de hoogte van de schade ten gevolge van de mutatie aan de zuidzijde niet in geschil was (namelijk€18.000,--), aangezien het appellant van MAWI ontvangen geldbedrag (*f* 75.000,--) deze schadepost in aanzienlijke mate overschreed. Gelet hierop 'moet de ontvangen vergoeding geacht worden (mede) te strekken tot compensatie van schade ten gevolge van de mutatie aan de zuidzijde en is terecht geoordeeld dat die schade anderszins verzekerd is.'

414 Rb Utrecht 8 januari 2008, LJN BC4326.

415 ABRvS 25 februari 2009, LJN BH3961.

416 Rb Dordrecht 18 augustus 2006, LJN AZ1419.

Bij een analoge toepassing van deze uitspraak op andere vormen van compensatie dan planschadevergoeding – waartegen ik op voorhand geen bezwaren zie – zou men van 'anderszins verzekerd zijn' slechts dan kunnen spreken indien in voldoende mate vaststaat dat de getroffene *daadwerkelijk* op een geldelijke bijdrage aanspraak kan maken.[417] Het wijzen op de mogelijkheid dat op basis van een nadeelcompensatieregeling een zelfstandig compensatiebesluit kan worden aangevraagd, geeft in dit verband te weinig garantie om te kunnen oordelen dat de schade anderszins is verzekerd.[418] Ook in sommige nadeelcompensatieuitspraken keert deze eis terug, zoals in een zaak die speelde tussen de dijkgraaf en hoogheemraden van Waterschap Rivierenland en de gemeente Papendrecht.

> Eerstgenoemden hadden een eigen nadeelcompensatieregeling die schadevergoeding mogelijk maakte voor degene die 'als gevolg van de uitvoering van dijkversterkingswerkzaamheden of het voornemen daartoe' schade lijdt. De gemeente Papendrecht verzocht om nadeelcompensatie, nu zij als gevolg van de afdamming van een rivier kosten had moeten maken in de vorm van het verwijderen (saneren) van twee riooloverstorten. Dijkgraaf en hoogheemraden stelden dat de werkzaamheden niet onder hun verantwoordelijkheid, maar onder die van Rijkswaterstaat (als waterkwaliteitsbeheerder van het riviertje) waren verricht. De rechtbank achtte dat onjuist. Mitsdien konden dijkgraaf en hoogheemraden het college van B&W van Papendrecht ook niet wijzen op de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999, als zou op grond van die regeling de nadeelcompensatie 'anderszins' zijn verzekerd. Volgens de rechtbank was de schade slechts anderszins verzekerd 'indien, na een daartoe ingesteld onderzoek, in voldoende mate vaststaat dat eiser uit hoofde van enige andere regeling zonder meer zijn schade vergoed kan krijgen'. Dat was volgens de rechtbank niet het geval, nu niet vaststond dat eiser op grond van de waterstaatsregeling het door hem geleden nadeel 'zonder meer geheel gecompenseerd kan krijgen'.[419]

Niet helemaal duidelijk is de frase dat op grond van de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 niet gegarandeerd was dat de gemeente de schade 'zonder meer *geheel* gecompenseerd kan krijgen'. Het is weliswaar niet uitgesloten dat de alternatieve inkomstenbron een ruimhartiger vergoeding biedt dan datgene waarop men op basis van het égalitébeginsel aanspraak kan maken (dat ook een vergoeding uit hoofde van een onteigening kan leiden tot het oordeel dat de schade anderszins is verzekerd, illustreert dit afdoende),

417 Zo was de schade niet anderszins verzekerd door het enkele aanbod tot aankoop van een in waarde verminderde woning. Dat is pas het geval als *daadwerkelijk* een koopovereenkomst is gesloten (Van den Broek 2002, p. 66). Vgl. Rb Amsterdam 5 september 2007, LJN BB7627: een eventuele aansprakelijkstelling van de verhuurder was niet voldoende: niet alleen was onzeker of deze procedure succes zou hebben gehad, ook was niet op voorhand aannemelijk dat de verhuurder alsdan aansprakelijk zou zijn voor de gehele vervolgschade.

418 Zie reeds De Planque 1989, p. 30-31.

419 Rb Arnhem 24 januari 2008, LJN BC2698.

maar dit zou geen eis moeten zijn om de schade voldoende verzekerd te achten. Ook in het planschaderecht is dit het uitgangspunt: er moet sprake zijn van een volwaardig alternatief, dat de verzoeker 'in een vergelijkbare positie plaatst'.[420] Op een *restitutio in integrum* hoeft de alternatieve geldbron derhalve geen aanspraak te geven. Een schade zou geacht moeten zijn voldoende te zijn verzekerd indien de alternatieve inkomsten een mate van compensatie bieden die aansluit op de in het nadeelcompensatierecht gebruikelijke uitgangspunten, wat wil zeggen dat *in elk geval* het onevenredige nadeel moet worden vergoed.

8.9 DRAAGKRACHT

8.9.1 Inleiding

Een laatste onderwerp dat ik wil bespreken, is draagkracht. Dit onderwerp kan niet uitsluitend worden gerelateerd aan de abnormale last. Juist bij deze maatstaf speelt ook de speciale last een belangrijke rol, zoals hierna nog zal blijken. Toch heeft het onderwerp ook wel een relatie met de abnormale last. Zo werd in de Paul Krugerbrug-uitspraken het normaal maatschappelijk risico gerelateerd aan een methode waarbij aan de hand van een aantal economische kengetallen een beeld werd verkregen van de financiële gezondheid van een bedrijf (§ 3.4.3). Ook het drempelpercentage van 2% bij indirecte planschade wordt wel gezien als een vorm van 'objectgerelateerde' draagkracht. De regering heeft de introductie van dit criterium zelfs verdedigd met een beroep op het feit dat een dergelijke drempel rechtvaardig is *omdat* daarmee rekening wordt gehouden met draagkracht.[421] Ook bij de beoordeling van de abnormaliteit van de last spelen draagkrachtoverwegingen dus een rol. Dat rechtvaardigt dat ik dit onderwerp in dit hoofdstuk bespreek, hoewel ik daarbij nog wel zal teruggrijpen op de in het vorige hoofdstuk besproken referentiegroepproblematiek.

In een bekend *Themis*-redactioneel heeft Nieuwenhuis ooit met een beroep op de historische wortels van de égalité, die immers liggen in de gelijkheid van de Fransen voor de belastingen, beargumenteerd dat men het égalitébeginsel niet los van het draagkrachtbeginsel kan toepassen. Hij betoogde zulks naar aanleiding van de tendens in de jurisprudentie om steeds geobjectiveerder, los van de concrete vermogenspositie van de getroffene, vast te stellen of iemand onevenredig benadeeld is. Volgens Nieuwenhuis kon die tendens moeilijk worden verklaard door het égalitébeginsel, 'vastgeklonken' als dit zou zijn aan het draagkrachtbeginsel; bepaalt artikel 13 van de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* immers niet dat de égalité op burgers moet

420 ABRvS 27 april 2005, *Gst*. 2005, 7230, nr. 85.
421 *Kamerstukken II* 2002/03, 28916, A, p. 23.

worden toegepast *en raison de leur facultés*? De verhouding die bij bestuurscompensatie daadwerkelijk aan de orde is, was er volgens Nieuwenhuis niet een tussen onderlinge burgers, maar tussen de overheid aan de ene kant, en de individuele benadeelde aan de andere kant.[422]

Nieuwenhuis' beroep op de *Déclaration* uit 1789 als richtsnoer voor de toepassing van het égalitébeginsel in het nadeelcompensatierecht is niet sterk. Hoewel veel auteurs hebben gemeend dat de historische bron van de 'égalité devant les charges publiques' in de *Déclaration* kan worden gevonden,[423] was de gelijkheid die de opstellers daarvan wilden bewerkstelligen, vooral een gelijkheid voor de belastingen, zodat de frase 'en raison de leurs facultés' ook daardoor moet worden verklaard. Dat de historische wortel van de latere erkenning van de égalité als aansprakelijkheidsgrond later in de *Déclaration* is gevonden, neemt niet weg dat deze verschijningsvorm van het égalitébeginsel door de opstellers van de *Déclaration* beoogd noch voorzien was, zodat het niet voor de hand ligt om de kenmerken van de *égalité devant l'impôt* te transponeren naar de latere *égalité devant les charges publiques*.[424]

Toch raakt het betoog van Nieuwenhuis een gevoelige snaar, want het blijkt dat de toepassing van het égalitébeginsel in de praktijk wel degelijk gepaard gaat met een toepassing van het draagkrachtbeginsel. Deze toepassing is echter niet te vergelijken met de toepassing van het draagkrachtbeginsel in het belastingrecht. Uitgangspunt is namelijk dat de vermogenspositie geen directe rol mag spelen bij de vraag of van onevenredig nadeel sprake is (§ 8.9.2). Dit laat onverlet dat het draagkrachtbeginsel indirect een rol speelt, waarbij onder meer rekening mag worden gehouden met de specifieke kenmerken van een onderneming (§ 8.9.3). Verder kent het nadeelcompensatierecht een eigen, publiekrechtelijke verschijningsvorm van voordeeltoerekening (§ 8.9.4).

8.9.2 Uitgangspunt: vermogenspositie speelt geen rol

In de omschrijvingen die in de rechtspraak van het normaal maatschappelijk risico zijn gegeven (§ 8.3.1), wordt draagkracht niet als afzonderlijk criterium genoemd. Dat is ook niet zo vreemd, omdat de heersende mening is dat

422 Nieuwenhuis 1989, p. 124.

423 Delvolvé 1969, p. 10, Roozendaal 1998, p. 153, Fairgrieve 2003, p. 137.

424 Vgl. Chapus 1954, p. 344: Het afleiden van het égalité-beginsel als rechtsgrond voor aansprakelijkheid uit in artikel 13 van de *Déclaration* verwoorde gelijkheid miskent volgens hem dat het hier om twee slechts oppervlakkig verwante beginselen gaat: 'D'après le principe de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme, les contributions publiques doivent être également réparties entre les citoyens ; d'après le principe énoncé par la doctrine, les personnes administratives doivent indemniser les particuliers auxquels leur activité porte prejudice. Qu'y a-t-il de commun entre ces deux règles qui, on le voit, s'appliquent à des problèmes absolument distincts, sinon, bien entendu, une vague analogie tenant à l'idée qu'elles experiment, et qui ne saurait justifier le rattachement de la seconde à la première.'

draagkracht in beginsel geen rol zou mogen spelen bij de vraag of iemand onevenredig benadeeld is. Met name in de wat oudere nadeelcompensatieliteratuur keerden verschillende schrijvers zich fel tegen het hanteren van het draagkrachtbeginsel. De (politieke) (her)verdelingsmechanismen uit het belastingrecht – waaruit het draagkrachtbeginsel afkomstig is – zouden niet zonder meer kunnen worden getransponeerd naar het nadeelcompensatierecht.[425] Dit is ook de heersende mening in de literatuur: de vraag naar de meest redelijke (evenredige) verdeling van lusten en lasten over de samenleving, mag geen rol spelen in het schadevergoedingsrecht.[426] Als een bijkomend 'gevaar' is erop gewezen dat deze benadering op gespannen voet staat met het staatssteunrecht, dat nationale overheden gebiedt om bedrijven geen financiële middelen ter beschikking te stellen die de concurrentie kunnen vervalsen.[427] Voor zover men in het nadeelcompensatierecht wel rechtstreeks met draagkracht rekening zou willen houden, zou dat in elk geval een wettelijke grondslag behoeven.[428]

Er bestaat geen overeenstemming over de vraag wat draagkracht nu precies betekent. Verschillende fiscale auteurs benadrukken dat draagkracht weliswaar een belangrijk uitgangspunt is voor de belastingheffing, maar zij voegen daar veelal aan toe dat het niet eenvoudig is om het praktisch hanteerbaar te maken. Bij de bepaling van draagkracht zou *in elk geval* rekening moeten worden gehouden met drie grootheden: consumptie, inkomen en vermogen.[429] Daarmee is weliswaar een begin van een omschrijving gegeven, maar weer andere auteurs wijzen erop dat de factor 'inkomen' de belangrijkste maatstaf voor draagkracht is, hoewel we eigenlijk niet weten wat inkomen is.[430] Volgens Gribnau is het draagkrachtbeginsel slechts een 'abstract ideaal dat in een bepaalde maatschappij een specifieke invulling krijgt'. Hij ziet het als een taak van de belastingwetenschap meer concrete normen te ontwikkelen, zodat het beginsel in de praktijk hanteerbaar wordt.[431]

Duidelijk is in elk geval dat draagkracht vooral iets zegt over de *vermogenspositie* van de benadeelde. Die 'kern' van het draagkrachtbeginsel mag volgens vaste jurisprudentie geen rol spelen bij de bepaling van de onevenredigheid

425 Tak 1980, p. 658.

426 Zie Van Ommeren 1990, p. 86, en verder de verwijzingen bij De Groot 192, p. 35, Van den Berk 1991, p. 102 e.v. en de conclusie van A-G Spier bij HR 3 april 1998, *AB* 1998, 256, m.nt. ThGD (*Meiland*), noot 50, Keinemans 2004, p. 351.

427 Vgl. Hoitink & De Looij 2007, p. 92, B.P.M. van Ravels, noot bij ABRvS 5 september 201, *BR* 2002, 877.

428 Vgl. Schlössels 1998b, p. 1389.

429 Heithuis, Kavelaars & Schuver 2008, p. 1-2. Daarnaast geven volgens hen ook persoonlijke omstandigheden (levensonderhoud van kinderen, ouderdom, ziekte), maatschappelijke voorzieningen en economische instituties inhoud aan het subjectieve begrip draagkracht.

430 Sillevis & Van Kempen 2007, p. 2.

431 Gribnau 2006, p. 63. Hij noemt draagkracht 'een uitdrukking van – nogal abstracte – solidariteit'.

van het nadeel.[432] *Locus classicus* is het arrest *Meiland*. Meiland was net als Leffers een swillboer, met dit verschil dat Meiland naast zijn swillboerderdij ook een pallethandel dreef en dus inkomsten uit een andere bron kon verwerven. Gesteld voor de vraag of ook Meiland behoorde tot de 'beperkte groep' die onevenredig nadeel leed (en die juist als kenmerk had dat zij *uitsluitend* op swillvervoedering was gericht) antwoordde de Hoge Raad dat:

> 'buiten de eigen risicosfeer van de varkensmesterij gelegen omstandigheden, zoals de vermogenspositie van de varkensmester en zijn mogelijkheden om uit andersoortige bedrijfsmatige activiteiten inkomsten te behalen, buiten beschouwing [dienen] te blijven'. Zou men dit niet doen, dan zou dit leiden tot een 'niet naar objectieve criteria te rechtvaardigen, slechts op individuele draagkrachtverschillen berustend, onderscheid binnen de groep van ondernemers die hun varkensmesterij geheel op vervoedering van swill hadden ingericht en in zoverre in gelijke mate door het swillverbod werden getroffen.'[433]

De Hoge Raad noemt twee bijzondere omstandigheden waarmee geen rekening mag worden gehouden: de *vermogenspositie* en de *mogelijkheden om uit andersoortige bedrijfsmatige activiteiten inkomsten te behalen*. Hoewel beide niet geheel los van elkaar kunnen worden gezien, kan worden verdedigd dat de vermogenspositie op de meest directe wijze uiting geeft aan het draagkrachtbeginsel.[434] Het betrekken van de vermogenspositie bij de vraag of iemand onevenredig benadeeld is, introduceert een subjectief element in de toets aan de onevenredigheid van het nadeel: hoe rijker de benadeelde, of hoe gezonder zijn bedrijf, des te minder snel is hij onevenredig benadeeld. Een voorbeeld van deze benadering biedt de uit de *Paul Krugerbrug*-uitspraken bekende rekenmethode, die een beeld gaf van de liquiditeit, rentabiliteit en de solvabiliteit van een bedrijf, teneinde te bezien hoe dit zou reageren op de schade.[435] De Afdeling Rechtspraak meende dat deze (subjectieve) methode niet had mogen worden gebruikt om te berekenen of en zo ja, in welke mate scheepswerf De Liesbosch recht had op nadeelcompensatie. De Afdeling stelde daarvoor een andere benadering in de plaats, waarbij aan de hand van de meer objectieve maatstaf van de voorzienbaarheid van het nadeel werd bezien of er sprake was van schade die redelijkerwijs niet ten laste van De Liesbosch behoorde te komen.[436] In een latere uitspraak heeft de Afdeling nog eens expliciet bena-

---

432 ARRvS 5 april 1983, *AB* 1983, 534, m.nt. PCEvW, AGRvS 12 oktober 1988, *AB* 1989, 234, m.n.t JAMvdB; AGRvS 22 mei 1989, *AB* 1989, 543, m.nt. JAMvdB, ABRvS 22 december 1995, *AB* 1996, 250, m.nt. PvB.

433 HR 3 april 1998, *AB* 1998, 256, m.nt. ThGD.

434 Vgl. Heithuis, Kavelaars & Schuver 2008, p. 1-2: Bij de bepaling van draagkracht zou *in elk geval* rekening moeten worden gehouden met drie grootheden: consumptie, inkomen en vermogen.

435 OSO, p. VII-49. Zie § 3.4.3.

436 ARRvS 22 november 1983, *AB* 1984, 154, m.nt. dP. Vgl. B&W Rotterdam 12 april 1983, *BR* 1983, 854, m.nt. Van Rijckevorsel (*Hartelkanaal*).

drukt dat voor de vraag of een nadeel redelijkerwijze niet geheel ten laste van een gelaedeerde behoort te blijven, niet relevant is of de schade zo hoog is dat het bedrijf deze niet kan dragen zonder in de problemen te geraken. De draagkracht van een gelaedeerde is in dit verband volgens de Afdeling niet van betekenis.[437]

Uit het voorgaande komt het uitgangspunt naar voren dat draagkracht in die zin geen rol mag spelen dat de vermogenspositie *op zichzelf* geen reden mag zijn om sneller of minder snel nadeelcompensatie toe te kennen. Nadeelcompensatie is, met andere woorden, geen middel om financieel ongezonde bedrijven een steuntje in de rug te geven. Als de postcodeknaller in een winkelstraat valt die al maanden is opgebroken in verband met een herstructurering van het stadshart, dan ontslaat dat de gemeente niet van haar rechtsplicht tot de vergoeding van onevenredig nadeel. De overheid is vanzelfsprekend gerechtigd om in discretie zelf te bepalen welke bedrijven het 'verdienen' in leven te blijven en aan welke bedrijven geen 'steun' wordt gegeven, maar dat is veeleer een politieke vraag, die niet aansluit op het gegeven dat het égalitébeginsel uiting geeft aan een *plicht* tot compensatie waarop alle burgers en ondernemingen naar zoveel mogelijk geobjectiveerde maatstaven aanspraak kunnen maken.

8.9.3 Indirecte toepassingen van het draagkrachtbeginsel

De uit het *Meiland*-arrest volgende stelling dat de mogelijkheden om inkomsten uit andersoortige bedrijfsactiviteiten te verwerven, niet naar objectieve criteria te rechtvaardigen zou zijn, is minder onomstreden. Daartoe valt allereerst te wijzen op het Franse recht, waar bij de toepassing van het égalitébeginsel wel degelijk rekening wordt gehouden met dergelijke omstandigheden. Of een bedrijf ernstige schade lijdt, wordt niet in absolute zin gewaardeerd, maar wordt mede bepaald door te kijken naar de bijzondere positie van de getroffene. In de Franse jurisprudentie wordt het schadeveroorzakende feit niet geïsoleerd beschouwd maar 'en fonction de la situation ensemble des intéressés'.[438] In de rechtspraak kan bijvoorbeeld de regel worden afgeleid dat een bedrijf getroffen in een ondergeschikt deel van de bedrijfsvoering, maar waarvan het hoofddeel blijft bestaan, in beginsel geen recht op een vergoeding heeft.

> Een bedrijf dat verschillende producten verkocht, waaronder alcoholische dranken, verkocht in legerkampen, ondervond geen abnormale last toen de verkoop van

437 ABRvS 22 februari 2002, *AB* 2001, 134, m.nt. AvH.
438 Delvolvé 1969, p. 274. Vgl. Broyelle 2003, p. 118.

alcoholica voortaan slechts via de militaire kantines mocht geschieden.[439] Toen een wet ter bescherming van het ambacht van schoenmaker tot de sluiting van een schoenatelier leidde, overwoog de Conseil d'Etat dat deze schade niet voldoende ernstig was, omdat het atelier (waar schoenreparaties werden verricht) slechts een nevenwerkzaamheid was ten opzichte van de belangrijkste activiteiten van de onderneming (de verkoop van schoenen).[440] Ook werd de claim afgewezen van een bedrijf dat beweerde schade te lijden door veranderde regels betreffende de afschering in een dorp en omgeving, omdat deze regels slechts een deel van de onderneming benadeelden,[441] evenals de claim van een vuurwapenhandelaar die kort na de aanslag op een publiek persoon werd geconfronteerd met een verbod op de verkoop van munitie, rekening houdend met het feit dat dit verbod slechts tijdelijk van aard was en het bedrijf slechts in een deel van zijn activiteiten trof.[442]

Henriot heeft in dit verband gesteld dat de ernst van het nadeel in de visie van de Conseil d'Etat niet *in abstracto* moet worden beschouwd, maar in het licht van 'les répercussions de l'action de l'Autorité Publique sur la situation du particulier.'[443] Deze benadering is in de Franse literatuur, voor zover ik kan overzien, niet voorwerp van veel debat. Op basis van deze gevallen kan de voorzichtige conclusie worden getrokken dat de Conseil d'Etat in het *Meiland*-arrest waarschijnlijk tot een andere uitkomst zou zijn gekomen; ook indien een bepaalde vorm van bedrijfsvoering geheel wordt verboden, blijft het relevant of men binnen het bedrijf nog andere poten heeft om op te staan. Het plotselinge karakter van zo'n algemene verbiedende maatregel zou daaraan mijn inziens niet af mogen doen, omdat los daarvan de mogelijkheid blijft bestaan het bedrijf voort te zetten.

De vraag is hoe deze lijn in de Franse rechtspraak in de égalitédoctrine kan worden ingepast. Naar mijn idee ligt een koppeling van draagkracht aan het criterium van de *spécialité* voor de hand, aangezien dat verlangt dat de benadeelde wordt vergeleken met zoveel mogelijk vergelijkbare andere burgers. Volgens Schlössels kan men dit criterium niet toepassen zonder eerst vast te stellen dat een burger zich in vergelijking met een ander in een (materieel) vergelijkbare positie bevindt *voordat* het overheidshandelen zich voltrok. Met het oog hierop dienen gelijkheidsmaatstaven te worden aangelegd. Zijns inziens is het de vraag of de financieel-economische positie van rechtssubjecten niet

439 CE 17 februari 1939, *Rec.* p. 97 (*Sté cooperative militaire d'Alsace*). Zie ook CE 22 oktober 1943, *Sirey* 1945.3.13 (*Lacaussade*; een bedrijf dat zich specialiseerde in de productie van suiker en stroop, en daarnaast tussenhandelaar was tussen de producenten en consumenten van alcohol, kon geen abnormaal nadeel aannemelijk maken toen alleen die laatste activiteit werd door een decreet werd verboden).

440 CE 23 november 1945, *Rec.* p. 241 (*Sieur Rougier*).

441 CE 29 januari 1979, *Rec.* p. 883 (*Société Avenir Publicité*).

442 CE 11 maart 1987, *D.* 1988, p. 55 (*Weisbach*).

443 Henriot 1960, p. 64.

zo'n maatstaf zou mogen zijn en of dit per definitie niet objectief te rechtvaardigen zou zijn.[444]

Ik stel mij niet ten doel een model te ontwikkelen waarin deze gelijkheidsmaatstaven worden geëxpliciteerd. Ik vermoed dat dergelijke maatstaven in veel gevallen moeilijk zullen kunnen worden gevonden, aangezien, zoals we in hoofdstuk 7 hebben gezien, de vraag met welke andere burger precies moet worden vergeleken, veelal niet concreet te beantwoorden is. Dat neemt niet weg dat in sommige gevallen het criterium van de *spécialité* wel degelijk op een zodanige wijze kan worden ingezet dat indirect draagkrachtelementen een rol spelen. Het uit 2005 stammende arrest *SA Vergers* van de Conseil d'Etat laat dit goed zien.

> Gedurende tien dagen in november 1996 blokkeerden vrachtwagenchauffeurs wegen in het hele Franse territoir. Vaststond dat deze blokkades aan talloze bedrijven schade hadden berokkend. SA Vergers betoogde echter binnen die groep een bijzondere last te ondervinden omdat het in besmettelijke waren handelde en zijn hele voorraad champignons, met een marktwaarde van ongeveer € 81.000, had moeten vernietigen. De appelrechter verwierp het beroep op de égalité, constaterend dat talloze bedrijven die van het vervoer over de weg afhankelijk zijn door de beslissing werden getroffen (geen speciale last), terwijl voorts tien dagen een te korte periode was om van een abnormale last te kunnen spreken.[445] De *commissaire de gouvernement* Chauvaux pleitte in het licht van de aard van de égalité-aansprakelijkheid voor een concretere toets, afhankelijk van de aard van het getroffen bedrijf. Volgens hem dringt de complexiteit van de égalitégedachte en de onderlinge afhankelijkheid van de daaraan verbonden criteria zich vooral op als de overheid een situatie laat voortbestaan die het land als geheel treft. Alsdan is het noodzakelijk per groep zoveel mogelijk vergelijkbare burgers of ondernemers vast te stellen of zij ten opzichte van de leden van hun eigen referentiegroep zeer zwaar getroffen worden. In casu was de toets die vooral was toegespitst op de duur van de maatregel een nogal bot instrument, omdat deze niet differentieert tussen ondernemingen die maatregelen van een bepaalde duur beter kunnen doorstaan dan andere. Chauvaux stelde een andere benadering voor: stel eerst vast welke andere ondernemingen een last dragen die vergelijkbaar is met de last van de onderneming die de égalité inroept, en ga vervolgens na of de last van deze onderneming ten opzichte van de andere ondernemingen binnen de referentiegroep abnormaal is. In casu ging het om een bedrijf dat handelde in besmettelijke waren. De omzetdaling van SA Vergers van 1,4% was weliswaar aanzienlijk, maar in dit verlies onderscheidde het bedrijf zich volgens de A-G niet van andere ondernemingen die ook in besmettelijke waren handelden. Hij pleitte ervoor het beroep van het bedrijf af te wijzen op basis van deze van de appelrechter afwijkende motivering. De Conseil d'Etat nam deze conclusie over.[446]

444 Schlössels 1998b, p. 1387.
445 CAA de Marseille, 15 maart 2004, no. 01MA00119 (*S.A. Vergers d'Europe*).
446 CE 27 juni 2005, *AJDA* 2005, p. 2079 e.v. (*S.A. Vergers d'Europe*).

In de terminologie van Schlössels kan men stellen dat als gelijkheidsmaatstaf in dit geval het criterium 'handelen in besmette waren' wordt gehanteerd. Uitgaande daarvan worden zoveel mogelijk vergelijkbare andere ondernemingen opgespoord en wordt de onevenredigheid van het nadeel aan de hand van een vergelijking met deze ondernemingen vastgesteld. Het arrest geeft daarmee uitdrukking aan de rol die de specifieke kenmerken van een bedrijf in het Franse recht bij de toepassing van het égalitébeginsel mogen spelen. Dat komt mijns inziens niet op hetzelfde neer als een *directe* toets aan het draagkrachtbeginsel. Voor Schlössels' stelling dat bij een vergelijkend (on)evenredigheidsoordeel *impliciet* de financiële positie echter wel van belang is, geeft dit arrest echter de nodige steun. Getracht wordt immers aan de hand van specifieke kenmerken van de getroffene tot een zo objectief mogelijk oordeel over de onevenredigheid van het nadeel te komen. Dat geschiedt in casu door de criteria van de speciale en abnormale last niet toe te passen op het niveau van *alle* ondernemingen die werden getroffen, maar op het (sub)niveau van de getroffen onderneming en zoveel mogelijk vergelijkbare ondernemingen. De reden om die genuanceerde benadering te kiezen werd door C-G Chauvaux uitdrukkelijk aan het draagkrachtbeginsel gerelateerd: omdat het niet ondenkbaar was dat met name kleine bedrijven een bepaalde periode van niet-optreden niet zullen overleven, terwijl het omgekeerd denkbaar is dat grote bedrijven een langere periode van niet-optreden bedrijfseconomisch nog goed aan kunnen, zou het voor de hand liggen de toets aan de *anormalité* en de *spécialité* hierop aan te passen.[447]

Ook op andere manieren zien we dat het draagkrachtbeginsel soms indirect een rol speelt. In sommige uitspraken wordt bijvoorbeeld meegewogen dat een bedrijf deel uitmaakt van een keten met andere bedrijven. Een manier om dit te doen is bijvoorbeeld door het toepassen van de figuur van voordeelstoerekening, namelijk wanneer de clientèle van het getroffen bedrijf een blokje om maakt en naar het zusterfiliaal gaat (dat deel uitmaakt van hetzelfde moederbedrijf). Als een dergelijk substitutie-effect daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, mag daarmee bij de beoordeling van de (on)evenredigheid van het nadeel rekening worden gehouden.[448] Een andere toepassing van dezelfde gedachte vinden we in de nadeelcompensatiepraktijk rond de *Noord-Zuidlijn*, waar sinds 2006 toepassing wordt gegeven aan een beleidslijn waarbij zogenaamde 'filiaalbedrijven' anders worden behandeld dan 'solobedrijven'. Achter dit beleid gaat de gedachte schuil dat filiaalbedrijven over meer mogelijkheden tot schadebeperking beschikken dan solobedrijven. In een filiaalbedrijf zal het

447 *AJDA* 2005, p. 2080, r.k.: '[L]e fait d'opposer un délai unique à tous les opérateurs économiques, sans égard pour leur situation particulière, nous paraît étranger à l'esprit du régime de responsabilité qui nous occupe, qui appelle au contraire un examen concret des différentes situations. Si une petite entreprise établissait avoir été mise en faillite par la perte d'un stock de denrées périssables (bederfelijke goederen – MT), serait-il possible de lui opposer le délai défini par la cour (tien dagen – MT)?'

448 § 6.6.

bij tijdelijke werkzaamheden makkelijker zijn om kosten te besparen op filiaalniveau, eventueel door mutaties in het personeelsbestand. Ook kan op het hoofdkantoor of op andersoortige centraal gemaakte kosten worden bespaard. In termen van een eventueel recht op nadeelcompensatie leidt dit ertoe dat wordt uitgegaan van een forfaitair bedrag van 10% van de schade die vanaf jaar één dat de schade wordt ondervonden, kan worden beperkt, met een maximum van 50% van de schade na vijf schadejaren. In het geval van een bedrijf met vijf brood- en banketwinkels in Amsterdam leidde dit tot een toepassing van 30% concernkorting en een aftrek van 5% wegens mogelijke besparingen op filiaalniveau. De rechtbank stelde vast dat dit nadeelcompensatiebeleid 'in zijn algemeenheid (…) niet onredelijk' was. Wel zou moeten worden onderzocht of de uitgangspunten van het beleid ook opgaan voor het specifieke bedrijf in kwestie. Daarop liepen de kortingen alsnog stuk, omdat niet duidelijk was of op centraal niveau ook echt kon worden bespaard en of het verleggen van klantenstromen mogelijk was.[449] In elk geval laat de uitspraak weer geen directe toepassing van het draagkrachtbeginsel (men kijkt niet in de boeken om te zien hoe florissant het bedrijfsresultaat is) zien, maar speelt het beginsel wel indirect een rol, namelijk in de betere mogelijkheden tot schadebeperking en -spreiding.

De Hoge Raad heeft in het *Meiland*-arrest de mogelijkheid inkomsten uit andere bedrijfsactiviteiten te verwerven niet als relevant element bij de onevenredigheid van het nadeel willen erkennen. Men zou kunnen stellen dat deze mogelijkheid niet als 'gelijkheidsmaatstaf' mag dienen. Zoals gesteld kijkt de Conseil d'Etat daar bij de toepassing van het égalitébeginsel anders tegenaan. In commentaren op het *Meiland*-arrest hebben verschillende auteurs deze oplossing ook voor het Nederlandse recht bepleit.

> Schlössels noemt een voorbeeld waarin hij geneigd is het draagkrachtbeginsel toe te passen: de situatie waarin twee horecabedrijven worden getroffen door de sluiting van een gemeentelijk zwembad. Bedrijf A heeft een omzet van 5 ton, waarvan 3 ton wordt gegenereerd uit cateractiviteiten die niet afhankelijk zijn van zwembadbezoek. Hierdoor lijdt het bedrijf absoluut hetzelfde, maar relatief veel minder nadeel dan ondernemer B. Volgens Schlössels wordt B daarom in vergelijking met zijn collega onevenredig zwaar getroffen.
> Drupsteen citeert een uitspraak van de Afdeling rechtspraak waarin deze weigerde het draagkrachtbeginsel toe te passen toen een bedrijf dat langs een fietsroute was gelegen en daardoor verminderd bereikbaar was, een omzetdaling ondervond voor wat betreft 'familiedrukwerk', maar een omzetstijging voor wat betreft 'zakendrukwerk'. De Afdeling meende dat het niet juist was met die laatste omzetstijging rekening te houden, maar volgens Drupsteen was het redelijker geweest het bedrijf als een economisch geheel te beschouwen en te bezien of er werkelijk voor het

449 Rb Amsterdam 27 november 2009, LJN BK6517.

> bedrijf als geheel omzetdaling kon worden aangetoond, en zich dus niet te beperken tot de poot van het bedrijf die tot een omzetdaling aanleiding gaf.[450]
> Ook Hartlief noemt een vergelijkbaar voorbeeld. Als aan de achterzijde van een supermarkt een slijterij is gelegen die tijdelijk verminderd bereikbaar is, is het voor de vraag of de supermarkt waarvan de slijterij deel uitmaakt, van belang welk aandeel de slijterij heeft in de omzet van de supermarkt.[451]

Ook deze uitspraken kan men in het licht van de eis van de *spécialité* plaatsen. Een burger met meer poten om op te staan zal zich dan al snel onderscheiden van een ander die ook getroffen wordt, maar wiens bedrijf een smallere basis heeft. De vergelijkbare ander is daarbij niet altijd aanwijsbaar, maar wel aanwezig in de 'regel' die deze auteurs impliciet toepassen, namelijk dat het redelijk is om een bedrijf dat zijn schade kan beperken (en zo zijn risico's kan spreiden) doordat het inkomsten uit andersoortige bedrijfsactiviteiten kan verwerven, vanuit het perspectief van het égalitébeginsel op een andere wijze te behandelen dan een (eventueel fictief) bedrijf dat zich slechts op één activiteit richt. Dit is dus een weer wat andere gedachte dan het Amsterdamse filialenbeleid: hier wordt immers dezelfde gedachte van de mogelijkheid de schade te beperken toegepast op het (niet tot een keten behorende) solobedrijf. Wel is er in zoverre een overeenkomst dat in beide gevallen de regel doorschemert dat zij die in staat zijn de schade te spreiden, minder snel of tot een minder hoog bedrag recht hebben op nadeelcompensatie. Daar zitten in casu wel wat haken en ogen aan. Hier zal men goed moeten nagaan of de mogelijkheden tot schadebeperking ook reëel zijn. Vermoedelijk zal het niet altijd eenvoudig zijn om precies te onderscheiden tussen hoofd- en nevenactiviteiten. Een probleem is verder dat deze benadering bedrijven mogelijk aanzet tot het boekhoudkundig zodanig vormgeven van de structuur van hun bedrijf dat de inkomsten uit andere activiteiten schijnbaar los staan van de inkomsten uit de hoofdtak van het bedrijf (vgl. de 'sideletters'). Hoewel een doortastende deskundige vermoedelijk al snel de ware structuur van het bedrijf zal achterhalen, kleven aan deze laatste wijze van het verdisconteren van het draagkrachtbeginsel de grootste praktische problemen. Dat neemt niet weg dat ik met de genoemde auteurs niet inzie waarom deze (indirecte) toepassing van het draagkrachtbeginsel per definitie zou moeten worden afgeschreven: men mag mijns inziens relevantie toedichten aan de vraag welk deel de omzetdaling van één onderdeel vertegenwoordigt in de omzet van de onderneming als geheel. In dat geval zou een eventuele omzetdrempel derhalve moeten worden toegepast op het bedrijf als geheel, ongeacht de precieze aard van de nevenactiviteit.

450 *AB* 1998, 256.
451 Hartlief 1998, p. 85.

8.9.4 Publiekrechtelijke voordeelstoerekening

Uit de vorige paragraaf is gebleken dat de vraag of er sprake is van onevenredig nadeel mede afhankelijk kan zijn van de vraag of ook inkomsten uit andere activiteiten kunnen worden verworven. Een laatste 'techniek' waarbij de specifieke aard van een bedrijf kan meespelen zou men de 'publiekrechtelijke voordeelstoerekening' kunnen noemen. Bij de normale, privaatrechtelijke vorm van voordeelstoerekening, vloeien voor- en nadelen voort uit een en hetzelfde besluit. In deze gevallen wordt echter verrekend met voordelen die de onderneming in de *toekomst* zal weten te genereren. Er is in zo'n geval dus wel sprake van nadeel, maar dit is niet onevenredig, omdat het concern de klappen die het op één plek ontvangt kan verrekenen met de voordelen die het op andere plekken in het land in de schoot kunnen vallen.

> In een zaak over de sluiting van een brandstoffenverkooppunt aan de Rijksweg A32 (die werd omgebouwd tot autosnelweg, waardoor het verkooppunt moest sluiten), overwoog de Afdeling dat appellanten, een verkoopmaatschappij (van BP-verkooppunten) en een LPG-leverancier (van LPG die goeddeels bij BP werd betrokken) zodanig met het moederconcern (BP) waren verweven dat de sluiting van één verkooppunt niet 'van overwegende betekenis zou zijn voor de afzetmogelijkheden van appellanten'. Ook vermocht de Afdeling niet in te zien dat de sluiting van het betreffende verkooppunt anders zou moeten worden gezien dan het wegvallen van een afnemer waar elders – evenzeer ten gevolge van infrastructurele maatregelen – weer een nieuwe afnemer zou kunnen ontstaan. Derhalve had de minister het beroep op de Regeling nadeelcompensatie Rijkswaterstaat kunnen afwijzen.[452]
>
> Verwevenheid werd ook aangenomen in een uitspraak van de rechtbank Utrecht over een omzetdaling van een benzinestation dat in eigendom was van Esso BV. Dat van onevenredig nadeel geen sprake was gold volgens de rechtbank 'temeer nu eiseres als een van de grotere oliemaatschappijen in Nederland vele afzetmogelijkheden heeft en als zodanig dagelijks wordt geconfronteerd met voortschrijdende inzichten ten aanzien van de infrastructuur. Als gevolg van deze ontwikkelingen zal eiseres enerzijds regelmatig te maken krijgen met voor haar nadelige verkeersbesluiten, doch anderzijds zeker ook met voor haar gunstige besluiten. Gelet hierop kan eiseres zich dan ook bezwaarlijk beroepen op enig recht op handhaving van een bestaande situatie, zeker niet nu aan de toename van het autoverkeer en de ontwikkeling van de gehele infrastructuur veelal positieve gevolgen voor oliemaatschappijen zijn verbonden.'[453]

De publiekrechtelijke voordeelstoerekening is een nog iets extremere variant van de mogelijkheid om de schade te spreiden dan de in de vorige paragraaf besproken gevallen. Extremer, omdat niet vaststaat dat de bedrijven in kwestie een concreet voordeel ondervinden van het feit dat zij een 'grote speler' zijn;

---

452 ABRvS 12 april 2001, *JB* 2001, 153, m.nt. JHK.
453 Rb Utrecht 29 januari 2002, LJN AD9421.

verrekend wordt met *abstracte*, *toekomstige* voordelen. 'You win some, you lose some', is kennelijk gedachte. Ik meen dat met deze vorm van voordeelstoerekening terughoudendheid moet worden betracht. Feitelijk gaat het hier om een vorm van kansberekening, met de daaraan inherente onzekerheid of de voordelen daadwerkelijk zullen worden gegenereerd. Gewaakt moet worden voor een benadering waarin men bij grote bedrijven telkens zal redeneren dat geen nadeelcompensatieplicht bestaat omdat grote jongens *in abstracto* geregeld voordelen in de schoot vallen. Voor spreidingsargumenten moet ook bij 'grote spelers' op de markt wel ruimte zijn, maar daarbij wordt meestal concreter bezien of de mogelijkheid bestaat de schade te beperken, zoals de mogelijkheid de schade in de prijs naar hun klanten door te berekenen.[454]

De vraag is overigens of men aan deze uitspraken veel gewicht dient toe te kennen. In de uitspraak van de rechtbank draagt het argument van de mogelijkheid op andere plekken voordelen te genereren de uitspraak ook niet zelfstandig, maar is het slechts één relevant gezichtspunt om te beoordelen of de schade onevenredig is. Dat dit argument in deze uitspraken naar voren komt, moet vooral worden verklaard doordat in beide uitspraken de appellerende onderneming niet het schakeltje in de keten was, maar juist de moederonderneming. Dat juist in die gevallen de rechter beziet of er verrekend kan worden met voordelen op 'macroniveau' is niet geheel onbegrijpelijk, maar zou naar mijn idee niet meer dan een ondersteunend argument moeten zijn, dat de nadeelcompensatiebeslissing op zichzelf niet kan dragen.

8.9.5 Conclusie

Het voorgaande laat zien dat het *Meiland*-arrest in zoverre nog opgaat dat de vermogenspositie van een burger geen *directe* rol speelt, in die zin dat men bij een bedrijf zou bezien in hoeverre nadeelcompensatie nodig is om 'op de been te blijven'. Maar op allerlei indirecte manieren speelt het draagkrachtbeginsel wel een rol. Deze toepassingen zijn voorts – en dat is van belang – niet wezensvreemd aan het égalitébeginsel maar kunnen, zoals het arrest *SA Vergers* laat zien, juist in de égalité worden 'geïncorporeerd' door toepassing van de regel dat de égalité verlangt dat met zoveel mogelijk vergelijkbare andere burgers wordt vergeleken. Daarbij zij nog benadrukt dat juist de *SA Vergers*-zaak geschikt was voor een dergelijke gedifferentieerde toepassing van de *spécialité*, omdat de maatregel ondernemingen in het hele land trof. Toch wordt ook in andere gevallen gedifferentieerd, zoals de Amsterdamse

454 Zie bijv. Rb Den Haag 21 februari 2007, *Gst*. 2007, 74, m.nt. Schutgens (*XS4ALL*) ('Of gesproken moet worden van onevenredig nadeel, op grond waarvan het niet gerechtvaardigd zou zijn de kosten (geheel) bij XS4ALL te laten, hangt vooral af van de hoogte van de kosten en van de mogelijkheden die op anderen te verhalen.') en verder KB 2 april 1985, *AB* 1985, 415, KB 10 januari 1986, *AB* 1986, 449.

Noord-Zuidlijn-praktijk laat zien. De specifieke toepassing van het draagkrachtbeginsel die ziet op het verdisconteren van het feit dat een bedrijf uit meerdere bedrijfsonderdelen bestaat, is in de praktijk minder zichtbaar. Mogelijk heeft dat vooral te maken met de praktische haken en ogen die daaraan kleven in termen van boekhoudkundige trucs om de omzet van één onderdeel zoveel mogelijk op zichzelf te bezien. Of ook deze redenering niet objectief te rechtvaardigen zou zijn, is evenwel de vraag. In elk geval dringt de conclusie zich op dat de 'harde' regel uit het *Meiland*-arrest moet worden bijgesteld.

8.10 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is stilgestaan bij het criterium van de abnormale last. In de meest gebruikelijke opvatting is een nadeel dat uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico, synoniem met het bestaan van een 'abnormale last'. Deze benadering is bijvoorbeeld herkenbaar in de bekende omschrijving van de égalité in de *Van Vlodrop*-rechtspraak, waarin een 'onevenredig nadeel' wordt omschreven als een nadeel dat rust op een beperkte groep burgers of instellingen en dat uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico. In § 8.3 is echter betoogd dat deze criteria niet synoniem zijn met een 'onevenredig' en derhalve vergoedbaar nadeel. In plaats daarvan is voorgesteld de 'abnormale last' als overkoepelend criterium te hanteren, waarvan het normaal maatschappelijk risico en het normale ondernemersrisico de in de praktijk belangrijkste *subcriteria* zijn. Andere relevante maatstaven om te beoordelen of een nadeel abnormaal is, zijn de risicoaanvaarding, het anderszins verzekerd zijn van de schade en overige factoren. Bij de invulling van al deze criteria zijn eigen, van de overige criteria te onderscheiden gezichtspunten van belang. Op deze wijze is getracht om meer helderheid in de structuur en de toetsingssystematiek van de égalité te brengen.

Normaal maatschappelijk risico en normaal ondernemersrisico

Het normaal maatschappelijk risico c.q. het normale ondernemersrisico worden in de jurisprudentie aan een burger worden tegengeworpen wanneer de schade voortvloeit uit een situatie waaruit objectief gezien nu eenmaal bepaalde risico's voortvloeien. Bij het normaal *maatschappelijk* risico wordt hierbij toepassing gegeven aan de gedachte dat het leven in een samenleving met anderen noodzakelijkerwijs met zich brengt dat men bepaalde nadelen heeft te dulden. Voor een burger die een huis bewoont op een dijk, behoort het tot de normale, inherente risico's dat hij (enige) schade kan lijden ten gevolge van dijkversterkingswerkzaamheden. Bij het normale *ondernemersrisico* hangen dergelijke nadelen inherent samen met het feit dat men een onderneming drijft. Zo behoort het tot het normale ondernemersrisico van een varkenshouder dat hij schade kan lijden door de uitvaardiging van een vervoersverbod en moet de exploitant van gokapparatuur er niet van staan te kijken dat hij schade kan

lijden wanneer een gemeente beperkingen stelt aan het plaatsen van gokapparatuur in horeca-inrichtingen. In beide gevallen hebben de redenen om het nadeel voor rekening van de burger zelf te laten een tamelijk hoge abstractiegraad. De basisgedachte is immers dat nadelen die 'typisch' zijn, die 'inherent' samenhangen met een bepaalde activiteit (het wonen op een bepaalde plek, het uitoefenen van een bepaald bedrijf) niet ten laste van de overheid kunnen worden gebracht. Dit criterium is objectief van aard in die zin dat het niet alleen geldt voor de burger of ondernemer in kwestie, maar meer in het algemeen ook opgaat voor vergelijkbare andere gevallen.

Het is in de praktijk lastig te voorspellen of een nadeel binnen het normaal maatschappelijk risico valt. Verschillende gezichtspunten zijn daarbij van belang, die veelal niet op zichzelf, maar in combinatie relevant zijn. Tot die gezichtspunten behoort in de eerste plaats de voorzienbaarheid van het nadeel. Bij het normaal maatschappelijk risico en het normale ondernemersrisico zijn de relevante bronnen van voorzienbaarheid tamelijk abstract van aard. Het enkele feit dat men ondernemer is in een branche die frequent met overheidsinterventies te maken krijgt, kan bijvoorbeeld al een bron zijn voor de objectieve voorzienbaarheid van de daaruit voortvloeiende nadelen, zoals het *Harrida*-arrest leert. Toch heb ik betoogd dat er geen één-op-één-relatie is tussen de voorzienbaarheid en de 'normale risico's'. Een nadeel kan dus ook niet vergoedbaar zijn op andere gronden dan dat dit nadeel voorzienbaar was. Dat is bijvoorbeeld het geval indien men wordt getroffen in een belang dat een schadevergoeding 'onwaardig' is, zoals in het kader van handhavend optreden. Ook de aftrek van een bepaald kortingspercentage wordt weliswaar vaak, maar niet altijd aan de voorzienbaarheid gerelateerd.

Het is ondoenlijk om in een paar regels uiteen te zetten wanneer een schade al dan niet als een 'normaal risico' moet worden aangemerkt. Naast de voorzienbaarheid is daarbij in elk geval de *aard van de overheidshandeling* van belang. Een in de jurisprudentie soms toegepaste regel is bijvoorbeeld het feit dat een vergunninghouder er eerder rekening mee moet houden dat zijn vergunning ooit wordt ingetrokken naarmate hij deze langer in zijn bezit heeft. Anderzijds kan het zeer ingrijpende karakter van een overheidshandeling, zoals het swillverbod in de *Leffers*-casus, eerder tot het oordeel leiden dat de schade *niet* te voorzien was. Andere gezichtspunten zijn veelal los van de voorzienbaarheid van belang. Dit geldt bijvoorbeeld voor de *aard van de schade*: zaakschade zal in beginsel sneller boven de normale maatschappelijke risico's uitstijgen dan zuivere vermogensschade. Bij de maatstaf van de *omvang van de schade* kan worden gedacht aan de moeilijk vast te pinnen notie dat 'bagatelschade' niet wordt vergoed. Bij omzetschade van ondernemingen wordt de omvang van het nadeel veelal gerelateerd aan een bepaald percentage van de omzet, dat in elk geval voor rekening van de onderneming zelf blijft. Bij de *aard van het geschade belang* kan worden gedacht aan de schending van belangen die in een vanuit maatschappelijke optiek 'kwade reuk' staan. Gedacht kan worden aan een maatregel die een eind maakt aan een illegale

situatie. Ook het in het milieurecht bekende beginsel 'de vervuiler betaalt' kan aan deze notie worden gerelateerd: het is redelijk een vervuilend bedrijf in beginsel zelf te laten opdraaien voor (een deel van) de kosten van de aanpassing van een vergunning.

Om te laten zien waar de toepassing van deze niet erg vastomlijnde noties in de praktijk toe leidt, heb ik enkele veel in de jurisprudentie voorkomende voorbeelden besproken, te weten de schade door normale maatschappelijke ontwikkelingen (waaronder verkeersmaatregelen), schade die samenhangt met de structuur van de omgeving, schade die samenhangt met de aard van een bepaald bedrijf en schade ten gevolge van hinderwekkende activiteiten. In al deze gevallen vindt men toepassingen van de stelregel dat men het nadeel ten gevolge van normale, aan een onderneming, de plek waar men woont of het leven in een gemeenschap met anderen inherente nadelen, in beginsel heeft te dulden. Bekende voorbeelden zien bijvoorbeeld op de schade ten gevolge van verkeersmaatregelen, vervoersverboden en overlast ten gevolge van werkzaamheden aan de infrastructuur. Binnen welke marges deze schade als normaal kan gelden, is meestal afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zowel de jurisprudentie over verkeersmaatregelen als over hinderlijke activiteiten laten dat goed zien: bij verkeersmaatregelen moet bijvoorbeeld worden gelet op de ingestelde omleidingsroute, het aangepaste busvervoer, de duur van de periode, de extra gereden kilometers en de daarmee samenhangende reistijd. Bij hinderlijke activiteiten gaat het onder meer om duur, intensiteit en omvang van de hinder. Waar de toepassing van deze gezichtspunten toe leidt, kan men vanzelfsprekend niet in abstracto zeggen.

De besproken casussen stemmen verder in zoverre overeen dat een eventuele *on*voorzienbaarheid van het nadeel in de praktijk veelal wordt gebaseerd op het feit dat de maatregel op een onvoorzienbare wijze wordt *uitgevoerd*. Zo was in het *Harrida*-arrest voor de compensatieplicht van de overheid bepalend dat Harrida – net als boer Leffers voor hem – zich niet hoefde in te stellen op een importverbod dat van de ene op de andere dag werd uitgevaardigd en hem trof in de kern van zijn bedrijf. Vergelijkbare toepassingen vindt men ook in de sfeer van verkeersmaatregelen en maatregelen die samenhangen met de structuur van de omgeving. *Of* een nadeel onvoorzienbaar is, kan onder meer samenhangen met de maatregel zelf (soms zijn maatregelen *an sich* abnormaal), het tijdstip waarop hij werd uitgevaardigd (een van de ene op de andere dag uitgevaardigd verbod is niet snel normaal; een de sluiting van een strandtent midden in het zomerseizoen evenmin) of de extreem lange duur van de maatregel (afsluiting van een weg, waardoor een benzinestation een maand niet bereikbaar is). Ook hier is het moeilijk meer specifieke regels te geven. Het gaat veelal om een combinatie van de genoemde gezichtspunten. Een plotseling uitgevaardigde maatregel die slechts tot een nadeel van geringe omvang leidt, zal in beginsel niet boven de normale ondernemersrisico's uitstijgen, terwijl andere bijzondere omstandigheden, zoals eigen

schuld aan het ontstaan van het nadeel, een contra-indicatie voor het bestaan van een compensatieplicht kan zijn.

Meer rechtseenheid gewenst

Bij de behandeling van het criterium van de 'omvang van de schade' is gebleken dat dit criterium een uiteenlopende rol speelt bij de toetsing van nadeelcompensatieclaims. Soms wordt het toegepast in het kader van een omzetdrempel, bijvoorbeeld 15% van de omzet op jaarbasis. Soms speelt het in die zin een rol dat deskundigen grote van kleine schades schiften, de grote schades als 'onevenredig' benoemen en daarop een standaardkorting van 15% toepasssen. De rechtsongelijkheid bij de toepassing van het stelsel van nadeelcompensatie is in de praktijk groot; zo lijkt de Amsterdamse praktijk rond de Noord-Zuidlijn (waar geen omzetdrempels worden gehanteerd en wordt gewerkt met 'partiële risicoaanvaarding) ruimhartiger dan de Utrechtse praktijk rond de HOV-baan, waar juist met omzetdrempels wordt gewerkt. Voor deze verschillen bestaat geen rechtvaardiging; een ondernemer in Utrecht heeft simpelweg iets meer pech dan een ondernemer in Amsterdam, zo lijkt het. Het is niet uitgesloten dat zulks in een concreet geval het verschil tussen het nog voortbestaan en de ondergang van een ondernemer betekent. Daarmee stel ik niet dat het draagkrachtbeginsel zou moeten worden geïntroduceerd, maar wil ik slechts aan de orde stellen dat er geen objectieve rechtvaardiging bestaat voor de sterk uiteenlopende oordelen over wat een ondernemer geacht kan worden te dragen.

Van de rechter mag niet worden verwacht dat hij aan deze ongelijkheid een eind maakt, bijvoorbeeld door intensiever te toetsen. Dat strookt niet met aard van het begrip 'onevenredig nadeel', het karakter van het stelsel van nadeelcompensatie (waarbij van het bestuursorgaan eerst een oordeel over het bestaan en de omvang van een eventuele aansprakelijkheid wordt verwacht) en met de gebruikelijke, enigszins afstandelijke toets van deskundigenadviezen. Veeleer ligt het voor de hand dat de organen die in dezen de voortrekkersrol vervullen – het bestuur en de deskundigen – in overleg tot een meer eenduidige benadering komen. Er zou naar mijn idee meer onderlinge afstemming van het gehanteerde nadeelcompensatiebeleid moeten komen, waarbij zoveel mogelijk vergelijkbare projecten zo eenduidig mogelijk manier worden beoordeeld. Dat voor vergelijkbare projecten daadwerkelijk tot een *landelijk* beleid wordt gekomen, lijkt geen onhaalbare kaart. Deze benadering kan ertoe leiden dat voor vergelijkbare handelingen drempelpercentages worden gehanteerd, maar alvorens zinvol iets te kunnen stellen over de *hoogte* daarvan, is van belang dat eerst wordt nagedacht over de voorvraag *of* en zo ja *wanneer* dergelijke percentages moeten worden gehanteerd. In elk geval is het gewenst dat men zich grondig bezint op de ook thans nog vaak subjectieve beoordeling van nadeelcompensatieclaims door een of meer deskundigen. De aanstaande codificatie van de égalité in de Awb zou een goede aanleiding kunnen zijn om te bezien of er inderdaad meer lijn in het nadeelcompensatie-

beleid kan worden gebracht. Het initiatief zou daarbij mijns inziens in eerste instantie dienen uit te gaan van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, aangezien de gemeenten in de praktijk vaak met de concrete toepassing van de Awb-regeling te maken zullen krijgen. Mogelijk bieden de binnen de VNG opgedane ervaringen voorts een goed richtsnoer voor andere (de)centrale bestuursorganen.

Risicoaanvaarding

Het criterium van de *risicoaanvaarding* verschilt op een aantal punten van het normaal maatschappelijk risico en het normale ondernemersrisico. Ten eerste is er een verschil in de aard van de factoren waarop de voorzienbaarheid betrekking heeft. Zoals gesteld is de voorzienbaarheid in het kader van het normaal maatschappelijk risico objectief van aard, in die zin dat de maatregel behoort tot een *soort* die de betreffende burger, gezien de op hem toepasselijke specifieke ervaringsregels, had mogen verwachten. Bij de risicoaanvaarding is de voorzienbaarheid veeleer subjectief van aard en gaat het om de voorzienbaarheid van een concrete, aanwijsbare maatregel of handeling. Relevant is slechts of de burger of de ondernemer op basis van min of meer concrete signalen (bijvoorbeeld ter inzage gelegde concept-besluitvorming) had moeten voorzien dat een maatregel van een bepaalde strekking zou worden genomen. Een tweede verschil is dat het bij (actieve) risicoaanvaarding gaat om de voorzienbaarheid van de betreffende maatregel op één bepaald moment (de 'peildatum'). Bij risicoaanvaarding is bepalend de *opeenvolging* van gebeurtenissen in de tijd, terwijl bij het normaal maatschappelijk risico gaat om de voorzienbaarheid van een algemene ontwikkeling, die juist een *doorlopend* karakter heeft en dus niet op één bepaald moment wordt 'gemeten'. Een derde en laatste verschil is dat bij risicoaanvaarding de hoofdregel is dat de schade geheel voor rekening van de benadeelde blijft, terwijl de toepassing van het normaal maatschappelijk risico ook tot genuanceerde resultaten kan leiden (door middel van het toepassen van een kortingspercentage).

Van risicoaanvaarding vinden we veel toepassingen in het planschaderecht. Dat zal in de toekomst vermoedelijk zo blijven, maar dat neemt niet weg dat aan de art. 49 WRO-jurisprudentie bruikbare inzichten kunnen worden ontleend voor het algemene nadeelcompensatierecht. Dat geldt voor alle in § 8.5.3 besproken algemene aspecten van deze figuur. Ten aanzien van het onderscheid tussen actieve en passieve risicoaanvaarding kan wel worden opgemerkt dat het in nadeelcompensatiezaken in verreweg de meeste gevallen om *actieve* risicoaanvaarding gaat. Voor het overige zijn de overeenkomsten echter groot: in beide regimes is de benadeelde geobjectiveerd en is het gebruikelijk te spreken van de 'redelijk denkende en handelende ondernemer'. Ook rust blijkens de jurisprudentie in beide regimes op de burger een *informatie- en onderzoeksplicht* alvorens men besluit te investeren. Van groot belang is tot slot dat beide regimes uitgaan van een vergelijkbaar vereiste mate van voorzienbaarheid. Een risico kan geacht worden te zijn aanvaard als op het moment

van de beslissing tot investeren voor een redelijk denkende en handelende burger of ondernemer aanleiding bestond rekening te houden met de kans dat de investering niet volledig zou kunnen worden terugverdiend.

De toepassing van deze 'regel' heeft in het planschaderecht echter een specifieke uitwerking gekregen, in die zin dat alleen een 'concreet beleidsvoornemen' als bron van voorzienbaarheid kan gelden. Het moet hierbij gaan om een ter openbare kennis gebracht ruimtelijk document. Deze sterke beperking in de mogelijke bronnen van voorzienbaarheid is in nadeelcompensatiezaken minder zichtbaar. De sterke beperking in de mogelijke voortekenen van voorzienbaarheid in het planschaderecht kan worden verklaard door de grondslag die dit recht had in het materiële rechtszekerheidsbeginsel, dat met zich brengt dat burgers alleen kunnen anticiperen op die ontwikkelingen die met enige mate van concreetheid zijn aangekondigd. De voortekenen van voorzienbaarheid in het planschaderecht kenmerken zich door een zekere *gerichtheid*: er moet immers *positief voornemen* zijn tot ontwikkeling van een perceel op een bepaalde wijze. Het feit dat belemmerende omstandigheden ontbreken is niet voldoende, evenmin als het enkele feit dat een bestemmingsplan aan herziening toe was.

Tussen het égalité- en het WRO-regime bestaat in elk geval in zoverre overeenstemming dat bij vormen van *ruimtelijke* besluitvorming ook onder het regime van het égalitébeginsel wordt verlangd dat met een zekere mate van concreetheid is af te leiden waar de maatregel zijn nadelige effecten zal doen gevoelen. Zo kan een besluit tot aanleg van de Betuweroute pas als bron van voorzienbaarheid dienen als vaststaat waar het tracé van de spoorlijn zal lopen. Vastgesteld kan worden dat in *documenten* neergelegde plannen of besluiten ook onder het regime van de égalité de belangrijkste voortekenen vormen. Maar de relevante voortekenen zijn daartoe zeker niet beperkt. In égalitégevallen zien we ten eerste dat veel vaker een *combinatie van voortekenen* als bron van voorzienbaarheid wordt aangewezen. Zo worden de voortekenen die kunnen worden gevonden in een document (uitwerkingsplannen, principeplannen etc.), vaak aangevuld met voortekenen van meer concrete aard, zoals mondelinge contacten of krantenberichten. Het hoeft bij deze aanvullende voortekenen zeker niet, zoals in het planschaderecht onder art. 49 WRO, altijd te gaan om voortekenen die 'ter openbare kennis' zijn gebracht. Deze uitbreiding van relevante voortekenen lijkt gepaard te gaan met een iets lagere drempel om te kunnen stellen dat een risico is aanvaard: het feit dat een ontwikkeling niet onaannemelijk was, of althans niet was uitgesloten, kan met zich kan brengen dat reeds van risicoaanvaarding sprake is, ook zonder dat een document voorlag dat specifiek betrekking had op de positie van betrokkene. Waar de precieze grenzen hier lopen kan nog niet met veel zekerheid worden gezegd. Op basis van de thans beschikbare jurisprudentie is in elk geval betoogd dat een aantal voortekenen van voorzienbaarheid ook onder de égalité relevant kan zijn, namelijk *feitelijke handelingen* (mondelinge contacten, persberichten), *eerdere, vergelijkbare overheidshandelingen* (zoals een bepaalde

tendens in de regelgeving) en *ontwikkelingen in de omgeving*. Deze bronnen kunnen onder omstandigheden kwalificeren als concrete feiten en omstandigheden waarmee een redelijk denkend en handelende burger of ondernemer rekening dient te houden bij zijn investeringsbeslissingen. Met het baseren van voorzienbaarheid op grond van een *maatschappelijke* tendens dient men echter zeer terughoudend te zijn.

Draagkracht

Dat het *draagkrachtbeginsel* een rol zou mogen spelen bij de toekenning van nadeelcompensatie, is een gedachte die de meeste auteurs uit heden en verleden verwerpen. Maar dat men in het nadeelcompensatierecht toch ook niet geheel *buiten* draagkrachtoverwegingen kan, lijkt evenmin aan twijfel onderhevig. Als uitgangspunt kan nog steeds worden aangenomen dat de vermogenspositie geen *directe* rol zou mogen spelen bij de vraag of nadeelcompensatie moet worden toegekend. In zoverre staat de regel uit het *Meiland*-arrest uit 1998 nog overeind. De financiële gezondheid van een bedrijf is geen goede graadmeter voor de toekenning van nadeelcompensatie; dat is al vaste rechtspraak sinds de *Paul Krugerbrug*-uitspraken. De verplichte nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel is geen herverdelingsinstrument en geen panacee voor bedrijven in financiële moeilijkheden. Toch kan worden geconstateerd dat in de praktijk het draagkrachtbeginsel *indirect* wel een rol speelt. Dat is bijvoorbeeld het geval in het planschaderecht, waar 2% van de waarde van onroerend goed bij indirecte planschade voor rekening van de getroffene blijft. Het draagkrachtbeginsel blijkt in de praktijk meer verschijningsvormen te hebben. Het speelt bijvoorbeeld ook een rol in de Amsterdamse nadeelcompensatiepraktijk, waarin een 'concernkorting' wordt toegepast op filiaalbedrijven. Daarvan uitgaande lijkt het maar een kleine stap om ook te erkennen dat de relevantie toekomt aan de vraag of een bedrijf nog inkomsten verwerft uit andere bedrijfsactiviteiten. Een verwante figuur is voorts de 'publiekrechtelijke voordeelstoerekening', een notie die wel eens op grote bedrijven wordt toegepast en waarbij toekomstige en onzekere voordelen worden verrekend met het nadeel.

Interessant is dat in de Franse rechtspraak en doctrine niet moeilijk wordt gedaan over de toepassing van het draagkrachtbeginsel en dat men daarin veel toepassingen aantreft van de regel dat een bedrijf dat slechts in een nevenactiviteit wordt getroffen, minder snel recht heeft op nadeelcompensatie. Ook op andere manieren, bijvoorbeeld door de keuze voor een specifieke referentiegroep, blijkt het draagkrachtbeginsel indirect een rol te spelen (*SA Vergers*). De *spécialité* wordt daarbij zo geïnterpreteerd dat bij zoveel mogelijk vergelijkbare bedrijven met elkaar worden vergeleken, en men vervolgens beziet of het nadeel ten opzichte van die ander abnormaal is. Met deze jurisprudentie wordt het draagkrachtbeginsel op een acceptabele manier in de toepassing van het égalitébeginsel geïncorporeerd – acceptabel omdat de vermogenspositie niet rechtstreeks van belang is, maar er wel ruimte bestaat

om rekening te houden met de specifieke kenmerken van een bedrijf. In het licht van de verschillende voorbeelden waarin draagkracht onrechtstreeks een rol speelt bij de toekenning van nadeelcompensatie zou de 'harde' regel uit het *Meiland*-arrest naar mijn idee moeten worden genuanceerd.

9 Materiële en procedurele aspecten van de relatie tussen het égalitébeginsel en artikel 3:4, tweede lid Awb

9.1 INLEIDING

Het égalitébeginsel onderhoudt een boeiende, maar complexe relatie met het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb. Over een eventueel recht op nadeelcompensatie kon in buitenwettelijke gevallen lange tijd slechts worden geprocedeerd door in bezwaar en beroep te gaan tegen een op zichzelf rechtmatig besluit. Oordeelde de bestuursrechter dat ten onrechte geen compensatie was gegeven of dat onvoldoende duidelijk was naar welke maatstaven eventuele verzoeken om nadeelcompensatie zouden worden beoordeeld, dan leidde dit tot een vernietiging van dit besluit, hoe nobel ook de doelen die daarmee werden nagestreefd. Deze constructie was typisch voor het Nederlandse nadeelcompensatierecht; in Frankrijk heeft het evenredigheidsbeginsel nooit een rol gespeeld als grondslag voor nadeelcompensatie.[1] In dit hoofdstuk komt dan ook geen Frans recht aan de orde.

Sinds 2003 zijn artikel 3:4 lid 2 Awb en het égalitébeginsel in de bestuursrechtelijke jurisprudentie 'ontkoppeld'. De vraag of de overheid op grond van de égalité compensatieplichtig is, vergt volgens de Afdeling een 'andere beoordeling' dan de toets aan art. 3:4 lid 2 Awb.[2] Daarmee is de rol van art. 3:4 lid 2 Awb in het nadeelcompensatierecht evenwel nog niet uitgespeeld. In dit hoofdstuk wil ik bij verschillende materiële en procedurele aspecten van de relatie tussen art. 3:4 lid 2 Awb en het égalitébeginsel stilstaan.

Om de relatie tussen beide beginselen goed te kunnen analyseren, wil ik allereerst kort de ontkoppelingsjurisprudentie in herinnering roepen (§ 9.2). Vervolgens ga ik in op de verhouding van het égalitébeginsel tot de 'subelementen' van het evenredigheidsbeginsel: geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in concreto (§ 9.3). In § 9.4 sta ik stil bij de wijze waarop een wettelijke beperking van de in de afweging te betrekken belangen een eventuele verplichting tot nadeelcompensatie beïnvloedt. Dit is onder meer van belang in geval de schade voortvloeit uit een gebonden beschikking of wanneer derden schade lijden door het gebruik van een rechtmatig verleende vergunning. In deze paragraaf komt onder meer de vraag aan de orde of het specialiteitsbeginsel van belang kan zijn voor het bestaan van een recht op

1 De Moor van Vugt 1995, p. 46-47.
2 ABRvS 8 november 2006, *AB* 2007, 252, m.nt. BPMvR.

nadeelcompensatie. In de § 9.5 en § 9.6 bespreek ik de twee situaties waarin de figuur van het onzelfstandig schadebesluit nog relevantie heeft: de gevallen van 'ernstige schade' (§ 9.5) en gevallen waarin het bestuursorgaan zelf medeverantwoordelijk is voor het ontstaan van een situatie die noopt tot een rechtmatige overheidshandeling. In dat laatste geval gaat het meestal om de situatie dat een bestuursorgaan bij een burger gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt (§ 9.6).

Naast materiële heeft de ontkoppelingsjurisprudentie ook belangrijke processuele gevolgen. Doordat nadeelcompensatie los van de rechtmatigheid van het besluit zelf kan worden gevorderd, is er meer nadruk komen te liggen op de bewijslast van de burger en minder nadruk op de op het bestuursorgaan rustende onderzoeksplicht (§ 9.7). Voor de praktijk is bovendien van belang dat het fenomeen 'doorschuiven' is opgekomen: geconfronteerd met de stelling dat een besluit onrechtmatig is omdat geen schadevergoeding is aangeboden, kunnen bestuursorganen de burger wijzen op de mogelijkheid om een zelfstandig verzoek om schadevergoeding te doen. Maar dat kunnen zij niet altijd; wat zijn de grenzen van het 'doorschuiven' (§ 9.8)? In § 9.9 worden enkele knelpunten gesignaleerd en worden ook suggesties ter verbetering gedaan.

Het zal duidelijk zijn dat in dit hoofdstuk veel meer beginselen dan alleen art. 3:4 lid 2 Awb en de égalité aan de orde komen. Zo komen naast het vertrouwens- en het specialiteitsbeginsel ook het formele zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 1 Awb) en de plicht tot belangenafweging (art. 3:2 Awb) aan de orde. Op één of andere manier onderhouden al deze beginselen een verband met zowel art. 3:4 lid 2 Awb als de égalité.

9.2 De ontkoppelingsjurisprudentie

9.2.1 Voorgeschiedenis

Aan het slot van hoofdstuk 3 werd geschetst dat het égalitébeginsel in gevallen waarin geen geschreven regeling voorhanden was, lange tijd slechts fungeerde als een norm die moest worden gerespecteerd om van een zorgvuldig besluit te kunnen spreken. Veel schrijvers benadrukten dat deze constructie vanuit het perspectief van rechtsbescherming de meest zuivere was. Zij stelde de burger immers in staat zich niet als een willoos slachtoffer op te stellen, maar van de overheid harde garanties te vragen. Schoordijk duidde de positie van de burger in dit verband aan als die van een *equal bargaining power*: een 'waarlijk persoon in het recht in plaats van object van gouvernementeel handelen.'[3] Ook andere auteurs zagen de mogelijkheid van de burger om een verbodsactie in te stellen als een voordeel van het onzelfstandig schadebesluit, welke

3 Schoordijk 1991, p. 467.

constructie volgens hen om die reden hun voorkeur genoot boven het zelfstandig schadebesluit. De integrale beoordeling van de belangenafweging (inclusief het schadevergoedingsaspect) bood de burger de mogelijkheid de voorgenomen of reeds in uitvoering zijnde overheidswerkzaamheden stop te zetten tot hun de schade was vergoed of daartoe zekerheid was gegeven.[4]

In de praktijk werd de soep echter minder heet gegeten dan zij werd opgediend. Al kort nadat de constructie van het onzelfstandig schadebesluit was aanvaard, werd bijvoorbeeld al jurisprudentie gewezen waarin de onderzoeksplicht van het bestuur naar eventuele geschade belangen niet werd aanvaard voor *elk* besluit in een complex aan maatregelen.

> Dat blijkt bijvoorbeeld uit een zaak over een onttrekking van een brug aan het verkeer. Een bedrijf dat omrijschade leed voerde aan dat Rijkswaterstaat ten onrechte had nagelaten om voorafgaande aan het onttrekkingsbesluit een onderzoek te doen naar omrijschade. De ARRvS meende dat het bestuursorgaan zijn onderzoeksplicht niet geschonden had, aangezien het besluit tot onttrekking het sluitstuk was van een aantal maatregelen die strekten tot aanpassing van de wegenstructuur rond Hellevloetsluis. Het bedrijf had nagelaten tegen de eerdere besluiten die de herstructurering mogelijk maakten – onder meer de verlening van enkele vergunningen – bezwaar en beroep in te stellen. Volgens de ARRvS kon het daarom niet met succes betogen dat het bestuur in het kader van de onttrekking onderzoek had moeten doen naar de voor hem onevenredig nadelige gevolgen.[5]

Een uitspraak als deze illustreert treffend de theoretische en praktische zwakheden van de koppeling van de plicht tot nadeelcompensatie aan de belangenafweging. De uitspraak heeft immers tot gevolg dat een burger die met een complex aan handelingen te maken krijgt – in casu niet alleen een besluit tot onttrekking van een weg aan het verkeer, maar ook vergunningen – van meet af aan zijn hakken in het zand zet en elke mogelijkheid aangrijpt om schadeveroorzakende besluiten vernietigd te krijgen, óók als hij strikt genomen geen bezwaar heeft tegen de maatregelen zelf. Dit aspect van juridisering heeft in de literatuur uit de jaren tachtig nooit veel aandacht gekregen, maar zij was een reëel gevolg van de *Paul Krugerbrug*-jurisprudentie.[6] Een belangrijke beperking van deze jurisprudentie was voorts dat voorafgaand aan de inwerkingtreding van het besluit voldoende duidelijk moest zijn *dat* er schade zou ontstaan en wat de omvang daarvan was. In zijn noot bij de bovenstaande uitspraak merkte Drupsteen dan ook op dat de constructie van het onzelfstandig schadebesluit waarschijnlijk alleen zou gelden in gevallen van 'voorzien-

---

4 Otten 1986, p. 102. Vgl. De Planque 1989, p. 13.

5 ARRvS 20 december 1982, *AB* 1983, 409, m.nt. ThGD.

6 Vgl. Van Ravels 2004, p. 80, die meent dat het onzelfstandig schadebesluit leidde tot 'nodeloze juridisering, nodeloze vertragingen en daarmee ook tot nodeloze kosten en belasting van burgers, ondernemers, bestuurders, ambtenaren en rechters'. Zie voorts Van der Feltz 2003, p. 213-214.

bare, materiële schade, die tevens een zekere omvang moet hebben'. Voor nadelen die onvoldoende zichtbaar waren in de fase waarin het bezwaar tegen het besluit zelf nog liep, bood de constructie geen soelaas. Ook dit was een evident nadeel van de constructie van het onzelfstandig schadebesluit: zij maakte het niet mogelijk om over ten tijde van het schadeveroorzakende besluit onvoorzienbare schade op een later moment alsnog een besluit te nemen.

Ook latere jurisprudentie gaf er blijk van dat de bestuursrechter ervoor schroomde om van het bestuursorgaan een al te zware onderzoeksplicht te verlangen. In een uitspraak van de rechtbank Amsterdam ging het om een besluit tot ontheffing van de maximaal toegestane geluidsbelasting rond Schiphol. Thans heette het dat een verplichting tot het compenseren van nadelen als onderdeel van de belangenafweging alleen zou gelden als een besluit 'bij een substantiële groep belanghebbenden zou leiden tot reële schade, vallend buiten de normale maatschappelijke risico's'.[7] Ten tijde van deze uitspraak was de figuur van het zelfstandig schadebesluit echter al erkend, en de rechtbank maakte daar dankbaar gebruik van door erop te wijzen dat voor de vergoeding van eventuele schade een apart verzoek kon worden ingediend.

9.2.2 Huidig recht

Hoewel ook latere uitspraken nog stuiptrekkingen van de Paul Krugerbrug-constructie lieten zien,[8] leek het slechts een kwestie van tijd alvorens de Afdeling de band tussen art. 3:4 lid 2 Awb en het égalitébeginsel definitief zou doorknippen. Dit gebeurde voor het eerst in de uitspraak *Heerlen* uit 2003. In casu stelden omwonenden schade te lijden door een onherroepelijk aanwijzingsbesluit van een gebied tot prostitutiezone. De oude lijn in de jurisprudentie volgend, zou dit tot gevolg moeten hebben dat over een eventueel recht op nadeelcompensatie niet meer kon worden geprocedeerd: met de onherroepelijkheid van het besluit was strikt genomen immers de rechtmatigheid van de belangenafweging, inclusief de eventuele noodzaak om nadeelcompensatie aan te bieden, gegeven. De Afdeling benadrukte echter dat de onherroepelijkheid niet in de weg stond aan het indienen van een afzonderlijk verzoek om nadeelcompensatie:

> 'Nu het gaat om een verzoek om schadevergoeding naar aanleiding van het reeds onherroepelijk geworden aanwijzingsbesluit is bovendien niet toetsing aan art. 3:4 Awb en het daarin gecodificeerde evenredigheidsbeginsel aan de orde, maar dient

7 Rb Amsterdam 23 september 1999, LJN AA4707.
8 Zie bijv. ABRvS 13 februari 2001, *JB* 2001, 87, m.nt. RJNS.

> de vraag of aanspraak bestaat op nadeelcompensatie aan de hand van het algemeen rechtsbeginsel van gelijkheid voor de openbare lasten te worden beantwoord.'[9]

In latere jurisprudentie heeft de Afdeling dit bevestigd. Wordt om nadeelcompensatie verzocht naar aanleiding van een reeds onherroepelijk geworden besluit, dan kan alsnog een zelfstandig verzoek om nadeelcompensatie worden ingediend. Dat verzoek dient dan niet aan art. 3:4 lid 2 Awb te worden getoetst, maar aan het (zelfstandige) égalitébeginsel.[10] De vraag of de overheid op grond van de égalité compensatieplichtig is, vergt volgens de Afdeling een 'andere beoordeling' dan de toets aan art. 3:4 lid 2 Awb.[11] Omgekeerd geldt dat wanneer een burger zijn verzoek om nadeelcompensatie inkleedt in een actie gericht tegen het schadeveroorzakende besluit zelf, dat niet het égalitébeginsel, doch art. 3:4 lid 2 Awb de relevante grondslag is.[12] Dat blijkt bijvoorbeeld uit en uitspraak over een hoteleigenaar die nadeelcompensatie claimde voor de kosten voor het aanbrengen van de vereiste brandveiligheidsvoorzieningen (om te voorkomen dat met bestuursdwang werd opgetreden):

> "Nu appellant het verzoek om nadeelcompensatie in zijn bezwaarschriften, strekkend tot vernietiging van de besluiten I en II, heeft opgenomen, kan dit verzoek niet anders worden begrepen dan als een verzoek om het toekennen van nadeelcompensatie in het kader van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb. Het rechtsbeginsel van gelijkheid voor de openbare lasten biedt daarvoor, anders dan appellant betoogt, geen grondslag."[13]

Hoewel de Afdeling van mening is dat beide beginselen geheel los van elkaar moeten worden gezien, bestaat – zo valt uit dit citaat af te leiden – nog wel de mogelijkheid om nadeelcompensatie toe te kennen in het kader van de belangenafweging ex art. 3:4 lid 2 Awb.

Welke grondslag precies van toepassing is, zal in eerste instantie door het bestuursorgaan moeten worden bepaald. Soms stelt de eiser met zoveel woorden dat hij het nut en noodzaak van het overheidshandelen niet betwist en geeft de aanvraag om schadevergoeding geen aanknopingspunten voor een betwisting van de rechtmatigheid van het overheidshandelen, zodat van de rechtmatigheid daarvan kan worden uitgegaan.[14] Ook als hij dat handelen niet expliciet betwist, maar het schadeveroorzakende besluit rechtens onaantastbaar is, zal nog slechts aan het égalitébeginsel kunnen worden getoetst.[15] In

---

9 ABRvS 12 november 2003, *AB* 2004, 95, m.nt. ARN en *JB* 2004, 12, m.nt. RJNS (*Heerlen*).
10 ABRvS 29 november 2006, LJN AZ3259.
11 ABRvS 8 november 2006, *AB* 2007, 252, m.nt. BPMvR.
12 ABRvS 23 juni 2005, LJN AP3399.
13 ABRvS 23 juni 2004, LJN AP3399.
14 Vgl. Rb Zwolle 19 februari 2008, LJN BC4614, sub 2.4.3, Rb Arnhem 8 februari 2002, LJN AD9215.
15 ABRvS 29 november 2006, LJN AZ3259.

bovenstaand geval had de hoteleigenaar zijn verzoek om nadeelcompensatie juist gedaan in het kader van een vernietigingsberoep, zodat art. 3:4 lid 2 Awb de relevante grondslag was.

Als regel zal de burger zich kunnen beperken tot het stellen dat hij schade heeft geleden en om schadevergoeding verzoekt. Als de door hem gestelde feiten toereikend zijn voor de toepassing van het égalitébeginsel, en hij duidelijk om schadevergoeding vraagt, dan moet de rechter het recht toepassen, en daartoe behoort ook het égalitébeginsel. Als wel een grondslag is genoemd, maar de verkeerde (bijvoorbeeld art. 6:162 BW), dan dient de rechter ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen (art. 8:69 lid 2 Awb). Vereist is wel dat de eiser zijn verzoek om schadevergoeding reeds doet in de non-contentieuze fase. Het komt soms voor dat de stelling dat in strijd met art. 3:4 lid 2 Awb geen nadeelcompensatie is aangeboden, pas in beroep of hoger beroep wordt betrokken. Zowel voor de fase van beroep[16] als van hoger beroep[17] geldt echter dat art. 3:4 lid 2 Awb niet alsnog in het geding kan worden gebracht. Hetzelfde geldt voor het ongeschreven égalitébeginsel.[18]

Naar huidig recht is een bestuursorgaan *bevoegd* om een onzelfstandig schadebesluit te nemen, maar daartoe niet zonder meer *verplicht*. Mocht het bestuursorgaan besluiten om bij wege van een onzelfstandig schadebesluit te compenseren, dan zou dit voor de *omvang* van de nadeelcompensatie geen gevolgen moeten hebben. Het is immers niet in te zien waarom een burger die door exact dezelfde schadeoorzaak exact dezelfde soort schade lijdt – denk aan een verkeersbesluit dat tot omrijschade leidt voor een vervoersbedrijf – in meer (of minder) gevallen recht heeft op nadeelcompensatie wanneer de rechtsplicht tot compensatie wordt gezien als een zorgvuldigheidsnorm waaraan dat verkeersbesluit zelf dient te voldoen dan wanneer het recht op nadeelcompensatie gestalte krijgt in de vorm van de mogelijkheid om het égalitébeginsel als zelfstandige rechtsgrond in te roepen.[19] Als het bestuur (onverplicht) besluit de weg van het onzelfstandig schadebesluit te volgen, zal het de claim in *materiële* zin in zoverre dus nog steeds dienen te toetsen aan de égalitécriteria.

Is er voor wat betreft de omvang van de nadeelcompensatie geen verschil, aan de mogelijkheid om de weg van art. 3:4 lid 2 Awb kunnen voor de burger wel nadelige procedurele gevolgen zijn verbonden. Heeft het bestuursorgaan het verzoek om schadevergoeding behandeld als een verzoek om een onzelfstandig schadebesluit en zijn daar geen rechtsmiddelen tegen aangewend, dan is het niet mogelijk alsnog een verzoek om nadeelcompensatie op grond van

16 Rb Rotterdam 17 november 2005, LJN AV2650, ABRvS 26 juni 2002, LJN AE4643.

17 ABRvS 16 juli 2008, LJN BD7376, ABRvS 10 februari 2010, LJN BL3306. Mogelijk laat art. 6:13 Awb, dat het aanvoeren van nieuwe gronden in beroep mogelijk maakt, tenzij deze grond feitelijk neerkomt op een nieuwe aanvraag, hiervoor thans wel ruimte.

18 Rb Den Haag 14 april 2004, LJN AO9604.

19 Aldus ook Van Buuren 2003, p. 135. Zie voor voorbeelden Rb Rotterdam 1 december 2005, LJN AV2664, Rb Den Bosch 31 juli 2009, LJN BJ4340.

het égalitébeginsel aan te vragen. De vraag of en zo ja, in hoeverre een recht op nadeelcompensatie bestaat, geldt dan als afgedaan. Uit het onzuivere schadebesluit zal dan wel voldoende duidelijk moeten blijken dat *beoogd* is een onzuiver schadebesluit te nemen. Wanneer is dat het geval? In dit verband is een uitspraak van de Afdeling van 8 november 2006 van belang. Het ging hierin om de schade die een omwonende stelde te lijden door de verlening van een vergunning voor een coffeeshop. De burgemeester stelde dat in deze besluiten tot vergunningverlening ook de vraag of de derden recht hadden op nadeelcompensatie aan de orde was geweest. Dit zou blijken uit een door B&W opgenomen notitie 'Beoordeling aanvragen om vergunning voor exploitatie coffeeshops', die deel uitmaakte van de belangenafweging die aan de vergunningverlening vooraf was gegaan. Deze notitie maakte, zo stelden B&W, deel uit van de afweging die tot de vergunning had geleid, zodat een onzuiver schadebesluit was genomen. Het verzoek om compensatie was vervolgens afgewezen met een beroep op art. 4:6 lid 2 Awb; bij gebrek aan nova kon over het recht op nadeelcompensatie niet nogmaals worden besloten. De Afdeling oordeelde dat deze redenering niet door de beugel kon, omdat:

> '[n]och uit de besluiten van 16 juli 2004 noch uit de daarbij behorende notitie blijkt dat de burgemeester heeft beoogd met de verlening van de exploitatievergunningen een beslissing te nemen omtrent toekenning van nadeelcompensatie aan [verzoeker]. Niet is gebleken dat de burgemeester daarbij heeft beoordeeld of [verzoeker] aanspraak heeft op nadeelcompensatie aan de hand van het algemeen rechtsbeginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten (hierna: het égalité-beginsel). De vraag of sprake is van schade die buiten het normale maatschappelijke risico valt en die op een beperkte groep burgers of instellingen drukt, is onbeantwoord gebleven.'[20]

Met deze uitspraak onderstreepte de Afdeling nog eens dat art. 3:4 lid 2 Awb een andere beoordeling vergt dan het égalitébeginsel. De uitspraak is echter ook interessant omdat de Afdeling met nadruk stelt dat een bestuursorgaan moet *beogen* tegelijkertijd met het rechtmatige 'moederbesluit' een beslissing omtrent nadeelcompensatie te nemen.[21] De Afdeling maakt niet duidelijk wanneer daaraan geacht is voldaan. In casu kon het bestuursorgaan kennelijk volstaan met de algemene overweging dat de belangen van omwonenden waren afgewogen. Daaruit maak ik op dat de afweging op de situatie van de

---

20 ABRvS 8 november 2006, *AB* 2007, 252, m.nt. BPMvR.

21 Zie daarover ook de noot bij deze uitspraak van Schlössels, *JB* 2007, 8. Vgl. Rb Almelo 7 oktober 2003, *AB* 2004, 16, m.nt. BJS: de rechtbank stelde vast dat 'uit de verkeersbesluiten zelf noch uit de latere toelichting van verweerder is gebleken dat verweerder heeft beoogd met de verkeersbesluiten een beslissing te nemen over de noodzaak tot verstrekking van nadeelcompensatie. De motivering van de verkeersbesluiten ziet op de verkeersveiligheid, de bruikbaarheid van de weg, de beperking van overlast en de aantasting van de functie van het gebied.' Daarvan uitgaande meende de rechtbank dat het nog mogelijk was om een zelfstandig compensatiebesluit te nemen.

betrokken benadeelde *toegesneden* dient te zijn. Het bestuursorgaan zal uit het betrokken besluit derhalve moeten laten blijken dat de specifieke belangen van de omwonenden in de afweging zijn betrokken. Stelt het vast dat deze specifieke belangen niet in de weg staan aan het besluit zelf, dan is vervolgens de vraag aan de orde of aan de materiële criteria voor toetsing aan het égalitébeginsel is voldaan, waarbij het bestuur zich dient te baseren op de door de benadeelde burgers overgelegde gegevens over eventuele schade. Een toegesneden afweging kan niet aan de orde geacht te zijn geweest met algemene overwegingen als 'de betrokken belangen zijn afgewogen en moeten tot het normaal maatschappelijk risico worden gerekend' of 'alle betrokken belangen zijn in de besluitvorming betrokken en op zorgvuldige wijze afgewogen.[22] Een dergelijke stelling verplicht de burger mijns inziens derhalve niet om tegen dit besluit rechtsmiddelen aan te wenden, op straffe van het verlies van hun recht om het égalitébeginsel in te roepen.

9.3 De égalité en de subelementen van het evenredigheidsbeginsel

Zoals gesteld vergt de vraag of het égalitébeginsel is geschonden volgens de Afdeling een 'andere afweging' dan de vraag of art. 3:4 lid 2 Awb is geschonden. Deze jurisprudentie sloot aan op de aanhoudende pleidooien in de literatuur waarin werd gesteld dat, kort gezegd, de doel-middelafweging op grond van art. 3:4 lid 2 Awb ziet op een ander soort evenredigheid dan het égalitébeginsel.[23] Maar waarin is dit verschil nu precies gelegen? Van Ravels heeft het als volgt, zeer kort samengevat: het evenredigheidsbeginsel houdt een drieledige toets aan geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid van een besluit in, terwijl het bij de égalité gaat 'om de verhouding tussen de nadelen van het besluit voor een beperkte groep burgers en instellingen ten opzichte van de overige leden van de samenleving'.[24] In deze paragraaf zal ik betogen dat alle onderdelen van de proportionaliteitstoets die Van Ravels noemt op een of andere manier gerelateerd kunnen worden aan het égalitébeginsel. Dat doet op zichzelf geen afbreuk aan de juistheid van de constatering dat het bij de égalité en art. 3:4 lid 2 Awb om verschillende rechtsbeginselen

22 Deze laatste overweging was aan de orde in Rb Den Bosch 6 december 2006, LJN AZ4445. De rechtbank stelde terecht dat het bestuursorgaan ten onrechte had nagelaten specifiek in te gaan op de vraag of het nadelig gevolg van het besluit voor een benadeelde eigenaar van een cafetaria zo onevenredig was dat nadeelcompensatie moest worden aangeboden.

23 Zie § 3.5.2.

24 Van Ravels 2009c, p. 132-133. De drie subelementen van het evenredigheidsbeginsel zijn afkomstig uit de Duitse en de Franse administratieve rechtspraak en de rechtspraak van het Hof van Justitie. In de toelichting bij art. 3:4 lid 2 Awb (PG Awb I, p. 211) refereerde de regering wel aan de Franse en Duitse rechtspraak, maar zij sloot daarbij niet nadrukkelijk aan.

gaat, maar laat wel zien dat de ontkoppeling tussen beide beginselen niet 'totaal' is.

9.3.1 De égalité en geschiktheid

Een eerste subelement van het evenredigheidsbeginsel is het geschiktheidsvereiste: de middelen met behulp waarvan de overheid tracht het vastgestelde doel te bereiken, dienen geschikt te zijn om dit doel te bereiken. Als met het beoogde middel het doel niet *kan* worden bereikt, dan is het middel ongeschikt. In de Duitse doctrine en rechtspraak wordt gesproken van de eis van *Geeignetheit*, dat wil zeggen effectiviteit.[25]

Uitspraken waarin een besluit wordt vernietigd wegens strijd met deze eis, zijn schaars. Dat heeft er vooral mee te maken dat het bestuursorgaan beter dan de rechter in staat is vast te stellen met welke maatregelen bepaalde doeleinden het beste kunnen worden nagestreefd.[26] Voor sommige terreinen, zoals sociaal-economisch beleid, of beleid dat de economische groei of de werkgelegenheid moet stimuleren, is er veel verschil van mening mogelijk over de vraag welke maatregelen bij uitstek geschikt zijn om het gekozen doel te verwezenlijken. Het gaat hierbij bovendien vaak om politieke keuzes. Indien een ander middel in de ogen van de rechter wellicht meer geschikt is om het doel te bereiken, betekent dit derhalve niet per definitie dat het *wel* gekozen middel in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.[27]

Naar mijn idee bestaat er in elk geval in zoverre een verband tussen de égalité en deze eis dat een verplichting tot nadeelcompensatie *afbreuk* kan doen aan de effectiviteit van een bepaalde maatregel. Een illustratie biedt een uitspraak van het CBB, waarin het ging om een door een bestuursorgaan op grond van een EG-verordening opgelegde heffing wegens het niet voldoen aan een verplichting tot export van C-suiker. Het bedrijf dat de heffing opgelegd kreeg, meende dat een productschap hem niet op de gebruikelijke wijze van informatie voorzien had en valse verwachtingen had gewekt, zodat de heffing onrechtmatig zou zijn. In elk geval zou, zo de heffing in stand zou blijven, het financiële nadeel moeten worden gecompenseerd, zonder welke compensatie de heffing alsnog onrechtmatig zou zijn. Het CBB wees dit verzoek om nadeelcompensatie ex art. 3:4 lid 2 Awb af. Het legde daarbij een verband met art. 3:4 lid 1 Awb, waarin op de verplichting om de bij het besluit betrokken belangen af te wegen een uitzondering wordt gemaakt indien zulks voortvloeit uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid of een wettelijk voorschrift. In casu meende het CBB dat de EG-verordening op grond waarvan de heffing verschuldigd was, het niet toestond om een uitzondering te maken. Het CBB stelde dat verweerder op grond van deze verordening *verplicht* was

25 De Lange 1991, p. 141-142.
26 Gerards 2007, p. 80-81.
27 Gerards 2007, p. 80.

de heffing op te leggen. De EG-verordening kwalificeerde dus als een wettelijk voorschrift in de zin van art. 3:4 lid 1 Awb. Het CBB vervolgde:

> 'Maar ook de aard van verweerders nationaalrechtelijke bevoegdheid tot heffing staat aan de door appellante gewenste belangenafweging in de weg, nu die bevoegdheid strekt tot uitvoering van evengenoemde verordeningen en uit dien hoofde zodanig dient te worden aangewend dat nakoming van de verplichtingen uit die verordeningen wordt verzekerd. Dit klemt te meer omdat naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie de lidstaten zich dienen te onthouden van elke maatregel die afwijkt van of inbreuk maakt op een gemeenschappelijke marktordening (…). Het financieel compenseren van een nadeel dat het gevolg is van, althans samenhangt met, de oplegging van een marktordenende heffing als in geding, ontneemt aan die heffing het effect dat met de gemeenschappelijke marktordening is beoogd. Zodanige nadeelcompensatie zou hier naar het oordeel van het College een verboden maatregel vormen die inbreuk maakt op de gemeenschappelijke marktordening in de zin van genoemde vaste rechtspraak.'[28]

Met zoveel woorden stelt het CBB dat het toekennen van nadeelcompensatie het effect zou kunnen ontnemen dat met het opleggen van de heffing werd beoogd. Omdat de mogelijkheid zelf belangen af te wegen vrijwel (behoudens overmacht) niet bestond, zou een verplichting tot nadeelcompensatie in casu betekenen dat een financiële last die werd opgelegd om de marktordening te dienen, ongedaan zou worden gemaakt. In het licht van het dwingende karakter van de heffing zou het oordeel mijns inziens niet anders hebben geluid indien het bedrijf een beroep op het *zelfstandige* égalitébeginsel zou hebben gedaan.

9.3.2 De égalité en noodzakelijkheid

Bij de eis dat het handelen *noodzakelijk* moet zijn gaat het vooral om de vraag of er geen ander, even effectief middel ter beschikking staat dat minder bezwarend is voor de bij het overheidshandelen betrokken belangen.[29] Indien deze vraag bevestigend beantwoord wordt, dan moet voor dat minder belastende alternatief worden gekozen. Gerards leidt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie af dat deze een onderscheid maakt tussen noodzakelijkheid en subsidiariteit. Bij de noodzakelijkheid gaat het om de keuze voor een *specifiek* besluit, handeling of maatregel als instrument ter verwezenlijking van een bepaald doel.[30] De eis van subsidiariteit ziet zij als een verbijzondering van de eis van noodzakelijkheid. Bij deze eis gaat het erom of minder belastende alternatieven aanwezig zijn om hetzelfde doel te bereiken. Gekozen moet

28 CBB 24 september 2008, *AB* 2008, 374, m.nt. Ortlep.
29 De Lange 1991, p. 142.
30 Gerards 2007, p. 83.

worden voor een maatregel die het minst ingrijpend is voor de betrokkenen. Dit vergt een afweging van de aard van de maatregel tegen de belangen die door toepassing van het middel geschaad zullen worden. In deze fase van de toetsing dient de rechter dus te bezien of er andere, minder belastende alternatieven waren waarmee het doel eveneens had kunnen worden gerealiseerd.[31] Ook vernietigingen wegens schending van deze eis(en) zijn vrij schaars. De rechter is niet de meest geëigende persoon om in te schatten wanneer middelen in gelijke mate effectief zijn.[32] Ook de staatsrechtelijke positie van de rechter ten opzichte van de wetgever kan een reden zijn voor de rechter om zich hier terughoudend op te stellen.[33]

Hoewel de eis van noodzakelijkheid een concreter aanknopingspunt biedt om de redelijkheid van een belangenafweging te toetsen dan de eis van geschiktheid, stelt de rechter zich ook ten aanzien van deze eis terughoudend op. Hem ontbreken vaak de mogelijkheden om goed te kunnen beoordelen *of* er alternatieven bestaan die tot een minder zware belangenaantasting zouden leiden. Daar komt bij dat aan deze alternatieven vanuit andere doelstellingen bezien, weer andere bezwaren kunnen kleven; hij zal er vaak niet aan ontkomen het bestuur een zekere marge te gunnen om voor één bepaald alternatief te kunnen kiezen.[34] Deze ruime marge ziet men ook terug in uitspraken over nadeelcompensatie waarin de gelaedeerde eerst de noodzakelijkheid van het overheidshandelen aan de orde stelde. Dit leidt in de regel niet tot het vernietigen van het besluit. De rechter toetst vooral of de *motivering* die het bestuur ten grondslag heeft gelegd aan de keuze voor een bepaalde modaliteit, deugdelijk is.[35] Schendingen van art. 3:4 lid 2 Awb vanwege de schending van de eis van noodzakelijkheid zijn dan ook niet vaak aan de orde.

Een eventueel verband tussen de eis van noodzakelijkheid en de aansprakelijkheid op grond van de égalité is in elk geval *niet* gelegen in het enkele gegeven dat de overheid een keuze heeft gemaakt uit een aantal alternatieven en daarmee een burger belast. Ook de Afdeling heeft van een dergelijk verband niet willen weten: 'Dat de nadelen als gevolg van een keuze uit een aantal alternatieven niet kunnen worden gerekend tot het normaal maatschappelijk risico vermag de Afdeling niet in te zien.'[36] Denkbaar is niettemin dat de rechter in een concreet geval *wel* tot het oordeel komt dat de maatregel strikt genomen niet noodzakelijk was. Kan dit invloed hebben op een eventuele aansprakelijkheid op grond van de égalité? Voorzichtigheid is geboden. De schending van de eis van noodzakelijkheid kan men in beginsel niet anders

31 De Moor-van Vugt 1995, p. 267.
32 De Lange 1991, p. 142.
33 Zie bijv. HR 15 oktober 2004, *JB* 2004, 387, m.nt. GEvM (*Dierenartsen*; § 3.4).
34 Gerards 2007, p. 83.
35 ABRvS 26 september 2007, LJN BB4297 (sub 2.2 e.v.), ABRvS 3 augustus 2005, LJN AU0427 (sub 2.4 e.v.), ABRvS 22 oktober 2003, LJN AM2471, ABRvS 17 maart 2004, LJN AO5659, Rb Zwolle 19 februari 2008, LJN BC4614.
36 ABRvS 23 september 1996, *AB* 1996, 459, m.nt. AvH.

kwalificeren dan als een onrechtmatige daad, die zal moeten leiden tot een aanpassing van het besluit in de vorm van een keuze voor het alternatief dat de betrokken belangen minder sterk belast.[37] Een dergelijke onrechtmatige daad kan niet worden 'afgekocht' door nadeelcompensatie aan te bieden. Polak wijst in dit verband op een ongepubliceerde uitspraak van de Afdeling over het tracébesluit Betuweroute, waarin de besluitvorming voor bepaalde tracégedeelten werd vernietigd, omdat onvoldoende was nagedacht over de ernstige (tot onteigening leidende) consequenties voor bepaalde gedupeerden. Er was een schadevergoedingsregeling – de Onteigeningswet – maar daarnaar kon niet zonder meer worden doorgeschoven, volgens Polak omdat het project ook doorgang kon vinden met een oplossing die op een bepaalde locatie minder belastend was.[38] Deze uitspraak laat zien dat de overheid, hoe zwaarwegend het algemeen belang ook is dat met het overheidshandelen wordt gediend, in beginsel voor die maatregel moet kiezen die voor de betrokkene het minst bezwarend is, indien daarmee eenzelfde resultaat kan worden bereikt. Het bestaan van de mogelijkheid het égalitébeginsel in te roepen, doet daaraan in beginsel niet af.

Toch is onrechtmatigheid niet de enig denkbare sanctie bij een schending van de eis van noodzakelijkheid. De keuze voor een meer belastende, maar niet onrechtmatige uitvoeringsmodaliteit kan ook een *aansprakelijkheidsverzwarende* omstandigheid zijn, die ertoe leidt dat de égalité eerder geschonden is. Twee voorbeelden uit de jurisprudentie illustreren dit.

> Het eerste geval had betrekking op de schade van tankstation, dat gedurende 26 dagen volledig onbereikbaar was ten gevolge van een verkeersbesluit tot volledig afsluiting van een afrit. Uit de uitspraak valt op te maken dat keuze voor het alternatief van volledige afsluiting was gemaakt omdat dit veiliger zou zijn voor de wegwerkers en het verkeer, maar ook ('in mindere mate', aldus de minister) door financiële overwegingen was ingegeven; deze optie was kennelijk goedkoper dan het alternatief waarbij het benzinestation wel bereikbaar bleef. In het licht de hiervoor genoemde terughoudende toets van de rechter ligt het niet voor de hand dat hij hier een streep door zal halen en het bestuursorgaan zal opdragen voor het minder pijnlijke alternatief te kiezen. Indien het bestuursorgaan op grond van aan het algemeen belang ontleende overwegingen van mening is dat de keuze voor een bepaalde wijze van uitvoering geboden is, zal de rechter de vrijheid van het bestuursorgaan op dit punt in de regel respecteren. Zo ook in dit geval. Rechtbank en Afdeling waren van mening dat de keuze voor het alternatief 'valide' was. De rechtbank overwoog echter wel dat: 'de extra schade die [het benzinestation] heeft geleden als gevolg van de keuze voor het alternatief van volledige afsluiting in plaats van andere alternatieven, waarbij het tankstation bereikbaar was gebleven, het normaal maatschappelijk risico overstijgt dat een ondernemer van een tankstation langs een rijksweg heeft te dragen.'

37 Schlössels 2002 (II), p. 185-186, Kwakman 2006, p. 1130.
38 Polak 2002, p. 119.

De Afdeling sloot zich hierbij aan.[39] Interessant aan de overweging van de rechtbank is dat niet de lengte van de afsluiting *an sich* bepalend was om te oordelen dat de schade voor rekening van de overheid moest komen, maar dat het oordeel dat het normaal maatschappelijk risico is overstegen wordt gerelateerd aan 'de keuze voor het alternatief van volledige afsluiting in plaats van andere alternatieven'. Daaruit valt af te leiden dat de rechtbank er niet van overtuigd was dat hetzelfde doel niet ook had kunnen worden bereikt met een minder belastend alternatief. Het financiële argument achtte de rechtbank kennelijk te weinig overtuigend om de keuze voor het meer bezwarende alternatief geheel te rechtvaardigen. Daarvan uitgaande meende de rechtbank dat de (gehele) *extra* schade ten gevolge van de keuze voor volledige afsluiting uitsteeg boven het normaal maatschappelijk risico uit en diende te worden vergoed. Een tweede voorbeeld is afkomstig uit het planschaderecht.

> Eiser had op 24 september 1994 een woning gekocht, op welk moment voorzienbaar was dat de gemeente plannen had om in de nabijheid van zijn woning een woonwijk met circa 1500 woningen aan te leggen. In het kader van dit project sloot het bestuursorgaan een belangrijke ontsluitingsweg af, waardoor grote verkeersstromen voortaan niet meer gebruik konden maken van de meest voor de hand liggende route van de woonplaats van eiser naar Winschoten. Dit verkeer maakte sindsdien gebruik van een nieuwe weg, wat ertoe leidde dat het aantal verkeersbewegingen per dag over de weg waaraan eisers huis was gelegen steeg van 700 naar 3500. De rechtbank meende dat verweerder zich niet redelijkerwijs op het standpunt kon stellen dat ook deze schade voorzienbaar was. Het woog daarbij het volgende mee: 'Uit de situering van de Blauwe Stad volgt bovendien niet dat een afsluiting voor autoverkeer van de [adres], die loopt ten westen van de Blauwe Stad, onvermijdelijk was. Ter zitting heeft de gemachtigde van verweerder toegelicht dat voor deze afsluiting is gekozen omdat er anders, in verband met wenselijk geacht vaarverkeer, een hoge brug gebouwd zou moeten worden die voor geluidsoverlast zou zorgen. Deze gegevens leiden de rechtbank tot het oordeel dat het op basis van de ruimtelijke stukken die dateren van begin jaren 1990, niet voorzienbaar was dat de [adres] voor autoverkeer zou worden afgesloten en dat dit zou leiden tot een vervijfvoudiging van de verkeersdruk op de [adres]. Juist gezien de aanzienlijke mate waarin de verkeersdrukte is toegenomen, acht de rechtbank deze afsluiting wel van belang bij de beoordeling van de voorzienbaarheid.'[40]

Ook uit deze uitspraak kan mijns inziens worden opgemaakt dat het niet respecteren van het beginsel van de minste pijn een aansprakelijkheidsverzwarende omstandigheid is. Er was een minder bezwarend alternatief voor handen, maar het bestuursorgaan voelde daar weinig voor, omdat dit weer tot nieuwe problemen zou leiden. De rechter respecteert dit oordeel, maar verbindt aan de keuze voor het meer bezwarende alternatief financiële consequenties.

---

39 ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 268, m.nt. NV.
40 Rb Groningen 23 oktober 2007, LJN BC3185.

Interessant is nog dat dit wordt gerelateerd aan de voorzienbaarheid van het nadeel. Dat verband ligt voor de hand: de keuze voor een niet voor de hand liggend, pijnlijk alternatief zal minder snel 'in de lijn der verwachtingen' liggen. Ook deze uitspraak laat zien dat de terughoudendheid in het kader van de ene toets – ten aanzien van het gekozen middel – kan worden gecompenseerd door de overheid in het kader van de andere toets – de égalité – eerder, en voor een hoger bedrag, aansprakelijk te houden.[41]

9.3.3 De égalité en de evenredigheid in concreto

Een laatste eis betreft de eis van evenredigheid in strikte zin, ook wel de eis van evenredigheid *in concreto* genoemd. Het gaat hierbij om de 'echte' evenredigheid, namelijk de vraag of de inzet van het gekozen middel niet in een wanverhouding staat tot het beoogde doel. Is aan de vorige twee eisen wel voldaan, maar heeft een overheidshandeling bijzonder ernstige gevolgen, waartegen de voordelen van het besluit niet opwegen, dan kan niet worden gezegd dat dit besluit 'evenwichtig' is.[42] De eis van de evenredigheid in concreto wordt in het Duitse recht *Zumutbarkeit* ofwel 'vergbaarheid' genoemd: centraal staat de vraag of een bepaald individueel belang of groepsbelang belast mag worden ten gunste van andere belangen en zo ja, in hoeverre.

Waar de rol van de rechter bij de eisen van geschiktheid en noodzakelijkheid vooral beperkt is in verband met zijn beperkte kennis en geschiktheid om te beoordelen of de maatregel aan deze eisen voldoet, liggen de complicaties bij de evenredigheid in concreto in de toepassing van deze norm zelf besloten. Het evenredigheidsbeginsel bevat geen maatstaf geeft om te bepalen welke belangen zwaarder zouden moeten wegen dan andere. Om te beoordelen of de door een besluit aangetaste belangen zwaarder wegen dan de daardoor aangetaste belangen, zou men eigenlijk moeten beschikken over een schaal aan de hand waarvan kan worden bepaald of een volkomen rechtmatig belang, zoals de vraag of het belang van een bedrijf bij een betere bereikbaarheid lichter of zwaarder zou moeten wegen dan het belang dat met de aanleg van een weg is gemoeid. Hierbij stuit men op het probleem dat deze belangen vaak niet vergelijkbaar zijn; men spreekt wel van de 'incommensurabiliteit' van de betrokken belangen.[43] De tot op grote hoogte niet 'rationaliseerbare'[44] afweging tussen verschillende belangen die het bestuur heeft gemaakt, noopt

41 Denkbaar is dat deze redenering ook bij een in mindere mate *geschikt* middel om het doel te bereiken kan worden toegepast. Bij de noodzakelijkheid is de relatie met de égalité iets duidelijker, omdat een iets pijnlijker alternatief al snel tot meer schade leidt. Bij een minder geschikt middel hoeft dat niet het geval te zijn.

42 De Moor-van Vugt 1995, p. 16.

43 Zie nader Gerards 2006b, p. 154 en Groenwegen 2005. Zie voor een treffend voorbeeld Hof Leeuwarden 15 september 2004, LJN AT6858.

44 Groenewegen 2005, p. 17.

de rechter haast vanzelf tot terughoudendheid. Het is nu eenmaal inherent aan het concept van belangenafweging dat ook een andere afweging denkbaar was geweest, maar dat is voor de rechter nog geen reden om de wel gemaakte afweging onevenredig te achten.

De ontkoppelingsjurisprudentie heeft de functie van nadeelcompensatie als 'smeermiddel' om de doel-middelproportionaliteit te bereiken, sterk teruggedrongen. Waar deze functie in de oudere jurisprudentie in ongeschreven gevallen vrij gangbaar was, staat zij tegenwoordig in een ongunstig daglicht. Bij de afweging of de met een besluit gediende belangen zwaarder wegen dan de daardoor aangetaste belangen, zou het niet relevant moeten zijn of enige vorm van nadeelcompensatie is aangeboden.[45] Toch ben ik er niet van overtuigd dat de ontkoppeling van égalité en art. 3:4 lid 2 Awb in de praktijk zo rigide is als in de literatuur en de rechtspraak wordt verondersteld. De praktijk is mijns inziens weerbarstig en met name rond grote infrastructurele projecten komt het voor dat er wel een relatie wordt gelegd tussen art. 3:4 lid 2 Awb en het égalitébeginsel. Dit verband is niet zozeer gelegen in het *aanbieden* of *zekerstellen* van nadeelcompensatie, maar in het *bestaan* van een nadeelcompensatie*regeling*. Dit is met name te zien bij schade door grote infrastructurele projecten. De algemene belangen die met dergelijke grote projecten worden gediend, hebben vaak een hoog abstractieniveau, zoals de 'bevordering van economische activiteiten in het noorden en noordoosten van Nederland en Flevoland', een belang dat wordt gediend met de Hanzelijn (een spoorlijn).[46] Op het moment dat het besluit ter rechterlijke toetsing voorligt, staan deze abstracte, nog niet gerealiseerde voordelen voor het algemeen belang, tegenover de vrijwel zekere aantasting van een onafzienbaar aantal individuele belangen, die een enorme variëteit in ernst kunnen vertonen. De ontkoppelingsjurisprudentie veronderstelt dat de rechter bij zijn (marginale) redelijkheidsoordeel over een dergelijk besluit abstraheert van een eventueel recht op nadeelcompensatie van de door het besluit aangetaste burgers. In de praktijk blijkt de rechter bij dit oordeel echter in elk geval te bezien of voor de aantasting van individuele belangen een nadeelcompensatieregeling is opgesteld. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de volgende overweging van de Afdeling naar aanleiding van de ernstige schade (verlies van gronden) in verband met de aanleg van een Hanzelijn:

> 'De aanleg van de Hanzelijn kan negatieve gevolgen hebben voor betrokkenen, zoals in dit geval verlies en waardevermindering van gronden en mogelijke beperking van de bedrijfsvoering. De Afdeling dient te beoordelen of verweerder bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot het tracébesluit kon besluiten. Hierbij dient onder meer te worden betrokken of verweerder heeft onderzocht welke schade mogelijkerwijs kan optreden en of hierbij sprake is van zodanige

45 Zie bijvoorbeeld De Graaf in zijn noot bij ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 67.
46 ABRvS 29 december 2004, LJN AR8375.

> schade dat deze zwaarder zou moeten wegen dan het belang dat is gediend bij de aanleg van de Hanzelijn. Bij de beoordeling van de vraag of verweerder bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot het tracébesluit kon besluiten, dient voorts te worden betrokken dat ten aanzien van mogelijk optredende schade in ieder geval dient vast te staan dat er een regeling is voor de afhandeling van deze schade en welke regeling dat is'.[47]

In de laatste zin legt de Afdeling een verband tussen het bestaan van een regeling en de doorgang van het project zelf: zolang gewaarborgd is dat voor eventueel optredende schade een regeling bestaat, kan in redelijkheid tot het schadeveroorzakende handelen worden besloten. In het licht van de ontkoppelingsjurisprudentie wekt deze overweging verbazing: of in redelijkheid tot een besluit kan worden besloten, wordt immers afhankelijk gesteld van het bestaan van een nadeelcompensatieregeling. Ik acht het echter verklaarbaar *en* verdedigbaar dat deze koppeling toch wordt aangebracht. Indien aan de rechter, zoals in casu, wordt gevraagd of het (vaak op prognoses berustende) algemeen belang wel opweegt tegen de aantasting van individuele belangen, zal hij in elk geval kunnen nagaan of aan de laatstgenoemde belangen voldoende recht wordt gedaan. De toets of een nadeelcompensatieregeling bestaat, is een voor de hand liggende manier om dit na te gaan. Door dit na te gaan, zal de per definitie lastige balans die in de derde zin wordt genoemd (de vraag of de schade van het individu opweegt tegen het belang van de aanleg van de Hanzelijn) sneller in het voordeel van het algemeen belang doorslaan. Ik zou de functie van de nadeelcompensatieregeling in dit soort gevallen niet willen aanduiden als 'smeermiddel', maar als 'stootkussen': de regeling *verzacht* de onvermijdelijke nadelige gevolgen van een besluit dat geacht wordt in het algemeen belang te zijn en vergemakkelijkt daarmee het oordeel dat de rechter over de proportionaliteit van het besluit als zodanig. Het is de vraag of het strikt scheiden van de doel-middelproportionaliteit en de 'vergelijkende' evenredigheid van het égalitébeginsel wel voldoende recht doet aan deze functie van (op het égalitébeginsel gebaseerde) nadeelcompensatieregelingen als 'stootkussen'. Juist in het licht van de aan dit soort projecten inherente onzekerheid over de vraag of het algemeen belang *uiteindelijk* de aantasting van de individuele belangen zal rechtvaardigen, vervullen nadeelcompensatieregelingen een belangrijke rol.

47 ABRvS 29 december 2004, LJN AR8375 (sub 2.4.5). Zie ook ABRvS 26 september 2007, LJN BB4297, sub 2.12.

9.4 De verplichting tot nadeelcompensatie en de (on)mogelijkheid tot het afwegen van belangen

9.4.1 Geen mogelijkheid tot afweging van belangen

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat er tussen de égalité en het evenredigheidsbeginsel nog wel degelijk een materiële relatie bestaat. Ook in een ander opzicht kan nog van een verband tussen beide worden gesproken. De mogelijkheid om succesvol nadeelcompensatie te kunnen claimen, kan namelijk een beperking vinden in de mogelijkheid van het bestuursorgaan om de geschonden belangen in zijn afweging te betrekken. Een dergelijke beperking tot het afwegen van de betrokken belangen kan voortvloeien uit een wettelijk voorschrift of de aard van de uit te oefenen bevoegdheid (art. 3:4 lid 1 Awb). In dat geval zal een getroffen burger vergeefs aanvoeren dat in strijd met art. 3:4 lid 2 Awb geen nadeelcompensatie is aangeboden.

> Het CBB heeft overwogen dat een dergelijke beperking onder meer voortvloeit uit art. 4 Plantenziektewet. De wetgever heeft niet gewild dat de uitvaardiging van maatregelen die noodzakelijk zijn om de besmetting met en verspreiding van plantenziektes te voorkomen, wordt gehinderd door procedures over schadevergoeding. Indien bestrijdingsmaatregelen als bedoeld in artikel 3 van de Plantenziektewet worden genomen, zonder dat in die besluiten is beslist over het al dan niet verstrekken van een tegemoetkoming in de door de maatregelen veroorzaakte schade, kan dit, aldus het CBB, niet in strijd komen met artikel 3:4 lid 2 Awb.[48] Artikel 4 van de Plantenziektewet vormt daarmee een wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 3:4 lid 1 Awb.

Naast de situatie waarin art. 3:4 lid 1 Awb een beperking voor wat betreft de af te wegen belangen voortvloeit, kan zich ook de situatie voordoen waarin het toepasselijke wettelijke kader een bepaald besluit dwingend voorschrift en er dus geen ruimte is om een belangenafweging te maken. In een oudere uitspraak heeft de ARRvS al eens overwogen dat dit ook de mogelijkheid tot nadeelcompensatie kan beïnvloeden. Het ging in deze zaak over een besluit tot aanzegging van bestuursdwang bij een bedrijf dat zonder vergunning een LPG-installatie exploiteerde. Van een tegemoetkoming in de schade kon volgens de Afdeling geen sprake zijn; dat kon alleen het geval zijn 'wanneer een administratief orgaan een zekere vrijheid heeft een beslissing al dan niet te nemen'.[49] Deze lijn heeft de Afdeling doorgezet in latere zaken. Aanleiding tot een zaak uit 2006 was de weigering van een bouwvergunning voor een agrarische bedrijfsruimte, omdat het gebouw in strijd was met het bestemmingsplan. Er kon geen vrijstelling van het bestemmingsplan worden verleend

48 CBB 27 februari 2003, LJN AF6880. Zie ook de in § 9.3.1 besproken zaak CBB 24 september 2008, *AB* 2008, 374, m.nt. Ortlep.

49 ARRvS 8 december 1986, *BR* 1987, 453.

omdat aan de formele vereisten voor de toepassing van die bevoegdheid niet was voldaan. De aanvrager van de vergunning betoogde dat hem in het kader van de weigering van de vergunning een groter deel van de advieskosten moest worden betaald. De rechtbank had gemeend dat de toezegging om in elk geval een deel van deze kosten te vergoeden was gedaan in het kader van de weigering van de vergunning. De Afdeling corrigeerde de rechtbank op dit punt:

> 'Anders dan de rechtbank heeft aangenomen vormt deze mededeling geen onderdeel van de overwegingen die hebben geleid tot de weigering van de bouwvergunning. Voor nadeelcompensatie op grond van het in artikel 3:4, tweede lid Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel was geen ruimte. Genoemde bepaling is immers uitsluitend van toepassing in gevallen waarin het bestuursorgaan een belangenafweging dient te maken. Aan een afweging van belangen kon het college in het besluit van 27 februari 2004 tot weigering van de bouwvergunning evenwel niet toekomen, nu toepassing van de wijzigings- en vrijstellingsbevoegdheden reeds op formele gronden niet mogelijk was.'[50]

Als een afweging van belangen niet mogelijk is, kan art. 3:4 lid 2 Awb derhalve geen grondslag voor nadeelcompensatie zijn. Dit ligt voor de hand, aangezien de toepassing van art. 3:4 lid 2 Awb veronderstelt *dat* een belangenafweging kan worden gemaakt. De vraag is of hetzelfde geldt wanneer niet art. 3:4 lid 2 Awb, maar het égalitébeginsel als zelfstandig rechtsbeginsel wordt ingeroepen. Moet uit de ontkoppelingsjurisprudentie worden afgeleid dat het altijd mogelijk is om het égalitébeginsel in te roepen, ook al vloeit uit het wettelijke kader voort dat de getroffen belangen niet in de afweging mochten worden betrokken? Dat lijkt niet het geval. Zo kan ook het égalitébeginsel niet tot compensatie verplichten als de schade voortvloeit uit een gebonden beschikking, zoals een bouwvergunning. Gezien het limitatief en imperatief karakter van artikel 44 van de Woningwet, is, aldus de Afdeling, bij de beslissing op de aanvraag om een bouwvergunning geen ruimte voor een belangenafweging 'en mitsdien evenmin voor nadeelcompensatie'.[51] Voor de verlening van een gebruiksvergunning[52] en een milieuvergunning[53] heeft de Afdeling in gelijke zin overwogen. De onmogelijkheid tot het betrekken van de financiële belangen van derden in de belangenafweging staat in elk geval in de weg aan het toekennen van schadevergoeding bij wege van een *onzelfstandig* schadebesluit, maar mijns inziens biedt ook het égalitébeginsel als zelfstandig rechtsbeginsel geen soelaas. Het bestuursorgaan heeft in deze gevallen geen enkele mogelijkheid naar eigen inzicht te handelen en een eigen afweging te maken; de belangenafweging is op een ander niveau reeds gemaakt en 'voorgesorteerd'.

---

50 ABRvS 11 januari 2006, LJN AU9408, ABRvS 26 oktober 2005, LJN AU4988.
51 ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0552.
52 ABRvS 17 november 2004, LJN AR5835.
53 ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 67, m.nt. KJdG.

Ik acht deze afdelingsjurisprudentie verdedigbaar: het égalitébeginsel kan mijns inziens alleen tot nadeelcompensatie verplichten in situaties waarin ook iets te beslissen *valt*.[54] Dit is een logische consequentie van het feit dat het égalitébeginsel alleen tot nadeelcompensatie verplicht bij *weloverwogen* overheidshandelingen. Dit veronderstelt, zoals ik in § 5.2.2 heb betoogd, de aanwezigheid van een (kenbare) *afweging van belangen*, hetgeen een *mogelijkheid* tot belangenafweging impliceert. Bestaat er een expliciete wettelijke beperking voor wat betreft de mogelijk in de afweging te betrekken belangen, dan kan dit dus van invloed zijn op de mogelijkheid om de overheid op grond van het égalitébeginsel aansprakelijk te houden.

Is een belangenafweging geheel onmogelijk, dan is de benadeelde aangewezen op andere wegen om zijn schade vergoed te krijgen. Welke wegen dit zijn, hangt af van het besluit in kwestie. Soms kan dit alternatief worden gevonden in het aangrijpen van een ander schadeveroorzakend besluit. Gedacht kan worden aan het geval dat men schade lijdt door de bepalingen van een bestemmingsplan, in het kader waarvan een (gebonden) bouwvergunning is verleend; mogelijk biedt de planschaderegeling dan soelaas.[55] Een ander alternatief is dat het orgaan wordt aangesproken dat de regeling heeft opgesteld waarop de gebonden beschikking is gebaseerd.[56] Voor zover sprake is van de aantasting van een eigendomsrecht, is een eventuele aansprakelijkheid van de overheid op grond van artikel 1 EP EVRM vanzelfsprekend niet uitgesloten.

9.4.2 Beperkte mogelijkheid tot afweging van belangen

Algemeen wordt aangenomen dat het specialiteitsbeginsel de toekenning van nadeelcompensatie niet beperkt. Ook indien aan de bestuursbevoegdheid vreemde belangen worden geschaad, kan uit het égalitébeginsel een verplichting tot compensatie voortvloeien.[57] Vucsán vat het uitgangspunt mijns inziens goed samen:

---

54 Vgl. Van Ravels 2005c, p. 82, die uit deze jurisprudentie heeft afgeleid dat de toepassing van het égalitébeginsel beperkt is tot gevallen 'waarin er iets te beslissen en te verdelen valt'.

55 Zie bijv. ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 252, m.nt. BPMvR: 'Nu het bouwplan geheel in overeenstemming was met het bestemmingsplan en de bouwvergunning moest worden verleend, kan de gestelde schade niet worden toegerekend aan het besluit tot verlening van de bouwvergunning. Voor de vraag of de gestelde schade is veroorzaakt door (de bepalingen van) het bestemmingsplan vormt artikel 49 van de WRO bij uitsluiting het beoordelingskader. Appellante heeft ook een verzoek om vergoeding van planschade ingediend. Het verzoek om nadeelcompensatie van appellante is in zoverre terecht afgewezen.'

56 Schueler 2002, p. 143.

57 Zie § 5.2.3.

> 'Zou het bij nadeelcompensatie niet veel meer moeten gaan om de vraag of het resultaat van de belangenafweging acceptabel is dan om de vraag welke belangen op basis van die bevoegdheid mogen of moeten worden meegewogen? Gaat het bij nadeelcompensatie niet veel meer om de algemeen geldende ongeschreven rechtsnorm dat iemands belangen door het overheidsoptreden niet onevenredig geschaad mogen worden omdat dat in strijd zou zijn met het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten, hoe juist overigens ook de belangen zijn geselecteerd en afgewogen? (…) Nadeelcompensatie zou (…) niet moeten aangrijpen bij de *selectie* van de af te wegen belangen maar bij de vraag of het *resultaat* van die belangenafweging in het licht van de rechtsregel dat er geen onevenredige schade aan de burgers mag worden toegebracht, aanvaardbaar is.'[58]

In deze paragraaf wil ik betogen dat ik dit uitgangspunt onderschrijf, maar wil ik daarop ook één nuancering aanbrengen, namelijk in de situatie waarin de directe oorzaak van de schade is gelegen in het handelen van een burgers, maar dit handelen op haar beurt niet mogelijk was zonder een voorafgaande toestemming van een bestuursorgaan. Een dergelijke 'toestemming' kan een vergunning zijn,[59] maar ook een ontheffing[60] of een gedoogbesluit.[61] Gemakshalve beperk ik me hierna tot de vergunning. Hoewel het bij het égalitébeginsel in het algemeen, zoals Vucsán stelt, niet gaat om de vraag of de overheid de schade had kunnen en moeten *voorkomen*, wil ik betogen dat het specialiteitsbeginsel in een dergelijke situatie wel relevant kan zijn en dat mede aan de hand van het specialiteitsbeginsel kan worden bepaald of de schade redelijkerwijs aan de overheid kan worden toegerekend. Aan de hand van het specialiteitsbeginsel kan een midden worden gevonden tussen de opvatting dat de overheid voor handelingen van vergunninghouders nooit aansprakelijk is (omdat het causaal verband ontbreekt) en de opvatting dat de overheid *steeds* kan worden aangesproken, óók als de overheid geen bevoegdheid toekwam om het handelen van de vergunninghouder te beïnvloeden.

Het leeuwendeel van de schrijvers is van mening dat in dit soort gevallen niet zozeer de overheid, maar de vergunninghouder moet worden aangesproken voor de schade.[62] In deze visie wordt de eis dat er een rechtstreeks verband dient te bestaan tussen de schade en het rechtmatige overheidsbesluit zo geïnterpreteerd dat de derde die schade lijdt door de verlening van een vergunning de vergunninghouder dient aan te spreken. De vergunninghouder is immers de primaire veroorzaker van de schade; mede in het licht van de

58 Vucsán 1997, p. 299-300.

59 ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 252, m.nt. BPMvR, ABRvS 10 juli 2000, *Gst.* 2000, 7123, 9.

60 ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 252, m.nt. BPMvR, Rb Den Bosch 19 juli 2006, LJN AY5002.

61 ABRvS 8 november 2006, *AB* 2007, 252, m.nt. BPMvR.

62 Tak 2003 (deel II), p. 431, Hoitink 2002, p. 222, alsmede de verwijzingen bij Van Ravels 2002a, p. 355-356, Neerhof 2006, p. 202. Zie ook Neerhofs noten bij ABRvS 21 december 2005, *Gst*. 2007, 7275, 75 en ABRvS 8 november 2006, *Gst*. 2007, 7274, 67.

aard van de aansprakelijkheid (art. 6:98 BW) zou de schade in beginsel niet aan de overheid moeten worden toegerekend.[63] In deze visie is de tegen de vergunninghouder gerichte onrechtmatigedaadsactie het meest geëigende kader voor derden die schade lijden door handelingen van de vergunninghouder. Als hoofdregel geldt immers dat het gebruikmaken van een rechtmatige vergunning geen vrijwarende werking heeft.[64]

Toch zijn in de jurisprudentie wel voorbeelden te vinden van een op de overheid rustende verplichting tot nadeelcompensatie voor schade die (mede) wordt veroorzaakt door een vergunninghouder.[65] Soms bestaat zelfs een expliciete wettelijke grondslag voor een aansprakelijkheid van de overheid als vergunningverlenende instantie.[66] De vraag is hoe deze verplichting van de overheid om (onder omstandigheden) de derden die schade lijden door het gebruik van een vergunning te compenseren, kan worden verklaard. Om de aansprakelijkheid van de overheid ten opzichte van die van de geadresseerde van de beschikking af te bakenen heeft de Afdeling enige tijd als criterium gehanteerd of met de overheidshandeling 'enig openbaar belang' was gediend. Deze jurisprudentie is door veel auteurs bekritiseerd, omdat zij uitging van de onjuiste veronderstelling dat niet alle vergunningen 'enig openbaar belang' dienen. Ik onderschrijf deze kritiek.[67] Immers, ook indien met een besluit mede een particulier – vaak een commercieel – belang wordt gediend, spelen op de achtergrond steeds ook algemene belangen een rol. Men kan niet een scherp onderscheid maken tussen het besluit tot vergunningverlening zelf (dat per definitie een algemeen (deel)belang dient) en de op basis van de vergunning uitgevoerde activiteiten (waarmee soms vooral particuliere belangen worden gediend). Hoe abstract de belangen die met een bepaald vergunningstelsel worden gediend ook zijn, zij sijpelen altijd door in de activiteiten die op grond van de vergunning (feitelijk) worden verricht.[68] Wanneer B&W van Lingewaal een vergunning verlenen voor een evenement aan de rand van een water en een nabijgelegen natuurcamping door het gebruik van die vergunning schade lijdt,[69] is het dus te kort door de bocht om te stellen dat hiermee louter het particuliere ondernemersbelang van de organisator van het evenement wordt gediend. Altijd werken ook de algemene belangen van het wettelijk kader waarop de vergunning is gebaseerd (denk aan een ruime omschrijving

63 Van Ravels 2005c, p. 94-96.
64 HR 10 maart 1972, *NJ* 1972, 278 (*Vermeulen/Lekkerkerker*), HR 21 oktober 2005, *JB* 2005, 318, m.nt. GEvM.
65 Zie bijv. Rb Arnhem 6 maart 2008, LJN BC8747 (vergunning voor festival waardoor exploitant van een natuurcamping schade lijdt), ABRvS 17 juni 2009, *JB* 2009, 177 (exploitatievergunning voor coffeeshop).
66 Zie art. 26 Ontgrondingenwet en voor een toepassing daarvan ABRvS 5 februari 2003, LJN AF3896.
67 Zie ook § 5.2.2 *in fine*.
68 Neerhof, VAR-reeks 129, p. 87.
69 Zie Rb Arnhem 6 maart 2008, LJN BC8747.

als 'de bevordering van het toerisme en/of de naamsbekendheid van Lingewaal') door in het feitelijke gebruik daarvan. Tussen beide soorten belangen kan men mijns inziens geen dichotomie aanbrengen.

Zoals bekend heeft de Afdeling het criterium van het 'openbaar belang' verlaten. Thans is de lijn dat 'iedere rechtmatige aanwending door een bestuursorgaan van een publiekrechtelijke bevoegdheid (…) strekt tot behartiging van (een aspect van) het algemeen belang, dat de desbetreffende wet, waarop de aanwending van die bevoegdheid is gebaseerd, beoogt te dienen.'[70] Of de overheid nadeelcompensatieplichtig kan zijn, komt thans vooral aan op een toets aan het causaal verband (art. 6:98 BW). Het is de vraag of de kwestie daarmee bevredigend is opgelost, want de vraag welke factoren aanleiding kunnen zijn om de schade in redelijkheid aan de overheid dan wel aan de vergunninghouder toe te rekenen is nog verre van uitgekristalliseerd. Sommige uitspraken lijken er zelfs op te wijzen dat (een verschijningsvorm van) het 'openbaar belang'-criterium tóch nog een rol speelt. Zo wordt een aanknopingspunt voor een aansprakelijkheid van de overheid soms gezocht in de vraag of de vergunning *rechtstreeks voortvloeit uit een beleid* dat voor derden onvermijdelijk tot nadelen leidt.

> Een voorbeeld biedt een uitspraak over de schade die beweerdelijk ontstond door de verlening van een vergunning op grond van de Grondwaterwet (Gww). Bloembolteelers stelden dat de schade aan hun gewas het gevolg was van opkomend grondwater. Het was volgens hen aannemelijk dat deze schade werd veroorzaakt door een stijging van de grondwaterstand ten gevolge van de onttrekking en infiltratie in de duinwaterwinplaats, waarvoor het bevoegd gezag een vergunning had verleend aan een waterleidingbedrijf. Dit hing volgens hen samen met een wijziging van het waterwinbeleid om verdroging in de duinstreek tegen te gaan, welk beleid aansloot op het landelijk beleid van de waterhuishouding. De Afdeling achtte het mogelijk om op grond van het égalitébeginsel ook het bevoegd gezag aan te spreken: 'Voorzover de besluiten in het onderhavige geval *direct voortkomen uit het op vernatting gerichte beleid waartoe (…) verweerder bewust heeft besloten*, kunnen hieruit voortkomende nadelen voor derden evenwel worden beschouwd als nadeel door het nemen van het besluit tot vergunningverlening, zodat in zoverre het beginsel van de "égalité devant les charges publiques" aan de orde is.'[71]
>
> Deze uitspraak stamt uit 2004, zodat zij niet als bewijs kan dienen dat het criterium na 2005 nog steeds zou gelden. Een uitspraak uit 2009 bevat echter een soortgelijke overweging. In casu ging het om de schade die een omwonende stelde te lijden (een waardedaling van zijn huis) door het besluit tot vergunningverlening voor de exploitatie van een coffeeshop te Venlo. De Afdeling stelde vast dat, gelet op de aan de exploitatievergunning verbonden voorschriften, de verkoop van cannabis een 'redelijkerwijs te verwachten gevolg' was van de verlening van de exploitatievergunning. Bij de beoordeling van de exploitatievergunningen was uitdrukkelijk aan de orde geweest dat vestiging van de coffeeshops in de periferie deel van Venlo

70 ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 252, m.nt. BPMvR.

71 ABRvS 24 maart 2004, *AB* 2004, 165, m.nt. AvH (curs. MT).

> aansloot op het beleid van de gemeente, die verwachtte dat daardoor een groot deel van de Duitse klanten softdrugs op de nieuwe locatie zou gaan kopen, zodat de overlast in de binnenstad zou afnemen. Uiteindelijk voorzag de Afdeling zelf in de zaak. Zij stelde vast dat de omwonende schade had geleden die voor vergoeding in aanmerking kwam en vervolgde: '*Het beleid in Venlo is erop gericht coffeeshops van het centrum te verplaatsen naar de periferie van de gemeente*. Het vestigen van coffeeshops dicht bij de grens met Duitsland heeft een grote verkeersaantrekkende werking tot gevolg. Voor [wederpartij], die behoort tot een beperkte groep van omwonenden van de coffeeshops, was noch de vestiging ervan in zijn omgeving, noch het daardoor ontstane nadeel in deze omvang redelijkerwijs te verwachten. Dit nadeel valt voor een deel buiten zijn normaal maatschappelijk risico en komt voor dit deel voor vergoeding in aanmerking.'[72]

Hoewel te verdedigen is dat de Afdeling de schade mede toerekent aan de overheid, kan men vraagtekens plaatsen bij de wijze waarop dit resultaat wordt bereikt. In deze benadering wordt immers aan de vraag of een bepaald beleid 'gericht' is op het bereiken van een bepaald resultaat, of dat besluiten 'direct voortvloeien' uit een bepaald beleid, het gevolg verbonden dat de overheid aansprakelijk kan zijn voor de schade van derden. Beleid is immers steeds gericht op het bereiken van een bepaald, aan het algemeen belang ontleend resultaat.[73]

Deze benadering, waarbij (impliciet) aan het algemeen belang argumenten lijken te worden ontleend om de overheid aansprakelijk te houden, is in de jurisprudentie in één geval verlaten voor een andere benadering, waarin de vraag of de schade redelijkerwijs aan de overheid kan worden toegerekend mede wordt bepaald door het specialiteitsbeginsel. Deze benadering beschikt over sterkere kaarten. Voor de wijze waarop het specialiteitsbeginsel hierbij zou kunnen fungeren om de aansprakelijkheid van de overheid van die van de vergunninghouder af te bakenen, hebben Messer & Heldeweg reeds in 1990 enkele bouwstenen aangereikt met een model dat op hoofdlijnen naar mijn idee nog steeds bruikbaar is om de aansprakelijkheid van de overheid van die van de primaire 'profiteur' van het handelen te scheiden.[74] Ten aanzien van de mogelijkheden (c.q. de verplichting) van het bestuur om het égalité-beginsel te laten fungeren als grondslag voor een nadeelcompensatieplicht voor de (deel)belangen die door het gebruikmaken van een vergunning worden getroffen, onderscheiden Messer & Heldeweg tussen preciezen, rekkelijken en gematigden. Volgens de preciezen kan het compenseren van onevenredig nadeel nooit een bij het besluit tot vergunningverlening te betrekken belang zijn, aangezien een vergunning slechts mag worden verleend ter behartiging van belangen die de betreffende wet beoogt te beschermen. Rekkelijken betogen dat het specialiteitsbeginsel in beginsel niet in de weg staat aan toepassing

72 ABRvS 17 juni 2009, *JB* 2009, 177 (curs. MT).
73 Aldus ook Schlössels, noot bij ABRvS 24 maart 2004, *Gst*. 2004, 7213, 139.
74 Messer & Heldeweg 1990, p. 152.

van het égalitébeginsel, aangezien er *altijd* ruimte is voor schadevergoeding. Zelfs bij de gebonden verlening van een bouwvergunning ex art. 44 Woningwet zou in deze visie ook de schade die omwonenden lijden, kunnen worden gecompenseerd. Deze visie is gunstig voor de positie van derden-belanghebbenden, maar maakt het belangenafwegingsproces wel ondoorzichtig.[75] Een gematigde tussenoplossing is dat met derde-belangen (althans alle belangen die rechtstreeks bij het besluit tot vergunningverlening zijn betrokken) altijd rekening mag worden gehouden bij het aan de vergunning verbinden van voorschriften, maar dat deze derde-belangen geen gewicht in de schaal leggen bij de beslissing omtrent de toelaatbaarheid van de vergunning zelf.[76]

Messer & Heldeweg wijzen een visie van de hand waarin het égalitébeginsel telkens zou verplichten te bezien in hoeverre vreemde – dat wil zeggen belangen die niet samenvallen met het deelbelang dat met de bevoegdheid in kwestie wordt gediend – bijzondere belangen, buiten het toepasselijke wettelijke kader om, voor compensatie in aanmerking komen. Zij achten deze visie onbestemd en prefereren te vertrekken vanuit de concrete bevoegdheid in kwestie, conform het huidige artikel 3:4 lid 1 Awb. De vraag welke belangen mogelijk voor compensatie in aanmerking komen, beantwoorden zij door middel van een proces van 'eliminatie'. Dit proces begint bij de algemene, uit art. 3:4 lid 1 Awb voortvloeiende plicht om alle rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af te wegen. Vervolgens kan worden bezien of vreemde belangen mogelijk voor compensatie in aanmerking komen. Dit is (stap 1) afhankelijk van de vraag of de betreffende regeling de vreemde-bijzondere belangen uitdrukkelijk uitsluit (zo ja, dan kan compensatie dus niet aan de orde zijn) en (stap 2) de vraag of de bescherming van vreemde-bijzondere belangen aan andere wetten is overgelaten (zo ja, dan is ook compensatie van deze belangen uitgesloten).[77]

Hiervoor stelde ik dat 'in hoofdlijnen' bij het model van Messer & Heldeweg kan worden aangesloten. Het model is in die zin niet meer actueel dat het de plicht tot nadeelcompensatie zag als een voorwaarde om te kunnen spreken van een zorgvuldige belangenafweging. Dat neemt mijns inziens niet weg dat dit model ook relevant kan zijn indien de égalité fungeert als *zelfstandig* rechtsbeginsel. Zoals gesteld verplicht het égalitébeginsel alleen tot nadeelcompensatie als het bestuursorgaan *weloverwogen* de belangen van een groep burgers aan het algemeen belang opoffert, hetgeen impliceert *dat* een (kenbare) belangenafweging heeft plaatsgevonden en ook *kan* plaatsvinden. Deze voorwaarde zou bij schade die derden lijden door het rechtmatige gebruik van een vergunning in die zin kunnen worden toegespitst dat alleen van een directe causale relatie tussen het overheidshandelen en de schade van derden kan worden gesproken, indien het bestuursorgaan het geschade belang in zijn

75 Messer & Heldeweg 1990, p. 158.
76 Konijnenbelt 1994, p. 310.
77 Messer & Heldeweg 1990, p. 158.

afweging heeft kunnen betrekken. Is dat niet mogelijk, dan zie ik geen ruimte voor nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel. De 'zelfstandige spankracht van de égalité'[78] is mijns inziens niet zo sterk dat zij ook zou kunnen verplichten tot nadeelcompensatie als bepaalde belangen, gelet op het wettelijke kader, volstrekt niet in de belangenafweging mochten worden betrokken.[79] Ik benadruk nogmaals dat dit niet op hetzelfde neerkomt als de toepassing van het specialiteitsbeginsel bij de vraag of voor *elk* besluit een recht op nadeelcompensatie kan bestaan, doch dat deze benadering wel relevant is wanneer een handelen van de burger een bedrijf als directe schadeoorzaak fungeert.

Voor deze visie kunnen ook aanknopingspunten in de jurisprudentie worden gevonden. Zoals in de vorige paragraaf gesteld heeft de Afdeling herhaaldelijk gesteld dat bij gebonden beschikkingen een nadeelcompensatieplicht niet aan de orde kan zijn, noch op grond van art. 3:4 lid 2 Awb, noch op grond van de égalité als zelfstandige rechtsbeginsel.[80] De ontkoppeling van art. 3:4 lid 2 Awb en de égalité heeft blijkens deze jurisprudentie niet tot gevolg gehad dat daarmee een 'superrekkelijke' visie op het recht op nadeelcompensatie is geïntroduceerd. Echter ook bij *niet* gebonden beschikkingen, zien we dat de Afdeling voor het bestaan van een recht op nadeelcompensatie soms relevantie toedicht aan de vraag of het geschade belang in de aan het besluit voorafgaande belangenafweging kon worden betrokken.

> Een omwonende stelde zijn huis tegen een lagere waarde te hebben verkocht doordat in een belendend pand meer dan voorheen feesten en partijen werden gegeven, wat tot een hogere geluidsoverlast leidde. Als aanknopingspunt voor zijn compensatieclaim greep de omwonende aan bij de aan de eigenaar van het pand verleende Drank- en Horecavergunning. Deze vergunning was rechtens onaantastbaar geworden, zodat alleen een op het égalitébeginsel gebaseerde claim kans van slagen had. Het probleem was dat deze vergunning niet veel handvatten bood voor de extra feesten en partijen: de bij de vergunningverlening in aanmerking te nemen belangen waren vooral gelegen in 'sociale hygiëne' en het levensgedrag van leidinggevenden, en niet in het voorkomen van geluidsoverlast voor derden. De rechtbank overwoog dan ook dat de waardedaling niet haar oorzaak vond in de vergunning, maar 'in de wijze waarop A. het gemeenschapshuis sinds de inwerkingtreding van de vergunning exploiteert'. De Afdeling sloot zich aan bij het oordeel van de rechtbank, maar was iets explicieter over de in dit verband aansprakelijkheidsbeperkende rol van het specialiteitsbeginsel: omdat aan de vergunning aan de Drank- en Horecawet geen voorwaarden konden worden verbonden ten aanzien van de wijze van exploitatie van het gemeenschapshuis, was het feit dat het gemeenschaps-

78 Schlössels 2006, p. 61.
79 Als ik het goed zie, dan zit Van Ravels 2010, p. 476-477 ook op deze lijn.
80 ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0552, ABRvS 17 november 2004, LJN AR5835.

> huis door A. op een andere wijze werd geëxploiteerd dan door de vorige beheerder, 'niet het rechtstreekse gevolg van deze vergunning.'[81]

Uit de uitspraak valt af te leiden dat een vergunning alleen als oorzaak van de schade kan gelden als de belangen die daardoor worden aangetast, ook door het vergunningenstelsel worden beschermd. Dat lijkt ook redelijk, omdat de overheid anders aansprakelijk zou kunnen zijn voor de gevolgen van allerlei handelingen van vergunninghouders, zonder dat zij de bevoegdheid heeft om die handelingen nader te reguleren.[82] Op dat punt verschillen vergunningen naar hun aard van andersoortige besluiten (denk aan het *Leffers*-arrest) waarin de handeling van een burger niet als tussenkomende causa fungeert. In die laatste gevallen heeft de overheid goede mogelijkheden om zelf invloed uit te oefenen op de modaliteiten (plaats, duur, moment van inwerkingtreding (overgangstermijn) etc.) van de schadeveroorzakende activiteit. Die mogelijkheid is er niet als een wettelijke regeling een im- of expliciet verbod stelt op het meewegen van bepaalde belangen. Het alsdan wel aansprakelijk kunnen houden van de overheid (door een zelfstandig schadebesluit uit te lokken) zou tot het niet aansprekende resultaat leiden dat de overheid nadeelcompensatieplichtig kan zijn, hoewel zij geen directe hand heeft in het ontstaan van de schade en haar geen mogelijkheden ten dienste staan om invloed uit te oefenen op de modaliteiten van de op basis van de vergunning uitgeoefende bevoegdheid. Deze bezwaren gaan niet alleen op als de nadeelcompensatieplicht wordt gezien als een voorwaarde voor een zorgvuldige belangenafweging. Mocht de rechter worden gevraagd om uitspraak te doen over het bestaan van een plicht om bij wege van *onzelfstandig* schadebesluit te compenseren, en mocht hij die vraag, gelet op de in aanmerking te nemen belangen, ontkennend beantwoorden, dan is het vanuit een oogpunt van proceseconomie wel te bepleiten dat hij tevens zijn standpunt bepaalt over de mogelijkheid om een *zelfstandig* verzoek om nadeelcompensatie in te dienen. Indien 'doorschuiven' niet aan de orde kan zijn, dan valt er veel voor te zeggen dat de rechter dit ook met zoveel woorden tot uitdrukking brengt.

Het specialiteitsbeginsel biedt een op het eerste gezicht hanteerbaar aanknopingspunt om te bepalen of de schade redelijkerwijs aan de overheid of aan de vergunninghouder moet worden toegerekend. Messer & Heldeweg wijzen erop dat daarbij ook van belang is of de belangen door een andere wet reeds worden beschermd.[83] De afweging van belangen dient binnen het meest

81 ABRvS 12 november 2003, *AB* 2004, 244, m.nt. BJS.

82 Aldus ook Schueler in zijn noot (*AB* 2004, 244). Vgl. ook Schlössels 1996, p. 94-95, die verdedigt dat bij schade van derden de causaliteitsvraag afhankelijk kan zijn van de beantwoording van de relativiteitsvraag.

83 Messer & Heldeweg 1990, p. 161.

geëigende besluitvormingskader plaats te vinden.[84] Is een ander kader niet aanwezig, dan zal men zich dus moeten verlaten op een studie van het toepasselijke wettelijke kader, om aan de hand daarvan te bepalen of een belang in de afweging kon worden betrokken. Dit wordt vaak als lastig ervaren, omdat men daarin een expliciet antwoord op deze vraag niet altijd zal vinden, zodat het op de interpretatie van het voorschrift aankomt. Het is hier niet de plek om daarop uitvoerig in te gaan.[85] In de voornoemde gevallen van schade door onttrekking van grondwater en de verlening van een exploitatievergunning voor een coffeeshop zou mijns inziens in elk geval kunnen worden verdedigd dat de overheid de bevoegdheid toekwam om in het kader van de vergunningverlening ook gewicht toe te kennen aan de belangen van de bloembollentelers c.q. de omwonenden. Zo biedt art. 14 lid 1 Grondwaterwet de mogelijkheid om aan een vergunning krachtens deze wet voorschriften te verbinden 'ter bescherming van bij het grondwaterbeheer betrokken belangen'. Verdedigbaar is dat daartoe *in elk geval* de belangen van de bollentelers van nabijgelegen percelen behoren. Een van de pijlers van het gedoogbeleid inzake coffeeshops is voorts het voorkómen van overlast van omwonenden.[86] Een en ander biedt een indicatie dat in beide gevallen de derde-belangen inderdaad werden beschermd door het relevante vergunningstelsel, zodat deze bevoegdheidsuitoefening als causa van het nadeel van de omwonenden kan gelden.[87] Benadrukt zij dat daarmee een schadeplicht van de overheid nog niet is gegeven, aangezien de schade ook speciaal en abnormaal dient te zijn. Bij de (voor)vraag *of* een rechtstreeks causaal verband (vgl. art. 6:98 BW) bestaat, kan het specialiteitsbeginsel echter een bruikbaar, en meer geobjectiveerd aanknopingspunt bieden dan het nogal gevoelsmatige, en mogelijk toch nog niet geheel verlaten, 'openbaar belang'-criterium.

9.5 De verplichting tot het nemen van een onzelfstandig schadebesluit bij 'ernstige schade'

9.5.1 Inleiding

Deze en de volgende paragraaf zijn gewijd aan de vraag wanneer een bestuursorgaan nog verplicht is om nadeelcompensatie te verstrekken om de proportionaliteit in een besluit te bereiken. Hoewel een zelfstandige beoordeling van

84 Schlössels 2001, p. 35, die wijst op Rb Rotterdam 27 september 1999, *JB* 1999, 75, m.nt. RJNS. Mogelijk zou de WRO ook in ABRvS 12 november 2003, *AB* 2004, 244, m.nt. BJS soelaas hebben kunnen bieden.

85 Zie voor enige lijnen in de rechtspraak Schlössels 2001, p. 42-43 en Schlössels 2009, p. 521 e.v.

86 In het OM-beleid wordt gesproken van de 'AHOJG-criteria' als 'pijlers' van het softdrugsbeleid, waarbij 'O' staat voor 'voorkomen van overlast'.

87 Vgl. Schlössels 2002, p. 186. Zie voor een toepassing ABRvS 10 september 2003, LJN AJ3284.

verzoeken om nadeelcompensatie op pragmatische overwegingen te verkiezen is boven de onzelfstandige schadeconstructie, is het de vraag of de weg van het onzelfstandig schadebesluit helemaal is afgesloten. Vucsán heeft beargumenteerd waarom het onzelfstandig schadebesluit zich eigenlijk niet goed verdraagt met de mogelijkheid om *daarnaast* de weg van het zelfstandig schadebesluit te bewandelen. Hij stelt terecht de vraag hoe een en hetzelfde schadeveroorzakende besluit zowel rechtmatig (bij het inroepen van de égalité als zelfstandige bron van verbintenissen) als onrechtmatig (bij het inroepen van de égalité als voorwaarde voor een zorgvuldige belangenafweging) kan zijn. Tegenover dit dogmatische bezwaar staat zijns inziens maar één voordeel van het onzelfstandig schadebesluit, namelijk dat men deze weg kan volgen 'indien men twijfelt aan de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit'.[88] Volgens hem weegt dit praktische voordeel echter niet op tegen de dogmatische bezwaren van het onzuiver schadebesluit, zodat hij pleit voor de exclusiviteit van het zelfstandig schadebesluit.[89] Ook veel andere schrijvers hebben gepleit voor het afschaffen van het onzelfstandig schadebesluit.[90]

In een noot in *AB Klassiek* uit 2003 merkte Van Buuren haast terloops op dat er nog wel degelijk ruimte zou zijn om het schadeaspect in de aan het besluit voorafgaande belangenafweging te betrekken. Een bestuursorgaan zou mogen verwijzen naar de mogelijkheid een zelfstandig schadebesluit aan te vragen 'zolang de schade niet een voor de betrokkene excessief karakter heeft'.[91] Datzelfde jaar introduceerde de Afdeling een vergelijkbaar criterium in een aantal uitspraken die betrekking hadden op de aanwijzing van een gebied als speciale beschermingszone. Een ondernemer claimde schadevergoeding in verband met gemiste jachtdagen. De Afdeling:

> 'De Afdeling overweegt dat de door appellant gestelde schade wegens gemiste jachtdagen – nog afgezien van de vraag of deze schade optreedt als gevolg van het aanwijzingsbesluit – niet kan worden aangemerkt als zodanig ernstige schade dat verweerder het bestreden besluit niet op zorgvuldige wijze had kunnen nemen zonder zich vooraf de belangen van appellant aan te trekken.'[92]

88 Vucsán 2000, p. 125-135.

89 Vucsán 2000, p. 134.

90 Schlössels 2002, p. 181-182 en p. 190, F.A.M. Stroink, noot onder ABRvS 27 augustus 2003, *JB* 2003, 289, Van der Feltz 2003, p. 217, De Graaf, noot bij ABRvS 29 september 2004, *AB* 2005, 46, De Vries Robbé 2002, p. 188, Damen e.a. 2005, p. 515-516.

91 Van Buuren 2003, p. 135. Zie in dat verband ook zijn noot bij HR 6 december 2002, *AB* 2004, 17 (*Pannenkoekenhuis De Kabouter*): 'In veel gevallen is (…) de schade niet van die omvang dat een belanghebbende onmiddellijk "boter bij de vis" toekomt. Het beroep tegen het schadeveroorzakende besluit (met daarin opgenomen een afwijzend onzelfstandig schadebesluit) mag dan worden afgewezen.'

92 ABRvS 9 juni 2003, *BR* 2004, 686, m.nt. BPMvR, ABRvS 8 december 2004, LJN-nrs AR7061, AR7064, AR7059, ABRvS 21 februari 2007, LJN AZ9047. Zie ook Van Ravels 2004, p. 83-86.

Hoewel zich dat in casu niet voordeed, sluit de Afdeling niet uit dat er gevallen zijn waarin een besluit niet op zorgvuldige wijze kan worden genomen zonder zich *vooraf* de belangen van de betrokkenen aan te trekken. De Afdeling heeft hier naar mijn idee niet de gevallen op het oog waarin de verplichting tot nadeelcompensatie deel uitmaakt van de belangenafweging omdat de schadeoorzaak zelf niet appellabel is en het égalitébeginsel fungeert als een toetsingsnorm voor overheidshandelen, dat wil zeggen een norm waarvan de schending een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatige (overheids)daad oplevert.[93] Het gaat hier om gevallen waarin de schadeoorzaak wel appellabel is, maar *toch* een verplichting bestaat om een onzelfstandig schadebesluit te nemen, bij gebreke waarvan het besluit onrechtmatig is.

9.5.2 Ernstige schade

Noch in de jurisprudentie van de Afdeling, noch in die van andere bestuursrechters, vindt men een omschrijving van het begrip 'ernstige schade'. De stelling dat het moet gaan 'om schade die zo ernstig is, dat zij aan het nemen van het besluit in de weg staat zolang er niet voor compensatie is zorg gedragen',[94] is op zichzelf juist, maar brengt ons niet veel verder, want de vraag is nu juist *wanneer* dergelijke schade aan het nemen van het besluit in de weg staat. De jurisprudentie bevat in elk geval tal van voorbeelden waarin van ernstige schade *geen* sprake was, zodat kon worden doorgeschoven.

> Genoemd kunnen worden schade door waardevermindering van een bedrijf ten gevolge van de plannen tot herontwikkeling van het stationsgebied in Delft,[95] een mogelijke beperking van gebruiksmogelijkheden van verpachte grond,[96] schade van een autowascentrum door het wegvallen van impulswassingen door de onttrekking aan het openbaar verkeer van een parkeerplaats,[97] schade door een besluit tot aanwijzing van een luchtvaartterrein voor het gebruik van binnen dat gebied gelegen landbouwgronden,[98] schade aan palingvissers ten gevolge van het afschaffen van een 30-dagenregeling (die het hen mogelijk maakte om op het Grevelingenmeer te vissen),[99] omrijschade van een agrariër ten gevolge van het onttrekken van een spoorwegovergang aan het openbaar verkeer,[100] schade van bedrijven door het aanscherpen van een bedieningsregime van bruggen in verband met de

93 Zie over deze gevallen Van Ravels 2004, p. 77.
94 Schueler 2005a, p. 219.
95 ABRvS 23 april 2008, LJN BD0372.
96 ABRvS 29 september 2004, LJN AR2880.
97 Rb Zutphen 16 januari 2008, LJN BC2690.
98 ABRvS 6 maart 2002, LJN AE0183.
99 ABRvS 21 februari 2007, LJN AZ9047.
100 ABRvS 28 december 2005, LJN AU8782. Vgl. ABRvS 29 december 2004, LJN AR8375, sub 2.8.4

wenselijke windbelasting daarvan,[101] schade door een tijdelijk vaarverbod op het kanaal Zutphen-Enschede[102] en tijdsverlies doordat bepaalde vrachtwagens (met aanhanger of oplegger) een bedrijf niet meer konden bereiken, zodat lading moest worden overgeladen.[103]

In deze gevallen was er kennelijk, anders dan in gevallen van ernstige schade, geen sprake van een (mogelijke) disproportionaliteit tussen het doel van het overheidshandelen en de gevolgen daarvan. De vraag is hoe de 'ernstige schade'-jurisprudentie moet worden begrepen. Schueler betoogt in dit verband dat alleen de civiele rechter noodzakelijkerwijs nog een koppeling tussen de égalité en art. 3:4 lid 2 Awb aanbrengt. Indien de *bestuurs*rechter bevoegd is en deze constateert dat het besluit mag worden genomen (omdat aan art. 3:4 lid 2 Awb is voldaan), dan zal het bestuursorgaan zijns inziens steeds moeten kunnen doorschuiven. Dit is volgens hem alleen anders als bestuursorganen ernstige schade voorzien waarbij 'er een reële kans bestaat dat die schade onvergoed blijft'.[104] Sinds de mogelijkheid bestaat om een zelfstandig schadebesluit aan te vragen op grond van de ongeschreven égalité of een nadeelcompensatieregeling, zijn er in het bestuursrecht echter nauwelijks gevallen meer waarin het gevaar bestaat dat de schade, zo zij schade onevenredig zou zijn, onvergoed zou kunnen blijven. Een uitzondering is het geval dat de formele wetgever het onvergoed blijven heeft beoogd, zoals wanneer een schadeoorzaak buiten het bereik van een exclusief bedoelde nadeelcompensatieregeling valt.[105] Omdat de wetgever nadeelcompensatie dan echter niet heeft gewild, kan men, zoals Schueler terecht constateert, moeilijk stellen dat het bestuursorgaan daartoe dan wel, nota bene bij wege van een onzelfstandig schadebesluit, verplicht zou zijn. Omdat er bij appellabele besluiten in het bestuursrecht steeds een rechtsgang open staat om nadeelcompensatie te vragen, zal een bestuursorgaan volgens Schueler slechts in 'uitzonderlijke situaties' verplicht zijn een onzelfstandig schadebesluit te nemen. Wat die uitzonderlijke situaties zijn, wordt mij uit zijn bijdrage niet duidelijk.[106] Daardoor blijft in de lucht hangen welke toegevoegde waarde het criterium van de 'ernstige schade' nu precies heeft voor gevallen waarin de bestuursrechter bevoegd is.

Een mogelijke verklaring van de 'ernstige schade'-jurisprudentie is wellicht dat de constructie van het zelfstandig compensatiebesluit in gevallen waarin onomkeerbare, ernstige schade dreigt – denk aan een dreigend faillissement

101 Rb Rotterdam 23 februari 2002, LJN AE5177, Rb Rotterdam 11 april 2001, LJN AB1024.
102 Rb Almelo 23 februari 2007, LJN AZ9300, bevestigd in ABRvS 31 oktober 2007, LJN BB6805.
103 Rb Arnhem 22 oktober 2001, LJN AD4725.
104 Schueler 2005b, p. 182: 'ernstige inbreuken op het égalité-beginsel maken een besluit disproportioneel als compensatie onvoldoende is gegarandeerd'.
105 Schueler 2005b, p. 179-180.
106 Zie zijn betoog op p. 182-183, waar hij wel wat opties verkent, maar niet tot een nadere duiding van deze uitzonderingssituaties komt. Op p. 180 stelt hij dat bestuursorganen *alleen* verplicht zijn om al bij de voorbereiding van het besluit een beslissing over nadeelcompensatie te nemen 'in gevallen die door de burgerlijke rechter worden beoordeeld'.

als de schade niet op voorhand wordt vergoed – aan de belangen van de getroffen burger onvoldoende tegemoet zou komen. Het tijdstip waarop de schade wordt vergoed, bepaalt in zo'n geval immers in hoge mate de levensvatbaarheid van het bedrijf.[107] Van Ravels stelt in dit verband:

> '[Ernstige schade] zou zich kunnen voordoen in gevallen waarin als gevolg van de omstandigheid dat de schadeveroorzakende maatregel niet gepaard gaat met toekenning van schadevergoeding onherstelbare schade wordt geleden. Onherstelbaar, in die zin dat de schade niet adequaat gecompenseerd kan worden door toekenning van nadeelcompensatie op een later tijdstip.'[108]

Ook los van dit tijdsaspect zijn er mijns inziens redenen waarom een schade niet altijd kan worden doorgeschoven. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een uitspraak over de aanleg van de Sloelijn (een spoorlijn in Zeeland), ten behoeve waarvan een tracébesluit was vastgesteld. Met deze aanleg waren grote belangen gemoeid: er werd een oplossing geboden voor geluid- en trillingsoverlast, de verkeersveiligheid op overwegen werd verbeterd, veiligheidsrisico's werden gereduceerd en er werd spoorcapaciteit gecreëerd om de verwachte economische groei te kunnen opvangen. Eén appellant voerde aan dat de noodzaak van het project niet vaststond, omdat de verwachte prognose aangaande de economische groei waarschijnlijk niet zou uitkomen. De Afdeling was het hiermee niet eens, omdat dit slechts een van de doelstellingen was die met het project werden beoogd. De noodzaak van het project stond dus vast, terwijl uit de uitspraak evenmin bleek dat de geschiktheid van de gekozen middelen een punt van discussie was. Enkele appellanten betrokken echter de stelling dat het tracébesluit ten onrechte was vastgesteld, omdat zij als gevolg daarvan schade zouden lijden. De Afdeling oordeelde daarover:

> 'Bij de beoordeling van de vraag of verweerder het tracébesluit in redelijkheid heeft kunnen vaststellen, dient onder meer te worden betrokken of verweerder heeft onderzocht welke schade mogelijkerwijs kan optreden en of hierbij sprake is van zodanige schade dat deze zwaarder zou moeten wegen dan het belang dat is gediend met de aanleg van de Sloelijn. Zoals in overweging 2.15.6 reeds is geoordeeld, bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat de Trajectnota/MER onvoldoende informatie bevat. Niet is aannemelijk gemaakt dat de continuïteit van individuele agrarische bedrijven onvoldoende is verzekerd.'[109]

De Afdeling sluit blijkens dit citaat niet uit dat er schade zou kunnen optreden die zwaarder weegt dan het belang dat is gediend met de aanleg van de Sloelijn. Het is niet helemaal duidelijk hoe de laatste zin in dit verband precies

---

107 Tjepkema 2005, p. 241, Hoitink & Koetser 2007, p. 338.
108 Van Ravels, noot bij ABRvS 8 november 2006, *AB* 2007, 252, sub 12.
109 ABRvS 3 augustus 2005, LJN AU0427 (sub 2.23).

moet worden begrepen. Indien met de Sloelijn zwaarwegende algemene belangen zijn gemoeid (wat niet werd betwist) en ook de geschiktheid en de noodzaak van het project niet ter discussie staan (wat ook vaststond), dan komt het nog slechts aan op de vraag of het algemeen belang van de aanleg van de lijn opweegt tegen de daardoor geschade belangen. Wat de Afdeling lijkt te willen stellen, is dat, hoe positief de effecten ook zijn die met de aanleg van de Sloelijn worden behaald, dit niet kan betekenen dat een eventueel faillissement van enige bedrijven dan maar op de koop toe moet worden genomen, in het licht van de zwaarwegende algemene belangen in verband met de aanleg van de spoorlijn. De doorgang van een project dat duidelijk positieve effecten sorteert, hangt in de redenering van de Afdeling mede af van de vraag of de continuïteit van een aantal door de spoorlijn getroffen bedrijven is verzekerd. Wellicht moet dat worden verklaard doordat een eventueel doorschuiven van de claim de getroffenen te weinig garanties zou geven dat de continuïteit van hun bedrijf niet in het gedrang komt. Door deze belangen als integraal onderdeel van de aan het tracébesluit voorafgaande belangenafweging te laten meewegen, wordt aan de (ernstig) getroffen belangen wel recht gedaan.

Ook in andere uitspraken over besluiten in de sfeer van de ruimtelijke ordening die voor bepaalde burgers (meestal bedrijven) zeer ernstige gevolgen hebben, vindt men soms een (impliciete) toepassing van de 'ernstige schade'-maatstaf. Het gaat daarbij, net als in de voornoemde uitspraak, vaak om schade door tracébesluiten, op grond waarvan de aanleg van autowegen, spoorwegen of waterwegen mogelijk wordt gemaakt. Dergelijke besluiten kunnen ernstige gevolgen hebben voor – bijvoorbeeld – de bereikbaarheid van bestaande bedrijven en meer in het algemeen voor de mogelijkheid op een bepaalde plek een bedrijf rendabel te exploiteren. Soms moeten gronden worden afgestaan, soms wordt het bestaande wegenstelsel dusdanig omgelegd of komen bedrijven zodanig dicht in de buurt van het beoogde (infrastructurele) project te liggen dat een rendabele voortzetting van het bedrijf ter plekke niet meer mogelijk is. In dit soort gevallen kan niet altijd zonder meer worden doorgeschoven.

> Door de herziening van een streekplan kwam het voortbestaan van een biologische melkveehouderij in het geding. De eigenaar stelde dat provinciale staten ten onrechte niet met een concreet voorstel of aanbod waren gekomen tot compensatie van de door hem te lijden schade. De Afdeling stond voor de vraag of het bestuursorgaan de concrete beleidsbeslissing in redelijkheid had kunnen vaststellen, of dat de schade van de appellant zo ernstig was dat de aanleg van de weg geen doorgang kon vinden. Uiteindelijk stelde de Afdeling vast dat het bestuursorgaan overeenstemming had bereikt over de compensatie van de gronden en vervangende gronden had aangeboden. Ook was aan de eigenaar toegezegd dat hij zou worden gecompenseerd voor overige posten, zoals het geschikt maken van de gronden voor biologische bedrijfsvoering. Voor zover het ging om schade die thans nog niet kon worden voorzien, zou een beroep op art. 49 WRO of in het kader van een verzoek om nadeelcompensatie kunnen worden gedaan. De Afdeling concludeerde al met al dat provinciale staten zich in redelijkheid op het standpunt konden stellen

> dat niet gevreesd hoefde te worden voor het voortbestaan van het bedrijf van appellant: 'Gelet hierop hebben provinciale staten bij de afweging van de belangen met de mogelijke schade voor appellanten (…) voldoende rekening gehouden.'[110]
> De aanleg van de Hanzelijn had voor één appellant een 'blijvende bedrijfsbeperking' tot gevolg. Om aan deze schade tegemoet te komen werd onder meer onderzocht of vervangende gronden konden worden verworven en werd voorts gedacht aan de totale reconstructie van het woonhuis en de bedrijfsgebouwen. De Afdeling besloot: 'Verweerder heeft zich derhalve vooraf rekenschap gegeven van de gevolgen van het tracébesluit voor het bedrijf van appellanten en de te nemen maatregelen om deze gevolgen te ondervangen. Weliswaar bestond er bij het nemen van het tracébesluit geen definitief inzicht omtrent de uitkomst van de schadeloosstelling, maar de Afdeling is niet gebleken dat verweerder het bedrijfsbelang in onvoldoende mate bij de besluitvorming heeft betrokken'.[111]
> Een tracébesluit had voor veel bedrijven nadelige gevolgen. Voor veel van hen overwoog de Afdeling dat verweerder redelijkerwijs had kunnen doorschuiven. Dit gold echter niet voor een discotheek, waarvoor het tracébesluit 'aanzienlijke negatieve gevolgen' had: het kon ter plaatse niet langer worden voortgezet. Volgens de Afdeling had verweerder, door ook in dit geval door te schuiven, aan de belangen van de discotheek onvoldoende recht gedaan. 'Onder deze omstandigheden had verweerder, met het oog op een zorgvuldige voorbereiding van het besluit, voorafgaand aan de vaststelling van het tracébesluit moeten onderzoeken of en, zo ja, op welke wijze die gevolgen kunnen worden beperkt. Daarbij kan worden gedacht aan ondersteuning bij de verplaatsing van het bedrijf.'[112]

Deze jurisprudentie staat ook toe dat een parallel met artikel 14 Grondwet en het regime bij (de facto-)ontneming van eigendom onder art. 1 EP EVRM wordt gelegd. Art. 14 Grondwet schrijft voor dat onteigening alleen kan plaatsvinden in het algemeen belang, op basis van een formeelwettelijke grondslag *en* tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling. Bij dat laatste is de wetgever ervan uitgegaan dat alleen tot daadwerkelijke onteigening mag worden overgegaan indien de rechter een onherroepelijk oordeel over de schadeloosstelling heeft gegeven.[113] *Zonder* een voorafgaande vergoeding is de onteigening *on*rechtmatig.[114] Het EHRM heeft onder artikel 1 EP EVRM voorts regels ontwikkeld die in acht moeten worden genomen bij de ontneming van eigendom. Daarbij kan het gaan om *formele* onteigeningen, maar ook om *feitelijke* ontneming van eigendom ('de facto-ontneming'). Bij dat laatste moet worden gedacht aan de situatie dat er geen sprake is van onteigening via een wettelijke procedure en er dus geen formele eigendomsoverdracht plaatsvindt, maar

110 ABRvS 9 april 2008, LJN BC9075. Zie ook ABRvS 6 maart 2002, LJN AE0183, sub 2.8.3 (niet aannemelijk was dat het voortbestaan van een aantal agrarische bedrijven in het gevaar kwam).
111 ABRvS 29 december 2004, LJN AR8375.
112 ABRvS 5 november 1998, *JB* 1999, 7.
113 Barkhuysen & Van Emmerik 2002, p. 112.
114 Zie ook Hennekens 2000a, p. 316.

de gelaedeerde ten gevolge van de besluitvorming van het bestuur *de facto* elk zinvol genot van de eigendom wordt ontnomen, zodat het eigendomsrecht in de kern wordt geraakt. De toekenning van schadevergoeding is ook in dat geval een noodzakelijke voorwaarde voor de rechtmatigheid van het overheidshandelen.[115] Meer in het algemeen geldt dat bij (de facto-)ontneming van eigendom aan het bestuursorgaan hoge eisen worden gesteld en dat een overheidsmaatregel die tot effect heeft dat goederen (formeel of *de facto*) worden ontnomen niet rechtmatig is zonder dat voor deze inbreuk op het genot van eigendom een compensatie is gegeven. Aangenomen moet worden dat in zulke gevallen de gelaedeerde voor zijn claim niet naar een aparte schadevergoedingsprocedure kan worden doorgeschoven.[116] Ook onder het regime van de *regulering* van eigendom kan overigens sprake zijn van een dusdanig zware inbreuk dat 'boter bij de vis' dient te worden gegeven. Ik sluit bijvoorbeeld niet uit dat in de *Paul Krugerbrug*-casus, zo deze zich thans zou voordoen, de claim van de scheepswerf niet zonder meer zou kunnen zijn doorgeschoven.[117] Ook al was er geen sprake van onteigening en ging het beschikkingsrecht over de scheepswerf (of het perceel waarop het gelegen was) niet in overheidshanden over (zodat geen sprake was van onteigening of de facto-ontneming van eigendom), door de verlening van de vergunning voor de bouw van een vaste brug, was de werf ter plekke niet langer levensvatbaar, terwijl in 'echte' égalitésituaties in de regel nog wel (relevante) gebruiksmogelijkheden blijven bestaan.

Vanzelfsprekend is er een – zeker vanuit het schadevergoedingsoogpunt – rechtens relevant verschil tussen de situatie dat de schade in overheidshanden overgaat (de meest vergaande inbreuk op eigendom) en de situatie dat het gebruiksrecht over een goed geheel of deels behouden blijft, zelfs al wordt wel een ernstige inbreuk gemaakt op de bestaande gebruiksmogelijkheden.[118] Er is naar mijn idee in zoverre echter een parallel tussen de 'ernstige schade'-jurisprudentie enerzijds en het regime bij *de iure*- of *de facto*-ontneming van eigendom anderzijds, dat er *ook* in het eerste geval, hoewel daarin formeel van onteigening geen sprake is, sprake kan zijn van een dusdanig zware inbreuk op het (eigendoms)recht dat net als in het onteigeningsregime vooraf zekerheid dient te worden geboden ten aanzien van de vraag in welke mate hij op nadeelcompensatie aanspraak kan maken. Naar mijn idee bestaat er een verplichting tot compensatie in het kader van een evenredige belangenafweging alleen als de overheidsmaatregel leidt tot een *als de facto-onteigening aan te merken inbreuk op het eigendomsrecht of althans een dusdanig zware inbreuk*

115 EHRM 22 september 1982, Series A. no. 52, § 63 (*Sporrong and Lönnroth*), EHRM 31 oktober 1995, klachtnr. 14556/89 (*Papamichalopoulos t. Griekenland*). Vgl. Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 66 e.v., Bulterman 2005, p. 200.

116 Barkhuysen & Tjepkema 2006, p. 182. Zie ook Hoitink 2006, p. 39.

117 Aldus ook Van Ravels, noot bij ABRvS 8 november 2006, *AB* 2007, 252, sub 12.

118 ABRvS 11 juni 2008, LJN BD3621. Zie ook Van Ravels 2005a, p. 79 e.v. en Van Ravels 2006b, p. 223 e.v.

op het eigendomsrecht dat een feitelijk genot van de eigendom niet meer mogelijk is. Het bereik van de 'ernstige schade'-jurisprudentie is mijns inziens dus beperkt tot ernstige (blijvende, onherstelbare) inbreuken op het eigendomsrecht. De hiervoor genoemde uitspraken over tracébesluiten laten daarvan voorbeelden zien: in deze gevallen was een rendabele voortzetting van een bedrijf op een bepaalde plek niet meer mogelijk. Het is mijns inziens geen toeval dat de Afdeling juist in deze uitspraken de nadruk legt op het *voorafgaand* aan het besluit zelf inzicht bieden in de vraag of, en zo ja in welke mate, de betrokken bedrijven op nadeelcompensatie aanspraak kunnen maken.

Indien een geval van ernstige schade aan de orde is, zal het bestuursorgaan de ernstig geschade of te schaden belangen daadwerkelijk in de afweging moeten betrekken. Het is – theoretisch – denkbaar dat uit die afweging de conclusie wordt getrokken dat de aantasting van de individuele belangen niet tegen de algemene belangen opweegt. In dat geval zal het project geen doorgang mogen vinden; de eventuele toekenning van nadeelcompensatie kan daaraan niet afdoen. Staan de individuele belangen niet aan het project in de weg, dan verplicht art. 3:4 lid 2 Awb het bestuur zich een oordeel te vormen over de vraag in hoeverre nadeelcompensatie geboden is. Het oordeel daarover maakt een integraal onderdeel uit van het besluit zelf. Is de (ernstig) gelaedeerde het met het oordeel van het bestuursorgaan over de wijze waarop met zijn belangen rekening is gehouden, niet eens, dan kan hij het besluit zelf aanvechten en hierover uiteindelijk een rechterlijk oordeel verkrijgen. Luidt diens oordeel dat met de belangen onvoldoende rekening is gehouden – bijvoorbeeld omdat de vervangende gronden die worden aangeboden veel minder gunstige exploitatiemogelijkheden bieden dan de gronden die nodig waren om het project doorgang te kunnen laten vinden – dan zal het bestuursorgaan zich over andere oplossingen moeten beraden, waartoe naast de mogelijkheid van nadeelcompensatie in natura onvermijdelijk ook een eventuele compensatie in geld (omdat er bijvoorbeeld geen geschikte vervangende gronden *zijn*) behoort.

Deze relatief sterke positie van de burger – die kan beletten dat een besluit wordt genomen alvorens afdoende met zijn belangen rekening is gehouden – ontslaat hem niet van de 'normale' in het schadevergoedingsrecht geldende verplichtingen. Zo draagt hij de bewijslast van het bestaan van ernstige schade[119] en zal hij tevens de aard en omvang van de schade moeten preciseren.[120] Een verplichting zich de belangen reeds in het kader van de belangenafweging aan te trekken bestaat niet indien de ernstige schade slechts wordt gevreesd.[121] Vanzelfsprekend bestaat deze verplichting evenmin indien de

119 ABRvS 23 november 2005, *AB* 2006, 310, m.nt. FRV.
120 ABRvS 20 augustus 2003, LJN AI1199, ABRvS 3 september 2003, LJN AI1791.
121 Rb Maastricht 26 juli 2005, LJN AU1341, ABRvS 28 september 2006, LJN AY9389.

schade wel ernstig is, maar de gelaedeerde er niet in slaagt het causaal verband tussen de overheidsmaatregel en de schade te bewijzen.[122]

9.6 Medeverantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor het ontstaan van schade

9.6.1 Inleiding

Met de gevallen van 'ernstige schade' is een eerste categorie van gevallen besproken waarin het onzelfstandig schadebesluit nog toekomst heeft. In deze paragraaf wil ik stilstaan bij een tweede situatie, namelijk de situatie dat een bestuursorgaan zelf 'boter op het hoofd' heeft voor het ontstaan van een situatie, die tot een bepaald rechtmatig overheidshandelen noopt. Daarbij moet primair worden gedacht aan de situatie dat de overheid gerechtvaardigd vertrouwen wekt (bijvoorbeeld een toezegging doet) en een burger op basis daarvan tot investeringen overgaat. Als achteraf blijkt dat de toezegging ten onrechte werd gedaan (bijvoorbeeld omdat zij berustte op een verkeerde interpretatie van het bestuursorgaan van de toepasselijke voorschriften), dan wordt soms, wanneer het vertrouwen gerechtvaardigd was, een verplichting tot nadeelcompensatie aanvaard. Daarbij wordt soms art. 3:4 lid 2 Awb in stelling gebracht.

Van den Berk heeft als één van de eerste auteurs op deze 'twijfelgevallen' gewezen. Hoewel ten tijde van haar proefschrift uit 1991 de weg van het onzuivere schadebesluit de (enige) aangewezen weg was om in buitenwettelijke gevallen nadeelcompensatie te verkrijgen, zag zij scherp het verschil tussen situaties waarin de rechtmatigheid van het overheidshandelen niet ter discussie stond, en gevallen die in haar woorden 'balanceren' op de grens van rechtmatig en onrechtmatig. In haar visie kon met name in sommige handhavingsgeschillen de vergoeding van schade een wezenlijk onderdeel uitmaken van de, aan de beslissing voorafgaande, behoorlijke evenredige afweging van alle betrokken belangen.[123] Als voorbeeld noemt zij onder meer het geval waarin een inwoner van Amersfoort werd aangeschreven om, op straffe van bestuursdwang, een tennisbaan te verwijderen vanwege strijd met het bestemmingsplan. Voor deze tennisbaan was echter een vergunning verleend, zodat de vergunninghouder de baan had aangelegd in het 'gerechtvaardigd te achten vertrouwen dat vanwege verweerders was gewekt met betrekking tot het geoorloofd zijn dier verrichtingen'. De aanzegging van bestuursdwang *zonder* na te gaan of de kosten moesten worden vergoed, kon daarom niet door de beugel. Van den Berk bespreekt ook enkele andere voorbeelden, zoals de intrekking van een vergunning en het na een aanvankelijke toezegging alsnog weigeren van een vergunning. Zij concludeert vervolgens dat deze zaken gemeen hebben dat

122 ABRvS 14 januari 2004, LJN AO1647.
123 Van den Berk 1991, p. 50 e.v.

door toedoen van de overheid aan gewekte verwachtingen en/of gevestigde aanspraken van burgers afbreuk wordt gedaan. In een zodanig geval:

> '(…) eist het rechtszekerheidsbeginsel en/of het vertrouwensbeginsel (zorgvuldigheid en/of goede trouw) van de overheid dat zij zich de belangen aantrekt bij het bepalen van haar verdere handelwijze. Door haar betrokkenheid bij het ontstaan van deze belangen van burgers wordt de overheid daarvoor (mede) verantwoordelijk. De overheid moet de schade vergoeden omdat het onrechtmatig is deze door haar toedoen bedreigde belangen van de betrokken burger(s) niet af te wegen en zich bij haar verder handelen aan te trekken en de eventueel ontstane schade niet te vergoeden. In deze gevallen vormt het vergoeden van schade een wezenlijk onderdeel van de, aan de beslissing voorafgaande, behoorlijke evenredige afweging van alle betrokken belangen.'[124]

Interessant is de verwijzing naar de '(mede)verantwoordelijkheid' naar het bestuur. Dit begrip komt ook voor in de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep, die in meerdere uitspraken heeft overwogen dat een werkgever een zodanige medeverantwoordelijkheid kan dragen voor het ontstaan van een slechte werkverhouding met een ambtenaar dat een (op zichzelf rechtmatig) ontslagbesluit alleen kan worden genomen onder gelijktijdige toekenning van schadevergoeding op grond van art. 3:4 lid 2 Awb. Daarbij wordt gekeken naar het gedrag dat namens beide partijen heeft geleid tot het disfunctioneren van de ambtenaar in kwestie.[125] In de uitspraken die ik hierna zal bespreken zijn deze 'gedragingen' vooral gelegen in het wekken van vertrouwen, hoewel niet is uitgesloten dat ook andersoortige gedragingen tot medeverantwoordelijkheid voor het ontstaan van schade kunnen leiden.[126]

Met het voorgaande zijn enige contouren verkend van het type situatie waarbij ik in deze paragraaf uitvoeriger stil wil staan. Kan voor deze benadering nog steeds steun worden gevonden in de jurisprudentie? Hoe verhoudt zij zich tot de mogelijkheid om op basis van het égalitébeginsel een afzonderlijk schadebesluit aan te vragen? Is het wenselijk ook in dit soort gevallen art. 3:4 lid 2 Awb als rechtsgrondslag voor nadeelcompensatie in 'twijfelgevallen' te behouden, of is er wellicht ruimte voor het vertrouwensbeginsel als *afzonderlijke* grondslag voor nadeelcompensatie, zoals Schueler stelt?[127] In de volgende paragraaf wil ik eerst enkele voorbeelden bespreken waarin de door Van den Berk bespeurde lijn (nog steeds) valt te herkennen, gevolgd door een analyse (§ 9.6.4) en een slotparagraaf waarin ik een drieledige verhouding van het égalitébeginsel tot het vertrouwensbeginsel onderscheid.

---

124 Van den Berk 1991, p. 54.

125 Zie o.m. CRvB 12 juni 2003, *TAR* 2003, 174 en CRvB 4 maart 2004, *TAR* 2004, 65 en voor vergelijkbare uitspraken Schueler 2002, p. 121 en Schueler 1998, p. 340.

126 Zie Schueler 2002, p. 170 (aan het bestuur te wijten onduidelijkheid over interpretatie van het begrip 'afvalstof').

127 Schueler 2002, p. 149.

9.6.3 Voorbeelden van twijfelgevallen uit de jurisprudentie

Twijfelgevallen hebben zich incidenteel voorgedaan bij besluiten tot handhaving of gedogen. In sommige uitspraken heeft de Afdeling bestuursrechtspraak aanvaard dat een op zichzelf rechtmatig handhavings- of gedoogbesluit slechts mag worden genomen met inachtneming van de daardoor getroffen belangen in het kader van de aan dit besluit voorafgaande belangenafweging. Men zou kunnen spreken van het 'boter op het hoofd = boter bij de vis'-principe. Eerst wil ik enkele voorbeelden van nadeelcompensatie bij rechtmatig handhaven bespreken.

9.6.3.1 Handhavingsbesluiten

Dat uitgerekend het *handhavings*recht voorbeelden van twijfelgevallen laat zien, zal sommigen wellicht verbazen. Waarom zou de overheid moeten betalen voor de handhaving van het recht?[128] Het antwoord moet worden gezocht in de overwegingen op grond waarvan het noodzakelijk kan zijn om tot handhaving over te gaan. Als de overtreder zelf verantwoordelijk is voor het ontstaan van een illegale situatie, ligt het inderdaad niet in de rede dat de overheid nadeelcompensatieplichtig zou zijn. Zoals de Afdeling overwoog in een zaak over een met het bestemmingsplan strijdige bewoning van een bedrijfspand, valt het niet in te zien waarom 'burgemeester en wethouders appellant dienen te compenseren voor de omstandigheid dat er een einde komt aan een illegale situatie *in het ontstaan waarvan hij zelf de hand heeft gehad*.'[129] Wie zich willens en wetens in een met de wet strijdige situatie heeft gebracht, moet de daardoor ontstane schade zelf ook maar dragen.

Anders kan het echter liggen als de illegale situatie ontstaat doordat de overtreder in het gerechtvaardigde vertrouwen verkeerde dat zijn handelwijze geoorloofd was.[130] In de jurisprudentie zijn verschillende voorbeelden te vinden, die gemeen hebben dat de burger aan het handelen van de overheid het vertrouwen ontleende, en ook mocht ontlenen, dat niet handhavend zou worden opgetreden. Duidelijk is dat de verwachtingen met name sterk zullen zijn wanneer de overheidshandeling zeer expliciet is gericht op het wekken

128 Vgl. Jurgens 1996, p. 150 en Michiels 1995, p. 37, die het compenseren van overtreders een 'riskante benadering' noemt. Zie ook het standpunt van verweerder in CBB 18 november 2003, LJN AO1000: 'de vergoeding van schade druist in tegen het reparatoire karakter van bestuursdwang en leidt ertoe dat justitiabele beter wordt van het overtreden van voorschriften.'

129 ABRvS 13 november 2002, LJN AF2062 (curs. MT). Zie ook ABRvS 23 juni 2004, LJN AP3399, ABRvS 24 juli 2002, *AB* 2002, 379 en ABRvS 2 maart 2005, LJN AS8403.

130 Vgl. Michiels 1995, p. 37: er is plaats voor compensatie 'ingeval het bestuursorgaan door het toepassen van een sanctie de overtreder per saldo een nadeel bezorgt voor het ontstaan waarvan het orgaan in belangrijke mate verantwoordelijk is'.

van vertrouwen, zoals een uitdrukkelijke mededeling dat geen vergunning vereist is,[131] dat gebruik van een woning als detailhandel van gemeentewege ongemoeid zal worden gelaten,[132] of dat geen bezwaar bestaat tegen uitbreiding van een terrasvergunning noch tegen het plaatsen van windschermen.[133] Een mooi voorbeeld is ook het volgende.

> B&W van Son en Breugel deelden aan Van de Laar bevoegdelijk en schriftelijk mee dat ingevolge art. 43 Woningwet voor de realisering van een door Van de Laar gewenste carport geen bouwvergunning vereist was. Daarop bouwde Van de Laar de carport. Naderhand bleek de carport niet te voldoen aan art. 43 Woningwet; er was wel een bouwvergunning nodig. De carport stond er al; legalisatie bleek onmogelijk. De Voorzitter van de Afdeling meende dat B&W het verzoek van Van de Laar om zijn carport te laten staan en niet te handhaven, terecht hadden afgewezen. Daarbij hechtte de Voorzitter mede waarde aan het feit dat verweerders bereid bleken de kosten die waren gemoeid met de bouw en de afbraak van de carport, voor hun rekening te nemen.[134]

In casu stonden er derhalve twee belangen tegenover elkaar: het algemene belang dat is gediend met de handhaving van het planologisch regime, en het individuele belang van Van de Laar bij het bouwwerk. De Afdeling laat uiteindelijk het eerste belang zwaarder wegen, maar lijkt daaraan wel de voorwaarde te verbinden dat een compensatie wordt gegeven.

9.6.3.2 Gedoogbesluiten

Ook bij *gedoogbesluiten* kan een verplichting tot het nemen van een onzelfstandig schadebesluit bestaan. In een uitspraak uit 1997 ging het om het volgende. B&W van Noordwijk verleenden vergunning voor de bouw van een garage. Later werd de vergunning naar aanleiding van bezwaren van een derde herroepen. De garage stond er inmiddels en B&W namen een gedoogbesluit, nu bij de overtreder gerechtvaardigd vertrouwen zou zijn gewekt. Een derde kwam tegen dit besluit in het geweer. De Afdeling twijfelde: er was sprake van een substantiële overschrijding van de maximaal toegestane goothoogte. Bovendien ondervond de derde veel hinder: de garage stond slechts op enkele meters afstand van diens zomerwoning. Toch zag de Afdeling ruimte om te gedogen, zij het dat B&W wel dienden te bezien of door middel van een nadeelcompensatie het 'rechtens vereiste evenwicht in de hun voor ogen staande gedoogbeslissing zou kunnen worden bereikt.'[135]

---

131 Zie bijv. Vz ARRvS 22 januari 1985, *AB* 1986, 278.
132 Rb Breda 22 januari 1991, *BR* 1991, 918 met een vervolg in Hof Den Bosch 9 november 1992, *BR* 1993, 815.
133 Pres. Rb Roermond 12 april 1996, *JB* 1996, 64, m.nt. RJNS.
134 Vz ABRvS 17 januari 1994, *AB* 1994, 385, *Gst*. 1995, 7007, 5, m.nt. B.
135 ABRvS 16 juni 1995, *AB* 1996, 85 (*Noordwijk*).

Dit geval is door verschillende schrijvers als een twijfelgeval bestempeld, waarin niet het égalitébeginsel, maar art. 3:4 lid 2 Awb als grondslag voor de nadeelcompensatie fungeert.[136] Ook ik heb zulks bepleit, opnieuw met een verwijzing naar de 'medeverantwoordelijkheid' van het bestuursorgaan bij het ontstaan van een situatie waarin bij burgers verwachtingen ontstaan omtrent de geoorloofdheid van hun gedrag.[137] De redenering van de Afdeling is kennelijk dat het bestuursorgaan enige vrijheid heeft om bij de aanwezigheid van een bijzondere omstandigheid (in casu de schending van het vertrouwensbeginsel) niet te handhaven, maar als het genoodzaakt is een gedoogbesluit te nemen omdat het zelf het vertrouwen heeft gewekt, dan kan dit slechts met inachtneming van de belangen van derden. Als het bestuur gedoogt omdat het door hem gewekt vertrouwen niet wenst te beschamen, dan is het in zoverre 'medeverantwoordelijk' voor het ontstaan van de schade van derden. Zou het dan kunnen stellen dat de derde zijn schade op de overtreder moet verhalen, dan wordt een mogelijke aansprakelijkheidsclaim van de overtreder op de overheid (vanwege de schending van het vertrouwensbeginsel) 'afgewenteld' op derde-belanghebbenden. Dat wordt door de Afdeling niet aanvaard.[138]

Er hebben zich sinds 1997 niet veel met de uitspraak *Noordwijk* vergelijkbare zaken voorgedaan. Dat kan waarschijnlijk worden verklaard door de beginselplichtjurisprudentie, die de ruimte van het bestuur om een belangenafweging te maken sterk beperkt. Ook als de overtreder een beroep doet op het vertrouwensbeginsel maar daardoor derdenbelangen in het gedrang komen, zal naar huidig recht in de regel gewoon moeten worden gehandhaafd. Zo kon het beroep op het vertrouwensbeginsel in een uitspraak over het gebruik van een kantoor in strijd met de bestemming (namelijk 'wonen') slagen omdat aan de belangrijke voorwaarde was voldaan dat dit voor omwonenden niet tot extra overlast zou hebben geleid.[139] Zouden dergelijke belangen wel in het geding zijn, dan valt te betwijfelen of een besluit om toch te gedogen en tegelijkertijd schadevergoeding aan te bieden door de bestuursrechter zou zijn gesauveerd.

---

136 Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 126, Schueler 2002, p. 115-116. De disproportionaliteit legt Schueler (p. 115) als volgt uit: "Men moet dan [bij twijfelgevallen rond handhaving en gedogen – MT] vooral denken aan gevallen de overtreder niet wist, en ook niet behoefde te weten, dat hij in overtreding was, terwijl de derde-belanghebbende door het voortduren van die overtreding aanmerkelijk financieel nadeel ondervindt. In het ene geval wordt het vertrouwen van de vergunninghouder geschonden, in het andere geval wordt de rechtszekerheid van de derde-belanghebbende geschonden."

137 Tjepkema 2005, p. 268-270.

138 Zo stelt de Afdeling: 'Niet kan worden aanvaard dat een aansprakelijkheid van de gemeente, voor zover daarvan in dit geval al sprake is, door verweerders zonder meer op appellante wordt afgewenteld.'

139 ABRvS 6 april 1999, *Gst*. 1999, 7108, 8, m.nt. dG.

9.6.2.3 Onjuiste uitleg van EG-recht

Een laatste voorbeeld waarin het onzelfstandige schadebesluit werd ingezet in een situatie dat het bestuursorgaan 'boter op het hoofd' had, is afkomstig uit de CBB-jurisprudentie. In casu ging het om een geval waarin een bestuursorgaan een verkeerde uitleg had gegeven aan het EG-recht.

> Een particulier laboratorium dat actief was op het gebied van de biologische gewasbescherming ten behoeve van de landbouw, was door de directeur van de Plantenziektekundige Dienst (PD) aangewezen als officiële instantie die bevoegd was om door middel van monsterneming onderzoek te doen naar het bestaan van de plantenziekte 'AM' (aardappelmoeheid) en daartoe verklaringen af te geven. Na per 1 juli 2001 als zodanig te zijn aangewezen, werd de aanwijzing een paar jaar later (bij besluit van 2 augustus 2007) ingetrokken. De minister bleek bij nader inzien de toepasselijke communautaire regelgeving verkeerd te hebben uitgelegd. Op grond van een richtlijn dienden de taken die in de richtlijn aan de lidstaten waren opgedragen in beginsel te worden uitgevoerd door officiële instanties van de lidstaat. De lidstaat kon deze taken weliswaar uitbesteden, maar bij het overdragen van deze taak aan privaatrechtelijke instanties gold de voorwaarde dat deze krachtens haar officieel goedgekeurde statuten uitsluitend was belast met specifieke taken van openbaar belang. De instantie mocht echter geen enkel persoonlijk voordeel trekken uit haar onderzoekstaken en -bevoegdheden. In casu kon niet zeker worden gesteld dat er van belangenverstrengeling geen sprake was, aangezien het moederbedrijf (waartoe het lab behoorde) ook (zelfs hoofdzakelijk) commerciële diensten verleende aan aardappeltelers. De minister trok de aanwijzing in teneinde niet in strijd met de richtlijn te handelen, daarmee zijn gedurende zeven jaar andersluidende interpretatie van de richtlijn terzijde stellend. Het lab, die de keuringen op aardappelmoeheid als hoofdactiviteit had, zou door de intrekking waarschijnlijk failliet gaan. Het verzette zich tegen de intrekking en voerde aan dat in strijd was gehandeld met art. 3:4 lid 2 Awb door geen nadeelcompensatieregeling te treffen en geen ruimere overgangstermijn te gunnen.[140]

Het CBB stelde voorop dat de beslissing tot intrekking het gevolg was van de rectificatie van een door de minister zelf gemaakte fout ten aanzien van de interpretatie van de reikwijdte van de richtlijnbepaling. Verweerder had op basis hiervan 'ten onrechte een praktijk in het leven geroepen en jarenlang in stand gelaten (…)'. De stelling dat appellante geacht kon worden het recht te kennen werd verworpen, omdat van haar niet kon worden verwacht dat zij een betere kennis van het communautaire recht had dan verweerder zelf. Bovendien was de eventuele strijd met het communautaire recht niet voorzienbaar. Het CBB besloot:

140 CBB 27 juni 2008, *AB* 2008, 282, m.nt. R. Ortlep.

> 'De omstandigheid dat aan de intrekking van de eertijds aan appellante verleende aanwijzing een aan verweerder toe te rekenen en voor appellante niet voorzienbare fout ten grondslag ligt, is naar het oordeel van het College zodanig bijzonder dat dit niet kan worden geacht tot het normale ondernemersrisico van appellante te behoren. De gevolgen van intrekking van die aanwijzing kan verweerder derhalve niet redelijkerwijs voor rekening en risico van appellante laten. Indien appellante niet tenminste een redelijke termijn ter aanpassing van haar bedrijfsactiviteiten en een tegemoetkoming in de kosten wordt geboden, is het besluit tot intrekking van de aan appellante verleende aanwijzing naar het oordeel van het College niet rechtmatig.'

Ook deze overweging wijst erop dat art. 3:4 lid 2 Awb een rol kan spelen wanneer het bestuursorgaan boter op het hoofd heeft ter zake van het ontstaan bij een burger van een groot financieel belang bij het voortbestaan van een bepaalde situatie.

9.6.3 Analyse

De bovengenoemde gevallen hebben gemeen dat het ontstaan van een positie waarin een burger financieel belang heeft bij het voortbestaan van een bepaalde situatie, mede kan worden teruggevoerd op vertrouwen wekkende gedragingen van het bestuursorgaan. Het is in overwegende mate *dat* (voorafgaande) handelen dat uiteindelijk tot ingrijpen noopt. Zo is in situaties van handhaving het (op zichzelf rechtmatige) handhavingsbesluit een reactie op de voorafgaande, vertrouwen wekkende handelingen. Dat onderscheidt deze gevallen van typische égalitésituaties, waarin de reden om een besluit te nemen niet is gelegen in de 'correctie' van eerdere handelingen van personen wier gedrag aan het bestuursorgaan kan worden toegerekend. De uitspraken laten ook zien dat de rechter het bestuursorgaan alsdan kan verplichten om de nadeelcompensatie bij wege van een onzelfstandig schadebesluit toe te kennen.

Toch wringt er iets. De vraag is namelijk of voor deze onzelfstandige benadering *juist* in de voornoemde gevallen (nog) ruimte bestaat. Bij handhaven en gedogen heeft dit alles te maken met de strenge jurisprudentie inzake de beginselplicht tot handhaving. Deze jurisprudentie heeft de ruimte om te gedogen sterk beperkt. Men kan zich afvragen of een dergelijke sterke beperking van de mogelijkheid voor het bestuur om als 'smeerolie' schadevergoeding aan te bieden wel voldoende ruimte laat voor nuances en of derden door de beginselplichtjurisprudentie niet een te absolute aanspraak op handhaving hebben. De ruimte om aan derden nadeelcompensatie aan te bieden als 'smeerolie' om in een concreet geval niet te hoeven handhaven, lijkt echter zeer gering. De beginselplichtjurisprudentie roept echter ook ten aanzien van de overtreder jegens wie gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt de vraag op of de rechtmatigheid van het handhavingsbesluit snel afhankelijk zal worden gesteld van een aanbod tot schadevergoeding. De jurisprudentie laat zien dat

het met de handhaving van wettelijke voorschriften gemoeide belang door de bestuursrechter zeer hoog wordt aangeslagen. Ook het feit dat een handhavingsbesluit voor de overtreder ernstige financiële gevolgen heeft, maakt een geval nog niet bijzonder.[141] Het is dan ook de vraag of de bestuursrechter ook naar huidig recht nog snel een verplichting zal opleggen om *on*zelfstandig te compenseren. Overtreders jegens wie gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt, zouden daarmee een middel in handen krijgen om de effectuering van een besluit waarmee de met handhaving gediende belangen, die door de bestuursrechter zeer hoog worden aangeslagen, te frustreren. Onenigheid over de omvang van de te verstrekken schadevergoeding zou aldus ook gevolgen hebben voor de mogelijkheid van het bestuur om rechtmatig te kunnen handhaven. De bestuursrechter zal waarschijnlijk niet snel genegen zijn om deze weg open te houden. Illustratief is een geval waarin een burger een beroep kon doen op een rechtens onaantastbaar gedoogbesluit, maar de Afdeling overwoog dat het enkele bestaan van een gedoogbesluit nog niet betekende dat niet kon worden gehandhaafd. Aan de (financiële) belangen van de getroffene werd op geen enkele wijze gerefereerd.[142]

Ook bij de laboratorium-casus kan men in dit verband vraagtekens plaatsen. Enerzijds is de onzelfstandige benadering van het CBB vriendelijk voor de getroffen ondernemer, anderzijds roept deze benadering vanuit een Europees perspectief vragen op. Bij een geconstateerde strijd met het EG-recht zullen nationale bestuursorgaan deze strijd ongedaan moeten maken. Door voor art. 3:4 lid 2 Awb te kiezen, wordt de juiste toepassing van EG-recht afhankelijk van een op nationaal niveau gedaan aanbod tot schadevergoeding. Het is aannemelijk dat een EG-rechter over een dergelijke op art. 3:4 lid 2 Awb-geënte benadering zou oordelen dat de vraag of en zo ja in welke mate schadevergoeding moet worden gegeven, louter een zaak van nationaal recht is en dat de doorwerking van het EG-recht daarvan niet afhankelijk mag worden gesteld.[143] Vanuit dat perspectief heeft juist een losgekoppelde benadering de voorkeur boven de benadering die het CBB kiest.

Als de toegevoegde waarde van art. 3:4 lid 2 Awb beperkt is, roept dit de vraag op of het égalitébeginsel wel een grondslag voor schadevergoeding in dit soort gevallen biedt. Ik zou die vraag ontkennend willen beantwoorden. Immers, de schade die ontstaat doordat, achteraf bezien ten onrechte, gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt, kan men bezwaarlijk aanmerken als een *weloverwogen* veroorzaakt nadeel. Dergelijk vertrouwen is vanzelfsprekend niet 'in het algemeen belang' gewekt, getuige ook het feit dat ook de overheid zelf tot het inzicht is gekomen dat aan de mede door haar toedoen gecreëerde situatie een einde moet komen. Ik voel er daarom weinig voor om het (rechtmatige) 'corrigerende' besluit als hoofdoorzaak van de schade te zien en meen

141 Damen e.a. 2009, p. 710.
142 ABRvS 7 oktober 2009, *JB* 2009, 249, m.nt. C.L.G.F.H.A.
143 Den Ouden 2010, p. 706-707.

dat de schade die ontstaat doordat het bestuursorgaan voorafgaand aan dat besluit gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt niet zonder meer aan dit corrigerende besluit (het handhavingsbesluit of de intrekking van de vergunning bijvoorbeeld) kan worden toegerekend. Het gewekte vertrouwen zie ik veeleer als een zelfstandige oorzaak van de schade. Zie ik het goed, dan zien de schrijvers die betogen dat er geen behoefte bestaat aan het vertrouwensbeginsel als zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie dat anders.[144] Zo ook bijvoorbeeld Verheij:

> 'Als in het algemeen belang een toezegging niet wordt nagekomen, wordt op degene aan wie deze toezegging is gedaan, een last gelegd die abnormaal is juist omdat een toezegging is gedaan, en speciaal juist omdat aan anderen geen toezegging is gedaan.'[145]

Mij zijn uit de nadeelcompensatiejurisprudentie geen voorbeelden bekend waarin de schade ten gevolge van niet nagekomen toezeggingen of door de overheid gemaakte vergissingen op grond van het égalitébeginsel vergoedbaar werden geacht. Ook de Afdeling lijkt de schade ten gevolge van niet nagekomen toezeggingen niet te snel te zien als een 'onevenredig nadelig gevolg' van een besluit waarbij die toezegging niet wordt nagekomen. Te wijzen valt op een zaak waarin de eigenaar van een vuurwerkbedrijf een beroep deed op gewekt vertrouwen krachtens een brief van B&W waarin hem werd medegedeeld hoe hoog de aan hem toe te kennen schadevergoeding zou zijn afhankelijk van het moment waarop hij zijn bedrijfsvoering zou stoppen. De eigenaar maakte uit deze brief op dat hem sowieso *enige* vergoeding zou worden geboden. De Afdeling oordeelde:

> '(…) dat, daargelaten in hoeverre binnen het kader van artikel 15.20 van de Wet milieubeheer betekenis zou kunnen toekomen aan eerder gedane toezeggingen, de informatie in de brief van 1 juli 2002 en de fax van 24 juli 2002 (…) inzake onder meer de toepassing van de Circulaire schadevergoedingen in verband met het Vuurwerkbesluit, algemeen van karakter is en geen toezeggingen bevat. Reeds hierom kan het beroep op opgewekt vertrouwen niet slagen.'[146]

Deze uitspraak laat niet alleen zien dat niet nagekomen toezeggingen niet snel als 'rechtmatige' oorzaak van schade zullen worden aangemerkt, maar ook dat het de vraag is *of* het égalitébeginsel – of een geschreven neerslag daarvan, zoals in casu de Circulaire schadevergoedingen – het meest geëigende toet-

144 Aldus ook Damen e.a. 2005, p. 503, Schlössels 2002, p. 181-182. Schueler 2002, p. 126-129, 169-170 en 193, is genuanceerd: soms kan vertrouwen volgens hem onder het égalité-beginsel vallen, maar hij ziet toch nog ruimte voor het vertrouwensbeginsel als afzonderlijke grondslag voor nadeelcompensatie.

145 Verheij 2002, p. 121.

146 ABRvS 11 oktober 2006, LJN AY9865.

singskader biedt om te beoordelen *of* de overheid aansprakelijk is voor achteraf bezien ten onrechte gewekt vertrouwen. Om te beoordelen of de overheid schadeplichtig is ten gevolge van door haar gewekte, maar niet nagekomen verwachtingen, hangt immers primair af van de vraag of dit vertrouwen *gerechtvaardigd* is gewekt. Niet de aan het égalitébeginsel verbonden criteria van een speciale en abnormale last reiken daarvoor het toetsingskader aan, maar de jurisprudentie en doctrine over het vertrouwensbeginsel. Voor zover toepassing van de criteria uit de jurisprudentie van het vertrouwenbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur ertoe leidt dat het vertrouwen inderdaad gerechtvaardigd was, zal mijns inziens voorts het uitgangspunt moeten zijn dat een verplichting tot schadevergoeding bestaat voor zover naar aanleiding daarvan is gedisponeerd en dit disponeren in causaal verband staat met de handeling die het gerechtvaardigde vertrouwen wekte. Al met al meen ik dat de stelling van Schueler dat ook het vertrouwensbeginsel een zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie kan zijn, niet te makkelijk terzijde mag worden geschoven.[147]

9.6.4 Slotsom: de rol van het vertrouwensbeginsel bij verplichtingen tot nadeelcompensatie

De rol van het vertrouwensbeginsel bij verplichtingen tot nadeelcompensatie is mijns inziens al met al drieledig van aard.

1. In veel gevallen kan geschonden vertrouwen een plaats krijgen in het kader van een toets aan de égalité. Gedacht kan worden aan schade door een beleidswijziging. Indien nieuwe inzichten leiden tot het oordeel dat een wijziging van het beleid nodig is, dan kan het bestuursorgaan daartoe in beginsel dus rechtmatig besluiten. 'Er rust op de overheid geen plicht haar bekendgemaakte beleid steeds ongewijzigd voort te zetten. Sterker nog, goed bestuur vergt nu juist dat het beleid bij tijd en wijle aan nieuwe inzichten – al dan niet in overleg met de betrokken branche – wordt aangepast,' zo stelt Van Ommeren.[148] De jurisprudentie bevat verschillende voorbeelden waarin de schade ten gevolge van een beleidswijziging dan ook aan het zelfstandige égalitébeginsel werd getoetst.[149] Heeft gewijzigd beleid tot gevolg dat een beschikking moet

147 Schueler 2002, p. 126.

148 Zie zijn noot bij HR 22 februari 2002, *AB* 2003, 249 (*Van Vlodrop II*) onder 2. In gelijke zin Verheij 1997, p. 61 en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 238. Voor dit standpunt kan steun worden gevonden in de jurisprudentie. Zie CBB 6 april 2006, *AB* 2006, 224, m.nt. GC en HR 2 juni 1989, *RvdW* 1989, 154 (*Plein 44*, sub 3.2), Hof Den Haag 14 december 1989, *NJ* 1990, 737 (sub 6).

149 Rb Almelo 7 november 2007, LJN BC2411, HR 22 februari 2002, *AB* 2003, 249, m.nt. FvO (*Van Vlodrop II*) onder 2, Hof Den Haag 29 maart 2007, LJN BA3417, HR 15 oktober 2004, *JB* 2004, 387, m.nt. GEvM (*Dierenartsen*).

worden ingetrokken, dan kan ook dat aanleiding zijn tot een beroep op het égalitébeginsel.[150] Andere situaties waaraan kan worden gedacht zien bijvoorbeeld op het handhaven na een lange periode van gedogen.[151] Het illegale karakter van de gedoogde activiteit impliceert mijns inziens dat bij gedogen geen sprake kan zijn van twijfelgevallen, wat onverlet laat dat op grond van de zelfstandige égalité in uitzonderlijke gevallen een recht op nadeelcompensatie kan bestaan.[152]

2. Overheidshandelen kan bij een burger de gerechtvaardigde verwachting doen ontstaan omtrent een bepaalde handelwijze. Als deze verwachtingen vervolgens worden geschonden omdat nieuwe inzichten de overheid *nopen* tot ingrijpen, dan zie ik ruimte om 'door te schuiven' naar het vertrouwensbeginsel als *zelfstandige* grondslag voor nadeelcompensatie. Daarbij zal het vooral om de hiervoor besproken gevallen gaan, waarin de schade ontstaat doordat het bestuursorgaan gerechtvaardigd vertrouwen wekt door feitelijke handelingen, mededelingen of besluiten die berusten op een foutieve interpretatie van het recht. Achteraf kan blijken dat dit vertrouwen niet kan worden gehonoreerd; vaak omdat de belangen van derden worden geschonden, maar bijvoorbeeld ook omdat niet ingrijpen in de illegale situatie leidt tot een schending van Europees recht. In deze gevallen is het dus de voorafgaande, achteraf gezien onjuiste handelwijze van het bestuursorgaan zelf dat tot een nieuw besluit leidt, welk besluit men kan zien als een 'correctie' van die eerdere uitlatingen of besluiten.[153] Zowel het voorbeeld van het laboratorium als dat van de carport in Son & Breugel valt mijns inziens in deze categorie; ook kan worden gedacht aan de casus van een camping in Noordwijk, waarin een campinghouder had gedisponeerd naar aanleiding van mededelingen van een ambtenaar dat een 'inmeting' goed was verricht. Toen dit achteraf toch niet het geval bleek en er werd gehandhaafd, overwoog de Afdeling dat de campinghouder een verzoek om nadeelcompensatie kon doen.[154]

Kenmerk van deze gevallen is dat het bestuursorgaan nauwelijks ruimte heeft om een eigen afweging te maken. De beginselplicht tot handhaving beperkt de ruimte voor de overheid om niet te handhaven immers in aanmerkelijke mate, terwijl ook bij eventuele strijd met Europees recht het uitgangspunt zal zijn dat de schending ongedaan moet worden gemaakt. Dat maakt

150 ABRvS 1 februari 2000, *AB* 2000, 111, m.nt. MSV, ook genoemd door Damen e.a. 2009, p. 409.

151 ABRvS 14 januari 2004, LJN AO1650. Vgl. ABRvS 11 februari 2004, LJN AO3407.

152 Zie nader Tjepkema 2005, p. 255-256.

153 Schueler 2002, p. 170 noemt nog een voorbeeld, namelijk wanneer het bestuursorgaan door het geven van foutieve informatie (verwijtbaar) een bepaalde situatie – waarvan onduidelijk is of zij illegaal is of niet – laat voortbestaan.

154 ABRvS 22 maart 2001, *AB* 2001, 195, m.nt. dG. Schueler 2002, p. 126-127 ziet dit ook als een geval waarin niet zozeer de égalité, maar het vertrouwensbeginsel de nadeelcompensatieplicht 'constitueert'.

de figuur van het onzelfstandig schadebesluit – en daarmee art. 3:4 lid 2 Awb – minder geschikt om als grondslag voor nadeelcompensatie te fungeren. Omdat de handelingen die het vertrouwen wekten bezwaarlijk kunnen worden aangemerkt als een handelingen die in het algemeen belang noodzakelijk zijn, is de égalité voor dit soort gevallen ongeschikt. Niet het égalitébeginsel, maar het (zelfstandige) vertrouwensbeginsel reikt voorts het kader aan om te beoordelen *of* de overheid aansprakelijk is. De in dit verband relevante toetsingsmaatstaven zullen in eerste instantie moeten worden ontleend aan de jurisprudentie en doctrine omtrent het vertrouwensbeginsel. Wanneer de burger is afgegaan op een concrete en individuele toezegging zal er eerder aanleiding zijn om in een compensatie te voorzien dan wanneer het ging om een algemene mededeling of de bron van vertrouwen lag in stilzitten.[155] Ook is van belang dat op een burger de plicht rust mededeling te doen van die feiten waarvan hij moet begrijpen dat zij voor de uit te oefenen bestuursbevoegdheid relevant zijn.[156] Het voert te ver om daarop thans verder in te gaan. Toepassing van de relevante criteria *kan* er in deze gevallen toe leiden dat *alle* (dispositie)schade vergoedbaar wordt geacht. Sommige de jurisprudentie geeft hiervoor steun.[157] Onder toepassing van afdeling 6.1.10 BW (in het bijzonder art. 6:101 BW (eigen schuld)) zijn verminderingen van het recht op nadeelcompensatie echter goed denkbaar.

3. Tot slot is er mijns inziens nog een rol weggelegd voor art. 3:4 lid 2 Awb. De zaken waarin aanleiding kan bestaan om art. 3:4 nog toe te passen, hebben met de onder 2 bedoelde zaken gemeen dat de overheid een inbreuk maakt op *gerechtvaardigde* verwachtingen. Het voornaamste verschil met de onder 2 besproken gevallen is gelegen in de speelruimte van het bestuur in zijn belangenafweging. Ik zie wel ruimte voor art. 3:4 lid 2 Awb als het bestuursorgaan wel iets 'in de melk te brokkelen' heeft. Gedacht kan worden aan het geval waarin een subsidie wordt verstrekt, maar het bestuursorgaan op grond van veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten meent dat ongewijzigde voortzetting van de subsidie niet aan de orde kan zijn. Indien de termijn gedurende welke deze subsidie zou worden verleend, nog niet is verstreken,

155 Zie voor een overzicht Damen e.a. 2009, p. 405 e.v.

156 ABRvS 31 juli 2002, LJN AE6010: een Hoogenveense massagesalonhouder die vérgaand had gedisponeerd op basis van een mededeling dat een massagesalon paste binnen het geldende bestemmingsplan, kon geen aanspraak maken op nadeelcompensatie, omdat hij had moeten begrijpen dat een *erotische* massagesalon niet per definitie in het bestemmingsplan zou passen.

157 Pres. Rb Roermond, 12 april 1996, *JB* 1996, 164, m.nt. RJNS, Vz ARRvS 16 februari 1984, *AB* 1984, 422, m.nt. PCEvW. Zie verder Tjepkema 2005, p. 262-264, waar ik meer voorbeelden noem van zaken waarin de schade van de getroffene ten gevolge van beschaamd vertrouwen geheel werd vergoed. Daar verdedigde ik nog dat in deze gevallen art. 3:4 lid 2 Awb zou moeten worden toegepast. Thans meen ik dat het vertrouwensbeginsel als zelfstandige rechtsgrond voor nadeelcompensatie de voorkeur geniet.

kan er aanleiding zijn om de dientengevolge geleden dispositieschade te vergoeden. In zo'n geval, waarin geen derdebelangen in het geding zijn, bestaat er ook speelruimte voor het bestuursorgaan om de subsidie ongewijzigd voort te zetten. Indien het bestuursorgaan evenwel, alle belangen afwegende, van oordeel is dat dit niet aan de orde kan zijn, zou het mijns inziens verplicht kunnen zijn om gelijktijdig een nadeelcompensatie voor de reeds gedane investeringen toe te kennen. Dat is waar artikel 4:50 lid 2 Awb van uitgaat: *bij intrekking of wijziging van de subsidie* dient een bestuursorgaan de schade te vergoeden die een subsidie-ontvanger lijdt, doordat hij in vertrouwen op de subsidie anders heeft gehandeld dan hij zonder subsidie zou hebben gedaan. Een vergelijkbare rol voor art. 3:4 lid 2 Awb is mijns inziens weggelegd wanneer een onderneming binnen een zeer korte periode wordt geconfronteerd met een volledige ommekeer van het beleid van een bestuursorgaan,[158] of wanneer een bestuursorgaan op basis van nieuwe inzichten tot de intrekking van een vergunning overgaat, maar de termijn gedurende welke de vergunning in elk geval niet zou worden gewijzigd of ingetrokken, niet is verstreken.[159] De inbreuk die dan wordt gemaakt op het vertrouwen, kan aanleiding zijn om art. 3:4 lid 2 Awb toe te passen.

9.7 Bewijslast en onderzoeksplicht

In het restant van dit hoofdstuk wil ik stilstaan bij enkele procedurele gevolgen van de ontkoppelingsjurisprudentie. Een eerste belangrijk gevolg ziet op de verschuiving in de bewijslastverdeling en de onderzoeksplicht. Doordat het bestaan van een recht op nadeelcompensatie niet langer wordt beschouwd als een vraagstuk dat aan de orde moet komen in het kader van de zorgvuldige, aan het besluit voorafgaande belangenafweging, was het primair aan het bestuursorgaan om onderzoek te doen naar de (omvang van de) gestelde schade en de onevenredigheid daarvan. 'Roep maar wat, dan moet het bestuursorgaan het uitzoeken', zo beschrijft Schueler deze lijn in de rechtspraak.[160] Naar huidig recht hoeft het enkele feit dat schade is geleden geen aanleiding voor het bestuur te zijn om een onderzoek in te stellen naar de omvang van dit nadeel en de vraag of dit nadeel voor compensatie in aanmerking dient te komen. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat de ontkoppelingsjurisprudentie dan ook mede procedurele implicaties heeft. Aannemelijk is dat er minder nadruk op de onderzoeksplicht van het bestuur komt te liggen

158 CBB 14 juli 1993, *AB* 1994, 245, m.nt. JHvdV.

159 Vgl. Van Ravels 2002a, p. 325: '[De vergunninghouder mag ervan uitgaan] dat, gedurende de ten tijde van de vergunningverlening voor het bestuursorgaan overzienbare periode, de verleende vergunning niet ingetrokken of gewijzigd zal worden, althans niet zonder schadevergoeding.' Zie ook de noot van Schlössels bij ABRvS 12 december 2001, *Gst.* 7173 (2002), 6.

160 Schueler 2002, p. 123-124. Zie echter mijn relativerende opmerkingen in § 9.2.

(§ 9.7.2), terwijl de bewijsverplichtingen van de gelaedeerde zijn verscherpt (§ 9.7.1).

9.7.1 Meer nadruk op de bewijslast van de gelaedeerde

De ontkoppeling van art. 3:4 lid 2 Awb en de égalité brengt met zich dat het accent in veel mindere mate is komen te liggen op de zorgvuldigheid die het bestuur reeds in de fase van de belangenafweging dient te betrachten ten aanzien van de potentieel (en voorzienbaar) daardoor getroffen burgers. De lijn in het huidige nadeelcompensatierecht lijkt thans veel meer op de hoofdregel zoals die in het civiele recht is neergelegd in art. 150 Rv: 'De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten.' Voor op de onrechtmatige daad gebaseerde vorderingen betekent dit dat de eiser de onrechtmatigheid dient te stellen en te bewijzen, alsook de toerekening van de daad aan de dader en het causaal verband tussen de schade en de onrechtmatige daad.[161]

Er is geen goede reden waarom dit uitgangspunt, dat reeds geldt bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige (overheids)daad, niet ook zou moeten gelden in het nadeelcompensatierecht. Als uitgangspunt heeft te gelden dat degene die stelt te zijn benadeeld, de bewijslast draagt van het bestaan van dit nadeel. Hij draagt dus de bewijslast en zal door het aanvoeren van zoveel mogelijk concrete gegevens moeten aantonen dat hij door het rechtmatige overheidshandelen in een verslechterde situatie is geraakt. De Afdeling heeft zulks in algemene zin overwogen:

> 'Bij een op het égalité-beginsel gebaseerd verzoek om schadevergoeding ligt de bewijslast in de eerste plaats op de verzoeker. [Het lag] derhalve op de weg van appellante gegevens en bescheiden over te leggen die het college nodig had om te kunnen vaststellen of appellante de door haar gestelde schade heeft geleden en op basis daarvan of deze schade het gevolg is van het subsidiebesluit.'[162]

Ook in de literatuur wordt aangenomen dat de aanvrager van een zuiver schadebesluit de stelplicht en de bewijslast draagt.[163] Het is aan de getroffen burger om bij de aanvraag van het zelfstandig schadebesluit de gegevens te overleggen waaruit het bestaan van (onevenredige) schade kan worden afgeleid.

---

161 Giesen 2001, p. 113-117.

162 ABRvS 13 juni 2007, *JB* 2007, 147. Zie ook, in vergelijkbare zin, ABRvS 5 november 2008, LJN BG3376 (sub 2.6.1), Rb Roermond 23 juli 2009, LJN BJ3907, Rb Amsterdam 27 augustus 2008, LJN BF0811, ABRvS 11 juni 2008, LJN BD3621, CBB 27 maart 2008, BC8394, Rb Arnhem 6 maart 2008, LJN BC8747, ABRvS 19 december 2007, LJN BC0536, Rb Amsterdam 5 september 2007, LJN BB7627, Hof Den Haag 12 april 2007, LJN BA4457, ABRvS 15 december 2004, LJN AR7601, ABRvS 22 mei 2002, LJN AE2778, ABRvS 1 februari 2001, *JB* 2001, 86.

163 Schueler 2005a, p. 67 en Schuurmans 2005, i.h.b. p. 120 en 145 e.v.

De bewijslast van de burger strekt zich niet alleen uit tot het bewijs van het feit dat schade is geleden, maar ook tot het bewijs van het causale verband tussen het nadeel en het overheidshandelen.[164] Aangetoond hoeft slechts te worden dat een *condicio sine qua non*-verband bestaat. Het toerekeningsverband hoeft door de eiser dus niet te worden gesteld en bewezen; dit is een rechtsvraag die zich niet voor bewijslevering leent.[165] Belangrijk is voorts dat de bewijslast van de benadeelde zich ook uitstrekt tot de *onevenredigheid* van het nadeel.[166] Het enkele feit dat een bedrijf bijvoorbeeld een omzetdaling heeft geleden, is nog niet een signaal voor het bestuur om een onderzoek te starten naar het gestelde nadeel. Zo stelde de Afdeling in een zaak waarin een aantal winkeliers beweerde schade te lijden doordat een voor hun clientèle belangrijk parkeerterrein onverhoeds was afgesloten, dat appellanten 'niet veel meer dan een vermindering van de omzetten aannemelijk hebben gemaakt'. De enkele aanwezigheid van de onverhoedse maatregel in combinatie met de cijfers waaruit een omzetdaling bleek, was niet voldoende bewijs om de gevolgtrekking te rechtvaardigen dat onevenredig nadeel was geleden.[167] Op dit punt vervullen ook drempelpercentages een belangrijke functie. Indien een bestuursorgaan een drempelpercentage hanteert bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico, zal uit de door de burger overgelegde gegevens bijvoorbeeld moeten blijken dat de schade boven dit percentage uitstijgt. Blijft de schade onder de drempel, dan heeft het bestuur geen plicht tot nader onderzoek naar de omvang van het nadeel; een drempelpercentage verlicht in zoverre diens onderzoeksplicht.[168]

Sinds de ontkoppelingsjurisprudentie is ook het nadeelcompensatierecht dus in die zin 'genormaliseerd' dat, net als bij andere vormen van schadevergoeding, het in eerste instantie aan de gelaedeerde is om te bewijzen *dat* hij nadeel heeft geleden. Hij moet alle feiten stellen die nodig zijn om het door hem beoogde rechtsgevolg te doen intreden.[169] Een vervolgvraag is *hoe* hij aan zijn bewijsverplichtingen kan voldoen. Op dat punt geeft art. 4:2 Awb een richtsnoer: de burger is verplicht de gegevens en bescheiden te verschaffen

164 ABRvS 8 september 2004, *BR* 2005, 142, m.nt. BPMvR, ABRvS 26 november 2003, LJN AN8835, ABRvS 3 april 2000, *AB* 2000, 222, m.nt. MSV.

165 Schadevergoeding (Boonekamp), art. 98, aant. 13.1, met een verwijzing naar HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998, 831.

166 ABRvS 14 juli 2005, *AB* 2005, 214, m.nt. CMB, ABRvS 21 juni 2006, LJN AX9047, ABRvS 10 november 2004, LJN AR5469, ABRvS 26 september 2001, *BR* 2002, 797, m.nt. BPMvR, Hof Den Haag 1 maart 2007, LJN BA0888 (sub 10) en Rb Utrecht 29 januari 2002, LJN AD9421.

167 ABRvS 15 oktober 1998, *JB* 1998, 278, m.nt. RJNS. Vgl. ABRvS 29 mei 2002, *AB* 2003, 108, m.nt. CMB (sub 2.5) en Rb Leeuwarden 27 februari 2002, LJN AD9649 (sub 7.1).

168 Rb Arnhem 27 maart 2008, LJN BH0116.

169 Vgl. CRvB 9 januari 2003, *TAR* 2003, 62: 'De verzoeker om schadevergoeding die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept, [moet] voldoende feiten stellen en aannemelijk maken waaruit dat gevolg kan worden afgeleid'. Zie ook ABRvS 8 september 2004, *BR* 2005, 142, m.n.t BPMvR.

die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen.[170] Kan uit de overgelegde gegevens onvoldoende worden opgemaakt of de stelling die de burger inneemt klopt, dan kan het bestuursorgaan besluiten de aanvraag niet te behandelen (art. 4:5 Awb), met het verzoek tot het verstrekken van nadere gegevens.[171] Welke gegevens minimaal dienen te worden overgelegd, kan niet in het algemeen worden gezegd. Uit de overgelegde gegevens moet in elk geval in voldoende concrete mate blijken *dat* schade is geleden; uit verschillende uitspraken valt op te maken dat de rechter geen genoegen neemt met slechts in algemene termen geformuleerde schadeposten.[172] De algemene stelling dat schade is geleden, zonder enige nadere specificatie, is onvoldoende.[173]

Als een nadeelcompensatieregeling van toepassing is, staat daarin veelal welke gegevens het bestuur minimaal verlangt.[174] Bedrijven doen er in elk geval verstandig aan een eventuele omzetdaling te staven met concrete omzetcijfers (jaarrekeningen, brutowinstcijfers, dagomzetten, afschriften uit de salarisadministratie e.d.) ten aanzien van zowel de periode *voor* als na de beweerdelijk schadeveroorzakende overheidshandeling. Ook rapporten van brancheorganisaties, met daarin gegevens over de wijze waarop de omzet zich bij vergelijkbare bedrijven in de branche ontwikkelt, kunnen bijdragen aan het bewijs van de stelling dat de schade in de overheidsmaatregel haar oorzaak vindt. Soms kan met een minder professionele wijze van adstructie van de schade worden volstaan om aannemelijk te maken wat de aard en de omvang van de schade is. In een zaak waarin het ging om de verkoop van sierfruit (pompoenen, kalebassen e.d.) had het bestuursorgaan volgens de rechtbank niet van eiseres mogen verlangen dat zij aan de hand van met name belastingaangiften en/of aanslagen van de inkomstenbelasting zou aantonen dat zij schade had geleden. De handmatig ingevulde schriftjes volstonden volgens

170 Zie nader Schuurmans 2005, p. 151 e.v. Zie ook Rb Den Bosch 16 februari 2006, LJN AV2130.

171 Zie bijv. ABRvS 23 juli 2003, *AB* 2003, 448, m.nt. BJS.

172 Vzr. Rb Haarlem 8 november 2006, LJN AZ2719; Rb Haarlem 5 september 2007, LJN BB4446; HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 78 (*Arrosel*; § 3.3.3 conclusie AG); ABRvS 14 januari 2004, LJN AO1647; ABRvS 23 november 2005, *AB* 2006, 310, m.nt. FRV.

173 ABRvS 16 april 2003, LJN AF7355, AF7352. Zie ook ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 252, m.nt. BPMvR (onvoldoende was de enkele stelling 'dat het terras de bereikbaarheid van haar winkel ongunstig heeft beïnvloed en dat de bezoekers van het terras niet vallen onder de doelgroep van haar winkel'; evenmin waren gegevens overgelegd over de schade over het winkelbezoek op 23 en 24 november 2002); Hof Leeuwarden 22 maart 2006, LJN AV6488 en Hof Leeuwarden 15 september 2004, LJN AT6858 (er was sprake van 'door appellanten gestelde, doch niet inzichtelijk gemaakte, concrete nadelen'), Rb Amsterdam 15 augustus 2008, LJN BG3628 (sub 5.2).

174 Zo stelt art. 13 RNVW 1999 dat 'zo redelijkerwijs mogelijk' een opgave van de aard en omvang van de schade moet worden gegeven, alsmede 'zo redelijkerwijs mogelijk' een specificatie van het bedrag van de schade. In andere nadeelcompensatieregelingen treft men vergelijkbare bepalingen aan. Zie voorts bijv. art. 9 lid 3 Verordening nadeelcompensatie en planschade Noord-Zuidlijn alsmede art. 4 lid 2 van de Verordening nadeelcompensatie aanleg Sternetfietsroutes.

de rechtbank, en waren juist geschikt omdat het niet ging om de jaaromzet van het gehele bedrijf maar specifiek naar de gederfde inkomsten uit de verkoop van pompoenen, sierkalebassen en sierfruit moest worden gekeken.[175]

9.7.2 De onderzoeksplicht van het bestuursorgaan (art. 3:2 Awb)

De ontkoppelingsjurisprudentie heeft dus tot gevolg dat de enkele stelling dat schade is geleden geen teken voor het bestuur hoeft te zijn om daarnaar een onderzoek te starten.[176] Het is in eerste instantie aan de burger om het bestuursorgaan de gegevens te verschaffen die het nodig heeft om een goed nadeelcompensatiebesluit te kunnen nemen. Zoals gesteld lijkt het bestuursrecht in dit opzicht niet af te wijken van het civiele schadevergoedingsrecht, waarin de bewijslast eveneens in beginsel bij de benadeelde ligt. Toch zijn deze rechtsgebieden niet helemaal met elkaar vergelijkbaar: in bestuursrechtelijke verhoudingen kunnen de bewijsverplichtingen van de benadeelde niet los worden gezien van de onderzoeksplicht van het bestuur.[177] Het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding van artikel 3:2 Awb verlangt dat het bestuur de relevante feiten vergaart om te beoordelen of het door de burger gestelde omtrent de schade, het causaal verband en de onevenredigheid van zijn schade juist is. Een bestuursorgaan kan een verzoek om nadeelcompensatie bijvoorbeeld niet afwijzen zonder zelf antwoord te geven op de vraag of hetgeen de verzoeker stelt omtrent (de hoogte van) zijn nadeel juist is.[178]

De verantwoordelijkheid van het bestuur komt in de jurisprudentie ook duidelijk naar voren in het kader van de vraag naar het bewijs van het causale verband tussen de overheidsmaatregel en de schade. Op dat punt is sprake van een duidelijke verdeling van verantwoordelijkheden. Het is aan de burger om aan de hand van bewijsmiddelen te staven dat een causaal (csqn-)verband aannemelijk is en dat de schade dus uit de gestelde schadeoorzaak voortvloeit. Is bijvoorbeeld ook bij andere filialen sprake van een dalende omzet, dan zal de benadeelde moeten aantonen dat zijn omzetdaling werd veroorzaakt door een andere omstandigheid dan de oorzaak die zorgde voor de daling in de andere filialen.[179] Is het csqn-verband aannemelijk, dan is het aan het bestuur om nader feitenonderzoek te doen naar de vraag in hoeverre het gestelde

175 Rb Den Bosch 16 september 2008, LJN BF3167.

176 Dat lijkt nog niet tot alle rechters te zijn doorgedrongen. Zie Rb Zutphen 4 september 2008, LJN BF0720 en BF0719, op dit punt vernietigd door de Afdeling: ABRvS 22 juli 2009, LJN BJ3385.

177 Schuurmans 2005, p. 53.

178 Rb Arnhem 14 december 2004, LJN AR8060. Vgl. Rb Den Bosch 6 december 2006, LJN AZ4445.

179 Rb Den Haag 30 augustus 2000, LJN AA8578: 'De rechtbank ziet niet in dat verweerder had moeten onderzoeken of bij de andere filialen bijzondere omstandigheden de omzet hebben beïnvloed. Dit is voor verweerder ook niet na te gaan.'

nadeel door de rechtmatige overheidsdaad is veroorzaakt. Bij een voldoende concrete onderbouwing van het schadeverzoek, ligt het op de weg van het bestuursorgaan tegenbewijs te leveren.

> Te wijzen valt op een uitspraak van de rechtbank Den Bosch. De eigenaar van een supermarkt in Budel werd geconfronteerd met een besluit tot tijdelijke instelling van eenrichtingsverkeer in de straat waaraan zijn winkel gelegen was, waardoor zijn clientèle hem minder goed kon bereiken. Uit zijn omzetgegevens bleek dat het jaar 2001 een lagere omzet liet zien dan de jaren daarvoor. B&W verlangden echter dat hij nadere gegevens zou overleggen om te bewijzen dat een causaal verband bestond tussen de verkeersmaatregel en de daling van de omzet. B&W zelf wezen op mogelijke andere oorzaken van de schade, zoals de economische conjunctuur, de invoering van de euro en de concurrentie van andere supermarkten. De rechtbank was van mening dat B&W onvoldoende eigen onderzoek hadden verricht en dus art. 3:2 Awb hadden geschonden. Zij stelde vast dat de eigenaar van de supermarkt aan zijn informatieplicht ingevolge art. 4:2 Awb had voldaan door de omzetgegevens te overleggen. Onder die omstandigheden had verweerder niet mogen volstaan met het noemen van enkele mogelijke andere oorzaken, maar zelf moeten onderzoeken 'welke factor of factoren als rechtstreekse oorzaak van het vaststaande omzetverlies kunnen worden aangemerkt'.[180]

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de bewijslast die op de burger rust, niet zo ver gaat dat hij onomstotelijk bewijst dat de schade het gevolg was van de overheidshandeling, en in het bijzonder dat hij ook bewijst dat de schade niet het gevolg heeft kunnen zijn van andere oorzaken. In casu bestond de clientèle voor een groot deel uit 'passanten', die niet uit Budel, maar uit België afkomstig waren. Volgens de eigenaar reden deze passanten na de instelling van het eenrichtingsverkeer niet meer direct langs de supermarkt, wat de omzetdaling zou verklaren. Het nadere bewijs van het causale verband dat verweerder verlangde, zou eruit hebben bestaan dat de eigenaar zou moeten aantonen welk deel van zijn clientèle voorheen uit passanten bestond, en dat van deze passanten na de verkeersmaatregel een aanmerkelijk deel niet meer hun inkopen bij de supermarkt deed. Dit ging de rechtbank te ver. Voldoende was dat vaststond dat de inkopen van passanten 'een zeker aandeel van de omzet' van de supermarkt vormden. Op basis van de stellingen van de eigenaar lag het vervolgens 'in de rede (…) om te veronderstellen dat de verkeersmaatregel een negatieve invloed had op de omzet'. De plicht tot het nader onderzoeken van de rechtstreekse oorzaak van het omzetverlies lag vervolgens bij het bestuursorgaan.[181] Verder blijkt uit de uitspraak dat de

---

180 Rb Den Bosch 16 februari 2006, LJN AV2130. Zie ook ABRvS 24 maart 2004, *AB* 2004, 165, m.nt. AvH (sub 2.6.9) en ABRvS 13 februari 2001, *JB* 2001, 87, m.nt. RJNS.

181 Zie over dit soort vestigingen van een 'voorshandse aannemelijkheid' (waarbij gebruik wordt gemaakt van ervaringsregels of feiten van algemene bekendheid): Schuurmans 2005, p. 28.

stelling dat een csqn-verband bestaat niet voldoende wordt weerlegd indien het bestuursorgaan louter volstaat met het *noemen* van mogelijke andere oorzaken die de schade zouden hebben kunnen veroorzaakt. Deze 'regel' wordt bevestigd in een uitspraak over kinderkledingwinkel Inimini.

> Deze winkel was ten gevolge van werkzaamheden aan de weg meer dan een jaar sterk verminderd bereikbaar. De adviseurs van SAOZ hadden gesteld dat de daling van de omzet van de winkel niet door de reconstructie en de daarmee verband houdende afsluitingen was veroorzaakt, maar door het prijsbeleid, de in 2002 ingezette economische recessie en de cyclus die elke onderneming doormaakt. De rechtbank achtte aannemelijk dat de omzetdaling per mei 2002 het gevolg was van de werkzaamheden, nu de omzetgroei van Inimini per mei 2002 stagneerde en de Zijde per mei 2002 geheel was afgesloten. De alternatieve oorzaken die het bestuur in navolging van SAOZ had genoemd, waren in het besluit niet met concrete gegevens onderbouwd, zodat de rechtbank het schadebesluit vernietigde vanwege een motiveringsgebrek. De Afdeling stemde in met het oordeel van de rechtbank: het college van B&W had 'de voor de beoordeling van het verzoek relevante feiten onvoldoende onderzocht, en, gelet op de door [verzoekster] gespecificeerde schadeperiode, het verloop van de reconstructie in relatie tot de omzetdaling van Inimini niet voldoende nauwkeurig in kaart gebracht, hoewel dit noodzakelijk was voor de beantwoording van de vraag in hoeverre de omzetdaling door de reconstructie is veroorzaakt.'[182]

Als een causaal verband aannemelijk is gemaakt, en het bestuur er niet in is geslaagd aannemelijk te maken dat een andere oorzaak meer waarschijnlijk is, is een belangrijke vervolgvraag wat de omvang van de schade is. De door de burger overgelegde bescheiden zullen in elk geval een globaal beeld van de omvang van het nadeel moeten kunnen verschaffen. Ten aanzien van de bepaling van de precieze omvang van het nadeel, voor zover dat althans in een causaal verband staat met het rechtmatige overheidshandelen, heeft echter ook het bestuur een taak. Niet altijd kan de burger de omvang van het nadeel exact vaststellen, zodat het voor hem evenmin mogelijk is een specificatie van het schadebedrag te geven. Daar komt bij dat de vaststelling van de omvang van het nadeel soms specifieke deskundigheid vergt, die ook het bestuur niet altijd heeft en op welk punt het soms advies vraagt van schadedeskundigen.[183] Afhankelijk van de complexiteit van het voorliggende geval, kan het dan ook in eerste instantie op de weg van het bestuur liggen om de omvang

182 ABRvS 11 april 2007, LJN BA2662. Zie ook ABRvS 7 september 2005, LJN AU2170 en de noot van Schlössels bij ABRvS 15 oktober 1998, *JB* 1998, 278.

183 Ook diverse nadeelcompensatieregelingen bevatten dienaangaande een bepaling. Zie bijv. art. 15 RNVW 1999, art. 5 Regeling Nadeelcompensatie Betuweroute, art. 11 Verordening Nadeelcompensatie en Planschade Noord-Zuidlijn, art. 5 Regeling nadeelcompensatie van het Hoogheemraadschap Alblasserwaard en de Vijfheerenlanden, art. 6 Nadeelcompensatieregeling voor het waterschap Rivierenland.

van het nadeel te bepalen. Zoals de Afdeling overwoog in een zaak over schade door een dijkversterking:

> 'De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat, indien de commissie vaststelt dat de dijkversterking een rol heeft gespeeld in de teruggang van de winst en de verkoopcijfers, het op de weg ligt van de commissie, om op basis van haar specifieke ervaring en deskundigheid, de omvang van het geleden nadeel door de dijkwerkzaamheden vast te stellen.'[184]

Ook in de wijze waarop het bestuur dient om te gaan met deskundigenadviezen, heeft het een belangrijke verantwoordelijkheid. Aan het oordeel van deskundigen komt, gezien hun bijzondere expertise, in het algemeen een belangrijke rol toe bij de beoordeling van de (omvang van de) schade. Geheel *carte blanche* krijgen deze deskundigen echter niet. De houding van de bestuursrechter tegenover deskundigenadviezen die het bestuur[185] bij de behandeling van het verzoek om nadeelcompensatie heeft ingewonnen kan worden omschreven als afstandelijk, doch kritisch. De standaardformulering luidt als volgt:

> 'Inzichten van deskundigen zijn in een geval als dit gebaseerd op kennis en ervaring. Een nadere onderbouwing van die inzichten kan dan ook niet in alle gevallen worden verlangd. Wel mag worden verlangd dat de gedachtegang van de commissie duidelijk en voldoende controleerbaar is en dat haar advies voldoende basis biedt voor verdere besluitvorming.'[186]

Het bestuursorgaan zal zich moeten realiseren dat het oordeel van de adviescommissie een *advies* is, waarvan het kan afwijken. Het feit dat een commissie uit deskundigen bestaat, staat er dus niet aan in de weg dat het bestuur zich ook zelf een oordeel omtrent het advies van de commissie dient te vormen. Dat oordeel zal niet in eerste instantie moeten neerkomen op het overdoen van het werk van de deskundigen, want daarvoor zijn de deskundigen nu juist ingeschakeld. Wel zal het bestuur zich de vraag moeten stellen of het advies zorgvuldig tot stand is gekomen, en of het derhalve het advies als zodanig in redelijkheid aan zijn besluit ten grondslag kan liggen (vgl. art. 3:9 Awb). In een uitspraak over trillingshinder stelt de Afdeling:

---

184 ABRvS 26 maart 2003, LJN AF6361.

185 Dit ter onderscheid van de mogelijkheid die de *rechter* heeft om deskundigen te raadplegen (art. 8:47 Awb). In de rechtspraak wordt een eventuele vooringenomenheid van de deskundigen (omdat deze door het bestuur worden benoemd) niet snel aangenomen (zie bijv. ABRvS 17 augustus 2005, LJN AU1126, ABRvS 30 maart 2005, LJN AT2781, ABRvS 8 september 2004, *BR* 2005, 144, m.nt. BPMvR). Daarbij is tevens van belang dat de burger de mogelijkheid heeft om zelf deskundigenadvies in te winnen.

186 ABRvS 30 november 1998, *AB* 1999, 90, m.nt. FM, onder meer bevestigd in ABRvS 4 december 2002, *AB* 2003, 91, ABRvS 26 maart 2003, LJN AF6361, ABRvS 30 maart 2005, LJN AT2781, ABRvS 7 november 2007, LJN BB7294.

> 'Indien uit het advies van de deskundige op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies ten grondslag zijn gelegd en deze conclusies zonder nadere toelichting niet onbegrijpelijk zijn, mag het college bij zijn besluit op een verzoek om nadeelcompensatie in beginsel van dat advies uitgaan, tenzij concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van dat advies naar voren zijn gebracht.'[187]

Ook voor de rechter betekent dit dat deze niet expliciet hoeft te verantwoorden of hij van mening is dat het door de deskundigen gestelde juist is; hij zal zich tot op zekere hoogte kunnen verlaten op de kennis, ervaring en intuïtie van de deskundigen.[188] Toch is voor de rechter in dit verband wel een belangrijke 'corrigerende' functie weggelegd. Zo is in de rechtspraak bepaald dat voor een kritische bestuurlijke toets van het deskundigenadvies aanleiding kan zijn 'indien de kern van het advies vragen oproept in het licht van enkele onbetwiste feiten'[189] of anderszins is gebleken van 'ernstige gebreken'.[190] Het voert te ver om in dit kader een uitputtend overzicht te geven van de eisen die bij nadeelcompensatie aan een zorgvuldig bestuursorgaan worden gesteld. Duidelijk is dat het bestuursorgaan niet zonder meer op een deskundigenadvies kan afgaan als dit advies op onderdelen niet goed is gemotiveerd,[191] berust op een onjuiste weergave van de feiten,[192] een feitelijke grondslag ontbeert[193] of berust op een onvolledige weergave van de feiten die aan het bestuursorgaan kan worden toegerekend.[194] Worden de stellingen van de deskundigen door de benadeelde gemotiveerd betwist, dan zal die informatie tenminste bij de besluitvorming moeten worden betrokken.[195]

Bij de afhandeling van verzoeken om planschade is de inschakeling van deskundigen een elementaire eis om van een zorgvuldige besluitvorming te kunnen spreken. De reden daarvoor wordt gezocht in de noodzaak van des-

187 ABRvS 18 juni 2008, LJN BD4485, BD4484.

188 ABRvS 15 mei 2002, LJN AE2594, Rb Arnhem 3 september 2009, LJN BJ9182.

189 ABRvS 26 maart 2003, LJN AF6361. Vgl. ABRvS 7 november 2007, LJN BB7294 en in dezelfde zaak Rb Arnhem 28 maart 2007, LJN BA3416.

190 Rb Roermond 27 augustus 2008, LJN BF3176.

191 ABRvS 8 september 2004, *BR* 2005, 144, m.nt. BPMvR (op bijzondere door de benadeelde aangevoerde omstandigheden om niet met normaal maatschappelijk risico te verrekenen was door deskundigen niet ingegaan). Volgens Schlössels (noot bij ABRvS 30 november 1998, *JB* 1999, 12) moet het zelfs gaan om een *evident* onduidelijk of onbegrijpelijk (d.w.z. niet consistent) advies. Zie in dit verband ook ABRvS 14 april 2004, *JB* 2004, 207 (sub 2.9.2).

192 Rb Roermond 27 augustus 2008, LJN BF3176 (onjuist beeld over de aan een exploitatievergunning toe te rekenen gevolgen), Rb Arnhem 21 april 2004, LJN AO9361 (woning ten onrechte als slooprijp aangemerkt).

193 Rb Dordrecht 11 juli 2008, LJN BG3548, bevestigd in ABRvS 24 juni 2009, *TBR* 2009, 172, m.nt. Sluysmans (voordeel verrekend hoewel onduidelijk was of van voordeel (door niet te controleren op illegaal parkeren) sprake was).

194 ABRvS 19 maart 2003, *AB* 2003, 455, m.nt. CMB (taxateur had schade over 1996 niet opgenomen omdat het buiten zo koud was brrr).

195 ABRvS 8 september 2004, *BR* 2005, 144, m.nt. BPMvR, Rb Den Haag 14 april 2004, LJN AO9604, ABRvS 26 maart 2003, LJN AF6361, Rb Dordrecht 11 juli 2008, LJN BG3548.

kundige voorlichting bij het maken van een planschadevergelijking en in de mogelijk grote belangen die bij de verzoeker om planschade op het spel staan.[196] Hoewel deze factoren ook in nadeelcompensatiezaken kunnen pleiten voor het inschakelen van deskundigen, gaat het mijns inziens te ver om in een eventuele Awb-regeling over nadeelcompensatie een verplichting neer te leggen voor het bestuur bij de bepaling van de schade, het causaal verband en de onevenredigheid van het nadeel telkens een deskundige in te schakelen.[197] Niet in elke nadeelcompensatiezaak zullen immers complexe schadekwesties aan de orde zijn.[198]

Conclusie

Concluderend kan men ten eerste stellen dat het civiele uitgangspunt 'wie stelt, bewijst' weliswaar ook in het nadeelcompensatierecht geldt, maar dat daarop verschillende nuanceringen worden aangebracht. Degene die om nadeelcompensatie verzoekt, dient zelf de gegevens te verschaffen waaruit kan worden afgeleid dat hij onevenredig nadeel heeft geleden en dat dit nadeel in een condicio sine qua non-verband bestaat met een rechtmatige overheidshandeling. De burger dient in dit verband die bescheiden over te leggen waaruit een en ander kan worden afgeleid. Art. 3:2 Awb legt echter ook aan het bestuursorgaan een onderzoeksplicht op, die uit meer bestaat dan het verzoeken om aanvullende bewijsmateriaal en de verificatie daarvan. Deze eigen verantwoordelijkheid van het bestuur kan onder meer met zich brengen dat het bestuursorgaan zelf vaststelt of het door deskundigen laat vaststellen wat de omvang van het nadeel is. Ook komt die verantwoordelijkheid duidelijk tot uitdrukking in het bewijs van het causale verband. Indien een csqn-verband aannemelijk is, rust op de overheid de taak nauwkeurig te onderzoeken in hoeverre de schade aan de genoemde oorzaak kan worden toegerekend. Met het enkel noemen van alternatieve oorzaken kan het bestuur in dit verband niet volstaan. Voorts werkt de rechter soms met 'bewijsvermoedens', waarbij een causaal verband voorshands aannemelijk wordt geacht, en het bestuur tegenbewijs zal moeten leveren en dus moet aantonen dat de schade *niet* door de rechtmatige overheidshandeling is ontstaan. In de relatief zware onderzoeksplicht die in nadeelcompensatiezaken op het bestuur kan rusten, lijkt het nadeelcompensatierecht af te wijken van de bewijslastverdeling in het civiele recht en bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad.[199]

196 Van den Berk 1997, p. 30 en Damen e.a. 2009, p. 341. Zie bijv. ABRvS 5 maart 1996, *AB* 1996, 251.

197 Anders: Te Rijdt 1991, p. 69 e.v., p. 195.

198 Vgl. Schueler 2002, p. 124, die de eigen verantwoordelijkheid van de burger benadrukt, alsook Van Buuren 1993, p. 106.

199 Zie daarover nader Di Bella & Schuurmans 2006, p. 92.

9.8 Het fenomeen 'doorschuiven' en zijn bereik

Het fenomeen 'doorschuiven' is hiervoor al enige keren ter sprake gekomen. Doorschuiven ziet op het verschijnsel waarbij een burger in het kader van een bezwaar- of beroepsprocedure tegen een schadeveroorzakend besluit stelt dat hem ten onrechte geen of te weinig nadeelcompensatie is aangeboden en dat dit gevolgen heeft voor de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit zelf. Het bestuursorgaan of de rechter kan hem alsdan, onder bepaalde voorwaarden, wijzen op de mogelijkheid om een zelfstandig compensatiebesluit aan te vragen op grond van een geschreven nadeelcompensatieregeling of het ongeschreven égalitébeginsel. In de bestuursrechtelijke jurisprudentie (inclusief die van het CBB)[200] valt dit fenomeen waar te nemen.[201]

Door 'door te schuiven' wordt het proces van belangenafweging niet belast met een onderzoek naar een eventueel recht op nadeelcompensatie. Dit voordeel heeft de Afdeling inmiddels ook zelf onderstreept. Het gescheiden beoordelen van de nadeelcompensatievraag en de rechtmatigheid van het besluit zelf 'voorkomt dat beoordeling van het schadeaspect de voortgang van een doelmatige taakvervulling van het bestuur belemmert, terwijl met de regeling de mogelijkheid van het verkrijgen van schadevergoeding voldoende verzekerd is.'[202]

Er zijn echter grenzen aan de mogelijkheid om door te schuiven. In deze paragraaf wil ik die grenzen verkennen.

9.8.1 Niet doorschuiven in 'twijfelgevallen'

Soms kan door middel van het toekennen van nadeelcompensatie (of althans het in het kader van de belangenafweging zich aantrekken van de belangen van de gelaedeerde) worden bewerkstelligd dat een besluit waarvan niet op voorhand duidelijk is naar welke kant de balans moet doorslaan, toch doorgang kan vinden. Zoals in § 9.5 geschetst, kan het daarbij onder meer gaan om gevallen van 'ernstige schade'. Als daarvan sprake is, dan kan het bestuursorgaan een besluit niet op zorgvuldige wijze nemen zonder zich vooraf de belangen van appellant aan te trekken.[203] In § 9.6.4 heb ik voorts betoogd dat voor art. 3:4 lid 2 Awb nog een rol als nadeelcompensatiegrondslag resteert als het bestuursorgaan in het kader van een discretionaire bevoegdheid besluit om van een eerder genomen besluit af te wijken. Een goed voorbeeld is de

200 CBB 20 maart 2007, LJN BA1008. Zie ook CBB 14 december 2005, LJN AU8632, CBB 19 augustus 2003, LJN AL8212.

201 Zie onder veel meer ABRvS 9 juni 2003, *BR* 2004, 686, m.nt. BPMvR, ABRvS 11 juni 2008, LJN BD3598, Rb Almelo 23 februari 2007, LJN AZ9300.

202 ABRvS 31 oktober 2007, LJN BB6805. Vgl. Rb Almelo 23 februari 2007, LJN AZ9300.

203 ABRvS 9 juni 2003, *BR* 2004, 686, m.nt. BPMvR, ABRvS 8 december 2004, LJN-nrs AR7061, AR7064, AR7059, ABRvS 21 februari 2007, LJN AZ9047. Zie ook Van Ravels 2004, p. 83-86.

intrekking van een vergunning binnen de termijn waarvoor de vergunning in elk geval (blijkens de vergunningvoorwaarden) was verleend. In het licht van de betrokkenheid van het bestuursorgaan bij het ontstaan van een (financieel) belang van een burger bij het voortduren van een bepaalde situatie, heb ik verdedigd dat, indien het bestuursorgaan (discretionair) besluit om de vergunning in te trekken, een verplichting ontstaat om in het kader van de aan de intrekking voorafgaande belangenafweging recht te doen aan de geschonden belangen. Duidelijk is dat ook in dat geval niet kan worden doorgeschoven.

9.8.2 Niet doorschuiven bij niet-appellabel handelen

Het doorschuiven van het schadeaspect heeft een toegevoegde waarde indien zonder meer kan worden gesteld dat het schadeveroorzakende handelen als rechtmatig moet worden beschouwd. Door de eis van processuele connexiteit is bij sommige overheidshandelingen het schadeaspect naar huidig recht echter nog steeds een norm waarvan de schending een onrechtmatige daad oplevert.[204] In deze gevallen (vooral (sommige) feitelijke handelingen en algemeen verbindende voorschriften) kan men het égalitébeginsel niet als zelfstandig rechtsbeginsel inroepen. Er valt dan niets door te schuiven, omdat de aansprakelijkheid op grond van de égalité in die gevallen er een is uit onrechtmatige overheidsdaad. De problematiek van het 'doorschuiven' speelt daarbij (nog) niet; dat zal pas het geval zijn als de bestuursrechter ook bevoegd zal zijn nadeelcompensatieclaims te beoordelen ongeacht de vraag of de schadeoorzaak appellabel is of niet. De Awb-wetgever lijkt dat te beogen, maar thans staat de eis van processuele connexiteit nog overeind. Voorziet een bestuursorgaan derhalve dat een niet bij de bestuursrechter appellabele handeling een onevenredig nadeel zal toebrengen, dan is de toekenning van deze compensatie een *voorwaarde* om de handeling rechtmatig te kunnen verrichten. Daarbij past niet dat voor de schadevergoedingsvraag naar een aparte procedure wordt doorgeschoven.[205]

9.8.3 Doorschuiven en art. 1 EP EVRM

De vraag is of een bestuursorgaan dat wordt geconfronteerd met de stelling dat zijn handeling een schending oplevert van art. 1 EP, deze claim kan doorschuiven naar een apart schadetraject. Daarbij doet zich de complicatie voor dat doorschuiven soelaas biedt indien er een apart regime bestaat op grond waarvan zonder meer kan worden uitgegaan van de rechtmatigheid van het

204 Van Ravels 2002a, p. 291.
205 Zo ook Schueler 2005b, p. 179.

handelen. Art. 1 EP EVRM ziet een eventueel aanbod tot schadevergoeding echter als een aspect dat integraal onderdeel uitmaakt van het schadeveroorzakende overheidshandelen zelf.[206] Is sprake van een schending van de *fair balance*, dan kan het handelen, zowel indien sprake is van ontneming als regulering van eigendom, geen doorgang vinden. Zou men bij de schending van art. 1 EP EVRM kunnen stellen dat een beroep op een regeling kan worden gedaan, dan wordt impliciet uitgegaan van de veronderstelling dat het handelen wel rechtmatig is. Met een beroep op art. 1 EP EVRM stelt de gelaedeerde die rechtmatigheid echter juist ter discussie. De vraag is derhalve of een verweer van het bestuursorgaan dat de burger een zelfstandig schadebesluit kan aanvragen, zich verdraagt met art. 1 EP EVRM.

Om deze vraag te beantwoorden, moet eerst worden vastgesteld of er sprake is van een vorm van ontneming of van regulering van eigendom. Alleen bij de eerste vorm van eigendomsaantasting stelt het EHRM een aanbod tot schadevergoeding als een noodzakelijke voorwaarde om van een rechtmatige eigendomsinbreuk te kunnen spreken. In zoverre verplicht art. 1 EP bij ontneming dus tot de 'onzelfstandige' weg, alhoewel de in het kader van een besluit geboden garantie dat de hoogte van de schadevergoeding op grond van een aparte regeling (zoals de Onteigeningswet) zal worden vastgesteld, ook door de beugel kan.

Van belang is nu dat in situaties waarin een schending van de égalité speelt vrijwel altijd sprake zal zijn van een regulering van eigendom. Voor die gevallen kan uit art. 1 EP EVRM niet een algemene verplichting worden afgeleid om te bezien of er nadelen ontstaan door het overheidshandelen en in het kader van de besluitvorming zelf duidelijkheid te geven over de vraag of en zo ja, in welke mate de burger zijn schade vergoed kan krijgen. Wel gaat het EHRM bij aangevoerde schendingen van art. 1 EP EVRM vaak na of op het nationale niveau een schadevergoedingsmogelijkheid is geboden. Bestaat die mogelijkheid en is deze ook reëel van aard (in die zin dat het recht op schadevergoeding niet feitelijk uitgesloten is), dan is de kans klein dat het EHRM tot een schending van de *fair balance* zal concluderen. Het Hof laat de verdragsstaten vrij om inhoud *en* vorm te kiezen bij de ontwikkeling van een nadeelcompensatieregime. Uit de jurisprudentie van het Hof kan dan ook geen regel worden afgeleid dat nationale bestuursorganen bij de regulering van eigendom in het kader van hun schadeveroorzakende besluiten zelf een compensatie dienen aan te bieden.

Ook het feit dat het EHRM zelf de *fair balance*-toets (en een in het kader daarvan gedaan aanbod tot schadevergoeding) ziet als een integraal onderdeel van art. 1 EP, dwingt nationale bestuursorganen er mijns inziens niet toe om bij een beroep op art. 1 EP per definitie de 'onzelfstandige' weg te volgen. Het EHRM bekommert zich bij de regulering van eigendom niet over de precieze

206 Barkhuysen & Van Emmerik 2002, p. 114, Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 95.

wegen waarlangs een compensatie wordt aangeboden. Als in de schadevergoedingsprocedure waarnaar wordt doorgeschoven, een recht op compensatie van speciaal en abnormaal nadeel is gewaarborgd, en deze schadevergoedingsprocedure ook overigens conform de eisen van art. 1 EP is, dan is een dergelijk systeem in beginsel 'art. 1 EP-proof.' Ik ben het derhalve eens met Schueler, die heeft gesteld dat een bestuursorgaan gewoon kan doorschuiven indien strijd met art. 1 EP EVRM wordt aangevoerd.[207] Naar mijn idee strookt dit met de wijze waarop het EHRM het fenomeen 'doorschuiven' waarschijnlijk zou waarderen. Naar huidig Nederlands recht is een dergelijke rechtsgang telkens gewaarborgd. Burgers kunnen immers soms een beroep doen op een nadeelcompensatieregelingen en een zelfstandig schadebesluit aanvragen op grond van het algemene égalitébeginsel als een bijzondere regeling niet van toepassing is.[208]

Samenvattend zou men de verhouding van art. 1 EP tot het fenomeen doorschuiven aan de hand van twee 'momenten' kunnen beschrijven. Moment 1: een bestuursorgaan krijgt een verzoek om nadeelcompensatie binnen, waarbij wordt gesteld dat het op zichzelf rechtmatige handelen in strijd is met art. 1 EP. Het bestuursorgaan is bevoegd, maar niet verplicht om deze claim meteen ('onzelfstandig') in het kader van zijn besluit te beoordelen. Doe het dat niet, en schuift het dus door, dan handelt het daarmee niet in strijd met art. 1 EP. Wel moet het bestuursorgaan zich ervan vergewissen dat de regeling waaraan het dit schadeverzoek toetst, niet in strijd is met art. 1 EP. Als die regeling een op de égalité gebaseerde regeling is of als het verzoek door het bestuursorgaan aan de ongeschreven égalité kan worden getoetst, zal er doorgaans geen probleem zijn.[209] Wel ontstaat een probleem indien een regeling zodanig beperkt van opzet is dat er mogelijk strijd ontstaat met art. 1 EP (bijvoorbeeld omdat de mogelijke schadevergoeding wordt beperkt tot bepaalde schadeoorzaken of de materiële criteria voor nadeelcompensatie op een veel beperktere manier worden ingevuld dan op grond van de égalitédoctrine gebruikelijk is). In dat laatste geval, dus bij een zeer beperkte regeling, mag het bestuursorgaan niet doorschuiven naar deze te beperkte regeling en

---

207 Schueler 2005b, p. 173. Vgl. Schueler 2002, p. 172: bij aangevoerde strijd met art. 1 EP EVRM kan naar een wettelijke regeling worden doorverwezen. Ik heb minder aarzelingen dan Schueler (2002, t.a.p.) of doorschuiven naar het *ongeschreven* égalitébeginsel de toets aan art. 1 EP zou kunnen doorstaan.

208 Tenzij een regeling exclusief is; zie over de toegevoegde waarde van art. 1 EP in zo'n geval § 10.7.3.1.

209 Beroept een appellant zich in een planschadezaak derhalve voor de schade ten gevolge van één en dezelfde schadeoorzaak zowel op art. 1 EP als op art. 6.1 Wro, dan ligt het voor de hand dat het bestuursorgaan eerst aan art. 6.1 Wro toetst. Constateert het dat dit beroep ongegrond is, dan kunnen rechter c.q. bestuur volstaan met de stelling dat, nu het beroep op art. 6.1 Wro niets heeft opgeleverd, en de Wro een art. 1 EP-conforme schadevergoedingsregeling geacht kan worden te zijn, het beroep op art. 1 EP daarmee als afgedaan kan worden beschouwd. Indirect wordt op die manier derhalve wel aan art. 1 EP getoetst. Vgl. ABRvS 30 mei 2007, LJN BA5997, sub 2.21.1.

doet de toegevoegde waarde van art. 1 EP zich gelden. Indien bij moment 1 geen problemen zijn gerezen en er is doorgeschoven, dan breekt moment 2 aan: het bestuursorgaan is verplicht de schade, voor zover op het schadeverzoek positief wordt geoordeeld, ook *daadwerkelijk* te vergoeden. Gebeurt dat niet, of niet binnen een redelijke termijn, dan kan opnieuw strijd met art. 1 EP ontstaan.[210] In dat geval kan een actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter worden gestart.

9.8.4 Doorschuiven en het formele zorgvuldigheidsbeginsel

Het fenomeen 'doorschuiven' ziet op het verband tussen art. 3:4, *tweede* lid Awb en het égalitébeginsel. Het is van belang op te merken dat de mogelijkheid door te schuiven niet afdoet aan de eisen die voortvloeien uit de formele zorgvuldigheidsplicht van art. 3:4, *eerste* lid Awb. Deze bepaling brengt met zich dat in het kader van de voorbereiding van het besluit moet worden onderzocht welke belangen door het besluit mogelijk zullen worden benadeeld. Deze plicht heeft een duidelijk verband met art. 3:4 lid 2 Awb: zonder de bij het besluit betrokken belangen af te wegen, kan vanzelfsprekend ook niet worden vastgesteld of het besluit voldoet aan de in art. 3:4 lid 2 Awb neergelegde norm. Dat neemt echter niet weg dat ze van elkaar moeten worden onderscheiden. Het gaat bij art. 3:4 lid 1 Awb, anders dan bij art. 3:4 lid 2 Awb, niet om de evenwichtigheid in de *uitkomst* van de belangenafweging, maar om de verplichting van het bestuursorgaan de bij het besluit betrokken belangen in kaart te brengen en daadwerkelijk tegen de met het besluit te dienen belangen af te wegen. Wordt een besluit vernietigd wegens strijd art. 3:4 lid 1 Awb, dan kan het bestuursorgaan uiteindelijk een besluit nemen met een materieel zelfde inhoud. Is het besluit in strijd met art. 3:4 lid 2 Awb, dan is het zonder meer onrechtmatig en zal een nieuw besluit met een andere inhoud moeten volgen.

De vraag is of deze loskoppeling van art. 3:4 lid 2 en de égalité nu ook gevolgen heeft voor het verband tussen art. 3:4 lid 1 Awb en de égalité. Damen e.a. stellen op dit punt:

> 'Het bestuursorgaan is verplicht na te gaan of door middel van nadeelcompensatie tegemoet moet worden gekomen aan de belangen van de burger die zich tegen een voorgenomen bevoegdheidsuitoefening verzetten. De vraag of het bestuursorgaan rechtens bij het nemen van een voor de burger(s) nadelig besluit *financieel of anderszins* aan de benadeelde *tegemoet* dient *te komen*, betreft een vraag van (materiële) redelijkheid en billijkheid (…). Deze vraag moet worden onderscheiden van de vraag of het bestuursorgaan bij zijn besluitvorming dient *na te gaan* of

210 Zie bijv. EHRM 26 september 2006, appl.no. 48986/99 (*Mürvet Fidan t. Turkije*), EHRM 10 mei 2007, appl.no. 60580/00 (*Taşatan t. Turkije*).

> nadeelcompensatie gerechtvaardigd is. Die laatste vraag moet (voor besluiten ten aanzien waarvan door de wetgever niet in een schadevergoedingsregeling is voorzien) bevestigend beantwoord worden, aangezien op het bestuursorgaan de plicht rust *alle* belangen (dus ook het belang bij eventuele nadeelcompensatie) in de afweging te betrekken.'[211]

Volgens Damen e.a. blijven bestuursorganen dus verplicht 'na te gaan of nadeelcompensatie gerechtvaardigd is'. Het is de vraag wat dit precies betekent. Art. 3:4 lid 1 Awb verplicht ertoe de bij het besluit betrokken belangen in kaart te brengen. Als het bestuursorgaan geen enkele inspanning heeft verricht teneinde inzicht te krijgen in de nadelige gevolgen van het besluit, dan is dit besluit in beginsel vernietigbaar vanwege schending van het formele zorgvuldigheidsbeginsel. Dan moet een nieuw besluit (mogelijk met een materieel zelfde inhoud) worden genomen. Constateert het dat de belangen van burgers mogelijk in het gedrang kunnen komen, doch dat deze belangen niet opwegen tegen de voordelen van het besluit, dan dient het voorts na te gaan of er een rechtsgang openstaat die het mogelijk maakt de eventuele schade vergoed te krijgen.[212] Een dergelijke rechtsgang staat bij appellabele overheidshandelingen telkens open, aangezien altijd de mogelijkheid bestaat een zuiver schadebesluit aan te vragen. Bij niet-appellabele handelingen bestaat die mogelijkheid (thans) weliswaar niet, maar daar speelt deze doorschuifproblematiek ook niet.

Het verkrijgen van inzicht in de nadelige gevolgen van een besluit is echter iets anders dan het bezien 'of nadeelcompensatie gerechtvaardigd is'. Naar mijn idee kan men deze laatste vraag niet beantwoorden zonder een toets aan het égalitébeginsel te verrichten. De Afdeling heeft deze toets echter juist willen loskoppelen van de aan het besluit voorafgaande belangenafweging. Daarmee is m.i. niet te verenigen dat de nadeelcompensatievraag via de sluiproute van art. 3:4 lid 1 Awb toch weer als een voorwaarde voor de rechtmatigheid van een belangenafweging zou kunnen gaan gelden. Ik concludeer dan ook dat de formele zorgvuldigheidsplicht naar huidig recht niet geschonden is indien het bestuursorgaan geen expliciete, kenbare overweging heeft gewijd aan de vraag of in sommige van de door het besluit benadeelde gevallen nadeelcompensatie gerechtvaardigd is. Indien wordt voorzien dat bepaalde gevallen (mogelijk) tot een nadeelcompensatieplicht op grond van het égalitébeginsel aanleiding geven, hoeft geen toets aan de égalitécriteria plaats te vinden en moet ervan worden uitgegaan dat een verwijzing naar deze aparte procedure volstaat om te kunnen stellen dat het recht op nadeelcompensatie voldoende is gewaarborgd.

---

211 Damen e.a. 2009, p. 377-378.

212 Vgl. Schueler 2005b, p. 178: het bestuursorgaan moet 'ten minste nagaan of er voor de afhankelijk van een verzoek om nadeelcompensatie een rechtsgang openstaat, die met voldoende waarborgen is omkleed.'

9.9 KNELPUNTEN EN OPLOSSINGSRICHTINGEN

Met name vanaf 2003 komt men in veel uitspraken overwegingen tegen waarin ofwel de rechter zelf overweegt dat later een zelfstandig schadebesluit kan worden aangevraagd, ofwel de rechter overweegt dat het bestuur redelijkerwijs heeft kunnen wijzen op de mogelijkheid een aparte schadeprocedure te volgen. Vanuit een oogpunt van efficiëntie lijkt er thans sprake van een soepeler functionerend stelsel van nadeelcompensatie dan in het *Paul Krugerbrug*-tijdperk.

9.9.1 Stapeling van procedures

Toch is het huidige stelsel mijns inziens voor verbetering vatbaar. Het naast elkaar bestaan van verschillende wegen om nadeelcompensatie te verkrijgen, is ook omslachtig. Dat de doorschuifpraktijk vanuit de optiek van bestuursorganen veel efficiënter is, laat onverlet dat burgers daardoor geconfronteerd kunnen worden met een niet erg aantrekkelijke stapeling van procedures. Indien zij immers vergeefs de weg van art. 3:4 lid 2 Awb, strekkend tot vernietiging van het schadeveroorzakend besluit, hebben bewandeld, en het besluit geacht kan worden rechtmatig te zijn, zullen zij, om alsnog nadeelcompensatie te verkrijgen, van voren af aan moeten beginnen. Zij zullen een zelfstandig schadebesluit moeten aanvragen, daartegen bezwaar maken, en vervolgens beroep en eventueel hoger beroep moeten aantekenen. Dit 'stapeleffect' kan worden geïllustreerd aan de hand van een uitspraak over een besluit van de burgemeester van Arnhem tot het toepassen van bestuursdwang tegen een aantal raamprostitutiebedrijven, die hun exploitatie dienden te staken omdat zij niet langer over de vereiste vergunningen beschikten. De exploitanten stelden dat de aanzegging van bestuursdwang niet rechtmatig was zonder schadevergoeding toe te kennen en bewandelden dus de weg van onzelfstandig schadebesluit. De Afdeling overwoog:

> 'Het ligt op de weg van appellanten om aannemelijk te maken dat de door het handhavingsbesluit veroorzaakte schade op grond van bijzondere omstandigheden slechts dan niet onevenredig is ten opzichte van de met de beëindiging van de raamprostitutie te dienen doelen, indien de burgemeester bij dat besluit compensatie voor die schade zou hebben geboden. Daarin zijn zij niet geslaagd. In het bijzonder is geenszins gebleken dat de mogelijkheid dat de exploitatie in het Spijkerkwartier zou moeten worden beëindigd zonder dat een alternatieve locatie voorhanden zou zijn, niet reeds lang voordat het handhavingsbesluit werd genomen, als zijnde een reëel risico voorzienbaar was, noch dat appellanten, dat zo zijnde, hunnerzijds in het zicht van de vervaldatum 1 december 2002 alle van een redelijk handelend ondernemer te verwachten voorzieningen hebben getroffen om de dan optredende schade te ondervangen. Derhalve mocht de burgemeester ermee volstaan hen bij

gelegenheid van het handhavingsbesluit te wijzen op de mogelijkheid om te zijner tijd om een afzonderlijk schadebesluit te verzoeken.'[213]

Deze overweging is interessant, omdat de Afdeling hier *meer* doet dan alleen doorschuiven, hoewel zij duidelijk van mening was dat de exploitanten ten onrechte de weg van art. 3:4 lid 2 Awb hadden bewandeld. De keuze voor de verkeerde grondslag verhindert de Afdeling echter niet het verzoek om nadeelcompensatie aan een materiële toets te onderwerpen. Hoewel deze toets plaatsvindt in het kader van de doel-middelafweging van art. 3:4 lid 2 Awb, zoals uit de eerste zin blijkt, heeft zij duidelijke kenmerken van een toets aan het égalitébeginsel: zowel de stelling dat de schade voorzienbaar was als het feit dat onvoldoende schadebeperkende maatregelen zijn genomen, zouden in het kader van een toets aan de égalité niet hebben misstaan. Deze benadering heeft enerzijds iets elegants: waar een enkel 'doorschuiven' weinig duidelijkheid zou hebben geboden over de vraag in hoeverre het bestuur tot nadeelcompensatie gehouden was, biedt de Afdeling thans wel enig inzicht. Aan de andere kant roept de uitspraak de vraag op of er nu een materieel verschil bestaat tussen de toets aan art. 3:4 lid 2 Awb en het égalitébeginsel. De gehanteerde criteria doen dat niet vermoeden, maar blijkens de laatste zin, waarin de Afdeling stelt dat terecht is doorgeschoven, is niet helemaal uitgesloten dat de toets in deze afzonderlijke procedure wellicht toch nog perspectief biedt. Zeer waarschijnlijk heeft annotator Vermeer gelijk wanneer hij stelt dat de kans gering is dat de weg van het zelfstandig schadebesluit tot een gunstiger uitkomst leidt. Uitsluitsel geeft de Afdeling echter niet. Alleen door alsnog een zelfstandig schadebesluit aan te vragen zal de exploitant de beoogde duidelijkheid kunnen krijgen. De schadeclaim is dan van voorwerp geweest van twee geschillen, inclusief – behoudens prorogatie – twee bezwaarprocedures en twee niet ondenkbare rechtsgangen tot in hoogste instantie.

9.9.2 Meer duidelijkheid over 'ernstige schade' gewenst

Een oplossing voor het enigszins complexe stelsel dat ontstaat zodra men erkent dat ook via de weg van art. 3:4 lid 2 Awb soms nadeelcompensatie kan worden verstrekt, moet mijns inziens niet worden gezocht in een eventuele afschaffing van het onzelfstandig schadebesluit. Er zijn juridische *en* praktische redenen[214] om onder omstandigheden aan deze figuur vast te houden. Er

213 ABRvS 23 november 2005, *AB* 2006, 310, m.nt. FRV. Zie voor een ander voorbeeld ABRvS 28 december 2005, LJN AU8782.

214 Bij die praktische redenen denk ik vooral aan de mogelijkheid om na vernietiging het bestuur te veroordelen om tegelijkertijd met het nemen van een nieuwe beslissing op bezwaar te beslissen over de gerechtigdheid tot nadeelcompensatie, een figuur die men soms in de jurisprudentie aantreft (ABRvS 21 september 2005, *AB* 2005, 393, m.nt. Vermeer,

is bovendien geen reden om deze weg af te sluiten indien het bestuursorgaan, ook al is het daartoe niet verplicht, om wat voor reden dan ook zelf de voorkeur geeft aan het bewandelen van de weg van art. 3:4 lid 2 Awb.

Mogelijk zal een algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb in enige mate dit juridiserende effect kunnen wegnemen. Deze regeling zal met name iets kunnen betekenen voor die gevallen waarin geen bijzondere nadeelcompensatieregeling bestaat en waarin burgers art. 3:4 lid 2 Awb inroepen (en dus tegen het besluit zelf ageren), hoewel het hen er eigenlijk alleen om gaat nadeelcompensatie te verkrijgen. De onbekendheid met de figuur van het op de ongeschreven égalité gebaseerde zelfstandige schadebesluit zorgt er in die gevallen nog vaak voor dat men het schadeveroorzakende besluit zelf aangrijpt om nadeelcompensatie te verkrijgen. Een wettelijke regeling van nadeelcompensatie zal, zeker als daar enige ervaring mee is opgedaan, er in die gevallen waarschijnlijk voor zorgen dat burgers meteen de wettelijke regeling aangrijpen, zodat het bestuursorgaan niet meer zal *hoeven* doorschuiven.

Van een regeling mogen echter geen wonderen worden verwacht. Zolang de figuur van het onzelfstandig schadebesluit nog mogelijkheden biedt nadeelcompensatie te verkrijgen, zullen burgers in voorkomende gevallen waarschijnlijk toch, veelal ten onrechte, worden bewogen om de weg van art. 3:4 lid 2 Awb te bewandelen. De eventuele doublure van rechtsgangen die daar het gevolg van kan zijn is mede te wijten aan deze burgers zelf, die hun bezwaar tegen het ontbreken van schadevergoeding opnemen in hun bezwaarschriften, strekkend tot vernietiging van het besluit zelf. Het is echter de vraag of deze burgers dat kan worden verweten: zolang zij de schade als ernstig *percipiëren* zal dit voor hen aanleiding zijn het besluit niet rechtens onaantastbaar te laten worden en de égalité in te roepen. In plaats van het subjectieve perspectief van de gelaedeerde het precieze verloop van de schadeprocedure te laten bepalen, zou een meer objectieve maatstaf moeten bestaan die duidelijk maakt wanneer bestuursorganen *verplicht* zijn een onzelfstandig schadebesluit te nemen en is het dus gewenst dat de Afdeling overgaat tot een meer precieze duiding van het begrip 'ernstige schade'.[215] De grote onbepaaldheid van dit begrip zal er in de praktijk veelal toe leiden dat burgers in bezwaar of beroep zullen blijven aanvoeren dat het besluit onrechtmatig is, omdat geen schadevergoeding is aangeboden. Dat de nadeelcompensatieclaim in een meerderheid van de gevallen zal kunnen worden doorgeschoven, doet er niet aan af dat het te prefereren is indien in een zo vroeg mogelijk stadium duidelijk is welke grondslag moet worden ingeroepen, zodat de schadeclaim in één keer, en in het juiste traject, kan worden afgedaan. In § 9.5.2 is in dit verband een parallel

---

ABRvS 14 juni 2006, LJN AX8541, CRvB 8 september 2005, LJN AU4066, Rb Arnhem 22 mei 2004, LJN AP6250).

215 Vgl. Van den Broek 2007, p. 125, die naar aanleiding van het voorontwerp stelt dat 'de vraag, onder welke omstandigheden een bestuursorgaan nu precies verplicht is een onzelfstandig schadebesluit te nemen, blijft bestaan.'

gelegd met het onteigeningsrecht en de eigendomsbescherming van art. 1 EP, en is betoogd dat onder de gevallen van 'ernstige schade' in elk geval blijvende en onherstelbare inbreuken op het eigendomsrecht kunnen vallen. Ik pleit ervoor dat een dergelijke meer materiële duiding van het begrip 'ernstige schade' ook in de jurisprudentie wordt gehanteerd, zodat meer duidelijkheid bestaat over de situaties waarin art. 3:4 lid 2 Awb nog als nadeelcompensatiegrondslag fungeert. Zelfs al zal het niet mogelijk zijn tussen deze grondslagen een waterscheiding aan te brengen – indien een gelaedeerde tegen een besluit zelf wil ageren uit hoofde van art. 3:4 lid 2 Awb, is dat zijn goed recht, zolang de figuur van het zelfstandig compensatiebesluit niet exclusief is –, een dergelijke objectieve maatstaf zal er wel toe kunnen leiden dat de burger, alvorens hij zijn rechtsmiddelen tegen het schadeveroorzakende besluit gaat aanwenden, duidelijk voor ogen staat welke grondslag hij dient in te roepen.

9.9.3 Naar een efficiëntere afdoening van nadeelcompensatieclaims

Tot slot zou de wetgever mijns inziens moeten overwegen de rechter de bevoegdheid te geven om, als een beroep strekkend tot vernietiging van het overheidshandelen is afgewezen, direct uitspraak te doen over de vraag of partijen een recht op nadeelcompensatie hebben. Zelfs indien in de jurisprudentie meer duidelijkheid zou ontstaan ten aanzien van de vraag wanneer art. 3:4 lid 2 Awb de in te roepen nadeelcompensatiegrondslag is, dan nog zal veelal niet kunnen worden voorkomen dat de burger eerst zal pogen het schadeveroorzakende besluit vernietigd te krijgen. Indien deze poging tot vernietiging van het besluit op niets is uitgelopen, is het praktisch als de burger meteen de rechter kan verzoeken om, uitgaande van de rechtmatigheid van het besluit, een oordeel te geven over het bestaan van een recht op nadeelcompensatie. In de Awb zou daarom moeten worden voorzien in een bepaling die de rechter de mogelijkheid geeft direct uitspraak te doen over de vraag of een recht op nadeelcompensatie bestaat indien het beroep tegen het besluit ongegrond is verklaard en er voor schadevergoeding gronden zijn. Deze bepaling zou mijns inziens, net als het huidige art. 8:73 Awb, een facultatief karakter moeten hebben. Een voorwaarde om meteen uitspraak te doen over het bestaan van een recht op nadeelcompensatie op grond van de zelfstandige égalité is dat over de omvang van de schade voldoende duidelijkheid bestaat. Maar als dat het geval is, dan zijn alle betrokken partijen mijns inziens gebaat bij een dergelijke uitspraakbevoegdheid. Een voorbeeld.

> B&W van Bronckhorst sluiten een deel van een weg af voor vrachtauto's. Een transportbedrijf stelt hierdoor € 24.0561 per jaar omrijschade te lijden. Het gaat in bezwaar en beroep tegen de verkeersmaatregel, onder meer stellend dat de maatregel niet bijdraagt aan de verbetering van de verkeersveiligheid. De rechtbank geeft het bedrijf gelijk omdat niet op genoegzame wijze is gebleken van gevoelens van onveiligheid en omdat geen onderzoek is gedaan naar de economische gevolgen

> van het besluit voor eiseres. Het verkeersbesluit wordt vernietigd.[216] B&W gaan met succes in hoger beroep. B&W waren volgens de Afdeling niet gehouden om nader onderzoek te doen naar de veiligheidsbeleving van fietsers op de weg. Verder stelt de Afdeling vast dat er, gelet op het feit dat het bedrijf bereikbaar bleef en gezien de omvang van de schade, geen grond bestond voor het oordeel dat het college de verkeersbelangen niet zwaarder kon laten wegen dan de belangen van Ecotrans, noch voor het oordeel dat het college de verkeersbesluit niet heeft mogen nemen zonder reeds in het kader van die besluitvorming nader onderzoek te doen naar de precieze omvang van de omrijschade. Het hoger beroep wordt gegrond verklaard.[217]

Het enige wat het transportbedrijf na deze uitspraak weet, is dat zijn bedrijfsbelang niet zwaarder woog dan het verkeersbelang, en dat zijn bedrijfsbelang niet zo zwaarwegend was dat het verkeersbesluit slechts kon worden genomen onder voorwaarde van een onderzoek naar de omvang van de schade. Duidelijkheid over de vraag of hij recht heeft op nadeelcompensatie – de enige vraag waar het bedrijf nog belang bij heeft na de gegrondverklaring van het hoger beroep – heeft hij pas nadat hij zich opnieuw tot het bestuur heeft gericht, opnieuw bezwaar heeft gemaakt en een nieuwe rechtsgang heeft gestart. Dit terwijl vaststond wat de omvang van zijn schade was, en ook waarover het geschil over het recht op nadeelcompensatie precies zou moeten gaan: de vraag was of het bedrijf, toen het zich op het bedrijventerrein vestigde, de betreffende verkeersmaatregel had kunnen voorzien. In een geval als dit is het veel zinvoller als deze vraag direct door de rechter (in casu: de rechtbank waar ook het beroep heeft gediend) kan worden beantwoord. Geen van de betrokken partijen hoeft hierdoor te worden benadeeld. De overheid wordt minder belast aangezien geen – in dit soort gevallen ook weinig zinvolle – potentiële bezwaarprocedure hoeft te worden gevolgd. De burger wordt een extra rechtsgang bespaard. Voor de rechter heeft dit als voordeel dat hij in een zaak waarin hij reeds heeft rechtgesproken en waarin hij met de feiten bekend is, zich meteen kan uitlaten over de vraag of een recht op nadeelcompensatie bestaat. Juist omdat de grenzen tussen rechtmatig en onrechtmatig niet altijd scherp te trekken zijn en de burger vaak eerst zal trachten het schadeveroorzakende besluit zelf aan te vechten, is een dergelijke uitspraakbevoegdheid mijns inziens het overwegen waard.[218]

---

216 Rb Zutphen 4 september 2008, LJN BF0719.

217 ABRvS 22 juli 2009, LJN BJ3385.

218 Vgl. ook Schlössels 2007, p. 508-509. De bestuurlijke lus (art. 8:51a Awb) biedt in gevallen als deze alleen mogelijkheden wanneer de plicht tot nadeelcompensatie zou kunnen worden aangemerkt als een gebrek dat aan het schadeveroorzakende besluit zelf kleeft. Dat is alleen mogelijk via de constructie van het onzelfstandig schadebesluit. De rechter zou, naar aanleiding van de stellingen en gronden van eiser, het bestuur kunnen verzoeken om het gebrek (de nalatigheid om een (voldoende) schadevergoeding aan te bieden) in het schadeveroorzakende besluit te herstellen en een nieuw besluit te nemen. Dit nadere besluit kan in de einduitspraak van de rechter worden meegenomen. Een probleem is dat deze construc-

Tegengeworpen zou kunnen worden dat het bestuursorgaan nadeel kan hebben van het feit dat de rechter in dezelfde procedure hem mogelijk tot nadeelcompensatie veroordeelt. In het besluitmodel heeft het bestuursorgaan immers zelf de mogelijkheid in eerste instantie over zijn eigen aansprakelijkheid te beslissen. Het feit dat er bij nadeelcompensatie – anders dan bij de onrechtmatige overheidsdaad – 'iets te beslissen valt' (bijvoorbeeld in de vorm van de keuze voor een bepaald drempelpercentage), is een belangrijke reden om nog aan het besluitmodel vast te houden.[219] Het is echter de vraag of dit argument in de weg moet staan aan deze uitbreiding van de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter. In mijn optiek zou de rechter, als onduidelijkheid bestaat over de aard en de omvang van de schade, eerst van het bestuur een oordeel kunnen vragen omtrent het bestaan en de omvang van een eventuele nadeelcompensatieplicht. Met een dergelijke uitspraak kan bij de rechterlijke toets dan ook rekening worden gehouden. Ook de noodzaak tot het inschakelen van deskundigen is naar mijn idee in dit verband niet doorslaggevend. De rechter zou immers zelf kunnen beoordelen of hij van mening is dat de vraag of nadeelcompensatie aangewezen is, zijn deskundigheid te boven gaat en bij een bevestigend antwoord zelf een deskundige kunnen aanstellen.

9.10 Conclusie

De relatie tussen het evenredigheidsbeginsel en het égalitébeginsel is complex, zoals ik aan het begin van dit hoofdstuk opmerkte. In dit hoofdstuk heb ik mij geconcentreerd op de verhouding tussen deze beginselen in de bestuursrechtspraak. Naar huidig recht zijn art. 3:4 lid 2 Awb en de égalité in elk geval *procedureel* ontkoppeld: een aanvraag om een zelfstandig compensatiebesluit dient slechts te worden gebaseerd op het égalitébeginsel. Het feit dat het schadeveroorzakende overheidshandelen in overeenstemming is met art. 3:4 lid 2 Awb en uit dien hoofde getuigt van een evenredige belangenafweging, staat derhalve niet in de weg aan de mogelijkheid een zelfstandig compensatiebesluit aan te vragen en te betogen dat men onevenredig is benadeeld in de zin van het égalitébeginsel. Deze laatste vraag vergt volgens rechtspraak van de bestuursrechter een 'andere beoordeling'.

---

tie alleen werkt als het bestuursorgaan bereid is om onzelfstandig te compenseren. De doorschuifjurisprudentie geeft het bestuur immers de mogelijkheid om de eiser te wijzen op de mogelijkheid een separaat verzoek om nadeelcompensatie te doen. Daarom meen ik dat een uitspraakbevoegdheid van de bestuursrechter zin heeft naast de reeds bestaande mogelijkheid van een bestuurlijke lus.

219 In die zin bijv. Verheij 2002, p. 125, Schueler 2005b, p. 184.

Materiële relaties

Allereerst is stilgestaan bij de vraag of de procedurele ontkoppeling van beide beginselen met zich brengt dat tussen beide beginsel geheel geen materieelrechtelijk verband meer zou bestaan. Betoogd kan worden dat een dergelijk verband nog wel degelijk bestaat, zo laat een analyse van de relatie van de égalité tot de drie bekende 'subelementen' van het evenredigheidsbeginsel – geschiktheid, noodzakelijkheid, evenredigheid in concreto – zien. Bij de geschiktheidseis is die relatie vooral negatief van aard, in die zin dat nadeelcompensatie *afbreuk* kan doen aan de effectiviteit van een maatregel. Bij de eis van noodzakelijkheid kan ook sprake zijn van een positieve relatie: de keuze van het bestuursorgaan voor een iets pijnlijkere, maar op zichzelf niet onrechtmatige uitvoeringsmodaliteit, kan met zich brengen dat de overheid eerder (en voor een hoger bedrag) uit rechtmatige daad aansprakelijk is. Het gegeven dat het wel gekozen middel niet onvermijdelijk was, maar wel tot grotere nadelen heeft geleid dan wanneer voor een andere modaliteit zou zijn gekozen, kan derhalve een aansprakelijkheidsverzwarende omstandigheid zijn. Bij de complexe notie van de evenredigheid in concreto, de 'eigenlijke' belangenafweging, is er in zoverre nog sprake van een verband, dat het feit dat een overheidsorgaan een nadeelcompensatieregeling heeft opgesteld, met zich kan brengen dat de rechter een project eerder rechtmatig zal achten.

In dit hoofdstuk is ook gebleken dat het beperken van het toepassingsbereik tot situaties van een 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel tot enkele 'natuurlijke' beperkingen van het égalitébeginsel leidt. Deze eis heb ik immers gekoppeld aan de aanwezigheid van een (kenbare) afweging van belangen (§ 5.2.3). Deze voorwaarde brengt met zich dat er in zoverre een materiële koppeling tussen art. 3:4 lid 2 Awb en de égalité kan worden gelegd dat het *niet kunnen* afwegen van belangen ook in de weg staat aan de mogelijkheid om de égalité in te roepen. Een recht op nadeelcompensatie bij gebonden beschikkingen moet dan ook niet voor mogelijk worden gehouden; wel kan het orgaan dat het wettelijk voorschrift opstelde op basis waarvan de beschikking werd genomen aansprakelijk zijn, eventueel op grond van art. 1 EP EVRM. Ook een *beperking* van de in de afweging te betrekken belangen kan van invloed zijn op de vraag of de overheid aansprakelijk is. Hoewel in het algemeen het specialiteitsbeginsel een eventueel recht op nadeelcompensatie niet beperkt (dit recht kan dus ook bestaan indien een aan de bevoegdheid 'vreemd' belang aan de orde is), heb ik verdedigd dat hierop een uitzondering moet worden gemaakt voor de situatie dat een derde schade lijdt door het gebruik maken van een (rechtmatig verleende) vergunning. In de Afdelingsjurisprudentie wordt thans aan de hand van het causaal verband (art. 6:98 BW) bepaald of de overheid aansprakelijk kan zijn. Ik heb bepleit dat de vraag of de schade redelijkerwijs aan de overheid kan worden toegerekend, mede afhangt van de mogelijkheid om de belangen van derden, gelet op het toepasselijke wettelijke kader, bij het besluit tot verlenen van de vergunning te kunnen betrekken. Zo ja, dan kan de overheid ook voor deze schade aansprakelijk zijn, zelfs al is haar betrokken-

heid op het eerste gezicht slechts 'secundair'. Zo nee, dan kan het (zelfstandige) égalitébeginsel evenmin iets bieden. De 'zeltstandige spankracht' van de égalité gaat mijns inziens niet zo ver dat het ook tot compensatie kan verplichten als belangen, gelet op het wettelijke kader, ten principale niet in de afweging *mochten* worden betrokken. In zoverre kan het specialiteitsbeginsel dus wel van belang zijn voor de vraag of een nadeelcompensatieplicht kan bestaan. Dat er geen enkele materiële relatie bestaat tussen de 'vergelijkende' evenredigheid van de égalité en de 'verticale' evenredigheid van art. 3:4 Awb lijkt al met al niet te kunnen worden volgehouden.

De toekomst van het onzelfstandig schadebesluit

Is er nog toekomst voor het onzelfstandig schadebesluit? Ik heb twee situaties onderscheiden waarin deze figuur nog relevantie kan hebben. De eerste situatie is in de vaste rechtspraak van de Afdeling naar voren gekomen. Een besluit kan wegens een zorgvuldigheidsgebrek – en dus vanwege strijd met art. 3:4 lid 2 Awb – worden vernietigd indien sprake is van 'zodanig ernstige schade dat verweerder het bestreden besluit niet op zorgvuldige wijze had kunnen nemen zonder zich vooraf de belangen van appellant aan te trekken'. Het bereik van deze jurisprudentie is mijns inziens beperkt tot blijvende, onherstelbare inbreuken op het eigendomsrecht, zodanig dat *de facto* geen noemenswaardig gebruiksgenot meer overblijft. Onder meer in de sfeer van schade door tracébesluiten is dit soms aan de orde. Ook vanuit een Europees perspectief valt te bepleiten dat doorschuiven in deze gevallen niet mogelijk is; bij (de facto-)ontneming van eigendom is een schadevergoeding vooraf een voorwaarde voor de rechtmatigheid van de inbreuk op eigendom.

Een tweede situatie waarin het onrechtmatig kan zijn niet in het kader van de aan een besluit voorafgaande belangenafweging nadeelcompensatie aan te bieden, valt onder het kopje 'medeverantwoordelijkheid'. Het gaat hier onder meer om de situatie waarin een bestuursorgaan vertrouwen wekt bij een burger over de geoorloofdheid van een bepaalde handelwijze. Dit kan geschieden door een mondelinge of schriftelijk gedane mededeling ('in uw geval is geen vergunning nodig') of andere gedragingen die bij de burger het gerechtvaardigd vertrouwen wekken dat zijn handelwijze geoorloofd is. Indien achteraf blijkt dat het vertrouwen ten onrechte is gewekt (bijvoorbeeld omdat de ambtenaar het betreffende voorschrift verkeerd heeft geïnterpreteerd), kan het bestuur besluiten met een op zichzelf rechtmatig besluit een einde te maken aan de situatie waarin de burger is komen te verkeren. De jurisprudentie laat verschillende voorbeelden zien waarin de rechter wel accepteert dat aan de door toedoen van de overheid zelf gecreëerde situatie een eind kan worden gemaakt, maar daarbij aan het bestuursorgaan de verplichting oplegt dit besluit vergezeld te laten gaan van een aanbod tot nadeelcompensatie. Opmerkelijk aan deze jurisprudentie is evenwel dat het ging om situaties waarin de beginselplicht tot handhaving dwingt tot een bepaald besluit, of waarin het EG-recht tot een herstel van de rechtmatige situatie noopt. Het onzelfstandig schade-

besluit heeft in die situaties als nadeel dat de burger het 'corrigerende' besluit kan tegenhouden totdat overeenstemming is bereikt over de hoogte van het recht op schadevergoeding. Het is de vraag of die ruimte er rechtens zou moeten zijn. Juist in dit soort situaties ligt het meer voor de hand om het vertrouwensbeginsel als *zelfstandige* grondslag voor nadeelcompensatie te erkennen. De (directe) oorzaak van de schade moet daarbij mijns inziens worden gezocht in de handeling waarmee het vertrouwen werd gewekt. De materiële beoordeling van het recht op schadevergoeding zal vooral moeten worden gezocht in de criteria die bekend zijn uit de doctrine over het vertrouwensbeginsel. De traditionele égalitécriteria, in het bijzonder het normaal maatschappelijk risico, zouden daarbij verder buiten beschouwing moeten blijven. Beschikt het bestuursorgaan wel over de nodige speelruimte in zijn afweging, maar schendt het gerechtvaardigde verwachtingen, dan zou art. 3:4 wel als grondslag kunnen fungeren (§ 9.6.4).

Bewijslast en onderzoeksplicht

Bij de sterke nadruk die in dit hoofdstuk is gelegd op de materiële relaties tussen art. 3:4 lid 2 Awb en de égalité dient men niet te vergeten dat beide beginselen in procedureel opzicht steeds meer als te onderscheiden juridische normen fungeren. Dit blijkt allereerst uit het feit dat er een einde lijkt te zijn gekomen aan de onder het oude recht (*voor* de ontkoppeling) vigerende, relatief zware onderzoeksplicht van het bestuur. Voorzag het bestuur dat mogelijk onevenredig nadeel door het besluit zou kunnen ontstaan, dan was het voorheen verplicht daaraan aandacht te besteden in het kader van de belangenafweging zelf, door duidelijk te maken naar welke maatstaven verzoeken om nadeelcompensatie zouden worden beoordeeld. Dit was niet praktisch; het ligt immers veel meer voor de hand om de gerechtigdheid tot nadeelcompensatie te beoordelen op het moment dat het nadeel daadwerkelijk ontstaat dan om een besluit te vernietigen op de enkele grond dat de mogelijke nadelen onvoldoende zijn onderzocht. Door de ontkoppelingsjurisprudentie is aan deze onwenselijke praktijk een eind gekomen. Het nadeelcompensatierecht is daardoor in zoverre 'genormaliseerd', dat, net als in andere onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht, het in eerste instantie op de weg van degene die om schadevergoeding verzoekt, ligt om het bewijs van de schade te leveren. Deze bewijslast ziet zowel op het bestaan van de schade als op de onevenredigheid daarvan. Dat de burger als eerste aan zet is, neemt niet weg dat ook het bestuur een onderzoeksplicht heeft, die zich met name uit bij de bepaling van de precieze omvang van de schade en het causaal verband. Voor wat betreft dat laatste wordt van de burger bijvoorbeeld niet altijd verlangd dat de burger onomstotelijk bewijst dat de overheidsmaatregel de schade tot gevolg had, en dat geen andere oorzaken aan het nadeel ten grondslag konden liggen; indien aannemelijk is dat de overheidsmaatregel de schade heeft veroorzaakt, is het aan het bestuursorgaan om aan te tonen dat deze maatregel de schade *niet* heeft veroorzaakt. In § 9.7 is dan ook geconcludeerd dat in het bestuurs-

rechtelijke schadevergoedingsrecht de bewijspositie van de burger kan verschillen van die in het civiele schadevergoedingsrecht, aangezien ook het bestuur zelf een onderzoeksplicht kan hebben.

Knelpunten en oplossingsrichtingen

Ondanks de nog resterende – doch marginale – rol voor het onzelfstandig schadebesluit zal het bestuursorgaan in het gros van de gevallen de burger die om een onzelfstandig schadebesluit verzoekt, kunnen doorverwijzen naar een apart schadetraject. In § 9.8 zijn enige grenzen van het doorschuiven verkend. Geconcludeerd is dat noch art. 1 EP, noch het formele zorgvuldigheidsbeginsel in de weg staat aan dit fenomeen. Daarbij is van belang dat naar huidig recht steeds de mogelijkheid bestaat een zelfstandig nadeelcompensatiebesluit aan te vragen; ook wanneer geen bijzondere geschreven regeling bestaat, zal een burger altijd een zelfstandig verzoek om nadeelcompensatie op grond van het ongeschreven égalitébeginsel kunnen doen. Voor zover dit niet mogelijk is – namelijk bij niet-appellabele overheidshandelingen – kan van doorschuiven echter geen sprake zijn.

Het 'doorschuiven' heeft als voordeel dat de besluitvorming zelf niet wordt belemmerd doordat het bestuur zich van tevoren over de schadelijke gevolgen van zijn besluiten moet buigen en daarvan in zijn belangenafweging rekenschap moet geven. Deze praktijk heeft echter ook minder fraaie, juridiserende aspecten. Het kan tot een stapeling van procedures leiden: eerst tegen het besluit zelf, en vervolgens een aparte procedure over de nadeelcompensatie. Op twee wijzen zou een dergelijke stapeling van procedures kunnen worden voorkomen. Om te voorkomen dat een burger een zinledige rechtsgang tegen het besluit zelf wordt bespaard, is het allereerst gewenst dat de bestuursrechter overgaat tot een meer precieze duiding van hetgeen onder 'ernstige schade' moet worden verstaan. In deze gevallen immers heeft het ook zin om tegen het besluit zelf te ageren. In mijn optiek moet het daarbij gaan om een *als de facto-onteigening aan te merken inbreuk op het eigendomsrecht of althans een dusdanig zware inbreuk op het eigendomsrecht dat een feitelijk genot van de eigendom niet meer mogelijk is*. Door beter duidelijk te maken hoe hoog de drempel is alvorens een bestuursorgaan verplicht is een onzelfstandig schadebesluit te nemen, kan een schadeclaim meteen aan de orde worden gesteld in het juiste schadetraject (art. 3:4 of de égalité).

Verder bepleit ik een andere oplossing om te ontkomen aan de onaantrekkelijke stapeling van procedures ten gevolge van het doorschuiven. De grenzen tussen rechtmatig en onrechtmatig overheidshandelen zijn niet scherp, maar vloeiend. Wanneer een burger een niet succesvol vernietigingsberoep tegen een schadeveroorzakend besluit heeft ingesteld (wegens beweerdelijke strijd met een wettelijk voorschrift of enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, waaronder art. 3:4 lid 2 Awb), zou het goed zijn als de rechter direct de mogelijkheid heeft zich uit te laten over het eventuele bestaan van een recht op nadeelcompensatie. Voorwaarde is daarvoor dat op dat moment voldoende

duidelijkheid bestaat over de omvang van de schade. Indien dat het geval is, zou de bestuursrechter de bevoegdheid moeten hebben direct uitspraak te doen over een eventuele schending van de égalité. Een dergelijke met art. 8:73 Awb vergelijkbare bevoegdheid kan in nadeelcompensatiezaken waarin de rechtmatigheid van het handelen niet op voorhand is vast te stellen, bijdragen aan een efficiëntere beslechting van het geschil.

Deel III

Europeesrechtelijke aspecten van de égalité-aansprakelijkheid

10 Het égalitébeginsel en het eigendomsrecht van art. 1 EP EVRM

10.1 INLEIDING

De Europese eigendomsbescherming van art. 1 Eerste Protocol EVRM (hierna: art. 1 EP) neemt tegenwoordig een niet meer weg te denken plaats in naast de nationale stelsels van eigendomsbescherming. Veelvuldig beroepen justitiabelen zich in geschillen over hun onwelgevallige besluiten of handelingen niet alleen op het égalitébeginsel, maar ook (of in plaats daarvan) op art. 1 EP. De vraag hoe deze schadevergoedingsregimes zich tot elkaar verhouden staat centraal in dit hoofdstuk. Een vergelijking van deze regimes ligt voor de hand, aangezien beide duidelijke parallellen vertonen. De criteria waaraan een succesvol beroep op het égalitébeginsel moet voldoen, de 'speciale en abnormale last', doen sterk denken aan de *individual and excessive burden* van art. 1 EP, zoals ook in de literatuur veelvuldig is betoogd.[1] Daar komt bij dat in veel égalitégevallen ook sprake is van de aantasting van een eigendomsrecht.

Om de mogelijke toegevoegde waarde van art. 1 EP goed te kunnen schetsen, zal in dit hoofdstuk het accent vooral liggen op de wijze waarop art. 1 EP in de Straatsburgse jurisprudentie wordt geïnterpreteerd. Allereerst zal, na een korte schets van de ontwikkeling van art. 1 EP (§ 10.2), worden stilgestaan bij enkele algemene kenmerken van art. 1 EP. Het gaat hier onder meer om de vraag naar de inhoud van het bekende 'stappenschema' en de invloed van de Straatsburgse *margin of appreciation*, die de reikwijdte van de Europese eigendomsbescherming in grote mate beïnvloedt (§ 10.3). Vervolgens zal een eerste vergelijking worden gemaakt tussen art. 1 EP en de égalité, waarbij de aandacht vooral is gericht op het *toepassingsbereik* van beide regimes (§ 10.4). In § 10.5 wordt de aandacht vervolgens verlegd naar de invulling die in de Straatsburgse jurisprudentie is gegeven aan de bekende *fair balance*-toets. De inhoud van deze toets wordt verkend aan de hand van vier vuistregels. Om aan deze regels meer reliëf te geven, zal vervolgens worden besproken hoe het Hof in twee bijzondere casusposities aan de *fair balance* invulling heeft gegeven: maatregelen die een bepaald beroep of een bepaalde bedrijfstak raken (§ 10.6.2) en maatregelen op het terrein van de ruimtelijke ordening (§ 10.6.3).

---

1 Zie reeds E.A. Alkema, noot onder EHRM 23 september 1982, *NJ* 1988, 290 (*Sporrong en Lönnroth*) en voorts Van Ravels 2002b, p. 525, Barkhuysen & Van Emmerik 2002, p. 114, Polak 2003, p. 459, Janssen 2005, p. 345, Van Wijmen & Loof 2000, p. 121. Zie voor een afwijkend geluid Hoitink 2006, p. 32 e.v.

Juiste over deze maatregelen wordt op nationaal niveau veel over nadeelcompensatie geprocedeerd, zodat het interessant is om te zien welke eisen het Hof aan dergelijke maatregelen stelt in het licht van art. 1 EP. Daarna wordt in § 10.7 stilgestaan bij de toegevoegde waarde van art. 1 EP op nationaal niveau. In deze paragraaf zal onder meer worden betoogd dat de huidige rechtspraak van de Hoge Raad, krachtens welke formele wetten alleen aan art. 1 EP kunnen worden getoetst maar niet aan het égalitébeginsel, moet worden verlaten. Met het schadebegrip, schadebegroting en andere algemene aspecten van de vergoeding van schade in de jurisprudentie van het EHRM houd ik mij niet bezig.[2]

Mede omdat het EHRM een ruime, autonome interpretatie heeft gegeven van het begrip 'eigendom', is er inmiddels sprake van een omvangrijk jurisprudentiecorpus over art. 1 EP, zowel in de Straatsburgse als de nationale jurisprudentie. Het zou het bestek van dit hoofdstuk ver te buiten gaan om deze jurisprudentie uitputtend te willen bespreken. Daarom zal ik bij de selectie van de jurisprudentie steeds zoveel mogelijk in het oog te houden welke zaken voor de nationale nadeelcompensatiepraktijk relevant zouden kunnen zijn. De in § 10.6 besproken bijzondere gevallen moeten ook in dat licht worden geplaatst. Daarbij heb ik mij niet alleen gericht op de arresten van het Hof, maar ook op ontvankelijkheidsbeslissingen, omdat juist deze belangrijke gegevens kunnen bevatten over de reikwijdte van de EVRM-rechten, waaronder het eigendomsrecht.[3] Ook in mijn bespreking van de nationale jurisprudentie in § 10.7 ben ik selectief geweest. Zo heb ik het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht links laten liggen, omdat deze terreinen voor het nadeelcompensatie minder relevant zijn.

10.2 De totstandkoming van art. 1 EP

In februari 1949 werd een aanvang gemaakt met de codificatie van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. In deze periode van wederopbouw was de codificatie van het eigendomsrecht bepaald niet vanzelfsprekend. Een aantal verdragstaten, met name het Verenigd Koninkrijk en Zweden, meenden dat de erkenning van het eigendomsrecht hen zou kunnen dwarsbomen bij het nemen van maatregelen die in de naoorlogse jaren onvermijdelijk waren om de economie weer op de rails te krijgen. Het verzet van met name het Verenigd Koninkrijk was niet nieuw. Ook bij de opname van het eigendomsrecht in de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens in 1948 had de Engelse regering zich reeds uitgesproken tegen de erkenning van het eigendomsrecht als internationaal mensenrecht, omdat het eigendomsrecht onderworpen is aan zo veelvuldige regulering door de nationale regeringen

2 Zie daarover Van Emmerik 1997.
3 Vgl. Myjer 2009, p. 399 e.v.

dat het zinloos zou zijn om van een 'recht' te spreken.[4] Zij stond hierin overigens vrijwel alleen. Van alle bij de Universele Verklaring betrokken staten was het eigendomsrecht het meest genoemde mensenrecht in de nationale constituties.[5] Uiteindelijk zou het artikel over het eigendomsrecht over het eigendomsrecht met 39 stemmen tegen 0 worden aangenomen,[6] maar het Engelse verzet tegen een verdragsrechtelijke erkenning van dit recht zou bij het EVRM opnieuw de kop opsteken.

De Raad van Europa leunde sterk op de rechten die ook al in de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens waren opgenomen. Het Comité van Ministers had een lijst opgesteld van in het EVRM op te nemen rechten, en daaronder viel ook 'the right to own property', zulks 'in accordance with Article 17 of the United Nations Declaration'. Binnen het Comité van Ministers verschilden echter de meningen over de vraag of het wel wenselijk was het eigendomsrecht als verdragsrecht te erkennen. Die vraag lag thans politiek gevoeliger dan bij de Universele Verklaring, omdat het EVRM ook juridisch bindend zou zijn. Er klonken met name twee bezwaren. Het eerste werd onder meer verwoord door het Engelse lid Lord Walter Layton van de Raadgevende Vergadering (Consultative Assembly), die voorstellen moest doen voor de te codificeren verdragsrechten en de tekst waarin deze werden gegoten. Layton meende dat de totstandkoming van het Verdrag niet zou moeten worden gehinderd door gesteggel over de precieze reikwijdte van het eigendomsrecht. Hij meende zelfs dat het EVRM zich vooralsnog zou moeten beperken tot de *cardinal principles for the functioning of political democracy*. Hij betwijfelde of daartoe ook het eigendomsrecht behoorde: de invulling daarvan zou zo sterk afhankelijk zijn van het nationale economische beleid en zo politiek van aard zijn, dat het onmogelijk zou zijn tot een algemeen geaccepteerde omschrijving van dit recht te komen.[7] In het verlengde van dit bezwaar van Brits-Zweedse zijde klonk het bezwaar van sommige leden dat het ongewenst zou zijn aan een internationale organisatie het recht te geven om een uitspraak te doen over nationale keuzes tot beperkingen van het eigendomsrecht. Gemeend werd dat het eigendomsrecht veeleer een sociaal-economisch recht was, net als het recht op werk, onderwijs en een minimale levensstandaard. Er zou een onbalans in het Verdrag komen als sommige sociale rechten wel, en andere daarin niet zouden worden opgenomen.[8]

Niettegenstaande deze bezwaren bestond er binnen de Raad van Europa vrij brede overeenstemming over de noodzaak om het eigendomsrecht in het EVRM op te nemen. Ook was men het er over eens dat het recht op eigendom

4 Riza Coban 2004, p. 127.
5 Van Banning 2001, p. 151.
6 Art. 17 kwam te luiden: 1. Everyone has the right to own property alone as well as in association with others. 2. No one shall be arbitrarily deprived of property.
7 Haeck 2006, p. 171-172 e.v.
8 Haeck 2006, p. 172 en Riza Coban 2004, p. 129.

geen absoluut en onaantastbaar recht zou kunnen zijn; van private eigendom zou gebruik moeten kunnen worden gemaakt ten behoeve van het algemeen belang. De vraag was alleen hoe deze uitgangspunten in een verdragsartikel te verwoorden. Een letterlijke overname van artikel 17 van de Universele Verklaring was geen optie, omdat deze bepaling veel vragen onbeantwoord liet. Er werd bijvoorbeeld niet in omschreven wat het eigendomsrecht inhield, binnen welke bandbreedtes het staten geoorloofd zou zijn daarop een inbreuk te maken en wat een 'willekeurige' (*arbitrary*) inbreuk precies betekende. Toch slaagden de juristen er al vrij snel in overeenstemming te bereiken over een mogelijk geschikte formulering. Het concept-artikel luidde als volgt:

> 'All individuals and corporate bodies are entitled to respect for their property. Such property shall not be liable to arbitrary confiscation. This shall not, however, in any way prejudice the right of the different States to enact such laws as may be necessary to ensure the use of this property or the public good.'

Het recht op eigendom werd dus expliciet erkend, maar ook beoogde het artikel de vrees van sommige staten weg te nemen dat deze erkenning in de weg zou staan aan het reguleren van het gebruik van de eigendom ten behoeve van het algemeen belang. In augustus 1950 werd het aan het Comité van Ministers voorgelegd. De exacte redenen zijn nooit duidelijk geworden, maar in het concept-verdrag dat uiteindelijk door het Comité werd geaccordeerd, was het artikel niet opgenomen. Mogelijk lagen daar opnieuw Britse bezwaren aan ten grondslag;[9] vanuit Engeland bestond vooral de vrees dat het eigendomsrecht in de weg zou staan aan de nationalisatie van eigendom of aan het heffen van belasting. Uit de *travaux préparatoires* van het overleg van het Comité van Ministers komt niet naar voren dat er enig debat is geweest over het eigendomsrecht.[10] Er was echter haast bij het tekenen van het Verdrag en men achtte het niet gewenst de voortgang van het Verdrag te laten vertragen door een debat over de gewenste redactie van het eigendomsartikel. Men opteerde ervoor het verdrag met de mensenrechten waarover reeds overeenstemming was bereikt, in werking te laten treden, en het eigendomsrecht in een afzonderlijk protocol te regelen. Zo kwam het dat op 4 november 1950 het Verdrag werd getekend zonder een bepaling over het eigendomsrecht. Met zijn Ierse collega MacBride en zijn Franse collega Schuman drong de Nederlandse minister Stikker er tijdens de ceremonie rondom het te tekenen Verdrag wel op aan dat het eigendomsrecht in de nabije toekomst alsnog zou worden geregeld.

Aan die wens werd voldaan: nog geen anderhalf jaar later, op 20 maart 1952, werd het Eerste Protocol getekend, dat na ratificatie door de tien verdragstaten op 18 mei 1954 in werking trad. De definitieve, ook thans vigerende

9 Aldus Haeck 2006, p. 178.
10 Riza Coban 2004, p. 133, Haeck 2006, p. 178.

tekst van het artikel was, in de Nederlandse vertaling, als volgt komen te luiden:

> Art. 1. Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.
>
> De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan dat een Staat heeft om die wetten toe te passen die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.

Deze formulering was tot op grote hoogte een compromis en vooral het resultaat van het aanhoudende Britse verzet tegen een te vergaande erkenning van de bescherming van het eigendomsrecht. In de eerste zin werd niet langer expliciet het recht op eigendom erkend, maar werd voor een afgezwakte formulering gekozen dat een ieder recht heeft op – zoals het in de Engelse tekst staat – *the peaceful enjoyment of his possessions*. Deze formulering was overgenomen uit een Brits voorstel voor het eigendomsartikel dat in februari 1951 aan het Comité van Ministers was voorgelegd. Het voorbehoud uit de tweede alinea diende vooral om expliciet te garanderen dat staten de vrijheid hadden het eigendomsrecht naar eigen goeddunken – voor zover het algemeen belang dat vergt – te reguleren. Verder was opmerkelijk dat het artikel nergens melding maakt van een recht op schadevergoeding, ook niet bij de ontneming van eigendom. In een door de Belgische regering geformuleerd conceptvoorstel was nog met zoveel woorden gesteld dat de ontneming van eigendom *subject to fair compensation* zou zijn, maar dat ging de Britse en de Franse regering te ver. Zij wensten de mogelijkheid open te laten dat in bijzondere gevallen geen vergoeding zou hoeven te worden gegeven, zonder een veroordeling vanuit Straatsburg te riskeren. Daarom werd niet voor *subject to fair compensation* gekozen, maar voor *subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law*. De geamendeerde tekst ging evenwel vergezeld van de toelichting dat deze wettelijke voorwaarden in de praktijk primair zouden bestaan uit een schadevergoeding, conform het gebruik in de nationale onteigeningswetten.[11]

Hoe vanzelfsprekend het in 1949 ook leek dat het eigendomsrecht een van de essentiële mensenrechten zou zijn die in het verdrag een plek moesten krijgen, uiteindelijk ging er veel tijd (35 maanden) en debat overheen alvorens de verdragspartijen tot overeenstemming over de tekst van een artikel kwamen. Het uiteindelijke artikel was een in veel opzichten nogal uitgeklede regeling, waarin noch het recht op eigendom noch het recht op schadevergoeding bij

11 Riza Coban 2004, p. 135-136.

ontneming van eigendom expliciet werd erkend. Zo bezien had het aanhoudende verzet van enkele verdragstaten, met name Groot Brittannië, zijn vruchten afgeworpen. Waarschijnlijk speelde daarbij ook de onzekerheid over de toekomstige rol van het EHRM mee. Als dit een net zo activistisch Hof zou worden als het Amerikaanse Supreme Court aan het begin van de twintigste eeuw, was het maar beter om een politiek gevoelig mensenrecht als het eigendomsrecht in niet al te ruimhartige termen te formuleren.[12] In de eerste decennia na de inwerkingtreding van het protocol bleek die vrees voor rechterlijk activisme in elk geval voor wat betreft het eigendomsrecht niet gegrond. En hoewel het Hof vanaf de jaren tachtig steeds meer werk ging maken van de bescherming van het eigendomsrecht, met name door een extensieve interpretatie van het begrip 'eigendom', heeft het de politieke dimensie van dit recht altijd in het oog gehouden.

10.3 Algemene kenmerken van art. 1 EP

10.3.1 Het stappenschema

Om een systematische behandeling van de belangrijkste kenmerken van art. 1 EP mogelijk te maken, ligt het voor de hand aansluiting te zoeken bij de volgorde waarin het Hof beziet of er sprake is van een onrechtmatige inbreuk op het eigendomsrecht. De eerste stap is telkens of er sprake is van 'eigendom' in de zin van art. 1 EP. Als eenmaal wordt aangenomen dat een eigendomsrecht in het geding is, wordt vervolgens bezien of sprake is van een inbreuk op c.q. inmenging in het eigendomsrecht (de *interference*-toets). Is van een inmenging sprake, dan wordt vervolgens via een drietal stappen bezien of deze inmenging voldoet aan de eisen van art. 1 EP en daarmee gerechtvaardigd (rechtmatig) is:[13]

1. Is de inbreuk rechtmatig, d.w.z. bij wet voorzien (de *lawfulness*-toets)?
2. Zo ja, heeft de inbreuk een legitieme doelstelling in het algemeen belang? (de *general interest*-toets)?
3. Zo ja, bestaat een redelijk evenwicht tussen de eisen van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu (de *fair balance*-toets)?

Deze verschillende vragen zijn ieder voor zich noodzakelijke voorwaarden; aan de *fair balance*-toets zal niet worden toegekomen indien een van de voorgaande vragen reeds negatief is beantwoord.[14] Hierna zullen de verschillende

12 Vgl. Haeck 2006, p. 194.
13 Schokkenbroek (losbl.), 4.1 – 11.
14 EHRM 8 november 2005, appl.no. 4251/02 (*Saliba t. Malta*, § 37).

stappen kort worden besproken: het eigendomsbegrip, de verschillende wijzen van inmenging in de eigendom, de *lawfulness*-toets, en de *general interest*-toets. De *fair balance*-toets komt in § 10.5 aan de orde.

10.3.2 Eigendomsbegrip

De bescherming die aan art. 1 EP kan worden ontleend is ruim. In de literatuur zijn uitvoerige overzichten gegeven van de reikwijdte van het eigendomsbegrip.[15] Daaruit wordt duidelijk dat onder eigendom in de zin van art. 1 EP in elk geval een stuk meer valt dan het begrip 'zaak' in de zin van art. 5:1 BW. Het Hof hanteert een autonoom eigendomsbegrip en abstraheert van de vraag of het nationale recht een bepaald recht erkent als een wettelijk recht of een erkend belang. De nationale kwalificatie is, met andere woorden, niet relevant.[16] Zoals het Hof in de *Iatridis*-zaak overwoog:

> 'The Court reiterates that the concept of "possessions" in Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is certainly not limited to ownership of physical goods: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as "property rights", and thus as "possessions" for the purposes of this provision.'[17]

De jurisprudentie biedt talloze voorbeelden van dergelijke niet-stoffelijke vormen van eigendom, zoals goodwill,[18] intellectuele eigendom,[19] een recht op schadevergoeding[20] of een vergunning.[21] Volgens Van Rijn is de gemeenschappelijke noemer de economische waarde van het recht of het belang: als de overheidsmaatregel deze waarde op geen enkele wijze aantast, dan kan een schending van art. 1 EP niet aan de orde zijn. Van dit laatste noemt hij als voorbeelden de situatie dat men een recht claimt om in een huis te wonen waarvan men geen eigenaar is, en geluidsoverlast die een tijdelijke verminderd woongenot veroorzaakt; is die overlast echter zo hoog dat een huis in waarde

---

15 Zie onder meer Haeck 2004, p. 318 e.v., Barkhuysen & Van Emmerik 2002, p. 104, Aronovitz 1997, p. 87 e.v. en Sermet 1990, p. 1 e.v.

16 Zie EHRM 23 februari 1995, appl.no 15375/89 (*Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH t. Nederland*) en EHRM 13 december 2000, appl.no 33071/96 (*Malhous t. Tsjechië*).

17 EHRM 25 maart 1999, appl.no. 31107/96 (*Iatridis t. Griekenland*).

18 EHRM 26 juni 1986, appl.no. 8543/79 (*Van Marle t. Nederland*).

19 EHRM 4 oktober 1990, appl.no. 12633/87 (*Smith Kline t. Nederland*).

20 EHRM 20 november 1995, *NJ* 1996, 593 (*Pressos Compania Naviera SA t. België*), EHRM 2 juli 2009, appl.no. 22627/03 (*Zaharievi t. Bulgarije*).

21 EHRM 7 juli 1989, appl.no. 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*). Niet alle vergunningen zijn 'possessions': dit hangt af van 'the question whether the licence can be considered to create for the licence-holder a reasonable and legitimate expectation as to the lasting nature of the licence and as to the possibility to continue to draw benefits from the exercise of the licensed activity' (ECRM 5 december 1984, appl.no. 10426/83 (*Pudas t. Zweden*).

daalt, dan is van een inmenging in het eigendomsrecht wel sprake.[22] Ook Haeck meent dat art. 1 EP zich slechts uitstrekt tot 'het "patrimonium" van een privé-persoon of als het ware tot alles wat in hoofde van een privé-persoon een "patrimoniale waarde" heeft of kan hebben'.[23] Is het enigszins speculatief of het eigendomsrecht waarop men zich beroept financiële waarde heeft, dan kan dat aanleiding zijn om geen *possession* aanwezig te achten.[24]

Een voorwaarde die het ruime bereik van art. 1 EP enigszins tempert, is dat het eigendomsrecht in voldoende mate moet vaststaan. Het moet gaan om 'assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he has at least a "legitimate expectation" of obtaining effective enjoyment of a property right.'[25] Het concept *legitimate expectations* ('gerechtvaardigde verwachtingen') is feitelijk een verruiming van het bereik van art. 1 EP. Immers, niet alleen bestaande eigendom wordt beschermd, maar ook toekomstige, mits deze met voldoende zekerheid vaststaat. De beperking schuilt vanzelfsprekend in de eis dat de verwachting *gerechtvaardigd* moet zijn. In dat verband wordt nagegaan of de eigendom "voldoende bepaald is om opeisbaar te zijn".[26] De enkele hoop of verwachting van toekomstig inkomen is dus niet voldoende; art. 1 EP houdt geen recht in om eigendom te verwerven.[27]

10.3.3 Inmenging in eigendom: de drie subregels van art. 1 EP

Na de inwerkingtreding van het protocol leidde art. 1 EP lange tijd een slapend bestaan. Pas met de *Handyside*-beslissing[28] uit 1976 nam het Hof zijn eerste beslissing over het eigendomsrecht. Vanaf het begin van de jaren tachtig zou het eigendomsrecht echter een eigen, volwaardige plaats tussen de andere verdragsrechten voor zich opeisen. Van belang hierbij waren vooral de uitspraken *Sporrong en Lönnroth t. Zweden* en *James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*. Uit deze uitspraken valt een vast toetsingsstramien af te leiden dat het Hof in elke uitspraak, zij het niet altijd expliciet, doorloopt. Het Hof formuleerde in de *Sporrong en Lönnroth*-uitspraak drie 'regels'. De eerste regel is opgenomen in de eerste zin van art. 1 EP en garandeert elke natuurlijke of rechtspersoon het ongestoorde genot van zijn eigendom. Deze regel is volgens het Hof *of a general*

22 Van Dijk & Van Hoof 1998 (bew. door A. van Rijn), p. 620.
23 Haeck 2004, p. 319. Vgl. Harris, O'Boyle & Warbrick 2009, p. 657: 'The essential characteristic is the acquired economic value of the individual interest.'
24 Mowbray & Harris 2001, p. 660, met een verwijzing naar EHRM 28 oktober 1999, appl.no. 41127/98 (*Cierva Osorio de Moscovo t. Spanje*; klaagster beriep zich op haar adellijke titel als eigendomsrecht).
25 EHRM 12 juli 2001, appl.no. 42527/98 (*Hans-Adam II van Liechtenstein t. Duitsland*).
26 EHRM 9 december 1994, appl.no. 13427/87 (*Stran Greek Refineries t. Griekenland*), EHRM 2 maart 2005, appl.no. 71916/01 (*Von Maltzan e.a. t. Duitsland*). Zie nader Haeck 2004, p. 327.
27 ECRM 19 oktober 2000, appl.no. 31227/96 (*Ambruosi t. Italië*).
28 EHRM 7 december 1976, appl.no. 5493/72 (*Handyside*).

nature. De tweede houdt in dat bij de ontneming (*deprivation*) van eigendom aan bepaalde voorwaarden moet worden voldaan, die in het artikel zelf worden genoemd: de ontneming moet in het algemeen belang geschieden en voldoen aan de voorwaarden genoemd in de nationale wet en de algemene beginselen van internationaal recht. De derde regel is de *control of use*-regel (hierna: de reguleringsregel), die inhoudt dat staten de mogelijkheid hebben de eigendom van particulieren ten behoeve van het algemeen belang te 'reguleren'.[29]

Dit is inmiddels zo vaak beschreven dat men bijna uit het oog zou verliezen waarom de *Sporrong*-uitspraak zo belangrijk was. Dat belang was ten eerste gelegen in het onderscheiden van de derde regel. Het formuleren van deze regel was meer dan het slechts in herinnering roepen van een regel die reeds in het verdrag besloten lag. De verdragspartijen hadden de reguleringsregel immers niet bedoeld om particulieren te beschermen, maar om zeker te stellen dat de verdragstaten de ruimte zouden behouden om beleid te voeren waarbij onvermijdelijk het eigendomsrecht van particulieren in het gedrang zou kunnen komen. In lijn hiermee had het Hof in de uitspraken *Handyside* en *Marckx* nog overwogen dat de verdragstaten de *sole judges* zijn om te kunnen bepalen of een inbreuk 'noodzakelijk' was in het algemeen belang.[30] De ferme bewoordingen van art. 1 EP sluiten hierop aan: 'De voorgaande bepalingen tasten echter *op geen enkele wijze* het recht aan dat een Staat heeft om die wetten toe te passen die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren'. Noch de bedoeling van de verdragspartijen, noch de bewoordingen van het artikel weerhielden het Hof er echter van om uit art. 1 EP een aanvullende regel af te leiden, die particulieren *ook* bij de regulering van eigendom een minimumbescherming gaf.[31]

De tweede reden waarom het *Sporrong*-arrest zo belangrijk was, was gelegen in de introductie van de *fair balance*-toets in het kader van art. 1 EP. Deze toets is niet specifiek voor het eigendomsrecht, zo benadrukte het Hof: zij is 'inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1 (P1-1).'[32] Hoewel de tekst van art. 1 EP geen melding maakt van een proportionaliteitstoets, benadrukte het Hof dat elke inbreuk op eigendom in de zin van dit artikel aan een dergelijke toets is onderworpen. De *Sporrong*-zaak zelf maakte bovendien duidelijk dat het Hof daarbij geen onderscheid maakt al naar gelang de inbreuk op het eigendomsrecht door een wetgevende of een andersoortige overheidshandeling wordt veroorzaakt. De wettelijke onmogelijkheid om iets tegen de telkens verlengde onteigeningsvergunningen te doen *en* enige compensatie daarvoor te kunnen krijgen,

29 EHRM 23 september 1982, appl.nos. 7151/75, 7152/75 (*Sporrong en Lönnroth*, § 61).
30 EHRM 13 juni 1979, appl.no. 6833/74 (*Marckx*).
30 § 69.
31 Rozakis & Voyatzis 2006, p. 5, Marguénaud 2007, p. 673.
32 § 69.

leverde volgens het Hof een *individual and excessive burden* op. Hoewel deze criteria sterk gelijken op de criteria van het égalité, blijkt nergens uit dat het EHRM zich rechtstreeks op de Franse égalitédoctrine heeft gebaseerd of zich daardoor heeft laten inspireren. De bron van de *fair balance* ligt in het Verdrag zelf, aangezien deze *balance* ook inherent was aan andere verdragsbepalingen. Met de *Sporrong*-uitspraak werd slechts bevestigd dat zij *ook* inherent was aan het eigendomsrecht.[33]

In de *James*-uitspraak uit 1986 benadrukte het Hof dat de deelregels met elkaar verbonden zijn. In *Sporrong* had het Hof de verschillende regels nog *distinct* genoemd, maar dit betekende volgens *James* niet "*'distinct' in the sense of being unconnected*".[34] De regel die is geformuleerd in het eerste lid moet worden gezien als de algemene regel, waarvan de tweede en de derde regel specifieke *uitwerkingen* zijn. De tweede en derde regel hebben ieder derhalve weliswaar een – elkaar uitsluitend – bijzonder toepassingsgebied, maar de bescherming die zij bieden vloeit voort uit de algemene regel die inhoudt dat particulieren recht hebben op het ongestoorde genot van hun eigendom. De tweede en derde regel moeten derhalve worden toegepast *in the light of the general principle enunciated in the first rule*.[35]

10.3.3.1 Ontneming

In latere jurisprudentie van het Hof is meer duidelijk geworden over de reikwijdte van de verschillende regels. Het Hof behandelt een zaak in elk geval onder de ontnemingsregel als er sprake is van eigendomsoverdracht in juridische zin.[36] Zoals de Commissie het stelde in een van haar vroege ontvankelijkheidsbeslissingen over art. 1 EP:

> '[T]he phrase deprivation of his possessions except in the public interest is intended to refer to formal (or even *de facto*) expropriation, that is to say the action whereby the State lays hand – or authorises a third party to lay hands – on a particular piece of property for a purpose which is to serve the public interest.'[37]

Onteigening is derhalve het standaardvoorbeeld van 'ontneming', aangezien daarbij het genot van de eigendom definitief en volledig wordt ontnomen. Het bereik van de ontnemingsregel is echter breder; hij is van toepassing op alle situaties waarbij 'de eigenaar alle attributen van het desbetreffende individuele recht wordt ontnomen, waardoor de relatie tussen het voorwerp van het eigendomsrecht en de titularis volledig en definitief wordt verbroken'.[38]

---

33 Vgl. Allen 2006, p. 294 e.v.
34 EHRM 21 februari 1986, appl.no. no. 8793/79, I (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, § 37).
35 *James,* t.a.p.
36 Barkhuysen & Van Emmerik 2002, p. 105.
37 ECRM 12 oktober 1982, appl.nos. 8588/79 en 8589/79 (*Bramelid en Malmström t. Zweden*).
38 Condorelli 1999, p. 983.

Daaraan voldoen in elk geval die handelingen waarmee wordt *beoogd* de eigendom in andere handen te doen overgaan, zoals een onteigening[39] of een nationalisatie.[40] Dit impliceert overigens niet dat het Hof in alle gevallen waarin de eigendom teloorgaat, van ontneming sprake is; soms wordt dan toch een van de andere regels toegepast.[41]

Art. 1 EP zou van zijn potentiële betekenis worden beroofd als de ontnemingsregel beperkt zou blijven tot formele eigendomsoverdrachten. Dat zou immers met zich brengen dat het toepassingsbereik van art. 1 EP afhankelijk zou zijn van een zuiver formele omschrijving van het begrip 'ontneming'. Daarbij zou waarschijnlijk veel gewicht toekomen aan de (nationale) kwalificatie van een bepaalde inbreuk, en minder aan de materiële effecten van de inbreuk. Het Hof heeft zich dit reeds in het *Sporrong*-arrest gerealiseerd en ook *de facto*-ontnemingen van eigendom onder het bereik van de ontnemingsregel zijn gebracht. Dit zou eraan bijdragen dat het Verdrag ook *practical and effective* is bij het beschermen van de verdragsrechten.[42] Ook bij *de facto*-ontneming blijft als regel geen enkele band bestaan tussen de eigenaar en zijn eigendom en moet dus sprake zijn van een overgang van eigendom in overheidshanden, ook al lag aan die overdracht geen formeel besluit ten grondslag.[43] Pellonpää onderscheidt in dit verband twee eigenschappen van *de facto*-onteigening: ten eerste moet er sprake zijn van een verlies van 'all essential elements of ownership' en ten tweede moet dat verlies 'more or less irreversible', dus onomkeerbaar van aard zijn.[44] Daarbij kan worden gedacht aan de situatie dat de nationale overheid lange tijd grond in bezit neemt en de eigenaren daarvan elke mogelijkheid het land te exploiteren ontzegt[45] of aan de inbeslagneming van waardevolle goederen zonder enige compensatie.[46] Zo wordt duidelijk waarom van *de facto*-onteigening in *Sporrong* geen sprake was. Het ging in deze zaak om beslissingen van de Zweedse regering tot verlening van een vergunning aan de stadsraad van Stockholm om een bepaald perceel te kunnen onteigenen. Deze vergunning en het bijbehorende bouwverbod was verleend voor een termijn van vijf jaar, maar werd in de praktijk voortdurend verlengd, en hield in het geval van Sporrong vijfentwintig en dat van Lönnroth twaalf jaar aan. Klagers konden hun eigendom gewoon

39 Zie bijv. EHRM 24 november 1994, *Serie A*, Vol. 296-B (*Beaumartin t. Frankrijk*), EHRM 7 augustus 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1067 (*Zubani t. Italië*).

40 EHRM 8 juli 1986, appl.no. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), EHRM 21 juli 2005, appl.no. 57001/00 (*Strain e.a. t. Roemenië*).

41 EHRM (GK) 30 augustus 2007, appl.no. 44302/02 (*Pye t. Verenigd Koninkrijk*; § 64).

42 *Sporrong and Lönnroth*, reeds geciteerd, § 63.

43 Riza Coban 2004, p. 179.

44 Pellonpää 2000, p. 1101. Haeck 2004, p. 338 benadrukt ook dat bij *de facto*-onteigening sprake is van overdracht van eigendom, waardoor het beschikingsrecht over het goed volledig verloren gaat. Zie over de onomkeerbaarheid van de inbreuk: EHRM 16 september 1996, appl.no. 15777/89 (*Matos e Silva t. Portugal*, § 85).

45 EHRM 24 juni 1993, appl.no. 14556/89 (*Papamichalopoulos t. Griekenland*).

46 EHRM 22 mei 1998, appl.no. 60868/00 (*Vasilescu t. Roemenië*).

blijven gebruiken en hadden de mogelijkheid hun eigendom te verkopen, ook al zou een eventuele verkoop door de verleende onteigeningsvergunningen niet erg makkelijk gaan of hadden zij met een lagere prijs genoegen moeten nemen. Geen formele overdracht van eigendom derhalve, maar ook geen *de facto*-onteigening, omdat 'although the right in question lost some of its substance, it did not disappear.'[47] Het Hof paste de algemene regel uit het eerste lid toe (het beginsel van ongestoord eigendomsgenot, hierna: de 'genotsregel') en bepaalde met een krappe meerderheid van tien tegen negen dat art. 1 EP geschonden was.

10.3.3.2 Regulering

Is er geen sprake van overdracht van een goed en blijft dus een zekere juridische band tussen de eigenaar en het voorwerp van het eigendomsrecht bestaan, dan is in beginsel de reguleringsregel van toepassing. De toepasselijkheid van de genotsregel daargelaten, kan men feitelijk elk handelen dat inbreuk maakt op eigendom maar niet kan worden aangemerkt als een ontneming of de facto-ontneming als regulering aanmerken. Het palet aan overheidshandelingen dat een *control of use* kan opleveren, is derhalve zeer breed; het is niet mogelijk hiervan een limitatieve opsomming te geven. Het kan om handelingen gaan waarbij de overheid aan een burger de verplichting tot een doen oplegt, zoals de verplichting van een grondeigenaar om bomen te planten in het belang van de milieubescherming.[48] Vaker gaat het echter om maatregelen die de uitoefening van het eigendomsrecht aan bepaalde beperkingen onderwerpt. Te denken valt aan planologische beperkingen, zoals een verbod tot het bewonen van caravans zonder vergunning in strijd met de planologische voorschriften,[49] bouwverboden[50] of de wijziging[51] of vernietiging[52] van een bouwvergunning. De jurisprudentie van het Hof laat echter ook op tal van andere beleidsterreinen toepassingen van de reguleringsregel zien, zoals dat van de sociale huisvesting,[53] de uitoefening van bepaalde beroepen[54] of activiteiten[55] en de sociale zekerheid.[56] Worden beperkingen opgelegd door *wetgeven-*

47 § 63.
48 ECRM 18 januari 1989 , appl.no. 12570/86 (*Denev t. Zweden*).
49 EHRM 18 januari 2001, appl.no. 27238/95 (*Chapman t. Verenigd Koninkrijk*).
50 ECRM 7 mei 1987, appl.no. 11723/85 (*Chater t. Verenigd Koninkrijk*).
51 ECRM 9 mei 1988, appl.no. 12258/86 (*Skärby t. Zweden*).
52 EHRM 29 november 1991, appl.no. 12742/87 (*Pine Valley Developments t. Ierland*).
53 EHRM 19 december 1989, appl.no. 10522/83 (*Mellacher t. Oostenrijk*).
54 EHRM 21 oktober 1998, appl.no. 33298/96 (*Pinnacle Meat Processors Company e.a. t. Verenigd Koninkrijk*; verbod op het ontbotten van hoofden van geslacht vee), EHRM 25 januari 2000, appl.no. 37683/97 (*Ian Edgar (Liverpool) Limited t. Verenigd Koninkrijk*; wettelijk verbod op handvuurwapens) en EHRM 24 september 2002, appl.no. 27824/95 (*Posti en Rahko t. Finland*; wettelijke beperking om in bepaalde wateren te vissen).
55 EHRM 29 april 1999, appl.no. 25088/94 e.a. (*Chassagnou t. Frankrijk*; regulering van jachtrecht).

de maatregelen die een deelaspect van iemands eigendom aantasten, dan is dit een belangrijke indicatie dat een vorm van regulering van eigendom aan de orde is, ook al wordt een deel van het eigendomsrecht ontnomen. In de zaak *Banér* overwoog de Commissie in dit verband:

> 'Legislation of a general character affecting and redefining the rights of property owners cannot normally be assimilated to expropriation even if some aspect of the property right is thereby interfered with or even taken away. There are many examples in the Contracting States that the right to property is redefined as a result of legislative acts. Indeed, the wording of Article 1 para. 2 shows that general rules regulating the use of property are not to be considered as expropriation. The Commission finds support for this view in the national laws of many countries which make a clear distinction between, on the one hand, general legislation redefining the content of the property right and expropriation, on the other.'[57]

Er valt in dit licht veel te zeggen voor het oordeel van de Hoge Raad in de *WHV*-zaak, waarin hij de korting van varkensrechten niet aanmerkte als ontneming, en daarbij het op basis van die vergunningen uitgeoefende bedrijf als uitgangspunt nam.[58] Op deze zaak kom ik in § 10.7 nog terug.

10.3.3.3 De genotsregel

Het Hof toetst in de praktijk geregeld aan de algemene 'gentosregel' dat iedere natuurlijke of rechtspersoon recht heeft op het ongestoord genot van zijn eigendom.[59] Deze regel heeft een aanvullend karakter: valt een regel niet onder een van de bijzondere regels (ontneming/regulering), dan is automatisch de regel uit de eerste zinsnede van toepassing. De reden om een zaak als een inbreuk op het ongestoord genot, en niet als een regulering van eigendom te beschouwen kan zijn gelegen in het feit dat de nationale overheid in deze gevallen niet beoogt, door een positieve wilsdaad, een inbreuk op de eigendom te maken, maar andere omstandigheden, zoals nalatigheid of weigerachtigheid van de autoriteiten, een inbreuk op het eigendomsrecht maken.[60] Zo was de

---

56 EHRM 16 september 1996, appl.no. 17371/90 (*Gaygusuz t. Oostenrijk*; regulering van nooduitkering wegens werkloosheid).

57 ECRM 9 maart 1989, appl.no. 11763/85 (*Banér t. Zweden*).

58 HR 16 november 2001, *AB* 2002, 25, m.nt. PvB (*WHV*). De intrekking van een vergunning wordt meestal als regulering aangemerkt: EHRM 7 juli 1989, appl.no. 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*), EHRM 18 februari 1991, appl.no. 12033/86 (*Fredin t. Verenigd Koninkrijk*).

59 Zie bijv. EHRM 20 juli 2000, appl.no. 15918/89 (*Antonetto t. Italië*) en EHRM 17 juli 2003, appl.no. 32190/96 (*Luordo t. Italië*).

60 Zie naast de *Sporrong*-zaak bijv. EHRM 18 december 1996, Reports 1996-VI, Vol. 36 (*Loizidou t. Turkije*; weigering om toegang te verlenen tot privégrond die was gelegen in door Turkse strijdkrachten bezet gebied), EHRM 29 juni 2004, appl.no. 8803-8811/02 (*Doğan e.a. t. Turkije*; wegens conflict tussen veiligheidsdienst en PKK konden inwoners van dorp lange tijd hun woning niet in en leefden zij elders, zonder enige compensatie, in extreem armoedig

reden voor het Hof om de claim van *Sporrong* niet als een regulering van eigendom te beschouwen het feit dat 'the expropriation permits were not *intended* to limit or control the use'.[61] Ook de feitelijke en juridische complexiteit van een zaak kan aanleiding zijn deze onder de eerste regel te behandelen.[62]

Ter relativering moet nog worden opgemerkt dat het onderscheid tussen de verschillende regels vloeiend is en het praktische belang van het vallen van een inbreuk onder een van de regels niet altijd evident is.[63] Weliswaar is het onderscheid in zoverre van belang dat bij de ontneming van eigendom schadevergoeding regel is, maar het Hof kiest soms voor een toepassing van de reguleringsregel, hoewel de inbreuk zonder veel moeite als een ontneming van eigendom kan worden aangemerkt.[64] Dit kan samenhangen met de aard van het geschonden belang: als een goed in beslag wordt genomen als sanctie op een geconstateerd strafbaar feit, dan wordt dit in de regel niet als een ontneming van eigendom aangemerkt, maar als een regulering daarvan.[65] Kennelijk beoogt het Hof zo te voorkomen dat de getroffene in beginsel aanspraak zou hebben op het gunstige beschermingsregime van de ontneming. Het kan op die manier makkelijker rechtvaardigen dat de lidstaat een ruime 'margin' moet worden gelaten. In het bijzonder de laatste jaren neemt het Hof voorts steeds vaker zijn toevlucht tot de algemene genotsregel uit het eerste lid, wanneer het moeite heeft om te bepalen of van regulering of eigendom sprake is.[66] Deze soepele benadering is inherent aan de structuur van art. 1 EP en een logisch gevolg van de verwantschap tussen de verschillende deelregels die het Hof in het *James*-arrest heeft benadrukt. Door niet te lang stil te staan bij de precieze kwalificatie van de inbreuk, kan het Hof snel tot de kern van de zaak komen en doorstoten naar de *fair balance*-vraag, want op die toets komt het bij de vraag naar de conformiteit van een inbreuk op eigendom in de praktijk veelal neer.

---

omstandigheden, § 146: 'The measures did not amount to control of the use of property either since they did not pursue such an aim.') en EHRM 20 juli 2000, appl.no. 15918/89 (*Antonetto t. Italië*; ondanks rechterlijke einduitspraak slaagde appellante er niet in een illegaal bouwwerk naast haar eigen woning gesloopt te krijgen). Een bekende toepassing van de eerste regel is ook EHRM 30 november 2004, appl.no. 48939/99 (*Öneryildiz t. Turkije*). Zie ook Riza Coban 2004, p. 187.

61 Zie het arrest, § 65 (curs. MT).

62 EHRM 5 januari 2000, appl.no. 33202/96 (*Beyeler t. Italië*, § 106).

63 Vgl. Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 628, Haeck 2004, p. 322.

64 J.E. Hoitink, uitgesproken versie van *De ontbrekende schakel* (oratie EUR), 2005, p.12) spreekt van een 'strategisch ontnemingsbegrip'.

65 EHRM 5 mei 1995, appl.no. 18465/91 (*Air Canada t. Verenigd Koninkrijk*), EHRM 24 oktober 1986, appl.no. 9118/80 (*Agosi t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. Frowein 1993, p. 528.

66 Marguénaud 2007, p. 676. Zie ook Rozakis & Voyatzis 2006.

10.3.4 De *lawfulness*-toets

Nadat de toepasselijke eigendomsregel is geselecteerd, volgen er nog twee stappen alvorens aan de *fair balance* kan worden toegekomen. De eerste stap is de *lawfulness*-toets, die inhoudt dat de inbreuk op het recht een basis moet hebben in het nationale recht en dat de wet op grond waarvan de inbreuk is gemaakt, toegankelijk, precies en voorzienbaar is.[67] Deze toets is, overigens evenmin als de *fair balance*-toets, alleen voorbehouden aan art. 1 EP. De *lawfulness*-toets geeft uitdrukking aan het legaliteitsbeginsel, dat inherent is aan *alle* artikelen van het EVRM en dat het Hof kwalificeert als *one of the fundamental principles of a democratic society*.[68] Ook in het kader van art. 1 EP heeft het Hof het belang van de eis van *lawfulness* benadrukt; het Hof ziet hem zelfs als 'the first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1'.[69]

De eis van toegankelijkheid wil dat er voor de burger voldoende gegevens beschikbaar zijn over de toepasselijke regelgeving. Deze regelgeving dient aan het publiek bekend gemaakt te zijn. Een alleen binnen de overheid bekend gemaakt reglement voldoet daar niet aan,[70] maar verder is het Hof vrij soepel. In het *Spacek*-arrest benadrukte het Hof dat 'the term *law* is to be understood in its substantive sense and not in its formal one'.[71] Mogelijk kan zelfs jurisprudentie als een voldoende voorzienbare en precieze grondslag voor een inbreuk op het eigendomsrecht dienen.[72]

De eisen van precisie en voorzienbaarheid impliceren dat de klager uit het toepasselijke recht in voldoende mate kan afleiden welk gedrag van hem wordt verlangd. Het Hof laat hierbij de nationale overheid overigens wel enige marge. Dat is onvermijdelijk, omdat wettelijke voorschriften vaak per definitie enige interpretatieruimte laten. Het Hof grijpt pas in als de wijze waarop de autoriteiten de voorschriften hebben toegepast, moet worden aangemerkt als 'manifestly erroneously or so as to reach arbitrary conclusions'.[73] Een voorbeeld van zo'n willekeurige inbreuk is de zaak *Sildedzis*. Sildedzis had op een openbare veiling, georganiseerd door de Poolse belastingdienst, een auto gekocht ten behoeve van zijn bedrijf. Vervolgens werd hij twee jaar lang niet in staat gesteld de auto te gebruiken, omdat de auto niet was voorzien van chassisnummers, waarschijnlijk omdat de auto gestolen was. Vanwege het ontbreken van chassisnummers, werd Sildedzis telkens een 'APK-vergunning' geweigerd. Over deze herhaalde weigeringen lag klager twee jaar lang over-

67 EHRM 5 januari 2000, appl.no. 33202/96 (*Beyeler t. Italië*, § 108).
68 EHRM 25 maart 1999, appl.no. 31107/96 (*Iatridis t. Griekenland*, § 58).
69 EHRM 25 maart 1999, appl.no. 31107/96 (*Iatridis t. Griekenland*, § 58).
70 Haeck 2004, p. 356, met een verwijzing naar EHRM 25 maart 1983, appl.no. 5947/72 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).
71 EHRM 9 november 1999, appl.no. 26449/95 (*Spacek t. Tsjechië*).
72 Haeck 2004, p. 357.
73 EHRM 5 januari 2000, appl.no. 33202/96 (*Beyeler t. Italië*, § 108) en vgl. EHRM 7 juli 1989, appl.no. 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*, § 58).

hoop met de autoriteiten. Het Hof meende dat de voorschriften waar deze weigering op warden gebaseerd 'lacked the required clarity and precision necessary to provide adequate protection against arbitrary interference by the public authorities with the right to the peaceful enjoyment of the applicant's possessions.' Het vond daarbij steun in het feit dat het Poolse Openbaar Ministerie de autoriteiten er herhaaldelijk op gewezen had dat de weigeringen berustten op een onjuiste interpretatie van de wet, en in het feit dat de wet uiteindelijk werd gewijzigd en de vergunning op basis daarvan alsnog werd verleend.[74]

10.3.5 De *general interest*-toets

De laatste hier te bespreken toets ziet op de vraag of de inbreuk in het algemeen belang is geweest. Hierbij laat het Hof de staat een uiterst ruime beoordelingsvrijheid: het is primair aan de staat om het object van de inbreuk te bepalen en het is ook aan de staat om te bepalen dat een bepaalde maatregel 'in het algemeen belang' noodzakelijk is.[75] Dit vloeit voort uit de ruime *margin of appreciation* die het Hof de nationale autoriteiten laat bij de keuze om bepaalde beleidsdoelstellingen na te streven; daarmee zou een strikte toets van het te dienen algemene belang niet te verenigen zijn. Zo overwoog het Hof in de *Broniowski*-zaak:

> 'The Court has declared that, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, it will respect the legislature's judgment as to what is *in the public interest* unless that judgment is manifestly without reasonable foundation.'[76]

Het komt slechts zelden voor dat de nationale maatregel de 'general interest'-toets niet doorstaat.[77] Juist op dit punt laat het Hof de nationale autoriteiten een ruime 'margin': de nationale autoriteiten beschikken over het juiste inzicht ten aanzien van de vraag waaraan in hun samenleving behoefte bestaat en welke maatregelen daartoe noodzakelijk zijn. Zij zijn dan ook beter dan het EHRM in staat (*better placed*) om te beoordelen wat 'in het algemeen belang' is.[78] Het lijkt daarbij geen verschil te maken of het belang dat wordt gediend een tot op grote niet tastbaar karakter heeft, zoals maatregelen ter bescherming

74 EHRM 24 mei 2005, appl.no. 45214/99 (*Sildedzis t. Polen*).
75 Haeck 2004, p. 359-360, met een verwijzing naar EHRM 23 november 2000, appl.no. 25701/94 (*Voormalige Koning van Griekenland t. Griekenland*).
76 EHRM 22 juni 2004, appl.no. 31443/96 (*Broniowski t. Polen*).
77 Barkhuysen & Van Emmerik 2002, p. 106 noemen EHRM 19 juni 2001, appl.no. 34049/96 (*Zwierzynski t. Polen*).
78 EHRM 21 februari 1986, appl.no. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, § 46).

van de goede zeden.[79] Ook als het Hof ernstige twijfel heeft over de vraag of het handelen in het algemeen belang is, zal het niet snel tot de afwezigheid hiervan concluderen.[80] Met Frigio kan dan ook worden gesteld dat het Hof zijn toetsing aan het algemeen belang bij voorkeur verricht in het kader van de *fair balance*-toets, en niet in de aanwezigheid van een algemeen belang op zich.[81]

10.3.6 De *margin of appreciation*

Aan de ruime bescherming van art. 1 EP wordt enigszins afbreuk gedaan doordat het Hof in de regel, zeker bij de regulering van eigendom, aan de lidstaat een ruime *margin of appreciation* laat om in het algemeen belang beperkingen te stellen aan eigendomsrechten. Deze *margin* manifesteert zich in alle onderdelen van het in § 10.3.1 weergegeven stappenschema, dus ook bij de toets aan de *fair balance* (zie ook hierna, § 10.5.1). Zij leidt ertoe dat in veel beslissingen over de bescherming van het eigendomsrecht geen schending wordt aangenomen. In dat opzicht is het Hof in zijn huidige jurisprudentie trouw aan de bedoeling van de verdragstaten die betrokken waren bij het opstellen van art. 1 EP. Ook de formulering van de derde 'regel' en de introductie van een proportionaliteitstoets in het arrest *Sporrong en Lönnroth* moeten niet de indruk wekken dat het Hof daarmee een intensieve controle op maatregelen die inbreuken maken op eigendom, heeft willen introduceren. Het *Sporrong*-arrest opende weliswaar de mogelijkheid voor het Hof om bij de regulering van eigendom na te gaan of de inbreuk geen disproportionele last op de klager doet rusten, maar dat laat onverlet dat het Hof alleen in extreme gevallen bereid is te concluderen dat er van een dergelijke last sprake is. Het zou tot 1999 duren voordat het Hof voor het eerst een schending van de reguleringsregel aannam;[82] tot 1997 was in gevallen van ontneming van eigendom telkens ook sprake van een schending van art. 6 EVRM.[83] Hoewel het eigendomsrecht sindsdien in veel meer zaken succesvol is ingeroepen, is het algemene beeld er een van een relatief grote terughoudendheid, zeker waar het gaat om toepassing van de reguleringsregel. Mahoney verklaart dit met een verwijzing naar de aard van het te beschermen recht:

> 'The subject-matter of the right of property (…) is typically one where there is a diversity of view in democratic society as to how the tension between individual liberty and community interests should be regulated. The right of property as

79 EHRM 7 december 1976, appl.no. 5493/72 (*Handyside* (inbeslagneming van schoolboek dat vrije seksuele levenshouding propageerde)).
80 EHRM 9 december 1994, appl.no. 13092/87 (*Holy Monasteries t. Griekenland*).
81 Frigio 2000, p. 53-54.
82 EHRM 29 april 1999, appl.no. 25088/94 e.a. (*Chassagnou t. Frankrijk*).
83 Zie voor deze en andere cijfergegevens Van Banning 2001, p. 118 e.v.

> guaranteed under the Convention accommodates both socialist (redistributive) and conservative (acquisitive) approaches. At the other end of the spectrum there is presumably little or no scope for any margin of appreciation in relation to the right to life, the prohibition of torture and inhuman treatment, and the prohibition of slavery.'[84]

Deze overwegingen, in het bijzonder de verwijzing naar de uiteenlopende visies die binnen een democratische samenleving kunnen bestaan ten aanzien van de wijze waarop de 'spanning' tussen het individuele en het algemene belang moet worden gereguleerd, doen zich op sommige terreinen in het bijzonder gevoelen, en voor die gevallen benadrukt het Hof dan ook geregeld de ruime *margin* van de lidstaten. Tot dergelijke bijzondere terreinen behoren onder meer de wijze waarop woonruimte wordt verdeeld,[85] de ruimtelijke ordening,[86] de milieubescherming,[87] maatregelen in de nasleep van een financiële crisis[88] en de implementatie van sociaal, economisch en fiscaal beleid ter behartiging van het welzijn van de gehele samenleving.[89] Meer in het algemeen geldt dat '[i]n so far as the exercise of discretion involving a multitude of local factors is inherent in the choice and implementation of planning policies, the national authorities in principle enjoy a wide margin of appreciation.'[90] Wanneer op een bepaald terrein dus verschil van mening mogelijk is over de keuze voor en wijze van implementatie van bepaalde maatregelen, zal het Hof de lidstaten in de regel een *margin* laten.[91] Ook specifieke nationale omstandigheden, waarbij bijvoorbeeld valt te denken aan de moeilijke sociaal-economische situatie in het herenigde Duitsland, zijn voor het Hof herhaaldelijk aanleiding geweest om een ruime *margin* te hanteren, zelfs al was volgens het Hof zelf sprake van een *heavy burden*.[92]

---

84 Mahoney 1998, p. 5.

85 EHRM 28 juli 1999, appl.no. 22774/93 (*Immobiliare Saffi t. Italië*), EHRM 22 februari 2005 en 19 juni 2006 (Grote Kamer), appl.no. 35014/97 (*Hutten-Czapska t. Polen*) en EHRM 21 september 2004, appl.no. 68880/01 (*Schirmer t. Polen*).

86 ECRM 12 april 1996, appl.no. 26889/95 (*Panvert t. Verenigd Koninkrijk*), EHRM 23 september 2004, appl.no. 20937/03 (*Kapsalis en Nima-Kapsali t. Griekenland*), EHRM 21 februari 2008, appl.no. 35332/05 (*Anonymus Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis t. Griekenland*), EHRM 8 november 2005, appl.no. 4251/02, *EHRC* 2006, 1, m.nt. Albers (*Saliba t. Malta*) en EHRM 28 september 1999, appl.no. 37538/97 (*Van Nus t. Nederland*).

87 EHRM 27 november 2007, appl.no. 21861/03 (*Hamer t. België*), EHRM 12 mei 2009, appl.no. 18215/06 (*Greenpeace t. Duitsland*).

88 EHRM 18 juni 2002, appl.no. 48757/99 (*Shestakov t. Rusland*).

89 EHRM 27 oktober 1994, appl.no. 1222539/86 (*Katte Klitsche de la Grange t. Italië*).

90 EHRM 28 september 1999, appl.no. 37538/97 (*Van Nus t. Nederland*).

91 Vgl. Nieuwenhuis 2005, p. 50.

92 Zie bijv. EHRM 9 november 1999, appl.no. 37595/97 (*Döring t. Duitsland*), EHRM 25 mei 1999, appl.no. 37592/97 (*Olbertz t. Duitsland*).Ook bij de intrekking van de vergunning als punitieve sanctie laat het Hof de verdragsstaten een ruime marge, ook al leidt deze intrekking tot een verlies van clientèle (EHRM 9 mei 2007, appl.no. 29005/05 (*Brückl t. Duitsland*; intrekking van apothekersvergunning als sanctie op belastingfraude).

Algemeen wordt aangenomen dat de Straatsburgse *margin* niet zomaar naar het nationale niveau kan worden getransporteerd. Schokkenbroek heeft beargumenteerd dat de subsidiaire rol van de Europese rechter geen vrijbrief kan zijn voor terughoudendheid op nationaal niveau, juist omdat daar de primaire verantwoordelijkheid voor handhaving van de verdragsrechten ligt en nationale autoriteiten beter kunnen inschatten welke maatregelen nodig zijn.[93] Ook de betere beoordelingspositie van de nationale rechter brengt met zich dat de Straatsburgse margin niet één-op-één naar het nationale niveau kan worden getild.[94] Dat neemt niet weg dat ook de nationale rechter in de regel de nationale autoriteiten een *margin* laat, maar deze is niet rechtstreeks gebaseerd op de Straatsburgse *margin*, maar op de nationaalrechtelijke invulling van de positie van de rechter ten opzichte van het bestuur.[95]

10.4 Een vergelijking van het toepassingsbereik van art. 1 EP en de égalité

Alvorens nader in te gaan op de jurisprudentie van het Hof en de nationale rechter inzake art. 1 EP, kan thans al een eerste vergelijking worden gemaakt tussen de regimes van art. 1 EP en het égalitébeginsel. Deze verschillen zien niet primair op de maatstaven die het EHRM en de nationale rechter hanteren bij de invulling van de *fair balance*, maar op de verschillen en overeenkomsten in de aard en de reikwijdte van beide regimes.

10.4.1 De égalité heeft het meeste gemeen met regime van regulering van eigendom

Een eerste constatering is dat de situaties die naar nationaal recht onder de vlag van de égalité worden behandeld, het meeste gemeen hebben met de situaties die het EHRM onder de noemer van de *control of use* behandelt en dus als een regulering van eigendom beschouwt. De ontneming van eigendom kan het beste worden vergeleken met het nationale recht inzake onteigening. Het gaat dan immers om de situatie dat de beschikkingsmacht over een goed geheel verloren gaat, met een uit het nationale recht voortvloeiende schadevergoedingsplicht op grond van art. 14 Grondwet en de Onteigeningswet. Bij de

93 Schokkenbroek 1996, p. 517.
94 Jak & Vermont 2007, p. 132.
95 Jak & Vermont 2007, p. 137-138, Barkhuysen 2004, p. 97, Barkhuysen & Tjepkema 2006, p. 197 en § 10.7.2.2.

regulering van eigendom behoudt de eigenaar de beschikkingsmacht over zijn eigendom, maar moet hij wel dulden dat daarop een inbreuk wordt gemaakt. Voor zover een nationale maatregel als een inmenging in de eigendom kan worden aangemerkt, maar deze maatregel niet beoogt hem het genot van zijn eigendom te ontnemen, noch dit *de facto* het effect is van een dusdanige maatregel, zal de inbreuk goed te vergelijken zijn met de inbreuken die tot een égalitéclaim aanleiding kunnen geven.

De nationale jurisprudentie bevestigt deze overlap tussen de égalité en het *control of use*-regime. In verschillende zaken waarin zowel een beroep op de égalité (al dan niet in de vorm van een wettelijke regeling) als art. 1 EP werd gedaan, werd de inbreuk beschouwd als een regulering van eigendom.[96] Deze voorbeelden kunnen met talloze andere voorbeelden van regulering worden aangevuld, waarvan ik slechts noem de maatregelen om prostitutie in een Arnhemse wijk uit te bannen (waarbij de exploitanten nog wel eigenaar bleven van hun panden, maar zij deze niet meer voor prostitutiedoeleinden mogen gebruiken),[97] het besluit tot het niet verlengen van een vergunning voor een standplaats voor een frietkraam op een dam[98] en besluitvorming ter beperking van de mogelijkheden om landbouwgewassen met bepaalde spuittechnieken te bespuiten.[99] De gevoelige economische verliezen waarvan in deze situaties sprake was, werden naar nationaal recht aan de égalité getoetst en kunnen zonder meer als een regulering van eigendom worden beschouwd.

Deze kwalificatie heeft belangrijke gevolgen voor de intensiteit van de toetsing. Waar het EHRM een ontneming zonder schadevergoeding ten bedrage van een *amount reasonably related to its value* in beginsel onrechtmatig acht, is een schadevergoeding geen noodzakelijke voorwaarde indien een inbreuk 'slechts' als een regulering valt te beschouwen. Wel kan een schadevergoeding, zoals gesteld, eraan bijdragen dat er sprake is van een *fair balance*. Ook is in dat regime de *margin* meestal ruimer. Dit is in elk geval een indicatie dat een nationale toets aan de égalité in de regel meer te bieden heeft dan een Straatsburgse toets aan art. 1 EP, ook al kan de inbreuk op zichzelf onder beide regimes worden getoetst.

96 Zie bijv. ABRvS 12 november 2003, LJN AN7996 (bestemmingsplan), ABRvS 16 april 2003, LJN AF7355 (aanwijzingsbesluit o.g.v. Natuurbeschermingswet), Rb Rotterdam 13 februari 2009, LJN BH3101 (weigering vergunning o.g.v. Wet op het financieel toezicht).

97 ABRvS 23 november 2005, *AB* 2006, 310, m.nt. FRV.

98 ABRvS 26 april 2006, *JB* 2006, 171.

99 Rb Den Haag 20 maart 2002, LJN AE7269.

10.4.2 Overlap en aanvulling in rechtsbescherming bij rechtmatig en welverwogen toegebrachte schade

Het égalitébeginsel en art. 1 EP zijn andersoortige rechtsnormen in die zin dat een schending van de *fair balance* van art. 1 EP naar nationaal recht als een onrechtmatige daad moet worden bestempeld. Als een overheidsmaatregel geen goede balans bereikt tussen de belangen van het individu en de voordelen voor het algemeen belang, dan kan men dan ook niet stellen dat het handelen 'op zichzelf rechtmatig' is, maar wel een verplichting tot schadevergoeding met zich brengt, maar is het besluit in zijn geheel onrechtmatig, omdat er sprake is van een onvolledige afweging van de betrokken belangen, die het handelen van de autoriteiten onredelijk maakt.[100] Daarmee verschilt de art. 1 EP-toets naar zijn aard van die van de égalité, waarbij de rechtmatigheid van het besluit tot uitgangspunt wordt genomen, maar het redelijk kan zijn om de gevolgen te compenseren. De redelijkheid van de afweging zelf wordt daarbij als uitgangspunt genomen.

Dit verschil laat onverlet dat art 1 EP ook veel kan betekenen in zaken die ook aanspraak kunnen geven op het égalitébeginsel. In de nationale en EHRM-jurisprudentie over art. 1 EP zijn vaak klachten aan de orde over handelingen van overheidsorganen die vallen binnen het door mij bepleite bereik van de égalité tot schade door overheidshandelen waarbij het toebrengen van nadeel een noodzakelijk, onvermijdelijk gevolg is van de behartiging van het algemeen belang. Te denken valt aan een nadelige bestemmingswijziging, een aan een bedrijfstak opgelegd verbod om een bepaalde activiteit te ontplooien of de rechtmatige intrekking van een vergunning. Art. 1 EP heeft in deze gevallen een belangrijke 'vangnetfunctie'. Het geeft immers minimumnormen voor de vergoeding van schade als gevolg van eigendomsinbreuken en kan bijvoorbeeld tot compensatie dwingen indien nationale overheden de schade door een bepaald soort rechtmatige overheidsmaatregel per definitie tot het normaal maatschappelijk risico rekenen. Ook waar een nationale compensatieregeling op basis van égalité mogelijk tot een te geringe vergoeding of het afzien daarvan leidt, biedt art. 1 EP een waarborg, aangezien het artikel zich niets aantrekt van eventueel exclusief bedoelde nationale regelingen. Deze waarborg is des te krachtiger waar het égalitébeginsel vanwege het toetsingsverbod geen rol kan spelen ten aanzien van door formele wetgeving veroorzaakte schade, terwijl art. 1 EP dat wel kan. Zo is art. 1 EP onder meer ingeroepen bij de Wet voorkeursrecht gemeenten,[101] de Taxiwet[102] en de Telecommunicatiewet.[103]

---

100 Barkhuysen & Van Emmerik 2002, p. 114.

101 ABRvS 8 juni 2000, *AB* 2002, 23, m.nt. J.B. Mus, Rb Almelo 22 oktober 2007, LJN BB6390, ABRvS 21 augustus 2002, LJN AE6739. Zie ook HR 1 september 2006, LJN AX1569.

102 Rb Den Haag 2 februari 2000, LJN AA4654, Vzr. Rb Den Haag 27 maart 2007, LJN BA1474. Vgl. Hof Den Haag 26 april 2007, kenbaar uit HR 20 maart 2009, LJN BG9951, conclusie A-G sub 11.

Dat leidde in deze zaken niet tot succes, maar het bekende arrest over de Wet Herstructurering Varkenshouderij heeft laten zien dat art. 1 EP soms wel degelijk succesvol kan worden ingeroepen. In § 10.7 ga ik op deze complementaire werking van art. 1 EP op nationaal niveau nader in.

10.4.3 Bereik van art. 1 EP ruimer dan 'weloverwogen' rechtmatig overheidsoptreden

Het bereik van art. 1 EP is echter veel ruimer dan alleen 'weloverwogen' rechtmatig overheidsoptreden. Een beperking tot een dergelijk type handelingen kent art. 1 EP immers niet. Een bekend voorbeeld is het arrest *Öneryildiz*, over een gasexplosie op een Turkse vuilnisbelt, waarbij tal van gewonden vielen. Hoewel de zaak vooral bekend is geworden vanwege de schending van het recht op leven van art. 2 EVRM, aanvaardde het Hof ook de positieve verplichting tot bescherming van eigendom, welk recht in het geding was omdat de autoriteiten de illegale bewoning van een huisje op een vuilnisbelt jarenlang hadden gedoogd. De handelingen, of beter gezegd het nalaten waarmee het eigendomsrecht thans werd geschonden, kon men echter bezwaarlijk aanmerken als 'weloverwogen', rechtmatig overheidshandelen: het Hof sprak van 'gross negligence attributable to the State'.[104] Ook in andere zaken wordt de schending van het eigendomsrecht vooral gezocht in inert overheidsoptreden, aangezien de overheid nalaat om op te treden tegen een bepaalde misstand, terwijl handelen op zijn plaats zou zijn geweest.[105] Deze gevallen geven de objectieve beschouwer het gevoel dat hij appels met peren aan het vergelijken is wanneer hij ze vergelijkt met situaties die naar nationaal recht onder de égalité worden behandeld.

Het ruime bereik van art. 1 EP betekent dat het ook bescherming biedt bij schade door risicovol, gevaarzettend overheidshandelen. In dat geval zal overigens vaak niet het eigendomsrecht in het geding zijn, maar artikel 2 EVRM (recht op leven) of artikel 3 EVRM (verbod op foltering). Ook bij de schending van die rechten kan een op nationaal niveau aangeboden schadevergoeding eraan bijdragen dat de staat voldoet aan zijn positieve verplichtingen,[106] al

103 Rb Den Haag 21 februari 2007, *Gst*. 2007, 74, m.nt. Schutgens, CBB 5 december 2007, LJN BB9363.

104 EHRM 30 november 2004, appl.no. 48939/99 (*Öneryildiz tegen Turkije*).

105 Zo benadrukte het Hof in *Scollo* (EHRM 28 september 1995, appl.no. 19133/91) dat de autoriteiten 'took no action whatsoever' en in *Beyeler* (EHRM 5 januari 2000, appl.no. 33202/96) dat 'where an issue in the general interest is at stake it is incumbent on the public authorities to act in good time, in an appropriate manner and with utmost consistency'. Daarvan hadden de Italiaanse autoriteiten geen blijk gegeven; schending van art. 1 EP.

106 EHRM 10 mei 2001, appl.no. 28945/95, *T.P. en K.M. t. Verenigd Koninkrijk*, § 107, EHRM 28 maart 2000, appl.no. 22492/93 (*Kiliç t. Turkije*).

dan niet op basis van een regeling van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad.[107]

10.4.4 Drempel voor égalitéclaims lager vanwege *possessions*-toets onder art. 1 EP

Is het bereik van art. 1 EP dus principieel ruimer dan dat van het égalitébeginsel, in een ander opzicht is het bereik van art. 1 EP beperkter. Voordat aan de toepassing van art. 1 EP kan worden toegekomen, dient er in elk geval sprake te zijn van een inbreuk op eigendom. Het égalitébeginsel kent een dergelijke drempel niet. Elke (zekere) schade die het noodzakelijke of onvermijdelijke gevolg is van een rechtmatig overheidsoptreden is voldoende om de égalité te 'activeren'. Onder art. 1 EP komt men soms aan de *fair balance*-toets niet eens toe, omdat er slechts sprake is van een (niet-gerechtvaardigde) verwachting van eigendom en dus niet van een *legitimate expectation*. Zoals bekend kan een gerechtvaardigde verwachting onder omstandigheden als eigendom worden aangemerkt, mits men kan aantonen dat deze (toekomstige) eigendom met voldoende zekerheid vaststaat. Een voorbeeld dat goed laat zien waar het criterium van de *legitimate expectations* tegen een grens aanloopt, biedt een zaak waarin Griekse douaneofficieren klaagden over een wet die de binnengrenzen binnen de Europese Unie beslechtte en daarmee douanewerk voor veel im- en exportgoederen niet langer noodzakelijk maakte. De Griekse Federatie van douaneofficieren meende dat deze wet 80% van hun inkomen wegnam en hun beroep feitelijk ophief. De Commissie verwierp hun beroep op art. 1 EP als volgt:

> 'The Commission notes that the occupation of customs officer is a liberal profession, with no fixed income and no guaranteed turnover, but which is subject to the hazards of economic life. Although the abolition of customs barriers threatens to cause customs officers economic loss, the Commission notes that the latter cannot claim to be entitled to a guaranteed volume of business which could have qualified as a "possession" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1.'[108]

Omdat het Hof spreekt over een mogelijke *dreiging* van schade (*threatens*) zou men wellicht kunnen denken dat het de claim vooral afwijst omdat de schade niet met voldoende zekerheid vaststaat. De strekking van de uitspraak is echter vooral dat de inkomensschade in casu, zo deze zich daadwerkelijk zou manifesteren, niet als een *possession* kan worden aangemerkt, omdat het beroep

---

107 EHRM 8 januari 2009, appl.no. 36777/03, *EHRC* 2009, 27, m.nt. Tjepkema (*Iribarren*).

108 ECRM 6 april 1995, appl.no. 24581/94 (*Gialouris, Christopoulos e.a. t. Griekenland*). Vgl. ook EHRM 6 juli 1999, appl.no. 42279/98 (*Diard t. Frankrijk*): door wijziging van een bestemming mist projectontwikkelaar een voordeel, maar er was geen sprake van een gerechtvaardigde verwachting dat hij de bebouwing daadwerkelijk zou hebben kunnen realiseren.

van douaneofficier, net als andere vrije beroepen, blootstaat aan *the hazards of economic life*. Deze interpretatie wordt bevestigd door de zaak *Voggenreiter*.

> Deze zaak ging over de eigenares van een bedrijf dat zich specialiseerde in de controle van de betaling van invoerrechten voor goederen. Elke maand moesten vervoersmaatschappijen documenten overleggen waaruit bleek dat zij de vereiste invoerrechten hadden betaald. Deze controle werd deels verricht door publieke agentschappen, maar bij wet was ook de mogelijkheid gecreëerd dat private kantoren zoals dat van Voggenreiter deze controle verrichtten, om zo de werklast te verlichten. Voggenreiter beschikte over de vereiste vergunningen. Op 1 januari 1994 werd een wet van kracht op grond waarvan onder invloed van het gemeenschapsrecht invoerrechten voor binnenlands vervoer werden afgeschaft. Waar de publieke agentschappen andere taken kregen toebedeeld, was Voggenreiter gedwongen haar kantoordeuren sluiten en haar elf werknemers te ontslaan. Voor het EHRM beriep zij zich vergeefs op het eigendomsrecht. Het Hof meende dat de onderhavige wet zonder enige twijfel een economisch nadeel voor klaagster had veroorzaakt, maar daarmee was nog geen sprake van een *possession*, aangezien zij niet de gerechtvaardigde verwachting mocht koesteren dat het systeem van invoerrechten, waarvan zij voor haar inkomsten afhankelijk was, altijd zou blijven bestaan. Omdat zij derhalve geen aanspraak kon maken op een gegarandeerd marktaandeel, was er geen sprake van eigendom en werd dit onderdeel van haar klacht niet-ontvankelijk verklaard.[109]

In casu stond de schade wel vast, maar de claim werd niettemin afgewezen omdat de hoop c.q. verwachting van behoud van een bepaald marktaandeel geen eigendom oplevert. Dit zou niet anders zijn geweest als de schade niet het gevolg was geweest van een wetswijziging, maar van de intrekking van haar vergunning. Het Hof merkte namelijk op dat de situatie in kwestie wel raakvlakken had met de *Tre Traktörer*-zaak,[110] waarin een vergunning die nodig was om een bepaalde activiteit te kunnen ontplooien, werd ingetrokken, maar dat dit Voggenreiter niet kon baten. Het Hof memoreerde in dat verband dat toekomstig inkomen alleen als 'eigendom' geldt als dit inkomen reeds verdiend is, of als de vergunninghouder een redelijke en gerechtvaardigde verwachting had ten aanzien van het duurzame karakter van de vergunning en de mogelijkheid daaruit inkomsten te genereren.[111] Wordt een vergunning slechts onder voorwaarden verleend en is de intrekking het gevolg van het daaraan niet (langer) voldoen, dan zal in de regel geen eigendom bestaan,

---

109 EHRM 28 november 2002, appl.no. 7538/02 (*Voggenreiter t. Duitsland*). De zaak doet sterk denken aan het in § 10.7 te bespreken arrest van de Hoge Raad *Kooren Maritiem*, op welke parallel ik daar terugkom.

110 EHRM 7 juli 1989, appl.no. 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*; intrekking van een alcoholvergunning omdat een restaurant zich niet hield aan de aan de vergunning verbonden voorwaarden).

111 ECRM 5 december 1984, appl.no. 101426/83 (*Pudas t. Zweden*); zie ook ECRM 5 juli 1994, appl.no. 19819/92 (*Størksen t. Noorwegen*).

omdat een vergunninghouder niet mag verwachten dat hij zijn activiteiten mag voortzetten als aan die voorwaarden niet langer is voldaan. Impliciet sloot het Hof daarmee aan bij het oordeel van de Duitse rechter, die had gesteld dat aan de vergunning alleen een recht kon worden ontleend zolang de wet op basis waarvan zij werd verleend het houden van een vergunning noodzakelijk maakte. Met het vervallen van het systeem van controle van invoerrechten was het echter niet langer zinvol een vergunningsysteem in stand te laten, zodat Voggenreiter (ook) dienaangaande geen eigendom kon claimen. Dat Voggenreiter haar bevoegdheid tot het uitoefenen van de controle op invoerrechten ontleende aan de *wet*, maakte in dit verband geen verschil. In het oordeel *Casotti* had de Commissie dit al eerder bepaald.

> Casotti was een arbeidsadviseur (*labour consultant*), een beroep dat werd gereguleerd door een wet die bepaalde dat arbeidsadviseurs namens hun werkgever allerlei vraagstukken aangaande de personeelsadministratie dienden te behandelen. Deze wet gaf hun, net als advocaten en accountants, tevens het recht om hun cliënt in procedures voor de belastingrechter te vertegenwoordigen. In een wet van 1991 werd het arbeidsadviseurs nog slechts toegestaan te procederen in een bepaald type belastingzaken. De procedeerbevoegdheid van andere groepen personen, die voorheen geen recht hadden in belastingzaken te procederen, werd bij een wet van 1993 juist uitgebreid. Casotti e.a. meenden dat deze wet in strijd was met art. 1 EP, omdat de wetgeving een inkomensverlies veroorzaakte en tot een verlies aan opgebouwde goodwill leidde. De Commissie wees de claim af, vooral omdat, zo er al sprake zou zijn van eigendom, de klagers niet aannemelijk hadden gemaakt dat hun inkomen en de waarde van hun goodwill zo sterk daalde dat er sprake zou zijn van een *unfair balancing of interests*. De Commissie betwijfelde echter ook of klagers wel een *possession* hadden: 'The Commission notes that the profession of labour consultant is a liberal one with no fixed income and no guaranteed turnover. It is naturally subject to the hazards of economic life. The Commission also recalls its previous case-law to the extent that future income constitutes a "possession" within the meaning of Article 1 of Protocol no. 1 (P1-1) only if the income has been earned or where an enforceable claim to it exists (…).'[112]

De voornoemde drie zaken laten situaties zien waarin de Nederlandse rechter in elk geval zou moeten toetsen of de schade, als deze met voldoende zekerheid vaststaat, onevenredig is. Onder art. 1 EP hoeft de rechter aan de *fair balance*-toets echter niet eens toe te komen, omdat er geen sprake is van een aantasting van het eigendomsrecht. Hoewel er ook zaken zijn waarin de Straatsburgse rechter de aan art. 1 EP te ontlenen bescherming bij inkomens-

112 ECRM 16 oktober 1996, appl.no. 24877/94 (*Casotti e.a. t. Italië*).

schade iets ruimer neemt,[113] heeft de égalité voor de genoemde gevallen in elk geval in theorie meer te bieden dan art. 1 EP.

10.4.5 Drempel voor égalitéclaims lager vanwege *interference*-toets onder art. 1 EP

In andere uitspraken staat niet het leerstuk van de 'gerechtvaardigde verwachtingen' in de weg aan de *fair balance*-toets, maar de vraag of er wel sprake is van een inmenging (een *interference*) in de eigendom. In het algemeen neemt het Hof snel aan dat er sprake is van een *interference*,[114] maar in sommige gevallen is aan deze eis niet voldaan. Volgens Schutte kan het daarbij onder meer gaan om 'interferences [that] may not be considered as relevant (…) because they are not *serious* enough.'[115] Uit sommige uitspraken valt inderdaad op te maken dat op zijn minst een *substantiële* vermogensvermindering aan de orde dient te zijn, wil er sprake zijn van een *interference*. Dit geldt voor de toepassing van de 'genotsregel',[116] maar omdat deze regel, zoals bekend, ook in de andere regels van art. 1 EP doorwerkt, is deze eis ook van toepassing op situaties van ontneming en regulering van eigendom. Uit de volgende zaken blijkt dat niet elke schade ontstaan door op zichzelf rechtmatig overheidsoptreden altijd als een inbreuk op het eigendomsrecht in de zin van art. 1 EP kan worden gekwalificeerd.

> In de zaak *Glass t. Verenigd Koninkrijk* klaagde een omwonende van vliegveld Heathrow over de geluidsoverlast van vliegtuigen. Het stond vast dat deze gedurende de hele dag (vanaf ongeveer half vijf 's ochtends en vervolgens elke 15 tot 20 minuten) over zijn huis heen vlogen op een hoogte van ongeveer 200 meter. De Commissie constateerde dat eerdere zaken over geluidsoverlast door vliegtuigen (ECRM 15 juli 1980, appl.no. 7889/77 (*Arrondelle t. Verenigd Koninkrijk*) en ECRM 16 oktober 1985, appl.no. 9310/81 (*Baggs t. Verenigd Koninkrijk*)) wel ontvankelijk waren verklaard, maar deze appellanten woonden veel dichterbij het vliegveld dan Glass. De decibellen stegen niet boven de 80 uit, noch bleek anderszins dat de overlast

113 Zie ECRM 22 februari 1995, appl.no. 24468/94 (*Campus Agricola y Ganadera S.A. t. Spanje*), over een bedrijf dat omrijschade leed door de permanente afsluiting van een weg. De Commissie rechtvaardigde het bestaan van een eigendomsrecht met de stelling dat de omzetdaling 'avait un objet "patrimonial" et se fondait sur une atteinte alléguée à des droits eux aussi patrimoniaux.' Mijns inziens rekt de Commissie het eigendomsrecht hier te ver op, nu een bedrijf niet de gerechtvaardigde verwachting kan koesteren dat bestaande verbindingswegen altijd blijven bestaan en het dus een recht zou kunnen doen gelden op de met deze verwachting samenhangende inkomsten.

114 Haeck 2004, p. 333, Schutte 2004, p. 51.

115 Schutte 2004, p. 52.

116 Zie EHRM 23 september 1982, Series A. no. 52 (*Sporrong and Lönnroth*, § 60: 'They also affected the very substance of ownership (…)'). Vgl. EHRM 16 juni 1996, appl.no. 15777/89 (*Matos e Silva e.a. t. Portugal*, § 79), EHRM 27 oktober 1987, appl.no. 10930/84 (*Bodén t. Zweden*, § 32).

leidde tot 'a degree of discomfort comparable to that of the applicants in the cases of Arondelle and Baggs'. De klacht werd niet-ontvankelijk verklaard.[117]
In de zaak *Uuhiniemi t. Finland* werd de grond van klagers opgenomen in een programma ter bescherming van de langs kuststroken gelegen natuur. Zij konden door het van kracht worden van deze regels gedurende twee jaar deze grond niet gebruiken indien dit gebruik het doel dat met een toekomstige onteigening van dat land zou worden gediend, zou doorkruisen. Klagers meenden dat het gebruik van hun eigendom ontoelaatbaar en zonder enige compensatie werd beperkt. Het zou onmogelijk zijn de eigendom te verkopen, behalve onder door de Staat gedicteerde voorwaarden. De Commissie meende dat er van ontneming noch van regulering sprake was. Zij achtte het voorts niet noodzakelijk om te onderzoeken of er van een inbreuk op de genotsregel sprake was, aangezien er hoe dan ook geen sprake kon zijn van een schending van de *fair balance*, nu niet was aangetoond dat de thans op klagers rustende verplichting 'has caused any substantial adverse effects on any of the applicant's properties.'[118]

Uit deze zaken kan worden opgemaakt dat de schade aan de eigendom niet alleen aantoonbaar dient te zijn om van een inbreuk op het eigendomsrecht te kunnen spreken (de dreiging van een benadeling is onvoldoende), maar ook dat deze inbreuk zelf, zo deze kan worden aangetoond, *substantial* moet zijn. Pas dan is van een voldoende 'ernstige' aantasting van de vermogenspositie van de klager sprake en wordt de regel van art. 1 EP geactiveerd. Het is niet helemaal duidelijk wat 'ernstig' in dit verband precies betekent. Waar het gaat om maatregelen omtrent het gebruik van onroerend goed leidt Haeck uit de jurisprudentie af dat er sprake moet zijn van maatregelen die het eigendomsrecht 'langdurig en ernstig' in het gedrang brengen.[119]

Deze eis speelt in de jurisprudentie overigens een slechts bescheiden rol; haar precieze contouren zijn onduidelijk. Het Hof en de Commissie hebben zich niet in algemene termen uitgelaten over de vraag wanneer de inbreuk *substantial* genoeg is. Veelzeggend is dat de Commissie in de *Uuhiniemi*-uitspraak niet omschrijft wanneer er wel sprake zou zijn van een ongeoorloofde inmenging in het eigendomsrecht, omdat, zelfs al *zou* daarvan sprake zijn, hoe dan ook de *fair balance* niet zou zijn geschonden. Ook uit andere uitspraken blijkt dat de geringe ernst van het nadeel een aspect is dat het Hof bij voorkeur laat meewegen in het kader van de *fair balance*-toets, en niet door te oordelen dat van een inbreuk op het eigendomsrecht überhaupt geen sprake is.[120] In

117 ECRM 16 juni 1996, appl.no. 28485/95 (*Glass t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ECRM 16 juli 1986, appl.no. 9310/81 (*Rayner t. Verenigd Koninkrijk*) en ECRM 21 mei 1997, appl.no. 21752/93 (*Krickl t. Oostenrijk*).

118 ECRM 10 oktober 1994, appl.no. 21343/93 (*Uuhiniemi t. Finland*).

119 Haeck 2004, p. 348.

120 In ECRM 12 april 1996, appl.no. 26889/95 (*Panvert t. Verenigd Koninkrijk*) stelt de Commissie dat er 'some doubt' is over de vraag of er een 'interference' is, maar toetst vervolgens toch aan de 'fair balance'. Zie ook EHRM 26 februari 2008, appl.no. 37664/04 (*Fägerskiöld t. Zweden*) en ECRM 1 februari 1990, appl.no. 12836/87 (*Konsumentfinans Karlsson & Lindeìn*

elk geval geven de bovenstaande uitspraken wel een indicatie dat een enkele waardedaling van onroerend goed of een overheidsmaatregel die gebruiksmogelijkheden in geringe mate beperkt maar de vrije beschikking over de eigendom niet substantieel beperkt, niet snel als een inmenging in de eigendom kan worden aangemerkt, en zelfs niet per definitie wordt beschermd door de algemene genotsregel.[121] Het is niet gezegd dat klagers in dit soort zaken wel een succesvol beroep op het égalitébeginsel zouden kunnen doen; aannemelijk is dat er aan dit soort relatief geringe nadelen weinig abnormaals te ontdekken valt. Maar onder het regime van de égalité zullen nationale bestuursorganen en rechters in vergelijkbare gevallen telkens moeten nagaan *of* de schade ten gevolg van de rechtmatige overheidsmaatregel tot een onevenredig nadeel leidt. De eis van een zekere omvang van de schade heeft onder de égalité immers niet betrekking op de toepasselijkheid van de égalité, maar op de vergoedbaarheid van het nadeel. De eis van een *substantial* of *genuine* inbreuk op het eigendomsrecht betekent echter dat het Hof onder art. 1 EP niet altijd aan een toets aan de *fair balance* toekomt en de klacht zonder meer niet-ontvankelijk zal kunnen verklaren.

Voor sommige gevallen zou dit kunnen betekenen dat het égalitébeginsel meer te bieden heeft dan art. 1 EP. Daarbij kan worden gedacht aan de geluidsoverlast van *Glass*. Meer in het algemeen is het de vraag of het Hof onder art. 1 EP wel altijd een *interference* in de eigendom zal aannemen in – wat ik nu maar noem – 'huis, tuin en keuken'-gevallen van nadeelcompensatie: zaken waarin een bedrijf tijdelijk moet omrijden of tijdelijk minder goed bereikbaar is ten gevolge van werkzaamheden aan de weg en daardoor omzetschade ondervindt. In dergelijke gevallen, waarin de schade slechts iemand in zijn financiële belangen treft, maar de maatregel voor de betrokkenen geen blijvende gevolgen heeft voor de exploitatie van hun bedrijf en de uitoefening van hun eigendomsrecht ook overigens niet wordt beperkt, moet worden betwijfeld of wel van een inmenging in het eigendomsrecht kan worden gesproken. Ook gaat het in dergelijke gevallen te ver om te stellen dat het bedrijf een *legitimate expectation* (en dus een *asset*) heeft dat de infrastructurele situatie altijd hetzelfde zal blijven. Dit zou immers neerkomen op de erkenning van een *recht* op bepaalde minimumomvang van de omzet, waarmee het eigendomsrecht wel erg ver wordt opgerekt. In dat opzicht kan men de toegevoegde waarde van de ruime en autonome uitleg van het eigendomsbegrip dus enigszins relativeren; het égalitébeginsel is op dit soort schadegevallen zonder meer van toepassing.

AB t. Zweden) en ECRM 1 juli 1991, appl.no. 16239/90/90 (*R. t. Zweden*).

121 Zie ook EHRM 22 juni 1989, appl.no. 11179/84 (*Langborger t. Zweden*, § 41: 'In the Court's view, the obligation to pay the small sums involved cannot be regarded as inconsistent with this Article.'), EHRM 18 juni 2002, appl.no. 47122/99 (*Woonbron t. Nederland*), ECRM 16 juli 1986, appl.no. 9310/81 (*Powell en Rayner t. Verenigd Koninkrijk*) en ECRM 4 december 1995, appl.no. 28204/95 (*Tauira e.a. t. Frankrijk*). Zie ook Schutte 2004, p. 52.

10.4.6 Verschil in *ratione personae*

Als laatste 'systeemverschil' kan nog worden genoemd een verschil in *ratione personae*. Dit aspect is nog niet aan de orde geweest. Art. 34 EVRM bepaalt, kort gezegd, dat het Hof verzoekschriften kan behandelen van iedere natuurlijke persoon en van iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending van een EVRM-recht. De ratio hiervan is dat de mensenrechten er zijn om private personen te beschermen tegen willekeurig overheidsoptreden.[122] Publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen derhalve niet klagen over een schending van art. 1 EP door een mede-overheid.

> De gemeente Lambersart claimde compensatie in verband met een door de Franse nationale spoorwegen vastgesteld tracé voor een *train à grande vitesse*. De grote geluidsoverlast die het gevolg zou zijn van de spoorlijn zou volgens de gemeente een disproportionele last opleveren die gelijk zou staan aan een gedeeltelijke ontneming van eigendom. Een nationale rechtsgang tot aan de Conseil d'Etat had niets opgeleverd. De Commissie achtte het niet nodig na te gaan of de nationale rechtswegen waren uitgeput, aangezien de klacht van de gemeente in elk geval niet-ontvankelijk moest worden verklaard op grond van de *ratione personae*, nu de gemeente officiële taken uitoefende in naam van de Staat.[123]

Hoewel het niet vaak voorkomt dat nationale overheden een compensatie claimen van een andere overheid, staat het égalitébeginsel daar, zoals in § 5.3.3 betoogd, niet aan in de weg. Ook in dit opzicht is de bescherming die aan het égalitébeginsel kan worden ontleend, derhalve ruimer. In een ander opzicht is er voor wat betreft de *ratione personae* overigens sprake van een overlap tussen het égalitébeginsel en art. 1 EP: waar art. 1 EP niet van toepassing is wanneer de feiten uitsluitend betrekking hebben op verhoudingen tussen particulieren,[124] kan het égalitébeginsel voor dergelijke gevallen evenmin iets betekenen.[125] Een toegevoegde waarde van art. 1 EP kan in deze laatste gevallen uitsluitend worden gecreëerd door toepassing van de leer van de positieve verplichtingen.[126]

---

122 Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 16, Haeck 2004, p. 312.
123 ECRM 8 december 1992, appl.no. 18523/91 (*Commune de Lambersart t. Frankrijk*).
124 EHRM 25 april 1996, appl.no. 15573/89 (*Gustafsson t. Zweden*, § 60).
125 Zie bijv. Rb Arnhem 25 april 2006, LJN AX5578.
126 Zie bijv. EHRM 22 juni 2004, appl.no. 31443/96 (*Broniowski t. Polen*; § 184).

10.5 De *fair balance* in vier vuistregels

10.5.1 Algemene opmerkingen

Tot nog toe kwamen vooral algemene aspecten van art. 1 EP aan de orde. Gebleken is dat er veel overlap bestaat tussen het égalitébeginsel en art. 1 EP, maar dat beide elkaar ook aanvullen. Op de achtergrond bleef de vraag of het materiële recht dat onder art. 1 EP wordt gewezen vergelijkbaar is met dat onder het égalitébeginsel. Omdat art. 1 EP vaak wordt ingeroepen in casusposities waarin ook een schending van de égalité aan de orde is (of zou kunnen zijn) is het van belang inzicht te krijgen in de vraag in welke opzichten beide principes elkaar op dit punt aanvullen en/of overlappen. Deze vraag wil ik in twee etappes beantwoorden. In deze paragraaf wil ik vooral stilstaan bij de vraag hoe de *fair balance* blijkens de jurisprudentie van het EHRM wordt ingevuld. Deze eis geldt voor elke toepassing van art. 1 EP, of het nu gaat om de ontnemings-, de regulerings- of de genotsregel.[127]

In deze paragraaf wil ik in de *fair balance* inzicht bieden in de vorm van vier vuistregels, die ieder op andere onderdelen van de *fair balance*-toets zien. Het gaat hier om algemene regels die, ongeacht het terrein waarop de inbreuk zich afspeelt, van belang kunnen zijn bij de vraag of een inbreuk op het eigendomsrecht conform de eisen van art. 1 EP is. In de volgende paragraaf wil ik kijken hoe het Hof art. 1 EP toepast op twee specifieke terreinen, die veel gemeen hebben met het soort casuspositie dat op nationaal niveau aanleiding zou kunnen zijn tot een nadeelcompensatieclaim: maatregelen die een bepaalde beroepsgroep of een bedrijfstak treffen en maatregelen in de sfeer van de ruimtelijke ordening.

De in deze paragraaf te formuleren regels noem ik niet voor niets 'vuistregels': zij bieden (enig) houvast om vat op de *fair balance* te krijgen, maar op basis daarvan kan niet worden voorspeld hoe het Hof in een concreet geval zal beslissen. Het is ook de vraag of het wel mogelijk is om dergelijke 'strakke' regels te formuleren. Niet alleen heeft de afweging tussen algemeen en individueel belang haast per definitie iets ongrijpbaars, ook wordt het afleiden van algemene regels uit de EHRM-jurisprudentie bemoeilijkt doordat het Hof een voorkeur heeft voor een casuïstische benadering van de proportionaliteitstoets.[128] Bij schendingen van art. 1 EP gaat het bovendien vaak om een *combinatie* van de hierna te bespreken vuistregels, zoals het ontbreken van een voldoende compensatie in samenhang met grote rechtsonzekerheid of het ontbreken van procedurele waarborgen. Wat de *fair balance* bovendien iets ongrijpbaars geeft, is dat het Hof de Staat ook bij deze toets een *margin* laat:

---

127 EHRM 19 december 1989, appl.nos. 10522/83; 11011/84; 11070/84 (*Mellacher t. Oostenrijk*, § 48).

128 Zie over de 'case by case'-approach van het Hof nader Gerards 2008, p. 418 e.v. en Barkhuysen 2004, p. 38-39.

> 'In determining whether a fair balance exists, the Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question.'[129]

Het Hof laat de nationale autoriteiten dus niet alleen een *margin* ten aanzien van de vraag *of* er sprake is van een algemeen belang dat om ingrijpen vraagt,[130] maar ook ten aanzien van de keuze voor een *bepaalde* maatregel waarmee dat belang wordt behartigd[131] als ten aanzien van de *fair balance*-toets, die nagaat of de nadelige gevolgen van de maatregel proportioneel zijn in verhouding tot het met die maatregel gediende doel.[132] Een en ander impliceert dat van een schending van art. 1 EP nog niet zal kunnen worden gesproken als er een ander, minder belastend middel voor handen was, waarmee hetzelfde doel zou kunnen zijn bereikt. Aan het beginsel van de minste pijn komt in zoverre geen absoluut gewicht toe in het kader van de *fair balance*, ook niet als een maatregel zeer zware gevolgen heeft.[133] Ook lijkt het Hof van de autoriteiten niet te verlangen dat zij motiveren waarom voor het meer belastende alternatief is gekozen. Alleen indien de keuze voor een bepaald middel evident onredelijk is en de autoriteiten niet duidelijk kunnen maken dat de keuze voor een zeer belastend alternatief noodzakelijk was in het algemeen belang, zal het Hof ingrijpen.[134] Deze *margin of appreciation* bij de *fair balance*-toets is overigens niet onomstreden. Zo stelt Arai-Takahashi dat de Straatsburgse rechter de toetsing aan de proportionaliteit in dezen tot een minimumniveau heeft gereduceerd, en dat de ernst en de duur van de eigen-

---

129 EHRM 24 oktober 1986, appl.no. 9118/80 (*Agosi t. Verenigd Koninkrijk*, § 52), EHRM 5 december 2002, appl.no. 53871/00 (*Islamische Religiongemeinschaft e.V. t. Duitsland*, EHRM 28 juli 1999, appl.no. 22774/93 (*Immobiliare Saffi t. Italië*), EHRM 15 november 2001, appl.nos. 54999/00, 53991/00 (*Honecker e.a. t. Duitsland*) en EHRM 29 april 1999, appl.no. 25088/94 e.a. (*Chassagnou t. Frankrijk*, § 75).

130 Vgl. EHRM 6 februari 2003, appl.no. 71630/01 (*Wendenburg e.a. t. Duitsland*): 'As to the aim pursued by the Federal Constitutional Court in this case, the Court notes that (…) national authorities enjoy a wide margin of appreciation in determining the necessity of a measure of control', met een verwijzing naar EHRM 26 september 2000, appl.no. 37660/97 (*Denimark Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

131 EHRM 21 september 2004, appl.no. 68880/01 (*Schirmer t. Polen*, § 34) en EHRM 7 maart 2002, appl.no. 53320/99 (*Trajkovksi t. Macedonië*), EHRM 18 oktober 1995, appl.no. 25679/94 (*Borg t. Malta*).

132 Zie in dit verband ook Arai-Takahashi 2002, p. 156 e.v. en Haeck 2004, p. 366 e.v.

133 ECRM 7 januari 1991, appl.no. 16922/90 (*Fischer t. Oostenrijk*), EHRM 7 juli 1989, appl.no. 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*, § 62).

134 EHRM 28 juli 2005, appl.no. 51728/99 (*Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. t. Polen*). Het Hof kwalificeerde het besluit tot intrekking van een vergunning als 'the harshest one possible under domestic law' (§ 56) maar constateerde eveneens dat de autoriteiten '[dit not follow] any genuine and consistent policy considerations when revoking and changing their decisions concerning the applicants' business operation' (§ 63).

domsinbreuk, alsook de beschikbaarheid van minder belastende alternatieven aanleiding zouden moeten zijn tot een intensievere toets aan art. 1 EP.[135]

10.5.2 Vuistregel 1: ernst van de aantasting van het eigendomsrecht

Vuistregel: Hoe ernstiger de aantasting van het eigendomsrecht, hoe eerder bij ontbrekende of ontoereikende schadevergoeding een schending van art. 1 EP zal kunnen worden aangenomen.

10.5.2.1 Ernst van de inbreuk op de eigendom

Het onderscheid tussen ontneming en regulering van eigendom en het daarmee samenhangende strengere regime bij ontneming van eigendom is op zichzelf al een illustratie van het feit dat naarmate de inbreuk op het eigendomsrecht ernstiger is, ook van een schending van art. 1 EP eerder sprake is. Ook in reguleringsgevallen of gevallen waarin getoetst wordt aan de *peaceful enjoyment of possessions*, zal voor een mogelijke schending van art. 1 EP in eerste instantie bepalend zijn hoe ernstig die inbreuk is. Een aanbod tot schadevergoeding is in dit kader een voor de hand liggend middel om de ernst van de inbreuk enigszins te temperen. Laten de nationale autoriteiten dit na, terwijl de inbreuk zeer ernstig is, dan zal een schending van het eigendomsrecht relatief snel worden aangenomen. Illustratief is de *pilot-case Hutten-Czapska* over Poolse huurwetgeving. De Poolse wetgever had, om het hoofd te bieden aan het grote gebrek aan betaalbare huurwoningen, een systeem ingevoerd van strikte huurbescherming en huurprijsregulering. Deze maatregelen, die volgens het Hof een regulering van eigendom opleverden, betekenden voor verhuurders dat zij een huurder, zelfs indien deze zijn huurverplichtingen niet was nagekomen, slechts konden uitzetten wanneer hen passende woonruimte werd aangeboden. De huurprijsregulering kwam er bovendien op neer dat verhuurders geen onderhoudskosten van de huurders konden vorderen of zelfs een minimale winst aan de verhuur overhielden. Hiervoor vond het Hof – zelfs de ruime marge in aanmerking nemend in verband met de lastige situatie op de huurmarkt in Polen – geen rechtvaardiging; een van de betrokken huurwetten *impaired the very essence of her right to property*.[136] In dit verband kan tevens genoemd worden een Griekse onteigeningszaak – behandeld onder het uitgangspunt van ongestoord genot van eigendom – waarin een schending van art. 1 EP werd aangenomen, omdat elk woongenot van een huis onmogelijk

135 Arai-Takahashi 2002, p. 157. Zie ook Schokkenbroek 1998, p. 30 e.v.

136 EHRM 22 februari 2005 (§ 176) en 19 juni 2006 (Grote Kamer; § 203), appl.no. 35014/97 (*Hutten-Czapska t. Polen*). Zie voorts EHRM 13 juli 2006, appl.no. 35859/02 (*Housing Association of war disabled and victims of war of Attica e.a. t. Griekenland*, § 39) en ECRM 1 oktober 1990, appl.no. 12836/87 (*Konsument-finans Karlsson & Lindeìn AB t. Zweden*).

werd gemaakt door de aanleg van een spoorlijn op een afstand van minder dan vijf meter van het huis en de Griekse rechters volgens een vaste lijn in de Griekse rechtspraak geen enkele schadevergoeding hadden toegekend.[137]

Het is niet mogelijk een opsomming te geven van alle mogelijke factoren die met zich kunnen brengen dat een bepaalde inbreuk 'ernstig' is. Kenmerk van deze vuistregel is juist dat zij zo breed is, dat zij ook doorschemert in de andere vuistregels. Zo is een ontneming van eigendom zonder het aanbieden van schadevergoeding (vuistregel 2) zonder meer ernstig, terwijl het creëren van een situatie van grote rechtsonzekerheid (vuistregel 3) zonder veel moeite als zeer ernstig en frustrerend kan worden ervaren. Hierna zullen dan ook nog verschillende vormen van ernstige eigendomsaantastingen aan de orde komen.

10.5.2.2 Voldoende mogelijkheden tot gebruik van de eigendom

Uit deze eerste vuistregel kan men tevens (a contrario) afleiden dat een beroep op art. 1 EP niettemin kan worden afgewezen indien de inbreuk gering is.[138] In de hierna uitvoeriger te bespreken zaak over de opheffing van een verbod op handmatig vissen in Zweedse wateren heeft het Hof overwogen dat voor de proportionaliteit van de inbreuk onder meer van belang is of de gevolgen van de maatregel door schadevergoeding verzacht worden (zie ook vuistregel 2 hierna) en tot op welke hoogte deze wetgeving economisch verlies tot gevolg had.[139] Is de inbreuk slechts tijdelijk van aard, dan zal het Hof in de regel niet snel aannemen dat de *fair balance* geschonden is: '[A] temporary disadvantage sustained by an individual, by reason of a measure taken in accordance with domestic law, may in principle be justified in the general interest, if it is not disproportionate to the aim sought to be achieved by that measure.'[140] Dat geldt ook indien weliswaar aan het gebruik van het eigendomsrecht beperkende voorwaarden worden gesteld, maar er nog voldoende mogelijkheden tot gebruik overblijven, zoals de mogelijkheid om delen van een bij een nationale bank gestort bedrag in buitenlands geld nog te kunnen opnemen,[141] het nog op beperkte schaal toestaan van de uitoefening van het recht om te vissen[142] of te jagen.[143] Ook indien gebruik van de eigendom-

137 EHRM 9 februari 2006, appl.no. 2531/02 (*Athanasiou t. Griekenland*).

138 ECRM 1 juli 1991, appl.no. 16239/90 (*R. t. Zweden*).

139 EHRM 15 februari 2001, app.no. 37858/97 (*Aschan e.a. t. Finland*). Zie ook EHRM 25 oktober 1989, appl.no. 10842/84 (*Allan Jacobsson t. Zweden*): 'Furthermore, he has at all times been able to continue to live on the property on the same conditions as when he bought it.'

140 EHRM 30 oktober 1991, appl.no. 11796/85 (*Wiesinger t. Oostenrijk*). Zie ook ECRM 17 mei 1995, appl.no. 23193/94 (*Kosek t. Oostenrijk*), EHRM 24 november 2005, appl.no. 16153/03 (*Lazarev en Lazarev t. Rusland*) en EHRM 28 oktober 1999, appl.no. 31109/96 (*Riboli t. Italië*; niet-ontruiming van een flat gedurende anderhalf jaar niet in strijd met 'fair balance').

141 EHRM 7 maart 2002, appl.no. 53320/99 (*Trajkovksi t. Macedonië*).

142 EHRM 24 september 2002, appl.no. 27824/95 (*Posti en Rahko t. Finland*, § 77) en EHRM 28 juli 2005, appl.no. 33538/96 (*Alatulkkila e.a. t. Finland*, § 67).

men voor andere doeleinden nog mogelijk is, kan dit de getroffen burger worden tegengeworpen.[144]

10.5.3 Vuistregel 2: redelijk aanbod tot schadevergoeding

Vuistregel: Indien de nationale autoriteiten een redelijk aanbod tot schadevergoeding voor de inbreuk op het eigendomsrecht hebben gedaan, is de kans op het ontbreken van een 'fair balance' kleiner.

Deze vuistregel vloeit logisch voort uit de eerste vuistregel. Juist bij deze regel komt het onderscheid tussen ontneming en regulering van eigendom scherp naar voren.

10.5.3.1 Ontneming

Een ontneming van eigendom is in beginsel alleen rechtmatig als een schadevergoeding wordt aangeboden. Hoe hoog deze vergoeding moet zijn, hangt sterk af van de omstandigheden van het geval. Het is vaste rechtspraak dat de vergoeding *an amount reasonably related to its value* moet zijn.[145] Het redelijkheidselement in deze frase laat wel interpretatieruimte. Het enkele feit dat een inbreuk als ontneming is aangemerkt, impliceert niet per definitie een vergoeding van de *full market value*. Zoals de Commissie ooit stelde:

> 'Under the second sentence of the first paragraph of Article 1, Article 1 (…) does not guarantee a full right to compensation in all circumstances. Compensation terms are, however, material in assessing where the contested legislation respects a fair balance between the various interests involved.'[146]

Wat wel vaststaat, is dat ontneming zonder *enige* schadevergoeding in beginsel in strijd is met art. 1 EP[147] en slechts in 'uitzonderlijke omstandigheden' bij

143 ECRM 17 januari 1996, appl.no. 25490/94 (*Johansson t. Zweden*): er gold slechts een verplichting om het jagen te coördineren met andere tot de jacht gerechtigden.

144 Zie de *Pinnacle*-zaak, besproken in § 10.6.2.

145 EHRM 9 december 1994, appl.no. 13092/87 (*Holy Monasteries*, § 71), EHRM 21 februari 1986, appl.no. no. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, § 54). Zie uitvoeriger over de compensatieverplichtingen bij ontneming: Harris, O'Boyle, Bates e.a. 2009, p. 680 e.v.

146 ECRM 6 april 1994, appl.no. 22245/92 (*M.J.C. en J.E.C. t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. EHRM 28 juli 1999, appl.no. 22774/93 (*Immobiliare Saffi t. Italië*, § 57).

147 EHRM 23 november 2000, appl.no. 25701/94 (*Voormalige Koning van Griekenland t. Griekenland*), EHRM 8 juli 2008, appl.no. 1411/03, *EHRC* 2008, 109 (*Turgut e.a. t. Turkije*). Vgl. ECRM 18 oktober 1985, appl.no. 10825/84 (*Howard t. Verenigd Koninkrijk*: 'A significant factor in any such balance will be the availability of compensation, reflecting the value of the property expropriated.').

ontneming schadevergoeding achterwege kan blijven.[148] Is de schending van art. 1 EP niet alleen gelegen in het ontbreken van schadevergoeding, maar in het niet voldoen aan de basisvoorwaarden voor een rechtmatige inbreuk (namelijk dat deze in het algemeen belang is en bij de wet voorzien), dan heeft het Hof geen moeite om hoge eisen aan een eventuele vergoeding te stellen en verplicht het soms met zoveel woorden tot schadeloosstelling.[149] Is zo'n 'extreem' geval niet aan de orde, dan is er meer ruimte om van de *full market value* af te wijken, voor zover de autoriteiten duidelijk kunnen maken dat dit op grond van legitieme, aan het algemeen belang ontleende doelstellingen noodzakelijk is.[150] Bij een lagere vergoeding dan de marktwaarde zal het er dus op aankomen of de lidstaat daarvoor een goede rechtvaardiging weet aan te dragen. Daarvan was geen sprake in een Griekse zaak, waarin aan een onteigende slechts een kwart van de waarde van het onteigende goed werd uitgekeerd. De autoriteiten voerden ter rechtvaardiging aan dat het huis in zeer slechte staat verkeerde, maar klaagster wist aan te tonen dat het huis juist in uitstekende, en zelfs van esthetisch uitnemende kwaliteit was: schending van art. 1 EP.[151] Ook het geheel niet meewegen van de specifieke karaktertrekken van het onteigende goed (zoals de historische waarde van een woning) kan bij de ontneming van eigendom een schending van art. 1 EP opleveren,[152] terwijl ook de vaste Italiaanse praktijk waarin bij vrij alledaagse onteigeningen (bijvoorbeeld voor de aanleg van een weg) standaard slechts de helft van de marktwaarde werd vergoed, in strijd was met art. 1 EP. Bij gebrek aan een hoger openbaar belang voor deze korting benadrukte het Hof nog eens de hoofdregel dat 'the price paid to the applicants [must] bear a reasonable relation to the value of the expropriated property.'[153] Deze laatste uitspraak laat zien dat een schadevergoedingsregeling in verband met de ontneming van eigendom niet onnodig inflexibel moet zijn en dus maatwerk mogelijk moet maken. Derhalve kon ook de Griekse compensatiepraktijk niet door de beugel waarbij werd uitgegaan van de onweerlegbare premisse dat omwonenden van wegen geacht werden te profiteren van de aanleg van de wegen ten behoeve waarvan hun grond werd onteigend, op basis waarvan standaard een bedrag van de schade werd afgetrokken. De onmogelijkheid aan te tonen dat men in feite geheel geen profijt had van die weg of dat men daardoor zelfs

148 EHRM 21 februari 1986, appl.no. no. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, § 54), EHRM 23 november 2000, appl.no. 25701/94 (*Voormalige Koning van Griekenland t. Griekenland*, § 71).

149 Pellonpää 2000, p. 1089, met een verwijzing naar EHRM 24 juni 1993, appl.no. 14556/89 (*Papamichalopoulos e.a. t. Griekenland*, § 36), EHRM 22 september 1994, appl.no. 13616/88 (*Hentrich t. Frankrijk*, § 71: 'Given the violation of Article 1 of Protocol 1, the best form of redress would in principle be for the State to return the land.').

150 EHRM 8 juli 1986, appl.no. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, § 121, waarin het Hof wijst op 'measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice', waarmee dergelijke doelstellingen kunnen worden nagestreefd).

151 EHRM 11 januari 2001, appl.no. 38460/97 (*Platakou t. Griekenland*, § 26-29).

152 EHRM 31 juli 2007, appl.no. 2334/03 (*Kozacioðlu t. Turkije*).

153 EHRM 29 maart 2006, appl.no. 36813/97 (*Scordino t. Italië*).

in een slechtere positie was geraakt, was in strijd met art. 1 EP.[154] Deze Griekse zaken behoren tot de schaarse voorbeelden waarin het Hof een nationale schadevergoedingsregeling *in abstracto* in strijd met art. 1 EP achtte.[155]

10.5.3.2 Regulering

Waar het Hof bij de ontneming van eigendom als regel voorop stelt dat deze met enige schadevergoeding gepaard moet gaan, is het bij de regulering van eigendom veel terughoudender. Schadevergoeding is dan in elk geval geen noodzakelijke voorwaarde voor een *fair balance*: 'a right to compensation is not inherent in the second paragraph'.[156] Dat laat onverlet dat het Hof eerder zal oordelen dat dit juiste evenwicht bestaat indien op nationaal niveau (enige) schadevergoeding is aangeboden. De jurisprudentie van het Hof biedt diverse voorbeelden van een dergelijke functie van schadevergoeding als 'smeerolie' om de *fair balance* te bereiken.[157] In een Franse zaak was het landelijke karakter van een 18e-eeuws huis verloren gegaan door de bouw van een kerncentrale op slechts 300 meter afstand; de Commissie nam in aanmerking dat voor de waardedaling van het huis een compensatie was geboden.[158] Ook met schadevergoeding in natura kan in dit verband worden volstaan.[159] De jurisprudentie bevat echter ook talloze voorbeelden van soms diep ingrijpende reguleringsmaatregelen waarbij *geen* schending van art. 1 EP EVRM werd aangenomen, ook al voorzag het nationale recht niet in een recht op schadevergoeding.[160] Anderson vat de verhouding van de reguleringsregel tot een aanbod van compensatie dan ook als volgt samen: '[I]n relations to controls on the use of property, the prior payment of compensation is just one factor among many in the assessment of proportionality for the purpose of Article 1.'[161]

Wordt in een geval van regulering van eigendom wel nadeelcompensatie toegekend, dan laat het Hof de verdragsstaten een ruime marge om te kiezen

154 EHRM 15 november 1996, appl.no. 20680/92 (*Tsomtsos e.a. t. Griekenland*), ECRM 15 november 1996, appl.no. 19385/92 (*Katikaridis t. Griekenland*).

155 Vgl. Van Banning 2000, p. 100.

156 ECRM 9 maart 1989, appl.no. 11763/85 (*Banér t. Zweden*), ECRM 21 oktober 1998, appl.no. 33298/96 (*Pinnacle Meat Processors*: 'The Commission first notes that the Convention does not provide for an automatic right to compensation for the consequences of legislation (…).').

157 EHRM 24 september 2002, appl.no. 27824/95 (*Posti en Rahko t. Finland*, § 77), EHRM 28 juli 2005, appl.no. 33538/96 (*Alatulkkila e.a. t. Finland*: bepaalde verliezen door een visverbod werden gecompenseerd).

158 ECRM 17 mei 1990, appl.no. 13728/88 (*S. tegen Frankrijk*).

159 EHRM 25 maart 2004, appl.no. 24077/02 (*Natalya Gerasimova t. Rusland*; vervangende woonruimte).

160 EHRM 29 november 1991, appl.no. 12742/87 (*Pine Valley Developments t. Ierland*; land daalt 90% in waarde na weigering van bouwvergunningen), EHRM 5 mei 1995, appl.no. 18465/91 (*Air Canada t. Verenigd Koninkrijk*; inbeslaggenomen vliegtuig dat werd gebruikt voor het transport van cannabis), EHRM (GK) 30 augustus 2007, appl.no. 44302/02 (*Pye t. Verenigd Koninkrijk*; verlies van land ten gevolge van verjaringsregeling).

161 Anderson 1999, p. 551.

in bepaalde gevallen wel en in andere niet te compenseren. Die keuze kan immers afhankelijk zijn van een in belangrijke mate politiek oordeel dat bepaalde schade wel en andere niet voor vergoeding in aanmerking dient te komen. Dit impliceert dat nationale autoriteiten in belangrijke mate vrij zijn om aan hun schadevergoedingsregelingen vorm te geven. In § 10.6 zal ik daarop terugkomen.

10.5.4 Vuistregel 3: rechtsonzekerheid en gerechtvaardigde verwachtingen

Vuistregel: Grote rechtsonzekerheid of schending van gerechtvaardigde verwachtingen ten aanzien van het gebruik van eigendom is bij ontbrekende of ontoereikende schadevergoeding in strijd met art. 1 EP.

10.5.4.1 Rechtsonzekerheid

Het Hof kent aan het creëren of laten bestaan van onzekerheid omtrent een rechtspositie een belangrijke rol toe bij het wegen van de wederzijdse belangen. Zo stelt het Hof in de eerder genoemde zaak *Hutten-Czapska*: 'Uncertainty – be it legislative, administrative or arising from practices applied by the authorities – is a factor to be taken into account in assessing the State's conduct.'[162] In veel arresten gaat het dan om de vraag of art. 1 EP is geschonden doordat klagers lange tijd in onzekerheid verkeerden over de vraag of zij van hun eigendom gebruik zouden kunnen maken. In de zaak *Erkner and Hofauer* leden klagers schade in het kader van een ruilverkavelingsprocedure. Als compensatie voor de voorlopige overdracht van hun land in verband kregen zij andere stukken land toegewezen, die weliswaar groter waren, maar door de grote vochtigheidsgraad van de grond van slechte, voor agrarische doeleinden minder geschikte kwaliteit waren. Klagers vochten de uitruil met succes aan, maar dit bleef zonder vervolg: in 1987 waren zestien jaar verstreken vanaf het moment dat zij met de uitruil akkoord gingen en hadden zij nog steeds geen gelijkwaardige grond toegewezen gekregen, hoewel hun eigen grond al wel was overgedragen. De Oostenrijkse regering wierp tegen dat deze lange duur niet relevant zou zijn in het kader van de toets aan art. 1 EP, maar de Commissie oordeelde dat de vraag of de ruilverkavelingsprocedure de redelijke termijn had geschonden, samen met andere factoren, relevant kan zijn bij de beoordeling of de overdracht van land in strijd was met art. 1 EP. In casu meende zij dat er inderdaad sprake was van strijd, aangezien appellanten 'remain uncertain as to the final fate of their property'.[163]

---

162 EHRM 22 februari 2005 (§ 151) en 19 juni 2006 (Grote Kamer; § 168), appl.no. 35014/97 (*Hutten-Czapska t. Polen*).

163 EHRM 23 april 1987, appl.no. 9616/81 (*Erkner and Hofauer t. Oostenrijk*, § 76).

De factor rechtsonzekerheid is ook alomtegenwoordig in diverse tegen de Italiaanse staat gerichte zaken naar aanleiding van de praktijk dat voor de ontruiming van huurwoningen steevast geen politiebegeleiding werd gegeven. Dit leidde ertoe dat het voor veel huiseigenaren jarenlang onzeker was of zij van hun woning gebruik konden maken, terwijl zij die woning soms voor eigen gebruik nodig hadden. In het geval van Immobiliare Saffi beliep die termijn elf jaar, waar geen enkele compensatie tegenover stond; volgens het Hof was dit in strijd met art. 1 EP.[164] De zaak *Immobiliare Saffi* is een van vele voorbeelden uit de rechtspraak van het Hof waaruit blijkt dat het niet alleen weinig op heeft met treuzelende autoriteiten,[165] maar ook dat het veel waarde hecht aan het vereiste dat nationale autoriteiten de uitvoering van rechterlijke uitspraken serieus nemen. In dit verband kan ook een aanbeveling van het Comité van Ministers uit 2003 worden genoemd, waarin wordt gesteld dat een van de belangrijkste rechtswaarden is gelegen in de reële mogelijkheid van burgers hun rechten geldend te maken en illegale besluiten aan te vechten. Blijkens de aanbeveling is in het bijzonder van belang dat burgers moeten kunnen rekenen op de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen die zijn gericht op private verhoudingen. Zijn autoriteiten op dit punt nalatig, dan waarschuwt het Comité voor een systeem van *justice privée*, waarbij burgers zelf uitmaken wat andere burgers moeten dulden. Daarmee zou het vertrouwen en de geloofwaardigheid van het juridische systeem op het spel komen te staan.[166]

In het licht hiervan kan men zich afvragen wat de relatie van een aanbod tot schadevergoeding bij het laten voortbestaan van een situatie van rechtsonzekerheid is. Zij zou immers kunnen suggereren dat overheden een onrechtmatige schending van een zo belangrijke waarde als het kunnen rekenen op de tenuitvoerlegging van een rechterlijke beslissing met de betaling van een schadevergoeding zouden kunnen 'afkopen'. Het arrest *Matheus t. Frankrijk* bevat echter aanwijzingen dat een schadevergoeding niet altijd kan dienen als 'smeermiddel' om een *fair balance* te bereiken. In casu ging het om de eigenaar van een stuk grond in het overzeese gebiedsdeel Guadeloupe, dat

164 EHRM 28 juli 1999, appl.no. 22774/93 (*Immobiliare Saffi t. Italië*). Zie ook EHRM 28 september 1995, appl.no. 19133/91 (*Scollo t. Italië*; de prefect ondernam geheel geen actie toen hij er door Scollo op was gewezen dat hij het appartement zelf nodig had om in te leven (mede gezien het feit dat hij werkloos was en voor 71% gehandicapt; schending)) en EHRM 11 januari 2001, appl.no. 21463/93 (*Lunari t. Italië*). Relatief beperkte rechtsonzekerheid levert geen strijd met art.1 EP op: EHRM 29 april 2004, appl.no. 40465/98 (*Sorrrentino Prota t. Italië*).

165 Zie ook EHRM 17 juli 2003, appl.no. 32190/96 (*Luordo t. Italië*): Luordo kon door een beslag op zijn goederen in het kader van een faillissement niet vrijelijk over zijn goederen beschikken. Dat was volgens het Hof acceptabel, maar het zag niet in waarom de insolventieprocedure in dit geval veertien jaar en acht maanden moest duren; schending. Zie ook EHRM 24 mei 2005, appl.no. 61032/00 (*Buzescu t. Roemenië*): schending van art. 1 EP gezien de zich vijf jaar voortslepende onduidelijkheid ten aanzien van de mogelijkheid om zich als advocaat bij de Roemeense balie in te schrijven.

166 Aanbeveling van 9 september 2003, (2003) 17.

hij verhuurde aan ene M., die het stuk grond ook nadat Matheus de huur had opgezegd niet verliet maar weigerde daarvoor te betalen en er met zijn gezin ging wonen. In 1988 werd het eerste rechterlijke bevel tot ontruiming van de grond gegeven, maar de autoriteiten weigerden dit ten uitvoer te leggen en beriepen zich erop dat het ontruimen de openbare orde zou kunnen verstoren. Deze situatie duurde voort tot 2004, toen Matheus ten einde raad en diep teleurgesteld de grond aan M. verkocht, in de vaste overtuiging dat hij zijn grond nooit meer in bezit zou krijgen. Interessant is dat de Franse overheid in de nationale procedures naar aanleiding van de aanhoudende verzoeken van Matheus om ontruiming af te dwingen, diverse malen door de Franse rechter tot het betalen van een schadevergoeding was veroordeeld omdat het niet-ontruimen bij gebreke van een overtuigend beroep op het openbaar belang een *faute lourde* (een gekwalificeerde onrechtmatige daad) opleverde. Dit was ook het Hof niet ontgaan, maar het overwoog dat deze schadeloosstellingen de nalatigheid van de autoriteiten niet konden goedmaken. De weigering om politiemacht in te zetten had volgens het Hof tot gevolg dat er, zonder een aan het algemeen belang ontleende rechtvaardiging, een soort 'private onteigening' was ontstaan, waarvan M. profijt had getrokken. Deze situatie van *justice privée* ging ten koste van het primaat van het recht. Daarom was, ondanks de veroordelingen tot schadevergoeding in de nationale procedure, art. 1 EP geschonden.[167]

De feiten van de zaak *Matheus* verschillen van de *Immobiliare Saffi*-casus, waarin de niet-ontruimingen wel een basis in de wet hadden, maar het systeem zo rigide was dat het nauwelijks uitzonderingen op de hoofdregel van niet-ontruiming toeliet. In een dergelijke situatie, waarin er op zich wel een wettelijke basis is voor het niet-optreden, zal een aanbod tot schadevergoeding eerder aan de *fair balance* kunnen bijdragen dan in een situatie waarin geen redelijke rechtvaardiging bestaat om niet op te treden.[168] Het Hof heeft mogelijk gedacht dat als ook in dat laatste geval een aanbod tot schadevergoeding van belang zou kunnen zijn, dit de indruk zou kunnen wekken dat overheden *la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique* zouden kunnen 'afkopen'. In zoverre kan men de frase 'bij ontbrekende of ontoereikende schadevergoeding' in deze vuistregel voor dit soort (extreme) situaties relativeren. Ook het gemeenschapsrecht stelt aan de mogelijkheid in concrete gevallen met een beroep op het algemeen belang niet op te treden overigens grenzen: Frankrijk is al eens veroordeeld door het Hof van Justitie omdat het niet genoeg maatregelen nam tegen Franse landbouwers die met

167 EHRM 31 juni 2005, appl.no. 62740/00 (*Matheus t. Frankrijk*). Zie ook EHRM 19 maart 1997, appl.no. 18357/91 (*Hornsby*).

168 En die daarom dan ook niet is aan te merken als een égalitéschending, zoals *dissenter* Costa terecht opmerkte. Het beroep van de Franse regering om een beroep op nadeelcompensatie te doen op grond van de *Couitéas*-jurisprudentie, zie § 4.5.2) kon haar volgens Costa niet baten, aangezien die gevallen veronderstellen dat de overheid wél een gerechtvaardigd beroep op het voorkomen van wanordelijkheden doet.

blokkades het vrije verkeer van goederen belemmerden, ook al stond daar een schadevergoeding tegenover. Er zijn, met andere woorden, grenzen aan de *Couitéas*-jurisprudentie.[169]

10.5.4.2 Schending van gerechtvaardigde verwachtingen en voorzienbaarheid

Onder art. 1 EP worden alleen *gerechtvaardigde* verwachtingen beschermd. De drempel daarvoor is hoog. Het feit dat de nationale autoriteiten door de verlening van een vergunning zelf hebben bijgedragen aan het ontstaan van de belangen van een burger, betekent niet per definitie dat er sprake is van een gerechtvaardigde verwachting dat deze situatie stand zal houden of dat de intrekking van deze vergunning als onvoorzienbaar zou moeten worden aangemerkt.[170] Eerdere, voor een burger gunstige besluitvorming kan dus niet snel als een bron van gerechtvaardigde verwachtingen voor toekomstige besluitvorming gelden.[171] Kan de burger geheel niets verweten worden en is hij geheel te goeder trouw, dan kan het anders liggen.[172] Van zulke 'goede trouw' is in handhavingssituaties niet snel sprake. De wetenschap dat men zich in een illegale situatie bevindt en dat deze niet voor legalisatie in aanmerking komt, kan aan de burger worden tegengeworpen.[173] Van een gerechtvaardigde verwachting dat het illegale gebruik zou mogen worden voortgezet is zelfs niet sprake als dit gebruik zeer lange tijd is toegestaan, zoals de reeds besproken Belgische zaak *Hamer* bewijst.[174] Gaat het om expliciete toestemming, en hebben de autoriteiten actief bijgedragen aan het voortbestaan van een illegale situatie, dan kan van een schending van art. 1 EP wel sprake zijn.[175] In de regel laat het Hof de verdragsstaat in handhavingszaken echter een ruime *margin*.[176]

---

169 HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265/95, *AB* 1998, 95, m.nt. FHvdB (*Commissie/Frankrijk*) waarin het Hof in § 59 stelt dat het feit dat Frankrijk de slachtoffers (Spaanse en Italiaanse importeurs) schadeloos heeft gesteld, haar niet bevrijdt van de krachtens het gemeenschapsrecht op haar rustende verplichtingen. Vgl. Dubouis 1998, p. 129, Andriantsimbazovina 1998, p. 7 en Bonichot 1999 (spécial), p. 86 e.v. Zie over *Couitéas* nader § 4.5.2.

170 Zie voor een treffend voorbeeld: EHRM 25 mei 1999, appl.no. 37592/97 (*Olbertz t. Duitsland*; intrekking van vergunning voor belastingadvieskantoor in Duitsland van begin jaren 90), waarover nader Barkhuysen & Tjepkema 2006, p. 195.

171 EHRM 7 juli 1989, appl.no. 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*; § 16, § 61-62).

172 Zie EHRM 24 mei 2005, appl.no. 45214/99 (*Sildedzis t. Polen*).

173 ECRM 25 februari 1991, appl.no. 12344/86 (*Beckers t. Nederland*).

174 EHRM 27 november 2007, appl.no. 21861/03 (*Hamer t. België*).

175 Zie voor een voorbeeld EHRM 11 oktober 2005, appl.no. 37451/97 (*N.A. e.a. t. Turkije*), waarin een toeristenvergunning was verleend aan het hotel en dit hotel in de openbare registers was ingeschreven; de afbraak van het hotel omdat dit beweerdelijk illegaal zou zijn gebouwd, zonder enige compensatie, was in strijd met art. 1 EP. Zie voor een geval van gedogen waarin geen schending van art. 1 EP maar wel van art. 8 aan de orde was EHRM 24 november 1986, appl.no. 9063/80 (*Gillow t. Verenigd Koninkrijk*).

176 ECRM 12 april 1996, appl.no. 26889/95 (*Panvert t. Verenigd Koninkrijk*), EHRM 8 november 2005, appl.no. 4251/02 (*Saliba t. Malta*).

Relevant kan ook zijn of de schadeveroorzakende maatregel voorzienbaar was. De invulling van deze eis door het Hof heeft raakvlakken met de voorzienbaarheidseis uit de Nederlandse égalitéjurisprudentie.[177] Ook hier kunnen zowel abstracte als concrete aanwijzingen aanleiding zijn om een beroep op art. 1 EP te doen stranden. Voorbeelden van concrete aanwijzingen vindt men bijvoorbeeld in de jurisprudentie over risicoaanvaarding.[178] Daarnaast keren in sommige uitspraken ook meer abstracte vormen van voorzienbaarheid terug. Zo erkent ook het Hof het bestaan van een 'normaal ondernemersrisico'. In het arrest *Pine Valley Developments* overwoog het Hof dat met een commerciële onderneming inherent ondernemersrisico's zijn verbonden.[179] Van ondernemingen wordt verwacht dat zij zich instellen op dergelijke voorzienbare risico's.[180] Dit geldt te meer indien men ondernemer is in omstreden branches, zoals blijkt uit uitspraken over wetgeving die de exploitatie van gokhallen onmogelijk maakte.[181]

Net als in de Nederlandse égalitérechtspraak is de voorzienbaarheid in de jurisprudentie van het Hof geobjectiveerd. Het gaat er dus niet om of de getroffene de maatregel en de daaruit voortvloeiende schade daadwerkelijk heeft voorzien, maar of hij deze redelijkerwijs *had behoren te voorzien*.[182] Van burgers wordt in dit verband onder meer verlangd dat zij alert zijn en de toepasselijke nationale wetgeving raadplegen.[183] Volgt daaruit dat men had kunnen weten dat er mogelijk een beperking bestond ten aanzien van het gewenste gebruik van de eigendom (bijvoorbeeld omdat voor dat gebruik ook nog een vergunning nodig was of dat er nadelige besluiten 'in de lucht hingen'), dan kan dit aan de getroffene worden tegengeworpen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit jurisprudentie van het Hof ten aanzien van de weigering van een

177 Vgl. Schueler 2002, p. 134-135.

178 Zie § 10.6.3.2.

179 EHRM 29 november 1991, appl.no. 12742/87 (*Pine Valley Developments t. Ierland*): 'The applicants were engaged on a commercial venture which, by its very nature, involved an element of risk.'

180 EHRM 23 februari 1995, appl.no. 15375/89 (*Gasus Dosier- und Fordertechnik GmbHt. Nederland*, § 70: 'The applicant company were engaged in a commercial venture which, by its very nature, involved an element of risk (…). The facts of the case show that Gasus were in fact sufficiently aware of their risk to take steps to limit it.'), ECRM 26 februari 1997, appl.no. 28911/95 (*Titterrell t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 11 oktober 2005, appl.no. 73049/01 (*Anheuser- Busch Inc. t. Portugal*, § 51).

181 ECRM 17 oktober 1991, appl.no. 16221/90 (*McKenna t. Ierland*).

182 Zie bijv. EHRM 18 februari 1991, appl.no. 12033/86 (*Fredin t. Verenigd Koninkrijk*), ECRM 1 oktober 1990, appl.no. 12836/87 (*Konsument-finans Karlsson & Lindeìn AB t. Zweden*), EHRM 2 december 2004, appl.no. 42138/02 (*Yaroslavtsev t. Rusland*) en EHRM 16 oktober 1996, appl.no. 28981/95 (*Child t. Ierland*).

183 EHRM 25 oktober 1989, appl.no. 10842/84 (*Allan Jacobsson t. Zweden*), EHRM 9 november 1999, appl.no. 26449/95 (*Špaèek t. Tsjechië*).

vergunning op basis van de verschillende wetten inzake ruimtelijke ordening,[184] de weigering toestemming te geven voor de verkoop van een flat in het belang van een minderjarige mede-eigenaar daarvan,[185] de wettelijke beperking om auto's van onbekende herkomst te laten registreren[186] en de intrekking van een vergunning voor de exploitatie van grindgronden.[187] In het algemeen kan de jurisprudentie als streng worden gekenschetst. De voorzienbaarheid wordt ook aan burgers tegengeworpen in situaties waarin zij hebben geïnvesteerd in de verwachting dat een bepaalde lijn in de jurisprudentie stand zou houden, maar dit niet gebeurde.[188]

10.5.5 Vuistregel 4: procedurele waarborgen

Vuistregel: Het ontbreken van mogelijkheden om tegen de eigendomsinbreuk rechtsmiddelen aan te wenden, kan een schending van de 'fair balance' met zich brengen.

Uit de woorden van art. 1 EP valt niet op te maken dat dit artikel ook procedurele waarborgen biedt. Toch impliceert dit artikel volgens standaardjurisprudentie van het Hof dat een inbreuk op het eigendomsrecht vergezeld moet gaan van procedurele garanties. Een burger of een instelling moet een redelijke mogelijkheid hebben gehad om op effectieve wijze deze inbreuk voor de verantwoordelijke autoriteiten aan te vechten. Het Hof neemt in aanmerking welke mogelijkheden daartoe bestonden in zowel de bestuurlijke als de rechterlijke procedure.[189] Zijn die mogelijkheden afdoende, dan is dit een relevante factor in het kader van de proportionaliteitstoets.[190] Deze mogelijkheid is in het bijzonder van belang indien er een zware inbreuk op het eigendomsrecht wordt gemaakt.[191] Anderzijds kan het nalaten gebruik te maken van mogelijkheden rechtsmiddelen aan te wenden aanleiding zijn om geen schending van art. 1 EP aan te nemen. Dit houdt verband met de schadebeperkingsplicht: de

184 Zie voor enkele voorbeelden EHRM 10 december 2002, appl.no. 70861/01 (*Mlynáø t. Tsjechië*), EHRM 28 september 1999, appl.no. 37538/97 (*Van Nus t. Nederland*), ECRM 10 september 1997, appl.no. 28892/95 (*McKone t. Ierland*), ECRM 3 december 1990, appl.no. 17176/90 (*Walker-Bow t. Verenigd Koninkrijk*), ECRM 1 oktober 1990, appl.no. 12836/87 (*Konsumentfinans Karlsson & Lindeìn AB t. Zweden*).

185 EHRM 24 november 2005, appl.no. 16153/03 (*Lazarev en Lazarev t. Rusland*).

186 EHRM 2 december 2004, appl.no. 42138/02 (*Yaroslavtsev t. Rusland*, § 35).

187 EHRM 18 februari 1991, appl.no. 12033/86 (*Fredin t. Zweden*).

188 ECRM 15 februari 1990, appl.no. 15434/89 (*Antoniades t. Verenigd Koninkrijk*).

189 EHRM 24 november 2005, appl.no. 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*, § 134) (met verwijzingen), ECRM 11 september 1995, appl.no. 27894/95 (*Bäckström t. Finland*), EHRM 24 oktober 1986, appl.no. 9118/80 (*Agosi t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 5 mei 1995, appl.no. 18465/91 (*Air Canada t. Verenigd Koninkrijk*, § 44).

190 ECRM 16 april 1998, appl.no. 32047/96 (*T.C. t. Zweden*; voldoende waarborgen om op te komen tegen besluit tot plaatsing van waterpomp op privéland).

191 EHRM 28 juli 1999, appl.no. 22774/93 (*Immobiliare Saffi t. Italië*).

burger moet, binnen redelijke grenzen, gebruik maken van de mogelijkheden die hem ten dienste staan om de schade die uit het overheidshandelen voortvloeide, te beperken.[192] In dit opzicht verschilt het art. 1 EP-regime dus van de égalité, waarin het nalaten rechtsmiddelen tegen een schadeveroorzakend besluit aan te wenden althans bij de bestuursrechter geen reden kan zijn om aan te nemen dat een burger niet onevenredig is benadeeld.

Een duidelijk voorbeeld van het belang van processuele waarborgen bij de regulering van eigendom is de jurisprudentie over de inbreuk op eigendom indien deze is verkregen met of gebruikt wordt voor illegale praktijken, zoals in het geval van een in beslag genomen bus die werd gebruikt voor het vervoer van illegalen. Het Hof heeft in dat kader al eens *in abstracto* overwogen dat de vraag of er een *fair balance* is dan afhangt van veel factoren, waaronder het gedrag van de eigenaar (in welke mate heeft hij 'eigen schuld' aan het feit dat zijn eigendom voor illegale praktijken werd gebruikt?) én de vraag of hem een adequate gelegenheid werd geboden zijn zaak bij de autoriteiten te bepleiten. Het feit dat de inbreuk op het eigendomsrecht is ingegeven door een beschuldiging van strafbare feiten, is in die gevallen een extra reden om een zwaar gewicht toe te kennen aan het bestaan van voldoende procedurele waarborgen.[193]

10.5.6 Slotopmerkingen

Het algemene beeld dat uit de Straatsburgse jurisprudentie naar voren komt is dat het EHRM verdragsstaten in geval van inmenging in het eigendomsrecht in het algemeen een ruime beoordelingsmarge en niet snel een schending van art. 1 EP constateert. De arresten waarin het Hof een schending van art. 1 EP heeft aangenomen, zijn in de eerste plaats gevallen waarin de onteigening niet *lawful* was in de betreffende staat en, in de tweede plaats, zaken waarin de klager lange tijd in onzekerheid werd gelaten, terwijl er allerlei gebruiksbeperkingen op zijn eigendom waren gelegd. Ten slotte neemt het Hof ook een schending van art. 1 EP aan in gevallen van eigendomsontneming waarin duidelijk te weinig of ten onrechte geen schadevergoeding door de overheid wordt aangeboden of in geval van een (anderszins) evident onevenredige

192 Zie bijv. EHRM 1 december 2005, appl.no. 61093/00 (*SCEA Ferme de Fresnoy t. Frankrijk*): nalaten op te komen tegen verleende vergunningen, EHRM 19 september 2006, appl.no. 13844/02 (*Maupas e.a. t. Frankrijk*: nalaten rechtsmiddelen aan te wenden tegen onteigeningsbeslissing), EHRM 2 maart 2006, appl.no. 49908/99 (*S.T. Ansay e.a. t. Turkije*; niet opkomen tegen bouwvergunning), EHRM 30 oktober 1991, appl.no. 11796/85 (*Wiesinger t. Oostenrijk*; idem), EHRM 21 oktober 1998, appl.no. 41113/9 (*Photos Photiades & co t. Cyprus*; nalaten nationale schadevergoedingsregeling in te roepen).

193 EHRM 10 april 2003, appl.no. 38602/02 (*Yildirim t. Italië*).

inmenging in het eigendomsrecht.[194] In verreweg de meeste gevallen waarin een schending van art. 1 EP wordt geconstateerd, gaat het om een toepassing van de ontnemingsregel.

10.6 De toepassing van art. 1 EP op twee deelterreinen

10.6.1 Inleiding

De vier vuistregels roepen het beeld op van een terughoudende toets aan art. 1 EP. Bij de bespreking van vuistregel 3 is voorts gebleken dat aan sommige eisen die ook in de égalitéjurisprudentie van belang zijn, zoals de voorzienbaarheid en de normale ondernemersrisico's, ook in de art. 1 EP-jurisprudentie wordt gerefereerd. Om te kunnen vaststellen wat de toegevoegde waarde kan zijn van art. 1 EP in zaken waarin een element van nadeelcompensatie speelt, zal thans worden gekeken naar twee specifieke deelterreinen. In § 10.6.2 zullen eerst drie zaken aan de orde komen waarin een rechtmatige overheidsmaatregel nadere regels stelt aan de mogelijkheid om een beroep of een bepaalde vorm van bedrijvigheid uit te oefenen. Vergelijkbare zaken doen zich ook in Nederland soms voor. Zo valt het bekende *Leffers*-arrest in deze categorie en is ook de discussie over het verbieden van de nertsenhouderij een goed voorbeeld. In § 10.6.3 ga ik vervolgens in op zaken waarin rechtmatige overheidsmaatregelen in de sfeer van de ruimtelijke ordening een inbreuk maken op het eigendomsrecht. Bestudering van deze gevallen zou een goed beeld moeten geven van de uit art. 1 EP voortvloeiende verplichtingen tot 'nadeelcompensatie' bij regulering van het eigendomsrecht, al dan niet op basis van een wettelijke regeling. In mijn bespreking wil ik mij telkens vooral richten op twee aspecten. Ten eerste: in hoeverre komen de door Straatsburg gehanteerde toetsingscriteria onder art. 1 EP overeen met die onder het égalitébeginsel? Is het Hof strenger of minder streng bij de toepassing van vergelijkbare criteria? Ten tweede: wat is de relevantie van een op nationaal niveau tot stand gebrachte nadeelcompensatieregeling? Hoe intensief toetst Straatsburg aan een dergelijke regeling? Het antwoord op deze vragen is ook van belang voor de vraag die zich regelmatig op nationaal niveau voordoet, namelijk of art. 1 EP in een concreet geval dwingt tot het opnemen van een nadeelcompensatieregeling.

194 Zie verder Barkhuysen & Van Emmerik 2005, Deventer: Kluwer, p. 69-70. Zie ook Barkhuysen & Van Emmerik 2002, p. 107, p. 115.

10.6.2 Maatregelen die een bepaalde beroepsgroep of bedrijfstak treffen

10.6.2.1 Maatregelen ter bestrijding van BSE

In de zaak *Pinnacle Meat Processors t. Verenigd Koninkrijk*[195] ging het om maatregelen van de Britse overheid ter bestrijding van BSE. De zaak was aangespannen door negen bedrijven die zich uitsluitend bezighielden met het 'uitbeenderen' van runderkoppen, dat wil zeggen het verwijderen van het resterende vleesmateriaal in runderkoppen, om dit vervolgens aan de detailhandelaren te verkopen. In 1996 werd in het Verenigd Koninkrijk een regeling van kracht die een verbod stelde op het verkopen voor menselijke consumptie van 'gespecificeerd bovien materiaal' (waaruit hoofden van rundvee geheel bestaan). Na een eerdere uitbraak van BSE zag de Britse regering de handel met dit materiaal als een van de grootste gevaren voor een mogelijke uitbraak van BSE. Zij besloot een beperkte schadevergoedingsregeling in het leven te roepen voor schade die bedrijven konden lijden door het verbod. Alleen die bedrijven wier activiteiten onontbeerlijk waren om de *beef supply chain* in stand te houden, zoals slachters en boeren, werden gecompenseerd. Het niet-compenseren van die bedrijven zou tot grote economische schade leiden, zo vreesde de Britse regering, zodat zij wel, maar de niet voor een gezonde economie onontbeerlijke uitbeenderbedrijven niet werden gecompenseerd. Deze bedrijven, waaronder Pinnacle, kregen wel een beperkte compensatie voor de niet-verkoopbare voorraden waarmee zij bleven zitten.

Bij gebrek aan nationale compensatiemogelijkheden beriepen de uitbeenderbedrijven zich op art. 1 EP. Zij beklaagden zich niet over de rechtmatigheid van het verbod, maar wel over de excessieve schade die daarvan het gevolg was: zij moesten met hun bedrijf stoppen en konden beweerdelijk niet meer in hun levensonderhoud voorzien. De situatie was volgens hen des te erger omdat zij in de jaren voorafgaand aan het verbod vergaande bedrijfsinvesteringen hadden gedaan om aan de Britse regelgeving inzake voedselveiligheid te voldoen. Die investeringen werden thans alsnog waardeloos.

De Commissie somde allereerst enige argumenten op om aan te tonen dat de eigendom van klagers niet zo sterk beperkt werd als zij claimden. Onder meer speelde mee dat de niet-bruikbare voorraden van de bedrijven door de regering waren opgekocht tegen een prijs van 65% van de marktwaarde en dat de investeringen die de bedrijven in de voorafgaande jaren hadden gedaan in speciale machines niet gelijk was aan hun verlies door deze machines, aangezien deze apparaten niet waardeloos waren geworden en voor andere bedrijvigheid in de vleesverwerkende industrie hun waarde behielden. Bovendien stelde de Commissie vast dat de regering geen compensatie had hoeven bieden voor het verlies van goodwill, aangezien hun goederen al ernstig te

195 ECRM 21 oktober 1998, appl.no. 33298/96.

lijden hadden onder slechte marktomstandigheden voordat het verbod van kracht werd (er was dus geen causaal verband tussen dit verbod en (al) het verlies van goodwill).

In het kader van de *fair balance*-toets stelde de Commissie voorop dat hier sprake was van een vorm van regulering van eigendom. De maatregel was gericht op het reguleren van het gebruik van het boviene materiaal, en de gevolgen van die regulering vloeiden uit die beperkingen voort en waren niet zozeer het gevolg van een daad van onteigening. Voorts merkte de Commissie op dat de maatregelen ter voorkoming en bestrijding van dierziekten een zeer zwaarwichtig belang (een *general interest of the first importance*) dienden, namelijk de 'bescherming van de bevolking tegen een potentieel dodelijke ziekte van onbekende proporties.' Daartegenover stonden echter de belangen van de verwerkingsbedrijven bij een ongestoorde uitoefening van hun bedrijf. Volgens de Commissie diende er *a reasonable relationship of proportionality* te zijn tussen de middelen die zijn aangewend en het doel dat daarmee wordt beoogd.[196] Daarvan was sprake, aangezien:

- sommige bedrijfsonderdelen nog voor andere vleesverwerkende werkzaamheden bruikbaar zouden zijn;
- de waarde van de bedrijven van appellanten altijd al afhankelijk was van ontwikkelingen op de markt. Afhankelijk van de wetenschap over de mogelijke gevaren van BSE schommelde de waarde van de goodwill, waarvoor de bedrijven een vergoeding wensten, dus sowieso al;
- klagers eigenaar bleven van al hun activa, die dus konden worden hergebruikt of verkocht;
- klagers een compensatie kregen voor hun niet-verkoopbare voorraden, wat voor zes bedrijven in totaal neerkwam op £ 430.000.

Het *Pinnacle*-oordeel laat een aantal zaken zien. De zaak onderstreept nog eens de ruime reikwijdte van de reguleringsparagraaf van art. 1 EP. In casu hadden de besluiten zeer ernstige consequenties voor de betrokken bedrijven: ondanks de investeringen die zij in de voorafgaande jaren hadden gedaan om te beantwoorden aan de hoge eisen in de Britse regelgeving inzake voedselveiligheid, werd hun vorm van bedrijvigheid door de besluiten van de regering opeens illegaal. Het enkele feit dat een vorm van bedrijvigheid niet langer rechtmatig kan worden uitgeoefend, was voor de Commissie echter geen reden om de inbreuk door het verbod als een ontneming of een de facto-ontneming van eigendom te beschouwen. In casu legde de Commissie er de nadruk op dat de Britse regering beoogde het gebruik van 'gespecificeerd bovien materiaal' aan nadere regels te onderwerpen en was er om die reden sprake van regulering. Dat deze regulering voor bedrijven die zich geheel specialiseren in het werken met dergelijk materiaal tot gevolg had dat zij hun bedrijf konden

196 Mogelijk wijzen deze woorden op een afstandelijker toets dan wanneer het Hof zou verlangen dat de verhouding 'proportionate' is (Nieuwenhuis 2005, p. 46-47).

opdoeken, betekende niet dat er sprake was van een ontneming van eigendom: '[Their] loss of business (…) must be seen as resulting from the restrictions of the use of specified bovine material, rather than as a form of de facto expropriation'. Dit type inbreuk op eigendom is volgens de Commissie verwant met de intrekking van een vergunning als in het *Tre Traktörer*-arrest.[197] Ook in dat geval waren de gevolgen ernstig (het restaurant kon niet meer worden geëxploiteerd) maar dat bracht nog niet met zich dat de ontnemingsregel van toepassing was: bepalend zijn niet zozeer de materiële gevolgen voor de bedrijfsvoering van een bepaalde handeling, als wel de vraag wat de autoriteiten met hun maatregel beoogden, in casu dus het reguleren van het gebruik van 'gespecificeerd bovien materiaal'. Deze interpretatie is in lijn met de hoge drempels waarmee de (de facto-)ontnemingsregel is omgeven: deze is alleen van toepassing bij formele onteigening en wanneer de eigendom geheel onbruikbaar is geworden. In gevallen waarin bedrijfsonderdelen nog wel te gelde kunnen worden gemaakt zal van de facto-ontneming in de regel niet kunnen worden gesproken, een 'regel' die wordt bevestigd door het hierna te bespreken *Denimark*-arrest.

De uitspraak illustreert verder dat de Commissie een 'multi factor'-benadering hanteert om te beoordelen of de *fair balance* geschonden was. Niet één bepaald gezichtspunt is bepalend, maar een veelheid van factoren, waarbij in het midden blijft welke factor uiteindelijk doorslaggevend is om geen schending aan te nemen. Dat maakt het ook moeilijk het gewicht te bepalen van een op nationaal niveau gedaan aanbod tot schadevergoeding. Zeker is dat het aanbieden van enige vorm van schadevergoeding een positieve factor is om te bepalen of er nog sprake is van een *fair balance*, maar het feit dat de Commissie ook andere factoren noemde, in het bijzonder het feit dat de bedrijven eigenaren bleven van hun grond en hun activa, roept op zijn minst de vraag op of de maatregel de toets aan art. 1 EP niet ook zou hebben doorstaan zonder een opkoopregeling te treffen. Hoe dat ook zij, het *Pinnacle*-arrest laat zien dat het afhankelijk is van de feiten van het voorliggende geval aan de hand van welke overwegingen zal worden beoordeeld of er een *fair balance* is. Opmerkelijk in dat verband is nog dat de voorzienbaarheid *in abstracto* van het verbod – anders gezegd: het 'normale bedrijfsrisico' dat bedrijven die werken in de vleesverwerkende industrie op een zeker moment met een (totaal)verbod te maken kunnen krijgen – door de Commissie geheel ongenoemd bleef, hoewel de Britse regering dit argument wel had aangedragen.[198]

---

197 Zie voor dit arrest en enkele vergelijkbare voorbeelden de conclusie van A-G Mok bij HR 16 november 2001, *AB* 2002, 25, m.nt. PvB (*WHV*), sub 7.1.5 e.v.

198 Interessant is dat Anderson 1999, p. 556 e.v. in een commentaar op *Pinnacle* pleit voor een meer centrale rol van de voorzienbaarheid (in het kader van de toets aan de 'legitimate expectations'). Zie ik het goed, dan bepleit hij dat in de *Pinnacle*-beslissing een wijze van toetsing die meer gelijkt op het Leffers-arrest van de Hoge Raad. Centraal zou volgens Anderson de vraag hebben moeten staan of een individu de gerechtvaardigde verwachting kon koesteren dat hij niet aan draconische bestrijdingsmaatregelen zou worden onderwor-

Mogelijk kan dit ongenoemd blijven worden verklaard door het feit dat de voorzienbaarheid wat minder evident lag, aangezien de ontbottingsindustrie in de jaren voor het verbod vergaande investeringen had gedaan om aan de strenge Britse regelgeving tegemoet te komen. Maar zelfs al was de maatregel wellicht niet (geheel) voorzienbaar (de Commissie liet zich daar niet expliciet over uit), dan nog was naar het oordeel van de Commissie niet sprake van een zo ernstige eigendomsinbreuk dat een schending van art. 1 EP aan de orde was, op grond van de voornoemde argumenten.

Een opvallend punt is verder dat de Commissie niet refereerde aan de *margin of appreciation*. Dat is opmerkelijk, aangezien deze *margin*, zoals we hebben gezien, in veel zaken waarin aan de reguleringsregel wordt getoetst juist een belangrijke rol speelt. Het is niet helemaal duidelijk waarom dat niet het geval is. Wellicht speelt mee dat het in casu geen *hard case* betrof. In zaken waarin het Hof unaniem van mening is dat het verdragsartikel niet geschonden is, blijft de *margin* soms ongenoemd, omdat dit afbreuk zou kunnen doen aan de helderheid en de kracht van de argumentatie.[199] Impliciet speelt deze *margin* overigens wel een rol, namelijk in het kader van de verwerping van de aangevoerde strijd van art. 14 EVRM (gelijke behandeling) jo. art. 1 EP. De Commissie liet de Britse regering immers een ruime mogelijkheid voor eigen keuzes om in bepaalde gevallen wel en andere gevallen niet te compenseren. Het argument 'economische schade' als leitmotiv om in sommige gevallen wel en in andere gevallen niet te compenseren, werd derhalve gefiatteerd: art. 1 EP laat ruimte om op politieke gronden (continuïteitshandhaving bijv.) in sommige gevallen niet te compenseren. Het is aannemelijk dat dit argument met name van betekenis zal zijn in zaken waarin een regulering van eigendom aan de orde is. Gaat het om ontneming van eigendom, dan benadert het Hof art. 1 EP veeleer als een rechtsgrondslag die recht geeft op een minimale compensatie. Het onderhavige geval laat zien dat dit compensatoire karakter, waarbij het recht op schadevergoeding dus in hoge mate is geobjectiveerd, minder nadrukkelijk aanwezig is wanneer het 'slechts' gaat om de regulering van eigendom. Ten aanzien van het verweer dat art. 14 EVRM jo. art. 1 EP geschonden zou zijn omdat sommige beroepsgroepen een ruimere compensatie kregen, stelt de Commissie dat de regering een objectieve en redelijke rechtvaardiging had gevonden om ruimere compensatie te bieden aan 'those sectors of the industry whose demise would cause considerable general problems in the economy as a whole'.

---

pen. 'A legitimate expectations-based approach might have provided the Commission with a more secure conceptual structure than that which it employed.'

199 Schokkenbroek 1998, p. 34.

10.6.2.2 Beperking van de verkoop van handwapens

Een tweede serie zaken die bespreking verdient had opnieuw betrekking op een besluit van de Britse regering. In deze zaken, waaronder de zaak *Denimark Limited e.a.*, ging het om schade ten gevolge van de Firemans Act 1997.[200] Op grond van deze wet werd het strafbaar om zonder vergunning een handwapen in bezit te hebben, te kopen, te verkopen, over te dragen of te vervaardigen. Al eerder, in 1920, 1962, 1988 en 1992, was de handvuurwapenbranche aan beperkingen van overheidswege onderworpen, maar de wet uit 1997 behelsde het meest vergaande verbod. Het verbaast niet dat het ook deze wet aanmerkte als een vorm van regulering van eigendom, in welk kader het Hof verwees naar de *Pinnacle*-zaak.

Ook in deze zaak werd een compensatieregeling in het leven geroepen, en ook deze regeling was beperkt van opzet. Het Firemans Act 1997 Compensation Scheme was niet meer dan een opkoopregeling voor handwapens en munitie. Van deze regeling konden privé-eigenaren *en* handelaren in gelijke mate gebruik maken. Voor overige schadeposten werd geen vergoeding gegeven, en dat was met name een grote financiële strop voor talloze verkopers, fabrikanten en reparateurs van handvuurwapens, im- en exporteurs, exploitanten van (indoor)schietbanen en andere bedrijven die op een of andere manier van de vrije beschikbaarheid van handvuurwapens hun nering hadden gemaakt. Noch voor het verlies van hun goodwill, noch voor hun overige bedrijfsschade werd enige compensatie gegeven. Het Hof was van oordeel dat ook de Firemans Act 1997 en de daaraan gerelateerde Compensation Act de toets aan art. 1 EP konden doorstaan. Het Hof voerde een aantal argumenten aan. Ten eerste stelde het vast dat de schade waarover de bedrijven klaagden, hoofdzakelijk bestond uit verlies van toekomstige inkomsten. Deze claim kon het Hof afwijzen omdat dergelijke schade buiten het bereik van art. 1 EP valt: toekomstig inkomen is alleen een *possession* als het al verdiend is, of als dit kan worden afgedwongen (er sprake is van een *enforceable claim*). Daarvan was in casu geen sprake. En zelfs als de Act wel een aanzienlijke impact op hun goodwill zou hebben gehad, dan nog was van belang dat:

> '(…) as businesses connected with the firearms industry, the applicants have at all times had to operate within the framework of legislative control which has existed in the United Kingdom since 1920 and which, as emphasized in the Parliamentary debates, has become progressively more restrictive as the years have passed. In these circumstances, the Court shares the view of the Government that the applicants had no legitimate expectation that the use of particular types of firearm, including handguns, would continue to be lawful.'

---

200 EHRM 26 september 2000, appl.no. 37660/97 (*Denimark Ltd. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Op dezelfde datum deed het Hof in verschillende vergelijkbare zaken tegen het VK, waaronder *Slough and King e.a.* (37679/97 en 37682/97), *Andrews* (37657/97) en *Findlater* (38881/97). Ook deze claims werden op grond van de in *Denimark* genoemde argumenten afgewezen.

Dat dit argument in casu – anders dan in de *Pinnacle*-zaak – wel werd genoemd, hangt vooral samen met het feit dat in casu al eerder beperkende maatregelen waren getroffen. De handelaren en andere bedrijven wisten dat zij in een sterk van overheidswege gereguleerde *business* stapten, en daaruit leidt het Hof af dat zij er niet op mochten rekenen dat hun beroep ook in de toekomst rechtmatig zou kunnen worden uitgeoefend.

Op een ander punt wijkt de *Denimark*-casus juist af van het égalitéregime, aangezien het Hof geheel niet stilstond bij de vraag of er wel van een *individual burden* sprake was. In casu stond vast dat de maatregel tal van bedrijven in Engeland trof. Een grove schatting leert dat meer dan honderd Britse bedrijven die door het verbod schade leden, de zaak tot in Straatsburg aanvochten. Juist bij schade door algemeen verbindende voorschriften of andere besluiten van algemene strekking overweegt de Nederlandse rechter geregeld dat de getroffene zich niet van de anderen tot wie de maatregel zich richt, onderscheidt.[201] De onderhavige zaak laat echter zien dat in situaties waarin zulke algemeen verbindende voorschriften een inbreuk maken op art. 1 EP, de vraag of er ten opzichte van vergelijkbare anderen een bijzonder nadeel wordt geleden voor het EHRM niet relevant is. Het Hof ging geheel niet in op de vraag of de last wel *individual* was.

Op het eerste gezicht zou dit tot de conclusie kunnen leiden dat het égalitéregime minder gunstig is voor burgers, aangezien onder dat regime het feit dat een ieder in gelijke mate wordt getroffen een reden kan zijn een schadeclaim van de hand te wijzen. In de Straatsburgse jurisprudentie over art. 1 EP worden soms claims toegewezen ongeacht de grootte van de groep getroffenen.[202] Hoewel niet uitgesloten is dat art. 1 EP op dit punt meer bescherming biedt, kan met evenveel recht worden gesteld dat het égalitébeginsel tot een meer verfijnde toetsing kan leiden, juist omdat het verlangt dat een onderzoek wordt ingesteld naar de effecten van een algemene maatregel op specifieke rechtsposities. Dat het Hof niet nader stilstaat bij dit criterium, onderstreept naar mijn idee juist de afstandelijkheid van de toets van het Hof indien de schade wordt toegebracht door een algemeen verbindend voorschrift. Ervan uitgaande dat de eis van een *individual burden* kan worden beschouwd als de pendant van de eis van 'specialiteit' zou het Hof op zijn minst moeten nagaan of zich binnen de grote groep getroffenen wellicht enkelen bevinden die zeer zwaar worden getroffen. Dit staat echter op gespannen voet met de diversiteit in mogelijke schadegevallen die voor het Hof aanleiding is de afweging in welke gevallen dient te worden gecompenseerd nu juist aan de nationale autoriteiten over te laten. Zou het Hof deze individuele toets wel verrichten en tot de conclusie komen dat er geen 'speciale' gevallen zijn jegens wie art. 1 EP geschonden is, dan zou het daarmee de nationale afweging kunnen doorkruisen.

201 § 7.4.2.2.
202 Zie bijv. EHRM 19 juni 2006 (Grote Kamer), appl.no. 35014/97 (*Hutten-Czapska t. Polen*).

Deze *margin* bij de vormgeving van een nationaal nadeelcompensatieregime kwam in de *Denimark*-uitspraak ook expliciet ter sprake. Klagers hadden namelijk gesteld dat de schadevergoedingsregeling te beperkt van opzet was. Het Hof stelde daarover het volgende:

> 'The Court further observes that legislative measures introducing controls on the ownership or use of particular articles in the interests of public health or safety will inevitably have an adverse financial impact on many categories of business which are dependent to a greater or lesser extent on the continued use of the articles in question, the nature and extent of the impact varying from category to category and from business to business within each category. Because of their direct knowledge of their society and its needs and resources, the national authorities must enjoy a wide margin of appreciation in determining not only the necessity of the measure of control concerned but also the types of loss resulting from the measure for which compensation will be made; the legislature's judgment in this connection will in principle be respected unless it is manifestly arbitrary or unreasonable.'

Deze overweging kan moeilijk anders worden gekenschetst dan als een zeer afstandelijke en abstracte toets. Het Hof ziet voor zichzelf in beginsel geen taak weggelegd om in individuele gevallen van zeer ernstige schade tot een schending van art. 1 EP te concluderen. Dat ook die gevallen zich in casu hadden voorgedaan, was niet onaannemelijk: het verbod trof immers ook bedrijven die krachtens de Compensation Act op geen enkele tegemoetkoming aanspraak konden maken. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan exploitanten van indoorschietbanen die alleen geschikt waren voor handvuurwapens en niet voor andere wapens. Deze bedrijven handelden zelf niet in vuurwapens, zodat de Compensation Act voor hen geen soelaas bood. Het Hof zag hierin echter geen reden voor een indringender toets en stelde simpelweg vast dat 'a number of the present applicants were manufacturers of or dealers in handguns and, as such, would have been entitled to compensation (…)'. Dat niet alle bedrijven van de compensatieregeling gebruik konden maken, deed daar kennelijk niet aan af, evenmin als het feit dat in casu geen vergoeding werd gegeven voor verlies van goodwill of andere verliezen van bedrijven die waren gelieerd aan de vuurwapenindustrie. Dit kon niet worden aangemerkt als een 'evident willekeurige of onredelijke afweging'.

Het Hof benadrukt derhalve dat verdragsstaten een ruime beoordelingsmarge hebben voor wat betreft de vormgeving van nationale schadevergoedingsregelingen. In beginsel wordt *the legislature's judgment* gerespecteerd. Een verklaring daarvoor is dat de maatregelen in kwestie naar hun aard diverse bedrijven troffen en dat de gevolgen, afhankelijk van de mate waarin het bedrijf voor zijn bestaan afhankelijk is van het product in kwestie, meer of minder ernstig kunnen zijn. De nationale autoriteiten verkeren op dit punt in een betere positie om keuzes te maken, gezien hun kennis van de samenleving, haar behoeften en de beschikbare middelen om in compensatie te

voorzien. Bij gebrek aan een kennelijk onredelijke afweging op dit punt strandde ook deze zaak derhalve reeds in de ontvankelijkheidsfase.

10.6.2.3 Vergunningvrij vissen in Zweden

Een derde en laatste serie zaken die ik wil bespreken vond plaats naar aanleiding van de introductie van een Zweedse wet tot vergunningvrij handmatig vissen (*hand-held tackle*). Het ging hier niet om een wet die de uitoefening van een bepaald beroep beperkte (maar juist om een beperking om uit privé-eigendom inkomsten te genereren), maar dat neemt niet weg dat ook deze zaken interessant zijn, aangezien zij de vrijheid van de nationale autoriteiten bij het vormgeven van nationale nadeelcompensatieregelingen nog eens onderstrepen. Door de wet in kwestie konden veel eigenaren van private wateren geen inkomsten meer konden genereren door tegen betaling toestemming te geven aan individuen om in hun wateren te vissen, aangezien het verbod op handmatig vissen vanaf 1 mei 1985 geheel was komen te vervallen, onafhankelijk van de vraag of de wateren in publieke of private eigendom waren. Deze wet was onderdeel van het beleid van de Zweedse overheid om meer mogelijkheden te creëren voor burgers om hun vrije tijd op een zinvolle manier te besteden. De voorheen bestaande wetgeving was achterhaald en zo complex dat daaruit moeilijk kon worden afgeleid waar en wanneer handmatig mocht worden gevist. De nieuwe wet was een belangrijke stap in de richting van een simpeler en toegankelijker systeem.

Ook in dit geval werd een bijzondere compensatieregeling in het leven geroepen, die enigszins leek op een égalitéregeling. Als belangrijkste voorwaarde gold dat alleen een compensatie kon worden gegeven voor situaties waarin het gecontinueerde gebruik van het water als viswater in het gedrang kwam. Werden de wateren voorheen niet als viswater gebruikt, dan bestond geen recht op compensatie. Als voorwaarde gold verder dat alleen bij 'substantiële' aantastingen van rechten of belangen een recht op compensatie bestond, maar niet voor in absolute zin geringe nadelen. Aan deze voorwaarden werd vooral voldaan door hen die voorheen over een exclusief recht beschikten om handmatig te kunnen vissen en door de wet inkomensverlies leden en eigenaren van private wateren die voorheen geld verdienden met het verlenen van toestemming voor handmatig vissen. Buiten de boot van de regeling vielen de eigenaren van private wateren die het water eerder niet als viswater gebruikten. Onder hen was Banér, die stelde een inkomensverlies van (omgerekend) € 50.000 te lijden omdat hem elke mogelijkheid was ontnomen zijn eigendom te exploiteren door visvergunningen te verkopen. Voor dit verlies bood de compensatieregeling geen soelaas.

De Commissie stelde vast dat het in casu ging om een vorm van regulering van eigendom. Zij achtte geen strijd met art. 1 EP aanwezig, onder meer omdat

alleen handmatig vissen was verboden en andere vormen van vissen niet.[203] Ook was de Commissie niet overtuigd van de ernst van het nadeel van Banér. Zij overwoog weliswaar dat Banér waarschijnlijk zwaarder werd getroffen dan anderen door deze opheffing van het verbod, nu hij, anders dan veel anderen, veel viswaters in eigendom had, maar zij zag aanleiding deze ongelijke behandeling te relativeren aangezien:

> '(…) the legislation affected many fishing properties all over Sweden and it is not easy to see how a specific and concrete reduction in value could result from this general legislation. Even assuming that some theoretical loss in value could be established, the Commission cannot find that such a loss caused by general legislation must necessarily be compensated on the basis of Article 1 of Protocol No. 1.'[204]

De Commissie lijkt hier toepassing te geven aan de eis van de speciale last, maar bij nader inzien is dat mijns inziens niet het geval. De afwijzing van de schadeclaim is, zo blijkt uit dit citaat, immers niet zozeer gelegen in het feit dat ook anderen door de betreffende wet werden getroffen, maar in het gegeven dat het moeilijk aannemelijk was te maken hoe een dergelijke algemene wet tot een specifieke waardedaling kon leiden voor deze ene appellant. De vergelijking met anderen was dus mede een argument om aan te nemen dat de schade niet ernstig genoeg was om voor vergoeding in aanmerking te komen. De uitspraak onderstreept dan ook dat onder art. 1 EP de ernst van de inbreuk op het eigendomsrecht de voornaamste maatstaf is in het kader van de *fair balance*.

Banér had nog een ander argument aangevoerd, namelijk het feit dat hij buiten de boot van de Compensation Act viel. Ook dit argument slaagde niet. Volgens de Commissie bestaat er bij de regulering van eigendom niet per definitie een recht op schadevergoeding. Verder overwoog zij:

> 'The Commission is not required to establish in the abstract under which circumstances Article 1 (Art. 1) may require that compensation be paid in such cases. When assessing the proportionality of the regulation in question it will be of relevance whether compensation is available and to what extent a concrete economic loss was caused by the legislation.'[205]

Opnieuw bevestigt de Commissie dat het in eerste instantie aan de lidstaten is om te bepalen in welke gevallen compensatie dient te worden gegeven. Zij ziet het niet als haar taak om *in abstracto* aan te geven in welke gevallen

---

203 EHRM 28 juli 2005, appl.no. 33538/96 (*Alatulkkila e.a. t. Finland*, § 67).

204 ECRM 9 maart 1989, appl.no. 11763/85 (*Banér t. Zweden*)

205 ECRM 9 maart 1989, appl.no. 11763/85 (*Banér t. Zweden*). Zie voor vergelijkbare zaken o.m. ECRM 9 maart 1989, appl.no. 11764/85 (*Braunerhielm t. Zweden*). In gelijke zin ECRM 9 maart 1989 appl.no. 11765/85 (*Nilsson t. Zweden*).

art. 1 EP bij regulering van eigendom compensatie vereist. Ook het beroep dat Banér in dit verband deed op de anti-discriminatiebepaling (art. 14 EVRM jo. art. 1 EP) slaagde niet. Weliswaar was er volgens de Commissie wel sprake van ongelijke behandeling doordat één groep wel en de andere niet werd gecompenseerd, maar het feit dat de autoriteiten alleen inkomensschade wensten te compenseren van mensen die voorheen inkomen genoten van het viswater was volgens haar een redelijke en objectieve rechtvaardiging voor dit onderscheid.

In een verwante latere Zweedse zaak, waarin het ook ging over schade ten gevolge van vergunningvrij handmatig vissen, voegde de Commissie wel een element toe:

> 'However, considering the limited scope of this interference *and the fact that none of the applicants has alleged to be dependent on fishing for his or her livelihood*, the Commission cannot find any indication that any of the applicants has been made to bear an excessive burden or that there has otherwise been a lack of proportionality between the means used and the undoubtedly legitimate aims sought to be achieved i.e. the preservation of nature and making fishing with hand-held tackle available to the general public (curs. MT).'[206]

Hieruit kan worden afgeleid dat de Commissie bij schade waarbij de belangrijkste bron van inkomen geheel komt te vervallen, een schadevergoeding eerder geïndiceerd is dan bij lichtere inbreuken op het eigendomsrecht. Het gaat echter te ver om te stellen dat het ontbreken van schadevergoeding per definitie strijd met art. 1 EP oplevert. Ook in de Britse handvuurwapenzaken kon de wetgeving immers een dergelijk gevolg hebben, zonder dat het Hof het ontbreken van compensatie in strijd met art. 1 EP achtte. De Straatsburgse rechter laat het geheel van de omstandigheden van het geval afhangen of op nationaal niveau een compensatieplicht bestaat. Is er nog enig gebruik van de eigendom mogelijk – in de Zweedse zaken bijvoorbeeld door nog wel op andere wijze (met netten bijv.) te vissen – dan is dit contra-indicatief voor het bestaan van een recht op schadevergoeding, ook al wordt een burger aangetast in een eigendomsrecht waarvan hij (deels) voor zijn levensonderhoud afhankelijk is.[207]

10.6.2.4 Conclusies

De behandelde uitspraken bevestigen nog eens de hoge drempels die moeten worden geslecht alvorens het Hof een schending van art. 1 EP bij de regulering van eigendom zal aannemen. De in het algemeen ruime beoordelingsmarge

206 ECRM 1 juli 1992, appl.no. 13903/88 (*Claesson t. Zweden*). Vgl. ook de Finse 'hand held-tackle'-zaak EHRM 15 februari 2001, appl.no. 37858/97 (*Lena Aschan t. Finland*), waarin overigens wel in enige compensatie werd voorzien voor de getroffen eigenaren.

207 EHRM 21 oktober 1998, appl.no. 41242/98 (*Jónsson e.a. t. IJsland*).

die het Hof respecteert bij schade door algemene wet- en regelgeving, wordt in de uitspraken bevestigd. Ook andere rechtspraak over de eigendomsaantastingen van een bepaalde beroeps- of bedrijfstak laat dit zien.[208] Bulterman heeft er, na een analyse van deze rechtspraak, terecht op gewezen dat in deze gevallen veelal in een nationale schadevergoedingsregeling is voorzien, of dat de regeling voorziet in overgangsmaatregelen.[209] Het bestaan van enig recht op schadevergoeding is voor de Straatsburgse rechters blijkens de door mij besproken zaken vaak een aspect dat wordt meegewogen in het kader van de *fair balance*. Dat wil echter niet zeggen dat schadevergoeding bij regulering ook een *voorwaarde* is voor een *fair balance*. Dit blijkt uit de gekozen bewoordingen, die vaak terughoudender zijn: een aanbod tot schadevergoeding is bijvoorbeeld *of relevance* (*Banér*) of *of importance* (*Lena Aschan*), maar niet *inherent* aan de regulering van eigendom.

Van belang is voorts dat, voor zover op nationaal niveau wel een schadevergoedingsregeling in het leven wordt geroepen, de nationale autoriteiten een grote vrijheid wordt gelaten om aan een zodanige regeling vorm te geven. Typerend is de opmerking van de Commissie in de *Banér*-zaak dat '[t]he Commission is not required to establish in the abstract under which circumstances Article 1 may require that compensation be paid in such cases'. Deze vrijheid ziet derhalve in elk geval op de keuze om bepaalde gevallen wel en andere niet onder de reikwijdte van een regeling te laten vallen. Het feit dat een bepaalde groep geheel buiten de boot van een regeling valt, zal voor het Hof niet snel aanleiding zijn om te oordelen dat een zodanige regeling de toets aan art. 1 EP niet kan doorstaan: 'the legislature's judgment in this connection will in principle be respected unless it is manifestly arbitrary or unreasonable' (*Denimark*). Indien vaststaat dat de regeling een legitiem doel in het algemeen belang nastreeft, dan zal de Straatsburgse rechter in de regel pas ingrijpen als het onderscheid een redelijke en objectieve rechtvaardiging ontbeert, zodat art. 14 EVRM jo. art. 1 EP geschonden zijn. Een goed gemotiveerde keuze om in bepaalde gevallen wel en in andere gevallen niet te compenseren zal al snel door de beugel kunnen, ook als deze keuze vooral, zoals in de *Pinnacle*-zaak, politiek is gemotiveerd (alleen compensatie aan bedrijven die waardevol zijn voor de economie). Wordt wel tot compensatie besloten, dan geldt dat de nationale autoriteiten een grote vrijheid wordt gelaten bij de vormgeving van een schadevergoedingsregeling vorm te geven. Een dergelijke regeling kan vooral kenmerken hebben van een opkoopregeling voor waardeloos geworden goederen (*Pinnacle*, *Denimark*), hoewel daarbij niet de marktwaarde hoeft te worden vergoed en een substantiële korting de toets aan art. 1 EP kan doorstaan. Art. 1 EP lijkt voorts niet snel te dwingen tot vergoeding van de schade die samenhangt met de mogelijkheden in de toekomst inkomsten te verwerven.

208 Zie bijv. ECRM 17 oktober 1991, appl.no. 16221/90 (*McKenna t. Ierland* (gokhallen)) en EHRM 6 februari 2003, appl.no. 71630/01 (*Wendenburg*; advocaten)).

209 Bulterman 2004, p. 204.

Een dergelijk verlies van toekomstig inkomen (of goodwill) kan niet als een eigendomsrecht worden aangemerkt als de marktomstandigheden waaronder een bedrijf zijn activiteiten ontplooide sowieso al onzeker waren (*Pinnacle*) of als niet is komen vast te staan dat deze inkomsten reeds zijn verdiend of te dien aanzien een *enforceable claim* bestaat (*Denimark*).

De overwegingen aan de hand waarvan de Straatsburgse rechters tot het oordeel komen dat er sprake is van een *fair balance*, zijn zeer divers van aard. De voorzienbaarheid van een bepaalde maatregel kan een rol spelen (*Denimark*) maar ook de al onzekere omstandigheden op de markt van de betrokken sector, de residuwaarde van de overgebleven activa of het mogelijke hergebruik (*Pinnacle*) dan wel het slechts geringe nadeel (*Banér*). De vraag of de last wel *individual* is, lijkt echter geen relevant gezichtspunt te zijn. Het feit dat een grotere groep door een algemene wettelijke maatregel wordt getroffen, staat voor de Straatsburgse rechter niet in de weg aan een mogelijke schending van de *fair balance*. Toch dient men hieruit niet te snel te concluderen dat het regime van art. 1 EP voor dergelijke grote groepen gunstiger is dan dat van de égalité. Dat een grote groep wordt getroffen is voor het Hof namelijk aanleiding om de *margin* voorop te stellen en de nationale autoriteiten zelf te laten bepalen in welke gevallen compensatie moet worden gegeven (*Denimark*). Een toets aan de individualiteit van de last (vgl. de *spécialité* onder het égalitéregime) zou het Hof in dit verband waarschijnlijk tot een te indringende toets nopen, die op gespannen voet staat met de vrijheid die het Hof de verdragstaten wil laten om een eigen nadeelcompensatiebeleid te voeren.

Voor zover men toch één dominant gezichtspunt zou moeten aanwijzen is dat de vraag hoe ernstig (*excessive*) de aantasting van het eigendomsrecht is. De factor 'normaal ondernemersrisico' – dat het perspectief van het égalitébeginsel in belangrijke mate bepaalt – lijkt in reguleringszaken onder art. 1 EP voor de Straatsburgse rechter niet standaard een relevant gezichtspunt te zijn. De voorzienbaarheid wordt, zo lijkt het, vooral tegengeworpen in situaties waarin een bepaalde ontwikkeling *in concreto* voorzienbaar was en de burger op basis van concrete signalen 'beter had moeten weten'. Te denken valt aan duidelijke en objectieve indicaties dat een bepaalde wijziging van de wetgeving op handen was (*Denimark*). De voorzienbaarheid *in abstracto*, waarbij wordt geabstraheerd van de inzichten van de getroffene maar hij geacht wordt het nadeel voor zijn rekening te nemen omdat dergelijk nadeel in zijn branche 'normaal' is, is verhoudingsgewijs minder vertegenwoordigd.[210] Dit betekent niet dat het Hof een nationaal compensatiebeleid waarin dit laatste criterium wordt gehanteerd, in strijd met art. 1 EP zal achten. Dat zou niet stroken met de vrijheid die het Hof de nationale autoriteiten op dit punt wil laten. De

210 Dit blijkt overigens niet alleen uit de in deze paragraaf besproken zaken. Ook in het kader van de door mij bestudeerde jurisprudentie bij het formuleren van de vier vuistregels valt op dat 'normale ondernemersrisico' of het 'normaal maatschappelijk risico' niet standaard een relevant gezichtspunt is.

Banér-zaak onderstreept echter dat in de visie van de Straatsburgse rechter eerst en vooral de ernst van de inbreuk op de eigendom relevant is. Worden de mogelijkheden om een bepaalde type bedrijf uit te oefenen beperkt of zelfs geheel verboden (*Pinnacle*) dan is mede relevant of er nog een resterend gebruik van de bedrijfsactiva mogelijk is, dan wel of deze activa nog te gelde kunnen worden gemaakt. Daarbij is niet het uitgangspunt dat *alle* activa nog waarde behouden, maar moet enig verlies (in de *Pinnacle*-zaak in verband met gedane investeringen in speciale machinerie die niet meer kon worden hergebruikt) worden geduld.

In het kader van de *fair balance* is niet alleen de (excessiviteit van de) last van het individu relevant, maar moet deze worden afgewogen tegen het algemene belang dat met de maatregel is gemoeid. Zoals gesteld (§ 10.3.5) laat het Hof lidstaten een ruime *margin* om te bepalen welk belang met wat voor maatregel dient te worden nagestreefd. Een laatste opmerking in dat kader is dat het daarbij geen verschil lijkt te maken hoe 'zwaarwichtig' het algemeen belang is. Men zou kunnen betogen dat er in de *Pinnacle*-zaak zwaarwegender algemene belangen met het besluit gemoeid waren (de bescherming van de volksgezondheid) dan in de *Banér*-zaak (regulering van de wijze van vrijetijdsbesteding van burgers). De rechtspraak geeft echter geen aanleiding om te vermoeden dat in het eerste geval een ruimere *margin* zou worden gelaten. Dat kan verklaren waarom, ondanks het verschil in gelijke behandeling tussen twee groepen, van wie er één wel, en de andere geheel geen recht op compensatie had, ook Banérs klacht op basis van art. 14 EVRM (gelijke behandeling) jo. art. 1 EP werd verworpen.

10.6.3 Maatregelen in de sfeer van de ruimtelijke ordening

10.6.3.1 Nogmaals de 'margin of appreciation'

Maatregelen in de sfeer van de ruimtelijke ordening zijn vaak voorwerp van art. 1 EP-procedures. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan schade door bestemmingsplannen, bouwverboden, maatregelen ter bescherming van de culturele waarde van onroerend goed, ruilverkavelingsmaatregelen, de wettelijke verplichting om, alvorens te kunnen bouwen, een vergunning aan te vragen, de vestiging van een voorkeursrecht et cetera. Om de hierna te bespreken jurisprudentie op dit terrein te kunnen plaatsen, moet worden vooropgesteld dat de ruimtelijke ordening een terrein bij uitstek is waar het Hof de verdragstaten een zeer ruime *margin* laat:

> 'Whilst creditors may, in general, avail themselves of firm and intangible rights, this is not the case with regard to issues of urban or regional planning, a sphere concerning rights of a different nature which are essentially evolutive. Urban and regional planning policies are, *par excellence*, spheres in which the State intervenes, particularly through control of property in the general or public interest. In such

> circumstances, where the community's general interest is pre-eminent, the Court takes the view that the State's margin of appreciation is greater than when exclusively civil rights are at stake.'[211]

De ruimtelijke ordening is, zo kan uit deze woorden worden opgemaakt, bij uitstek een terrein waarop de aanduiding van het eigendomsrecht als een *droit inviolable et sacré* moet worden gerelativeerd. In elk geval slaat het Hof het belang om in het algemeen belang van een goede ruimtelijke ordening regulerend te kunnen optreden, hoog aan. Het ziet bestemmingsplannen in dit verband als maatregelen die in een moderne maatschappij onontbeerlijk zijn om stad en landschap te beschermen en te verbeteren.[212] Dat uitgangspunt verdraagt zich niet met een absoluut opgevat eigendomsrecht; op het terrein van de ruimtelijke ordening is de uitoefening van het eigendomsrecht afhankelijk van de 'evolutieve' inzichten van het bestuur over wat op een bepaald moment noodzakelijk is voor een goede ruimtelijke ordening. De verdragsstaat hoeft daarbij niet te bewijzen dat een bepaalde maatregel in het algemeen belang van een goede ruimtelijke ordening is; dit wordt door het Hof verondersteld.[213] Indien de bestreden maatregel rechtmatig is en voorts een wettelijke basis heeft, dan moet er heel wat aan de hand zijn wil het EHRM tot het oordeel komen dat de *fair balance* geschonden is.

Tegenover deze ruime vrijheid van de nationale autoriteiten staan grote verantwoordelijkheden van de getroffen burger. De geringste misstappen – het niet of onvoldoende nemen van schadebeperkende maatregelen, het niet aanvechten van onwelgevallige besluiten, het niet alert zijn door op tijd benodigde vergunningen aan te vragen, het niet benutten van eventuele bouwmogelijkheden (hoe beperkt ook) – kunnen hem in het kader van de *fair balance*-toets worden tegengeworpen. En zelfs als hij dergelijke misstappen niet begaat, is dat nog beslist geen garantie dat hij voor zijn schade met succes een vergoeding kan claimen. Veelzeggend is dat de jurisprudentie inzake een veel voorkomende en vaak grote schadepost als de wijziging van de bestemming van een stuk grond van bouwgrond in agrarische grond (veelal in het kader van de bescherming van de natuur) geen succesvolle beroepen op art. 1 EP laat zien.[214] Een (rechtmatige) bestemmingswijziging *op zich*, zonder bijzondere omstandigheden, kan de toets aan art. 1 EP in de regel doorstaan.

---

211 EHRM 27 april 2004, appl.no. 62543/00 (*Gorraiz Lizarraga et autres t. Spanje*, § 70), EHRM 24 januari 2006, appl.no. 72864/01 (*Galtieri t. Italië*).

212 ECRM 12 april 1996, appl.no. 26889/95 (*Panvert t. Verenigd Koninkrijk*).

213 EHRM 23 april 1996, appl.no. 17869/91 (*Phocas t. Frankrijk*), EHRM 6 juli 1999, appl.no. 42279/98 (*Diard t. Frankrijk*).

214 Zie onder veel meer EHRM 13 november 2008, appl.no. 11838/06 (*Frijns*), EHRM 12 maart 2002, appl.no. 54596/00 (*Goletto t. Frankrijk*), ECRM 7 april 1994, appl.no. 21022/92 (*Berger t. Oostenrijk*), EHRM 16 mei 2000, appl.no. 31778/96 (*Siebenhandl t. Oostenrijk*) en EHRM 25 mei 1999, appl.no. 42396/98 (*Oikodomikos synetairismos Ygeionomikon "I Ygeia" e.a. t. Griekenland*). Zie voor een wel geslaagd beroep op art. 1 EP: EHRM 21 februari 2008, appl.no. 35332/05 (*Anonymus Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis t. Griekenland*).

In het licht van de ruime *margin* bij maatregelen in de sfeer van de ruimtelijke ordening kan de strijd van de burger om een schadevergoeding op grond van art. 1 EP worden gekenschetst als een *uphill battle.*De vrijheid van de nationale autoriteiten is weliswaar niet onbeperkt, maar de drempel voor een schending van art. 1 EP is hoog. Er moet iets evident onredelijks in het handelen of nalaten van de nationale autoriteiten schuilen, wil het Hof ingrijpen. Het is niet mogelijk deze gevallen van overheidsoptreden dat elke redelijke basis ontbeert tot één gemeenschappelijke noemer terug te brengen, maar verschillende ruimtelijkeordeningszaken waarin art. 1 EP succesvol is ingeroepen geven wel een globaal beeld. Deze voorbeelden vindt men vooral in de sfeer van de ontneming van eigendom, waarbij bijvoorbeeld bepaalde grond *de facto* wordt onteigend zonder dat de partijen werden gecompenseerd en zonder dat hen voldoende procedurele waarborgen ten dienste stonden om aan de situatie een einde te maken,[215] waarin geen enkele compensatie werd betaald voor onteigende grond die zou moeten worden gebruikt om bossen op aan te leggen[216] of waarbij de overheid een stuk land dat in private eigendom is, voor publiek gebruik bestemt maar nooit tot onteigening overgaat, wel elke mogelijkheid tot het bebouwen van dit land belemmert en daar geen enkele compensatie tegenoverstelt.[217] Ook onder de genotsregel zijn soms succesvolle beroepen op art. 1 EP gedaan. Meestal gaat het daarbij om bestemmingen van stukken grond die het door klagers beoogde, commercieel interessante gebruik van de grond sterk beperken of zelfs onmogelijk maken en waarin klagers bovendien geconfronteerd worden met langdurige perioden van rechtsonzekerheid over de uiteindelijke bestemming van hun grond.[218] Een voorbeeld van een toepassing van de reguleringsregel is de zaak *Athanasiou t. Griekenland*, waarin elk woongenot van een huis onmogelijk werd gemaakt doordat een spoorlijn was aangelegd op een afstand van minder dan vijf meter van een huis. De Griekse rechter gaf toepassing aan een vaste lijn in de Griekse rechtspraak inhoudende dat bij de berekening van de schadevergoeding geen rekening kon worden gehouden met de aard van de zaak ten behoeve waarvan werd onteigend, zodat de schade van de bewoners in verband met geluids- en trillinghinder en luchtvervuiling niet kon worden vergoed. Het Hof had weinig moeite in die weigering een schending van art. 1 EP te zien.[219]

---

215 EHRM 24 juni 1993, appl.no. 14556/89 (*Papamichalopoulos t. Griekenland*).

216 EHRM 13 juli 2006, appl.no. 35859/02 (*Housing Association of War Disabled Victimes of War of Attica and Others t. Griekenland,* § 39).

217 EHRM 2 augustus 2001, appl.no. 37710/97 (*Elia S.r.l. t. Italië*, § 79 e.v.). Vgl. EHRM 29 maart 2007, appl.no. 61951/00 (*Debelianovi t. Bulgarije*).

218 EHRM 23 september 1982, appl.nos. 7151/75, 7152/75, *NJ* 1988, 290, m.nt. EAA (*Sporrong and Lönnroth*), EHRM 16 september 1996, appl.no. 15777/89 (*Matos e Silva t. Portugal*). Vgl. ook EHRM 23 april 1987, appl.no. 9616/81 (*Erkner and Hofauer t. Oostenrijk*) en EHRM 6 september 2007, appl.no. 38672/02 (*Skrzyñski t. Polen*).

219 EHRM 9 februari 2006, appl.no. 2531/02 (*Athanasiou t. Griekenland*). Vgl. EHRM 16 april 2009, appl.no. 49000/06 (*Antonopoulou t. Griekenland*).

Voor een goed begrip van de jurisprudentie over art. 1 EP is voorts van belang dat het Hof zichzelf niet ziet als een instantie die zijn oordeel over de toepassing van wettelijke voorschriften in de plaats moet stellen van het oordeel van de nationale rechter. Het komt geregeld voor dat burgers in Straatsburg een beroep doen op art. 1 EP omdat zij menen dat op het nationale niveau ten onrechte geen of onvoldoende schadevergoeding is toegekend of omdat een bepaalde planologische maatregel in stand is gelaten. De jurisprudentie laat evenwel zien dat schadeclaims naar aanleiding van nationale maatregelen waarvan de *lawfulness* niet ter discussie staat en die voorwerp zijn geweest van een met voldoende waarborgen omkleden nationale rechtsgang, niet snel in strijd met art. 1 EP zijn. Het Hof is geen hogerberoepsinstantie die de door de nationale rechterlijke instanties reeds verrichte toetsing nog eens zal overdoen; wel gaat het na of deze hun oordeel hebben gemotiveerd en of de schadeveroorzakende (rechtmatige) handelingen een basis in het recht hebben.[220] Dit betekent dat het Hof niet snel zal oordelen dat een bepaalde planologische beslissing[221] of een naar aanleiding daarvan op nationaal niveau gevoerde nadeelcompensatieprocedure[222] in strijd is met art. 1 EP, als over die kwestie reeds op nationaal niveau tot aan de hoogste rechter is geprocedeerd. Het is die *nationale* procedure die primair dient te voorzien in een afweging van het algemeen belang tegen het individuele belang van de burger.[223] Weliswaar conformeert het Hof zich niet geheel aan dit nationale oordeel – het gaat zelfstandig na of de voorliggende omstandigheden een mogelijke strijd met art. 1 EP opleveren – maar de kans dat het Hof de beslissing van de nationale rechter zal 'overrulen' is, bijzondere omstandigheden daargelaten, klein.

> Een mooi voorbeeld van de afstandelijke toets is een Franse zaak over mevrouw *Spire*, die woonde aan de oevers van de Loire, en op een zeker moment werd geconfronteerd met de vestiging van een kerncentrale op 300 meter van haar huis. Deze zorgde voor veel geluids-, licht- en stoomoverlast en derhalve voor een sterk verminderd woongenot plus een waardedaling van haar huis, waarvoor zij op grond van de égalité een compensatie claimde. De Conseil d'Etat oordeelde dat alle schade anders dan de geluidsoverlast, niet als speciaal en abnormaal kon worden beschouwd. De extreme geluidsoverlast was echter dusdanig dat hiervoor wel een aansprakelijkheid (van de kerncentrale) werd aanvaard, die de Conseil bepaalde op 250.000 francs, waarmee het bedrag dat Spire door de rechtbank was

220 Zie over de wens van het Hof geen 'vierde instantie' te zijn: Barkhuysen 2004, p. 41 e.v.

221 Zie bijv. EHRM 25 mei 1999, appl.no. 42396/98 (*Oikodomikos synetairismos Ygeionomikon "I Ygeia" e.a. t. Griekenland*), EHRM 24 november 1998, appl.no. 27648/95 (*Pfleger t. Oostenrijk*), EHRM 28 juni 1995, appl.no. 26704/95 (*Pfeuffer t. Duitsland*), EHRM 4 maart 1998, appl.no. 36199/97 (*SARL Socexhol t. Frankrijk*) en EHRM 18 oktober 1995, appl.no. 25679/94 (*Borg t. Malta*).

222 Zie bijv. EHRM 12 maart 2002, appl.no. 54596/00 (*Goletto t. Frankrijk*) en de andere hierna te bespreken jurisprudentie over de *Code de l'urbanisme*.

223 Met zoveel woorden: EHRM 9 mei 2006, appl.no. 54508/00 (*Saarenpään Loma Ky t. Finland*).

> toegekend met 50.000 francs werd gekort.[224] Ze legde haar claim voor aan de Commissie, maar die meende dat de toegekende vergoeding niet disproportioneel was in verhouding tot de inbreuk op haar eigendom en dat de vooruitzichten om het huis te kunnen verkopen niet zo slecht waren dat dit bedrag de eventuele problemen in dat kader niet zou kunnen dekken.[225]

Waar het gaat om de vraag of nationale wetten op een juiste wijze zijn geïnterpreteerd en toegepast, stelt het Hof voorop dat het niet zijn taak is om deze te beantwoorden. Illustratief is de zaak *Mlynár*, waarin het Hof zich gesteld zag voor de vraag of de voorouders van klagers een stuk land door de betaling van een bepaalde som geld hadden verworven, of dat deze grond in eigendom van een landbouwcorporatie was gebleven. Een latere wet, de Land Ownership Act, maakte het mogelijk dat grond die tussen 1948 en 1990 in staatshanden was overgegaan, weer in private handen kwam, maar stelde daarvoor wel als voorwaarde het bestaan van een koopcontract tussen de corporatie en (in casu) de voorouders van klagers. Over een dergelijk contract beschikten klagers niet, zodat niet bewezen kon worden dat klagers de eigendom over de grond hadden verkregen. In de nationale procedure was tot in hoogste instantie vastgesteld dat klagers niet voldeden aan de voorwaarden van de Land Ownership Act. Het Hof benadrukte dat de kern van klagers' klacht de beweerdelijk onjuiste interpretatie betrof die de nationale instanties van deze wet hadden gegeven. Het vervolgde:

> 'The Court reiterates (…) that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation (…). The Court's role is confined to ascertaining whether the effects of such an interpretation are compatible with the Convention. The Court further recalls that it is not competent to deal with an application alleging that errors of law or fact have been committed by domestic courts, except where it considers that such errors might have involved a possible violation of any of the rights and freedoms set out in the Convention (…). In particular, it is not for the Court to re-assess the factual or legal elements of the case before the domestic courts when the decisions taken had a basis in law and provided relevant and sufficient reasons (…).'[226]

Het Hof beperkt zich derhalve tot de vraag of het effect van de concrete *toepassing* van een bepaalde wet in overeenstemming is met art. 1 EP. Dit sluit overigens niet uit dat het Hof soms wel een algemeen oordeel zal geven over de conformiteit van een bepaalde wettelijke maatregel met art. 1 EP. Zo overwoog het Hof in het *Pye*-arrest dat klagers probleem met een Britse verjarings-

---

224 CE 2 oktober 1987, *CJEG* 1987, p.898, m.nt. Delpirou (*Spire*), ook besproken door Roozendaal 1998, p. 176.

225 ECRM 17 mei 1990, appl.no. 13728/88 (*S. t. Frankrijk*).

226 EHRM 10 december 2002, appl.no. 70861/01 (*Mlynár t. Tsjechië*). Vgl. EHRM 24 januari 2006, appl.no. 72864/01 (*Galtieri t. Italië*).

regeling niet zozeer lag in de toepassing van die wet in het concrete geval, maar in de redelijkheid van deze regeling an sich. Het Hof stelde daarom dat het zich primair zou richten op de vraag of de regeling zelf door de beugel kon, hoewel het benadrukte dat het ook de gevolgen van de toepassing van deze regeling in het concrete geval in ogenschouw zou nemen.[227] Als regel spreekt het Hof zich echter niet uit over de redelijkheid van een op nationaal niveau vastgestelde algemene regel; het Hof kiest voor een zoveel mogelijk op het voorliggende geval toegespitste benadering.[228] Uit een en ander volgt dat het Hof zich derhalve niet ziet als plaatsvervanger voor de nationale rechter, maar evenmin als plaatsvervanger voor de nationale wetgever.

Hierna zal ik eerst stilstaan bij enkele overwegingen die relevant kunnen zijn in het kader van de *fair balance*-toets. Hoewel ook hier een keur aan verschillende overwegingen relevant zijn, wil ik in het bijzonder stilstaan bij de figuur van de risicoaanvaarding, omdat deze jurisprudentie goed laat zien welke ruimte het Hof aan nationale autoriteiten laat en hoe het Hof de eis van voorzienbaarheid van het nadeel in dit verband invult. Vervolgens wil ik enige zaken bespreken over de Franse Code de l'urbanisme.

10.6.3.2 Actieve en passieve risicoaanvaarding

In veel beslissingen wordt aan klagers tegengeworpen dat zij actief of passief het risico hebben aanvaard dat een voor hen nadelige planologische beslissing kon worden genomen. Beide figuren hangen in belangrijke mate met de voorzienbaarheid van het nadeel: wie zich willens en wetens in een risicovolle situatie brengt (al dan niet door stil te zitten), moet niet verbaasd zijn als de situatie in zijn nadeel zal veranderen, zodat hij de dientengevolge geleden schade zelf moet dragen. Deze voorzienbaarheid kan worden gebaseerd op een algemene kennisgeving (bijv. publicatie in een lokale krant en/of terinzagelegging in een gemeentehuis) dat tot een planwijziging is besloten, en hoeft dus niet op individuele basis aan burgers te worden bekendgemaakt.[229] Voor wat betreft de actieve risicoaanvaarding is van belang dat het Hof ervan uitgaat dat burgers die grond in eigendom verwerven zich op de hoogte stellen van de toepasselijke regelgeving. Zo werd in de Zweedse zaak *Allan Jacobsson* aan de eigenaar van een stuk grond tegengeworpen dat 'he cannot reasonably have been unaware of the state of the law when he bought the property.'[230] In een andere Zweedse zaak, *Håkansson and Sturesson*, hadden klagers op een openbare veiling een stuk land gekocht voor een prijs ver boven de marktwaar-

227 EHRM 30 augustus 2007, appl.no. 44302/02 (*Pye t. Verenigd Koninkrijk*, § 56).

228 Zie bijv. EHRM 23 januari 2003, appl.no. 51307/99 (*Geffre t. Frankrijk*) en EHRM 4 augustus 2009, appl.no. 24768/06 (*Perdigão t. Portugal*, § 42).

229 EHRM 23 januari 2003, appl.no. 51307/99 (*Geffre t. Frankrijk*).

230 EHRM 25 oktober 1989, appl.no. 10842/84 (*Allan Jacobsson t. Zweden*). Vgl. ECRM 1 oktober 1990, appl.no. 12836/87 (*Konsument-finans Karlsson & Lindeìn AB t. Zweden*) en ECRM 3 december 1990, appl.no. 17176/90 (*Walker-Bow t. Verenigd Koninkrijk*).

de. Hieraan was de clausule verbonden dat een vergunning nodig was om dit land langer dan twee jaar te mogen behouden. Deze vergunning werd aan klagers geweigerd. Volgens het Hof liepen toekomstige kopers van het land per definitie het risico dat zij het land binnen twee jaar zouden moeten terugverkopen aan de staat, aangezien dit voortvloeide uit de toepasselijke wetgeving. Het concludeerde dat 'particularly in view of the risks deliberately taken by them when they bought Risböke 1:3, the applicants have not been made to carry an individual and excessive burden in this case.'[231] Het Hof gaat daarbij uit van het geldende recht op het moment dat de aankoop plaatsvond.[232] De zaak *Wiesinger t. Oostenrijk* laat echter zien dat ook als de omstandigheden nadien wijzigen, en de burger op basis van die latere informatie waarschijnlijk op de peildatum anders zou hebben beslist, dit niet per definitie in strijd is met art. 1 EP. In deze zaak waren klagers in het kader van een ruilverkavelingsprocedure akkoord gegaan met het aan hen toegewezen land, maar daarbij verkeerden zij in de veronderstelling dat het land dat zij overdroegen als agrarisch land zou worden gebruikt. Na een akkoord over de overdracht gingen de autoriteiten echter over tot het verlenen van bouwvergunningen, met een dienovereenkomstige waardestijging van dat land. Deze handelwijze kon volgens het Hof de toets aan art. 1 EP doorstaan. Daarbij wees het op de ruime *margin* van de Oostenrijkse landbouwautoriteiten, op het besluit van de autoriteiten om, in reactie op de bezwaren van klagers, niet langer bouwvergunningen voor het stuk land te verlenen en op het feit dat het niet uitgesloten was dat zij een deel van hun oude land alsnog in eigendom zouden kunnen krijgen, na vaststelling van het definitieve ruilverkavelingsplan.[233]

Ook de figuur van de *passieve* risicoaanvaarding is in de jurisprudentie over art. 1 EP geen onbekende. In dat geval gaat het om het niet benutten van bestaande bouwmogelijkheden, die op een zeker moment deels of geheel teloorgaan. De voorzienbaarheid speelt daarbij een minder prominente rol in het kader van de *fair balance*. In plaats daarvan draagt het Hof andere argumenten aan, waarbij vooral moet worden gedacht aan een 'eigen schuld'-verweer: de schade ligt in de eigen risicosfeer van de burger zelf, doordat hij in de periode dat dit nog kon, niet of niet ten volle gebruik heeft gemaakt van bestaande bouwmogelijkheden.[234] Het Hof heeft het als volgt verwoord:

---

231 EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (*Håkansson and Sturesson t. Zweden*, § 55), zie ook de vergelijkbare zaak ECRM 30 november 1992, appl.no. 14006/88 (*Johansson t. Zweden*).

232 Zie in dit kader ook de genoemde voorbeelden onder vuistregel 2, subkopje 'schending van gerechtvaardigde verwachtingen en voorzienbaarheid', waaruit blijkt dat burgers de op hun perceel van toepassing zijnde wetgeving geacht worden te kennen.

233 EHRM 30 oktober 1991, appl.no. 11796/85 (*Wiesinger t. Oostenrijk*, § 75 e.v.).

234 EHRM 26 juni 2007, appl.no. 7718/03 (*Perinelli t. Italië*), EHRM 28 augustus 2001, appl.no. 75248/01 (*Steyl t. Italië*) en EHRM 12 december 2000, appl.no. 50924/99 (*Bahía Nova t. Spanje*). Zie voor een bespreking van deze jurisprudentie ook de noot van Barkhuysen en mijzelf onder Frijns (*AB* 2009, 7).

> '[L]a passivité du requérant est un element à prendre en considération afin d'établir le respect du juste équilibre qui doit régner la matière. En particulier, lorsqu'un individu laisse écouler un long délai avant de demander un permis de construire, la Cour pourrait estimer qu'il manifeste un manque d'intérêt ou un faible intérêt par rapport à ses projets de construction.'[235]

Een klager moet derhalve niet te passief zijn; als hij een lange periode laat verstrijken alvorens een bouwvergunning aan te vragen, gaat het Hof ervan uit dat hij geen of slechts een zwak belang bij zijn voornemens om te bouwen heeft. Als een burger wil laten blijken dat hij wel degelijk een belang heeft bij het door hem beoogde project, dan moet hij haast maken. De termijnen die de burger in dit verband worden gegund zijn relatief kort. In de zaak waaruit bovenstaand citaat afkomstig is had de grond van klager in 1976 een bouwbestemming gekregen en vroeg hij vijf jaar en negen maanden later een bouwvergunning aan. Volgens het Hof was dit zo'n lange periode dat moest worden betwijfeld of hij wel serieuze bouwplannen had; het risico van een bestemmingwijziging kwam voor zijn eigen rekening. In andere zaken, waarin de klagers nog langer hadden gewacht, benadrukte het Hof ook dat de schade niet aan de bestemmingwijziging moest worden verweten, maar (geheel) aan het stilzitten van de burger.[236] De nadruk op de 'eigen schuld' van de burger is in de meeste zaken zelfs zo sterk dat het Hof niet eens aan de *margin of appreciation* refereert om de schadeclaim af te wijzen.[237]

In het licht van de sterke nadruk op de passieve rol van de burger is het de vraag of nog wel relevant is dat de planwijziging niet voorzienbaar was. In de zaak *Bahia Nova t. Spanje* had klager na zestien jaar lang nog niet een derde van de mogelijke bouwmogelijkheden benut, hetgeen het Hof hem in het kader van de *fair balance* zwaar aanrekende. Daaraan deed niet af dat er in de visie van klager sprake was van een *plotselinge* bestemmingwijziging.[238] De redenering is kennelijk dat de burger na een bepaalde tijd *altijd* het risico loopt dat de bestemming zal wijzigen. In de Nederlandse zaak *Frijns* keerde de voorzienbaarheid wel terug, maar dat lijkt te kunnen worden verklaard door het expliciete beroep van klagers op de onvoorzienbaarheid van de bestemmingwijziging.[239] Het is interessant te bezien hoe het Hof deze voorzienbaarheidseis invult in vergelijking met de benadering van de Nederlandse bestuursrechter. De zaak ging over twee broers met een melkveebedrijf, die

---

235 EHRM 24 januari 2006, appl.no. 72864/01 (*Galtieri t. Italië*).

236 EHRM 28 augustus 2001, appl.no. 75248/01 (*Steyl t. Italië*; meer dan dertig jaar), EHRM 12 december 2000, appl.no. 50924/99 (*Bahía Nova t. Spanje*; zestien jaar) en EHRM 29 januari 2004, appl.no. 63413/00 (*Haider t. Oostenrijk*; zeventien jaar), EHRM 26 juni 2007, appl.no. 7718/03 (*Perinelli t. Italië*; geen termijn genoemd).

237 Van de in de vorige noot genoemde uitspraken kwam de 'margin' alleen in *Haider* ter sprake.

238 Klager meende dat er sprake was van een 'déclaration soudaine et définitive de classer sa propriété en site naturel protégé'.

239 EHRM 13 november 2008, appl.no. 11838/06 (*Frijns t. Nederland*).

eigenaar waren van een perceel met de bestemming 'hotel- en landhuisbouw'. Omdat het melkveebedrijf hun voornaamste bron van inkomsten was en zij de grond daarvoor nodig hadden, zagen zij ervan af gebruik te maken van de bouwmogelijkheden en wilden zij daarmee wachten tot na de beëindiging van het melkveebedrijf. In 1994 werd het perceel echter definitief bestemd als 'agrarisch gebied met landschappelijke en natuurlijke waarden', zodat de mogelijkheid om het land te bebouwen niet benut kon worden en zij forse schade leden, door hen begroot op € 1,4 miljoen. De broers meenden dat de herbestemming niet voorzienbaar was omdat uit de voorbereidingsbesluiten (genomen ter voorbereiding op de toekomstige vaststelling van het bestemmingsplan) niets zou kunnen worden opgemaakt over de materiële planinhoud van het toekomstige bestemmingsplan. Mede gelet op de ligging van het perceel (hun kavel was de enige kavel in de dorpskern die onbebouwd was) meenden zij dat zij zich in elk geval niet hoefden in te stellen op het geheel verloren gaan van de specifieke bestemming voor hotel- en landhuisbouw voor het perceel. Een vergelijking van de uitspraak van de Afdeling in deze zaak en die van het EHRM leert dat de laatste een lagere drempel hanteert om aan te nemen dat een bestemmingwijziging voorzienbaar was dan de eerste. In de uitspraak van de Afdeling overwoog deze:

> 'Het voorheen vigerende bestemmingsplan (…) dateert van 1952. Aangezien bestemmingsplannen in beginsel eenmaal in de tien jaar dienen te worden herzien, hadden appellanten gelet hierop en vanwege de ouderdom van dat bestemmingsplan kunnen voorzien dat de gemeenteraad tot een wijziging zou besluiten. *[Dit betekent] niet dat reeds hierom voor appellanten voorzienbaar was dat het planologische regime in hun nadeel zou wijzigen,* doch dit vormt wel een relevante omstandigheid bij de bepaling van de voorzienbaarheid.'[240]

De Afdeling ging vervolgens over tot een toets aan de relevante streekplannen, en kwam tot de conclusie dat het op grond van deze plannen, 'in hun onderlinge samenhang bezien', ook voorzienbaar was dat de bestemming van het perceel *ten nadele* van appellante zou wijzigen. Vergelijken we deze toets met die van het Hof, dan lijkt het Hof echter van mening dat die nadere toets niet nodig is om het beroep op art. 1 EP te kunnen afwijzen. Het had de broers volgens het Hof vanaf 1973 duidelijk ('clear') moeten zijn dat de autoriteiten een herziening van het bestemmingsplan aan het beramen waren. In dat licht moest het besluit om de grond voorlopig niet te exploiteren worden aangemerkt als een ondernemerskeuze die naar haar aard een element van risico in zich bergt, zodat de klacht over art. 1 EP ongegrond moest worden verklaard. Reeds uit het voornemen van de autoriteiten vanaf 1973 'iets' met het gebied te willen doen, hadden de broers derhalve moeten afleiden dat zij haast hadden

240 ABRvS 28 september 2005, *JB* 2005, 320 (curs. MT). Vgl. ABRvS 17 augustus 2005, LJN AU1114.

moeten maken met hun bouwplannen. Door dit niet te doen, moet de daardoor ontstane schade niet aan de overheid, maar aan hun eigen (ondernemers)keuze worden toegerekend. Onder art. 1 EP lijkt het dan ook voldoende te zijn dat voorzienbaar is *dat* op enig moment een wijziging van de bestemming zal plaatsvinden, aangezien deze voorzienbaarheid een wijziging *ten nadele* impliceert. Daarop sluit aan dat het Hof – geheel conform zijn *margin of appreciation* – niet inging op de bezwaren van appellanten dat op basis van de jaarlijkse voorbereidingsbesluiten niet precies viel op te maken dat bebouwing van het perceel voor de toekomst niet mogelijk zou zijn.

10.6.3.3 Art. 1 EP en de Franse Code de l'urbanisme

Tot slot van deze verkenning van het EHRM-recht inzake de ruimtelijke ordening wil ik stilstaan bij enkele zaken waarin de Franse planschaderegeling in de Code de l'urbanisme centraal stond. Juist deze regeling is een geschikt voorbeeld om de toegevoegde waarde van art. 1 EP te illustreren, omdat voor op basis van deze wet genomen maatregelen slechts in zeer uitzonderlijke gevallen planschadevergoeding wordt toegekend. Zaken over deze wet kunnen daarom een goed beeld geven van de 'complementaire' werking van art. 1 EP naast een nationaal nadeelcompensatieregime. De kernbepaling in deze regeling is artikel L. 160-5, dat als volgt luidt:

> 'N'ouvrent droit à aucune indemnité les servitudes instituées par application du présent code en matière de voirie, d'hygiène et d'esthétique ou pour d'autres objets et concernant, notamment, l'utilisation du sol, la hauteur des constructions, la proportion des surfaces bâties et non bâties dans chaque propriété, l'interdiction de construire dans certaines zones et en bordure de certaines voies, la répartition des immeubles entre diverses zones.'

Men spreekt in dit verband wel van het principe de *non-indemnisation*: in beginsel bestaat geen recht op schadevergoeding bij maatregelen genomen op basis van de Code de l'urbanisme die voor omwonenden schade tot gevolg hebben, bij maatregelen die het verbieden om in bepaalde gebieden of langs wegen te bouwen of bij maatregelen die zien op een goede spreiding van woningen over verschillende gebieden. Het artikel maakt daarop twee uitzonderingen. Ten eerste bestaat wel een recht op schadevergoeding als een bestemming met terugwerkende kracht wordt gewijzigd. Ten tweede moet schadevergoeding worden betaald als een inbreuk wordt gemaakt op bestaande rechten, namelijk als een bouw- of verkavelingsvergunning reeds was verleend en vervalt als gevolg van een wijziging van het planologische regime. Beide uitzonderingen doen zich in de praktijk zelden voor.[241] Een en ander brengt met zich dat voor schade door wijzigingen van het bestaande wegennet in

241 Lam & Hödl 2001, p. 551.

de regel geen schadevergoeding wordt gegeven, ook niet als dit tot een totaal verlies van clientèle leidt.[242] Het normale ondernemersrisico is op dit terrein extreem hoog. Alleen in zeer bijzondere gevallen heeft de Conseil d'Etat wel een schadeplicht aanvaard.[243] Dit regime is des te harder omdat de Code de l'urbanisme een exclusief karakter heeft en het dus niet mogelijk is aanvullend een beroep op het égalitébeginsel te doen.[244]

Een aantal redenen kan deze terughoudendheid verklaren. Een eerste kan worden gevonden in de rechtspraak van de Conseil d'Etat, die heeft bepaald dat aan het gelijkheidsbeginsel in de sfeer van de ruimtelijke ordening slechts een zeer beperkte rechtsbescherming kan worden ontleend. Omdat een planologische maatregel naar zijn aard een onderscheid aanbrengt tussen twee gebieden of in de mogelijkheden om in één bepaald gebied te kunnen bouwen, kan iemand wie toevallig een ongunstig besluit ten deel valt, in beginsel geen aanspraak doen gelden op het regime dat elders geldt.[245] Hierop sluit aan de vaste jurisprudentie dat voor de rechtmatigheid van een beslissing tot verlening of weigering van een bouwvergunning de vraag of aan vergelijkbare omwonenden of projecten in dezelfde gemeente op andere wijze is beslist, niet bepalend kan zijn.[246] Alleen bij een schending van gelijkheid die valt aan te merken als een daad van willekeur kan het anders liggen.[247] De tweede reden is gebaseerd op de opvatting dat het leven in een stedelijke omgeving met zich brengt dat de drempel van normale, te dulden ongemakken hoog is. Bij het ontplooien van commerciële activiteiten, en in het bijzonder bij het ontplooien van activiteiten met onroerend goed, gaat de wetgever (en in diens voetspoor de Conseil d'Etat) ervan uit dat burgers en ondernemers in beginsel het risico van een wijziging van het planologische regime aanvaarden, ook als deze relatief snel op een eerder vastgesteld regime volgt.[248] Een laatste reden is de mogelijk verlammende werking die het vooruitzicht van schadeclaims op het terrein van de ruimtelijke ordeningen zou kunnen hebben, omdat deze de overheid ervan zouden kunnen weerhouden benodigde maatregelen te nemen.[249] Cormier meent dat vooral dit laatste, rechtspolitiek getinte argu-

242 Het gaat hier om een vaste lijn in de rechtspraak, ingezet met CE 26 mei 1965, *Rec.* p. 305 (*Epoux Tebaldini*).

243 Zie bijv. CE 27 november 1975, *AJDA* 1975, 262 (*Amouzegh*; sterk bemoeilijkte toegang tot winkel toen de functie van een weg veranderde in een weg met veel en zwaar autoverkeer), CE 16 oktober 1992, *Rec.* p. 1281 (*SA Garage de Garches*; een garage kon zijn verkoop- en reparatieactiviteiten niet langer uitoefenen toen de enige toegangsweg een voetgangersgebied werd.).

244 Zie de overweging van de CE, geciteerd in ECRM 6 december 1993, appl.no. 14351/88 (*G. t. Frankrijk*).

245 CE 30 november 1982, *Rec.*, p. 363 (*Mlle Bonnaire e.a.*).

246 CE 13 juli 1965, *Rec.* p. 471 (*Dame Vve Baude*), CE 24 februari 1978, *Rec.* p. 106 (*Min. Equipement c./Charrière*).

247 CE 3 november 1982, *Rec.* p. 363 (*Mlle Bonnaire e.a.*).

248 Zie uitvoerig: Auby 2000, § 50 e.v., § 178 e.v.

249 Fairgrieve 2003, p. 191, p. 210, p. 217, p. 237 en De Groot 1980, p. 29.

ment van belang is. Volgens haar legt de Conseil veel meer nadruk op de aard van de schadeoorzaak dan op de zwaarte van de daardoor ondervonden lasten, en dit niet op juridische gronden, maar op grond van *considérations de pure opportunité*. De idee van de 'socialisering van risico', die op andere terreinen tot een zo verfijnde aansprakelijkheid *sans faute* heeft geleid, wordt op grond van vooral rechtspolitieke en financiële overwegingen op bepaalde overheidshandelingen eenvoudigweg niet toegepast.[250]

De Conseil d'Etat heeft zich gerealiseerd dat het terughoudende planschaderegime het gevaar loopt niet art. 1 EP-*proof* te zijn. De vraag naar de conformiteit van dit regime met art. 1 EP was aan de orde in de *Bitouzet*-uitspraak uit 1998. De *commissaire de gouvernement* Abraham meende dat het bestaan van enkele uitzonderingen om toch een planschadevergoeding toe te kennen, niet voldoende zou zijn om te garanderen dat ook de gevallen waarin het EHRM een vergoeding vereist, daardoor zouden worden gedekt. Dit gegeven zou volgens hem tot drie handelwijzen aanleiding kunnen geven: het artikel in de huidige vorm blijven interpreteren en zo een veroordeling door het EHRM te riskeren, het systeem van *non-indemnisation* te verlaten en schadeclaims rechtstreeks op art. 1 EP te baseren of het artikel zo toe te passen dat het planschaderegime in de pas loopt met de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van art. 1 EP.[251] Zijn voorstel om de laatste weg te volgen werd door de Conseil d'Etat overgenomen. De Conseil overwoog dat naast de bestaande uitzonderingen voor de vergoeding van planschade ook een uitzondering moet worden gemaakt voor:

> 'le cas exceptionnel où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la servitude a été instituée et mise en oeuvre, ainsi que dans son contenu, que ce propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi.'[252]

Met deze uitspraak beoogde de Conseil zijn jurisprudentie zo aan te passen dat de voorwaarden voor aansprakelijkheid voor planschade in overeenstemming zijn met de Straatsburgse jurisprudentie.[253] Men kan zich afvragen of het wel nodig was deze nieuwe uitzondering expliciet binnen het bereik van art. L. 160-5 te brengen. Als – ook in Frankrijk – rechtstreeks werkende norm heeft art. 1 EP immers naar zijn aard al de mogelijkheid een exclusieve of om andere redenen te beperkte nadeelcompensatieregeling te doorbreken. Daar is op zich geen rechterlijke uitspraak als deze voor nodig. Toch meen ik dat het nuttig is dat de Conseil deze uitzondering expliciet onder het regime van art. L. 160-5 heeft gebracht, omdat dit voor de bestuursorganen die met de

250 Cormier 2002, p. 312.
251 *Rec*. 1998, p. 293.
252 CE 3 juli 1998, *Rec* p. 288 (*Bitouzet*).
253 De Béchillon 1999, p. 842.

toepassing van art. L. 160-5 belast zijn, een signaal is dat zij zich, ook als de schade op grond van de standaarduitzonderingen niet wordt vergoed, telkens de vraag moeten stellen of art. 1 EP tot schadevergoeding dwingt.

Ruim tien jaar na de introductie van de *Bitouzet*-uitzondering kan worden vastgesteld dat zij niet vaak succesvol is ingeroepen.[254] In zijn conclusie bij *Bitouzet* had C-G Abraham dat al voorspeld. Volgens hem zou de notie van *une charge exorbitante* minder bescherming bieden dan de eis van *anormalité* onder het égalitébeginsel. Waar de zwaarte van de last onder het égalitébeginsel een meer zelfstandige plaats inneemt, moet zij onder art. 1 EP worden afgewogen tegen de vraag of de beperking van het eigendomsrecht wordt gevorderd door een dwingend algemeen belang. In veel gevallen, zoals bij de veel voorkomende schadepost van het opleggen van een bouwverbod, zal deze afweging betekenen dat de aangetaste belangen het tegen het dwingende algemene belang bij een goede ruimtelijke ordening afleggen.

Rechtspraak van het EHRM inzake de Code de l'Urbanisme

In het licht van het vrijwel non-existente Franse planschadevergoedingsrecht verbaast het niet dat sommige burgers hun geluk in Straatsburg hebben beproefd. Tevergeefs, zo leren verschillende ontvankelijkheidsbeslissingen. In geen van deze beslissingen werd overigens de verenigbaarheid met art. 1 EP van deze regeling *in abstracto* aan de orde gesteld; steeds concentreerde de toets zich op de vraag of in het concrete geval de burger een individuele en excessieve last te dragen had omdat hij op nationaal niveau geen nadeelcompensatie had verkregen. In sommige zaken is het misgegaan omdat de klagers niet alle rechtsmiddelen hadden uitgeput.[255] Van belang is daarbij dat een serieuze twijfel of een beroep op een nationale nadeelcompensatieregeling iets zal opleveren, geen reden mag zijn om deze regeling niet in te roepen, zoals het Hof in een van de zaken over de Code de l'urbanisme overwoog.[256] Uit de ontvankelijkheidsbeslissing *Jampy* valt verder af te leiden dat de gronden waarop de klager zich voor het EHRM beroept ook in de nationale rechterlijke procedure aan de orde moeten zijn gesteld. Dit betekent niet dat in die procedure een expliciet beroep op art. 1 EP moet zijn gedaan, maar wel dat de vraag naar het bestaan van een 'individuele en excessieve last' *au moins en substance* aan de orde moeten zijn gesteld.[257] Gezien de grote gelijkenis en overlap

254 CE 2 juli 1999, *Rec*. p. 1006 (*Mme Valentini e.a.* (geen speciale en excessieve last door bouwverbod)), CAA de Nancy, 10 april 2003, *Rec*. p. 981 (*Société le Nid*)) (idem), CE 27 juni 2007, no. 280693 (*M.A.*; bouwverbod i.v.m. bestemming als natuurgebied). Zie ook de relativerende opmerkingen van De Béchillon 1999 en Cormier 2002, p. 304.

255 EHRM 18 juni 2002, appl.no. 48281/99 (*Jampy t. Frankrijk*), EHRM 17 maart 2009, appl.no. 3675/04 (*Flamenbaum et Akierman t. Frankrijk*).

256 EHRM 23 januari 2003, appl.no. 51307/99 (*Geffre t. Frankrijk*).

257 EHRM 18 juni 2002, appl.no. 48281/99 (*Jampy t. Frankrijk*): '(…) le requérant ne doit pas seulement avoir saisi les juridictions nationales, mais doit également avoir soulevé devant ces juridictions, au moins en substance et dans les formes et délais du droit interne, les

in toetsingscriteria tussen de égalité en art. 1 EP zou men hieruit kunnen afleiden dat burgers die op nationaal niveau alleen het égalitébeginsel en niet art. 1 EP hebben ingeroepen, in Straatsburg niet zal worden tegengeworpen dat zij de art. 1 EP-schending niet 'in essentie' aan de orde hebben gesteld, maar zeker is dat niet. In elk geval was aan deze voorwaarde in de *Jampy*-zaak niet voldaan. Jampy, een campinghouder die zijn camping moest sluiten in verband met de aanwijzing van een bepaald gebied als risicozone (met groot gevaar voor overstromingen), had zich in de nationale (bestuurlijke en rechterlijke) procedure vooral gericht op een bestrijding van de rechtmatigheid van de aanwijzing. Pas voor de Conseil d'Etat beriep hij zich op art. L. 160-5, maar hij had zich daarbij beperkt tot de stelling dat hij directe en zekere schade leed en derhalve recht op vergoeding had. Hij had niet aangevoerd dat art. L. 160-5 in strijd was met art. 1 EP noch zich direct op art. 1 EP beroepen. Evenmin had hij de *Bitouzet*-uitzondering op nationaal niveau beproefd. Omdat hij art. 1 EP niet *en substance* op nationaal niveau aan de orde had gesteld, werd zijn klacht wegens het niet-uitputten van de nationale rechtsmiddelen niet-ontvankelijk verklaard.

In andere zaken waren op nationaal niveau wel alle middelen uitgeput. De afstandelijke toets van het Hof van een nationale nadeelcompensatieregeling komt goed tot uitdrukking in de uitspraak *Diard*. De burgemeester van Villevaudé had Diard in juli 1982 een bouwvergunning voor de bouw van zes huizen geweigerd. Diard vocht deze weigering met succes aan: de rechtbank vernietigde het weigeringsbesluit in een uitspraak van maart 1985. In de tussentijd (september 1982) had de prefect van de regio waarin Villevaudé lag, echter een nieuw bestemmingsplan aangenomen dat de bestemming van het perceel veranderde, zodat de beoogde bouw van de huizen alsnog niet kon doorgaan. Diard deed een beroep op art. L. 160-5, stellend dat als de vergunning hem wel zou zijn verleend, hij al *voor* de bestemmingwijziging legaal met bouwen had kunnen beginnen. De Conseil d'Etat meende dat zijn schade (de waardedaling van de grond) het directe gevolg was van de bestemmingswijziging, en niet van de onrechtmatige weigering van de bouwvergunning. Omdat Diard niet onder een van de uitzonderingscategorieën van art. L. 160-5 van de Code de l'urbanisme viel, wees de Conseil zijn beroep af. Het EHRM deed het beroep van Diard op art. 1 EP vervolgens in zeer korte bewoordingen af. Het constateerde simpelweg dat Diard op grond van art. L. 160-5 geen recht had op schadevergoeding en daarmee was de kous af. Voor wat betreft de onrechtmatige bouwvergunning meende het Hof verder dat klager hieraan geen gerechtvaardigde verwachting kon ontlenen te mogen bouwen, zodat van eigendom geen sprake was: klacht derhalve niet-ontvankelijk.[258] In andere zaken, waarin tevens op nationaal niveau zonder succes art. L. 160-5 was ingeroepen, was de motivering al niet veel uitvoeriger. In

griefs qu'il entend ensuite formuler devant la Cour.'

258 EHRM 6 juli 1999, appl.no. 42279/98 (*Diard t. Frankrijk*).

één zaak benadrukte de Commissie het feit dat een stuk grond weliswaar niet meer kon worden bebouwd, maar wel nog steeds voor agrarische doeleinden kon worden gebruikt, zodat het nadeel voor de eigenaren van de grond niet disproportioneel ten opzichte van de met de maatregel te dienen doelen.[259] In de vergelijkbare zaak *Goletto* ging het om een bestemmingsplan waarmee de autoriteiten beoogden het milieu en de natuur te beschermen, eveneens ten koste van klagers' belangen om hun grond te kunnen bebouwen. Het Hof constateerde dat de maatregelen ongetwijfeld een waardedaling met zich brachten en de verkoop daarvan bemoeilijkten. Het legde echter de nadruk op de *margin* en wees er voorts op dat zij, om hun land te kunnen bebouwen, een vergunning nodig hadden en er dus geen sprake was van een 'verworven recht'. Dit is ook blijkens andere jurisprudentie van belang: er zal niet snel sprake zijn van een schending van art. 1 EP als men stelt beperkt te worden in de mogelijkheden eigen grond maximaal te gelde te maken, als daarvoor als nadere voorwaarde geldt dat de nationale autoriteiten een vergunning afgeven.[260] In casu maakte het bestemmingsplan in elk geval geen inbreuk op de kern van hun eigendomsrecht (*l'essentiel des attributs de leur droit de propriété*), zodat art. 1 EP niet geschonden was.[261]

In deze zaken was telkens een vorm van 'directe' planschade aan de orde: de schade was het gevolg van een wijziging van de planologische voorschriften ten aanzien van het eigen perceel van de benadeelde.[262] Het valt niet te verwachten dat het Hof milder zal zijn wanneer een vorm van indirecte planschade in het geding is en de schade dus een derde treft, die in de omgeving woont van het perceel ten aanzien waarvan de voorschriften zijn gewijzigd (denk aan uitzichtschade). In dit verband kan het arrest *SCEA Ferme de Fresnoy* worden genoemd.[263] Deze zaak ging over een landbouwer, Mangeot, wiens land in de buurt van twee historische gebouwen uit de 17e en 18e eeuw lag. Deze gebouwen werden in 1994 aangewezen als monument in de zin van de Franse monumentenwet. Mangeot meende dat de aanwijzingen tot monument de rendabele exploitatie van zijn landbouwbedrijf sterk beperkte. Aanvragen om in de buurt van de monumenten te mogen bouwen en slopen hadden niets opgeleverd of werden aan naar zijn idee te strikte voorwaarden verbonden. De Monumentenwet kende wel een schadevergoedingsbepaling, maar deze beperkte zich tot de schade van de eigenaren van monumenten. Mangeot betoogde dat de Franse wetgever zo discrimineerde tussen eigenaren en omwonenden, van wie de eerste wel en de tweede geen aanspraak konden

259 ECRM 5 oktober 1987, appl.no. 10800/84 (*I.F., F.D. et Sté S. t. Frankrijk*).

260 Vgl. ook EHRM 25 oktober 1989, appl.no. 10842/84 (*Allan Jacobsson t. Zweden*, § 60) en EHRM 28 september 1999, appl.no. 30337/96 (*Hiltunen t. Finland*).

261 EHRM 12 maart 2002, appl.no. 54596/00 (*Goletto t. Frankrijk*). Vgl. ECRM 6 december 1993, appl.no. 14351/88 (*G. t. Frankrijk*).

262 Zie over het onderscheid tussen directe en indirecte planschade: Van den Broek 2002, p. 36 e.v.

263 EHRM 1 december 2005, appl.no. 61093/00 (*SCEA Ferme de Fresnoy t. Frankrijk*).

maken op nadeelcompensatie. Mangeot had nagelaten een beroep te doen op artikel L. 160-5, omdat dit geen kans van slagen zou hebben gehad. Het Hof ging op het verweer van de regering wegens niet-uitputting echter niet in, omdat de klacht reeds op andere gronden niet-ontvankelijk was. Daartoe overwoog het ten eerste dat aan Mangeot verschillende vergunningen *wel* waren toegekend, maar dat hij had nagelaten daarvan gebruik te maken en tegen enkele weigeringen niet in rechte was opgekomen. De klacht over het beweerdelijk discriminatoire onderscheid tussen eigenaren en omwonenden voor wat betreft het recht op nadeelcompensatie werd ook verworpen, aangezien eigenaren en omwonenden volgens het Hof noch dezelfde rechten, noch dezelfde verplichtingen hadden: voor de eigenaren bracht de aanwijzing als monument directe verplichtingen met zich, terwijl de omwonenden wier eigendom niet als monument was aangewezen, slechts verplichtingen inzake het gebruik van hun eigendom dienden te dulden. Om die reden ging de Monumentenwet volgens het Hof uit van een gerechtvaardigd onderscheid tussen de twee categorieën getroffenen. Het Hof stond niet expliciet stil bij de consequenties hiervan: Mangeot viel buiten de regeling in de Monumentenwet en kon vanwege de exclusiviteit van deze regeling evenmin een beroep doen op het égalitébeginsel; ook art. L. 160-5 had hem naar alle waarschijnlijkheid niets te bieden. Het op zichzelf gerechtvaardigde onderscheid in de Monumentenwet betekende derhalve niet alleen dat hij geen recht op nadeelcompensatie had op grond van de Monumentenwet, maar dat hij in het geheel geen recht op nadeelcompensatie had. Impliciet kan uit de uitspraak worden afgeleid dat de *fair balance* daardoor niet in het gedrang kwam. Het arrest onderstreept daarmee nog eens dat nationale autoriteiten veel vrijheid wordt gelaten bij het vormgeven van hun nadeelcompensatieregeling. Het gaat evenwel te ver om daaruit de conclusie te trekken dat voor indirecte (plan)schade in beginsel geen compensatie hoeft te worden gegeven. Zo is het in een *Spire*-achtige casus (over het huis met een kerncentrale op 300 meter afstand) alleszins denkbaar dat de door de Conseil aangebrachte *Bitouzet*-uitzondering wel toegevoegde waarde heeft. Telkens zal aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld of art. 1 EP iets te bieden heeft.

10.6.3.4 Conclusies

De art. 1 EP-jurisprudentie over het recht inzake de ruimtelijke ordening is een mooi voorbeeld van de overlap en complementaire werking van art. 1 EP. De overlap schuilt er niet alleen in dat art. 1 EP gewoon van toepassing is op de schade die ontstaat door rechtmatige maatregelen in de sfeer van de ruimtelijke ordening, maar ook in de criteria die het Hof soms hanteert om te toetsten of er sprake is van een *fair balance*. Zo laten verschillende uitspraken zien dat ook de figuren van actieve en passieve risicoaanvaarding in de jurisprudentie van het Hof terugkeren. Het 'normaal maatschappelijk risico', dat in de toe-

komstige jurisprudentie over art. 6.1 Wro centraal zal staan, lijkt in de jurisprudentie van het Hof over art. 1 EP EVRM wat meer een rol op de achtergrond te spelen, hoewel ook deze notie niet geheel afwezig is. Het Hof heeft de *margin of appreciation* in de sfeer van de ruimtelijke ordening immers verklaard uit de per definitie 'evolutieve' aard van de denkbeelden over wat op een bepaald moment noodzakelijk is in het kader van een goede ruimtelijke ordening. De veranderlijkheid van deze denkbeelden en de daaraan inherente inbreuken op het eigendomsrecht van burgers is ook een notie die niet vreemd is aan het concept van het normaal maatschappelijk risico.[264] Waar deze notie in het kader van de toets aan art. 1 EP dus (mede) de *margin of appreciation* rechtvaardigt, speelt het normaal maatschappelijk risico echter niet direct, zoals in het Nederlandse recht, een rol als criterium om de gerechtvaardigheid van een planschadeclaim te beoordelen. Het Hof legt het accent in zijn toets vooral op de ernst van de eigendomsaantasting in het concrete geval, waarbij het bijvoorbeeld veel waarde hecht aan de vraag of nog (enig) gebruik van de eigendom mogelijk is. Dat een stuk grond niet meer kan worden gebruikt om op te bouwen, maar nog een functie als landbouwgrond kan vervullen, is bijvoorbeeld een belangrijke indicatie dat art. 1 EP niet geschonden is. Verder komen in het kader van de *fair balance* vaak aan de 'eigen schuld' van de burger verbonden factoren aan de orde. Naast de risicoaanvaarding kan daarbij worden gedacht aan het niet in rechte aanvechten van de weigering van een vergunning of het niet benutten van wel vergunde bouwmogelijkheden (*SCEA Ferme de Fresnoy*).

De betekenis van art. 1 EP als aanvullende grondslag *naast* een nationaal nadeelcompensatieregime lijkt niet erg groot te zijn. De *margin* brengt in de visie van het Hof niet alleen met zich dat het zich terughoudend opstelt bij de vraag *of* een bepaalde planologische maatregel op zichzelf gerechtvaardigd is, maar ook ten aanzien van de vraag of en zo ja, in hoeverre een aanspraak op nadeelcompensatie ten gevolge van zulke maatregelen bestaat. In het algemeen geldt dat het Hof zich terughoudend opstelt ten aanzien van afwegingen die typisch tot het domein van de nationale wetgever geacht worden te behoren (*Mlynár*). Dit geldt evenzeer voor de vormgeving van nationale nadeelcompensatieregelingen (*SCEA Ferme de Fresnoy*, *Diard*; zie ook reeds *Banér*). Zelfs een tot op het bot uitgeklede nadeelcompensatieregeling als de Franse Code de l'urbanisme heeft nog nooit tot een Straatsburgse veroordeling op grond van art. 1 EP geleid. Ook indien buiten een wettelijke regeling om een compensatie is toegekend en de hoogte hiervan voorwerp is geweest van een

264 Zo heeft de regering het kortingspercentage van 2% in de huidige Wro onder meer als volgt gemotiveerd: 'Een ieder die deel uit maakt van de samenleving krijgt te maken met feitelijke of juridische veranderingen, al dan niet door de overheid geëntameerd, en draagt in beginsel ook het risico dat aan deze veranderingen nadelige gevolgen verbonden zijn' (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 62-63). Zie voor een recent voorbeeld ABRvS 3 juni 2009, LJN BI6095.

nationale, met voldoende waarborgen omklede rechtsgang zal het Hof doorgaans niet ingrijpen (*Spire*). Dit kan in extreme gevallen anders liggen, zoals in de vaste lijn in de Griekse rechtspraak die ertoe leidde dat geen enkele compensatie werd gegeven toen een spoorlijn op zeer dichte afstand van een huis kwam te liggen en het woongenot ernstig aantastte (*Athanasiou*).

Een meer algemene conclusie die men hieruit kan afleiden, is dat art. 1 EP alleen in extreme gevallen een gesloten wettelijk stelsel van nadeelcompensatie zal kunnen doorbreken. Het Hof gaat weliswaar na of er een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat voor een verschil in compensatieregimes, maar toetst dit vrij marginaal (*SCEA Ferme de Fresnoy*). Daaruit zou men kunnen afleiden dat zo'n extreem geval zich niet zal voordoen indien één planologisch besluit wel en een ander niet tot compensatie verplicht. Er zal waarschijnlijk sprake moeten zijn van bijkomende omstandigheden, zoals de situatie dat een burger dusdanig sterke beperkingen van zijn eigendom moet dulden dat hij daarvan feitelijk geen gebruik kan maken, en dat enige aanspraak op compensatie evenmin bestaat, aangezien hij buiten de boot van de toepasselijke (exclusief bedoelde) nadeelcompensatiewetgeving valt. Bestaat de schade louter uit het feit *dat* men gebruiksbeperkingen krijgt opgelegd, dan is de kans dat het Hof de beslissing van de nationale organen op dit punt zal 'overrulen', uiterst klein (vgl. *Frijns*). Wel laat de Franse *Bitouzet*-uitspraak zien dat art. 1 EP de *nationale* rechter c.q. bestuursorganen ertoe kan nopen om ook buiten de in de wet genoemde gevallen in meer gevallen tot compensatie over te gaan.[265] De open toets van art. 1 EP, waarbij in het kader van de *fair balance* met tal van omstandigheden rekening kan worden gehouden, kan zo de scherpe randjes van een nationale nadeelcompensatieregeling wegnemen. Een voorbeeld daarvan biedt de al behandelde zaak *Jampy*, over de campinghouder die zijn camping moest sluiten ten gevolge van de aanwijzing van een bepaald gebied als 'risicozone'. Zoals gesteld voldeed Jampy niet aan de strikte criteria van de Code de l'urbanisme en eindigde zijn zaak in Straatsburg in een niet-ontvankelijkheid omdat hij niet alle rechtsmiddelen had uitgeput. Toch was er ook een lichtpuntje: in de procedure voor het EHRM wees de Franse regering erop dat er een goede kans was dat hem op grond van de *Bitouzet*-rechtspraak een compensatie zou worden gegeven. Het algemene beeld van een beperkte toegevoegde waarde van art. 1 EP in 'normale' nadeelcompensatiegevallen, kan met deze positieve noot worden afgesloten.

265 Zie ook De Béchillon 1999, p. 846. Hij relativeert de toegevoegde waarde van de *Bitouzet*-rechtspraak, omdat er per definitie 'quelque chose d'illicite' (iets onrechtmatigs) in het overheidshandelen zou moeten schuilen, wil art. 1 EP geschonden zijn. *Bitouzet* zou volgens hem niets aan het bestaande recht toevoegen, aangezien de planschaderegeling alleen op rechtmatige besluiten ziet.

10.7 De toegevoegde waarde van art. 1 EP op nationaal niveau

10.7.1 Inleiding

Art. 1 EP neemt tegenwoordig ook in nationale procedures een niet meer weg te denken plaats in. Een eind 2009 uitgevoerde zoekactie op rechtspraak.nl leert dat sinds 1995 meer dan 750 zaken zijn gewezen waarin de vraag aan de orde was of art. 1 EP geschonden was. Het voert te ver om in dit hoofdstuk uitputtend in te gaan op deze nationale jurisprudentie. Daar komt bij dat veel van deze zaken betrekking hebben op terreinen die buiten het blikveld van dit onderzoek vallen, zoals het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht, terreinen waar het ruime eigendomsbegrip bij uitstek in vruchtbare bodem is gevallen.

In deze paragraaf richt ik mij in het bijzonder op die gevallen waar art. 1 EP voor de nationale nadeelcompensatiepraktijk mogelijk toegevoegde waarde heeft. Deze is het meest evident bij wetten in formele zin, aangezien het égalitébeginsel daaraan niet kan worden getoetst. In § 10.7.2 wordt hierop allereerst ingegaan, welke paragraaf zal uitmonden in een pleidooi om ook égalitéclaims voor formele wetten mogelijk te maken. In § 10.7.3 komt vervolgens de situatie aan de orde waarin op nationaal niveau slechts beperkte mogelijkheden tot nadeelcompensatie bestaan.

10.7.2 Toetsing van wetten in formele zin

10.7.2.1 Geen rechtstreekse aanspraak op de égalité

De mogelijkheden de overheid voor formele wetten aansprakelijk te houden, zijn naar huidig recht beperkt. Een toets van de formele wet aan art. 14 Grondwet is gelet op art. 120 Gw niet toegestaan. Ook via andere constructies heeft de civiele rechter niet de mogelijkheid van een aansprakelijkheid uit 'rechtmatige' daad voor formele wetten willen aanvaarden. In het arrest *Kooren Maritiem* heeft de Hoge Raad de *Leffers*-constructie niet willen toepassen op formele wetten. De Hoge Raad maakte duidelijk dat deze constructie, die bij lagere regelgeving wel zou hebben 'gewerkt', bij wetten in formele zin stuit op het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet. Dit verbod impliceerde, aldus de Hoge Raad, dat het de rechter niet vrijstaat een wet die bepaalde belangen aantast zonder dat in die wet zelf een schadevergoedingsmogelijkheid is opgenomen, om deze reden onrechtmatig te achten en de Staat tot een schadevergoeding te veroordelen.[266]

266 HR 14 april 2000, *AB* 2001, 135, m.nt. T.A. van Kampen (*Kooren Maritiem*).

In het arrest *Kooren* was nog niet de vraag aan de orde waarover de Hoge Raad zich in het *Meststoffenwet*-arrest uit 2009 wel zou buigen, namelijk of een égalitéclaim ook denkbaar is voor *rechtmatige* formele wetten. Aanleiding tot dit arrest was de schade van drie pluimveehouders uit Someren, die in 1997 een mestkuikenbedrijf verwierven. Ruim een jaar later kondigde de minister van LNV aan dat in een nieuw, op de Meststoffenwet gebaseerd stelsel ten aanzien van de verdeling van mestreferentie- en ammoniakrechten, het aantal mestkuikens dat agrariërs zouden mogen houden, werd gemaximeerd. Dit stelsel ging voor de bepaling van de eventuele omvang van het aantal mestkuikens in beginsel uit van het aantal in 1997 gehouden kuikens, tenzij het bedrijf voor 1995 of 1996 als referentiejaar zou willen kiezen. Voor eisers pakte de keuze voor geen van deze drie jaren gunstig uit, doordat zij in de betreffende jaren vanwege uitbreidings- en opstartactiviteiten minder kuikens hielden dan zij daadwerkelijk konden houden. Hoewel hun stallen de mogelijkheid boden veel meer kuikens te houden, kon daardoor hun capaciteit slechts voor tweederde worden benut. Eisers voerden aan onevenredig te worden benadeeld in vergelijking met pluimveehouders die in de periode 1995-1997 niet door toevallige omstandigheden minder kuikens hielden.

De Hoge Raad achtte een égalitéclaim bij rechtmatige formele wetgeving niet mogelijk.[267] Ten eerste omdat de wet in formele zin van een andere orde is dan bestuursbesluiten: een besluit is afkomstig van een bestuursorgaan en betreft een beslissing in een individueel geval, terwijl wetgeving in formele zin afkomstig is van de formele wetgever en regelgeving voor een onbepaald aantal gevallen bevat. Ten tweede omdat de fundamentele aard van het toetsingsverbod in de weg staat aan elke vorm van toetsing van de formele wet aan algemene rechtsbeginselen. Tot die beginselen behoort in de visie van de Hoge Raad ook het égalitébeginsel. De mogelijkheid dat de rechter de formele wetgever aansprakelijk zou kunnen houden is volgens de Hoge Raad strijdig met de 'uit staatsrechtelijk oogpunt bezien fundamentele, afbakening van de taak van de formele wetgever ten opzichte van de bevoegdheid van de rechter'.[268]

Vergelijkt men de opstelling van de Hoge Raad met die van de Conseil d'Etat, dan blijkt dat beide colleges een volstrekt andere conceptie hebben van de vraag welke gevolgen er moeten worden verbonden aan de – in de woorden van de Hoge Raad – vanuit 'staatsrechtelijk oogpunt bezien fundamentele, afbakening van de taak van de formele wetgever ten opzichte van de bevoegdheid van de rechter'. Zoals bekend is deze taakverdeling *ook* voor de Franse

267 HR 20 maart 2009, *Gst*. 2009, 65, m.nt. Schutgens (*Meststoffenwet*). Uit HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 *(Harmonisatiewet*) kon reeds worden afgeleid dat een toetsing van de wet aan algemene rechtsbeginselen in beginsel niet mogelijk is, niet-verdisconteerde omstandigheden daargelaten.

268 HR 20 maart 2009, *NJ* 2009, 233, m.nt. MRM, *Gst*. 2009, 65, m.nt. R.J.B. Schutgens, *JB* 2009, 108, m.nt. JMHFT.

rechter van wezenlijk belang.[269] Het feit dat al in 1938 in het arrest *La Fleurette* werd erkend dat de formele wetgever op grond van de égalité aansprakelijk kan zijn, moet men dan ook niet zien als een bewijs van het feit dat de Franse bestuursrechter soms niet schroomt zich te mengen in zaken die typisch 'des wetgevers' zijn. Het bieden van een compensatie voor door de wetgever niet gewilde (en niet verdisconteerde) nadelen, tast diens gezag immers op geen enkele wijze aan. De Conseil beoogde slechts in te grijpen wanneer de gevolgen van een formele wet zo ernstig zijn dat de wetgever niet geacht kon worden deze last aan de burger te hebben willen toebrengen. De Hoge Raad ziet daarvoor geen ruimte; de toets aan art. 1 EP volstaat.

10.7.2.2 Duidelijke parallellen tussen art. 1 EP en de égalitétoets

Men kan zich afvragen of het problematisch is dat de égalité bij formele wetten niet kan worden ingeroepen. A-G Spier was in elk geval van mening dat art. 1 EP justitiabelen reeds voldoende bescherming biedt: 'Bovendien is er geen noodzaak voor het openen van deze route [de égalité als zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie bij formele wetgeving – MT] omdat art. 1 Eerste Protocol EVRM, dat van hoger orde is dan het nationale Nederlandse recht, zo nodig goede diensten kan bewijzen' (conclusie sub 5.8). Mogelijk speelde deze veronderstelling ook bij de Hoge Raad mee. De Hoge Raad meende in elk geval dat de wijze waarop het Hof tot zijn oordeel was gekomen dat art. 1 EP niet geschonden was, 'alleszins begrijpelijk en toereikend was'. Beziet men de argumenten van het Hof, dan lijkt het erop dat argumenten die normaal gesproken in het kader van een égalitétoets kunnen worden meegewogen, in casu een rol speelden in het kader van de *fair balance*. Zo achtte het Hof onder meer relevant dat de beperkingen aan de mestproductie alleszins voorzienbaar waren, en dat het nadeel niet bijzonder ernstig was, aangezien de grond nog wel voor andere agrarische doeleinden dan het houden van kippen kon worden gebruikt. Dit is op zijn minst een indicatie dat, ook indien de égalité bij formele wetten wel zou kunnen worden ingeroepen, dit voor het toepasselijke materiële recht niet veel verschil zou maken.

Dit beeld van een sterke overlap tussen de notie van het 'onevenredig nadeel' en de *fair balance* wordt door andere jurisprudentie bevestigd. Waar in de nationale égalitérechtspraak in het kader van de toets aan het normaal maatschappelijk risico 'alle van belang zijnde omstandigheden van het geval' een rol kunnen spelen, is ook in de nationale art. 1 EP-jurisprudentie een 'multifactor'-benadering herkenbaar. Uiteindelijk blijkt ook volgens de nationale art. 1 EP-jurisprudentie doorslaggevend hoe ernstig het individu in zijn eigen-

269 Zie § 4.5.3. Men kan zelfs stellen dat de Conseil een nog strikter machtenscheidingsconcept hanteert dan de Hoge Raad, aangezien de Conseil bij formele wetgeving die in strijd is met rechtstreeks werkend verdragsrecht weigert te erkennen dat de wetgever uit onrechtmatige daad aansprakelijk zou kunnen zijn (§ 12.3.2.4).

dom werd getroffen.[270] Ook op nationaal niveau speelt daarbij de vraag of er gerechtvaardigde verwachtingen aan de orde waren vaak een belangrijke rol in het kader van de art. 1 EP-toets.[271] Dit aspect speelde bijvoorbeeld mee in een zaak over de *Taxiwet*, die een eind maakte aan een stelsel van tegen hoge prijzen verhandelbare vergunningen. De Stichting Belangenbehartiging Taxibranche vocht deze wet vergeefs aan. Daarbij was onder meer van belang dat de betrokken bedrijven de Taxiwet 'reeds jaren hebben moeten zien aankomen'.[272] Heeft over een wijziging van de voorwaarden waaronder een bepaalde groep zijn beroep mag uitoefenen reeds uitvoerig politiek overleg plaatsgevonden, dan mag daarmee, als deze wijziging zich doorzet, in het kader van de *fair balance*-toets rekening worden gehouden. Zo wierp het CBB aan *Radio 538* tegen dat de nieuwe verdeling van de radiofrequenties 'mede gelet op de langdurige aanloop en de grote bemoeienis van de Tweede Kamer, voorzienbaar is geweest voor alle betrokken partijen, waaronder Radio 538'.[273] Zeker indien de uitoefening van een bepaald beroep per definitie aan overheidsregulering onderhevig is, zoals bij de exploitatie van een coffeeshop, wordt de link met de voorzienbaarheid van het nadeel in het algemeen snel gelegd.[274]

De parallel met de égalitétoets wordt – ten tweede – nog eens onderstreept doordat in sommige gevallen ook de vraag naar de *specialiteit* van de last een rol speelt. Het gaat hier slechts om twee (mij bekende) voorbeelden, maar ze zijn interessant genoeg om aan de orde te stellen. In het eerste geval ging het om de schade die de smartshopbranche leed door de wijziging (bij amvb) van het beleid inzake paddo's. De voorzieningenrechter wees het beroep op art. 1 EP af, onder meer omdat '[d]e gehele smartshopbranche immers door de maatregel wordt getroffen'. Een parallel met het *Leffers*-arrest was derhalve niet aan de orde.[275] Weliswaar ging het hier niet om een formele wet, maar dat neemt niet weg dat het argument van de specialiteit van de last kennelijk op nationaal niveau bij schade door besluiten van algemene strekking wel een rol kan spelen. Dit wordt bevestigd door de zaak die nog altijd de nationale *locus classicus* van een geslaagd beroep op art. 1 EP mag heten: het *WHV*-arrest van de Hoge Raad. Zoals bekend ging het hierin onder meer over de vraag of het bij de Wet Herstructurering Varkenshouderij geïntroduceerde stelsel van

270 Zie voor een duidelijk voorbeeld Rb Den Haag 6 augustus 2008, LJN BI2533. Vgl. ook Rb Almelo 7 november 2007, LJN BC2411.

271 Zie uitdrukkelijk CBB 2 oktober 2002, LJN AF0365. Vgl. ABRvS 29 april 2009, LJN BI2687.

272 Rb Den Haag 2 februari 2000, LJN AA4654, Vzr. Rb Den Haag 27 maart 2007, LJN BA1474. Vgl. Hof Den Haag 26 april 2007, kenbaar uit HR 20 maart 2009, LJN BG9951, conclusie A-G sub 11.

273 CBB 5 december 2007, LJN BB9363. Vgl. Rb Den Haag 21 november 2007, LJN BH5362 (*Meststoffenwet*).

274 Zie bijv. Rb Almelo 7 november 2007, LJN BC2411, Vzr. Rb Den Haag 28 november 2008, LJN BG6117.

275 Vzr. Rb Den Haag 28 november 2008, LJN BG6117.

varkensrechten een onaanvaardbare inbreuk op het eigendomsrecht van varkenshouderij betekende. Aan varkenshouders werden zgn. 'varkensrechten' toegekend, waarbij werd uitgegaan van een bepaald referentiejaar. Deze varkensrechten werden na het van kracht worden van de WHV eerst met 10% en later nog eens met 15% (in totaal dus met een kwart) gekort. De wet kende voor deze kortingen aan de varkenshouders geen schadevergoeding toe, wat voor de varkenshouders aanleiding was om een civiele rechtsgang te starten. Dit resulteerde in het *WHV*-arrest. Voor mijn betoog is het arrest vooral van belang omdat de Hoge Raad meende dat het Hof Arnhem alsnog diende te oordelen over de vraag:

> '(…) of de bestreden maatregelen van de Wet herstructurering varkenshouderij voor één of meer van de eisers tot cassatie sub 2 t/m 8 in verband met bijzondere, *niet voor alle varkenshouders geldende*, feiten en omstandigheden een *individual and excessive burden* vormen en of de desbetreffende bepalingen van de Wet herstructurering varkenshouderij om die reden voor hen buiten toepassing moeten worden gelaten, althans zolang niet is voorzien in een adequate financiële compensatie. In het bijzonder – maar niet uitsluitend – kan dit het geval zijn, wanneer een varkenshouder wordt getroffen in mestproductie-/varkensrechten die hij tegen betaling heeft verworven, waarbij met name van belang is in hoeverre de Staat verwachtingen heeft gecreëerd, die, bijvoorbeeld, tot uitdrukking zijn gekomen in de prijs waartegen de betrokken rechten zijn verworven.'[276]

Uit de cursivering blijkt dat de Hoge Raad in casu toepassing geeft aan de maatstaf van de speciale last: het Hof diende alsnog te bezien of zich *binnen* de groep varkenshouders een of enkele varkenshouder(s) bevonden die vanwege 'bijzondere omstandigheden' een *individual and excessive burden* hadden te dragen. Uiteindelijk resulteerde dit in een arrest van het Hof Arnhem, waarin werd uitgemaakt dat de Staat in elk geval ten opzichte van één varkenshouder art. 1 EP had geschonden.[277]

De voornoemde overweging heeft verschillende auteurs ertoe bewogen een parallel met de égalitétoets te leggen.[278] Inderdaad lijkt er maar weinig verschil te bestaan tussen de toetsing in het *WHV*-arrest en – bijvoorbeeld – het *Leffers*-arrest. Dezelfde redenering die in laatstgenoemd arrest leidde tot een veroordeling op grond van art. 6:162 BW omdat een ministeriële regeling voor een subgroep onevenredig nadelige gevolgen had, doet blijkens het *WHV*-arrest ook opgeld voor de wet in formele zin. Toch heeft juist deze relatief concrete toets aan art. 1 EP ook sommige wenkbrauwen doen fronzen. Zo heeft Alkema de vraag gesteld of deze precieze toets van de Hoge Raad 'is geïnspireerd door de gebleken bereidheid van de Minister tot verdere tegemoetkomin-

276 HR 16 november 2001, *AB* 2002, 25, m.nt. PvB (curs. MT).

277 Hof Arnhem 17 november 2009, LJN BK3304, voorafgegaan door een tussenarrest: van 29 augustus 2006, LJN AY7535. Zie over dit arrest Van Kampen 2007, p. 391 e.v.

278 Schueler 2002, p. 148-149, Polak 2003, p. 458-459, Hoitink 2006, p. 34.

gen dan wel berust op een dwingende uitleg van art. 1 EP'.[279] Volgens Van Kampen 'lijkt het erop dat de Hoge Raad vanuit billijkheidsoverwegingen de individuele varkenshouders in deze zaak wat tegemoet is gekomen'.[280]

Met hun opmerkingen stellen Alkema en Van Kampen de vraag aan de orde of de Hoge Raad, de ruime *margin of appreciation* indachtig, met zijn concrete toets niet meer doet dan waartoe de nationale rechter op grond van art. 1 EP *verplicht* is. Zeker bij de toets aan algemeen verbindende voorschriften laat het EHRM de verdragsstaten in de regel een ruime *margin*. Volgens Schokkenbroek is het EHRM bereid te aanvaarden dat een algemeen, weinig gedifferentieerd beleid in individuele gevallen nadelige gevolgen kan hebben, aangezien een effectief en praktisch uitvoerbaar beleid nu eenmaal algemeen moet zijn en niet te veel uitzonderingscategorieën moet scheppen. Ook als een beleid van de wetgever in individuele gevallen onbedoeld ongunstig uitpakt, zal het Hof niet ingrijpen.[281] De intensievere toets van de Hoge Raad roept de vraag op of zijn uitleg van art. 1 EP wel verdedigd kan worden met een beroep op de rechtstreekse doorwerking van art. 1 EP via art. 93 en 94 Grondwet. Die rechtstreekse doorwerking ziet immers slechts op de minimumbescherming die art. 1 EP biedt. Dat sluit een ruimere uitleg van art. 1 EP op nationaal niveau weliswaar niet uit, maar duidelijk moet zijn dat het dan gaat om een autonome, ruimere uitleg van art. 1 EP dan waartoe de nationale rechter krachtens Straatsburgs recht verplicht is.

Naar mijn idee is het ontbreken van de mogelijkheid om het égalitébeginsel in te roepen een argument dat pleit voor een dergelijke relatief indringende toets aan art. 1 EP, ook al wijkt de nationale rechter daarmee enigszins af van de Straatsburgse interpretatie van art. 1 EP. Op die manier wordt het gemis aan de erkenning van het égalitébeginsel als toetsingsnorm bij schade door formele wetten, enigszins ondervangen. Deze door het égalitébeginsel geïnspireerde invulling van art. 1 EP laat zich, zoals de WHV-jurisprudentie laat zien, voorts goed verenigen met de terughoudende opstelling die de rechter normaal gesproken in ons staatsbestel inneemt bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen.[282] De Hoge Raad heeft in het *WHV*-arrest duidelijk gemaakt dat deze *margin* ook geldt voor de *fair balance*-toets door de nationale rechter,[283] een oordeel dat in het latere arrest van het Hof Arnhem expliciet is bevestigd[284] en waarvoor ook in andere jurispru-

279 *NJ* 2002, 469.

280 Van Kampen 2002, p. 63.

281 Schokkenbroek 1996, p. 56-57. Vgl. E.A. Alkema, die in zijn noot bij HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469 (*WHV*) wijst op het arrest *Mellacher t. Oostenrijk* (EHRM 19 december 1989, appl.no. 10522/83 e.a.): 'Daar liet het Hof Oostenrijk een zeer ruime "margin of appreciation", ofschoon de aangevochten wettelijke huurregeling sterk uiteenlopende en voor sommige eigenaren diep ingrijpende consequenties had.'

282 Zie § 7.4.2.2.

283 Zie het arrest sub 7.2 en 7.3 alsook Polak 2003, p. 457.

284 Hof Arnhem 29 augustus 2006, LJN AY7535, sub 3.4.20.

dentie steun valt te vinden.[285] Uit het *WHV*-arrest blijkt dat de *margin* die de Hoge Raad op het oog heeft in het kader van de *fair balance*-toets vooral betrekking heeft op vragen als: Wegen de doelstellingen van de WHV op tegen de daardoor aangetaste belangen van de varkenshouders? Kon de formele wetgever redelijkerwijs besluiten om deze doelstellingen te bereiken met (twee) kortingen op de varkensrechten? Was het daaraan ten grondslag liggende uitgangspunt, namelijk dat de kosten verbonden aan maatregelen ter beperking van schade aan het milieu voor rekening te laten van de bedrijven die deze schade veroorzaken, redelijk? Betekenden deze kortingen, ten belope van een kwart van de varkensstapel, niet een te vergaande inbreuk op het eigendomsrecht van de grote groep varkenshouders? Is de invulling die de wetgever heeft gegeven aan de hardheidsregeling redelijk te noemen? Tot deze marginaal te toetsen vragen behoort echter *niet* de vraag of er sprake is van individuele, door de wetgever niet voorziene gevallen van een onevenredig zware last vanwege 'bijzondere omstandigheden'. Naar mijn idee getuigt het *WHV*-arrest op dit punt van een pleitbare, intensieve toets aan art. 1 EP. Er valt veel voor te zeggen dat de nationale rechter – anders dan het EHRM – bij uitstek *better placed* is om te bezien of in individuele gevallen van (onevenredige) hardheid plaats is voor schadevergoeding. De égalité geeft hem die mogelijkheid reeds door bij algemeen verbindende voorschriften anders dan de wet in formele zin te bezien of zich binnen de groep getroffenen een of meer onevenredig getroffenen bevinden. De relatief indringende benadering van de Hoge Raad geeft er mijns inziens blijk van dat art. 1 EP bij wetten in formele zin tot eenzelfde resultaat kan leiden. Geconcludeerd kan worden dat waar de speciale last het EHRM in de regel tot een te indringende toets zou nopen, deze maatstaf voor de nationale rechter een goed instrument is (en zou moeten zijn) om een concretere toets te verrichten.

Dit impliceert eveneens een relativering van de toegevoegde waarde van art. 1 EP wanneer een grote groep wordt getroffen. Aangezien de 'individualiteit' van de last onder art. 1 EP vaak geen rol speelt, zou men kunnen betogen dat hierin een belangrijke toegevoegde waarde van art. 1 EP is gelegen. Daarbij zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan de situatie dat een hele beroepsgroep door de wetgever wordt 'opgerold'. De eis van een speciale last laat in zulke gevallen in beginsel geen ruimte voor compensatie van de gehele groep, omdat dit in strijd komt met de ratio van het criterium: de rechter dient de door de wetgever beoogde verdeling van lusten en lasten in beginsel te respecteren. In theorie biedt art. 1 EP meer ruimte voor compensatie, omdat de eis dat de last *individual* moet zijn, niet of nauwelijks invulling lijkt te hebben gekregen in de EHRM-rechtspraak.[286] Toch moet men ook voor deze

285 Hof Den Haag 29 maart 2007, LJN BA3417, Hof Den Haag 25 augustus 2009, LJN BJ6317, CBB 2 oktober 2002, LJN AF0365, Rb Zwolle 4 juni 2002, LJN AE7087. Vgl. Nieuwenhuis 2005, p. 57.

286 Aldus ook Schueler 2002, p. 149.

gevallen bedenken dat de wil van de wetgever voor de rechter in beginsel zwaar weegt. Het is twijfelachtig of hij snel een algemeen verbindend voorschrift dat beoogt een hele beroepsgroep of bedrijfstak in haar belangen te treffen, onrechtmatig zal verklaren omdat er van een te zware belangenaantasting sprake is, indien tevens duidelijk is dat de wetgever dit nu juist heeft beoogd.[287] Betwijfeld kan dan ook worden of de toepassing van art. 1 EP uiteindelijk tot andere uitkomsten leidt dan wanneer 'gewoon' het égalitébeginsel zou kunnen worden ingeroepen.

10.7.2.3 Parallellen doen niet af aan de wenselijkheid om de égalité ook toe te passen op formele wetten

In het licht van de voornoemde door het égalitébeginsel geïnspireerde invulling van art. 1 EP zou men kunnen betogen dat er geen aanleiding is bij formele wetten het égalitébeginsel in stelling te brengen. Art. 1 EP kan immers zo nodig als 'substituut-égalité' fungeren. Schutgens heeft in zijn proefschrift betoogd dat deze stelling geen hout snijdt. Hij noemt drie redenen. Wanneer men aanvaardt dat het égalité- en het art. 1 EP-regime aan elkaar complementair zijn, dan is er volgens hem geen goede reden om het complement dat voortvloeit uit het égalitébeginsel niet ook te laten gelden voor de wet in formele zin. Het maakt immers in beginsel niet uit of schade wordt veroorzaakt door een formele wet of door een lagere regeling, zodat niet is in te zien waarom het toepasselijke toetsingskader wel zou moeten verschillen. Ten tweede wijst hij erop dat het EHRM op enig moment de eigendomsbescherming zou kunnen verengen, bijvoorbeeld door het eigendomsbegrip beperkt uit te leggen of sneller te aanvaarden dat er sprake is van een *fair balance*. Dit zou, aldus Schutgens, kunnen betekenen dat ook de Hoge Raad de aan art. 1 EP te ontlenen rechtsbescherming terugbrengt. Het is daarom beter om de aansprakelijkheid voor de formele wet rechtstreeks in het nationale recht te verankeren. Tot slot wijst hij erop dat het toetsingsverbod van art. 120 Gw niet zodanig moet worden uitgelegd dat dit artikel in de weg zou staan aan de toetsing van formele wetten aan art. 1 EP. Hij pleit voor een uitleg van art. 120 Gw 'in het licht van zijn functie'. In geval van een toets aan de égalité betekent dat, dat art. 120 Gw een vordering tot nadeelcompensatie alleen blokkeert, als de wetgever heeft gewild dat een bepaalde vorm van nadeel ongecompenseerd blijft.[288] Dat alleen in dat geval staatsrechtelijke bezwaren zich verzetten tegen de toekenning van nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel, is ook door andere auteurs betoogd.[289]

---

287 Vgl. de casus van het arrest *Landbouwvliegers*, HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251, m.nt. MS.

288 Schutgens 2009, p. 200, p. 281.

289 Zie de noten van Mok (*NJ* 2009, 233), Schutgens (*Gst*. 2009, 65) en Teunissen (*JB* 2009, 108) alsook Konijnenbelt 2009 en Van Ravels 2009c, p. 159-161.

Mocht het ooit tot de erkenning van een recht op nadeelcompensatie voor rechtmatige formele wetgeving komen, dan zal de vraag hoe concreet de wetgever al dan niet moet hebben laten blijken of een recht op nadeelcompensatie kan bestaan, naar mijn idee een van de belangrijkste discussiepunten zijn. Volgens Schutgens kan daartoe worden gekeken in de wet zelf en in de toelichtende stukken, al moet in dat laatste geval voldoende duidelijk en ondubbelzinnig blijken dat de mening in de toelichting moet worden opgevat als een element van de betekenis van de geldende wet. Van belang is verder dat hij uit het zwijgen van de wetgever over de vraag of in een concreet geval recht op compensatie bestaat, afleidt dat de wetgever het ongeschreven recht (en dus het égalitébeginsel) niet heeft willen schenden. Alsdan bestaat een *vermoeden* dat de wetgever dit geval over het hoofd heeft gezien en kan de égalité worden ingeroepen.[290] Mogelijk kan in deze discussie ook het Franse recht als inspiratiebron fungeren. Dat laat immers zien dat niet alleen uit een expliciete uitspraak van de wetgever hoeft te blijken of een recht op nadeelcompensatie bestaat, maar dat zulks ook kan worden afgeleid uit de aard van het wettelijk voorschrift of de aard van het geschonden belang. In zulke gevallen kan worden betoogd dat ook zonder een uitdrukkelijke uitspraak van de wetgever een recht op nadeelcompensatie uitgesloten kan zijn. Toch leert het Franse recht ook de les dat men behoedzaam moet zijn met het 'inlezen' van de *impliciete* wil dat de wetgever geen égalitéclaims mogelijk heeft willen maken. Recente ontwikkelingen in het Franse recht laten immers zien dat de Conseil d'Etat thans meer tendeert naar het aloude standpunt uit de *La Fleurette*-uitspraak: als de wetgever heeft gezwegen, verzet zich *in beginsel* niets tegen een toets aan het égalitébeginsel.[291]

In deze paragraaf wil ik niet verder stilstaan bij de vraag hoe precies moet worden bepaald of de wetgever een recht op nadeelcompensatie al dan niet kan hebben gewild.[292] Vooral wil ik bezien of de mogelijkheid om de formele wet aan de égalité te toetsen vanuit *materieelrechtelijk* perspectief valt te beargumenteren, of dat een toets aan art. 1 EP kan volstaan. Op basis van drie argumenten meen ik dat een toets aan de égalité te prefereren is.

Afwijkende toets aan art. 1 EP

Ten eerste verschilt de toets aan de *fair balance* in zoverre van de égalitétoets dat bij de *fair balance* het met het overheidshandelen gediende algemene belang altijd een zelfstandige wegingsfactor is om te bezien of een nadeel 'onevenredig' is. De *fair balance*-toets heeft, zoals gesteld (§ 10.5), betrekking op de verhouding tussen doel en middel, terwijl de égalitétoets zich eenzijdiger richt op bepaalde kenmerken van het nadeel, ervan uitgaande dat aan de doel-middel-evenredigheid is voldaan. Het zijn naar hun gevolgen andersoortige

290 Schutgens 2009, p. 212.
291 § 4.5.3.5.
292 Schutgens 2009, p. 185 doet daarvoor zinvolle voorstellen.

rechtsnormen: waar bij de een (art. 1 EP) de onevenredigheid van het nadeel in wezen schuilt in een onvolledigheid van de aan het besluit voorafgaande belangenafweging, die ertoe leidt dat het besluit als zodanig onrechtmatig is, gaat de ander (égalité) uit van de rechtmatigheid van de afweging, maar laat het wel de mogelijkheid open om de onevenredig nadelige gevolgen te compenseren.

Naar mijn idee leidt de toets aan art. 1 EP, doordat het algemeen belang altijd in de toets moet worden betrokken, tot voor de burger minder gunstige resultaten dan wanneer de burger zich op het égalitébeginsel zou kunnen verlaten. Het algemeen belang is in het kader van art. 1 EP niet een *gegeven*, maar een zelfstandig gezichtspunt in het kader van de *fair balance*-toets. Enige uitspraken laten zien dat het algemeen belang door het bestuur (en door de rechter) vaak een belangrijk argument is om de schade voor rekening van de burger te laten. In uitspraken van de nationale rechter wordt een schadeclaim veelal hoofdzakelijk afgewezen omdat, kort gezegd, aan het dienen van het beoogde algemene belang het offer van de burger inherent was.[293] Indien bijvoorbeeld in de *Leffers*-casus voor de wet in formele zin was gekozen als instrument om swillvervoedering te verbieden, dan zou niet ondenkbaar zijn geweest dat de rechter tot de conclusie zou komen dat art. 1 EP niet geschonden was, omdat het met de wet gediende algemene belang van de volksgezondheid nu eenmaal ook het noodzakelijke offer met zich bracht van de groep boeren die uitsluitend met swill vervoederden. Deze uitspraken laten zien dat het algemeen belang het bestuur een extra aanknopingspunt geeft om een nadeelcompensatieclaim af te wijzen – een argument dat hem niet ter beschikking staat bij een toets aan de égalité. Een erkenning van de mogelijkheid om de formele wet aan het égalitébeginsel te toetsen zorgt ervoor dat op dit punt de rechtsbescherming niet uiteenloopt omdat de schade van een burger 'toevallig' voortvloeit uit een formele wet. Hoewel het *WHV*-arrest laat zien dat de *margin* in het kader van art. 1 EP de toets naar het bestaan van speciale en abnormale gevallen niet uitsluit, stelt een erkenning van de égalité als rechtstreekse grondslag zeker dat nadeelcompensatieclaims volgens eenzelfde toetsingssystematiek worden beoordeeld, ongeacht de herkomst van de schade zelf.

Toegevoegde waarde van égalité in verband met 'possession'-toets

Een tweede argument waarom met art. 1 EP niet per definitie kan worden volstaan, is gelegen in de door art. 1 EP gestelde eis dat er sprake dient te zijn

293 Vgl. CBB 18 november 2003, LJN AO1000: 'De doding van de biggen is geen op zichzelf staande maatregel, doch is noodzakelijk en proportioneel met het oog op de realisering van de doelstellingen van de Regeling, ingeval deze wordt overtreden. Aldus zijn de maatregelen gerechtvaardigd op grond van het algemeen belang en niet in strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM.' Zie voor andere voorbeelden HR 17 september 2004, LJN AR2314 en CBB 22 oktober 2003, LJN AN9037.

van een inbreuk op het eigendomsrecht. Indien niet vaststaat dat de burger in zijn eigendom is getroffen, heeft art. 1 EP niets te bieden. Omdat het égalité-beginsel niet het bestaan van een *possession* veronderstelt, heeft de égalité hier een belangrijke meerwaarde boven art. 1 EP.

Dit aspect van art. 1 EP is zowel in de literatuur als de jurisprudentie enigszins stiefmoederlijk bedeeld. Noch uit de rechtspraak van het EHRM, noch uit de nationale rechtspraak kan worden afgeleid waar de grenzen van het begrip 'eigendom' precies lopen. Het zich schijnbaar steeds verder uitdijende eigendomsconcept heeft aan sommigen de opmerking ontlokt dat het Hof zich onder het mom van een 'autonome' interpretatie van dit begrip zeggenschap heeft verschaft over de werking van het gehele vermogensrecht, waarbinnen praktisch ieder economisch belang de bescherming van art. 1 EP geniet.[294] Toch is het niet zo dat de Straatsburgse jurisprudentie geheel geen grenzen stelt, zoals is gebleken uit de in § 10.4.4 besproken zaken *Griekse douanebeambten*, *Voggenreiter* en *Casotti e.a.* Uit deze zaken kan worden afgeleid dat de schade die bepaalde (vrije) beroepsgroepen leden ten gevolge van een wettelijke maatregel hen niet in hun eigendomsrecht trof, aangezien deze schade behoorde tot de *hazards of economic life*. De enkele hoop of verwachting dat zij in de toekomst hun beroep onder dezelfde voorwaarden zouden kunnen blijven uitoefen, kon niet worden aangemerkt als een *legitimate expectation*, zodat zij geen *possession* in handen hadden. De schadeclaims in deze zaken liepen derhalve vast op het feit dat het recht of belang waarop de betrokkenen zich beriepen niet in voldoende mate vaststond; hun recht of belang was in onvoldoende mate *gevestigd*.[295] Toekomstig inkomen wordt alleen door art. 1 EP beschermd 'if it had already been earned or where an enforceable claim existed to it.'[296] Een dergelijke claim kan onder omstandigheden wel bestaan ten aanzien van de door een bedrijf opgebouwde goodwill,[297] hoewel ook hier geldt dat niet *elke* goodwill 'eigendom' oplevert.[298] Indien het verlies van inkomen samenhangt met de intrekking of wijziging van een vergunning, dan wordt de vraag naar het bestaan van een *enforceable claim* niet gerelateerd aan het houden van een vergunning *an sich*, maar aan de vraag of men op basis van die vergunning de redelijke verwachting kon koesteren dat men daarmee een bepaald inkomen kon verwerven (§ 10.4.4). Hoewel ondernemingen ten aanzien van toekomstig inkomen onder omstandigheden dus een

294 C.B. Schutte, geciteerd tijdens de aan art. 1 EP gewijde bijeenkomst van de Vereniging voor Burgerlijk Recht, *NTBR* 2006, p. 163 e.v. op p. 167.

295 Vgl. Van Rijn 1998, p. 622, die als één van de voorwaarden voor de aanwezigheid van een 'possession' stellen dat 'the right or interest must be sufficiently established'.

296 ECRM 5 december 1984, appl.no. 101426/83 (*Pudas t. Zweden*).

297 EHRM 9 november 1999, appl.no. 37595/97 (*Döring t. Duitsland*), EHRM 25 mei 1999, appl.no. 37592/97 (*Olbertz t. Duitsland*), EHRM 25 maart 1999, appl.no. 31107/96 (*Iatridis t. Griekenland*).

298 EHRM 21 oktober 1998, appl.no. 33298/96 (*Pinnacle Meat Processors Company e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

eigendomsrecht kunnen doen gelden, geldt zeker niet zonder meer dat elke beperking die van overheidswege wordt gesteld aan het verwerven van dergelijk inkomen, als een inbreuk op het eigendomsrecht kan worden aangemerkt.

De erkenning van de mogelijkheid om het égalitébeginsel toe te passen op schade door formele wetten zou in het licht van deze jurisprudentie een belangrijke meerwaarde kunnen hebben. Betwijfeld kan bijvoorbeeld worden of in het arrest *Kooren Maritiem* sprake was van een inbreuk op het eigendomsrecht. Scheepsmakelaar Kooren leed inkomensschade door de inwerkingtreding van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, waardoor hem de bevoegdheid werd ontzegd om ook zonder inschakeling van een notaris binnenschepen te verkopen. Deze bevoegdheid bestond niet krachtens een aan Kooren verleende vergunning; wel had hij een aan de wet ontleende aanspraak om zijn beroep te kunnen uitoefenen.[299] Hof noch Hoge Raad, noch PG Mok gaven een concreet antwoord op de vraag of Kooren in zijn eigendom was getroffen.[300] In zijn arrest had het Hof de ontnemingsregel toegepast, ervan uitgaand dat het eigendomsrecht van Kooren was aangetast, maar juist omdat het Hof had nagelaten eerst vast te stellen of Kooren een *possession* in handen had, vernietigde de Hoge Raad het arrest. Met Van Kampen meen ik dat betwijfeld kan worden of het feit dat Kooren tot 1 januari 1992 gerechtigd was akten van levering van binnenschepen op te stellen, te ondertekenen en in de openbare registers in te schrijven, ook betekende dat hij hiermee een recht en derhalve een *possession* in handen had.[301] Daarbij zij opgemerkt dat het enkele feit dat de wet een burger de mogelijkheid geeft zijn beroep te kunnen uitoefenen, in de Straatsburgse jurisprudentie niet per definitie voldoende is om te kunnen stellen dat er sprake is van 'eigendom', als bij een latere wet deze beroepsuitoefening wordt beperkt of zelfs geheel onmogelijk wordt gemaakt.[302] Zou het Hof deze lijn doortrekken en tot het oordeel zijn gekomen dat van 'eigendom' in casu geen sprake was, dan had Kooren met lege handen gestaan. Weliswaar is niet gezegd dat het bestaan van de mogelijkheid de égalité in te roepen hem wel het beoogde succes zou hebben gebracht, maar in elk geval zou in dat geval wel zijn getoetst of dit nadeel onevenredig was.

Ook andere zaken waarin nadeelcompensatie werd geclaimd voor het verlies van (toekomstig) inkomen laten zien dat op dit punt de égalité meer te bieden heeft. Te denken valt aan de situatie in het arrest *Dierverloskundigen*, waarbij aan een groep dierenartsassistenten de bevoegdheid werd ontnomen

299 Blijkens artikel 254 Overgangswet BW konden ook door een scheepsmakelaar opgestelde akten volstaan voor de levering van een binnenschip en was dus een notariële akte niet altijd nodig.

300 De conclusie van Mok bevat wel veel gegevens over het eigendomsbegrip, maar uiteindelijk laat Mok het bij de constatering dat de concretisering van het begrip eigendom onderzoek van feitelijke aard vergt (sub 4.3.8).

301 Zie diens noot bij *Kooren* in *AB* 2001, 135, sub 5 e.v.

302 Zie de ontvankelijkheidsbeslissingen *Casotti e.a.* en *Voggenreiter*, besproken in § 10.4.4.

om dieren met bepaalde stoffen in te enten, waardoor er geen dierenverloskundigen en castreurs meer bijkwamen en deze beroepsgroep gaandeweg uitstierf. De Hoge Raad oordeelde dat van een vergelijkbare situatie als in het *Leffers*-arrest geen sprake was, omdat de assistenten rekening hadden moeten houden met de wetswijziging. Ook in het *Harrida*-arrest ging het vooral over inkomensschade. In deze gevallen werd de schade niet toegebracht door een formele wet, maar het behoeft geen betoog dat hetzelfde rechtsgevolg het resultaat had kunnen zijn van een formele wet.[303] In dat geval had de rechter zich – bij gebrek aan een onmogelijkheid de égalité direct in te roepen – allereerst dienen uit te laten over het bestaan van eigendom. Maar had Harrida wel een *recht* om zijn vlees te kunnen blijven exporteren? Hadden de Dierenartsassistenten een *recht* om in de toekomst te kunnen blijven inenten, zodat het daarmee samenhangende inkomen als 'eigendom' kan worden gekwalificeerd? Naar mijn idee is het aannemelijk dat het EHRM ook in deze zaken de *hazards of economic life* zou hebben benadrukt en hun hoop ook in de toekomst hun inkomen te kunnen verwerven niet als een *legitimate expectation* zou hebben aangemerkt. Tegelijkertijd laten deze uitspraken zien dat een égalitéclaim wel mogelijk en in het geval van Harrida zelfs succesvol was.

Een blik op de Nederlandse jurisprudentie leert dat justitiabelen steeds vaker art. 1 EP inroepen. Hun veronderstelling is veelal dat art. 1 EP bescherming biedt indien men op een of andere manier een vermogensnadeel ondervindt, bijvoorbeeld doordat men door een wetswijziging of een nieuwe wet meer kosten moet maken, in de toekomst minder inkomsten kan genereren of een verwachte subsidie uiteindelijk niet wordt verstrekt. In elk geval wordt vaak naar art. 1 EP gegrepen in situaties waarin feitelijk van niet meer sprake is dan een teleurstelling in een verwachting. Uit verschillende uitspraken blijkt dat de Nederlandse rechter op dit punt soms grenzen stelt aan het eigendomsrecht en weigert een *possession* aan te nemen.[304] In andere gevallen werd wel

303 Zie voor een ander voorbeeld: HR 15 maart 1996, *JB* 1996, 120, m.nt. HJS en RJNS (*Apotheekhoudende arts Batelaan*). Simon en Schlössels merken in hun noot op dat een égalitéclaim in dit geval – door de intrekking van een vergunning op grond van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening – waarschijnlijk zou zijn gestrand op de drempel van het normale bedrijfsrisico. In dezelfde zaak concludeerde de Commissie al eerder dat de goodwill die Batelaan had op basis van zijn vergunning tot het verstrekken van geneesmiddelen geen 'possession' opleverde omdat zijn goodwill was 'not necessarily linked with the profession in question' (ECRM 3 oktober 1984, appl.no. 10438/83 (*Batelaan and Huiges t. Nederland*)). Ook in dit geval zou – wat er ook zij van de 'burgercompensatie' die in het arrest feitelijk aan de orde was – denkbaar zijn geweest dat bij formele wet (zonder tussenkomende beschikking) de artsen hun bevoegdheid tot het verstrekken van geneesmiddelen zouden hebben verloren en zou Batelaan bij gebrek aan een 'possession' dus niet in rechte kunnen hebben laten vaststellen of zijn schade onevenredig was.

304 Zie bijv. Hof Den Haag 11 oktober 2007, LJN BB5874 (verwachte subsidie op 0 gesteld; geen eigendom), ABRvS 20 juli 2005, LJN AT9708 (beperking van aantal toevoegingen aan advocaat; geen eigendom), Rb 21 februari 2007, *Gst.* 2007, 74, m.nt. Schutgens (aftapbaarheidswetgeving vormt geen aantasting van het eigendomsrecht van internetprovider), Rb Rotterdam 1 december 2005, LJN AV2664 (wel wijziging van frequentievergunning, maar

een inbreuk op het eigendomsrecht aangenomen, hoewel sterk kan worden betwijfeld op art. 1 EP wel van toepassing was.[305] De enigszins schimmige grenzen van het eigendomsbegrip leiden er soms toe dat de rechter toetst aan de *fair balance*, maar wel benadrukt dat er twijfel bestond over de vraag of er wel sprake was van een *possession*.[306] Op die manier wordt de lastige vraag naar het al dan niet bestaan van een recht op eigendom omzeild. Uiteindelijk versterkt deze benadering vooral de vaagheid van het eigendomsbegrip en zal zij het effect dat justitiabelen art. 1 EP inroepen wanneer er geen sprake is van een *enforceable claim*, niet wegnemen. Een systematische toets aan art. 1 EP verlangt dat de rechter *eerst* vaststelt of er sprake is van een eigendomsrecht. Dat is ook een van de lessen uit het arrest *Kooren*. Indien deze systematiek in meer zaken wordt gevolgd, zal dat waarschijnlijk tot gevolg hebben dat de rechter in sommige gevallen niet eens aan de *fair balance*-toets toekomt. Op een essentieel punt als het al dan niet bestaan van 'eigendom' dient de Nederlandse rechter zich immers in beginsel te richten naar de Straatsburgse jurisprudentie.[307] Deze geeft, zoals gesteld, blijk van een vrij strikte opvatting van het begrip *enforceable claim*. Waar het gaat om andere handelingen dan formele wetten zal de rechter, indien geen eigendom bestaat, nog wel aan de égalité kunnen toetsen. Bij formele wetten bestaat die mogelijkheid dan echter niet. Een erkenning van de mogelijkheid het égalitébeginsel ook dan in te roepen neemt dit bezwaar weg.

Toegevoegde waarde van de égalité voor overheden

Een derde argument is van minder groot praktisch belang, maar moet toch worden genoemd: artikel 1 EP biedt geen bescherming aan het eigendomsrecht van overheden (§ 10.4.6). Denkbaar is dat bij formele wet een onevenredige inbreuk wordt gemaakt op het eigendomsrecht van een overheid, bijvoorbeeld wanneer in een aparte formele wet de ligging van een tracé wordt bepaald of een luchtvaartterrein wordt aangewezen.[308]

---

geen eigendom).

305 Zie bijv. Rb Almelo 7 november 2007, LJN BC2411 (beperking openingstijden van coffeeshop als inbreuk op eigendomsrecht).

306 Zie bijv. CBB 18 december 2008, LJN BG7876 (geval van de geclaimde schade van zorgaanbieders die mondzorg leveren in verband met aan hen opgelegde maximum-tarieven) en HR 17 september 2004, LJN AR2314 (verplichting van minder bedeelde zelfstandigen (op grond van de Wet zelfstandigen in de Ziekenfondswet) om een ziekenfondsverzekering aan te sluiten (die minder levert en (iets) meer kost).

307 Anders dan bij de vraag naar de invulling van de *fair balance*, ligt het minder voor de hand dat de nationale rechter een eigen, van Straatsburg afwijkende invulling van het begrip 'eigendom' gaat geven. Het is immers vaste jurisprudentie dat Straatsburg op dit punt het laatste woord heeft (§ 10.3.2).

308 Dit pleegt te gebeuren bij aparte amvb op grond van de formele wet, maar het is niet uitgesloten dat dit bij wet gebeurt.

10.7.3 Beperkte mogelijkheden tot nadeelcompensatie

Art. 1 EP kan een toegevoegde waarde hebben in gevallen waarin het nationale recht enig recht op nadeelcompensatie feitelijk uitsluit. Deze toegevoegde waarde kan zich in het bijzonder op twee manieren doen gelden: bij beperkte wettelijke regelingen en bij een beperkte lijn in de rechtspraak.

10.7.3.1 Art. 1 EP naast een formeelwettelijke nadeelcompensatieregeling

Ten eerste kan een *wettelijke nadeelcompensatieregeling* slechts in een beperkt aantal gevallen in nadeelcompensatie voorzien. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een nationale regeling slechts bepaalde vormen van schade vergoedbaar acht of de schadeplicht beperkt tot bepaalde schadeoorzaken, zodat burgers die schade lijden door andere schadeoorzaken buiten de kring van schadevergoedingsgerechtigden kunnen vallen. De jurisprudentie laat verschillende gevallen zien waarin het Hof een nationale schadevergoedingspraktijk in strijd met art. 1 EP oordeelde. Uit deze zaken valt de les te leren dat verdragsstaten dienen op te passen bij het in het leven roepen van een schadevergoedingsregeling die geen maatwerk mogelijk maakt en daardoor te weinig ruimte laat om rekening te houden met de ernst van de inbreuk op de eigendom. Ook indien een ingrijpende beperking voortvloeit uit een wettelijk voorschrift, schroomt het Hof soms niet in te grijpen.[309] In de betreffende zaken school de strijd met art. 1 EP vooral in het feit dat de schadevergoedingsregeling het onvoldoende mogelijk maakte om de concrete omstandigheden van het geval mee te wegen. Hoewel deze gevallen betrekking hadden op (de facto-)ontneming van eigendom, waarbij de *margin* om geen of minder schade te vergoeden minder ruim is, is deze mogelijkheid maatwerk te verrichten voor de hele structuur van art. 1 EP van belang. Onder de reguleringsregel is de vrijheid weliswaar groter, maar dat neemt niet weg dat art. 1 EP ook hier toegevoegde waarde kan hebben. De Franse *Bitouzet*-rechtspraak heeft dit laten zien.[310] Deze rechtspraak maakt duidelijk dat art. 1 EP de beperkte reikwijdte van een nationale nadeelcompensatieregeling (in casu de Code de l'urbanisme) kan doorbreken. De werking van art. 1 EP kan niet door de nationale wetgever worden geëcarteerd door bepaalde besluiten aan te wijzen die principieel niet nadeelcompensatieplichtig zijn. Het open karakter van de *fair balance*-toets maakt het voorts mogelijk in meer gevallen een recht op nadeelcompensatie te erkennen dan wanneer men zich slechts op de regeling zou kunnen verlaten.

Art. 1 EP kan ook iets betekenen indien een formele wet nadere normen bevat (bijvoorbeeld een bepaald drempelpercentage), die het recht op nadeelcompensatie te vergaand beperken. Zo is denkbaar dat in een *Pinnacle*- of *Denimark*-achtige casus voor alle schade ten gevolge van de in die zaken

309 § 10.5.2.1, § 10.5.3.1.
310 Zie de in § 10.6.3.1 genoemde zaak *Athanasiou*.

centraal staande verboden een drempelpercentage van 60% van de omzet op jaarbasis te hanteren, waarbij alleen schade die daarboven uitstijgt, wordt vergoed. De betreffende nadeelcompensatieregeling kent geen mogelijkheid, afhankelijk van de aard van het bedrijf en/of de aard en omvang van de schade in een ruimhartiger nadeelcompensatie te voorzien. Deze regeling zal er waarschijnlijk toe leiden dat de overheid *de facto* geheel niet aansprakelijk is. Indien de regeling niet voorziet in de mogelijkheid om te bezien of er in bepaalde gevallen, op basis van bijzondere omstandigheden, *wel* een compensatie moet worden toegekend, is het gevaar van strijd met art. 1 EP niet ondenkbeeldig. Het Nederlandse recht laat van een zodanig terughoudende regeling echter geen voorbeelden zien. Wellicht kan worden gedacht aan de drempel van 2% van de waarde van de onroerende zaak onmiddellijk voor het ontstaan van de schade, die onder de huidige Wro per definitie voor rekening van de betrokkene blijft in gevallen van indirecte planschade. Deze drempel valt mijn inziens echter ruimschoots binnen de *margin* van de nationale wetgever in ruimtelijke-ordeningszaken.[311] Tevens is van belang dat de reguleringsregel niet standaard dwingt tot schadevergoeding, laat staan tot schadeloosstelling, zodat het op voorhand uitsluiten van een recht op volledige schadevergoeding de toets aan art. 1 EP kan doorstaan. Een regeling dient weliswaar niet de mogelijkheid uit te sluiten *dat* ook vormen van indirecte schade wordt vergoed, maar die mogelijkheid sluit de huidige regeling niet uit; de wet bepaalt slechts dat een *deel* van de schade per definitie voor rekening van de betrokkene blijft. Daarbij is een drempel gekozen die niet zodanig hoog is dat elk perspectief op het vergoed krijgen van planschade illusoir wordt, zodat voor eventuele strijd met art. 1 EP niet hoeft te worden gevreesd.

De rechtspraak laat verder zien dat een beroep op art. 1 EP niet veel kans van slagen heeft indien het verzoek om nadeelcompensatie al voorwerp is geweest van toetsing aan een formeelwettelijke nadeelcompensatieregeling. In zaken waarin appellanten ontevreden waren over de uitkomst van een nadeelcompensatieprocedure op grond van art. 15.20 Wet milieubeheer[312] en art. 49 WRO,[313] werd het aanvullende beroep op art. 1 EP dan ook van de hand gewezen. Zoals de Afdeling in een uitspraak over art. 1 EP overwoog: 'Uit artikel 1 [EP volgt niet] dat de regulering van het gebruik van de eigendom als gevolg van de in het bestemmingsplan neergelegde beperkingen zou moeten worden gecompenseerd met een schadevergoeding als artikel 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening daarvoor geen grondslag biedt.'[314] Bestuur c.q. rechter kunnen, indien zij met een beroep op art. 1 EP worden geconfronteerd, zich in beginsel succesvol verweren met de stelling dat het verzoek om nadeelcompensatie reeds voorwerp is geweest van een rechterlijke toets

311 Aldus ook Van den Broek 2004, p. 649.
312 ABRvS 5 oktober 2005, LJN AU3809.
313 ABRvS 25 september 2005, *JB* 2005, 320, Hof Amsterdam 16 februari 2006, *NJ* 2008, 36.
314 ABRvS 22 november 2006, LJN AZ2766.

aan een nadeelcompensatieregeling die zelf conform de eisen van art. 1 EP is. Een afzonderlijke toets aan art. 1 EP is dan mijns inziens niet vereist.

De potentiële toegevoegde waarde van art. 1 EP is groter wanneer het schadeveroorzakende overheidshandelen *niet* op grond van een wettelijke regeling voor nadeelcompensatie voor compensatie in aanmerking komt. Voor zover het daarbij gaat om lagere wettelijke regelingen (verordeningen, beleidsregels) zal een beweerdelijk te vergaande beperking van het recht op nadeelcompensatie (tot enkele schadeoorzaken of bepaalde vormen van schade) zowel aan het (thans nog ongeschreven) égalitébeginsel als aan art. 1 EP kunnen worden getoetst. Gaat het om een in een formele wet opgenomen beperking, dan biedt alleen art. 1 EP mogelijk soelaas. Zoals in § 10.5 geïllustreerd, verzet art. 1 EP zich er echter niet tegen dat de wetgever op nationaal niveau keuzes maakt om de compensatieplicht tot bepaalde met name genoemde gevallen te beperken. Het EHRM laat de verdragsstaten een ruime *margin of appreciation* bij de vormgeving van nationale nadeelcompensatieregelingen. Deze *margin* is ook van belang voor de nationale rechter. Alleen in zeer uitzonderlijke gevallen zal art. 1 EP het gesloten stelsel van een geschreven regeling kunnen doorbreken. Gaat het om welbewuste keuzes, dan zal de rechter deze in beginsel hebben te respecteren. Daarbij zou kunnen worden gedacht aan het 'gesloten stelsel' van nadeelcompensatie op grond van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren, waar schade door besluiten anders dan enkele met name genoemde schadeoorzaken volgens de wetgever geacht wordt te behoren tot het normale bedrijfsrisico.[315] Het CBB wil volgens een vaste lijn in diens rechtspraak niet van een toegevoegde waarde van art. 1 EP weten, aangezien de GWD-schadevergoedingsregeling volgens het CBB in overeenstemming is met de *fair balance*.[316] Een eventuele toegevoegde waarde van art. 1 EP zal waarschijnlijk vooral bestaan indien uit de parlementaire geschiedenis van de wet niet duidelijk blijkt waarom het recht op nadeelcompensatie tot bepaalde schadeoorzaken is beperkt en er op dit punt kennelijk sprake is van een omissie of willekeur.[317]

Het meest duidelijke geval van een toets van een formeelwettelijke nadeelcompensatieregeling aan art. 1 EP heeft zich voorgedaan bij de WRO naar aanleiding van een geval van schaduwschade, dat wil zeggen schade door een rechtens nog niet onaantastbaar besluit. De planschaderegeling biedt voor dergelijke schade geen grondslag. De eigenaren van een hotel in Egmond

315 Zie nader Tjepkema & Polak 2007, p. 307 e.v.

316 CBB 25 november 2008, LJN BG9075: '[H]et op basis van het artikel 86 Gwd gecreëerde stelstel van risicotoedeling bevat naar het oordeel van het College een "fair balance" tussen het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van appellante.' Zie voor vergelijkbare gevallen CBB 24 juli 2001, LJN AB3216 en CBB 4 december 2007, LJN BB9789.

317 Bij de Wet milieubeheer lijkt dat het geval te zijn. Volgens Hoitink 2002, p. 223 is de opsomming van schadeoorzaken in de artikelen 15.20 en 15.21 Wm 'tamelijk willekeurig samengesteld'.

dienden een verzoek om planschadevergoeding in. Omdat zij meenden dat art. 49 WRO hun mogelijkheden tot nadeelcompensatie te zeer beperkte (onder meer omdat art. 49 WRO destijds nog slechts een vergoeding gaf voor schade door *onherroepelijke* besluiten, doch niet voor schade die wordt geleden voorafgaand aan het onherroepelijk worden), dienden zij een aanvullend verzoek om nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel in voor zover zij door besluitvorming op grond van de WRO schade leden die niet op grond van art. 49 kon worden vergoed. De Afdeling zag daartoe geen mogelijkheden, 'nu artikel 49 van de WRO een uitputtende regeling geeft voor de vergoeding van schade, veroorzaakt door op de WRO gebaseerd veroorzaakt bestuursoptreden en vast staat dat de gestelde schade is veroorzaakt door het bestemmingsplan Boulevard'.[318] Vervolgens trachtten zij een vergoeding te krijgen bij de *civiele* rechter, waarbij zij zich beriepen op art. 1 EP. Zowel bij het Hof[319] als de Hoge Raad[320] vingen zij bot. De civiele rechter biedt blijkens deze rechtspraak geen mogelijkheden alsnog een nadeelcompensatieplicht aan te nemen wanneer diezelfde nadeelcompensatieclaim reeds voorwerp is geweest van een bestuursrechtelijke procedure. Aan de vraag of art. 1 EP geschonden was, kwam de Hoge Raad uiteindelijk niet toe.

10.7.3.2 Art. 1 EP naast een beperkte lijn in de rechtspraak

Artikel 1 EP kan voorts aanvullend werken indien niet de wetgever, maar de *rechter* op sommige gevallen weigert het égalitébeginsel toe te passen. De in de vorige paragraaf genoemde uitgangspunten zullen ook dan opgeld doen: een vaste lijn in de rechtspraak riskeert in strijd met art. 1 EP te zijn als deze onvoldoende ruimte laat om rekening te houden met de concrete omstandigheden van het geval.

Ook hier geldt dat het Nederlandse recht weinig voorbeelden laat zien waar voor strijd met art. 1 EP moet worden gevreesd. Mogelijk zou kunnen worden gedacht aan de rechtspraak van de Afdeling waarin schade door bepaalde besluiten, waaronder verkeersmaatregelen, *geacht wordt* in beginsel te behoren tot het 'normaal maatschappelijk risico'. De presumptie dat in beginsel geen nadeelcompensatie hoeft te worden gegeven, leunt daarmee dicht aan tegen de feitelijke ontkenning dat een recht op nadeelcompensatie kan bestaan. Een gevaar van die abstracte benadering is dat daardoor mogelijk onvoldoende recht wordt gedaan aan de omstandigheden van het geval. Toch is het de vraag of art. 1 EP hier veel te betekenen kan hebben. In de bestuurs-

318 ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2002, 395, m.nt. ARN.
319 Hof Amsterdam 16 februari 2006, *NJ* 2008, 36.
320 HR 9 november 2007, *TBR* 2008, 58, p. 293 e.v., m.nt. GMvdB.

rechtspraak volgt op de regel dat de schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort, immers meestal de toevoeging dat zich feiten en omstandigheden kunnen voordoen waardoor een individueel belang ten gevolge van een dergelijke maatregel zodanig zwaar getroffen wordt dat het uit die maatregel voortvloeiende nadeel redelijkerwijs niet ten laste van de betrokkene dient te blijven.[321] Die nuancering is essentieel, omdat zij waarborgt dat in 'speciale en abnormale gevallen' toch een compensatie kan worden verstrekt. Heeft een dergelijke toets plaatsgevonden, dan hoeft van een toets aan art. 1 EP in beginsel geen ander resultaat te worden verwacht.[322] Het Nederlandse regime is op dit punt een stuk genuanceerder en ruimhartiger dan het Franse, waar voor (ernstige) schade door verlegging van wegen en andere noodzakelijke aanpassingen aan de infrastructuur principieel geen compensatie wordt gegeven, omdat dergelijke schade geacht wordt normaal te zijn.[323] Deze laatste jurisprudentie loopt *wel* het gevaar in extreme gevallen in strijd te komen met art. 1 EP.

De casus van het *TBS*-arrest roept de vraag op of art. 1 EP iets kan betekenen in verband met de beperking die de Hoge Raad heeft aangebracht door het égalitébeginsel slechts toe te passen op schade die voor de overheid voorzienbaar is. Het is echter de vraag of art. 1 EP – en meer in het algemeen het EVRM – in dit soort situaties een toegevoegde waarde heeft. Daarbij zou kunnen worden gedacht aan de leer van de positieve verplichtingen: op de staat kan een verplichting rusten burgers te beschermen door alle maatregelen te nemen die – mede gelet op de hem toekomende bevoegdheden – redelijkerwijs kunnen worden gevergd om, bijvoorbeeld op grond van art. 2 EVRM, te voorkomen dat een reële en directe (levens)bedreiging waarvan hij op de hoogte is of zou behoren te zijn, zich verwezenlijkt.[324] Voor wat betreft art. 1 EP valt te wijzen op het arrest *Öneryildiz*, waarin het Hof stelt dat nationale autoriteiten onder omstandigheden zelf positieve maatregelen moeten nemen om schade aan eigendom te voorkomen.[325] Uit de jurisprudentie van het Hof valt af te leiden dat die positieve verplichtingen zich slechts uitstrekken tot gevallen waarin de autoriteiten een a priori *on*juiste inschatting maken dat er geen (levens)bedreigende gevaren zijn of deze ten onrechte voor lief worden genomen door aan die misstanden in hun handhavingsbeleid geen prioriteit toe te kennen.

---

321 Zie bijv. ABRvS 19 mei 1995, *AB* 1995, 444, m.nt. PJS, ABRvS 29 september 2004, *AB* 2005, 46, m.nt. KJdG, ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2005, 214, m.nt. CMB.

322 Vgl. Rb Utrecht 29 januari 2002, LJN AD9421.

323 § 8.6.1.2

324 Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 53-55 en Bulterman 2004, p. 204-206. Positieve verplichtingen zijn onder meer aanvaard onder het recht op leven van art. 2 EVRM (EHRM 28 oktober 1998, appl.no. 23452/94 (*Osman t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 24 oktober 2002, appl.no. 37703/97 (*Mastromatteo t. Italië*); in beide gevallen geen schending), het folterverbod van art. 3 EVRM (EHRM 26 november 2002, appl.no. 33218/96 (*E. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*; schending)) en het recht op een persoonlijke levenssfeer van art. 8 (EHRM 2 oktober 2001, appl.no. 36022/97 (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*; schending)).

325 EHRM 30 november 2004, appl.no. 48939/99 (*Öneryildiz t. Turkije*).

Die situatie verschilt van die in het *TBS*-arrest, waarin de autoriteiten redelijkerwijs, na zorgvuldig onderzoek, konden menen dat zich geen levensbedreigende situatie voordeed en de situatie achteraf *toch* levensbedreigend bleek. Voor die gevallen wordt in de jurisprudentie een positieve verplichting niet aanvaard.[326] Voor zover een eigendomsrecht in het geding zou zijn, zou art. 1 EP de betrokken slachtoffers van de TBS'er op proefverlof waarschijnlijk weinig kunnen bieden.

10.8 Conclusie

In dit hoofdstuk is stilgestaan bij de verhouding tussen het égalitébeginsel en art. 1 Eerste Protocol EVRM. Beide schadevergoedingsregimes hebben zich, zoals ik in § 10.2 heb geïllustreerd, los van elkaar ontwikkeld, hoewel er veel overeenkomsten in hun uitwerking en toepassing zijn. De verhouding tussen beide regimes kan het best worden getypeerd als voor een deel overlappend en voor een deel complementair.

Overeenkomsten en verschillen in toepassingsbereik
Wat betreft de overeenkomsten tussen beide regimes, springt een aantal punten in het oog. Het brede bereik van art. 1 EP brengt met zich dat het ook van toepassing is op rechtmatige inbreuken op het eigendomsrecht ten aanzien waarvan op nationaal niveau een beroep op het égalitébeginsel zou kunnen worden gedaan. De gevallen die onder de ontnemingsregel of de *de facto*-ontnemingsregel worden afgedaan, zijn daarbij het beste te vergelijken met het regime van onteigening naar nationaal recht, waarbij in beginsel een recht op een vergoeding van de 'full market value' bestaat. Naar Straatsburgs recht is een (de facto-)ontneming van eigendom *zonder* schadevergoeding onrechtmatig. De égalitégevallen uit de nationale jurisprudentie hebben het meeste gemeen met de gevallen die het Hof onder de reguleringsregel beoordeelt. Onder dat regime laat het Hof de staat veel meer ruimte om, ondanks een zware inbreuk, geen schadevergoeding toe te kennen.

Verder kan worden opgemerkt dat art. 1 EP principieel meer gevallen van schade door overheidshandelen bestrijkt dan de égalité. In de jurisprudentie van het Hof zijn vaak eigendomsaantastingen aan de orde die zich moeilijk laten kenschetsen als voorbeelden van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad. Vaak is de schending van art. 1 EP gelegen in nalatig overheidsoptreden, zoals het zonder duidelijke rechtvaardiging weigeren mee te werken

326 Vgl. EHRM 1 maart 2005, appl.no. 69869/01 (*Bône t. Frankrijk*): Het Hof aanvaardde geen positieve verplichting van de staat om onvoorzichtige treinreizigers te beschermen. Van de staat mocht niet worden verlangd dat hij excessieve veiligheidsmaatregelen zou nemen, gezien de onvoorspelbaarheid van menselijk gedrag en de noodzaak om prioriteiten te stellen bij de verdeling van publieke middelen.

aan de tenuitvoerlegging van een rechterlijk vonnis. Schending van eigendom kan voorts het gevolg zijn van rechtmatig risicovol overheidsoptreden, terwijl dit type schade buiten het mijns inziens gewenste bereik van de égalité valt.

Een ander belangrijk verschil is dat art. 1 EP het bestaan van *inbreuk* op *eigendom* veronderstelt. Het gaat hier om twee te onderscheiden aspecten. Hoewel het Hof normaal gesproken snel aanneemt dat er sprake is van een inbreuk (*interference*) in de eigendom, zijn er ook zaken waarin het beroep op art. 1 EP niet-ontvankelijk werd verklaard omdat de inbreuk op de eigendom niet *serious* genoeg was. Art. 1 EP lijkt te veronderstellen dat op zijn minst een *substantiële* vermogensvermindering aan de orde dient te zijn. Deze eis speelt in de jurisprudentie overigens een slechts bescheiden rol; haar precieze contouren zijn onduidelijk.

Voor de praktijk belangrijker is dat art. 1 EP het bestaan van eigendom veronderstelt. Van belang is in dit verband dat het Hof toekomstig inkomen alleen als eigendom aanmerkt als dit inkomen reeds verdiend is, of als een vergunninghouder bijvoorbeeld een redelijke en gerechtvaardigde verwachting had ten aanzien van het duurzame karakter van de vergunning en de mogelijkheid om daaruit inkomsten te genereren. Deze drempel is te hoog gebleken in een aantal zaken waarin het ging om gevoelige vermogensverliezen van bepaalde (vrije) beroepsgroepen, zoals douanebeambten, controleurs van invoerrechten en arbeidsconsulenten. Hof en Commissie meenden telkens dat art. 1 EP voor hen niets kon betekenen, omdat de nadelen waarvoor zij schadevergoeding claimden zagen op een toekomstig inkomen en geen van hen aanspraak kon maken op een bepaalde omvang van het inkomen of een gegarandeerde omzet. Hun schade viel derhalve onder de *hazards of economic life*, die niet door art. 1 EP beschermd worden, omdat zij geen *possession* in handen hadden. Een vergoeding voor dit type nadelen is in de égalitéjurisprudentie nu juist geregeld aan de orde.

Een verschilpunt is tot slot dat art. 1 EP niet succesvol kan worden ingeroepen door organen van de staat. Het égalitébeginsel biedt hun wel bescherming.

Overeenkomsten en verschillen in de schadevergoedingscriteria

Overeenkomsten zijn er ook ten aanzien van de materiële nadeelcompensatiecriteria. Zowel bij de toets aan het 'normaal maatschappelijk risico' als de *excessive burden* laat de rechterlijke toets zien dat vele factoren van belang kunnen zijn, die zich niet limitatief laten opsommen. Veel van de maatstaven die op nationaal niveau in nadeelcompensatiezaken terugkeren, zijn ook op Straatsburgs niveau relevant (zie § 10.6; vgl. ook § 10.7.2.2). In het algemeen valt op dat het Hof een voorkeur aan de dag legt om zoveel mogelijk concrete gezichtspunten bij de toets aan art. 1 EP te betrekken. Het relevante gezichtspunt van waaruit het Hof standaard bekijkt of art. 1 EP is geschonden, is primair hoe ernstig de inbreuk op het eigendomsrecht is geweest. In dit verband zijn bijvoorbeeld relevante factoren of nog voldoende alternatieve gebruiksmogelijkheden ten aanzien van een bepaald perceel resteren, maar

ook of er op nationaal niveau een mogelijkheid is geweest de inbreuk in rechte te betwisten en een schadevergoeding te claimen (vgl. de in § 10.5 besproken vuistregels). Waar het Hof soms wel aan het normale ondernemersrisico refereert, blijft een verwijzing naar het normaal maatschappelijk risico echter achterwege. Dat illustreert nog eens de op het individu gerichte benadering van het Hof: de vraag of een last excessief is in de zin van art. 1 EP wordt in beginsel niet afgemeten aan de lasten die andere burgers of bedrijven hebben te dragen. Ook standaardkortingen en drempels komen in de Straatsburgse jurisprudentie niet voor, wat natuurlijk niet impliceert dat dergelijke verschijnselen met art. 1 EP strijdig zouden zijn. Integendeel, aannemelijk is dat deze binnen bepaalde grenzen ruimschoots binnen de *margin* vallen.

Het beeld van de toepassing van de voorzienbaarheidseis in de Hof-jurisprudentie is wisselend. Voor zover de voorzienbaarheid een rol speelt als schadevergoedingscriterium, is dat veelal in het kader van de 'actieve risicoaanvaarding'; geregeld wordt de burger tegengeworpen dat hij op het moment dat hij (bijvoorbeeld) bepaalde grond kocht, op de hoogte had moeten zijn van de beperkingen die ten aanzien van die grond op basis van het planologische regime golden. Bij de *passieve* risicoaanvaarding ligt het accent minder op de voorzienbaarheid, maar is vooral de passiviteit zelf redengevend om de schade voor rekening van de betrokkene te laten (§ 10.6.3). Het afwijzen van een schadeclaim op basis van de (abstracte) voorzienbaarheid van een maatregel in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen of een tendens in een bepaalde bedrijfstak, zoals gebruikelijk in het kader van de égalitétoets, lijkt echter minder goed te passen bij een benadering waarbij vooral concrete gezichtspunten relevant zijn om de schadeclaim af te wijzen. Deze vorm van voorzienbaarheid, al dan niet in de vorm van het 'normale bedrijfsrisico', is in de jurisprudentie zwak vertegenwoordigd. In sommige zaken keert zij wel terug (zie bijv. het *Pine Valley*-arrest en de andere onder de derde vuistregel besproken zaken), maar het Hof lijkt afkerig van dit soort, kennelijk vaag geachte maatstaven om de afwijzing van een verzoek om schadevergoeding te rechtvaardigen. Dat neemt niet weg dat de invloed van dit soort abstracte overwegingen soms wel in de overwegingen van het Hof terugkeren. Zo verklaart het Hof de *margin of appreciation* in de sfeer van de ruimtelijke ordening door de per definitie 'evolutieve' aard van de denkbeelden over wat op een bepaald moment noodzakelijk is in het kader van een goede ruimtelijke ordening. Deze veranderlijkheid, die naar nationaal recht (mede) van belang is in het kader van de abnormale last, is voor het Hof dus een reden om de staten een ruime *margin* te gunnen. De wetenschap van bepaalde ontwikkelingen en/of de veranderlijkheid van het beleid van de overheid zijn dus ook in het kader van art. 1 EP relevante factoren, zij het dat zij soms een andere plaats in de systematiek krijgen.

Ook ten aanzien van het criterium van de *speciale* last is het beeld enigszins weerbarstig. Het lijkt erop dat het criterium van de *individual burden* in de jurisprudentie van het Hof niet of nauwelijks invulling heeft gekregen. Zeker

in de gevallen waarin de schade door een algemeen verbindend voorschrift wordt toegebracht en bijvoorbeeld een hele bedrijfstak wordt getroffen, zoals de in § 10.6.2 besproken *Pinnacle* en *Denimark*-zaken, gaat het Hof niet in op de vraag of de betreffende bedrijven wel voldoende individueel geraakt werden. Op dit punt *lijkt* art. 1 EP meer te kunnen bieden: in dergelijke gevallen kan de *non-spécialité* van de last voor de nationale rechter immers een argument zijn om de schadevergoedingsclaim af te wijzen. Bij nadere beschouwing is het echter de vraag of art. 1 EP hier een meerwaarde heeft. Daarbij moet worden onderscheiden tussen de vraag of aan art. 1 EP door een *nationale* rechter of door het EHRM wordt getoetst. De grootte van de getroffen groep is voor het Hof namelijk aanleiding de *margin* voorop te stellen en de nationale autoriteiten zelf te laten bepalen in welke gevallen compensatie moet worden gegeven. Een toets aan de individualiteit van de last zou het Hof in dit verband waarschijnlijk tot een te indringende toets nopen, die op gespannen voet staat met de vrijheid die het Hof de verdragstaten wil laten een eigen nadeelcompensatiebeleid te voeren. Deze *margin* laat onverlet dat de specialiteit van de last wel aan de orde komt in het kader van een art. 1 EP-toets in een *nationale* rechterlijke procedure, zoals het *WHV*-arrest van de Hoge Raad heeft laten zien. Feitelijk fungeert art. 1 EP dan als een 'substituut' voor het égalitébeginsel, in welk kader ook de individualiteit van de last aan de orde kan komen en mijns inziens ook *dient* te komen. Hoewel het niet is uit te sluiten dat ook de nationale rechter bij de toepassing van art. 1 EP zich focust op de ernst van de eigendomsinbreuk (ongeacht de grootte van de groep), moet worden bedacht dat ook hij de keuze van de wetgever in beginsel heeft te respecteren. Indien de wetgever bijvoorbeeld een hele beroepsgroep wenst 'op te rollen', kan dan ook worden betwijfeld of de toepassing van art. 1 EP uiteindelijk tot andere uitkomsten leidt dan wanneer het égalitébeginsel van toepassing zou zijn.

Toetsing van nadeelcompensatieregelingen

Het feit dat de gevallen waarin het égalitébeginsel kan worden ingeroepen het meeste gemeen hebben met de reguleringsregel, heeft belangrijke gevolgen voor de intensiteit van de toetsing onder art. 1 EP. Onder dit regime laat het Hof de verdragsstaten in het algemeen een ruime *margin* ten aanzien van zowel de vraag welke maatregelen in het algemeen belang nodig zijn om een bepaalde doelstelling te bereiken als de vraag naar het bestaan van een *fair balance* tussen het algemene belang en de aantasting van het individuele belang. Dit impliceert tevens dat verdragsstaten tot op grote hoogte vrij zijn in de vormgeving van nationale nadeelcompensatieregelingen. Bij maatregelen die de activiteiten in een bepaalde bedrijfstak beogen te reguleren, worden vaak veel bedrijven getroffen en kunnen de gevolgen, afhankelijk van de mate waarin het bedrijf voor zijn bestaan afhankelijk is van het product in kwestie, meer of minder ernstig zijn. Het Hof gaat ervan uit dat de nationale autoriteiten op dit punt in een betere positie verkeren om keuzes te maken, gezien hun kennis van de samenleving, haar behoeften en de beschikbare middelen om

in compensatie te voorzien. De voorbeelden die in dit verband zijn besproken betreffende maatregelen die een beroep of een bedrijfstak raken (§ 10.6.2) en maatregelen in de sfeer van de ruimtelijke ordening (§ 10.6.3), bevestigen dit. Het Hof laat de nationale autoriteiten vrij om aan bepaalde bedrijven wel en andere geen recht op nadeelcompensatie te geven. Het toetst de aan deze keuze ten grondslag liggende motieven (bijvoorbeeld economische redenen) marginaal en is ook afstandelijk ten aanzien van de soorten voor vergoeding in aanmerking komende schade. Gaat het om een terrein waar het Hof de verdragstaten een ruime *margin* gunt, zoals de ruimtelijke ordening, dan is de opstelling van het Hof zo mogelijk nog afstandelijker. Dat in Frankrijk op dit voor het nadeelcompensatierecht belangrijke terrein slechts zelden nadeelcompensatie wordt toegekend, zonder dat dit ooit tot een Straatsburgse veroordeling heeft geleid, is daarvan een treffend voorbeeld. Dat neemt niet weg dat art. 1 EP wel zijn invloed doet gelden op *nationaal* niveau en een al te rigide stelsel van nadeelcompensatie kan doorbreken, zoals dezelfde Franse praktijk laat zien (§ 10.6.3.3). De zaken waarin het EHRM oordeelde dat een nationale schadevergoedingspraktijk in strijd was met art. 1 EP hadden betrekking op een extreem teughoudende Griekse onteigeningspraktijk, waarbij normaal woongenot niet meer mogelijk was en de autoriteiten geen of veel te weinig schadevergoeding gaven (§ 10.5.2.1, § 10.5.3.1).

Lessen voor het nationale recht

De keur aan verschillende zaken die het Hof onder art. 1 EP behandelt, doet soms vermoeden dat het Hof nauwelijks grenzen stelt aan het eigendomsbegrip. Dit lijkt de Hoge Raad ertoe te hebben bewogen om het égalitébeginsel niet toe te passen op formele wetgeving. Art. 1 EP zou, in de woorden van A-G Spier, zonodig goede diensten kunnen bewijzen. Bij nadere beschouwing is dit vertrouwen echter misplaatst. In § 10.7.2 heb ik geconstateerd dat er veel parallellen bestaan tussen de toetsingssystematiek van de nationale rechter in égalitégevallen en in art. 1 EP-zaken. Toch kan men daaruit niet de conclusie trekken dat art. 1 EP altijd als een 'substituut-égalité' zou kunnen fungeren. Met name om drie redenen meen ik dat een toets aan de égalité de voorkeur verdient. Ten eerste wijkt de toets aan art. 1 EP af van de égalité in die zin dat bij de toets aan de *fair balance* ook altijd het 'algemeen belang' meeweegt bij het oordeel of een compensatie op haar plaats is. Dit geeft het bestuur en de rechter een extra argument om een beroep op schadevergoeding af te wijzen, terwijl dit argument bij een toets aan de égalité niet relevant is (§ 5.2.2). Ten tweede stelt het Europese Hof duidelijke grenzen stelt aan het eigendomsbegrip voor zover het gaat om inkomensschade (§ 10.4.4). Voor dit type schade komt de rechter bij een beroep op de égalité in elk geval toe aan de vraag of er sprake is van een onevenredig nadeel. Bij een Straatsburg-conforme interpretatie (die bij de *possessions*-toets voor de hand ligt) komt de nationale rechter in veel gevallen echter niet eens aan de *fair balance*-toets toe. Dit leidt tot ongewenste en ongerechtvaardigde verschillen tussen handelingen waarin

het égalitébeginsel wel kan worden ingeroepen en de formele wet, waarbij dit niet kan. Een derde argument kan worden ontleend aan het verschil in *ratione personae*: als een overheid onevenredig wordt benadeeld, kan hij wel een beroep doen op het égalitébeginsel, maar niet op art. 1 EP EVRM. Dit zijn de naar mijn idee belangrijkste materieelrechtelijke argumenten die ervoor pleiten dat ook formele wetten aan de égalité moeten kunnen worden getoetst (§ 10.7.2.3). Indien de wetgever zich over een recht op nadeelcompensatie niet heeft uitgelaten, komt de toepassing van de égalité op formele wetten mijns inziens niet in strijd met art. 120 Gw, tenzij de wil van de wetgever wordt doorkruist. De benadering van de Franse rechter kan hierbij als voorbeeld dienen.

Voor wat betreft de materiële nadeelcompensatiecriteria lijkt er weinig reden tot een bijstelling van de nationale jurisprudentie omdat deze criteria onder art. 1 EP fundamenteel anders zouden worden ingevuld. Ten eerste niet omdat het Hof niet dwingend voorschrijft *dat* een op het égalitébeginsel gebaseerd recht op nadeelcompensatie dient te bestaan, laat staan welke criteria in het nationale nadeelcompensatierecht dienen te worden gehanteerd. Meer specifiek is er ook voor het Nederlandse recht geen noodzaak tot bijstelling, aangezien er een sterke overlap is tussen de criteria onder art. 1 EP en de égalité. Het in de regel niet ter sprake komen van de individualiteit van de last in de Hofjurisprudentie betekent niet dat Nederlandse bestuursorganen en –rechters snel strijd met art. 1 EP riskeren als zij vanwege de grootte van een bepaalde groep een nadeelcompensatieclaim van de hand wijzen. Voor wat betreft de risicoaanvaarding valt verder op dat de Nederlandse rechtspraak eerder tot aansprakelijkheid lijkt te leiden en de eis van voorzienbaarheid genuanceerder wordt toegepast.

Ook het vaak ontbreken van een verwijzing naar het 'normale ondernemersrisico' in de Hofjurisprudentie dwingt niet tot aanpassing van de nationale jurisprudentie. Wel dient te worden gewaakt voor een ongenuanceerde toepassing van de voorzienbaarheidseis. 'Voorzienbaarheid' is een glibberig begrip, zeker indien zij niet wordt gebaseerd op concrete documenten, maar op maatschappelijke of aan een bedrijfstak eigen ontwikkelingen. Nationale organen dienen zich er rekenschap van te geven dat zij in hun toets alsook bij de vormgeving van nadeelcompensatieregelingen voldoende aandacht schenken aan de vraag hoe ernstig de maatregel de burger in zijn eigendom treft. De vrij 'open' Straatsburgse toets kan in een concreet geval dwingen tot een meer flexibele en graduele benadering, waarbij (meer) rekening wordt gehouden met de ernst van de eigendomsaantasting. Dit is ook van belang voor de in het Nederlandse nadeelcompensatierecht populaire 'drempelpercentages'. Hoewel de huidige Nederlandse praktijk, waarbij deze percentages rond de 10-20% schommelen, ruimschoots valt binnen de eisen van art. 1 EP, kleeft aan deze 'objectieve' percentages wel het gevaar dat zij onvoldoende maatwerk mogelijk maken. Indien een dusdanig hoog drempelpercentage wordt gekozen dat de overheid *de facto* nooit nadeelcompensatieplichtig is, loopt een dergelijke

regeling het gevaar niet conform de eisen van art. 1 EP te zijn. Voorbeelden van een 'corrigerende' werking van art. 1 EP in de Nederlandse nadeelcompensatiejurisprudentie zijn nog niet voorhanden.

De les voor de nationale nadeelcompensatiewetgever is dus vooral dat hij dient op te passen bij het in het leven roepen van een schadevergoedingsregeling die geen maatwerk mogelijk maakt en daardoor te weinig ruimte laat om rekening te houden met de ernst van de inbreuk op de eigendom. Ook het limitatief opsommen van enkele schadeoorzaken is wat dat betreft niet zonder gevaren. Dit pleit ervoor om bij de vormgeving van nadeelcompensatieregelingen op specifieke terreinen niet te terughoudend te zijn in de opsomming van verschillende, op compensatie aanspraak gevende schadeoorzaken. Wel is van belang dat het Hof aan de nationale (nadeelcompensatie)wetgever een ruime *margin* laat om zelf vorm en inhoud van een nadeelcompensatieregeling te kiezen, zeker waar het gaat om reguleringen van eigendom. Als de formele wetgever uitdrukkelijk onder ogen heeft gezien dat bepaalde schadeoorzaken niet nadeelcompensatieplichtig zijn, is dit een oordeel dat de rechter in beginsel heeft te respecteren. Gaat het om een kennelijk niet overwogen of goed beargumenteerde keuze, dan zal de toegevoegde waarde van art. 1 EP groter kunnen zijn.

11 Het égalitébeginsel en het staatssteunrecht

11.1 INLEIDING

Waar art. 1 EP de ondergrens vertegenwoordigt waar bestuursorganen hoe dan ook niet onder mogen gaan zitten zonder onrechtmatig te handelen, stelt art. 107 VwEU de 'bovengrens': bestuursorganen mogen niet (veel) meer doen dan de égalité c.q. het eigendomsrecht voorschrijft, aangezien zij dan het gevaar kunnen lopen in strijd met het staatssteunrecht te handelen. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal hoe de nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel zich verhoudt tot het staatssteunrecht van art. 107 VwEU. Deze bepaling is opgenomen in titel VII, hoofdstuk 1, inhoudende de regels betreffende de mededinging. De tweede afdeling van dit hoofdstuk heeft als titel 'Steunmaatregelen van de Staten'. In artikel 107 VwEU is een verbod op steunmaatregelen van de lidstaten geformuleerd. Deze bepaling beoogt te voorkomen dat lidstaten met steunmaatregelen oneerlijke concurrentie in de hand werken. Het eerste lid van deze bepaling luidt:

> 'Behoudens de afwijkingen waarin dit verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.'

Steunmaatregelen kunnen van zeer diverse aard zijn: gedacht kan worden aan vrijstellingen van belastingen, de verkoop van gronden aan een onderneming tegen een lagere prijs dan de marktprijs, de verlaging van sociale lasten, subsidies.[1] Het lijkt wellicht wat ver gezocht om nadeelcompensatie in dit rijtje van (mogelijk verboden) steunmaatregelen te plaatsen. Een beginsel op grond waarvan de overheid onder omstandigheden *verplicht* is tot compensatie over te gaan, heeft op het eerste gezicht immers weinig gemeen met de meestal vooral politiek gemotiveerde typen maatregelen die art. 107 VwEU beoogt te voorkomen. Geconstateerd kan echter worden dat ook een nadeelcompensatie voldoet aan alle kenmerken waaraan ook een steunmaatregel moet voldoen. De grenzen met 'echte' vormen van steun zijn bovendien niet altijd scherp te trekken. Door de vaagheid van de aan het égalitébeginsel

1 Zie voor deze en andere voorbeelden Hessel & Neven 2001, p. 57 e.v.

verbonden criteria van een speciale en abnormale last is het zeker niet ondenkbeeldig dat wat in een jasje van 'verplichte compensatie' wordt gepresenteerd, uiteindelijk een 'verboden steunmaatregel' is.

Dat het hier om een ook voor de praktijk belangrijke materie gaat, blijkt uit het feit dat in het wetgevingsproces in toenemende mate aandacht is voor de vraag hoe een eventueel toe te kennen nadeelcompensatie zich verhoudt tot de staatssteunregels.[2] Mede naar aanleiding daarvan is binnen het ministerie van Economische Zaken de *Handreiking staatssteun en nadeelcompensatie* opgesteld, die bestuursorganen een leidraad verschaft om te beoordelen wanneer nadeelcompensatie in strijd kan komen met art. 107 VwEU.[3] Ook in de literatuur is er toenemende aandacht voor dit onderwerp. Dat de interpretatieruimte die met name het 'normaal maatschappelijk risico' in de praktijk laat in het licht van art. 107 VwEU problematisch kan zijn, is voor het eerst aan de orde gesteld door Schlössels.[4] Nadien heeft zich onder meer een debat ontsponnen naar aanleiding van de aard van de financiële compensatie aan de kokkelvisserij in verband met het stopzetten van hun activiteiten in het Waddengebied. Waar sommigen sterk betwijfelden of de overheid tot die compensatie gehouden was, werd dit door anderen betwist.[5] Deze discussie is ook in een evaluatie van de Awb in het licht van Europeesrechtelijke ontwikkelingen bestempeld als een knelpunt bij de toepassing van het stelsel van nadeelcompensatie.[6]

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Eerst wordt stilgestaan bij de inhoud van het staatssteunbegrip en bij de uitzonderingen uit art. 107 VwEU om wel staatssteun te kunnen verlenen (§ 11.2). Vervolgens wordt in § 11.3 besproken hoe art. 107 VwEU zich verhoudt tot op verplichte gronden toegekende schadevergoedingen. Hoofdregel is dat een dergelijke vergoeding in beginsel geen staatssteun is. In § 11.4 bespreek ik in welke situaties het nadeelcompensatierecht toch in strijd zou kunnen komen met het staatssteunrecht. Daartoe is het zinvol om de verplichte nadeelcompensatie te onderscheiden van enige andere publiekrechtelijke financiële verstrekkingen, waaronder de 'onverplichte nadeelcompensatie'. Aan de hand van voorbeelden uit de commissiepraktijk worden in § 11.5 de mogelijkheden en beperkingen van dit fenomeen onder

2 Zie de adviezen van de Raad van State d.d. 22 oktober 2009 inzake de ontwerpregeling van de Minister-President, Minister van Algemene Zaken, houdende vaststelling van Aanwijzingen voor subsidieverstrekking (W06.09.0388/III), d.d. 23 december 2005 inzake het Voorstel van wet houdende instelling van een Waddenfonds (Wet op het waddenfonds) (W08.05.0528/V) en *Kamerstukken II* 2007/08, 30 826, nr. 6, p. 3-4 (Wet verbod pelsdierhouderij; advies Raad van State en reactie indieners).

3 Zie <www.minbuza.nl/ecer>.

4 Zie diens interventie naar aanleiding van de preadviezen over *Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, VAR-reeks 135, p. 20 e.v.

5 Zie Hoitink & Backes 2006; Van der Wal & Van Schaik 2007 en het naschrift van Backes & Hoitink 2007, 'Geen schadevergoeding voor risico's die inherent zijn aan de ontplooide activiteiten', *O&A* 2007, p. 64-68. Zie ook Kuypers 2003, p. 149 e.v.

6 Widdershoven e.a. 2007, *De Europese agenda van de Awb*, p. 168.

de loep genomen, mede aan de hand van de daartoe door de Europese Commissie in haar beschikkingen ontwikkelde beoordelingskaders. Tot slot wordt in § 11.6 ingegaan op de vraag hoe het compenseren op onverplichte gronden zich verhoudt tot de toekomstige regeling van de égalité in de Awb. De stukken die ik met mijn collega prof.mr. W. den Ouden over het onderwerp schreef, vormen mede de basis voor dit hoofdstuk.[7]

11.2 WANNEER IS SPRAKE VAN VERBODEN STAATSSTEUN?

11.2.1 Criteria voor verboden staatssteun

Uit art. 107 VwEU en de op basis daarvan gewezen jurisprudentie wordt afgeleid dat er sprake is van verboden staatssteun wanneer aan de volgende vijf criteria is voldaan.[8]

1. De steun wordt door de Staat verleend of met staatsmiddelen bekostigd
Art. 107 lid 1 VwEU spreekt van maatregelen die door 'de Staten' zijn bekostigd. Het begrip 'staat' moet daarbij breed worden opgevat. Daartoe behoren niet alleen middelen die afkomstig zijn van (bestuursorganen behorend tot) de rechtspersoon de Staat, maar ook financiële middelen van decentrale overheden, bedrijven waarin de staat een overwegend financieel belang heeft[9] en andere (publiek- en privaatrechtelijke) rechtspersonen die tot de overheid kunnen worden gerekend en wier handelen aan de Staat kan worden toegerekend.[10] Staatssteun hoeft dus niet per definitie door een bestuursorgaan zoals gedefinieerd in artikel 1:1 Awb te worden verstrekt. Wanneer de Staat een 'dominerende invloed' heeft in een bepaald bedrijf, ook al gaat het om een privaatrechtelijke rechtspersoon, dan gelden de daardoor verstrekte middelen in beginsel als door de Staat bekostigd. Een dominerende invloed wordt onder meer vermoed aanwezig te zijn als de overheid de meerderheid van het geplaatste kapitaal van het bedrijf bezit, over de meerderheid van de stemrechten verbonden aan de door het bedrijf uitgegeven aandelen beschikt of meer dan de helft van de leden van het bestuur, beheer of toezicht kan benoemen.[11]

Ook het begrip 'bekostiging' moet ruim worden uitgelegd. Het is bijvoorbeeld niet nodig dat alle gelden die met de steunmaatregel zijn gemoeid uit publieke gelden in de klassieke zin van het woord worden gefinancierd; ook wanneer de gelden voor een steunmaatregel door particulieren bijeen zijn

---

7 Den Ouden & Tjepkema 2006, p. 101-116 en Den Ouden & Tjepkema 2007, p. 80-103.
8 Vgl. bijv. Adriaanse 2006, Hessel 2005, Van Angeren & Den Ouden 2005.
9 Zie HvJ EG 2 februari 1988, gev. zaken 67, 68 en 70/85 (*Gebroeders van der Kooij*).
10 Vgl. HvJ EG 7 juni 1988, zaak 57/86 (*Griekenland/Commissie*); HvJ EG 13 maart 2001, zaak C-379/98 (*Preussen Elektra*) en HvJ EG 20 november 2003, zaak C-126/01 (*GEMO*).
11 Richtlijn 2000/52, *PbEG* 2000, L 193/75. Zie ook Dekker & Van der Wal 2008, p. 21.

gebracht op basis van een daartoe verplichtend wettelijk voorschrift kan er sprake zijn van staatssteun.[12]

2. De steun komt ten goede aan bepaalde ondernemingen

Onder een onderneming wordt volgens vaste rechtspraak verstaan 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.[13] Het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt is voldoende om van een economische activiteit te kunnen spreken.[14] Daarbij is niet van belang of er feitelijk sprake is van concurrentie; ook als er (nog) geen concurrentie is, kan er toch sprake zijn van economische activiteiten. Ook is voor de kwalificatie als onderneming in de zin van art. 107 VwEU niet relevant of er winst wordt beoogd.[15] De brede omschrijving van het begrip 'onderneming' impliceert dat ook ziekenhuizen, profvoetbalclubs, musea en bioscopen als 'onderneming' kunnen worden aangemerkt en dat een overheid die deze en andere economische eenheden geldelijk steunt, met het staatssteunrecht te maken kan krijgen.[16]

Dat de steun ten goede moet komen aan bepaalde ondernemingen wordt ook wel het selectiviteitscriterium genoemd. Dit criterium houdt in dat steun die toekomt aan een bepaalde categorie ondernemingen, ongeacht het aantal ondernemingen binnen die categorie, selectief uitwerkt en daarmee potentieel de concurrentie vervalst. Aan de hand van dit criterium kunnen steunmaatregelen worden onderscheiden van algemene maatregelen die een positief gevolg hebben voor alle ondernemingen binnen een lidstaat, zoals bijvoorbeeld het verlagen van de vennootschapsbelasting. Het selectiviteitscriterium wordt in het algemeen ruim uitgelegd; zo zijn algemene regelingen van decentrale overheden vanuit communautair perspectief vanwege hun territoriaal beperkte reikwijdte een selectieve maatregel. Ook maatregelen die ten goede komen aan een gehele branche, zijn in beginsel selectief; anders ligt het echter als het gehele bedrijfsleven er baat bij heeft.[17]

3. De steun vormt een niet marktconform voordeel voor de begunstigde onderneming(en)

Wanneer een maatregel geen voordeel oplevert voor een onderneming is er geen sprake van staatssteun. Het begrip 'voordeel' moet men breed zien.

12 Zie bijv. HvJ EG 22 maart 1977, zaak, 78/76 (*Steinike & Weinlig*), HvJ EG 21 oktober 2003, gevoegde zaken C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster*).

13 Zie bijv. HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner, HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99 (*Wouters*) en HvJ EG 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01 (*AOK Bundesverband*).

14 Zie bijv. HvJ EG 16 juni 1987, zaak 118/85 (*Commissie/Italië*) en GvEA 4 maart 2003, zaak T-319/99 (*FENIN/Commissie*).

15 Vgl. bijv. HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96 (*Albany*).

16 Hessel 2005, p. 29.

17 Dekker & Van der Wal 2008, p. 34.

Volgens vaste jurisprudentie heeft het begrip steun een algemenere strekking dan het begrip subsidie, 'daar het niet alleen positieve prestaties omvat zoals de subsidie zelf, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor – zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn – van gelijke aard zijn en tot identieke gevolgen leiden.'[18] De woorden 'steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd' uit art. 107 lid 1 VwEU geven tevens uitdrukking aan deze brede opvatting van het begrip 'voordeel'. Het Hof heeft verder bepaald dat 'als steun worden beschouwd maatregelen die, in welke vorm ook, ondernemingen rechtstreeks of indirect kunnen bevoordelen of die als een economisch voordeel moeten worden beschouwd dat de begunstigde onderneming onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen'.[19] Men spreekt in dit verband van het *market economy investor principle*, dat vereist dat een overheid zich in een financiële relatie met ondernemingen niet ruimhartiger dient te gedragen dan een normale marktpartij.[20]

4. De steun leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging op de gemeenschappelijke markt

Voordelen van overheidswege voor ondernemingen zullen al snel de concurrentie tussen ondernemingen vervalsen. Daarbij moet worden bedacht dat 'steun die is bedoeld om een onderneming te bevrijden van de kosten die zij normaliter in het kader van haar lopend beheer of van haar normale activiteiten had moeten dragen, in beginsel de mededingingsvoorwaarden vervalst (…).'[21] Daarbij geldt niet als voorwaarde dat de mededinging *daadwerkelijk* wordt vervalst; dat deze *dreigt* te worden vervalst is voldoende. Een onderneming die de bescherming van art. 107 lid 1 VwEU inroept omdat de overheid daarmee in strijd zou hebben gehandeld, hoeft dan ook niet te bewijzen dat haar positie op de markt verslechterd is. De Commissie zal op haar beurt deze vervalsing niet hoeven te bewijzen, doch slechts omstandigheden moeten aandragen die het aannemelijk maken dat de mededinging kan worden vervalst.[22]

Bij deze eis speelt verder de vrijstelling voor zogenaamde 'de minimissteun' een belangrijke rol, die met zich brengt dat steunmaatregelen tot een bepaald maximum geacht worden de concurrentie niet te vervalsen. Voor verschillende sectoren zijn in dat verband verordeningen opgesteld die aange-

18 Zie bijv. HvJ EG 15 maart 1994, zaak C-387/92 (*Banco Exterior*) en HvJ EG 14 september 2004, zaak C-276/02 (*Spanje/Commissie*).

19 Bijv. HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (*Altmark*) en HvJ EG 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot C-38/01 (*Enirisorse SpA*).

20 Hessel 2005, p. 29.

21 HvJ EG 3 maart 2005, zaak C-172/03 (*Heiser*), zie ook bijv. HvJ EG 19 september 2000, zaak C-156/98 (*Duitsland/Commissie*).

22 Dekker & Van der Wal 2008, p. 36.

ven tot op welke hoogte steun mag worden verleend, zoals Verordening 875/2007 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 EG-verdrag op de 'de minimis'-steun in de visserijsector.

5. De steun leidt tot ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel

Dit criterium is nauw verbonden met het vorige criterium van dreigende vervalsing van de mededinging.[23] Het wordt, net als het vierde criterium, zo uitgelegd dat de Commissie binnen haar toezichthoudende taak niet hoeft vast te stellen dat een steunmaatregel daadwerkelijk effect heeft op de interstatelijke handel; potentiële ongunstige beïnvloeding is voldoende.[24] Dat de betreffende onderneming zich niet bezighoudt met export doet daaraan bijvoorbeeld niet af.[25] Van belang is primair de vraag met wat voor activiteit de onderneming zich bezighoudt; als zij opereert op een markt waarop ook buitenlandse ondernemingen actief (kunnen) zijn, dan zal eerder een vervalsing van de concurrentie dreigen dan wanneer het gaat om steun aan een kleine onderneming die op een markt opereert waarop zich geen Europese medespelers bevinden. Telkens zal men dus de (Europese) markt waarop de onderneming opereert moeten onderzoeken, waarbij het overigens in beginsel niet uitmaakt dat de steun wordt verstrekt aan een onderneming met een zeer klein marktaandeel. Naast de activiteit van de betrokkene, kan ook de plaats waar men een bedrijf exploiteert van belang zijn.[26] Opereert de ondernemer in het grensgebied met een ander land, dan zal de kans dat de concurrentie op oneigenlijke wijze wordt vervalst, bijvoorbeeld groter zijn.

Concluderend kan worden gesteld dat het communautaire staatssteunbegrip een breed bereik heeft. Van belang is verder dat Commissie en Hof snel doorzien wanneer op nationaal niveau bewust of onbewust is gekozen voor een constructie die met zich brengt dat de maatregel op het eerste gezicht niet snel als een steunmaatregel zal worden gekwalificeerd. Bepalend is het feitelijke effect van de maatregel op de markt.[27] Dat is mede van belang voor compensaties die van een 'égalitélabel' zijn voorzien, maar bij nader inzien meer geven dan waar de égalité recht op geeft. Alvorens daarop nader in te gaan, wil ik eerst de overige relevante leden van art. 107 VwEU bespreken.

23 Zie bijv. GvEA 15 juni 2000, gevoegde zaken T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97-T-607/97, T-1/98, T-3/98-T-6/98 en T-23/98 (*Alzetta e.a./Commissie*) en GvEA 11 april 2001, zaak T-288/97 (*Regione Friuli Venezia Giulia*).

24 Zie bijv. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-372/97 (*Italië/Commissie*).

25 HvJ EG 13 juli 1988, zaak 102/87 (*Frankrijk/Commissie*).

26 Dekker & Van der Wal 20098, p. 38-40.

27 Hessel 2005, p. 28.

11.2.2 Uitzonderingen op het staatssteunverbod

11.2.2.1 Algemene opmerkingen

Op het algemene verbod van artikel 107 VwEU lid 1 bestaan uitzonderingen. Deze zijn van diverse aard. Voor schadevergoedingen van overheidswege is vooral art. 107 lid 2, sub b van belang. Het gaat hier om 'steunmaatregelen tot herstel van schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen'.[28] De wijze waarop de Commissie deze steunmaatregelen beoordeelt, komt later in deze paragraaf aan de orde. Eerst wil ik enkele algemene opmerkingen maken over deze en de andere uitzonderingen van art. 107.

Of een concrete maatregel onder de reikwijdte van art. 107 lid 2, sub b valt, wordt beoordeeld door de Commissie. Daarom moeten lidstaten steunmaatregelen waarvan zij menen dat zij vallen onder de reikwijdte van het tweede lid van artikel 107 VwEU in beginsel melden bij de Commissie. Die beoordeelt de maatregel aan de hand van criteria zoals geschetst in de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector.[29] Wordt een steunmaatregel onder de uitzondering van artikel 107 lid 2 VwEU geplaatst, dan is deze verenigbaar met de gemeenschappelijke markt; de Commissie heeft geen beleidsvrijheid of zij de betreffende steun zal toelaten.[30]

Deze uitzondering verschilt daarmee van de in art. 107 lid 3 genoemde uitzonderingen. Op grond van die bepalingen kan de Commissie bepaalde steunmaatregelen verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaren; zij beschikt dus over beleidsvrijheid ('discretion').[31] Dergelijke steunmaatregelen moeten ook steeds worden gemeld. De Commissie geeft daarna een oordeel over de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt en maakt daarbij gebruik van kaderregelingen, richtsnoeren en wat dies meer zij, die de doorzichtigheid van haar beleid vergroten[32] en vergelijkbaar zijn

---

28 De overige twee uitzonderingen zijn minder relevant: steun met een sociaal karakter die de consument ten goede komt (art. 107 lid 2 sub a) is hier doorgaans niet noodzakelijk en de uitzondering van art. 107 lid 2 sub c ziet specifiek op nadelen als gevolg van de (voormalige) deling van de Bondsrepubliek Duitsland.

29 *Pb* 2006, C 319/1, besproken in § 11.5.1.

30 Vgl. Hessel & Neven 2001, p. 134.

31 Vgl. HvJ EG 19 september 2002, C-113/00 (*Spanje t. Commissie*; § 67: 'Zoals het Hof reeds heeft opgemerkt, verleent artikel 87, lid 3, EG de Commissie een discretionaire bevoegdheid, waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale factoren impliceert die dient te geschieden in een communautair kader.') en de in die uitspraak genoemde eerdere jurisprudentie.

32 De zogenaamde 'horizontal rules': 'rules which apply across all industries [and] set out the Commission's position on particular categories of aid'. Zie <www.ec.europa.eu/comm/competition/state_aid/legislation/horizontal.html>. Daarnaast zijn er nog allerlei 'sector-specific rules', die een minder breed bereik hebben.

met beleidsregels op nationaal niveau.[33] Voor schadevergoedingen van overheidswege blijken in de praktijk de uitzonderingen geformuleerd in artikel 107 VwEU lid 3 sub b en (met name) c van belang. Het gaat daarbij om steunmaatregelen om de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen of een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen (sub b) en steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken (sub c).

Een andere belangrijke uitzondering vloeit voort uit de bevoegdheid van de Raad om op grond van artikel 89 VwEU verordeningen vast te stellen met betrekking tot de toepassing van de artikelen 107 en 108 VwEU. Een belangrijke verordening die op die basis tot stand is gebracht, is Verordening 994/98/EG.[34] Daarin is aan de Commissie de bevoegdheid gegeven om – eveneens bij verordening – te bepalen dat bepaalde soorten steunmaatregelen verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt en niet onderworpen zijn aan de aanmeldingsverplichtingen van artikel 107 van het Verdrag. Een voor de praktijk belangrijke verordening die is vastgesteld op basis van Verordening 994/98/EG is de eerder genoemde Verordening 1998/2006/EG,[35] waarin is bepaald dat zogenaamde 'de minimis'-steun niet onder het verbod van artikel 107 lid 1 VwEU valt. Deze verordening geldt echter niet voor lage steunbedragen die worden verleend in sommige (deel)sectoren zoals de visserij, aquacultuur en delen van de landbouw, zodat kleine steunbedragen die betrekking hebben op die sectoren wel moeten worden aangemeld. De Commissie is namelijk van mening dat alle staatssteun binnen (delen van) deze beleidssectoren een potentieel risico tot concurrentievervalsing in zich bergt.

In sommige gevallen kunnen steunmaatregelen dus verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden geacht, of als zodanig door de Europese Commissie worden gekwalificeerd. Wel geldt steeds dat de steun moet worden gemeld, conform de daarvoor geldende procedure in artikel 108 VwEU lid 3 en zoals uitgewerkt in de Procedureverordening (Vo 659/1999/EG), tenzij op die meldplicht een expliciete uitzondering is gemaakt. Steun die zonder verplichte melding wordt verstrekt, is per definitie onrechtmatig, ook wanneer de maatregel door de Commissie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt zou kunnen worden verklaard.[36] Van belang is verder het zogenaamde 'stand-still-beginsel', dat inhoudt dat de gemelde maatregel niet ten uitvoer mag worden gelegd voordat de Commissie naar aanleiding van een melding

33 Hessel & Neven 2001, p. 138.

34 *Pb* L 142 van 7 mei 1998, p. 1-4.

35 *Pb* L 379 van 15 december 2006, p. 5-10.

36 Zelfs wanneer de Commissie later de betreffende steunmaatregel toch verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart wordt de onrechtmatigheid van de verstrekking zonder melding niet achteraf gedekt: HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354/90 (*FNCEPA*), § 16.

een positieve beschikking heeft gegeven. Ook schending van dit beginsel leidt per definitie tot onrechtmatigheid van de verstrekte staatssteun.

11.2.2.2 De tegemoetkomingen ex art. 107 lid 2 sub b VwEU

De tegemoetkomingen ex art. 107, lid 2, sub b verdienen nadere aandacht. Op het eerste gezicht heeft deze bepaling geen directe relevantie voor de nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel, aangezien de schadeoorzaken uit dit lid immers geen directe betrokkenheid van enig overheidsorgaan laten zien. Het gaat immers om (in beginsel toegestane) steunmaatregelen naar aanleiding van een natuurramp of 'andere buitengewone gebeurtenissen'. Zoals gesteld kan uit de formulering van dit artikel ('Met de gemeenschappelijke markt zijn verenigbaar (...)') worden afgeleid dat de Commissie geen beleidsvrijheid heeft bij het bepalen of zij de steunmaatregel zal toelaten. Wel lijkt er sprake van enige beoordelingsruimte, aangezien de Commissie zelf een oordeel dient te vellen over de vraag of de gebeurtenis als 'buitengewoon' of als 'natuurramp' kan worden aangemerkt[37] en zij soms ook aangeeft dat zij gebeurtenissen die zij normaliter niet zou kwalificeren als natuurramp of buitengewone gebeurtenis, daarmee op bepaalde gronden toch gelijkstelt.[38]

De Commissie stelt strenge voorwaarden voor het aanmerken van een gebeurtenis als 'buitengewoon'. In meerdere beschikkingen heeft de Commissie benadrukt dat artikel 107 lid 2 sub b VwEU strikt moet worden geïnterpreteerd.[39] De Commissie toetst de 'buitengewoonheid' van de gebeurtenis per geval en kijkt daarbij naar de aard en omvang van de gebeurtenis.[40] Over de aard van de gebeurtenis valt op te merken dat het moet gaan om een

37 Waarbij zij regelmatig van mening verschilt met de aanmeldende lidstaat; zie bijv. Beschikking van 3 april 2002, *Pb* 2002, L 194/37 (*Italiaanse olijventeeltbedrijven*) en Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2006, L 257/1 (*Stakingen wegvervoer Sicilië*).

38 Het meest bekende voorbeeld biedt de steun naar aanleiding van de uitbraak van BSE begin 2001. Hoewel dierziekten normaliter niet als natuurramp of buitengewone gebeurtenis worden aangemerkt, vond de Commissie dat vergoedingen van schade als gevolg van deze uitbraak wel onder art. 107 lid 2 sub b VwEU konden worden beoordeeld aangezien de verliezen werden veroorzaakt door een uitzonderlijke en zeldzame samenloop van omstandigheden, waaronder de algemene sluiting van de exportmarkten voor uit de EG afkomstig vlees en de mate waarin Europese consumenten dit vlees niet meer wensten te eten (zie o.m. Beschikking van 12 maart 2002, C(2002)906fin inzake steunmaatregel N 273/2001 (Nordrhein-Westfalen)).

39 Zie Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2005, L 110, p. 48-55 (*Spaanse olijvenbedrijven*) en Beschikking van 20 september 2000, *Pb* 2001, L 35/39 (*Steun n.a.v. natuurrampen Italië*; § 31). Zie ook Beschikking van 13 juni 2000, *Pb* 2000, L 263/17 (*Vervoer Iers vee*) alsmede HvJ EG 29 april 2004, C-278/00 (*Griekenland/Commissie*; § 81).

40 Zie bijv. Beschikking van 9 februari 2000, SG(2000) D 101388, inzake steunmaatregel N 770/99 (*Belgische dioxinecrisis*).

onvoorspelbare en dus onvoorzienbare gebeurtenis.[41] Op voorzienbare gebeurtenissen kan een onderneming zich immers voorbereiden, zodat zij schadebeperkende maatregelen – zoals het afsluiten van een verzekering – kan nemen. Een staking op de Italiaanse wegen werd om die reden niet als buitengewone gebeurtenis aangemerkt; stakingen komen frequent voor.[42] Tot nu toe heeft de Commissie als natuurramp aanvaard aardbevingen, lawines, grondverschuivingen en overstromingen. Als buitengewone gebeurtenis zijn onder meer erkend oorlog, binnenlandse ordeverstoringen en grote branden die tot wijdverspreide verliezen leiden.

Het is in het licht van deze voorbeelden niet waarschijnlijk dat rechtmatige besluiten of feitelijke handelingen als een buitengewone gebeurtenis zullen worden aangemerkt; mogelijk kan daarop een uitzondering worden gemaakt voor zover het gaat om handelen in nood (bijvoorbeeld in reactie op de uitbraak van een economische crisis). Hoewel de égalitégevallen daarmee als regel buiten het bereik van art. 107 lid 2 sub b zullen blijven, is het toch relevant om nader bij de op basis van dit artikel gewezen beschikkingen stil te staan, omdat daaruit gezichtspunten kunnen worden afgeleid die ook relevant zijn wanneer het *wel* gaat om schade ten gevolge van een 'gewone' rechtmatige overheidshandeling. Uit de beschikkingenpraktijk blijkt dat de Commissie voor de beoordeling van de verenigbaarheid van een schadevergoeding met de gemeenschappelijke markt geen herkenbaar, duidelijk gestructureerd beoordelingskader hanteert.[43] Een bestudering van de commissiebeschikkingen leert niettemin dat een aantal criteria vaak terugkeert.

1. Rechtstreeks causaal verband

Een eerste 'verenigbaarheidscriterium' houdt in dat slechts een vergoeding mag worden gegeven voor de schade die rechtstreeks is veroorzaakt door de gebeurtenis.[44] De terminologie is niet helemaal vast. Gesproken wordt van een 'rechtstreeks' en een 'noodzakelijk en uitsluitend causaal verband',[45] een 'duidelijk en rechtstreeks verband'[46] of een 'rechtstreeks oorzakelijk ver-

41 Beschikking van 3 april 2002, *Pb* 2002, L 194, p. 37-44 (*Italiaanse olijventeeltbedrijven*; § 36) alsmede Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2006, L 257, p. 1-10 (*Stakingen wegvervoer Sicilië*; § 54).

42 Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2006, L 257, p. 1-10 (*Stakingen wegvervoer Sicilië*; § 56: 'Stakingen kunnen frequent voorkomen, en, als ze vooraf zijn aangekondigd, kunnen van tevoren de juiste voorzorgsmaatregelen worden getroffen'). Zie nog anders: Beschikking van 26 juli 1995, *Pb* 1996, L 034, p. 38-41 (sub IV).

43 Zie voor een globale schets van het gehanteerde beleid gegeven door de Commissie zelf de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector (*Pb* 2006, C 319/1), p. 18.

44 HvJ EG 23 februari 2006, zaak C-346/03 en C-529/03 (*Giuseppe Atzeni e.a. t. Regione autonoma della Sordegna*; § 79) en HvJ EG 11 november 2004, zaak C-73/03 (*Spanje t. Commissie*; § 37 e.v.).

45 Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2006, L 257, p. 1-10 (*Stakingen wegvervoer Sicilië*; § 61).

46 Beschikking van 20 oktober 2004, *Pb* 2005, L 100/46 (*Natuurrampen Italië* 2002; § 45 e.v.)

band'.[47] Deze formuleringen maken duidelijk dat de Commissie strenge eisen stelt aan het causaal verband tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en de steunmaatregel. Onder meer aan de hand van de *groep van begunstigden* van de steun kan worden bepaald of de steunmaatregel alleen beoogt te voorzien in de schade veroorzaakt door de buitengewone gebeurtenis. Immers, indien ook steun wordt gegeven aan ondernemingen die door de buitengewone gebeurtenis of de natuurramp niet getroffen werden, is dat een indicatie dat de steun niet uitsluitend wil voorzien in de schade die door de buitengewone gebeurtenis is ontstaan.[48] Uit de beschikkingen van de Commissie valt op te maken dat de steun *specifiek* dient te voorzien in de door de buitengewone gebeurtenis of de natuurramp ontstane schade. Daarmee zijn steunmaatregelen die een grote diversiteit in de toepassingspraktijk laten zien, niet verenigbaar. Dat laatste valt af te leiden uit een zaak rond een Griekse steunwet die voorzag in de vereffening van schulden die landbouwcoöperaties waren aangegaan bij de Griekse Landbouwbank NV. Volgens de Griekse staat had de wet in elk geval ten aanzien van één coöperatie tot doel de bedragen die deze coöperatie naar aanleiding van de kernramp in Tsjernobyl had betaald, te vergoeden. In navolging van de Commissie merkte het Hof op dat de wet het mogelijk maakte allerhande door landbouwcoöperaties aangegane schulden te vereffenen, op voorwaarde dat deze schulden voor sociale doelstellingen waren aangegaan. Voorts bleek dat de wet op zeer uiteenlopende situaties werd toegepast. Een bepaling met een dergelijke zeer ruime draagwijdte kon volgens het Hof niet worden aangemerkt als een steunregeling tot herstel van de schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen.[49]

Het is aan de lidstaat om het vereiste causaal verband aan te tonen. Hij zal materiaal moeten overleggen waaruit blijkt hoe tot de hoogte van de steunmaatregel is gekomen; het steunbedrag moet daadwerkelijk overeenstemmen met de feitelijke schade die door de buitengewone gebeurtenis is ontstaan.[50] Derhalve had de Commissie haar bedenkingen bij een steunmechanisme dat geen verband hield met de feitelijk geleden schade, maar afhankelijk was gesteld van het volume van de investeringen die in een bepaalde periode werden gedaan, het volume van de investeringen in de voorgaande jaren en het bestaan van een belastbaar inkomen. Zelfs al had de begunstigde schade geleden die was veroorzaakt door een natuurramp, door dit steunmechanisme

47 Beschikking van 25 mei 2000, SG (2000), D/103852, inzake steunmaatregel N 83/2000 (*Belgische dioxinecrisis III*).

48 Beschikking van 3 april 2002, *Pb* 2002, L 194/37 (*Italiaanse olijventeeltbedrijven*; § 43-47; het stond niet vast dat *alle* olijventeeltbedrijven schade hadden geleden door de beweerdelijk 'buitengewone' gebeurtenissen, zodat de Commissie niet inzag waarom de steunmaatregel ook op niet-getroffen regio's werd toegepast). Vgl. Beschikking van 20 oktober 2004, *Pb* 2005, L 100/46 (*Natuurrampen Italië 2002*; § 19).

49 HvJ EG 29 april 2004, C-278/00 (*Griekenland/Commissie*; § 85). Zie ook de conclusie van A-G Geelhoed van 25 september 2003 in dezelfde zaak (§ 57).

50 HvJ EG 29 april 2004, C-278/00 (*Griekenland/Commissie*; § 89).

kon niet worden uitgesloten dat het steunbedrag de hoogte van het schadebedrag zou overschrijden.[51] De eis van een rechtstreeks causaal verband heeft dus ook een verband met de eis van een objectieve wijze van berekening van de schade, die hierna zal worden besproken.

De eis van causaal verband brengt voorts met zich dat de steunmaatregel binnen drie jaar na het optreden van de buitengewone gebeurtenis moet worden aangemeld en binnen vier jaar moet zijn uitbetaald, tenzij deze termijn gezien de aard en de omvang van de gebeurtenis niet redelijk is en schade ook daarna nog optreedt. Wordt de steun buiten die termijnen gemeld of betaald, dan is de Commissie van oordeel dat er een reëel gevaar is dat de betaling van die steun dezelfde economische gevolgen zal hebben als steun voor de bedrijfsvoering en dus de mededinging zal vervalsen.[52]

2. Geen cumulatie van financiële middelen ter dekking van dezelfde schade

Een tweede factor waaraan bij de toetsing aan artikel 107 lid 2 VwEU veel gewicht wordt gehecht, is het gevaar van cumulatie. De prominente rol die cumulatie speelt bij de beoordeling van de geoorloofdheid van een steunmaatregel, blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat het Hof in meerdere uitspraken heeft overwogen dat niet de geringe hoogte van de steun bepalend is voor de beoordeling van het effect van de steunmaatregel, maar andere elementen, 'met name het cumulatieve karakter van de steun en de omstandigheid dat de begunstigde ondernemingen werkzaam zijn in een sector met een bijzonder intense mededinging'.[53] Cumulatie van staatssteun is dan ook beslist niet alleen bij steunmaatregelen die vallen binnen het bereik van artikel 107 lid 2 sub b VwEU een belangrijk criterium, maar bij de beoordeling van alle steunmaatregelen.[54]

Cumulatie vindt plaats indien op dezelfde kosten meer dan één steunmaatregel wordt toegepast.[55] Bij steun naar aanleiding van een natuurramp of een buitengewone gebeurtenis zal daarvan op verschillende manieren sprake kunnen zijn. Het kan zijn dat de getroffene voor het schadeveroorzakende feit reeds inkomsten ontvangt uit andere, reeds goedgekeurde steunmaatrege-

51 Beschikking van 20 oktober 2004, *Pb* 2005, L 100/46 (*Natuurrampen Italië 2002*; § 48).

52 Beschikking van 1 maart 2000, *Pb* 2002, L 159/1 (*Schulden Griekse landbouwcoöperaties*; § 142), Beschikking van 25 juli 1990, *Pb* 1991, L 86, p. 23-27 (*Steunregeling Mezzogiorno*; sub IV) en Beschikking van 20 september 2000, *Pb* 2001, L35/39 (*Steun n.a.v. natuurrampen Italië*; § 35 e.v.). Zie ook de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector (*Pb* 2006, C 319/1), p. 18.

53 HvJ EG 29 april 2004, C-278/00 (§ 70) en HvJ EG 19 september 2002, C-113/00 (§ 30).

54 Sommige Europese verordeningen bevatten zelfs een aparte regeling voor cumulatie; zie bijv. art. 8 van Verordening 2204/2002 (betreffende de toepassing van artikelen 107 en 108 VwEU op werkgelegenheidssteun). Zie over de cumulatie van verschillende soorten steun verder Hessel & Neven 2001, p. 159 e.v.

55 *Europese regelgeving over staatssteun. Informatiewijzer voor de decentrale overheid*. Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2004, p. 20.

len[56] of uit sociale uitkeringen of verzekeringspolissen.[57] Ter voorkoming van overcompensatie moeten al deze vorderingen in verband met de schade op het steunbedrag in mindering worden gebracht.[58] Dit gebeurde bijvoorbeeld bij de tegemoetkomingen voor 529 ondernemers die waren gedupeerd door de vuurwerkramp in Enschede. Daarbij werd alleen dat deel van de schade vergoed dat niet door een verzekering werd gedekt en waarvoor geen tegemoetkoming uit andere bronnen werd ontvangen.[59] Het is niet uitgesloten dat in dat verband ook rekening moet worden gehouden met de vergoedingen die op nationaal niveau (kunnen) worden verkregen uit acties uit rechtmatige of onrechtmatige overheidsdaad. Wanneer de Staat aansprakelijk zou zijn gehouden voor falend toezicht en daarbij ook een vordering betreffende de inkomensschade van de desbetreffende ondernemers zou zijn toegewezen,[60] en voor diezelfde schade vanuit een 'steunmotief' eerder een tegemoetkoming zou zijn gegeven, dan zou het gevaar voor cumulatie mijns inziens reëel zijn geweest.[61] De lidstaat zal in de steunmaatregel in elk geval duidelijk dienen te maken op welke wijze het gevaar van cumulatie wordt voorkomen. Dat cumulatie niet is uitgesloten, kan al betekenen dat niet direct goedkeuring aan de steunmaatregel wordt gegeven, maar een beschikking tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure (ex artikel 108 VwEU, lid 2) wordt gegeven.

3. Objectieve wijze van schadeberekening

De lidstaat zal moeten aantonen dat de schade waarin de steunmaatregel wil voorzien, op objectieve wijze is berekend. Dit betekent onder meer dat de Commissie twijfels zal hebben bij regelingen waarin de schade niet op het individuele geval van het bedrijf wordt bepaald, maar op macro-economisch niveau is vastgesteld of op basis van een voor meerdere bedrijven geldend

56 Beschikking van 9 februari 2000, SG(2000), D 101388, inzake steunmaatregel N 770/99 (*Belgische dioxinecrisis*), p. 11.

57 Zie de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector § 123. Volgens de Commissie is het gevaar voor cumulatie met name in de landbouw groot, nu begunstigde landbouwers steeds vaker uit verschillende bronnen steun ontvangen (Verordening 1857/2006, L358/6).

58 Zie bijv. Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2006, L 257, p. 1-10 (*Stakingen wegvervoer Sicilië*; § 50).

59 Beschikking van 6 juni 2002, C (2002) 1674, inzake steunmaatregel N 217/2002 (*Vuurwerkramp Enschede*).

60 Zoals bekend is een vergelijkbare vordering tot op heden afgewezen: Rb Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004, 69, m.nt. C.L.F.G.H.A., Hof Den Haag 30 september 2008, LJN BF1789.

61 Dit geldt ook indien een mogelijke aansprakelijkheid niet op het publiekrecht, maar op het privaatrecht wordt gebaseerd. Zie Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2006, L 257, p. 1-10: de bedrijven die handelden in landbouwproducten moesten verklaren dat zij geen gerechtelijke stappen tegen de stakende wegvervoerders zouden ondernemen, om dubbele vergoeding als gevolg van de betaling van eventuele boetes of contractuele schadevergoedingen door de stakende wegvervoerders te voorkomen.

gemiddelde.[62] Dit geldt zowel voor rechtstreekse als onrechtstreekse schade (denk bij dat laatste aan het geval dat een overstroming ook zorgt voor productievertragingen ten gevolge van stroomstoringen, leveringsproblemen door geblokkeerde wegen, etc.).[63] Een voorbeeld waarbij de 'parameters' aan de hand waarvan de schade werd vastgesteld, onvoldoende objectief waren, biedt een zaak waarin het ging om een tegemoetkoming voor schade veroorzaakt door wegstakingen in Sicilië. Naast de twijfel die de Commissie had over de vraag of deze stakingen een 'buitengewone gebeurtenis' opleverden, was zij ook niet tevreden over de wijze waarop de schade zou worden berekend, ook al zouden deskundigen ('door erkende landbouwdeskundigen (agronomen)') de berekeningen uitvoeren.[64] Hoewel dit in de praktijk van de Commissie niet als een strikte eis naar voren komt, lijkt een vaststelling van de schade door onafhankelijke experts beslist bij te dragen aan de vereiste objectiviteit.[65]

De algemene indruk is dat de Commissie kritisch bekijkt of de wijze van schadeberekening voldoende objectief is. Dat neemt niet weg dat sommige beschikkingen getuigen van een wat soepeler benadering. Van een tamelijk coulante opstelling geeft blijk de beschikking over compensatiesteun in verband met de olieverontreiniging als gevolg van de schipbreuk van de Erika in 1999. De naar aanleiding daarvan toegekende steun aan viskwekers was niet, zoals normaal gesproken wordt verlangd, per bedrijf toegekend, zodat niet kon worden nagegaan of de schade die aan de getroffen bedrijven werd vergoed ook in alle gevallen echt was geleden. In plaats daarvan werd een methode toegepast die gold voor alle producenten voor het betrokken gebied. Toch accepteerde de Commissie die methode, omdat zij wellicht werd gebruikt ter vergemakkelijking van het administratieve beheer, gelet op de omvang van het gebied waarvoor de gebeurtenissen gevolgen hadden gehad en het aanzienlijke aantal getroffen bedrijven.[66]

---

62 Beschikking van 20 oktober 2004, *Pb* 2005, L 100/46 (*Natuurrampen Italië 2002*; § 45, met verwijzingen); Beschikking 9 juli 2003, *Pb* 2004, L 31, p. 1-20 (*Natuurrampen Italië tot 1999*; § 64-65) en Beschikking van 14 juli 2004, *Pb* 2005, L 74/49 (*Erika*; §75). Zie ook de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector (*Pb* 2006, C 319/1), § 123.

63 Beschikking van 20 oktober 2004, *Pb* 2005, L 100/46 (*Natuurrampen Italië 2002*; § 46).

64 Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2006, L 257, p. 1-10 (*Stakingen wegvervoer Sicilië*; § 28 sub b en 63). Onduidelijk bleven aard en het doel van de onderzoeken, wanneer en hoe die onderzoeken tot stand kwamen en voor welke soort producten de onderzoeken zouden worden gebruikt bij de raming van de schade.

65 Beschikking van 6 juni 2002, C (2002) 1674, inzake steunmaatregel N 217/2002 (*Vuurwerkramp Enschede*). Vgl. Beschikking van 14 juli 2004, *Pb* 2005, L 74/49 (*Erika*; er was een adequate procedure ingesteld om overcompensatie te voorkomen, namelijk het oprichten van compensatiediensten die dossiers per geval konden onderzoeken; § 61).

66 Beschikking van 14 juli 2004, *Pb* 2005, L 74/49 (*Erika*; § 75). Zie voor een ander voorbeeld van een wat coulantere opstelling Beschikking van 9 juli 2003, *Pb* 2004, L 31, p. 1-20 (*Natuurrampen Italië tot 1999*; § 64-65).

4. Geen vergoeding van normale ondernemersrisico's

Wanneer schade wordt veroorzaakt door een natuurramp of een buitengewone gebeurtenis, dan staat de Commissie toe dat steun wordt verleend tot 100% van de materiële schade.[67] Het hanteren van de drempel van een 'normaal ondernemersrisico' lijkt daarmee op het eerste gezicht niet verenigbaar. Uit de beschikkingen van de Commissie valt echter op te maken dat het normale ondernemersrisico bij de beoordeling van staatssteun aan de hand van artikel 107 lid 2 sub b VwEU niet als drempel fungeert (zodat alleen de schade die daarboven uitstijgt zou kunnen worden vergoed), maar als maatstaf om 'echte' buitengewone gebeurtenissen en 'echte' natuurrampen te onderscheiden van risico's die inherent zijn aan het drijven van een onderneming en die dus niet als schadeveroorzakende gebeurtenis zoals genoemd in artikel 107 lid 2 sub b VwEU kwalificeren. Wanneer de lidstaat in een steunmaatregel wel een schadedrempel hanteert kan dit voor de Commissie evenwel aanleiding zijn om steun die naar aanleiding van een natuurramp of een buitengewone gebeurtenis wordt toegekend, eerder goed te keuren. Het in rekening brengen van een bepaalde aftrek biedt immers een duidelijke indicatie dat geen overcompensatie plaatsvindt. Zo meende de Commissie in de zaak over de vuurwerkramp in Enschede dat de aftrek voor eigen risico van 10% voor materiële schade en 30% voor bedrijfsschade een voldoende garantie bood dat overcompensatie was uitgesloten.[68]

Bij de bepaling van de grenzen van het normale risico hanteert de Commissie criteria die lijken op de criteria die ook in de nationale jurisprudentie relevante zijn. Zo behoort weinig omvangrijke schade in elk geval tot de normale ondernemersrisico's. Dat blijkt uit de eerder genoemde beschikking naar aanleiding van de olieramp met de Erika. Frankrijk gaf niet alleen een tegemoetkoming aan direct getroffen viskwekers en vissers, maar ook een verlichting van de sociale lasten en de vrijstelling van 'domaniale' heffingen voor alle viskwekers van continentaal Frankrijk en de overzeese departementen, dit in verband met het slechte imago van de gekweekte schelpdieren na de schipbreuk van de Erika. Volgens een becijfering van de Franse overheid zorgde die schade voor een omzetverlies van 2,7%. Dit omzetverlies werd door de Commissie als weinig omvangrijk beschouwd. Die kosten moeten bedrijven in het kader van hun normale bedrijfsvoering zelf dragen omdat elke economische activiteit is blootgesteld aan een aantal grote of minder grote risico's (schommelingen in de prijzen van de productiefactoren, schommeling in de verkoopprijs van de productie, eventuele verhoging van bepaalde lasten) als gevolg van de meest uiteenlopende onverwachte gebeurtenissen.[69] Hieruit

67 Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw en de bosbouwsector (*Pb* 2006, C 319/1), p. 18.

68 Beschikking van 6 juni 2002, C (2002) 1674, inzake steunmaatregel N 217/2002 (*Vuurwerkramp Enschede*).

69 Beschikking van 14 juli 2004, *Pb* 2005, L 74/49 (§ 71-72).

blijkt tevens dat de Commissie er niet voor schroomt de beweerdelijke 'abnormaalheid' van de schade in kwestie kritisch te beoordelen – een oordeel waarin zij dan ook, en niet de lidstaat, het laatste woord heeft.

5. Overcompensatie als apart criterium?

In veel beschikkingen blijkt de Commissie primair te toetsen aan de hand van de vraag of met de schadevergoeding die de meldende lidstaat onder artikel 107 lid 2 sub b VwEU gekwalificeerd wil zien, geen overcompensatie plaatsvindt. Dit is echter geen zelfstandig criterium bij de toetsing van de geoorloofdheid van steunmaatregelen in het kader van artikel 107 lid 2 sub b VwEU. Wordt in weerwil van de bovenstaande criteria toch steun toegezegd aan ondernemingen, dan zal dit in beginsel tot overcompensatie leiden. Het verbod van overcompensatie vormt veelal een *onderdeel* van de hierboven behandelde criteria. Zo kan een onvoldoende rechtstreeks causaal verband tussen de steun en de buitengewone gebeurtenis betekenen dat er een gevaar bestaat van overcompensatie.[70] Ook een onvoldoende objectieve vaststelling van het schadebedrag is door de Commissie in verband gebracht met het gevaar voor overcompensatie.[71] Het zou dan ook een misverstand zijn te menen dat het verbod op overcompensatie slechts betekent dat nooit meer mag worden vergoed dan de geleden schade. Ook indien steun wordt gegeven voor normale bedrijfsrisico's, niet-rechtstreekse schade of op onvoldoende objectieve wijze vastgestelde schade, kan er sprake zijn van overcompensatie.

11.2.2.3 De tegemoetkomingen ex artikel 107 lid 3 sub c VwEU

Als een Nederlands bestuursorgaan een tegemoetkoming aan een onderneming wil verstrekken voor schade die niet (direct) samenhangt met een overheidsdaad en deze vergoeding niet valt onder de reikwijdte van artikel 107 lid 2 sub b VwEU omdat de schadeveroorzakende gebeurtenis niet kan worden gekwalificeerd als een natuurramp of een buitengewone gebeurtenis, betekent dat niet automatisch dat deze tegemoetkoming in strijd komt met het staats-

70 Zie bijv. Beschikking van 14 juli 2004, *Pb* 2005, L 74/49: omdat Frankrijk onvoldoende gegevens verstrekte over het verband tussen het bedrag van de economische schade die alle schelpdierproducten door de olieramp met de Erika zouden hebben geleden en het bedrag van de vrijstelling van de sociale lasten voor de betrokken periode, is de Commissie niet in staat om na te gaan of deze vrijstellingsmaatregel in overeenstemming was met de waarde van de geleden schade en of er geen overcompensatie is geweest (§ 35).

71 Beschikking van 9 juli 2003, *Pb* 2004, L 31, p. 1-20 (Natuurrampen Italië tot 1999): omdat het verlies niet werd berekend op het niveau van het individuele bedrijf, zou een onnauwkeurig beeld kunnen ontstaan van de door de individuele bedrijven geleden schade, met het daaruit voortvloeiende gevaar voor overcompensatie (§ 65).

steunrecht.[72] Veelal gaat de Commissie ambtshalve, dus ook zonder dat daarom wordt verzocht, na of de steunmaatregel wellicht onder een andere uitzondering verenigbaar kan worden verklaard met de gemeenschappelijke markt.[73] Voor tegemoetkomingen is in zo'n geval vooral de uitzondering van artikel 107 lid 3 sub c VwEU van belang. Daarin is (onder meer) bepaald dat steun om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, niet is verboden, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad. De Commissie beschikt bij de beoordeling daarvan over beleidsvrijheid, die zij, zoals gesteld, veelal met behulp van specifieke kaderregelingen en richtsnoeren invult.

Omdat de vraag of een bepaalde tegemoetkoming door de Commissie zal worden goedgekeurd, bij artikel 107 lid 3 sub c VwEU afhankelijk is van het voor de desbetreffende tegemoetkoming geldende beleid, moeten daartoe primair de richtsnoeren worden geraadpleegd. Dat beleid is zo omvangrijk dat het onmogelijk uitputtend kan worden besproken. Ter illustratie bespreek ik het beleid van de Commissie ten aanzien van tegemoetkomingen aan landbouwers voor schade als gevolg van ongunstige weersomstandigheden, omdat dergelijke tegemoetkomingen in Nederland regelmatig worden verstrekt en in (nationale) gerechtelijke procedures daarover het staatssteunrecht al verschillende malen een rol heeft gespeeld.

De Commissie kwalificeert ongunstige weersomstandigheden zoals vorst, regen, droogte en hagel, doorgaans niet als natuurramp. Echter, dergelijke gebeurtenissen kunnen zoveel schade aan de landbouwproductie of de productiemiddelen toebrengen dat zij met natuurrampen mogen worden gelijkgesteld en dat de daarvoor verleende steun verenigbaar moeten worden geacht met de gemeenschappelijke markt op grond van artikel 107 lid 3 sub c VwEU. Onder welke voorwaarden steunmaatregelen voor slechte weersomstandigheden worden toegestaan, kan worden afgeleid uit de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector en Verordening (EG)

---

72 Daarbij moet worden opgemerkt dat voor zover de tegemoetkoming de grenzen van de 'de minimis'-verordening niet overschrijdt, er sowieso geen sprake is van staatssteun. Ook op dit vlak zijn weer specifieke regelingen vastgesteld. Zie de Verordening 1860/2004 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het VwEU op de 'de minimis'-steun in de landbouwsector en de visserijsector.

73 Zie bijv. Beschikking van 20 oktober 2004, *Pb* 2005, L 100, 46: ten aanzien van de steunregeling die Italië had toegepast ten gunste van ondernemingen die in de door natuurrampen in 2002 getroffen gemeenten investeringen gemeenten hadden gedaan, voerde Italië aan dat deze regeling slechts beoogde steun te verlenen voor schade die door natuurrampen of andere uitzonderlijke omstandigheden ontstaan was. Toch toetste de Commissie ook nog aan de andere uitzonderingen (§ 39-41). Vgl. voorts Beschikking van 13 juni 2000, *Pb* 2000, L 263, p. 17 e.v. (*Vervoer Iers vee*, § 102-104 (zonder beroep op uitzondering van art. 107 lid 3 sub c VwEU wordt daaraan toch getoetst)) en Beschikking van 9 juli 2003, *Pb* 2004, L 31, p. 1-20 (*Natuurrampen Italië tot 1999*, § 50-54).

1857/2006 van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag op staatssteun voor kleine en middelgrote ondernemingen die landbouwproducten produceren ('KMO'-verordening).[74] Uit deze regelingen blijkt dat de criteria die de Commissie hanteert in het kader van artikel 107 lid 2 VwEU (zoals hierboven weergegeven), ook van belang zijn bij beoordelingen in het kader van artikel 107 lid 3 VwEU. Zo zijn in de KMO-verordening uitgewerkte eisen opgenomen met betrekking tot de toegestane steunintensiteit, de wijze van schadeberekening en het voorkómen van cumulatie.[75] Ook zijn in deze documenten andere specifieke criteria opgenomen. Zo mag vanaf 2011 alleen nog steun voor door droogte veroorzaakte verliezen worden verstrekt wanneer in de desbetreffende lidstaat artikel 9 van de Richtlijn 2000/60/EG is geïmplementeerd en de lidstaat erop toeziet dat de getroffen sector een passende bijdrage levert voor geleverde waterdiensten. Het beleid is er voorts op gericht landbouwers aan te moedigen verzekeringen af te sluiten tegen weerschade, wat ertoe moet leiden dat vanaf 1 januari 2010 de omvang van vergoedingen daarvoor in beginsel met 50% worden verminderd.[76]

11.3 ART. 107 VWEU EN VERPLICHTE NADEELCOMPENSATIE

11.3.1 Inleiding

Rechtmatige overheidshandelingen die schade veroorzaken komen in alle geledingen van de markt en op talloze beleidsterreinen voor. In verschillende beschikkingen van de Commissie komen compensaties naar aanleiding van dergelijke handelingen aan de orde, die men als 'nadeelcompensatie' kan kwalificeren. Een voorbeeld biedt de compensatie die de gemeente Enkhuizen verstrekte aan een zeilvereniging, toen door de aanleg van een nieuwe haven voor kleine en grote pleziervaartuigen de bestaande toegang tot de jachthaven van de zeilvereniging werd gesloten. Als compensatie voor de sluiting baggerde de gemeente een deel van het water vlakbij de bestaande haven uit, om de vereniging in staat te stellen later op eigen kosten 105 ligplaatsen aan te leggen. Ook kreeg de vereniging de gelegenheid het uitgebaggerde gebied van de gemeente te kopen voor dezelfde prijs per vierkante meter als de gemeente eerder voor dit gebied aan de nationale overheid had betaald. Concurrerende jachthavens dienden bij de Commissie een klacht in omdat deze compensatie de concurrentie zou vervalsen.[77] Een ander voorbeeld is een beschikking over de Spaanse olijvenhandel. Op 3 juli 2001 besloot de

74 *Pb* 2006, C 319/1 resp. *Pb* 2006, L 358, p. 3-21.
75 Art. 10 en 11 van de KMO-Verordening. Zie ook de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw en de bosbouwsector, § 124 e.v.
76 Zie art. 11 lid 8 KMO-Verordening en § 125 sub e van de Communautaire richtsnoeren.
77 GvEA 27 september 2006, T-117/04 (*Jachthavens Zuidelijke randmeren t. Commissie*).

Spaanse regering dat alle partijen olie uit afvallen van olijven die op dat moment op de Spaanse markt aanwezig waren, van de markt moesten worden gehaald. Dit was nodig om de belangen van de consument te behartigen, nu kwaliteitscontroles aan het licht hadden gebracht dat de olie uit afvallen van olijven een gevaarlijke stof bevatte. Op 25 juli 2001 trad een besluit in werking dat mede tot doel had het gebruik van de stof te beperken. Dit besluit vergde een kostbare aanpassing van de productieprocessen van de betrokken ondernemingen, welke kosten, onder meer door leningen met een rentesubsidie, door de Spaanse staat werden gedragen.[78] Naast deze uit de beschikkingspraktijk afkomstige voorbeelden, zijn soms ook in de richtsnoeren van de Commissie voorbeelden van nadeelcompensatie te vinden. Zo kan compensatie worden toegekend indien een lidstaat besluit nationale milieunormen vast te stellen die strenger zijn dan de communautaire normen en waarmee dus een hoger beschermingsniveau dan vanuit Europees perspectief vereist is, wordt vastgesteld. Als dit tot wijziging van een milieuvergunning leidt, is goed denkbaar dat de nationale autoriteiten een nadeelcompensatie in het vooruitzicht stellen. Deze steun voor mogelijke extra investeringskosten zal dan moeten worden getoetst aan de Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu.[79]

In de jurisprudentie heeft het Hof duidelijk gemaakt dat verplichte schadevergoeding voor overheidshandelen niet als verboden staatssteun kan worden aangemerkt (§ 11.3.2). Dit betekent niet zonder meer betekent dat men bij nadeelcompensatie uit de gevarenzone van het staatssteunrecht is. In de praktijk blijkt het égalitébeginsel veelvuldig creatief te worden geïnterpreteerd, en wordt soms zelfs zo evident van de uitgangspunten van het égalitébeginsel afgeweken dat de compensatie niet geacht kan worden haar grondslag te vinden in een rechtsplicht. Dit fenomeen zou men onverplichte nadeelcompensatie kunnen noemen. De vraag hoe de Commissie tegen dit fenomeen zou kunnen uitkijken, staat centraal in § 11.3.3.

11.3.2 Uitgangspunt: verplichte schadevergoeding voor overheidshandelen is geen verboden staatssteun

Wanneer nadeelcompensatie in strijd is met artikel 107 VwEU, valt niet makkelijk in het algemeen te zeggen. Vaststaat wel dat schadevergoedingen, voor zover deze hun basis vinden in een rechtsplicht van de overheid, in beginsel geen verboden staatssteun zijn. Dat blijkt uit de *Asteris*-uitspraak van het Hof van Justitie. Een Griekse rechter had de prejudiciële vraag gesteld of vergoedingen aan nationale ondernemingen, tot betaling waarvan de Griekse staat zou

78 Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2005, L 110, p. 48-55. De steunmaatregel werd door de Commissie uiteindelijk als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt beoordeeld.

79 *Pb* 2001, C 37-03.

kunnen worden veroordeeld ter compensatie van uit een technische fout in de regeling voortvloeiende schade, als steunmaatregel zou kunnen worden aangemerkt. Het Hof antwoordde dat:

> 'steunmaatregelen als maatregelen van de overheid ter begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkten 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'.[80]

Hoewel de prejudiciële vraag van Griekenland feitelijk betrekking had op schadevergoeding naar aanleiding van *onrechtmatig* overheidshandelen, lijkt het antwoord van het Hof betrekking te hebben op alle uit een rechtsplicht voortvloeiende schadevergoedingen van overheidswege. In een commissiebeschikking van later datum inzake de verhuizing van een Nederlandse chloorfabriek liet de Commissie zich expliciet uit over de vraag of ook vergoedingen ter zake van een *rechtmatige* overheidsdaad verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt. De steunmaatregel in kwestie betrof een 'subsidie' – in de beschikking tevens als 'schadevergoeding' aangeduid – aan Akzo-Nobel in verband met de intrekking van een milieuvergunning voor een chloorfabriek (bijna 32 miljoen euro) en een subsidie van 30% voor de kosten van de verhuizing van een chloorverwerkende fabriek van Hengelo naar Delfzijl (tussen de 22,5 en 32,5 miljoen euro). De Commissie achtte deze steunmaatregelen verenigbaar met de gemeenschappelijke markt:

> 'Een schadevergoeding brengt doorgaans geen selectief voordeel voor de betrokken 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.'[81]

Het *Asteris*-arrest en de *Akzo Nobel*-beschikking leggen elk op wat andere aspecten het accent om te verklaren waarom verplichte schadevergoedingen in beginsel geen verboden staatssteun opleveren. Het *Asteris*-arrest legt de nadruk op het bestaan van een *op grond van een rechterlijke uitspraak* bestaande plicht tot schadevergoeding. Dat is een beperktere benadering dan die uit de *Akzo Nobel*-beschikking, waarin aansluiting wordt gezocht bij 'een algemene schadevergoedingsregeling die rechtstreeks gebaseerd is op het door de rechter erkende grondwettelijke eigendomsrecht'. Men kan zich afvragen hoe relevant het is dat de rechter vaststelt dat naar nationaal recht een plicht tot schadever-

80 HvJ EG 27 september 1988, *AB* 1991, 314 (m.nt. BMJvdM en HJS) (*Asteris*).
81 Beschikking 16 juni 2004, C(2004) 2026fin, inzake steunmaatregel N304/2003 (*Akzo Nobel*).

goeding bestaat. Advocaat-generaal Slynn heeft er in zijn conclusie bij het *Asteris*-arrest op gewezen dat denkbaar is dat een begunstigde onderneming tegen de Staat een schadevordering instelt naar aanleiding van een beslissing van de Commissie waarbij de Staat wordt gelast onwettige steun terug te vorderen.[82] Indien die vordering wordt toegewezen, zou de rechter daarmee in strijd met de staatssteunregels een schadevergoeding toekennen.[83] Het bestaan van een rechterlijke uitspraak waarin een schadevergoedingsplicht wordt uitgesproken, lijkt dus niet altijd een garantie dat deze vergoeding niet met de staatssteunregels in strijd komt. Bovendien kan het uitgangspunt dat een rechter de schadevergoedingsplicht moet hebben vastgesteld leiden tot onnodige procedures. Bij nader inzien kan men zich dan ook afvragen in hoeverre men zich (ook) voor gevallen van nadeelcompensatie door de *Asteris*-clausule zou moeten laten leiden.

De in de *Akzo Nobel*-beschikking opgenomen clausule dat het moet gaan om een aanspraak op schadevergoeding die rechtstreeks is gebaseerd op het grondwettelijke eigendomsrecht is duidelijker, hoewel ook die formulering tot uiteenlopende interpretaties aanleiding kan geven. Naar Nederlands recht vallen daaronder in elk geval de onteigening (artikel 14 lid 1 Gw) en de vernietiging, de onbruikbaarmaking en de beperking van eigendom (artikel 14 lid 3 Gw). Het recht op schadevergoeding bij de door het derde lid beschermde eigendomsinbreuken is veelal in bijzondere wetten uitgewerkt. Of de schadevergoedingsregeling in deze bijzondere wetten daarmee nu rechtstreeks gebaseerd is op het door de rechter erkende grondwettelijke eigendomsrecht, is de vraag. Vaststaat dat sommige wetten – de WRO springt in het oog – de schadevergoedingsregeling primair ziet op maatregelen die een beperking van het eigendomsrecht inhouden. Maar er zijn veel regelingen waarbij een beperking van het eigendomsrecht niet als voorwaarde geldt voor een eventueel recht op nadeelcompensatie. Een onderneming die een tijdlang omzet derft in verband met verminderde bereikbaarheid door een wegafsluiting, wordt weliswaar in haar vermogen geraakt, maar de eigendom van de onderneming zelf wordt daardoor niet aangetast. Het feit dat het égalitébeginsel vaak juist *meer* biedt dan waarop men krachtens het grondrecht op de bescherming van eigendom strikt genomen recht heeft, betekent echter nog niet dat men in de risicozone van art. 107 VwEU belandt. Ook aan de precieze formulering van de *Akzo Nobel*-beschikking lijkt dan ook niet teveel waarde te moeten worden gehecht, en in een andere beschikking formuleerde de Commissie het wat ruimer. Het ging in deze zaak om de vraag of de Duitse 'Entschadigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz', die een regeling bevatte voor de aankoop van grond tegen verlaagde prijzen, staatssteun opleverde. Dit was volgens de Commissie niet het geval:

82 Conclusie van 5 juli 1988, gevoegde zaken 106-120/107, *Jurisprudentie* 1988, p. 05515.
83 Aldus ook Kuypers 2003, p. 155.

> '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.'[84]

Deze uitspraak relativeert het belang van de inbreuk op een eigendomsrecht: ook met onteigening 'gelijk te stellen' overheidsingrijpen kan door de staatssteunbeugel. Uit deze en de *Akzo Nobel*-beschikking vallen mijns inziens drie hoofdregels af te leiden waaraan een schadevergoeding moet voldoen, wil zij niet in strijd met het staatssteunrecht komen. Ten eerste moet de vergoeding zijn gebaseerd op een *algemene* regeling, dat wil zeggen die op elke burger of ondernemer in gelijke mate van toepassing is. Dit volgt uit *Akzo Nobel*. Ten tweede moet deze regeling uitdrukking geven aan een rechtsplicht. Dit volgt niet expliciet uit deze beschikkingen, maar impliciet wel: de nadruk op het respecteren van het grondrecht op eigendom en de vaststelling van de schadevergoeding door een rechter geven duidelijk uitdrukking aan het feit dat men *recht* moet hebben op compensatie. De zojuist genoemde beschikking voegt daar nog een derde eis aan toe, namelijk dat het toegekende voordeel moet opwegen tegen de vermogensschade en geringer dan die schade moet uitvallen. Naar mijn idee zijn die drie elementen, meer dan de vraag of feitelijk een eigendomsrecht in het geding is en of de vergoeding door een rechter is vastgesteld, in de praktijk de belangrijkste oriëntatiepunten voor de Commissie.

Als hoofdregel kan men derhalve aanhouden dat verplichte schadevergoedingen in beginsel verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt voor zover zij hun grondslag vinden in een algemene schadevergoedingsregeling of in een algemeen aanvaard, door de rechter erkend beginsel dat tot schadevergoeding verplicht. De schadevergoeding heeft in die gevallen een primair *compensatoir* doel, en daarmee, zoals het Hof in het *Asteris*-arrest heeft uitgemaakt, een 'fundamenteel ander karakter' dan steunmaatregelen die de gemeenschappelijke markt vervalsen.[85] Met een dergelijke compensatie wordt immers voldaan aan de in alle lidstaten erkende, aan artikel 1 Eerste Protocol EVRM toetsbare verplichting om inbreuken op eigendom of andere belangenaantastingen onder omstandigheden slechts toe te staan indien daar een passende schadevergoeding tegenover staat. Het is niet goed voorstelbaar dat, voor zover op deze basis succesvol nadeelcompensatie wordt geclaimd, een vervalsing van de mededinging het gevolg is; door binnen de grenzen van het égalitébeginsel te blijven, is het compensatoire karakter van de schadevergoeding in beginsel gegeven.[86] Vanuit dat perspectief bezien behoeven op het égalité-

84 Beschikking 20 januari 1999, *Pb* 1999, L 107/21.

85 In de literatuur worden meer functies dan alleen de compensatie van schade aan aansprakelijkheid toegekend. Zie voor wat betreft de overheidsaansprakelijkheid Schueler 2006, p. 205 e.v.

86 Vgl. Widdershoven 2007, p. 168 e.v.

beginsel gebaseerde vergoedingen ook niet bij de Commissie te worden gemeld.

11.3.3 Geen risico's bij strikte interpretatie van het égalitébeginsel

Op het eerste gezicht leveren de voornoemde eisen geen probleem op. Het égalitébeginsel is immers algemeen en zonder onderscheid des persoons van toepassing wanneer een burger of ondernemer een onevenredig nadeel ondervindt. Een bestuursorgaan kan naar de huidige stand van het recht niet bepaalde groepen burgers of ondernemingen van de bescherming van het égalitébeginsel uitsluiten. Alleen de formele wetgever kan dat, waarbij art. 1 EP overigens wel als vangnet kan dienen. Ten tweede geeft het égalitébeginsel duidelijk uiting aan een rechtsplicht. Volgens de Afdeling zijn bestuursorganen *gehouden* onevenredig nadeel te compenseren, terwijl de Hoge Raad stelt dat het gaat om schade die niet ten laste van de enkeling *behoort* te komen.[87] Hoewel de rechter het bestuur enige marge laat om te bepalen wanneer deze rechtsplicht intreedt (bijvoorbeeld in de bepaling van een bepaald drempelpercentage), is er zonder meer een ondergrens waar een bestuursorgaan hoe dan ook niet onderdoor mag zakken. Dat de grenzen van het begrip 'onevenredig' nadeel niet heel scherp te trekken zijn, doet daar niet aan af. Ook de derde eis zal in de regel geen probleem opleveren. Juist de compensatie van alleen onevenredig nadeel brengt met zich dat het gevaar dat men meer voordelen toebedeeld krijgt dan nadelen en dus overcompenseert niet groot is.

Daar komt bij dat het beeld dat de jurisprudentie over het ongeschreven égalitébeginsel laat zien dat de drempels voor een succesvolle égalitéclaim hoog zijn. De gevallen waarin de civiele rechter een schending van de égalité heeft geconstateerd, zagen voornamelijk op schade door strafvorderlijk handelen. Succesvolle beroepen op het égalitébeginsel zijn in de civiele jurisprudentie op de vingers van twee handen te tellen. De jurisprudentie van de Afdeling is in dit opzicht iets lastiger te duiden, omdat de nadeelcompensatieclaims die aan haar worden voorgelegd, vaak zien op het verschijnsel van de geschreven nadeelcompensatie, zodat er reeds een interventie van de wet- of regelgever heeft plaatsgevonden. Toch is ook van deze jurisprudentie mijn indruk dat de drempels voor een succesvol beroep op het égalitébeginsel tamelijk hoog zijn. Dat impliceert dat wanneer men deze jurisprudentie strikt zou volgen, de kans dat men het risico loopt in strijd te handelen met het staatssteunrecht, niet groot is.[88]

---

87 ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229, m.nt. PvB (*Van Vlodrop*); HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412, m.nt. ThGD (*Staat/Lavrijsen*).

88 Vgl. Van Ravels 2005a, p. 44: 'Beziet 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.'

Dat dit risico niet altijd groot is, kan ook vanuit de hiervoor genoemde elementen van de staatssteundefinitie worden beredeneerd. Aan de eis dat het moet gaan om een *met staatsmiddelen bekostigde* vergoeding zal in de praktijk steeds zijn voldaan. Een bestuursorgaan zal voorts niet de illusie moeten hebben dat het enkele feit dat een privaatrechtelijke rechtspersoon garant staat voor de nadeelcompensatie (bijvoorbeeld via een afwentelingsvoorschrift), betekent dat de staatssteunregels niet van toepassing zijn. Commissie en Hof prikken door dit soort juridische constructies meestal heen en kijken naar de feitelijke uitwerking op de markt.[89]

Ook de eis dat de steun ten goede komt aan *bepaalde* ondernemingen in combinatie met de eis dat de schade moet leiden tot een *wezenlijke* verstoring van de concurrentieverhoudingen, zal bij een echte toepassing van het égalité-beginsel op het eerste gezicht echter niet snel een problematisch zijn. De staatssteunregels zien vooral op de situatie dat de steun toekomt aan min of meer omlijnde *categorieën* ondernemingen die een bepaald kenmerk gemeen hebben, zoals het produceren van een bepaald goed of het ontplooien van activiteiten in een bepaalde streek. Juist waar een dergelijke omlijnde groep in dezelfde mate door een overheidsmaatregel wordt getroffen, is de égalité in de regel streng: alleen de enkeling binnen die groep zal recht hebben op compensatie. Daarbij gaat het vaak letterlijk om enkelingen.[90] Compensatie van grote groepen burgers is ook onder het regime van het égalitébeginsel geen onbekend fenomeen (§ 7.6) maar het feit dat een grotere groep wordt getroffen, is een belangrijke contra-indicatie voor het bestaan van een rechtsplicht tot compensatie. Het is niet zo snel in te zien dat de compensatie van het onevenredige nadeel van één enkele onderneming tot een wezenlijke verstoring van de concurrentieverhoudingen zal leiden.[91]

Tot slot dient men te bedenken dat lang niet elke compensatie per definitie leidt tot een verstoring van de concurrentieverhoudingen. Daarvan is immers sprake wanneer men actief is op een markt waarop ook buitenlandse ondernemingen opereren of zouden kunnen opereren. Bij agrarische bedrijven wordt dat in de regel zonder meer aangenomen, zoals de talloze beschikkingen over compensaties naar aanleiding van bestrijdingsmaatregelen bewijzen. Maar voor de gemiddelde warme bakker of verse slager die schade lijdt door werkzaamheden aan de riolering, geldt dat zeker niet zonder meer. Het enkele feit dat

89 Hessel 2005, p. 28.

90 Vgl. de uitkomst van het WHV-arrest, waarin het Hof Arnhem (17 november 2009, LJN BK3304) uiteindelijk bepaalde dat art. 1 EP jegens één varkenshouder had geschonden.

91 In de eerder genoemde zaak over de haven in Enkhuizen (GvEA 27 september 2006, T-117/04) verklaarde het Gerecht het beroep van de concurrenten tegen de beschikking (beschikking 2004/114/EG), waarin de Commissie oordeelt dat de ter discussie staande maatregelen geen staatssteun vormen in de zin van art. 107 VwEU, uiteindelijk niet-ontvankelijk, onder meer omdat niet aan de hand van concrete omzetgegevens was aangetoond dat de maatregelen de positie van de jachthavens op de betrokken markt wezenlijk konden aantasten.

een warme bakker in Amsterdam ook buitenlandse toeristen aantrekt, zal vermoedelijk onvoldoende zijn om te kunnen zeggen dat een eventuele nadeelcompensatie ook de tussenstaatse verhoudingen beïnvloedt. De mogelijkheid dat zich ter plekke een Duitse of een Franse bakker vestigt, hoeft voor hen evenmin aanleiding te zijn om de steun dan maar te melden.[92] Daarmee moet deze eis niet worden gebagatelliseerd, maar lang niet in elke nadeelcompensatiezaak zal aan deze eis zijn voldaan.

11.4 Wanneer valt nadeelcompensatie aan te merken als verboden staatssteun?

11.4.1 Categorisering van enkele financiële verstrekkingen

Een voor de praktijk belangrijk probleem is dat financiële verstrekkingen niet altijd zo makkelijk zijn te *herkennen*, noch, wanneer een etiket ontbreekt, makkelijk zijn te *kwalificeren*. Zij komen onder veel noemers voor, zoals 'subsidie',[93] 'kostenvergoeding',[94] 'steun'[95] of 'tegemoetkoming'.[96] De regelgever bekommert zich zeker niet altijd over de precieze noemer waaronder de verstrekking wordt gedaan. Zijn kijk op zaken is soms pragmatisch: wanneer een beleidsdoelstelling met financiële middelen kan worden bereikt, lijkt de benaming die daaraan wordt gegeven voor hem niet van doorslaggevend belang.

Deze pragmatische benadering is vanuit een juridisch perspectief problematisch. Verschillende soorten verstrekkingen hebben immers hun eigen doelstellingen en kenmerken en (als het goed is) een daarop toegesneden wettelijk kader. Wanneer een concrete, financiële verstrekking – abusievelijk dan wel bewust – verkeerd wordt benoemd, kan dat leiden tot allerlei theoretische en praktische problemen. Om een voorbeeld te noemen: het hanteren van een financieel 'plafond' waarboven geen gelden worden uitgekeerd, is in het subsidierecht zeer gebruikelijk. Wanneer een juridisch afdwingbaar recht op nadeelcompensatie bestaat, kan een plafond daaraan vanzelfsprekend geen afbreuk doen. Dit lijkt een open deur, maar in de praktijk komt het geregeld voor dat zich juist doordat de regelgever niet goed heeft stilgestaan bij de precieze aard van een financiële verstrekking, verwarring ontstaat over het toepasselijke wettelijke kader. Dit probleem heb ik samen met Den Ouden besproken in een casus over gelden die werden verstrekt aan veehouders naar

92 Dekker & Van der Wal 2008, p. 38.
93 Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland, *Staatscourant* 1997, nr. 138, p. 7.
94 Beleidsregels kostenvergoeding subsidie milieukwaliteit elektriciteitsproductie 2006, *Staatscourant* 2007, nr. 237, 12.
95 Beschikking steun bedrijven stadsvernieuwing 1978, *Stcrt.* 1978, nr. 18, p. 6.
96 Regeling tegemoetkoming schade kalvereigenaren BSE 1996, *Stcrt.* 1998, nr. 68, p. 16.

aanleiding van een vervoersverbod. Deze gelden werden verstrekt onder de noemer van een subsidie, hoewel zij veeleer het karakter hadden van een nadeelcompensatie.[97]

In deze paragraaf zal ik de precieze afstemmingsproblematiek (met name ten aanzien van de precieze toepasselijke wettelijke kaders) onbesproken laten. Deze problematiek vergt niet alleen nauwkeurig inzicht in de vraag in welke situatie een bepaalde verstrekking passend is, maar ook in de vraag wat de aard van die verstrekking precies voor gevolgen heeft voor het daarop toepasselijke juridische kader. Gezien de veelsoortigheid van uit de overheidskas afkomstige geldstromen, zou dit onderwerp een afzonderlijk proefschrift rechtvaardigen. Om precies te kunnen begrijpen wanneer nadeelcompensatie in het vaarwater van de verboden staatssteun kan belanden, is het echter wel zinvol om stil te staan bij de belangrijkste financiële verstrekkingen en de wijze waarop zij zich tot elkaar verhouden. Eén van de verstrekkingen die in dit verband namelijk moet worden onderscheiden is de zogenaamde 'onverplichte nadeelcompensatie', waarbij de overheid ook nadeel compenseert, maar los van de minimumeisen die uit het égalitébeginsel voortvloeien. Het zal in het licht van het voorgaande niet verbazen dat een dergelijke vorm van compensatie niet zonder meer voldoet aan de hiervoor beschreven uitgangspunten uit *Asteris* en *Akzo Nobel*. Om dit nader uit te werken, wil ik eerst bezien welke plek de nadeelcompensatie naar mijn idee inneemt in het geheel aan van de overheid uitgaande financiële verstrekkingen. Aan de hand van het oogmerk van de publiekrechtelijke verstrekking kunnen de volgende categorieën worden onderscheiden:

a. De subsidie in de zin van artikel 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. Verplichte nadeelcompensatie, waarmee een zuiver compensatoir doel wordt gediend: oogmerk is het vergoeden van schade van de burger, ter voldoening aan een rechtsplicht. Deze rechtsplicht kan naar huidig Nederlands recht naast het égalitébeginsel ook worden gebaseerd op art. 1 EP EVRM, art. 14 Grondwet of art. 3:4 lid 2 Awb.
d. Onverplichte nadeelcompensatie, die niet berust op een juridisch afdwingbare rechtsplicht van het betrokken bestuursorgaan. Het oogmerk is hier ook compensatoir van aard, maar met de compensatie beoogt het bestuursorgaan nog iets meer, zoals het verkrijgen van medewerking van burgers aan de uitvoering van beleid.
e. Tegemoetkomingen in schade die niet (direct) samenhangt met een overheidsdaad, zoals schade als gevolg van rampen en ongevallen, geregeld

97 ABRvS 22 juni 2005, *AB* 2005, 441, m.nt. Den Ouden & Tjepkema.

in de WTS.[98] Hieronder vallen ook regelingen waarmee de overheid tegemoet wil komen in schade aan particulieren die niet (direct) het gevolg is van een ramp of ongeval, zoals de tegemoetkomingen die worden gegeven aan (de nabestaanden van) asbestslachtoffers.[99]

11.4.1.1 Communicerende vaten?

Dit is niet de eerste poging om tot een categorisering van het aantal mogelijke financiële verstrekkingen te komen. Damen heeft onderscheiden tussen subsidies, uitkeringen in geld, steun en andere uitkeringen in verband met gebeurtenissen uit het verleden, nadeelcompensatie op grond van een wettelijke regeling, nadeelcompensatie op grond van de égalité en schadevergoeding uit onrechtmatige daad.[100] Opmerkelijk is zijn stelling dat het hier gaat om *communicerende vaten*: voor zover subsidie wordt verstrekt, zijn geen steunmaatregelen nodig, voor zover steun wordt gegeven is geen nadeelcompensatie nodig, en voor zover nadeelcompensatie wordt toegekend is geen schadevergoeding uit onrechtmatig daad nodig. In het licht van het oogmerk van de verstrekking in kwestie zou mijns inziens juist als uitgangspunt moeten gelden dat deze verschillende verstrekkingen juist heel goed *naast* elkaar kunnen bestaan. Wanneer een ondernemer door werkzaamheden aan de Noord-Zuidlijn met scheuren in zijn winkelpand te maken krijgt, kwalificeert dat als een vorm van vermijdbare en dus onrechtmatig toegebrachte zaakschade. Deze komt in beginsel volledig voor vergoeding in aanmerking en wordt getoetst aan art. 6:162 BW. Moet hij in verband met de rechtmatige feitelijke herstelwerkzaamheden zijn pand drie weken sluiten, dan kan hij voor de daardoor geleden omzetschade nadeelcompensatie claimen. Het is niet goed denkbaar dat de ene verstrekking eenvoudig de plek van de andere kan innemen. Zou de ondernemer voor de zaakschade een beroep doen op de nadeelcompensatieregeling, dan zal hem te kennen worden gegeven dat deze daarvoor niet het geëigende toetsingskader biedt.[101] De uitgangspunten van het stelsel van aansprakelijkheid, de relevante toetsingscriteria en de omvang van de schadevergoeding verschillen in beide gevallen sterk, zodat ze in beginsel los van elkaar moeten worden gezien. Zou diezelfde ondernemer een week na de herstelwerkzaamheden een subsidie aanvragen op grond van de Regeling Subsidie Sanering Loden Waterleidingen, dan zullen B&W hem niet kunnen

98 Wet tegemoetkoming schade bij rampen en ongevallen. Zie ook bijv. 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).

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

100 Damen 1996, p. 17-42. Het begrip 'steun' zie ik niet als een aparte juridisch te normeren categorie. 'Steun' neemt – voor zover publiekrechtelijk vormgegeven – mijns inziens steeds één van de vier hiervoor geïdentificeerde verstrekkingsvormen aan.

101 Vgl. § 5.2.2.

tegenwerpen dat hij reeds twee financiële verstrekkingen van de gemeente heeft gekregen. Vanuit het oogmerk geredeneerd kunnen deze verstrekkingen dus perfect naast elkaar bestaan.

11.4.1.2 Relativering van het onderscheid tussen de verschillende verstrekkingen

Aan Damen kan worden toegegeven dat het onderscheid tussen de verschillende verstrekkingen tot op enige hoogte kan worden gerelativeerd. Zoals gesteld is het onderscheid tussen verschillende verstrekkingen mede van belang omdat elke verstrekking haar eigen motieven en een daarop toegesneden wettelijke kader kent. De verplichte nadeelcompensatie wordt er daarbij door gekenmerkt dat er een ondergrens is die een rechtmatig handelende overheid hoe dan ook dient te respecteren. De reikwijdte van de égalité kan bijvoorbeeld niet bij verordening wordt beperkt. Evenmin mag bij verordening een zodanige interpretatie aan het normaal maatschappelijk risico worden gegeven dat een recht op nadeelcompensatie *de facto* niet bestaat. Daarin komt duidelijk het verplichtende en algemeen geldende karakter van de égalité tot uitdrukking. De égalité onderscheidt zich daarin van de subsidie, waarbij de wetgever veel vrijer is om te beslissen in welke gevallen hij financiële middelen ter beschikking wil stellen en, 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), een beperking van de groep potentiële aanvragers, een relatie met de draagkracht van aanvragers en aanvullende voorwaarden en verplichtingen heel goed in subsidieregelingen kunnen worden opgenomen, maar ook in regeling op basis waarvan onverplicht wordt gecompenseerd. Zij staan evenwel op gespannen voet met de égalitéleer. Dat is een eerste relativering van het onderscheid tussen de verschillende verstrekkingen: bij de subsidie, de onverplichte nadeelcompensatie, de inkomensvoorziening en de tegemoetkoming heeft de wetgever een grote mate van vrijheid om zelf invulling te geven aan de situaties waarin en de wijze waarop hij de financiële middelen aan burgers ter beschikking wil stellen.

De égalité onderscheidt zich van deze zojuist genoemde verstrekkingen doordat zij uiting geeft aan een rechtsplicht. Toch betekent dit niet dat de genoemde andere voorzieningen geen rol zouden kunnen spelen bij de vraag of de overheid *gehouden* is tot nadeelcompensatie. Men kan dat relateren aan de notie dat, indien een vergoeding *anderszins is verzekerd*, een compensatie op grond van de égalité kan worden afgewezen. Het is heel goed denkbaar dat, indien een ondernemer reeds een financiële verstrekking met een *onverplicht* karakter (dat wil zeggen alle hiervoor genoemde verstrekkingen behalve de onder d. genoemde) ook kan meewegen bij de vraag of een burger oneven-

redig is benadeeld.[102] Zo werden naar aanleiding van de BSE-crisis in 1997 door de Staat diverse maatregelen getroffen in de vorm van meer algemene inkomens- dan wel omzetcompensatie. Deze maatregelen – die het karakter hadden van categorie (b) inkomensvoorziening – zagen echter niet op de situatie van Harrida. Juist het feit dat voor hem geen inkomensvoorziening was geschapen, was voor hem aanleiding een beroep op het égalitébeginsel te doen, wat erop wijst dat een eventuele inkomensvoorziening naar aanleiding van een en dezelfde maatregel zijn beroep op een 'verplichte nadeelcompensatie' zou hebben weggenomen.[103] De schade zou dan naar mijn indruk 'anderszins zijn verzekerd'. Ook heeft de Afdeling al eens overwogen dat met de verlening van een subsidie een nadeelcompensatie niet meer nodig was, zodat zij onder omstandigheden in elkaars plaats kunnen komen.[104] Wel is denkbaar dat een van de subsidiaire inkomsten een afwijking van het uitgangspunt van de égalité laat zien in die zin dat bijvoorbeeld slechts één vorm van schade wordt vergoed (inkomensschade, terwijl men ook zaakschade heeft geleden). Voor die aanvullende schade zou op basis van de égalité *wel* een rechtsplicht tot compensatie kunnen bestaan.

Een derde en laatste relativering ziet erop dat het onderscheid tussen de verschillende verstrekkingen ook juridisch niet altijd strikt valt te maken. Zo wordt in de praktijk in het kader van de onderhandelingen over de precieze inhoud van een nieuwe milieuvergunning, de mogelijkheid tot compensatie beleidsmatig vaak ingezet om milieumaatregelen gerealiseerd te krijgen die zonder een compensatie toe te kennen, niet tot stand zouden zijn gekomen. Dit lijkt in beginsel op een vorm van onverplichte compensatie, maar het is goed denkbaar dat een deel van de vergoeding wel degelijk rechtens verplicht is; de compensatie heeft dan kenmerken van zowel een verplichte als een onverplichte nadeelcompensatie. Hoe dicht de verschillende verstrekkingen tegen elkaar aan kunnen liggen, kan ook aan de hand van het volgende voorbeeld worden geïllustreerd.

> Aan eigenaren van woonboten die hun woonboot moeten aansluiten op het riool, werd een vergoeding in het vooruitzicht werd gesteld voor de kosten die zij daartoe zouden maken. Achtergrond van deze regeling was dat de doelstelling van het Lozingenbesluit, namelijk een beëindiging van alle ongezuiverde lozingen van huishoudelijk afvalwater op uiterlijk 1 januari 2005, waarschijnlijk niet zou worden gehaald als de woonbooteigenaren niet een duwtje in de rug zouden krijgen.

---

102 Deze 'communicerende' werking is bij onrechtmatige daden minder goed denkbaar. Dat een subsidie of een uitkering voor schade door onrechtmatige daad in de plaats zou kunnen treden, is niet aannemelijk. De aansprakelijkheid uit *on*rechtmatige daad is wat dat betreft een categorie *sui generis*, waarvoor de vaak meer politiekgetinte andere verstrekkingen in beginsel niet in de plaats kunnen treden.

103 Zie HR 20 jui 2003, *NJ* 2005, 189, m.nt. MRM (*Harrida*, i.h.b. de conclusie van Spier sub 2.4.2).

104 ABRvS 3 september 2003, *AB* 2004, 51, m.nt. ABB, ook genoemd in § 8.8.

> Daartoe werd de Subsidieregeling riolering woonboten opgesteld, die voorzag in een subsidie ter tegemoetkoming in de kosten van de aanschaf van een deugdelijke boordvoorziening met walslang. Ter rechtvaardiging van deze kostenvoorziening wees de staatssecretaris van Verkeer & Waterstaat op het égalitébeginsel. De égalité zou met zich brengen dat de nadelige kosten van een besluit tot het verminderen en tegengaan van ongezuiverde lozingen van huishoudelijk afvalwater van woonboten in rijkswateren niet onevenredig op de eigenaren van woonboten zouden mogen drukken, nu zij in vergelijking met de gemiddelde huisaansluiting veel hogere kosten moesten maken.[105]

Hierbij vallen enkele kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste kan men zich afvragen of dit soort kosten niet bij uitstek hoort tot de kosten die inherent zijn aan de beslissing om een woonboot te gaan bewonen. Daarvan heeft men de lusten, maar ook de lasten; het is niet aannemelijk dat een rechter zou oordelen dat deze hogere kosten boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgen.[106] Verder kan men zich afvragen wat nu precies de rechtmatige handeling in kwestie was. Er werd geen *verplichting* tot het aansluiten opgelegd, een keuze die de overheden hadden gemaakt en die samenhing met de wederkerige afhankelijkheid van woonbooteigenaar en gemeente en de hoge kosten die uitbreiding van het rioleringsstelsel met zich bracht. De woonbooteigenaren waren dus niet *gehouden* om de kosten te maken, maar deden dit louter op vrijwillige basis. Mijns inziens moet de regeling worden aangemerkt als een subsidieregeling: er was sprake van een stimulering van een wenselijke activiteit (het aansluiten op het riool ter realisering van de doelstellingen van het lozingenbeleid), met een element van vrijwilligheid (er gold geen verplichting tot aansluiting). Ook was sprake was van een gebonden overdracht: de subsidie mocht alleen aan de boordvoorziening worden besteed. Het enkele feit dat deze kosten direct voortvloeiden uit het rechtmatige lozingenbeleid, betekent nog niet dat hier sprake was van een vorm van nadeelcompensatie. Zulks zou alleen aan de orde zijn geweest als de eigenaren bij besluit zouden worden verplicht om de aansluiting te realiseren. Een eventuele financiële tegemoetkoming in het kader daarvan zou wel kunnen kwalificeren als een vorm van onverplichte nadeelcompensatie.

Thans wil ik uitvoeriger stilstaan bij het fenomeen 'onverplichte nadeelcompensatie'. Uitgaande van de in § 11.3.2 genoemde Hof-jurisprudentie en beschikkingen van de Commissie zal het bestuur bij deze figuur in de praktijk immers het grootste gevaar lopen om in strijd met het staatssteunrecht te handelen.

---

105 Subsidieregeling riolering woonboten, *Stcrt*. 2007, p. 29.

106 ABRvS 22 december 1995, *AB* 1996, 250, m.nt. PvB. Het begrip 'normaal maatschappelijk risico' wordt overigens niet met zoveel woorden gehanteerd, maar zie de noot van Van Buuren.

11.4.2 Hoe kan onverplichte nadeelcompensatie worden herkend?

De vraag is allereerst wat de kenmerken zijn van onverplichte nadeelcompensatie. In de praktijk blijken op zichzelf rechtmatige overheidsmaatregelen regelmatig aanleiding te geven tot vergoedingen waarvan men zich kan afvragen of zij verenigbaar zijn met de strikte grenzen die het égalitébeginsel stelt. Het compensatoire doel dat met elke zuivere toepassing van het égalitébeginsel wordt gediend, komt daarbij veelal op de achtergrond te staan en moet plaatsmaken voor andere doelstellingen. Omdat men hier afdrijft van de door een (afdwingbare) rechtsplicht ingegeven compensatie op grond van de égalité, kan men spreken van 'onverplichte nadeelcompensatie'. Heeft het bestuur onverplicht een schadevergoedingsregeling opgesteld, dan bestaat voor op grond van die regeling verstrekte gelden vanzelfsprekend wel een rechtsplicht.

De vraag is hoe het fenomeen 'onverplichte nadeelcompensatie' kan worden herkend. De belangrijkste toetssteen is het 'objectieve recht'. Uit het recht zoals dat door de Nederlandse rechter wordt toegepast zal men moeten afleiden wat de contouren van het égalitébeginsel zijn. Problematisch hierbij is dat de aan het égalitébeginsel verbonden criteria de nodige interpretatieruimte bieden om te bepalen *wanneer* de rechtsplicht intreedt. Bovendien wordt aan bestuursorganen in dat verband enige discretionaire ruimte gelaten. Hoewel deze criteria zeker een belangrijk houvast geven, zijn deze criteria ook niet heel scherp te omlijnen. In deze paragraaf wil ik naast het normaal maatschappelijk risico (§ 11.4.2.2) dan ook twee andere mogelijke aanknopingspunten bespreken. Ten eerste de met de nadeelcompensatie beoogde doelstellingen, al dan niet af te leiden uit de toelichting bij een regeling (§ 11.4.2.1) en ten tweede de aard en opzet van de schadevergoedingsregeling (§ 11.4.2.3).

11.4.2.1 Meer doelstellingen dan alleen compenseren

Met zowel verplichte als onverplichte nadeelcompensatie wordt altijd een compensatoir doel gediend: het bestuursorgaan beoogt de schade van een burger te vergoeden. Met onverplichte nadeelcompensatie beoogt het bestuursorgaan vaak nog iets meer, en een aantal van die doelstellingen wil ik hier bespreken. Opnieuw zij benadrukt dat de grenzen tussen verplicht en onverplicht niet heel scherp zijn te trekken: ook met de égalité kunnen andere dan compensatoire doelen zijn beoogd.

> Gedacht kan worden aan de schadevergoedingsregeling in de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren. In de Memorie van Toelichting heeft de regering gesteld dat doel van deze regeling niet is om veehouders schadeloos te stellen voor hun schade. Daartoe achtte de regering zich niet gehouden, omdat iedere veehouder zijn eigen schade behoort te dragen; het houden van dieren brengt het risico van dierziekten met zich mee. Met de GWD-regeling zou vooral worden beoogd om de drempel voor het signaleren van dierziektes laag te houden. Als de veehouder weet dat hij eventuele schade vergoed krijgt, zal hij snel aan de bel trekken. Een

> ander doel zou zijn gelegen in het voldoen aan de voorwaarden voor het verkrijgen van gelden van de Europese Gemeenschappen. De EG stelt als voorwaarde voor een financiële bijdrage een onmiddellijke en passende schadeloosstelling van veehouders.[107]

Duidelijk moet zijn dat niet de Memorie van Toelichting bepaalt waar de grenzen tussen verplicht en onverplicht lopen, maar de rechter. De stelling dat 'iedere veehouder zijn eigen schade behoort te dragen' kan de overheid niet ontslaan om in Leffers-achtige gevallen een compensatie aan de getroffen veehouder toe te kennen. Dergelijke gevallen kunnen zich ook voordoen wanneer het CBB moet oordelen over de wijze waarop de minister invulling heeft gegeven aan de GWD-schadevergoedingsregeling. Dit voorbeeld toont daarmee twee zaken aan: ten eerste dat ook met een compensatie op grond van de égalité andere dan alleen compensatoire doelen kunnen worden gediend. Ten tweede: het is riskant om uit de toelichting bij een regeling af te leiden of de op grond daarvan verstrekte compensatie een al dan niet verplicht karakter heeft. Wat de toelichting hierover stelt, sluit immers niet uit dat op grond van de regeling ook 'echte' égalitégevallen worden gecompenseerd. Maar omdat onverplichte compensatie zich er bij uitstek door kenmerkt dat de overheid er nog iets meer mee beoogt dan *alleen* compensatie, en de toelichting van die nevendoelstellingen een indruk kan geven, is de toelichting in elk geval een belangrijke 'indicator' van het al dan niet verplichte karakter van de regeling.[108] Thans wil ik de belangrijkste nevendoelstellingen bespreken.

1. Wegnemen van tegenstand

Een eerste doelstelling is het wegnemen van tegenstand. Een bestuursorgaan kan *de facto* 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 nadrukkelijk op de voorgrond in de Nadeelcompensatieregeling verleggen kabels en leidingen in en buiten rijkswaterstaatswerken en spoorwegwerken.[109] Deze regeling moet voorkomen dat eigenaren van kabels en leidingen de voortgang van werkzaamheden aan grote infrastructurele projecten frustreren. Volgens de minister is de NKL 1999 niet gegeven 'als invulling van een in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel voor nadeelcompensatie, maar als afgeleide van overeenkomsten in een aantal politiek gevoelige zaken'.[110]

---

107 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 354, nr. 6, p. 14. Zie ook Van Kooten-de Jong 2007, p. 89.

108 Vgl. Ruiter 1971, p. 255.

109 *Stcrt.* 1999, 97e.v.

110 Rb Groningen 16 januari 2001, *BR* 2001, 332. Vgl. Monnikhof 1999, p. 484. Vgl. Drupsteen 2000, p. 101: 'The doctrine of administrative compensation was not only based on motives of equity and justice but also on motives related to efficiency.'

2. Sociaal-economische motieven

Ten tweede kunnen ook sociaal-economische motieven een goede reden vormen om over te gaan tot onverplichte nadeelcompensatie, bijvoorbeeld om te voorkomen dat grote groepen burgers brodeloos raken. Dit motief speelde bijvoorbeeld bij de totstandkoming van de Zuiderzeesteunwet, die werd opgesteld naar aanleiding van het besluit tot het droogleggen van de Zuiderzee. In § 5.7.2 is beschreven dat sommige Kamerleden van mening waren dat de in de Zuiderzeesteunwet opgenomen schadevergoedingsregeling kon worden verklaard door het égalitébeginsel. Het hoofdmotief om een regeling ter 'tegemoetkoming' van de schade in het leven te roepen was echter niet dat de overheid daartoe op grond van enig rechtsbeginsel *verplicht* zou zijn. Het achter de Zuiderzeesteunwet schuilende motief was veeleer: 'Hoe kan de Zuiderzeevisschersbevolking onder de veranderde omstandigheden blijven werken en hoe helpt men haar heen door de overgangsperioden?'.[111] Het ging er in casu dus mede om de bevolking op de been te houden. Uitkering in geld diende volgens de regering in de toelichting bij de wet slechts in laatste instantie te worden verstrekt, voor zover de andere vormen van tegemoetkoming tekort zouden schieten.[112] Om die reden noemde de regering de regeling niet een *schadevergoedings*wet, maar een *steun*wet.

Ook later heeft de overheid vergelijkbare tegemoetkomingsregelingen getroffen. Bekende voorbeelden zijn de Wet schade oesterkwekers 1966 (tegemoetkoming voor oesterkwekers in schade ten gevolge van de aanleg van de Deltawerken) en de Deltaschadewet 1971 (tegemoetkoming aan particulieren en bedrijven ten gevolge van de aanleg van de Deltawerken). Het onverplichte karakter van deze regelingen weerspiegelt zich duidelijk in het feit dat de regelgever veelal zeer gedetailleerde voorschriften heeft opgenomen ten aanzien van de omstandigheden waaronder en de mate waarin recht op een tegemoetkoming bestaat. Dit is de regelgever ook op kritiek komen te staan. Zo meenden sommige Kamerleden dat de Zuiderzeeregeling veel te 'schriel' en 'krenterig' was uitgewerkt.[113] In een bespreking van de Deltaschadewet laat Van Wijmen een vergelijkbaar geluid horen: 'de gedachte alleen al dat een gelaedeerde *één cent* – die munt bestond in 1971 nog – teveel zou kunnen krijgen moet de ontwerper(s) van de Deltaschadewet met de grootst mogelijke afschuw vervuld hebben...'[114] Wat hiervan zij, ook voor deze wetten geldt wat ik hiervoor al stelde: het is niet uitgesloten dat zich onder de door de werken getroffenen ook 'echte' égalitégevallen bevinden, maar het voldoen aan een rechtsplicht tot compensatie is niet het hoofdmotief om een regeling te treffen.

---

111 *Kamerstukken II* 1924/25, 281, nr. 5 p. 25 (MvA).
112 *Kamerstukken II* 1924-25, 281, p. 12 (MvT).
113 *Handelingen II*, 1924-25, p. 2224.
114 Van Wijmen 1991, p. 62-63.

3. Gerealiseerd krijgen van gewenst beleid

Een vaak zichtbare doelstelling die soms ook met nadeelcompensatie wordt bereikt is het gerealiseerd krijgen van gewenst beleid. Compensatie kan eraan bijdragen dat sneller of efficiënter wordt bereikt wat zonder compensatie achterwege zou blijven. Schadevergoeding fungeert hier als *stimuleringsinstrument*. De reeds genoemde compensaties in het milieurecht, waarbij in het kader van de onderhandelingen over de inhoud van een nieuwe milieuvergunning, een compensatie in het vooruitzicht wordt gesteld om milieudoelstellingen gerealiseerd te krijgen, zijn een goed voorbeeld.[115] Met name in deze gevallen kunnen zich afbakeningsproblemen tussen de onverplichte nadeelcompensatie en de subsidie voordoen, zoals ik hierna zal illustreren.

Ook bij de bestrijding van besmettelijke dierziektes speelt deze doelstelling soms een rol. De tegemoetkomingsregeling van art. 91 GWD laat een mengvorm zien van compensatoire en beleidsdoelstellingen. Enerzijds laat de minister zich bij de vraag of er sprake is van een bijzonder geval dat tegemoetkoming verdient leiden door het égalitébeginsel; onder meer is relevant of de schade 'niet onevenredig groot is gezien de omstandigheden van het geval' en of deze 'tot het normaal te aanvaarden maatschappelijk risico behoort te worden gerekend'.[116] Anderzijds zijn bij de vraag *of* een nadeel tot het normaal te aanvaarden risico behoort ook beleidsdoelstellingen van belang. Dat bleek toen een vakantiecentrum voor reumapatiënten waar ook evenhoevige dieren werden gehouden, een beroep deed op art. 91 GWD. De minister voerde aan dat dit geval geen tegemoetkoming rechtvaardigde, omdat het relevant verschilde van twee andere gevallen buiten de veehouderijsector, waarin wel was gecompenseerd, te weten varkensfokbedrijven en melkveehouderijbedrijven. Het CBB toetste dit argument aan het doel en strekking van de GWD, die was gelegen in het verkrijgen van medewerking van de betrokken bedrijfstak bij de uitvoering van bestrijdingsmaatregelen. In het licht van deze doelstelling, die volgens het CBB in lijn was met doel en strekking van de GWD, bestond er een redelijkerwijs te rechtvaardigen onderscheid tussen het geval van appellante en de categorieën die wel een tegemoetkoming hadden gekregen.[117]

4. Politieke opportuniteit

Soms zijn vooral overwegingen van politieke opportuniteit de aanleiding tot de toekenning van nadeelcompensatie. Nu spelen politieke overwegingen in de bovengenoemde gevallen ook een rol, maar daar hangen zij ook nog samen met een achterliggend doel (het voorkómen dat rechtmatig maatregelen weerstand oproepen, het voorkómen dat een maatregel de economie schade berok-

115 Evaluatiecommissie Wet milieubeheer 2003, p. 23, Van der Meijden 1992, p. 81 en Grimberg e.a. 1988.

116 CBB 5 september 2000, LJN AB2639, *AB* 2001, 20, m.nt. JHvdV.

117 CBB 17 juni 2004, LJN AQ7401.

kent en het realiseren van een bepaald beleidsdoel). Soms kan men van een overweging om te compenseren echter niet meer zeggen dan dat de politiek het opportuun vond om een bepaalde groep een compensatie te bieden. Dit element lijkt te hebben meegespeeld in de zaak rond de schadevergoeding aan de mechanische kokkelvissers, aan welke compensatie waarschijnlijk een sterke en geslaagde lobby van de kokkelvisserijsector ten grondslag lag. Ook op veel kleinschaliger niveau kunnen dit soort overwegingen een rol spelen. Een voorbeeld is de nadeelcompensatie die na de aanslag op het Koninklijk huis in de gemeente Apeldoorn werd aangeboden aan ondernemers die schade leden ten gevolge van het besluit tot afblazen van Koninginnedag. Het is niet aannemelijk dat de daardoor gederfde inkomsten als een voorbeeld van égalitéschade zou kunnen worden aangemerkt. Hoewel dit besluit onverwachts kwam, is niet in te zien waarom de overheid een *rechtsplicht* zou hebben tot compensatie voor een vorm van schade die mede uit haar handelen voortvloeit, maar die een passende en normale reactie is op een externe gebeurtenis. Bovendien is niet aannemelijk dat deze schade uitstijgt boven de risico's die ondernemers in hun normale bedrijfsvoering wel vaker tegenkomen, bijvoorbeeld ten gevolge van slecht weer.[118] Uit zuivere overwegingen van politieke opportuniteit werd als doekje voor het bloeden een tegemoetkoming in de schade gegeven.

11.4.2.2 Normaal ondernemersrisico

Een tweede aanknopingspunt ziet op de vraag of de schade het normale ondernemersrisico overstijgt. Een lastig punt hierbij is dat de grenzen van dit begrip niet scherp te trekken zijn. Van de voorbeelden die tot nog toe als vormen van onverplichte nadeelcompensatie werden genoemd, kan met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid worden gezegd dat zij niet als een vorm van verplichte nadeelcompensatie kunnen worden aangemerkt, maar *echte* zekerheid kan niet altijd worden verkregen. Hoe groot de ongelijkheden in de praktijk bij de toepassing van het normale ondernemersrisico zijn, kan aan de hand van een voorbeeld over het onderscheid tussen de omzetdrempels en kortingspercentages worden geïllustreerd.

> Twee ondernemingen, uit respectievelijk Amsterdam en Den Haag, hebben ieder een omzet van € 100.000 op jaarbasis. Door de bouw van een ondergrondse metrolijn lijden zij beide in een bepaald jaar € 20.000 omzetschade. In Amsterdam wordt als lijn gehanteerd dat 15% van het totaal geleden nadeel vanwege het normale ondernemersrisico moet worden geduld.[119] In Den Haag is dat anders; daar is

118 Zie ook het redactioneel in de *Volkskrant* van 6 augustus 2009, onder de veelzeggende titel 'Ondernemersrisico'.

119 Zie voor voorbeelden van die methode Rb Utrecht 15 oktober 2003, LJN AM2622, ABRvS 6 maart 2003, LJN AE0350 en Rb Arnhem 28 maart 2007, LJN BA3416.

> schade pas onevenredig als zij uitstijgt boven 15% van de omzet op jaarbasis.[120] Welke van deze rekenmethodes gekozen wordt, maakt voor de betrokken onderneming nogal een verschil: de Amsterdamse onderneming krijgt 85% van € 20.000, dus € 17.000 schadevergoeding. De Haagse onderneming krijgt zijn schade pas vergoed als de schade meer bedraagt dan € 15.000 (15% van zijn omzet op jaarbasis). Hij krijgt € 5000 schadevergoeding.

Zoals in § 8.5.3.4 gesignaleerd komt het in de nadeelcompensatiepraktijk ook daadwerkelijk voor dat schade die voor de ene burger – in casu de burger uit Amsterdam – geacht wordt buiten zijn normale ondernemersrisico te vallen voor de andere burger – de Hagenaar – daar juist *binnen* valt. Aan dit verschil in uitwerking van de vraag wanneer een burger 'recht' heeft op nadeelcompensatie, ligt geen objectieve rechtvaardiging ten grondslag. Het verschil lijkt voornamelijk te kunnen worden teruggevoerd op de 'pet' van de deskundige, die bij sommige projecten – de Betuweroute – meer voelt voor een omzetdrempel en bij andere – de Noord-Zuidlijn – een relatief ruimhartig beleid voert. Deze praktijk laat verder zien dat de hoge waarde die het Hof blijkens het *Asteris*-arrest hecht aan het 'objectief' door de *rechter* laten vaststellen of een recht op schadevergoeding bestaat, geen garantie is dat er in de praktijk geen ongelijkheden optreden en daarmee een mogelijk concurrentievoordeel van de een ten opzichte van de ander ontstaat. De bestuursrechter pleegt het compensatiebeleid in dezen immers marginaal te toetsen. Niet de rechter, maar het bestuursorgaan en de deskundige vervullen hier een voortrekkersrol.

Een en ander neemt niet weg dat er uit de jurisprudentie toch ook wel enige lijnen zijn af te leiden. De discussie over de omzetdrempels ziet op een van de meest lastige vragen bij de toepassing van het normaal ondernemersrisico, namelijk welke schadeomvang als 'normaal' kan gelden. Iets eenvoudiger is de vraag welke *soort* maatregelen geacht kunnen worden te behoren tot het normale ondernemersrisico. Uit de aard van een bedrijf volgt veelal dat er bepaalde, typische nadelen zijn die bij uitstek horen tot de kosten of nadelen die samenhangen met de 'normale bedrijfsvoering'.

> Zo moet een spoorwegonderneming er, in het licht van de taak van de overheid om de veiligheid op het spoor te waarborgen, 'er in beginsel rekening mee houden dat door de overheid ter behartiging van dit publieke belang maatregelen op grond van de Spoorwegwet worden genomen, die financieel nadelige gevolgen voor de spoorwegonderneming kunnen hebben'.[121]
>
> Het is vaste rechtspraak van alle hoogste nationale rechters dat bij de handel in dierlijke producten een hoog ondernemersrisico geldt, in het licht van de objectieve

120 Ook die methode is door de Afdeling geaccepteerd (ABRvS 5 september 2001, *BR* 2002, 877, m.nt. BPMvR (*Souterrain Den Haag*)).

121 CBB 10 december 2008, *AB* 2009, 90, m.nt. BPMvR.

voorzienbaarheid van maatregelen ter bescherming van besmettelijke dierziektes.[122]

Uit deze jurisprudentie kan men afleiden dat een vergoeding in de kosten die voortvloeien uit maatregelen die bij uitstek inherent zijn aan een bepaald type bedrijfsvoering, in beginsel geacht moet worden onverplicht te zijn verstrekt. Toch is niet ondenkbaar dat de overheid aanleiding zal zien tot een dergelijke onverplichte nadeelcompensatie over te gaan. Zij zou kunnen menen dat het vooruitzicht op een kostenvergoeding aan spoorwegondernemingen die samenhangt met de maatregelen die zij aan hen oplegt, effectief waarborgt dat noodzakelijke veiligheidsmaatregelen op het spoor snel en efficiënt worden genomen. Dat gebeurt op dit specifieke beleidsterrein, voor zover ik kan overzien, niet, maar op het terrein van de bestrijding van besmettelijke dierziektes komen dit soort tegemoetkomingen regelmatig voor. Gedacht kan worden aan opkoop- of beëindigingregelingen, waarmee de overheid veehouders een premie in het vooruitzicht stelt als zij hun vee willen laten ruimen. Dit soort regelingen vertoont veelal kenmerken van een meerdere financiële verstrekkingen; omdat zij samenhangen met noodzakelijke, rechtmatige bestrijdingsmaatregelen zit er duidelijk een element van nadeelcompensatie in, terwijl zij soms ook als subsidie kunnen worden aangemerkt, namelijk wanneer er sprake is van een doelstelling om bepaald, wenselijk gedrag te stimuleren.[123]

In het licht van de stelregel dat een ondernemer zelf de kosten dient te dragen die inherent zijn aan een bepaald type bedrijfsvoering of de plek van zijn bedrijf, zijn er sommige gevallen waarin men zonder meer kan stellen dat de te verstrekken vergoeding een element van onverplichte nadeelcompensatie in zich bergt. Daarbij kan het gaan om een *zuiver* onverplichte nadeelcompensatie, die noch elementen van een subsidie, noch van enige andere financiële verstrekking in zich bergt. Een bekend voorbeeld is de ruime schadevergoeding die de minister enkele jaren heeft gedaan aan de kokkelvisserijsector in verband met het besluit tot beëindiging van de mechanische kokkelvisserij in de Waddenzee. Door Backes & Hoitink is overtuigend beargumenteerd waarom deze vergoeding niet door een verwijzing naar het égalitébeginsel kon worden verklaard.[124] Niet alleen in het licht van de plaats waar de bedrijven hun activiteit uitvoerden, maar ook op grond van maatregelen vanuit de Europese Unie, waarin de uitoefening van activiteiten in dit soort kwetsbare natuurgebieden aan steeds stringentere voorwaarden werd verbonden, kan worden gesteld dat de hoge drempels van de égalité de visserijbedrijven naar alle waarschijnlijkheid geen soelaas zou hebben geboden. Deze zaak heeft, voor zover ik kan overzien, niet tot een melding bij de Commissie geleid. Dat

122 § 8.6.3.1.
123 Vgl. ABRvS 22 juni 2005, *AB* 2005, 441, m.nt. Den Ouden & Tjepkema.
124 Hoitink & Backes 2006, p. 24-30.

het in een vergelijkbaar geval echter wel mis kan gaan, illustreert het volgende voorbeeld.

> In 1997 werd de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland 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 € 100.000 (in verband met de 'de minimis'-regeling), dit 'met het oog op het verminderen van onwenselijke grenseffecten als gevolg van het verschil in accijnsniveaus'.[125]

Met deze laatste opmerking uit de toelichting werd getracht aan te sluiten bij de subsidiedefinitie van art. 4:21 Awb. Onduidelijk is echter wat de precieze wenselijke activiteit is die door de benzinepomphouders zou moeten worden verricht. De onwenselijke grenseffecten waren een rechtstreeks gevolg van rechtmatige fiscale maatregelen van de Nederlandse overheid. De Nederlandse jurisprudentie laat geen voorbeelden zien waarin een recht op nadeelcompensatie werd gecreëerd voor schade door *fiscale* maatregelen, nu deze ongelijkheden in het leven beogen te roepen. Het feit dat in casu op die regel een onderscheid werd gemaakt, was dus al een indicatie dat het égalitébeginsel hier niet tot compensatie dwong. Nu kan men betogen dat de toepassing van deze maatregelen in casu tot erg ongewenste effecten voor benzinepomphouders in de grensstreek leidden. Het is echter niet aannemelijk dat een rechter deze schade als uitgaand boven het normale bedrijfsrisico zou hebben aangemerkt. Uitgaande van de premisse dat een burger of een ondernemer zijn investeringsbeslissingen moet afstemmen op de omgeving waarin hij zijn activiteiten ontplooit, kan worden betoogd dat het risico dat burgers die in de grensstreek wonen, hun heil zoeken bij de concurrent die een paar kilometer verderop woont, bij uitstek tot zijn normale ondernemersrisico behoort.[126]

Aangenomen dat het in casu een vorm van onverplichte nadeelcompensatie betrof, laat deze zaak goed zien dat het staatssteunrecht aan dit soort verstrekkingen paal en perk stelt. De Commissie oordeelde dat op basis van de regeling onrechtmatige staatssteun was verstrekt.[127] Een deel van de pompstationhouders bleek namelijk te bestaan uit oliemaatschappijen die via verschillende pompstations veel meer dan honderdduizend euro hadden ontvangen. Een ander deel van de pompstationhouders had met de oliemaatschappij die de toelevering verzorgde, een exclusieve afnameovereenkomst gesloten, waarin

125 *Stcrt*. 1997, 138.

126 In gelijke zin: Van Dorst-Tatomir 1992, p. 310. Zie ook § 8.6.2.

127 Beschikking van 20 juli 1999, 1999/705, *Pb* L 280, p. 107. Het Hof stelde de Commissie daarin in het gelijk: HvJ EG 13 juni 2002, zaak C-382/99, *AB* 2002, 248, m.nt. FHvdB.

een zogenoemde SPB-clausule (systeem van prijsbeheer) was opgenomen. Een dergelijk systeem houdt in dat kortingen die de pomphouder aan de klant geeft, geheel of gedeeltelijk voor rekening komen van de toeleverancier. In die gevallen kwam de subsidie van de Minister van Financiën dus eigenlijk ten goede aan de oliemaatschappijen. Ook langs deze weg werd vaak de grens van € 100.000 overschreden. In beide gevallen moesten de subsidies worden teruggevorderd. Ten aanzien van de gevallen waarin de bevoordeling was gelopen via het SPB-systeem, eiste de Commissie bovendien dat niet bij de subsidie-aanvrager, maar bij de desbetreffende oliemaatschappijen moest worden teruggevorderd. Dat was immers de partij die feitelijk door de staatssteun was bevoordeeld.

11.4.2.3 Aard en opzet van de schadevergoedingsregeling

Tot slot kan men kijken naar de aard en de opzet van de regeling. Hiervoor werd daarover al opgemerkt dat een onverplichte nadeelcompensatie veelal elementen zal kunnen bevatten die men ook in een subsidieregeling zal kunnen aantreffen. De vrijheid die het bestuur op dit punt wordt gelaten, blijkt goed uit een uitspraak waarin een boer klaagde over de toepassing van een regeling op grond waarvan een eenmalige tegemoetkoming kon worden verstrekt voor oogstschade ten gevolge van extreme weersomstandigheden. Op de aan hem gegeven tegemoetkoming was om budgettaire redenen een korting toegepast. De Afdeling zag geen aanleiding om aan te nemen dat het bestuursorgaan tot een ruimere tegemoetkoming had moeten overgaan: 'Nu de Regeling een onverplichte steunmaatregel is, vormen budgettaire redenen een valide grond voor het beperken van de hoogte van een tegemoetkoming.'[128]

Aldus blijkt dat een plafond of een beperking van de groep tot compensatie gerechtigden bij onverplichte compensatie in beginsel, binnen de grenzen die de algemene beginselen van behoorlijk bestuur stellen, toegestaan. Ook is denkbaar dat binnen de categorie burgers voor wie de regeling is geschreven, nader onderscheiden wordt. Dit onderscheid zou voorts *rechtstreeks* op draagkrachtoverwegingen kunnen worden gebaseerd, waarbij dus direct rekening wordt gehouden met de vermogenspositie van de burger en niet, zoals in de huidige égalitéjurisprudentie, slechts indirect.[129] Veelal zal ook uit de wijze waarop wordt vastgesteld *of* de burger recht heeft op vergoeding en de hoogte daarvan, duidelijk blijken dat vooral beleidsmatige aspecten meespelen. Denkbaar is dan ook dat de vraag of een recht op compensatie bestaat afhankelijk wordt gesteld van toekomstig gedrag van de getroffene, zoals in de reeds genoemde woonbootcasus. Ook is denkbaar dat de *hoogte* van de compensatie afhankelijk wordt gesteld van het te vertonen gedrag. Dit zien we bijvoorbeeld terug in de Beleidsregels compensatie meldingsplichtige vuurwerkbedrijven,

128 ABRvS 21 oktober 2009, LJN BK0774.
129 § 8.5.7.

een compensatieregeling voor kleine handelaren van consumentenvuurwerk, die door de eisen uit het nieuwe Vuurwerkbesluit werden gedwongen hun bedrijfsactiviteit te beëindigen. Deze regeling ging uit van het adagium 'hoe eerder u stopt, hoe hoger uw vergoeding': een duidelijk signaal dat met de compensatie niet zozeer beoogd werd onevenredig nadeel te compenseren, maar om bepaalde beleidsdoelstellingen verwezenlijkt te krijgen.[130]

Vanuit een strikt juridisch perspectief is onverplichte nadeelcompensatie een dubieus fenomeen, aangezien zij afbreuk doet aan de 'signaalfunctie' van het aansprakelijkheidsrecht. De gedachte achter de eis van voorzienbaarheid die het égalitébeginsel stelt, is immers dat burgers en ondernemingen moeten *anticiperen* op nadelige ontwikkelingen. Ondernemingen die dit onvoldoende doen, verspelen hun recht op nadeelcompensatie. Een ongewenst neveneffect van onverplichte nadeelcompensatie is dat ondernemingen die zien dat de overheid zich in de praktijk hier soms weinig gelegen laat liggen, zullen concluderen dat men het met het nemen van schadebeperkende maatregelen wellicht toch niet zo nauw hoeft te nemen. Het is dan ook begrijpelijk dat een ondernemer in de nertsensector die de voorzienbaarheid van een verbod op het fokken van nertsen tegengeworpen krijgt (hoewel hij in het recente verleden door de overheid is gestimuleerd om te investeren in welzijnsmaatregelen) zal wijzen op een compensatie van € 100 miljoen aan de kokkelvisserijsector, in welke casus over de voorzienbaarheid van het nadeel veel minder twijfel bestond. Van de vermenging van politieke en compensatoire overwegingen in het overheidsbeleid gaat in zoverre een verkeerd signaal uit: ondernemingen zouden daardoor kunnen worden bewogen om zich toch wat minder aan de regels van het aansprakelijkheidsrecht gelegen te laten liggen. Het lijkt echter niet realistisch om het fenomeen om deze reden te willen uitbannen. Met een zak geld kan de overheid soms nu eenmaal doelen gerealiseerd krijgen die anders niet of veel moeilijk zouden worden bereikt, en dat is ook in het algemeen belang. Bovendien rust op onverplichte nadeelcompensatie ook vanuit *communautair* perspectief niet altijd een taboe, zoals thans zal blijken.

11.5 Onverplichte nadeelcompensatie in de praktijk van de Commissie

In het voorgaande is aangetoond dat de égalité veelal flexibel wordt geïnterpreteerd en dat er in de praktijk veelal nadeelcompensatie wordt toegekend, al dan niet onder de noemer van een subsidie, die als onverplicht verstrekt kan worden aangemerkt. Verschillende schrijvers hebben betoogd dat de égalité slechts een ondergrens stelt en dat men in de praktijk altijd meer mag geven.[131] Duidelijk zal zijn geworden dat dit vanuit staatssteunperspectief riskant kan zijn. Om te illustreren hoe de Commissie (en eventueel het Hof)

130 *Stcrt*. 2002, nr. 27.
131 Zie bijv. Van den Berk 1991, p. 244, Schlössels 2002, p. 152, Polak 2002, p. 117.

met dit soort onverplichte nadeelcompensatie zouden omgaan, wil ik in dit hoofdstuk twee casusposities bespreken. De eerste betreft de beschikking van de Commissie inzake de Berlijnse richtsnoeren. De tweede ziet op het specifieke, maar voor zowel het nationale nadeelcompensatie- als het EG-recht belangrijke terrein van de bestrijding van besmettelijke dierziektes. Beide casusposities laten zien tegen welke grenzen nationale bestuursorganen of regelgevers kunnen aanlopen als zij schadevergoedingen uit rechtmatige overheidsdaad toekennen.

11.5.1 De beschikking inzake de Berlijnse richtsnoeren

In deze beschikking lagen ter toetsing aan art. 107 VwEU voor de 'Gemeenschappelijke richtsnoeren van de deelstaat Berlijn betreffende het gebruik van middelen voor economische ontwikkeling'.[132] Het doel van deze regeling was ondernemingen te stimuleren in Berlijn te blijven wanneer ze vanwege overheidsmaatregelen, in het bijzonder het opeisen van (een deel van) hun grond, gedwongen waren te verhuizen of een ingrijpende verbouwing moesten uitvoeren. Met deze maatregelen wilden de Duitse autoriteiten de stedelijke ontwikkeling die was ontstaan door de deling van Berlijn, corrigeren. De reguliere Duitse bouwwetgeving bevatte wel een schadevergoedingsregeling, maar deze was beperkt van opzet. De Duitse autoriteiten meenden dat de wetgever onder meer een aanspraak op schadevergoeding bij de beëindiging van een kortlopende huur- of pachtovereenkomst was 'vergeten', zodat de Duitse staat, buiten de bouwwetgeving om, toch compensatie toekende. Duitsland motiveerde dit met de stelling dat de stabiliteit van dergelijke kortlopende contracten, die in de praktijk steeds werden verlengd, een typisch Berlijns fenomeen was. Het risico dat huurders of pachters met kortlopende contracten elders in het land liepen, gold beweerdelijk niet voor Berlijnse ondernemers. Dat in de desbetreffende regeling werd voorzien in schadevergoeding buiten de reguliere regelingen om, leidde derhalve niet tot staatssteun, aldus de Duitse staat. Er zou sprake zijn van een gerechtvaardigde compensatie voor nadeel veroorzaakt door overheidshandelen, aangezien de verhuizing, waarmee allerlei kosten samenhingen, niet voortvloeide uit een vrijwillige zakelijke beslissing van de desbetreffende ondernemingen, maar het onvermijdelijke gevolg was van overheidsoptreden.

De Commissie ging niet mee in deze redenering. Zij stelde ten eerste vast dat de tegemoetkoming op basis van de richtsnoeren de (reguliere) mogelijkheden van publiek- en privaatrechtelijke schadevorderingen en eventuele private contractuele aanspraken overtrof en daarop dus een aanvulling vormde. Duitsland had niet kunnen bewijzen dat de te nemen maatregelen juist in Berlijn tot grotere of andere schade zouden leiden dan in vergelijkbare situaties

132 Beschikking van 24 juni 2003, *Pb* 2004, L 43/88 (*Berlijnse richtsnoeren*).

elders in Duitsland. Ook had Duitsland niet aannemelijk kunnen maken dat de schade die voortvloeide uit de beëindiging van kortlopende huur- of pachtovereenkomsten, in casu voor rekening van de lidstaat diende te komen. Deze schade was volgens de Commissie 'een typisch gevolg van wisselende economische omstandigheden en machtsverhoudingen. Dergelijke gevolgen komen in de lidstaten in de regel voor rekening van marktpartijen zelf. (…) Opzegging, voortijdige ontbinding en beëindiging van een gebruiksrechtcontract zijn risico's die inherent zijn aan het economische leven, en zijn daarmee te voorzien.' De Commissie werd gesterkt in haar oordeel dat de richtsnoeren leidden tot bevoordeling van bepaalde ondernemingen door de aan betaling van een geldsom verbonden voorwaarde dat een onderneming zich opnieuw in Berlijn zou vestigen. De Commissie concludeerde:

> 'Hieruit blijkt dat de gemeenschappelijke richtsnoeren wel degelijk tot doel hebben aan bepaalde ondernemingen voordeel toe te kennen, waarvan anderen verstoken blijven, hoewel ze allemaal door dezelfde maatregelen getroffen worden. Het eigenlijke doel van de gemeenschappelijke richtsnoeren beperkt zich daarmee niet tot een zuivere compensatie, maar de gemeenschappelijke richtsnoeren zijn duidelijk een instrument voor regionaal beleid waarmee beoogd wordt ondernemingen aan Berlijn te binden.'[133]

Met andere woorden: indien de overheid besluit ook buiten het (gebruikelijke) nationale aansprakelijkheidsrecht schade veroorzaakt door haar handelen te compenseren, bestaat de kans dat deze vergoedingen selectief uitwerken en de mededinging verstoren. Het 'zuiver compensatoire karakter' van de vergoeding is daarbij het leidende criterium. Of het verweer dat de steun alleen 'compensatoir' van aard is, zal slagen, lijkt in de visie van de Commissie mede afhankelijk te zijn van de vraag of de compensatie wordt toegekend op grond van een algemene schadevergoedingsregeling waarop een onbepaalde groep ondernemingen in den lande in gelijke mate een beroep kan doen. Daarvan was in casu geen sprake: de richtsnoeren compenseerden schade die elders in het land normaal gesproken onvergoed bleef, terwijl uit de voorwaarde dat de bedrijven zich opnieuw in Berlijn moesten vestigen, was af te leiden dat de regeling niet primair compensatoir van aard was, maar (ook) een instrument was voor het voeren van regionaal beleid. Het compenseren buiten een algemene wettelijke regeling om was voor de Commissie voorts aanleiding om kritisch te kijken naar de beweerdelijke schadeposten. De beschikking laat zien dat de Commissie in laatste instantie bepaalt of schade tot de normale

133 Zie § 47 en 48 van de beschikking.

ondernemersrisico's moet worden gerekend en dat het vergoeden daarvan een verstoring van de gemeenschappelijke markt tot gevolg kan hebben.[134]

Concluderend zou uit de beschikking inzake de Berlijnse richtsnoeren voor gevallen van nadeelcompensatie kunnen worden afgeleid dat vanuit staatssteunperspectief vergoeding op basis van een algemene regeling, gebaseerd op het égalitébeginsel, de voorkeur heeft, waarbij onderscheid tussen de verschillende, door schade getroffen ondernemingen door compensatiemotieven moet kunnen worden verklaard. Indien dit uitgangspunt wordt verlaten en een regeling in welke vorm dan ook[135] wordt getroffen voor een omlijnde groep ondernemingen, kan dat op gespannen voet staan met het staatssteunrecht wanneer deze groep anders wordt behandeld dan andere ondernemingen, doordat wordt afgeweken van de uitgangspunten van het reguliere schadevergoedingsrecht. In dat geval neemt de Commissie al snel aan dat de schadevergoeding ook andere doelen dan compensatie dient. Dit voorbeeld laat daarmee goed zien dat met compensatie buiten de algemene wettelijke kaders om vaak nog andere doelen worden beoogd. De compensatie kan bijvoorbeeld dienen om te voorkomen dat ongewenste procedures tegen het schadeveroorzakende handelen zelf worden gevoerd, of zij kan, zoals in het Berlijnse geval, als instrument fungeren voor het voeren van regionaal beleid. Heeft een schadevergoeding (mede) zo'n 'instrumenteel' karakter, dan is het gevaar van verboden staatssteun nooit ver weg.

11.5.2 Nadeelcompensatie bij voorkoming en bestrijding van dierziekten

Het feit dat een compensatie selectief uitwerkt en (ook) een instrumenteel karakter heeft, impliceert nog niet dat er reeds om die reden sprake is van verboden staatssteun. Opnieuw kan gewezen worden op de vele specifieke bepalingen die in het kader van artikel 107 lid 3 sub c VwEU worden toegepast wanneer de Commissie beoordeelt of steunmaatregelen zijn toegestaan. Indien zo'n regeling van toepassing is op het desbetreffende beleidsterrein, zullen

134 Vermeldenswaard is in dat verband ook de beschikking van de Commissie inzake de Duitse *Ausgleichsleistungsgesetz* (20 januari 1999, *Pb* 1999, L 107/21). Hoewel het daarin ging om een wet die een compensatie bood voor onteigening, was ook hier een compensatoir karakter gedeeltelijk afwezig: vaststond dat de wet niet alleen gold voor hen die in het verleden werden geconfronteerd met een onteigening van grond zonder dat daar compensatie tegenover stond, maar ook voor 'nieuwe bedrijfshoofden' die zich voor het eerst in Oost-Duitsland vestigden en ten aanzien van wie nooit sprake was geweest van onteigening. Dat er voor hen sprake was van 'gemiste kansen in de DDR-tijd' overtuigde de Commissie niet: dat gold immers voor alle economische subjecten in alle sectoren van het bedrijfsleven. Het verweer van Duitsland dat er sprake was een bijzondere problematiek, namelijk de overgang van een door de staat beheerste economie naar een markteconomie, werd door de Commissie verworpen (L 107/38).

135 Het is daarbij niet relevant of de compensatie ter zake van de schending van het eigendomsrecht voortvloeit uit een wettelijke regeling, een beleidsregel of een beschikking.

Nederlandse bestuursorganen zich in eerste instantie daarop moeten oriënteren. Omdat het gaat om een omvangrijk geheel van specifieke regelingen concentreer ik mij ook hier op één voorbeeld dat voor de Nederlandse praktijk relevant kan zijn. Het betreft de rechtmatige maatregelen die de overheid kan nemen ter voorkoming en bestrijding van dierziekten.

Overheidsmaatregelen ter voorkoming en bestrijding van dierziekten kunnen omvangrijke schade aan de veestapel van landbouwers toebrengen; niet alleen schade door de preventieve vernietiging van veestapels, maar ook omzetschade door vervoerverboden, ophokplichten etc. Ten aanzien van de vraag wanneer de overheid tot schadevergoeding verplicht is, speelt in de Nederlandse jurisprudentie zoals bekend het égalitébeginsel een belangrijke rol.[136] Gelet op de in § 11.3.2 besproken uitgangspunten mag worden aangenomen dat deze jurisprudentie daarmee niet in strijd is met het staatssteunrecht. Dat neemt niet weg dat de Commissie kritisch kijkt of steunmaatregelen op dit gebied geen vergoeding geven voor schade die vanuit een communautair perspectief tot de normale ondernemersrisico's behoort. Zo deed de Commissie uitgebreid onderzoek naar een Nederlandse steunmaatregel die tot doel had verzamelcentra voor varkens te subsidiëren voor de stopzetting van hun bedrijven.[137] Een en ander vloeide voort uit de onmiddellijke sluiting van verzamelcentra naar aanleiding van de uitbraak van de klassieke varkenspest in de jaren negentig en de daaropvolgende afkondiging van nieuwe, strenge hygiëneregels voor dergelijke ondernemingen. Voor het geval bedrijven niet aan de nieuwe eisen konden of wilden voldoen (en derhalve gesloten moesten blijven), werd subsidie gegeven voor de definitieve beëindiging van hun bedrijfsactiviteiten. De regeling werd voorgelegd aan de Commissie, die toetste aan het beleid ter zake van steun voor de sluiting van productie-, verwerkings- of afzetcapaciteit.[138] Dat beleid stelt aan dergelijke steun enkele specifieke voorwaarden, zoals de eis dat de steun in het algemeen belang van de gehele sector is, wat bijvoorbeeld het geval is indien capaciteit wordt afgestoten omwille van de gezondheid van mens of dier. Daarnaast gelden enkele algemene voorwaarden, waaronder de voorwaarde dat de steunmaatregel een stimulerend element bevat en dus niet louter is bedoeld om de financiële situatie van producenten te verbeteren.[139] Dergelijke steun is er in de visie van de Commissie slechts op gericht 'de begunstigden te ontlasten van exploitatiekosten die verbonden zijn aan een normaal bedrijfsrisico'. De Commissie

136 Zie met name HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84, m.nt. PvB (*Harrida*) en HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638, m.nt. CJHB (*Leffers*).

137 Beschikking van 8 december 1999, *Pb* 2000, L144, p. 28-34 (*Verzamelcentra varkens*).

138 Zie de toen nog geldende Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouwsector (*Pb* 2000, C 28/2; § 9) en thans de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector, § 143 e.v.

139 Zie de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector, § 15.

beschouwt die steun als 'steun voor de bedrijfsvoering' of 'exploitatiesteun', die in beginsel verboden is.[140]

Met name op dit punt had de Commissie twijfels bij de beoordeling van de 'subsidieregeling'. De Commissie redeneerde dat de stopzetting van de activiteiten van verzamelcentra het gevolg was van de toepassing van de nieuwe wettelijke voorschriften. Wanneer ondernemers niet kunnen of willen voldoen aan de nieuwe regels en zij tot stopzetting besluiten, is er volgens de Commissie in beginsel sprake zijn van een normaal ondernemersbesluit.[141] Een eventuele compensatie zou in dat geval kunnen neerkomen op overcompensatie en zou zelfs het handelsverkeer op potentieel nieuwe markten kunnen beïnvloeden. Nu de desbetreffende verzamelcentra al gesloten waren, leek van enige stimulans om capaciteit af te stoten geen sprake. Uiteindelijk oordeelde de Commissie toch dat de aangemelde maatregel wel een stimulerend effect had, omdat de desbetreffende verzamelcentra duidelijk de keuze hadden tussen het (met behulp van een subsidie) aanpassen van hun voorzieningen zodat aan de nieuwe regelgeving kon worden voldaan, of een compensatie voor de definitieve sluiting van het bedrijf. De steun vormde daarmee, volgens de Commissie, een 'duidelijke stimulans voor de bedrijven om een bepaalde gedragslijn te volgen (sluiting) die zij anders niet zouden hebben gevolgd.'

Belang richtsnoeren

Naast de specifieke regels ten aanzien van de sluiting van productie-, verwerkings- en afzetcapaciteit, kennen de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouw- en de bosbouwsector ook algemene regels met betrekking tot steun ter bestrijding van dier- en plantziekten.[142] Volgens deze richtsnoeren is steun ter bestrijding van dierziekten toegestaan, mits:

1 de ziekte het voorwerp van de bezorgdheid bij de overheid is en de steun deel uitmaakt van een passend communautair, nationaal of regionaal programma ter voorkoming, beheersing of uitroeiing van de ziekte;
2 de doelstellingen van de steunmaatregelen hetzij preventief zijn (bijvoorbeeld betrekking hebben op controleonderzoeken of analyses, op preventieve vaccinaties van dieren of de preventieve slachting van dieren), hetzij op compensatie gericht (wanneer de dieren op bevel of aanbeveling van

140 Vgl. bijv. Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2006, L257/1 e.v. (*Stakingen wegvervoer Sicilië*; § 70).

141 Vgl. Beschikking van 7 mei 2004, *Pb* 2005, L 110, p. 48-55 (*Spaanse olijvenbedrijven*), § 70: het verlies dat de bedrijven leden door het van kracht worden van de nieuwe wettelijke eisen moest worden beschouwd als een normaal bedrijfsrisico.

142 § 131 e.v. Soms zijn nog specifiekere regelingen van toepassing, zoals de Communautaire richtsnoeren inzake staatssteun betreffende TSE-tests, gestorven dieren en slachthuisafval (*Pb* 2002, C 324/2) en Verordening nr. 999/2001 houdende vaststelling van voorschriften inzake preventie, bestrijding en uitroeiing van bepaalde overdraagbare spongiforme encefalopathieën (*Pb* 2001, L 147/1).

de overheid worden geslacht of gevaccineerd), hetzij een combinatie van beiden;

3 de steun verenigbaar is met zowel de doelstellingen als de specifieke bepalingen van de communautaire wetgeving, hetgeen impliceert dat de ziekte duidelijk moet worden geïdentificeerd en de betrokken maatregelen moeten worden beschreven;

4 bewijs wordt geleverd dat overcompensatie van verliezen uitgesloten is.

Aan deze voorwaarden wordt in de meeste beschikkingen van de Commissie over de bestrijding van dierziekten getoetst. Uit de KMO-verordening volgt verder dat voor kleine en middelgrote landbouwbedrijven een brutosteunintensiteit geldt van 100%. Na een – vaak nogal summiere – toetsing aan de genoemde vier voorwaarden, komt de Commissie meestal tot de conclusie dat steun naar aanleiding van schade door het uitbreken van een besmettelijke dierziekte verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt op grond van de uitzondering van artikel 107 lid 3 sub c VwEU. Zo werden onder meer Nederlandse steunmaatregelen in het kader van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren goedgekeurd. De Communautaire richtsnoeren toepassend is volgens de Commissie steun tot 100% van de daadwerkelijk geleden schade toegestaan.[143]

Voor de praktijk belangrijk is nu dat toepassing van specifieke richtsnoeren soms zelfs kan betekenen dat de Commissie staatssteun verenigbaar acht met de gemeenschappelijke markt, hoewel de schade waarin de compensatie voorziet naar nationaal recht waarschijnlijk zal worden beschouwd als een 'normaal bedrijfsrisico'. Als voorbeeld daarvan kan een beschikking worden genoemd waarin centraal stond een vergoeding van schade aan eiervermeerderaars, die verlies hadden geleden door overheidsinterventies als vervoersbeperkende maatregelen en een exportverbod in verband met de uitbraak van aviaire influenza in Nederland in 2003. Door de vervoersbeperkingen konden de ondernemers hun eieren niet leveren en moesten deze worden vernietigd of verkocht aan eiproductenfabrikanten. Nu is voor vervoersbeperkende maatregelen in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak uitdrukkelijk uitgemaakt dat daardoor ontstane schade in beginsel tot het normale bedrijfsrisico behoort.[144] Ook op grond van de Gezondheids- en welzijnswet voor

143 Zie o.m. Beschikking van 8 september 2004, SG(2001) D 285865, inzake steunmaatregel N 700/2000 (*Verhoging bijzondere heffing schapen*), Beschikking van 17 mei 2000, SG(2000) D 103742 inzake steunmaatregel N 413/98 (*Overname steunmaatregelen van het Landbouwschap door het Productschap voor Vee en Vlees*) en Beschikking van 14 december 2006, inzake steunmaatregel N 517/2006 (*Wijziging heffing voor het veeziektenfonds schapen en geiten*). Zie ook Beschikking van 6 december 2006, C(2005)5807fin, inzake steunmaatregel NN 47/2006 (*Cattle Compensation Scheme*).

144 ABRvS 30 maart 1995, *AB* 1995, 375.

dieren wordt deze schade niet vergoed.[145] Men kan derhalve stellen dat er in Nederland geen publiekrechtelijke basis was die in casu verplichtte tot schadevergoeding. Dat de Commissie de steun toch verenigbaar met de gemeenschappelijke markt achtte en bij dit soort schaderegelingen in het algemeen coulant pleegt te zijn, laat zich waarschijnlijk verklaren door het feit dat de bestrijding van dierziekten communautaire prioriteit geniet. De noodzaak om tegen besmettelijke dierziekten op te treden, vloeit vaak voort uit communautaire besluitvorming. Bovendien legt het EG-recht soms zelf aan de lidstaat een verplichting op bepaalde soorten schade te vergoeden.[146] Dat dergelijke vergoedingen geen verboden staatssteun opleveren, spreekt voor zich. Het is dan ook niet zonder betekenis dat de Commissie uit het feit dat een lidstaat voldoende aantoont dat de bestrijding van een dierziekte onderwerp van bezorgdheid van de overheid is, afleidt dat de steunmaatregelen betrekking hebben op zaken die werkelijk in het algemeen belang zijn en niet op gevallen waarin van de landbouwproducenten redelijkerwijs verwacht kan worden dat zij zelf het risico dragen als onderdeel van het normale ondernemersrisico.[147] Dit kan dus ook met zich brengen dat de Commissie afwijkingen van het nationale aansprakelijkheidsregime toestaat, mits men blijft binnen de randvoorwaarden van de communautaire richtsnoeren.

11.5.3 Terugvordering van onrechtmatige verleende schadevergoeding

Wanneer een door de overheid uitgekeerde schadevergoeding onrechtmatig verstrekte staatssteun blijkt in te houden, moet deze worden teruggevorderd. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie 'is de ongedaanmaking van een onwettige steun door middel van terugvordering het logische gevolg van de vaststelling dat de steun onwettig is (…) Dienaangaande vormt het herstel van de situatie van vóór de betaling van een onwettige of met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun een noodzakelijke vereiste voor de handhaving van de nuttige werking van de verdragsbepalingen inzake staatssteun, en de nationale rechter moet met inachtneming van de omstandigheden nagaan, of de beroepen van de justitiabelen die tot het herstel van deze

145 De hardheidsregeling van art. 91 GWD biedt wel ruimte voor vergoeding, maar deze bepaling wordt terughoudend toegepast.

146 Zie art. 13 lid 4 van Verordening nr. 999/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 houdende vaststelling van voorschriften inzake preventie, bestrijding en uitroeiing van bepaalde overdraagbare spongiforme encefalopathieën. Indien dieren die besmet zijn met een dierziekte (TSE's, waaronder BSE) en zij moeten worden gedood, schrijft deze verordening voor dat eigenaars onverwijld een vergoeding krijgen. Hetzelfde geldt als producten van dierlijke oorsprong worden vernietigd.

147 Beschikking van 17 mei 2005, SG(2000) D/103742, inzake steunmaatregel N 413/98 (*Overname steunmaatregelen van het Landbouwschap door het Productschap voor Vee en Vlees*) en Beschikking van 4 augustus 2005, C(2005) 3113, inzake steunmaatregel N 102/105 (*Tegemoetkoming wegens uitbraak aviaire influenza*).

vroegere toestand kunnen bijdragen, kunnen worden toegewezen.'[148] Dit betekent dat in de meeste gevallen waarin het besluit tot verstrekking van schadevergoeding moet worden ingetrokken, een besluit tot terugvordering van reeds verstrekte gelden moet worden genomen en dat daarbij (een door de Commissie vastgestelde) rente moet worden gevorderd vanaf de datum waarop de onrechtmatige steun voor de begunstigde beschikbaar was tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun.[149]

Ten aanzien van deze verplichting tot terugvordering is een probleem dat het Nederlandse recht bestuursorganen in sommige gevallen onvoldoende bevoegdheden geeft om een terugvorderingsbesluit te nemen dat aan deze eisen voldoet. In zaken waarin de verstrekte schadevergoeding op een wettelijke regeling berust, zal het intrekken van de beschikking waarbij deze is verstrekt, kunnen worden gebaseerd op die regeling indien deze daartoe een bevoegdheid verschaft. Zo geeft artikel 10 WTS de minister de bevoegdheid de toekenningsbeschikking in bepaalde gevallen te wijzigen of in te trekken.[150] Maar ook indien de regelgever daaraan niet heeft gedacht bij het opstellen van de regeling, of indien de desbetreffende schadevergoeding zonder wettelijke grondslag is verstrekt, kan een wijzigings- of intrekkingsbesluit worden genomen. Dat valt af te leiden uit het volgens de Afdeling bestuursrechtspraak in het ongeschreven bestuursrecht geldende uitgangspunt 'dat aan het betrokken bestuursorgaan in beginsel niet de bevoegdheid kan worden ontzegd een begunstigende beschikking met terugwerkende kracht in te trekken indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven. De toelaatbaarheid daarvan werd en wordt begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel.'[151] Nu het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel in geschillen waarin het communautaire recht terugvordering vereist zeer beperkt dienen te worden

148 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-390/98 (*Banks&Co tegen Coal Authority*), § 74-75, met verwijzingen naar jurisprudentie.

149 Vgl. art. 14, tweede lid van de Procedureverordening (Vo EG 659/1999), op grond waarvan de Commissie wanneer zij de lidstaat tot terugvordering van staatssteun beveelt, ook steeds de vordering van een dergelijke rentevergoeding moet gelasten.

150 Mogelijk zou de terugvordering kunnen worden gebaseerd op art. 10 onder b WTS, waaruit volgt dat een bevoegdheid daartoe bestaat indien de ontvanger wist of had moeten weten dat er iets aan de beschikking mankeerde. Vgl. ook de regeling voor terugvordering van te veel betaalde bedragen in de Wet van 3 december 1999 betreffende steunmaatregelen ten gunste van door de dioxinecrisis getroffen landbouwbedrijven (Beschikking van 9 februari 2000, SG (2000) D/101388 (*Belgische dioxinecrisis*)).

151 ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 208, m.nt. WdO (*BPM-subsidies*). Het betreft in casu weliswaar de terugvordering van een subsidie, maar mede gezien de algemene formulering die de Afdeling koos, valt niet in te zien waarom dit anders zou liggen ten aanzien van beschikkingen over schadevergoeding.

ingevuld,[152] zal de bestuursrechter niet snel komen tot een vernietiging van een dergelijk intrekkingsbesluit op grond van een ontbrekende bevoegdheid.

Datzelfde kan worden gezegd over het daarna te nemen terugvorderingsbesluit. Nadat de beschikking waarbij de schadevergoeding werd toegekend, is ingetrokken, zijn eventueel reeds uitgekeerde gelden onverschuldigd betaald, waardoor de mogelijkheid ontstaat een terugvorderingsbesluit te nemen. Soms zal de regeling waarop de schadevergoeding is gebaseerd daarvoor een wettelijke grondslag bieden,[153] vaak ook zal een wettelijke grondslag voor terugvordering ontbreken, ofwel omdat de regelgever daaraan niet heeft gedacht,[154] ofwel omdat de schadevergoeding niet op een wettelijke regeling berustte. Ook dan is er niet direct een probleem. Sinds de bekende *Nanne/VROM*-uitspraak neemt de Afdeling bestuursrechtspraak aan dat bestuursorganen, ook wanneer een expliciete wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt, bevoegd zijn tot terugvordering van de onverschuldigd betaalde gelden over te gaan. Deze bevoegdheid berust op het algemene, ook in het bestuursrecht geldende rechtsbeginsel dat wat onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd.[155] Hoewel uit de jurisprudentie blijkt dat verstrekte gelden die onrechtmatige staatssteun inhouden door Nederlandse bestuursorganen op grond van ongeschreven publiekrecht kunnen worden ingetrokken *en* teruggevorderd, verdienen geschreven bevoegdheden hiertoe de voorkeur, vanuit de gedachte dat er een reële kans bestaat dat de ongeschreven bevoegdheden die worden benoemd in de genoemde jurisprudentie, in bepaalde gevallen waarin staatssteun moet worden teruggevorderd, niet voldoen.

In dat verband kan tot slot nog worden teruggekomen op de eerder besproken casus over de 'subsidie' aan benzinepomphouders in de grensstreek, waarin de Commissie uiteindelijk tot het oordeel kwam dat op basis van de regeling onrechtmatige staatssteun was verstrekt,[156] mede omdat een deel van de pompstationhouders bleek te bestaan uit oliemaatschappijen die via verschillende pompstations veel meer dan honderdduizend euro hadden ontvangen en omdat de kortingen die aan de klant werden gegeven, uiteindelijk geheel of gedeeltelijk ten goede kwamen aan grote oliemaatschappijen. Uiteindelijk zijn er niet veel terugvorderingsgeschillen die volgden uit deze kwestie aan de Nederlandse bestuursrechter voorgelegd. Naar verluidt hebben

---

152 Volgens vaste Europese jurisprudentie geldt het criterium van de 'uitzonderlijke omstandigheden die het vertrouwen van de ontvanger in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen.' Zie onder meer HvJ EG 20 september 1990, Zaak C-5/89 (*BUG Alutechnik*) en HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (*Alcan*). De Afdeling past deze jurisprudentie ook toe, zie wederom ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 208, m.nt. WdO.

153 Zie bijvoorbeeld art. 11 WTS.

154 Bijzondere nadeelcompensatieregelingen plegen daaromtrent niets te regelen.

155 ABRvS 21 oktober 1996, *AB* 1996, 496, m.nt. NV. Deze regel werd onlangs nog bevestigd in een zaak waarin de uitgekeerde gelden onrechtmatig verstrekte staatssteun inhielden: ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 208, m.nt. WdO (*BPM-subsidies*).

156 Beschikking van 20 juli 1999, 1999/705, *Pb* L 280, p. 107. Het Hof stelde de Commissie daarin in het gelijk: HvJ EG 13 juni 2002, zaak C-382/99, *AB* 2002, 248, m.nt. FHvdB.

de Commissie, de Minister van Financiën en verschillende oliemaatschappijen de zaak uiteindelijk geschikt. Het is echter de vraag of de eerder geschetste, ongeschreven bevoegdheid tot terugvorderen van onverschuldigd betaalde gelden zo ver strekt dat ook bij *andere partijen* dan waaraan de gelden zijn uitbetaald, per besluit kan worden teruggevorderd. Of de bestuursrechter de ongeschreven bevoegdheid tot terugvordering van eerder per besluit verstrekte gelden zo ver zal oprekken, is niet waarschijnlijk, alleen al niet omdat in dat geval niet steeds direct duidelijk zal zijn bij welke partijen mag en moet worden teruggevorderd. Een duidelijke wettelijke grondslag waarin is geregeld dat op bevel van de Commissie ook bij derden mag worden teruggevorderd, is daarom geen overbodige luxe.[157]

11.6 Onverplichte nadeelcompensatie en de Awb

Naar alle waarschijnlijkheid zal de égalité binnen afzienbare tijd een plek krijgen in de Awb. Daarmee zal het verschijnsel van de onverplichte nadeelcompensatie niet ten einde zijn. Ondanks mijn kanttekeningen bij dit fenomeen, is het naar mijn idee vanuit een vooral praktische optiek ongewenst om dit verschijnsel geheel uit te bannen, aangezien het bieden van een tegemoetkoming of het in het vooruitzicht stellen van een financiële prikkel teneinde een bepaalde beleidsdoelstelling te realiseren nu eenmaal effectief en soms ook billijk kan zijn. Wanneer we wel accepteren dat de overheid soms een compensatie mag geven voor schade waar zij helemaal niet de hand in heeft, ligt het niet voor de hand om deze mogelijkheid geheel uit te sluiten wanneer haar optreden *wel* tot schade leidt, maar burger of ondernemer door omstandigheden de overheid niet tot vergoeding kunnen *verplichten*.

Een mogelijk positief effect van de Awb-regeling zal kunnen zijn dat zij bijdraagt aan een verdergaande objectivering van het nadeelcompensatierecht, doordat de wetgever en eventueel de bestuursrechter, duidelijke(r) grenzen gaan trekken over de wijze waarop het begrip 'onevenredig nadeel' moet worden geïnterpreteerd. Daarbij moet vooral worden gedacht aan de invulling van het begrip 'normaal maatschappelijk of ondernemersrisico' en daarbinnen geldende, vage criteria als de 'voorzienbaarheid', de 'aard' en 'ernst' van het nadeel. Zeker als meer eenheid zal ontstaan in de beoordeling van nadeelcompensatieclaims, zal in de toekomst waarschijnlijk ook meer houvast ontstaan over de precieze grenzen van de égalité en daarmee ook van het fenomeen 'verplichte nadeelcompensatie'.

Mocht die ontwikkeling zich voltrekken, dan zal de overheid die tot het oordeel komt dat een verstrekking een onverplicht karakter draagt, voor de vraag kunnen komen te staan of zij wel onverplicht *mag* compenseren. In zo'n

157 In een dergelijke grondslag wordt overigens voorzien in het thans aanhangige wetsvoorstel Terugvordering staatssteun (*Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 2).

situatie immers geeft de égalitéregeling het signaal dat schade die tot het normale maatschappelijk risico behoort, *niet* wordt vergoed. Een scenario zou kunnen zijn dat een concurrent-belanghebbende constateert dat een collega-ondernemer een onverplichte nadeelcompensatie heeft gekregen, vervolgens naar de rechter zal stappen en zal betogen dat deze compensatie in strijd is met de Awb. Het is de vraag of, als de Awb daarin niet expliciet voorziet, wel onverplicht *mag* worden gecompenseerd: levert dat geen strijd met de Awb op?

Men zou kunnen menen dat het zo'n vaart niet loopt, aangezien juist het compensatoire karakter van de égalitéregeling niet in de weg staat aan vergoedingen die op grond van andere doeleinden worden verstrekt. Maar deze boodschap is wel erg impliciet: als het Voorontwerp wet zou worden is nergens in de Awb een aanknopingspunt te vinden voor de mogelijkheid om onverplicht te compenseren, maar alleen de negatieve indicatie dat schade die tot het normaal maatschappelijk risico behoort, niet mag worden vergoed. Daarom zou ik willen bepleiten dat ook de Awb-regeling voorziet in de mogelijkheid bij wettelijk voorschrift af te wijken van de notie dat alleen de schade boven het normaal maatschappelijk risico wordt vergoed. In mijn in hoofdstuk 13 opgenomen voorstel voor een wettelijke regeling is daarom opgenomen dat, *tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald*, de schade die valt binnen het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico niet wordt vergoed. Voor de thans reeds bestaande vaste praktijk waarbij voor onverplichte nadeelcompensatie in beginsel een bijzondere regeling in het leven wordt geroepen, zou daarmee een expliciet grondslag in de Awb worden gecreëerd. Bovendien bevordert een dergelijk voorschrift de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid.

11.7 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is de relatie onderzocht tussen van overheidswege verstrekte schadevergoedingen, waaronder de verplichte nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel, en het verbod op staatssteun in de zin van artikel 107 VwEU. Hoewel een verband niet direct voor de hand lijkt te liggen, is gebleken dat aan de Europese Commissie (of, in voorkomend geval, het Gerecht van Eerste Aanleg of het Hof van Justitie) geregeld steunmaatregelen worden voorgelegd die naar nationaal recht als een schadevergoeding van overheidswege moeten worden gekwalificeerd. Een studie van de beschikkingenpraktijk van de commissie leert dat schadevergoedingen van overheidswege met name vaak worden gemeld indien zij worden verstrekt naar aanleiding van een natuurramp of een andere buitengewone gebeurtenis. Op grond van artikel 107 lid 2 sub b VwEU zijn die tegemoetkomingen wel van het staatssteunverbod uitgezonderd. Naar nationaal recht wordt in die gevallen in het algemeen geen verplichting tot schadevergoeding aangenomen. Deze vergoedingen vallen

dus niet onder het bereik van de formule uit het *Asteris*-arrest, waarin het Hof heeft bepaald dat vergoedingen die op grond van een *rechtsplicht* worden verstrekt, in beginsel niet in strijd zijn met het staatssteunrecht. Bij deze tegemoetkomingen kan derhalve het gevaar dreigen dat de steun selectief uitwerkt en bepaalde ondernemingen een voordeel wordt gegund waar andere ondernemingen van verstoken blijven. Dat kan zeker gebeuren als lidstaten de begrippen 'natuurramp' en 'buitengewone gebeurtenis' te rekkelijk interpreteren en de uitzonderingsclausule van artikel 107 lid 2 sub b VwEU in feite wordt aangegrepen om verboden staatssteun te verstrekken.

In de Commissiepraktijk zijn daarom criteria geformuleerd om de toegestane steunmaatregelen van de verboden staatssteun te scheiden. De Commissie geeft blijk van een terughoudende uitleg van de begrippen natuurramp en buitengewone gebeurtenis en slaat in het bijzonder acht op het causaal verband tussen de gebeurtenis en de schade, de objectieve wijze van schadeberekening, het verbod op cumulatie van verschillende verstrekkingen naar aanleiding van één gebeurtenis en het voor eigen rekening laten van normale ondernemersrisico's. Dezelfde criteria zijn van belang voor de beoordeling van tegemoetkomingen die niet vallen binnen de reikwijdte van artikel 107 lid 2 VwEU en die daarom worden getoetst aan het beleid dat is geformuleerd in het kader van de artikel 107 lid 3 VwEU. Wordt aan een van deze criteria niet voldaan, dan neemt de Commissie al snel aan dat de desbetreffende tegemoetkoming een of meer ondernemingen in het bijzonder begunstigt en zo de mededinging vervalst.

Vanuit een communautair perspectief komt aan de precieze kwalificatie van de schadevergoeding of het oogmerk dat de overheid had met het verstrekken daarvan, slechts een relatief gewicht toe. Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VwEU kijkt de Commissie slechts naar het gevolg dat de steunmaatregel heeft voor de concurrentieverhoudingen tussen ondernemingen. Het oogmerk dat de overheid had met het vergoeden van de schade is in een ander opzicht echter *wel* van belang, namelijk bij de vraag of een in een concreet geval verstrekte vergoeding voor financieel nadeel ten gevolge van overheidshandelen in strijd kan komen met het staatssteunrecht.

Uit de relevante jurisprudentie en Commissiebeschikkingen valt niet eenduidig op te maken wat in dit verband nu precies de relevante aspecten zijn. Leest men deze uitspraken in onderlinge samenhang, dan kan men daaruit evenwel drie hoofdregels afleiden waaraan een schadevergoeding moet voldoen, wil zij niet in strijd met het staatssteunrecht komen. Ten eerste moet de vergoeding zijn gebaseerd op een algemene regeling, dat wil zeggen die op elke burger of ondernemer in gelijke mate van toepassing is. Ten tweede moet deze regeling uitdrukking geven aan een rechtsplicht. Dit volgt niet expliciet uit deze beschikkingen, maar impliciet wel: de nadruk op het respecteren van het grondrecht op eigendom en de vaststelling van de schadevergoeding door een rechter geven duidelijk uitdrukking aan het feit dat men ook

recht moet hebben op compensatie. Van belang is ten derde dat het toegekende voordeel moet opwegen tegen de vermogensschade en geringer dan die schade moet uitvallen. Naar mijn idee zijn die drie elementen, meer dan de vraag of feitelijk een eigendomsrecht in het geding is en of de vergoeding door een rechter is vastgesteld, in de praktijk de belangrijkste oriëntatiepunten voor de Commissie. Wordt aan deze drie eisen voldaan, dan zal de Commissie ervan uitgaan dat er sprake is van een verstrekking die niet in strijd is met de staatssteunregels, aangezien zij op grond van een rechtsplicht wordt verstrekt en dus een primair *compensatoir* doel dient. Daarmee heeft een dergelijke verstrekking, zoals blijkt uit het *Asteris*-arrest een 'fundamenteel ander karakter' dan steunmaatregelen die de mededinging op de gemeenschappelijke markt vervalsen.

Uit deze regel valt af te leiden dat in elk geval nationale vergoedingen vanwege onteigening of andere ernstige inbreuken op het eigendomsrecht (zie artikel 14 Grondwet) met artikel 107 VwEU verenigbaar zijn. Indien de overheid schade vergoedt op grond van een bijzondere wettelijke regeling die een zuivere uitwerking is van het égalitébeginsel of indien het buitenwettelijke égalitébeginsel aan een nadeelcompensatie ten grondslag wordt gelegd, zullen er in beginsel evenmin staatssteungerelateerde problemen zijn. In de *Akzo Nobel*-beschikking heeft de Commissie dat verklaard door te stellen dat op dergelijke gronden gegeven vergoedingen geen selectief voordeel bieden; op de desbetreffende beginselen kan elke onderneming in gelijke mate een beroep doen, zodat de gemeenschappelijke markt niet negatief wordt beïnvloed.

In § 11.3.3 is de vraag aan de orde gesteld wanneer nadeelcompensatie toch verboden staatssteun kan zijn. In dit verband heb ik de term 'onverplichte nadeelcompensatie' geïntroduceerd, waarmee wordt gedoeld op financiële verstrekking van overheidswege die niet tot een rechtsplicht tot nadeelcompensatie kan worden herleid. Omdat met dit fenomeen wordt afgeweken van de regels van het aansprakelijkheidsrecht en dus meer wordt gegeven dan waar burgers of ondernemers strikt genomen *recht* op hebben, kleven aan onverplichte nadeelcompensatie vanuit staatssteunrecht problemen. Het is in de praktijk niet altijd gemakkelijk te bepalen of een verstrekking onverplicht geacht kan worden te zijn verstrekt. De term wordt in de praktijk niet met zoveel woorden gehanteerd. Dat heeft vaak een reden: wanneer de autoriteiten betogen dat het égalitébeginsel aan een verplichting ten grondslag ligt, wekken zij de indruk iets te doen waartoe het recht hen *verplicht*, zodat het staatssteunrecht hen niet dwingt de compensatie te melden. Bij nadere beschouwing blijken de uitgangspunten met een dergelijke verstrekking echter niet tot de égalité te kunnen worden herleid. Zoals gesteld zal de Commissie al snel door het precieze 'label' dat naar nationaal niveau op een verstrekking is geplakt, heen prikken, zodat beslist niet is gegarandeerd dat een verstrekking waartoe de minister zich gehouden acht, geen verboden staatssteun blijkt te zijn. Bestuursorganen dienen zich dan ook goed te realiseren dat het etiket van

'verplichte nadeelcompensatie' geen garantie is voor conformiteit met art. 107 VwEU.

Omdat de term onverplichte nadeelcompensatie niet wordt gehanteerd, moet men uit de feiten van het concrete geval afleiden of hiervan sprake is. Om dat te vergemakkelijken, heb ik stilgestaan bij de naar mijn idee belangrijkste kenmerken van onverplichte nadeelcompensatie. Van belang is ten eerste dat met onverplichte nadeelcompensatie vaak meer doelen worden gediend dan alleen het compenseren van nadeel. De meest voorkomende doeleinden zijn het compenseren om weerstand weg te nemen (en zo een doelmatige uitvoering van rechtmatige maatregelen te bevorderen), het dienen van *sociaal-economische* doelen, het *gerealiseerd krijgen van gewenst beleid* en zuivere *politieke opportuniteit*. Een tweede kenmerk is het normale ondernemersrisico. Dit begrip is in zoverre omlijnd dat de risico's die inherent zijn aan de uitgeoefende activiteit zelf of de plek waar men die ontplooit, in de regel in elk geval tot de normale ondernemersrisico's worden gerekend. Daarom kan men twijfel hebben over het verplichte karakter van een aantal situaties die in dit hoofdstuk zijn besproken, waaronder de compensatie aan de kokkelvisserij (die beweerdelijk in de égalité zou zijn gelegen), de tegemoetkoming in de kosten voor het aansluiten van een woonboot op het riool (een subsidie die op grond van het égalitébeginsel 'verplicht' zou zijn) en de tegemoetkoming aan benzinestations in de grensstreek in verband met aan het ontplooien van een activiteit langs de grens met Duitsland inherent concurrentienadeel (een 'subsidie' die een onverplichte nadeelcompensatie was). De kokkel- en de benzinestationcasus zijn duidelijke voorbeelden waar de Nederlandse overheid in de risicozone zat, waarbij het in de laatste casus het ook daadwerkelijk tot een onrechtmatigverklaring kwam. Een herkenningspunt is tot slot de *aard en opzet van de betrokken regeling*. Financiële plafonds (per regeling of aanvrager), een beperking van de groep potentiële aanvragers, een relatie met de draagkracht van aanvragers benevens aanvullende voorwaarden en verplichtingen kunnen in subsidieregelingen, maar ook in een regeling op basis waarvan onverplicht wordt gecompenseerd, heel goed worden opgenomen, terwijl deze verschijnselen op gespannen voet staan met de égalité.

Wordt van het égalitébeginsel 'instrumenteel' gebruik gemaakt en wordt dit beginsel ingezet om ondernemingen in de richting van bepaald gewenst gedrag te sturen, dan is dat vanuit staatssteunperspectief riskant. Daarbij valt te denken aan het binden van bedrijven aan een bepaalde regio of het stimuleren van een bepaalde bedrijfstak. Een dergelijke 'instrumentele' benadering van de nadeelcompensatie – die daardoor al snel het karakter krijgt van een 'onverplichte nadeelcompensatie' – blijft in Brussel niet altijd onbestraft. Dit is geïllustreerd aan de hand van de beschikking over de Berlijnse richtsnoeren. Uit die zaak kan worden afgeleid dat vanuit staatssteunperspectief schadevergoeding op basis van een algemene wettelijke regeling, gebaseerd op het égalitébeginsel de voorkeur heeft. In dat geval is gewaarborgd dat ondernemingen in den lande, ongeacht hun aard, regio of relatie met de betrokken over-

heid, op gelijke manier behandeld worden. Wordt echter slechts een omlijnde groep ondernemingen naar aanleiding van een bepaalde schadeoorzaak gecompenseerd, dan is het gevaar voor verboden staatssteun al groter, zelfs indien de nationale autoriteiten menen dat het égalitébeginsel hen daartoe verplicht. Dergelijke regelingen voor bijzondere groepen ondernemingen zouden naar mijn idee dan ook bij de Commissie moeten worden gemeld.

Tegelijkertijd is aan de hand van het voorbeeld van de bestrijding van dierziekten verduidelijkt dat lidstaten zich bij de verstrekking van nadeelcompensatie ook weer niet te zeer moeten concentreren op de grenzen die uit het aansprakelijkheidsrecht voortvloeien. De Commissie staat, daar waar een bijzondere staatssteunregeling van toepassing is of specifiek beleid is geformuleerd, regelmatig vergoedingen toe die naar nationaal recht niet op een rechtsplicht kunnen worden gebaseerd. De specifieke verordeningen of richtsnoeren die op het desbetreffende beleidsterrein van toepassing (kunnen) zijn, bepalen dus veelal de grenzen bij de vraag wat wel en niet aan staatssteun mag worden gegeven op een bepaald beleidsterrein. Dan blijkt bijvoorbeeld de vraag of de schadeoorzaak in zo'n geval moet worden gezocht in de uitbraak van de dierziekte zelf of in het overheidshandelen dat daarop een reactie is, voor de Commissie maar van gering belang.

Tot slot is betoogd dat het fenomeen 'onverplichte nadeelcompensatie' ook de Awb-wetgever aangaat. Indien een eventuele regeling van nadeelcompensatie in de Awb slechts stelt dat schade die tot het normaal maatschappelijk risico behoort, niet wordt vergoed, kan daaruit strikt genomen worden afgeleid dat onverplichte nadeelcompensatie in strijd kan komen met de Awb. Omdat in de praktijk duidelijk behoefte bestaat aan de mogelijkheid om onverplicht te compenseren, meen ik dat de Awb zou moeten voorzien in de clausule dat, *tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald*, de schade die valt binnen het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico niet wordt vergoed.

12 Het égalitébeginsel als rechtsgrond voor de aanprakelijkheid van de Europese Unie

12.1 INLEIDING

Een laatste aspect van de Europese dimensie van de égalité-aansprakelijkheid is de aansprakelijkheid van de Europese Unie. Deze aansprakelijkheid is gebaseerd op art. 340 VwEU,[1] dat als volgt luidt:

> 'Inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid moet de Unie overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar Instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt.'

Een eventuele aansprakelijkheid op grond van dit artikel verschilt naar haar aard van de vormen van aansprakelijkheid uit de voorgaande hoofdstukken. Een eventuele schending van art. 1 EP EVRM resulteert telkens in de aansprakelijkheid van een nationale overheidsinstelling. Ook art. 107 VwEU bevat regels die nationale bestuursorganen rechtstreeks aangaan: kennen zij schadevergoeding toe die strijdig is met art. 107 VwEU, dan verplicht dit hun het teveel betaalde terug te vorderen. Ook art. 340 VwEU werkt weliswaar rechtstreeks door in de nationale rechtsorde, maar als burgers (meestal ondernemingen) zich op dit artikel beroepen kan dit slechts resulteren in een aansprakelijkheid van de Europese Unie, en niet van de lidstaat. Deze vorm van aansprakelijkheid moet strikt worden onderscheiden van die van de lidstaat (die, als het nationale recht dat toestaat, overigens wel nadeelcompensatieplichtig kan zijn als een handeling een achtergrond in het EU-recht heeft).

Het is geen geheim dat deze vorm van aansprakelijkheid op EU-niveau nooit een hoge vlucht heeft genomen. Een rechtstreeks op art. 340 VwEU gebaseerd verzoek om nadeelcompensatie is zelfs nog nooit geslaagd; wel komt het voor dat de EU zichzelf tot nadeelcompensatie verplicht door een wettelijke nadeelcompensatieregeling in het leven te roepen. Met het *FIAMM*-arrest van

---

1 Ook in dit hoofdstuk houd ik de nummering van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie aan, ook al is de rechtspraak die ik bespreek onder zijn voorganger, art. 288 EG, gewezen. Wel wordt de oude aanduiding van de rechtscolleges aangehouden. Zo spreek ik in dit hoofdstuk consequent van het Gerecht van Eerste Aanleg (of GvEA), omdat dit college de door mij besproken rechtspraak onder deze naam heeft gewezen, en niet onder de naam 'het Gerecht', zoals het thans heet. Afhankelijk van de context valt de naam van de Europese Gemeenschap soms ook nog.

9 september 2008 heeft het Hof van Justitie de deur voorlopig dicht gedaan door te bepalen dat op grond van art. 340 VwEU geen nadeelcompensatie kan worden gevraagd indien de schade voortvloeit uit een normatieve handeling die economische beleidskeuzes impliceert, uit welke handelingen het gros van haar werkzaamheden bestaan.

Het *FIAMM*-arrest brengt met zich dat het nadeelcompensatieleerstuk op EU-niveau de komende decennia waarschijnlijk niet van de grond zal komen. Toch is dat geen reden om dit onderwerp niet te behandelen. Ten eerste is art. 340 VwEU een voorbeeld bij uitstek van *multi level jurisdictions*. Art. 340 VwEU stelt immers uitdrukkelijk dat de aansprakelijkheid van de EU is geënt op 'de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben'. Het Hof vindt kennelijk dat het égalitébeginsel niet 'gemeenschappelijk genoeg' is om een recht op nadeelcompensatie op EU-niveau te rechtvaardigen. De vraag waarom dat niet zo zou zijn, wil ik onder meer beantwoorden door in te gaan op de wijze waarop het recht op nadeelcompensatie in de EU-lidstaten is geregeld. Een tweede reden om bij dit onderdeel van het nadeelcompensatierecht stil te staan is dat een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad ook na het *FIAMM*-arrest niet geheel is uitgesloten. De vraag welke mogelijkheden nationale ondernemingen nog resteren na *FIAMM* verdient dan ook de aandacht. Ten derde zou de nationale rechtspraktijk mogelijk inspiratie kunnen ontlenen aan de rechtspraak van de EU-rechter. Hoewel deze rechtspraak de nationale rechters niet direct bindt, geeft deze rechtspraak wel, zoals zal blijken, bruikbare inzichten in de mate waarin de schade bij de toepassing van rechtmatige economische bestuurshandelingen voor compensatie in aanmerking kan komen. Een vierde reden die kan worden genoemd is dat het na de dissertatie van Van Casteren, *Schadevergoeding bij rechtmatig EG-optreden* (1997), in de literatuur relatief stil is gebleven, terwijl zich juist sindsdien interessante ontwikkelingen in de jurisprudentie hebben voorgedaan. Ook al heeft deze jurisprudentie uiteindelijk niet geleid tot de aanvaarding van een recht op nadeelcompensatie op grond van art. 340 VwEU, zij biedt wel een goed inzicht in de wijze waarop de criteria voor nadeelcompensatie op het niveau van de EU worden ingevuld.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Eerst wordt stilgestaan bij enkele algemene kenmerken van art. 340 VwEU, in het bijzonder bij het criterium van de 'voldoende gekwalificeerde schending' (§ 12.2). In § 12.3 volgt een rechtsvergelijkend overzicht van het relevante recht in de lidstaten. Inzicht in deze vraag is van belang, niet alleen vanwege de tekst van art. 340 VwEU, maar ook omdat het rechtsvergelijkende argument blijkens het *FIAMM*-arrest een van de argumenten is om geen recht op nadeelcompensatie onder art. 340 VwEU te aanvaarden. Het *FIAMM*-arrest zelf komt in § 12.4 aan de orde. In de laatste twee paragrafen wordt stilgestaan bij de contouren van het recht op nadeelcompensatie op EU-niveau; in § 12.5 wordt ingegaan op de belangrijkste criteria waaraan hoe dan ook zal moeten worden voldaan alvorens een recht op nadeelcompensatie bestaat, terwijl in § 12.6 de mogelijkheden tot nadeelcompensatie op

EU-niveau en nationaal niveau worden verkend. In § 12.7 werp ik een enigszins sombere 'blik op de toekomst'.

12.2 Aspecten van de buiten-contractuele aansprakelijkheid ex art. 340 VwEU

12.2.1 Algemene kenmerken van art. 340 VwEU

Het EU-recht verschaft burgers verschillende wegen om tegen hun onwelgevallige handelingen van de instellingen in het geweer te komen. Zij kunnen een beroep tot nietigverklaring instellen wanneer een beschikking hen rechtstreeks en individueel raakt of wanneer een handeling tot een ander is gericht, maar hen wel rechtstreeks en individueel raakt (art. 263 lid 4 VwEU). Art. 265 VwEU verschaft hun tevens de mogelijkheid een beroep wegens onrechtmatig nalaten in te stellen wanneer het Europese Parlement, de Raad of de Commissie nalaten een besluit te nemen dat, indien dit wel zou zijn genomen, hun rechtstreeks en individueel zou hebben geraakt. Een derde mogelijke actie is de exceptie van onwettigheid. Deze is vooral van belang in het licht van de onmogelijkheid voor particulieren om handelingen van een algemene strekking (met name verordeningen en richtlijnen) rechtstreeks aan te vechten. De actie tot nietigverklaring strekt zich tot dergelijke handelingen namelijk niet uit. De exceptie van onwettigheid biedt de burger de mogelijkheid om beschikkingen die zijn gebaseerd op handelingen van algemene strekking bij wijze van exceptie aan te tasten, door in beroep tegen die beschikking ook de onwettigheid van de onderliggende (algemene) handeling aan te voeren.

Een vierde actie die het EG-verdrag mogelijk maakt, is het beroep op schadevergoeding uit hoofde van art. 340 VwEU. Dit artikel heeft een breed toepassingsbereik. In de jurisprudentie over art. 340 VwEU is gebleken dat het niet alleen ziet op handelingen van bekende organen als de Commissie en de Raad, maar ook op handelingen van talloze andere organen, zoals de Rekenkamer, de Europese Centrale Bank (zie ook art. 340 lid 3 VwEU), verschillende agentschappen, het Europees Parlement en zelfs van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg, voor zover deze laatste twee handelen als werkgever.[2] Een principiële beperking tot bepaalde *soorten* handelingen bevat art. 340 VwEU evenmin. In de jurisprudentie hebben met name uitspraken over normatieve handelingen de jurisprudentie over art. 340 VwEU gevormd. Een normatieve handeling is 'een maatregel van algemene strekking die van toepassing is op objectief omschreven situaties en voor algemene en in abstrac-

2 Zie voor een overzicht Calliess & Ruffert 2002, p. 2414 e.v. en Blockmans 2002/03, p. 122 e.v.

to omschreven categorieën van personen tot rechtsgevolgen leidt.'[3] In de praktijk gaat het hierbij vooral om verordeningen en in mindere mate om richtlijnen. Een aansprakelijkheidsactie kan echter ook zien op andersoortige handelingen, zoals beschikkingen of feitelijke handelingen; alleen juridisch niet-bindende handelingen (aanbevelingen bijv.) kunnen niet tot aansprakelijkheid leiden. De bevoegde instantie om van aansprakelijkheidsgeschillen kennis te nemen is het Hof van Justitie (art. 268 VwEU). In eerste aanleg neemt het Gerecht kennis van deze geschillen. Er geldt een verjaringstermijn van vijf jaar nadat het schadeveroorzakende feit zich heeft voorgedaan (art. 46 van het Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie).

Om aan de toepassing van art. 340 VwEU te kunnen toekomen, is het niet nodig dat eerst een succesvolle vernietigingsactie wordt ingesteld. Aanvankelijk stelde het HvJ dit wel als voorwaarde.[4] Daarmee werd aangesloten op het regime van art. 34 van het Verdrag van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS).[5] In het *Lütticke*-arrest uit 1971 werd de voorwaarde van een geslaagde vernietigingsactie verlaten en stelde het Hof vast dat het beroep tot schadevergoeding moet worden aangemerkt als een 'zelfstandige beroepsweg, waarbinnen aan het stelsel der voorzieningsmogelijkheden een bijzondere functie toekomt en aan welks aanwending in verband met zijn bijzonder doel bepaalde voorwaarden worden gesteld'.[6] Voor de aansprakelijkheid van de Gemeenschap diende slechts te worden aangetoond 'het bestaan der schade, het causaal verband tussen het beweerdelijk geleden nadeel en de aan de instelling verweten gedraging, alsook de onwettigheid dier gedraging'.[7]

12.2.2 De égalitécriteria als maatstaf voor de voldoende gekwalificeerde schending

Met het niet langer stellen van de eis dat een succesvol vernietigingsberoep was ingesteld was een belangrijk horde om de Gemeenschap succesvol aansprakelijk te kunnen stellen weggenomen. Al spoedig echter werd een nieuwe

3 Zaak 6/68, *Jur*. 1968, p. 409 (*Zuckerfabrik Watenstedt*). Zie ook Heukels 1992, p. 326 e.v., Blockmans 2002/03, p. 251. Zie bijv. HvJ EG 6 juni 1990, zaak 119/88, *Jur*. 1990, p. I-2189 (*AERPO*, § 17).

4 HvJ EG 15 juli 1963, zaak 25/62, *Jur* 1963, p. 233-234 (*Plaumann*).

5 Ook de ontwerptekst van art. 288 EG (oud) bevatte een duidelijke referentie aan het foutbegrip. Zij luidde: 'The Community shall make good damage caused by a non-contractual fault of its institutions'. Omdat men elke analogie met het Franse recht en de daarin centrale notie van de 'faute' wilde vermijden, en het begrip 'fout' in verschillende stelsels verschillend was uitgewerkt, achtte men het uiteindelijk wenselijk te kiezen voor een meer diplomatieke formulering. Besloten werd de aansprakelijkheid van de gemeenschap te laten afhangen van de 'algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben'. Zie Verleisdonk 1990, p. 22-23, Van Casteren 1997, p. 57-58.

6 HvJ EG 28 april 1971, zaak 4/69, *Jur*. 1971, p. 336-337, (*Lütticke*, § 6).

7 Zaak 4/69, *Lütticke*, p. 325.

drempel geïntroduceerd, die vooral relevant was indien de schade was veroorzaakt door normatieve handelingen die een economische beleidskeuze impliceren. In het *Schöppenstedt*-arrest introduceerde het Hof voor dergelijke handelingen het verzwaarde regime van de 'voldoende gekwalificeerde schending van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel'.[8] In het *BHNL*-arrest maakte het Hof duidelijk dat de reden voor deze drempel lag in 'de overweging dat de wetgevende macht, zelfs ingeval de geldigheid van haar handelingen aan rechterlijke toetsing is onderworpen, niet telkens in haar voorbereidingen mag worden belemmerd door de mogelijkheid van schadevergoedingsacties, wanneer zij aanleiding heeft, in het algemeen belang normatieve maatregelen te nemen, die de belangen van particulieren kunnen aantasten.'[9] Het Hof acht het dus noodzakelijk een drempel op te werpen om te voorkomen dat de Gemeenschap bij haar *core business* – het binden van grote groepen burgers door het uitvaardigen van algemeen verbindende regels – te zeer door schadevergoedingsacties zou worden gehinderd. Daarom zou het nodig zijn de Instellingen een zekere 'vergissingsmarge' te laten.[10]

Een belangrijk deel van de rechtspraak van het Hof inzake art. 340 VwEU gaat over de invulling van het criterium van de 'voldoende gekwalificeerde schending'. In het kader van dit onderzoek is het interessant dat het Hof lange tijd ook waarde hechtte aan bepaalde kenmerken van de schade zelf. Het liet zich daarbij leiden door het EGKS-regime, waarschijnlijk vanuit de gedachte dat het wenselijk was de aansprakelijkheidsregimes van de verschillende gemeenschappen zoveel mogelijk uniform te benaderen.[11] Volgens de woorden van art. 34 EGKS was de Gemeenschap slechts aansprakelijk 'indien een onderneming of een groep ondernemingen onmiddellijk en bijzonder nadeel heeft geleden van een beschikking of een aanbeveling, waaraan naar het oordeel van Hof een fout kleefde van zodanige aard dat zij een aansprakelijkheid voor de Gemeenschap medebrengt'.[12] Voor de aansprakelijkheid uit

8 HvJ EG 2 december 1971, zaak 5/71, *Jur*. 1971, p. 975 (*Schöppenstedt*).

9 HvJ EG 25 mei 1978, gev. zaken 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, *Jur*. 1978, p. 1209 (*BHNL*). Zie ook HvJ EG 5 maart 1996, gev. zaken C-46/93 en C-48/93, *Jur*. 1996, p. 1029 (*Brasserie du Pêcheur*, § 45).

10 Conclusie A-G Van Gerven (van 28 januari 1992, *Jur.* 1992, p. I-3103) bij HvJ EG 19 mei 1992, gev. zaken C-104/89 en C-37/90, *Jur*. 1992, p. I-361 (*Mulder II*). De vergelijking met het willekeurverbod ligt voor de hand, maar het Hof zou later bepalen dat willekeur 'geenszins een noodzakelijke, letterlijke voorwaarde is om in het kader van het EEG-Verdrag de Gemeenschap aansprakelijk te stellen' (HvJ EG 18 mei 1993, zaak C-220/91, Jur. 1993, p. I-2393 (*Stahlwerke Peine Salzigitter*, § 51)).

11 Vgl. Wakefield 2002, p. 52.

12 De hele tekst van art. 34 EGKS: 'Indien een onderneming of een groep van ondernemingen onmiddellijk en bijzonder nadeel heeft geleden van een beschikking of aanbeveling, waaraan naar het oordeel van het Hof van Justitie een fout kleeft van zodanige aard dat zij een aansprakelijkheid voor de Gemeenschap medebrengt, is de Commissie gehouden, daarbij gebruik makende van de bevoegdheden welke haar door dit Verdrag zijn toegekend, de maatregelen te nemen, die op een billijke wijze het nadeel herstellen dat het onmiddellijk

hoofde van een fout stelde dit artikel dus niet alleen voorwaarden aan het gedrag van de instelling die het onrechtmatige gedrag had verricht, maar ook aan de schade. Op hun beurt leken de opstellers van het EGKS-verdrag zich duidelijk te hebben laten inspireren door het Franse nadeelcompensatierecht en de daarin gestelde eisen van *spécialité* en *anormalité*.

> Een voorbeeld van een afwijzing van een schadeclaim op deze gronden was het *Meroni*-arrest, waarin industriebedrijf Meroni de Hoge Autoriteit aansprakelijk stelde wegens gebrekkige informatieverstrekking, door niet tijdig te laten weten welke bedragen het bedrijf uit hoofde van een verevening verschuldigd was, zodat deze kosten niet konden worden doorberekend op zijn afnemers. De claim werd van de hand gewezen omdat '(…) de normale nadelen die het onvermijdelijke uitvloeisel van het vereveningsstelsel zijn [geen] recht geven op schadevergoeding, zulks te minder omdat alle ondernemingen van de Gemeenschap daardoor worden getroffen en omdat de verevening de gezamenlijke schrootverbruikers daarvoor in de plaats belangrijke voordelen biedt, met name doordat de prijs van het gemeenschapsschroot op een redelijk peil wordt gehandhaafd en aanzienlijke fluctuaties van de prijs worden voorkomen.'[13]

In de vroege rechtspraak over art. 340 VwEU – toen nog art. 215 EEG – liet het Hof zich sterk beïnvloeden door de EGKS-rechtspraak.[14] Dat bleek uit het *BHNL*-arrest, dat lange tijd bepalend is geweest ten aanzien van de vraag onder welke omstandigheden schade het gevolg was van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht. De Duitse firma *Bayerische HNL* had schade geleden door een Verordening die het bedrijf verplichtte tot aankoop van magere-melkpoeder voor gebruik in diervoerder, voor een prijs die meer dan drie keer zo hoog lag als de prijzen die dergelijke bedrijven normaal betaalden voor (vooral) sojabonen. In een prejudiciële procedure had het Hof bepaald dat Verordening 563/67 van de Raad onrechtmatig was, omdat deze prijzen zo onevenredig hoog waren dat een discriminerende verdeling van lasten over de verschillende landbouwsectoren het gevolg was.[15] Uit deze vaststelling volgde echter niet dat de EG aansprakelijk was voor de schade van de getroffen bedrijven. Het Hof stelde voorop:

---

gevolg is van de vernietigde beschikking of aanbeveling, en zonodig een rechtvaardige schadevergoeding toe te kennen.'

13 HvJ EG 13 juli 1961, gev. zaken 14, 16, 17, 20, 24, 26 en 27/60 en 1/61, *Jur.* 1961, p. 348 (*Meroni*). In gelijke zin HvJ EG 2 maart 1967, gev. zaken 9 en 58/65, Jur. 1961, p. 16 (*San Michele*).

14 De aansluiting bij het EGKS was al bepleit door A-G Roemer in zijn conclusie bij het *Plaumann*-arrest (*Jur.* 1963, p. 253).

15 Zie enkele prejudiciële zaken HvJ EG van 5 juli 1977: zaak 114/76, *Jur.* 1977, p. 1211 (*Bela-Muhle*), 116/76, *Jur.* 1977, p. 1247 (*Granaria BV*) en 119-120/76, *Jur.* 1977, p. 1269 e.v. (*Olmuhle en Kurt A. Becher*).

> 'dat op de gebieden die onder het economisch beleid van de Gemeenschap vallen, van de particulier kan worden gevergd dat hij binnen redelijke grenzen bepaalde voor zijn economische belangen schadelijke gevolgen van een normatieve handeling draagt, zonder uit de openbare middelen schadeloos te worden gesteld, zelfs indien de handeling ongeldig is verklaard.'[16]

Met andere woorden: de onrechtmatigheid van een gemeenschapshandeling doet er niet aan af dat het individu de daardoor veroorzaakte schade tot op zekere hoogte zelf moet dragen. Volgens het Hof was in casu van een voldoende gekwalificeerde schending geen sprake. Het overwoog in dat kader:

> 'dat de maatregel zeer grote groepen handelaren betrof, te weten alle afnemers van eiwithoudend mengvoeder, zodat de gevolgen ervan voor de individuele ondernemingen aanzienlijk werden verzacht; dat bovendien de invloed van de verordening op de prijzen van diervoeder als produktiekostenelement van deze afnemers gering is geweest, daar deze prijzen nauwelijks meer dan 2% zijn gestegen; dat deze prijsstijging uitgesproken matig was in vergelijking met de prijsverhogingen die zich tijdens de geldigheidsduur van de verordening voordeden als gevolg van de schommelingen van de wereldmarktprijzen van eiwithoudend diervoeder, welke verhogingen drie à vier maal zo hoog lagen als de stijging ten gevolge van de bij de verordening ingevoerde verplichting tot aankoop van magere-melkpoeder; dat de invloed van de verordening op de rentabiliteit van de bedrijven uiteindelijk niet de omvang van de risico's overschreed, die aan de activiteiten in de betrokken landbouwsectoren zijn verbonden.'[17]

Deze lijn werd bevestigd in de bekende 'quellmehl'[18] en 'maïsgries'-'[19]-zaken uit 1979, waarin het Hof de Gemeenschap overigens wel aansprakelijk hield.

De manier waarop het Hof in deze jurisprudentie de eis van een 'voldoende gekwalificeerde schending' invulde, kwam het Hof op veel kritiek te staan. Een van de belangrijkste kritiekpunten was dat het Hof de criteria voor aansprakelijkheid voor *rechtmatige* daad toepaste op schade door *onrechtmatig* gemeenschapshandelen. Zo stelde A-G Lagrange dat in de rechtspraak van Italië en Frankrijk de eis van een 'bijzondere schade' niet werd gesteld indien de schade wordt veroorzaakt door een fout van de administratie. Bij de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad was dit wel gebruikelijk, en ook logisch, want 'de keerzijde van het feit, dat niet het bewijs van schuld behoeft te

16 HvJ EG 25 mei 1978, gev. zaken 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, *Jur*. 1978, p. 1209 (*BHNL*, § 7).
17 *BHNL*, § 7.
18 HvJ EG 4 oktober 1979, gev. zaken 261 en 262/78, *Jur*. 1979, p. 3045 (*Interquelle Stärke Chemie*) en HvJ 4 oktober 1979, zaak 238/78, *Jur*. 1979, p. 2955 (*Ireks-Arkady*).
19 HvJ EG 4 oktober 1979, gev. zaken 64 en 113/76, 167 en 239/78, 27, 28 en 45/79, *Jur*. 1979, p. 3091 (*Dumortier Frères*) en HvJ EG 4 oktober 1979, gev. zaken 241, 242, 245-250/78, *Jur*. 1979, p. 3071 (*DGV*).

worden geleverd.'[20] In zijn conclusie bij het *BHNL*-arrest stelde A-G Capotorti dat de omvang van de vermogensbenadeling bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad niet ter zake zou moeten doen. Als een onwettige maatregel in strijd is met een fundamentele norm van de rechtsorde en met de daardoor gewaarborgde subjectieve rechten, zou dit tot schadevergoeding moeten leiden om in het algemeen belang het door de onrechtmatige handeling verstoorde evenwicht te herstellen, en wel ongeacht de omvang van de schade.[21] Zulks was ook in de rechtsstelsels van de lidstaten gebruikelijk, waar de omvang van de schade of de grootte van de groep getroffenen er bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad niet toe deed.[22] Tesauro haalde Capotorti instemmend aan in zijn conclusie bij het *Brasserie du Pêcheur*-arrest. Het argument dat het vergoeden van schade aan ruime categorieën van personen zou leiden tot aanzienlijke financiële lasten, was volgens hem gebaseerd op 'opportuniteitsoverwegingen'.[23]

In de literatuur klonk vergelijkbare kritiek en werden geregeld suggesties tot verbetering gedaan.[24] Volgens Fuß zouden de traditionele criteria voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad kunnen volstaan en zou het Hof dus slechts te hoeven toetsen aan de eisen van de onrechtmatigheid en de verwijtbaarheid van het overheidshandelen, in combinatie met een causaliteitstoets.[25] Meij meende dat het Hof zich zou moeten concentreren op het gewicht van de geschonden rechtsregel, waarbij moest worden gekeken naar de functie van de rechtsregel en zijn plaats in de rechtsorde van de Gemeenschap. De helderheid van de ingeroepen rechtsregel en de mate waarin hij geschikt is om juridisch te worden toegepast, zouden daarbij de leidraad moeten zijn.[26] In latere rechtspraak zou het Hof een benadering kiezen die daar sterk op leek.

12.2.3 De huidige invulling van de voldoende gekwalificeerde schending

20 *Jur.* 1961, p. 368.

21 *Jur.* 1978, p. 1235. Hij vervolgde: 'Dit is nog duidelijker wanneer de onrechtmatigheid bestaat in de schending van het discriminatieverbod en het evenredigheidsbeginsel. Het is niet onbelangrijk, dat de voorwaarde van de ernst der economische benadeling in de Franse rechtspraak alleen is gesteld voor de vergoeding van schade als gevolg van *rechtmatige* normatieve handelingen.' In die zin ook Fines 1990, p. 345 en Meij 1979, p. 485.

22 Aldus Tesauro (*Jur.* 1996, p. 1-1029, § 94) alsmede Langrage bij *Meroni*, *Jur.* 1961, p. 368.

23 *Jur.* 1996, p. I-1029. Vgl. ook Meij 1979, p. 486, die de afhankelijkheid van de aansprakelijkheid van de aard en de gevolgen van de schadeveroorzakende handeling 'alien to the Community system' noemt.

24 Heukels 1992, p. 340-341. Vgl. Cornelis 1984, p. 15, die het criterium van de inherente ondernemersrisico's een ondoorzichtig criterium vond, dat aan het slachtoffer een te zware bewijslast oplegt. Meij 1979, p. 486 wees erop dat het criterium van 'rechtstreeks en individueel geraakt zijn' slechts wordt gesteld bij de actie tot nietigverklaring.

25 Fuß 1977, p. 182.

26 Meij 1979, p. 487. Zie ook Heukels 1992, p. 341.

In latere jurisprudentie leek het Hof zich, wellicht onder invloed van de genoemde kritiek, wat coulanter op te stellen. Het onder art. 34 EGKS gewezen arrest *Stahlwerke Peine-Salzgitter* uit 1993 gaf daarvan al blijk.[27] Een staalbedrijf zag zich als gevolg van weigering van de Commissie om haar leveringsquota aan te passen, gedwongen een groot gedeelte van zijn productie met verlies op de markt van derde landen af te zetten. Die weigering was volgens het Gerecht en het Hof onwettig en dus onrechtmatig. Het Hof overwoog vervolgens dat 'het niet mogelijk [was] in de normale planning van de onderneming met de schade rekening te houden, aangezien die voorkomt uit onwettigheden die fouten van de Commissie opleveren'. Met de vaststelling van de onrechtmatigheid was dus ook gegeven dat de schade niet tot de 'inherente risico's' behoorde. Volgens het Gerecht was de schade voorts 'speciaal' omdat deze drukte op negen staalondernemingen, die ieder afzonderlijk identificeerbaar waren. Aan de eis van een 'limited and identifiable number of economic agents' was dus ook voldaan.[28] De égalité-eisen werden dus nog steeds gesteld, maar uit deze zaken bleek dat zij bij een eenmaal vastgestelde onwettigheid geen grote drempel meer opleverden.

Veel bekender is het *Mulder II*-arrest geworden.[29] De aanleiding tot dit arrest was de schade die veel melkveehouders hadden geleden door een verbintenis die zij op grond van een verordening waren aangegaan om geen melk of zuivelproducten te leveren gedurende een bepaald, door hun lidstaat gekozen referentiejaar. De boeren die aan deze zogeheten 'SLOM'-regeling (Staking van de Levering van melk en zuivelproducten en Omschakeling van het Melkveebestand) werden na afloop van de niet-leverperiode echter met een nieuwe verordening geconfronteerd, waarin quota werden gehanteerd die werden gebaseerd op de productie in 1981, 1982 of 1983. Omdat deze boeren – vanwege de aangegane verbintenis – in die jaren geheel geen productie hadden, pakte dit nieuwe stelsel voor hen zeer ongunstig uit: anders dan de andere boeren, mochten de SLOM-boeren geen heffingsvrije hoeveelheid melk produceren. Zij gingen in beroep, en na een prejudiciële procedure verklaarde het Hof de Verordening voor ongeldig voor zover zij geen rekening hield met de bijzondere positie van de SLOM-boeren, wat in strijd was met het vertrouwensbeginsel.[30] Voor een mogelijke aansprakelijkheidsactie vormde

27 HvJ EG 18 mei 1993, zaak C-220/91, *Jur*. 1993, p. I-2393 (*Stahlwerke Peine Salzgitter*, § 58). Zie ook GvEA 27 juni 1991, zaak T-120/89, *Jur*. 1991, p. II-279, § 132.

28 GvEA 27 juni 1991, zaak T-120/89, *Jur*. 1991, p. II-279, § 131. Vgl. ook A-G Roemer in zijn conclusie bij HvJ EG 14 juli 1961, gev. zaken 9 en 12/60, *Jur*. 1961, p. 502 (*Vloeberghs*): 'Overigens behoeft volgens artikel 40 [EGKS – MT] niet te worden bewezen, dat alleen degene die een beroep instelt is benadeeld; bij een juiste interpretatie moet het voldoende zijn, dat de betrokkene als lid van een kleine, duidelijk omschreven groep het slachtoffer van een schadetoebrengend feit is geworden.'

29 HvJ EG 19 mei 1992, gev. zaken C-104/89 en C-37/90, Jur. 1991, p. I-3061 (*Mulder II*). Fines 1997, p. 24, Cormier 2002, p. 345 en Waelbroeck 1997, p. 336 zien het *Mulder II*-arrest als een indicatie dat het Hof zich soepeler is gaan opstellen.

30 HvJ EG 28 april 1988, zaak 120/86, *Jur*. 1988, p. 2321 (*Mulder*, § 26).

de grootte van de groep aan de SLOM-regeling deelnemende boeren (122.787 in getal) een mogelijk obstakel. Dit was voor het Hof echter geen aanleiding de claim af te wijzen, ook al kon men betwijfelen of nog wel van een 'beperkte groep' sprake was. A-G Van Gerven had er in zijn conclusie voor gepleit dat aan dit criterium zou kunnen worden vastgehouden, nu de 'beperkte groep' verwees naar 'een groep ondernemingen aan wie het onrechtmatig handelen, in vergelijking met andere groepen van ondernemingen, een bijzonder nadeel heeft opgelegd dat deze ondernemingen niet hoefden te dragen.' Vergeleken met de melkproducenten die hun melkproductie niet hebben onderbroken, werden de betrokken SLOM-deelnemers volgens Van Gerven op een bijzondere en bovendien ernstige wijze getroffen, nu alleen zij door de aangevochten regeling verhinderd werden melk te produceren en als gevolg daarvan hun melkleveringen niet konden hervatten.'[31] Heukels daarentegen meende dat de SLOM-zaak een goede gelegenheid was om het criterium van de beperkte omvang van de groep gelaedeerden geheel te verlaten.[32] Het Hof leek hem te volgen:

> '[D]e gemeenschapswetgever [heeft], door zonder een hoger openbaar belang aan te voeren in het geheel geen rekening te houden met de bijzondere situatie van een duidelijk afgebakende categorie van marktdeelnemers, te weten de producenten die gedurende het referentiejaar geen melk hadden geleverd krachtens een verbintenis als bedoeld in verordening nr. 1078/77, de grenzen van zijn bevoegdheid klaarblijkelijk ernstig miskend, zodat hier sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van een hogere rechtsregel. (…) Wat deze schending nog evidenter maakt, is de omstandigheid dat de algehele en voortdurende uitsluiting van de betrokken producenten van de toewijzing van een referentiehoeveelheid, waardoor hun in feite werd belet om na afloop van hun verbintenis tot niet-levering of omschakeling de melklevering te hervatten, niet als voorzienbaar kan worden beschouwd of kan worden geacht, binnen de grenzen van de economische risico's te blijven welke inherent zijn aan de ondernemersactiviteiten van een melkproducent.'[33]

Het Hof stelde dus nog wel als eis dat de groep 'duidelijk afgebakend' diende te zijn. In casu was daaraan voldaan, omdat de positie van de groep SLOM-deelnemers die geen melk hadden geleverd gedurende het referentiejaar, duidelijk kon worden afgezet tegen die van de overige producenten, die gewoon melk waren blijven produceren. Hoe groot de groep getroffenen in absolute zin was, leek voor het Hof niet langer relevant om de Gemeenschap aansprakelijk te kunnen houden; beslissend was dat de groep afgebakend was, doch niet meer zozeer dat zij ook *beperkt* was.[34]

---

31 Conclusie A-G Van Gerven bij gev. zaken C-104/89 en C-37/90, *Mulder II*, *Jur*. 1992, I-3111.
32 Heukels 1992, p. 341. Zie ook Heukels 1993, p. 381-382.
33 *Mulder II*, § 16-17.
34 In die zin ook Hartley 2003, p. 474, Heukels 1993, p. 382 en Van Casteren 1997, p. 291.

Dezelfde SLOM-casus gaf ook een indicatie van een mogelijk nieuwe invulling van het criterium van de 'voldoende gekwalificeerde schending'. Het *Mulder II*-arrest kreeg namelijk een staartje in de vorm van een nieuwe verordening, waarin de SLOM-deelnemers een referentiehoeveelheid van 60% werd toegekend van de hoeveelheid melk die de producent had geleverd het jaar voorafgaande aan de indiening van de aanvraag van de niet-leveringspremie. Ook deze regeling verklaarde het Hof onrechtmatig, nu een korting van 40% nog steeds een te vergaande inkrimping van het melkbestand was.[35] Deze onrechtmatigheid was echter geen reden om de daardoor geleden schade te vergoeden, omdat de daardoor geleden schade niet het gevolg was van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht. Er was volgens het Hof immers rekening gehouden met de positie van de betreffende producenten, door hen de gelegenheid te geven hun activiteiten als melkproducent te hervatten. Bovendien had de wetgever met die verordening een economische beleidskeuze gemaakt, waarbij enerzijds was uitgegaan van 'de dwingende noodzaak de kwetsbare stabiliteit die op dit ogenblik op de markt van melk en zuivelproducten is bereikt, niet in gevaar te brengen en anderzijds van het vereiste om de belangen van de betrokken producenten af te wegen tegen die van de andere aan de regeling onderworpen producenten'.[36] Aan het criterium van de 'inherente risico's' werd derhalve niet langer gerefereerd.

In latere jurisprudentie is het Hof meer afstand gaan nemen van de égalité-criteria. In het *Bergaderm*-arrest zette het Hof de voorwaarden uiteen die ook thans nog gelden.[37] Van belang is ten eerste dat sinds dit arrest het criterium van de 'voldoende gekwalificeerde schending' niet meer louter voor normatieve handelingen geldt, maar ook voor administratieve en feitelijke handelingen. Verder blijkt uit het arrest dat voor aansprakelijkheid uit hoofde van art. 340 VwEU beslissend is of de geschonden rechtsregel (het Hof spreekt niet meer van een 'hogere rechtsregel') ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, of er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending en, ten slotte, of er een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de schade.[38] In verband met de voorwaarde van de 'voldoende gekwalificeerde schending' hanteert het Hof als beslissend criterium 'de kennelijke en ernstige miskenning, door een lidstaat zo goed als door een gemeenschapsinstelling, van de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid dient te blijven.'[39] Heeft een instelling of een lidstaat weinig of geen beoordelingsmarge, dan kan de enkele inbreuk op EU-recht

35 HvJ EG 11 december 1990, zaak C-189/89, *Jur.* 1990, p. I-4539 (*Spagl v. Hauptzollambt Rosenheim*), HvJ EG 11 december 1990, zaak C-217/89, *Jur.* 1990, p. I-4585 (*Pastätter v. Hauptzollambt Bad Reichenall*). Zie verder Arnull 1997, p. 145.

36 *Mulder II*, § 21. Zie ook Van Casteren 1997, p. 41, met verwijzingen.

37 Zie Craig 2006, p. 769-771, Tridimas 2006, p. 478, die beiden menen dat met het *Bergaderm*-arrest een kentering is ingetreden.

38 HvJ EG 4 juli 2000, zaak C-352/98, *Jur.* 2000, p. I-5291 (*Bergaderm*, § 42).

39 Zaak C-352/98, *Bergaderm*, § 43.

volstaan om een voldoende gekwalificeerde schending aan te nemen. Bij het bestaan van een ruime beoordelingsmarge moet voor aansprakelijkheid dus sprake zijn van een 'kennelijke en ernstige miskenning van de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid dient te blijven'.[40] In dat verband zal het Hof ook in het kader van art. 340 VwEU de criteria uit het *Brasserie du Pêcheur*-arrest toepassen en dus rekening moeten houden met de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt en de vraag of de rechtsdwaling al dan niet verschoonbaar is.[41]

Of met de nieuwe koers nu ook definitief afscheid is genomen van de égalitécriteria, kan overigens worden betwijfeld. In twee arresten uit 2000 vroegen ondernemers in een bepaalde marktcategorie schadevergoeding naar aanleiding van een door het Hof vernietigde verordening. Het Gerecht verwierp hun claim, omdat de maatregel 'zeer ruime categorieën marktdeelnemers heeft getroffen, namelijk de marktdeelnemers van de categorieën A en C (zie naar analogie [het *BHNL*-arrest]). Zo zijn partijen het erover eens, dat er in 1996 bijvoorbeeld 704 marktdeelnemers van categorie A waren en 2.981 van categorie C.' Ook meende het Gerecht dat de schade nog binnen de aan de sector inherente risico's viel, omdat verzoeksters uitdrukkelijk hadden toegegeven dat zij de aankoopkosten van de uitvoercertificaten hadden kunnen 'absorberen' en nog enige winst konden blijven maken.[42] Ook de eis van de aan de betreffende sector 'inherente risico's' is nog niet helemaal uit beeld verdwenen,[43] een andere aanwijzing dat de égalitécriteria kennelijk een bepaalde aantrekkingskracht behouden.[44] Benadrukt moet wel worden dat, indien het oordeel luidt dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending,

40 Zaak C-352/98, *Bergaderm*, § 43.

41 Zie ook gev. zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, § 56. Zie voor overzichten van de aansprakelijkheid van het Hof na *Bergaderm*: Craig 2006, p. 771 e.v., Craig & De Búrca 2008, p. 576 e.v. en Tridimas 2006, p. 486 e.v. Meijer 2007, p. 38 e.v. behandelt de – in beginsel dus gelijkluidende – criteria van de lidstaataansprakelijkheid ingevolge *Brasserie du Pêcheur*.

42 GvEA 6 maart 2003, zaak T-56/00, *Jur*. 2003, p. II-577 (*Dole Fresh Fruit*, § 79) en GvEA 6 maart 2003, zaak T-57/00, *Jur*. 2003, p. II-607 (*Banan Kompaniet*, § 69). Zaak T-56/00, *Dole Fresh Fruit*, § 80 en zaak T-57/00, *Banan Kompaniet*, § 70. Zie over de eis van *spécialité* ook Arnull 1997, p. 146, Tridimas 2006, p. 484, Schermers & Waelbroeck 2001, p. 556 en Schwarze 2006, p. 529 die allen stellen dat de grootte van de groep getroffenen een nog relevant criterium is. Ook Wakefield 2002, p. 124 concludeert dat de 'effects approach' nog steeds geldt.

43 Zie naast zaken T-56/00 en T-57/00 ook zaak GvEA 16 november 2006, zaak T-333/03 (*Masdar*, § 119), GvEA 23 november 2004, zaak T-166/98, *Jur*. 2004, p. II-3991 (*Cantina Sociale di Dolianova*, § 168) en (vóór *Bergaderm*), GvEA 14 september 1995, gev. zaken T-480/93 en T-483/93, *Jur*. 1995, p. II-2305 (*Antillean Rice Mills*, § 207) en GvEA 17 december 1998, zaak T-203/96, *Jur*. 1998, p. II-4239 (*Embassy Limousines*, § 79).

44 Daarover kritisch: Craig 2006, p. 772. Indien 'sufficiently serious illegal action' tot schade heeft geleid, is het volgens hem niet nodig dat de verzoeker bewijst dat ook de *schade* 'particularly serious' is.

als uitgangspunt heeft te gelden dat de schadevergoeding het vermogen van de gelaedeerde zoveel mogelijk dient te herstellen.[45] Het criterium van de 'inherente risico's' werkt dus wel als drempel, maar zodra deze genomen is, gaat het Hof er niet van uit dat alleen het 'onevenredige deel' van de schade moet worden vergoed. Aldus ook Wakefield:

> '[T]he condition of the economic risks inherent in the sector in which the undertaking was operating only applies in a legislative context where the use of powers involves the exercise of very wide discretion. However, having overcome this hurdle, compensation awarded "is intended so far as possible to provide restitution for the victim of unlawful conduct of the Community Institutions".'[46]

Het lijkt erop dat met het *Bergaderm*-arrest de drempels verder zijn verhoogd, aangezien het criterium van de 'voldoende gekwalificeerde schending' thans niet meer louter ziet op normatieve handelingen. In de literatuur is de kritiek dat de kansen voor ondernemingen om de EU aansprakelijk te stellen, te klein zijn, dan ook niet verstomd.[47] Jans e.a. concluderen dat de EU maar zelden aansprakelijk is en dat de gevallen waarin zij dit wel is niet anders dan als 'willekeur' kunnen worden betiteld.[48] Volgens Van Male lijkt het EG-regime daarmee strenger dan het Nederlandse regime bij onrechtmatige overheidsdaad.[49]

Ook al is in incidentele gevallen toch nog de oude *BHNL*-lijn zichtbaar, met de *Bergaderm*-rechtspraak heeft het Hof in elk geval blijk gegeven van de wil om de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zich verder zelfstandig te laten ontwikkelen, onafhankelijk van de normen die gelden bij de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad. Dat de op het eerste gezicht 'logische' volgende stap – de ontwikkeling van een aansprakelijkheid, los van het *Bergaderm*-arrest en juist toepassing gevend aan de 'oude' *BHNL*-criteria – toch niet zo vanzelfsprekend was, zal in § 12.4 blijken. Eerst wil ik echter stilstaan bij een belangrijke voorwaarde, wil een aansprakelijkheid uit rechtmatige EG-daad ooit vorm krijgen: de erkenning van een recht op nadeelcompensatie op het niveau van de lidstaten.

---

45 HvJ EG 3 februari 1994, zaak C-308/87, *Jur*. 1994, p. I-341 (*Grifoni*, § 40). Zie ook Zaak C-124/89 en C-37/90 (*Mulder II*), § 34, HvJ EG 27 januari 2000, gev. zaken C-104/89 en C-37/90 (*Mulder III*), § 51, 63.

46 Wakefield 2002, p. 304.

47 Zie Jans e.a. 2002, p. 368-369; vgl. Jans 2007, p. 362. Zie ook Pernice 1995, p. 651 en Fines 1997, p. 21.

48 Jans e.a. 2002, p. 369.

49 Van Male 2003, p. 256.

12.3 Het recht op nadeelcompensatie in de lidstaten van de EU

12.3.1 Inleiding

Hoewel de jurisprudentie die onder art. 340 VwEU tot stand is gekomen vrijwel alleen betrekking heeft gehad op onrechtmatig optreden van de EU-instellingen, staat het artikel op zichzelf niet in de weg aan een veroordeling uit rechtmatige daad. Ten eerste sluit de tekst van art. 340 VwEU een dergelijke mogelijkheid niet uit: het artikel stelt slechts dat de Unie de schade moet vergoeden die door haar Instellingen of door haar personeelsleden 'in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt'. Indien de verdragswetgever het recht op schadevergoeding tot de onrechtmatige gemeenschapsdaad had willen beperken, dan had het voor de hand gelegen andere bewoordingen te kiezen.[50] Kennelijk is beoogd, door voor een zo open mogelijke formulering te kiezen, de ontwikkelingen in de rechtspraak af te wachten.

Maar om te kunnen stellen dat art. 340 VwEU ook een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad mogelijk zou *moeten* maken, is meer nodig dan de enkele constatering dat de tekst van art. 340 VwEU daaraan niet in de weg staat. Art. 340 VwEU stelt ook de voorwaarde dat de Gemeenschap aansprakelijk is 'overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben'. De jurisprudentie ten aanzien van art. 340 VwEU kan men derhalve niet los zien van de vraag hoe het recht op schadevergoeding in de lidstaten is geregeld. In deze paragraaf wil ik dit bezien voor wat betreft het recht op nadeelcompensatie. Daarmee verplaats ik mij in zekere zin in de positie van het Hof, die zich bij zijn interpretatie van art. 340 VwEU door het recht van de lidstaten moet laten leiden. Daarbij is een belangrijke vraag op welke wijze het Hof zich door het recht in de lidstaten zou moet laten leiden. Zijn kwantitatieve overwegingen bepalend, of kijkt het Hof vooral naar de behoeften die op het niveau van de Unie bestaan aan een dergelijk aansprakelijkheidsregime? Op die vragen kom ik terug in mijn bespreking van het *FIAMM*-arrest, waarin het Hof mede op basis van het ontbreken van een onvoldoende basis van het recht op nadeelcompensatie in de lidstaten kwam tot een afwijzend oordeel over het bestaan van een recht op nadeelcompensatie op EU-niveau (zie in het bijzonder § 12.4.3.2). Eerst is het nuttig om te bezien of en zo ja, hoe het recht op nadeelcompensatie in de EU-lidstaten is geregeld.[51] Nederland is niet in dit overzicht opgenomen, maar zal wel worden

50 Een mogelijke reden dat niet voor een al te 'sturende' tekst is gekozen, zou kunnen zijn gelegen in het feit dat één van de andere primaire EG-verdragen eveneens een foutloze aansprakelijkheid bevatte: het Euratom-verdrag kende een risicoaansprakelijkheid in verband met 'gevaarlijke activiteiten'.

51 Zie voor een recent overzicht van het overheidsaansprakelijkheidsrecht in diverse lidstaten Von Bar 2009, p. 1010 e.v. en de gedegen jaarlijkse landenrapporten in het tijdschrift *European Tort Law*, waarvan jaargang 2005 geheel is gewijd aan overheidsaansprakelijkheid. Rechtsvergelijkende overzichten van de aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad

betrokken in de samenvatting van de bevindingen in § 12.3.3. Verwijzingen naar de grondwettelijke basis van de overheidsaansprakelijkheid in sommige landen zijn ontleend aan de internet-database van grondwetten op <http://www.servat.unibe.ch/law/icl/index.html>. Ook moet ik een *disclaimer* maken. Voor zover ik kan overzien, kennen alle landen vormen van overheidsaansprakelijkheid waarvoor onrechtmatigheid niet als voorwaarde geldt, al is het maar een wettelijke regeling van de onteigening. In mijn zoektocht naar relevante gegevens over de lidstaten heb ik veel gegevens boven tafel weten te krijgen, maar ik sluit niet uit dat in sommige landen (al dan niet buitenwettelijke) systemen van nadeelcompensatie bestaan die in mijn onderzoek niet naar boven zijn gekomen.

12.3.2 Rechtsvergelijkend overzicht

Grofweg kan een onderscheid worden gemaakt tussen die staten waar een algemeen wettelijk of door de rechter erkend recht op nadeelcompensatie bestaat en landen waar het nadeelcompensatierecht, voor zover dit bestaat, voorbehouden is gebleven aan de bijzondere wetgever. Hierna komen eerst de landen aan bod waarin van een algemeen leerstuk sprake is. Het gaat om België, Luxemburg, Duitsland, Frankrijk, Spanje, Portugal, Estland en Polen. Daarna volgt een bespreking van het regime in de overige lidstaten.

12.3.2.1 België

De aansprakelijkheid van de overheid is in België, net als in alle andere EU-lidstaten, eerst en vooral het terrein van de onrechtmatige overheidsdaad.[52] Op deze aansprakelijkheid zijn de civielrechtelijke regels (i.h.b. art. 1382 e.v. BW) van toepassing. Een foutloze aansprakelijkheid van de overheid is zowel in de jurisprudentie van de civiele rechter als in die van de bestuursrechter te vinden. De civiele rechter baseert deze aansprakelijkheid op artikel 544 BW. Dit artikel luidt: 'Eigendom is het recht om op de meest volstrekte wijze van een zaak het genot te hebben en daarover te beschikken, mits men er geen gebruik van maakt dat strijdig is met de wetten of met de verordeningen.' Op basis van dit artikel kan een burger jegens een andere burger aansprakelijk zijn bij een handelen dat het evenwicht verbreekt dat tot stand is gekomen tussen naburige eigendommen, door aan een naburige eigenaar een stoornis op te leggen die de 'gewone' buurschapsnadelen overschrijdt. Door het geven

---

geven Fines 1990, p. 180 e.v., Schockweiler, Wivenes & Godart 1990, p. 27 e.v., Haack 1996, p. 46 e.v., Roozendaal 1998 (Frankrijk, Duitsland) en Van Casteren 1997, p. 81 e.v. (Frankrijk, Spanje en Duitsland). Een rechtsvergelijkend overzicht dat is toegespitst op de aansprakelijkheid voor (hoofdzakelijk onrechtmatige) wetgeving geeft Fetzer 1994, p. 189 e.v.

52 Mast e.a. 2006, p. 836 e.v.

van een passende compensatie kan dit evenwicht worden hersteld, zonder dat de gelaedeerde hoeft te bewijzen dat de ander onrechtmatig heeft gehandeld. Deze theorie van het verstoorde evenwicht is ook van toepassing op hinder veroorzaakt door de overheid, in welk verband in de jurisprudentie wordt gesproken van 'de verstoring in het evenwicht der openbare lasten die op iedere burger moeten rusten'. Van een dergelijke verstoring kan sprake zijn bij abnormale overlast door stof, lawaai en ander hinder.[53] Sinds 2005 bestaat voor schade ten gevolge van hinder veroorzakende werken op het openbaar domein ook een aparte wet, die voorziet in de uitkering van een 'inkomenscompensatievergoeding' van een gefixeerde € 70 per dag.[54] Deze ruime interpretatie van art. 544 BW is beperkt tot inbreuken op het eigendomsrecht; de vergoeding van schade voor andersoortige inbreuken op rechten (bijvoorbeeld persoonlijkheidsrechten) of belangen is ofwel het terrein van de bijzondere wetgever, ofwel behoort tot de jurisdictie van de bestuursrechter.

De bevoegdheid van de bestuursrechter (de Raad van State) wordt gebaseerd op art. 11 van de Raad van State-wet, dat bepaalt dat 'de afdeling administratie naar billijkheid en met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang, bij wege van arrest uitspraak [doet] over de eisen tot herstelvergoeding van buitengewone, morele of materiële schade, veroorzaakt door een administratieve overheid'. Deze regeling ziet slechts op schade die is veroorzaakt door een administratieve overheid, en dus niet op schade die het gevolg is van wetgevend of rechterlijk handelen.[55] Art. 11 bevat een subsidiaire bevoegdheid: eerst moet de verzoeker het bestuur om schadevergoeding verzoeken. Wordt dit afgewezen, dan kan hij zich tot de Raad van State wenden. Hoewel het artikel ervan uitgaat dat de Raad van State op grond van de billijkheid beslist, zijn de meeste auteurs het erover eens dat hij zich daarbij door het égalitébeginsel laat leiden.[56] Steun daarvoor vindt men in het feit dat volgens de rechtspraak op grond van het betreffende artikel de schade slechts buitengewoon is wanneer zij 'abnormaal', 'direct' en 'zeker' is. Bovendien moet de schade slechts een of enkele individuen treffen. Treft zij een gehele categorie van personen, dan is er geen sprake van buitengewone schade maar van een openbare last.[57] Succesvolle beroepen op de billijkheidsclausule zijn schaars, maar waren bijvoorbeeld aan de orde toen de loop van

53 Mast e.a. 2006, p. 858 e.v.

54 Zie www.openbarewerken-zelfstandigen.be, een regeling die overigens op verschillende manieren rekening houdt met de draagkracht van de ondernemer.

55 Mast e.a. 2006, p. 1085. Pas relatief recent is de Belgische rechter overgegaan tot een erkenning van een aansprakelijkheid voor (onrechtmatig) wetgevend handelen. Zie Hof van Cassatie 28 september 2006, waarover Van Ommeslaghe & Verbist 2009, p. 3 e.v.

56 Haack 1996, p. 49. Vgl. Van Oevelen 1984.

57 Zo werd een schadeclaim van een gebruiker bij wie gelijkstroom vervangen werd door wisselstroom en die daardoor kosten moest maken voor het vervangen van zijn apparaten bij gebreke van 'buitengewoonheid' afgewezen: tal van gebruikers verkeerden in een gelijke positie (Mast e.a. 2006, p. 1083).

de Schelde werd verlegd waardoor voorbijvarende schippers een kruideniers-zaak minder goed konden bereiken; in geval van een drastische vermindering van beroepsinkomsten van een gerechtsdeurwaarder ten gevolge van de afscheiding van gemeenten van het kanton waar hij zijn ambt uitoefent en bij de verlamming van een kind na een verplichte vaccinatie tegen kinderverlamming.[58]

12.3.2.2 Luxemburg

Ook in Luxemburg wordt het égalitébeginsel erkend. Reeds in een uitspraak uit 1904 bepaalde de de arrondissementsrechter van Luxemburg dat het 'heden ten dage algemeen aanvaard is dat ook als de overheid niet onrechtmatig handelt en binnen de grenzen van de aan haar toebedeelde bevoegdheden blijft, een schadevergoeding aangewezen kan zijn indien haar maatregelen direct een privé-belang of een verworven recht aantasten, ter compensatie van het geleden nadeel'.[59] Bekend is vooral een arrest uit 1985 geworden, waarin het ging om een man die gewond was geraakt toen hij de politie te hulp was geschoten bij het inrekenen van een ontsnapte gevangene. Anders dan de Franse rechter, die bij schade van dergelijke *collaborateurs occassionels* niet de égalité maar het risicoregime in stelling brengt,[60] meende de Luxemburgse rechter dat de staat op grond van het égalitébeginsel aansprakelijk was. Dit arrest was een impuls voor de wetgever om deze aansprakelijkheid te gaan regelen en sinds 1988 kent Luxemburg een wet inzake de de aansprakelijkheid van de overheid.[61] Deze wet ziet op zowel onrechtmatig (artikel 1, eerste lid, waarin wordt gesproken van 'le fonctionnement défectueux') als op rechtmatig overheidshandelen. Deze laatste aansprakelijkheid staat centraal in art. 1 lid 2 van de *Loi relative à la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques*:

> 'L'Etat et les autres personnes morales de droit public répondent, chacun dans le cadre de ses missions de service public, de tout dommage causé par le fonctionnement défectueux de leurs services, tant administratifs que judiciaires, sous réserve de l'autorité de la chose jugée.
> Toutefois, lorsqu'il serait inéquitable, eu égard à la nature et à la finalité de l'acte générateur du dommage, de laisser le préjudice subi à charge de l'administré, indemnisation est due même en l'absence de preuve d'un fonctionnement défectueux du service, à condition que le dommage soit spécial et exceptionnel et qu'il ne soit pas imputable à une faute de la victime.'

58 Mast e.a. 2006, p. 1080-1081.
59 Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 16 april 1904, *Pasicrisie Luxemburgeoise* 7, p. 19, genoemd door Ravarani 1992, p. 277.
60 § 4.6.1.
61 Wet van 1 september 1988, te raadplegen via <http://www.legilux.public.lu>.

De verwijzing naar het aard en het doel van de schadeveroorzakende handeling ('eu égard à la nature et à la finalité de l'acte générateur du dommage') is opgenomen om te voorkomen dat ook een aansprakelijkheid zou kunnen bestaan voor de gevolgen van rechtmatige daden die een ongelijke verdeling van lasten *beogen*. Het type schade dat op grond van dit lid voor compensatie in aanmerking kan komen ziet louter op de ongewilde schade ten gevolge van een rechtmatig, weloverwogen handelen; precies het type zaken dat ook in Frankrijk onder het bereik van de égalité valt.[62]

Hoewel de wet duidelijk is geïnspireerd door het Franse recht inzake de *responsabilité sans faute*, is een belangrijke afwijking dat niet de bestuursrechter, maar de civiele rechter bevoegd is. De bestuursrechter is bevoegd om beschikkingen deels of geheel te vernietigen en de zaak terug te verwijzen naar het bestuursorgaan. Eenzelfde bevoegdheid bestaat ten aanzien van regelgevend handelen. De bestuursrechter is echter niet bevoegd inzake publiekrechtelijke contracten en vorderingen tot schadevergoeding naar aanleiding van rechtmatig en onrechtmatig overheidshandelen. Ook geschillen inzake de schadevergoeding bij onteigening vallen binnen de bevoegdheid van de civiele rechter.[63]

De aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad op grond van het tweede lid heeft een breed bereik. Het ziet op de schade ten gevolge van een daad van een overheidsorgaan die objectief rechtmatig is, maar die als direct gevolg heeft dat schade ontstaat die het betreffende orgaan normaal gesproken niet gewild kan hebben.[64] Een dergelijke schade kan (ook) in Luxemburg voortvloeien uit feitelijke handelingen (de bouw van geluidswal die leidt tot een verminderde lichtinval) en besluiten (verkeersmaatregelen, wegafsluitingen, planologische maatregelen).[65] Volgens Ravarani bestaan er geen theoretische bezwaren tegen de aanvaarding van een eventuele aansprakelijkheid voor formele wetgeving, mede gelet op het brede bereik van voornoemde bepaling.[66] Toch heeft de burgerlijke rechter tot op heden niet willen erkennen dat de staat ook voor haar wetgevend handelen aansprakelijk kan zijn. Voor de interpretatie van de criteria van de criteria van de frase *spécial et exceptionnel* zoekt de Luxemburgse rechter aansluiting bij de Franse rechtspraak.[67]

Interessant is dat na artikel 1, lid 2 nog enkele andere artikelen volgen die een recht op schadevergoeding uit rechtmatige daad creëren, zonder dat in die situaties is voldaan aan de voorwaarden van een weloverwogen handelen, genoemd in het tweede lid. Zo is de staat krachtens artikel 2 aansprakelijk

62 Ravarani 2006, § 319: '[L]a responsabilité sans faute de l'Etat serait engagé chaque fois qu'un dommage special et exceptionnel constitue la conséquence *non volontaire* d'un comportement *volontaire*, qu'il soit de commission ou d'ommission.'

63 M. Feyereisen, 'Administrative justice in Europe. Report for Luxembourg', § 16, <http://www.juradmin.eu/seminars/Trier2005/Luxembourg_en.pdf>.

64 Ravarani 2006, § 319.

65 Ravarani 2006, § 331-333.

66 Ravarani 2006, § 278, § 330.

67 Ravarani 2006, § 323-327.

voor de schade van *collaborateurs occassionels* (artikel 2), voor de schade van delinquenten op proefverlof, voor minderjarigen die verblijven in opvoedingsinstituten en voor psychiatrische patiënten die onder de hoede staan van een psychiatrische instelling (artikel 3). Voorwaarde is dat de overheid aansprakelijk is als het causaal verband is komen vast te staan; het feit dat de schade aan de daad van een derde (*fait d'un tiers*) is te wijten, is volgens beide artikelen geen omstandigheid die de overheid van haar aansprakelijkheid ontslaat.

12.3.2.3 Duitsland

De aansprakelijkheid van de overheid uit onrechtmatige daad heeft in Duitsland een directe basis in art. 34 van de Grondwet (het Grundgesetz). De aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad is indirect ook grondwettelijk gewaarborgd, nu dit leerstuk zich in Duitsland vanuit de figuur van de onteigening (art. 14 Grundgesetz) heeft ontwikkeld. In zijn uitwerking is deze vorm van aansprakelijkheid sterk verwant met de Franse égalitéleer, welke verwantschap het sterkt is als de schade kwalificeert als een vorm van 'rechtmatige quasi-onteigening' (*enteignender Eingriff*).[68] Onder 'onteigening' werd in de jurisprudentie van de Duitse rechters niet alleen verstaan de ontneming van eigendom en de overgang daarvan in overheidshanden, maar elke benadeling van als 'eigendom' beschermde rechtsposities, voor zover zij verder gaat dan de aan het eigendom verbonden inherente risico's (*Sozialbindung*, waarin de maatschappelijke functie van het eigendomsrecht tot uitdrukking komt).[69] Hoewel de 'rechtmatige quasi-onteigening' dus haar wortels heeft in de onteigening, is zij thans een zelfstandige rechtsfiguur, op basis waarvan een vergoeding kan worden verkregen voor de schadelijke nevengevolgen van rechtmatig overheidshandelen (vooral feitelijke handelingen).[70] Voorwaarde voor aansprakelijkheid bij een rechtmatige quasi-onteigening is dat de inbreuk op de eigendom een bijzondere last, een *Sonderopfer*, inhoudt. Schade die valt onder het maatschappelijke risico is geen onteigening en levert geen Sonderopfer op. Dit kan anders zijn als een ondernemer door voortdurende hinder schade ondervindt die zo erg is dat zij niet als *Sozialbindung* meer kan worden aangemerkt. Deze *Sozialbindung* brengt voorts met zich dat er sprake moet zijn van een bijzondere last. Het Bundesgerichtshof legt daarbij niet zozeer de nadruk op het uitzonderlijke van de positie van de getroffene ten opzichte van anderen (zoals dat blijkt uit het woord 'Sonder') maar op de zwaarte, de

68 Zie Roozendaal 1998, p. 71 e.v. Zie voor andere Nederlandse overzichten van het Duitse recht Van Casteren 1997, p. 123 e.v., Schlössels 2002, p. 155 en Van den Berk 1991, p. 183 e.v.

69 Maurer 2006, p. 710.

70 Roozendaal 1998, p. 76; Van Casteren 1997, p. 137, Van den Berk 1991, p. 207.

intensiteit en datgene wat redelijk en billijk is (de *Zumutbarkeit*).[71] Ook het 'normale maatschappelijke risico' kan in dat verband van belang zijn; gesproken wordt van het *allgemeines Lebensrisiko*.[72]

Vloeit de schade voort uit een wettelijke regeling, dan past de Duitse rechter soms een redenering toe die lijkt op de Nederlandse constructie van het onzelfstandig schadebesluit. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak *Pflichtexemplar* van het Bundesverfassungsgericht. Bij verordening verplichtte de minister van Cultuur elke uitgever één exemplaar van elk werk ter beschikking te stellen van een door de minister aangewezen bibliotheek. Deze verordening legde volgens de rechter een onevenredig zware last op uitgevers van bibliofiele uitgaven, zoals het geval van een uitgever te Hessen, die was gespecialiseerd in het in kleine oplagen uitgeven van kostbare werken. Het Bundesverfassungsgericht oordeelde dat uitgevers van bibliofiele werken onevenredig zwaar werden belast en dat er daarom evenmin een evenredigheid bestond tussen het belang van de cultuur en de wetenschap dat de staat beoogde te dienen, en het belang van de individuele ondernemer. De verordening was zonder het opnemen van een schadevergoedingsartikel in strijd met artikel 14 Grundgesetz (GG; grondwet), dat het recht op eigendom waarborgt.[73] In veel gevallen is het echter niet nodig om deze weg te volgen, omdat Duitsland een vrij sterke traditie kent van bijzondere wetten met een (vaak vage) schadevergoedingsbepaling (*salvatorische Entschädigungsklausel*).[74]

Naast de figuur van de *enteignender Eingriff* bestaat ook de *enteignungsleicher Eingriff*. Gaat het bij de eerste inbreuk om een ingreep waarbij de rechtmatigheid van het overheidshandelen niet ter discussie staat, de *enteignungsgleicher Eingriff* is juist een aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad, maar de onrechtmatigheid bestaat onafhankelijk van schuld aan de zijde van de overheid.[75] Een voorbeeld: lijdt een winkelier schade door wegwerkzaamheden, dan zal hij normaal gesproken een beroep kunnen doen op de *enteignender Eingriff*. Vloeit deze schade voort uit het feit dat de werkzaamheden onnodig veel langer duren dan oorspronkelijk voorzien, dan kan hij een beroep doen op *enteignungsgleicher Eingriff*.[76] Bij die laatste figuur gelden vijf voorwaarden: (1) er moest sprake zijn van een inbreuk op een eigendomsrecht in

71 Maurer 2006, p. 706-707. Thans lijkt het Hof vooral naar de theorie van de 'Situationsgebundenheit' te kijken, waarbij wordt gekeken naar de bijzondere situatie waarin het eigendomsobject zich bevindt. Volgt uit de aard en de functie van dit object dat de beperking inherent was aan de eigendom, dan volgt geen schadevergoeding (Maurer 2006, p. 707, Roozendaal 1998, p. 79).

72 Van Casteren 1997, p. 143. Nederlandstalige overzichten van het Duitse recht geven Roozendaal 1998, p. 71 e.v., Van Casteren 1997, p. 123 e.v., Van den Berk 1991, p. 183 e.v. en Schlössels 2002, p. 155. Recente gegevens geeft Maurer 2006, p. 710.

73 Roozendaal 1998, p. 95 e.v.

74 Van Casteren 1997, p. 132.

75 Roozendaal 1998, p. 209-210.

76 Van Casteren 1997, p. 137.

de zin van art. 14 GG, (2) er moet een direct verband bestaat tussen de schade en het overheidshandelen, (3) de handeling moet een collectief algemeen belang dienen (*zum Wohle der Allgemeinheit*), (4) de burger moet een speciaal nadeel lijden en (5) de schade wordt niet vergoed als de burger de schade had kunnen voorkomen door de gebruikelijke rechtsmiddelen, strekkend tot vernietiging van het schadeveroorzakende besluit, aan te wenden.[77] Bij normatieve (wetgevende) handelingen weigert de Duitse rechter de *enteignungsgleicher Eingriff* toe te passen; het leerstuk is dus alleen van toepassing op schade door besluiten en feitelijk handelen. Het argument hiervoor is dat de rechter terughoudend moet zijn bij de toetsing van met parlementaire betrokkenheid totstandgekomen wetgeving. Ook zou een eventuele toekenning van schadevergoeding bij wetgevend handelen de vrijheid van de wetgever doorkruisen om zelf schadevergoedingsbepalingen in verband met onevenredige eigendomsinbreuken in het leven te roepen.[78] Een beroep op *enteignender Eingriff* bij formele wetten zou theoretisch wel mogelijk moeten zijn, maar is door het Bundesgerichtshof in het verleden afgewezen omdat er geen sprake was van een *Sonderopfer*. Dit sluit niet uit dat een aansprakelijkheid in deze gevallen mogelijk wel zou worden aanvaard als aan de relevante criteria zou worden voldaan.[79]

12.3.2.4 Frankrijk

De ruime mogelijkheden om in Frankrijk de overheid, inclusief de formele en de lagere wetgever, uit rechtmatige daad aansprakelijk te houden zijn in hoofdstuk 4 uitvoerig aan de orde geweest. Opmerking verdient nog dat de ruimhartigheid om de overheid bij rechtmatig wetgevend handelen aansprakelijk te kunnen houden, in schril contrast staat met de mogelijkheid de wetgever uit onrechtmatige daad te veroordelen, *ook* wanneer het handelen in strijd is met hoger verdragsrecht. De Conseil d'Etat is vanuit een staatsrechtelijke optiek zo zuiver in de leer dat, waar de Nederlandse rechter niet schroomt (met behulp van art. 93 en 94 Grondwet) een formele wet die strijdig is met rechtstreeks werkende verdragsbepalingen niet toe te passen of de staat aansprakelijk te houden, de Conseil d'Etat juist grote moeite heeft gehad een aansprakelijkheid voor dergelijk foutief handelen van de formele wetgever te construeren. Dat heeft alles te maken met de strikte scheiding van machten, die het de bestuursrechter belet zich over de rechtmatigheid van een formele wet uit te spreken. Lange tijd wenste de Conseil d'Etat een aansprakelijkheid van de formele wetgever wegens schending van hoger verdragsrecht slechts te baseren op een rechtsgrond die over het gedrag van de formele wetgever juist geen uitspraak doet: het égalitébeginsel! De betreffende, omstreden uitspraak waarin de formele wetgever aansprakelijk werd gehouden voor het 'speciale en

77 Oeter 1998, p. 128.
78 Oeter 1998, p. 129, Van Casteren 1997, p. 138.
79 Van Casteren 1997, p. 138.

abnormale' nadeel wegens schending van het EG-recht, het arrest *Alivar* uit 1984,[80] is inmiddels achterhaald, maar ook thans nog weigert de Conseil d'Etat met zoveel woorden te erkennen dat de rechter – althans een andere rechter dan de Conseil Constitutionnel – kan bepalen dat de formele wetgever onrechtmatig heeft gehandeld door met een verdrag (incl. het EVRM) in strijd te handelen. De grondslag voor een eventuele aansprakelijkheid zoekt de Conseil d'Etat tegenwoordig in een rechtsgrond *sui generis*, namelijk het handelen door de wetgever in strijd met internationale verplichtingen.[81] Of deze aansprakelijkheid er een *sans faute* of *pour faute* is, laat de Conseil in het midden en is ook in de literatuur voorwerp van debat.[82]

12.3.2.5 Spanje

In Spanje is de regeling van het recht op schadevergoeding door overheidshandelen, anders dan in andere landen, vrijwel geheel ter hand genomen door de wetgever.[83] Centraal in het Spaanse stelsel staat de aantasting van het vermogen van de particulier, diens schade dus, en niet zozeer de rechtmatigheid of de onrechtmatigheid van het handelen waardoor die schade is ontstaan.[84] Door de objectieve aard van deze aansprakelijkheid is geen sprake van duidelijke gescheiden rechtsregimes met daarbij behorende schadevergoedingscriteria. Feitelijk kan men dan ook geen uitspraak doen over de vraag of Spanje de mogelijkheid kent de overheid voor rechtmatig handelen aansprakelijk te houden. De rechter kiest voor een uniforme benadering voor rechtmatig en onrechtmatig overheidshandelen en concentreert zich in zijn onderzoek op de vraag of er sprake is van een overheidshandeling die de schade veroorzaakt, en of de schade daadwerkelijk geleden is, op geld te waarderen is en specifiek drukt op een persoon of op een groep van personen.[85]

Kijkt men echter naar de feiten die aanleiding zijn om de overheid tot schadevergoeding gehouden te achten, dan blijkt dat het onderscheid 'rechtmatig/onrechtmatig' niet van elk belang is ontbloot. Zo vindt in de rechtspraak wel enige differentiatie plaats al naar gelang de schade veroorzaakt is door een rechtmatige of een onrechtmatige handeling: bij rechtmatige handelingen is het gebruikelijk geen volledige schadevergoeding te geven, maar te streven

80 CE 23 maart 1984, *Rec*. 128 (*Alivar*).

81 CE 8 februari 2007, *Rec*. 78 (*Gardedieu*). Anders dan in het arrest-*Alivar* ging het in dit arrest om een schending van het EVRM.

82 Poyaud 2007, p. 528 e.v.

83 Het gaat hier om een combinatie van drie wetten, de *Ley de Expropriación Forsoza,* de *Reglementado de la Ley de Expropriación Forsoza en* de *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* (Van Casteren 1997, p. 158 e.v.). Laatstgenoemde wet is gewijzigd bij *Ley 4/1999 de 13 de febrero, de modificacion de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, gepubliceerd in *Boletín Oficial del Estado* no. 12, 14 januari 1999).

84 Van Casteren 1997, p. 173.

85 Van Casteren 1997, p. 188 e.v.

naar een vergoeding die slechts 'de pijn verzacht'.[86] Opmerkelijk is verder het ruime bereik van het stelsel van objectieve aansprakelijkheid: de regeling geldt voor feitelijke handelingen en rechtshandelingen, daaronder regelgevend handelen begrepen.[87] Ook maakt het geen verschil of de schade in een publiek- of privaatrechtelijke verhouding is veroorzaakt.[88] In de rechtspraak is wel enkele malen de vraag aan de orde geweest of ook een aansprakelijkheid aan de orde kan zijn door de toepassing van een formele wet, zonder dat deze een schadevergoedingsbepaling bevat, in een enkel geval met succes.[89] Hiermee was echter geen precedent geschapen voor vergelijkbare claims; dominant is de visie dat de wetgever zelf zijn eigen aansprakelijkheid moet regelen. De interventie van Spanje in de *FIAMM*-procedure voor het Hof doet vermoeden dat daarin thans nog niet veel verandering is gekomen.

12.3.2.6 Portugal

In Portugal bepaalt art. 13 van de Constitutie dat alle burgers gelijk zijn voor de wet ten aanzien van de uitoefening van de publieke taken. Ook bestaat er een wettelijke regeling (no. 67/2007 van 31 december 2007) die de buitencontractuele aansprakelijkheid van de Staat en andere publiekrechtelijke rechtspersonen regelt.[90] De regeling ziet ook op handelen van privaatrechtelijke rechtspersonen met een publieke taak.[91] Op grond van artikel 15 van deze regeling kan ook de Staat in de uitoefening van zijn *wetgevende* functie aansprakelijk zijn. Lid 1 bepaalt dat de Staat en de autonome regio's (*Regiões Autónomas*, ofwel Madeira en de Azoren) aansprakelijk zijn voor abnormale schade die wordt toegebracht aan burgerrechten of rechtens beschermde rechten in het kader van de uitoefening van hun wetgevende taak en die strijdig zijn met de Constitutie, internationaal recht, EG-recht of een wetgevende handeling die hoger in de hiërarchie van regelgeving staat (*acto legislativo de valor reforçado*). Voorwaarde voor deze aansprakelijkheid is dat het wetgevende handelen *on*rechtmatig is geweest.[92]

De regeling bevat ook twee artikelen die zien op de objectieve, foutloze aansprakelijkheid van de overheid. Artikel 11 lid 1 regelt de aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad bij speciale en abnormale schade door bijzondere gevaarzettende overheidsactiviteiten en -objecten. Artikel 16 van de wet bevat voorts een regeling voor de schade ten gevolge van 'opofferingen'

86 Van Casteren 1997, p. 199.
87 Van Casteren 1997, p. 183.
88 Von Bar e.a. 2009, p. 1013.
89 Van Casteren 1997, p. 187, die wijst op een uitspraak van het Tribunal Supremo uit 1993, over de nadelige gevolgen van een fiscale wet voor visserijbedrijven ten gevolge van de toetreding van Spanje tot de EG.
90 De wet is de opvolger van een eerdere, vergelijkbare wet met als nummer 48 051.
91 Dias Pereira 2007, p. 478.
92 Alves 2001, p. 586-588.

(*indemnização pelo sacrifício*). Dit artikel luidt als volgt: 'De Staat en andere publiekrechtelijke rechtspersonen vergoeden de schade van burgers aan wie op grond van het algemeen belang een speciaal en abnormaal nadeel is toegebracht (…).' De regeling is omschreven als '"generous" to the citizen and very demanding to the State, not only in its administrative functions, but also in respect of judicial and legislative power'.[93] Het bereik van het nadeelcompensatieonderdeel van deze regeling is verruimd ten opzichte van de voorganger van deze wet, waarin expliciet was bepaald dat de schade het gevolg moest zijn van 'rechtmatige besluiten of rechtmatige materiële bestuursdaden'. De meeste commentatoren nemen aan dat de huidige redactie ook ziet op *regelgevend* statelijk handelen. Het kan daarbij zowel gaan om regelingen – vgl. onze amvb's of ministeriële regelingen – die de Staat nu eenmaal nodig heeft om te besturen, als om zogenaamde 'wetsdecreten' (*Decreto-Lei*). Dit is een vorm van wetgeving door de uitvoerende macht die geen parlementaire instemming behoeft; deze wetten kunnen derogeren aan door het parlement vastgestelde wetten, mits het wetsdecreet van na de betreffende parlementaire wet dateert. Omdat de wet no. 67/2007 van vrij recente datum is, is thans nog geen jurisprudentie voorhanden van succesvolle nadeelcompensatieclaims naar aanleiding van regelgevend statelijk handelen. Jurisprudentie is er wel op grond van verschillende bijzondere schadevergoedingswetten die uitdrukking geven aan de opofferingsgedachte. Het bekendste voorbeeld is de zogenaamde 'onteigening ten gevolge van een bestemmingsplan' (*expropriações do plano*; wetnummer 380/99). Voorwaarde voor deze wet is dat de schade kan worden aangemerkt als een beperking van voorheen bestaande en wettelijk beschermde objectieve mogelijkheden om de grond te gebruiken, welke beperking zo substantieel is dat zij met onteigening vergelijkbare effecten heeft.[94]

12.3.2.7 Estland

De aansprakelijkheid van de overheid is in de verschillende landen uit het voormalig Oostblok relatief onderontwikkeld. Een aannemelijke verklaring hiervoor is dat het communistisch regime in veel landen geen goede voedingsbodem was voor een op civiele normen gebaseerd schadevergoedingsrecht. De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, ook ten aanzien van statelijk optreden, kwam daardoor lange tijd niet tot ontwikkeling. Ook de geringe effectiviteit van het rechterlijk apparaat droeg bij aan de lange tijd enigszins achtergebleven rechtsbescherming van het individu, die in sommige landen, zoals Slovenië, nog steeds zeer pover is.[95] Sinds begin jaren negentig maken verschillende landen op dit punt echter een inhaalslag, hoewel een recht op

93 Dias Pereira, 2007, p. 480.

94 Informatie ontleend aan een e-mail d.d. 2 oktober 2009 van Nuno Peres Alves en José Azevedo Moreira, advocaten te Lissabon.

95 Vgl. Hrádek 2002, p. 119.

nadeelcompensatie voor de onderzochte landen in de regel een stap te ver is gebleken. Voor zover ik kan overzien zijn hierop echter twee uitzonderingen: Estland en Polen.

In Estland is het ook mogelijk om de overheid buiten onrechtmatige daad aansprakelijk te houden. In een zeer gedetailleerde wettelijke regeling van de aansprakelijkheid van de overheid (de *Riigivastutuse seadus*) draait het vooral om de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, maar in § 16 wordt ook een recht op nadeelcompensatie erkend. Dit recht lijkt te zijn beperkt tot rechtmatige schendingen van het eigendomsrecht: 'A person may claim compensation, to a fair extent, for proprietary damage caused by a lawful administrative act or measure which in an extraordinary manner restricts the fundamental rights or freedoms of the person'. Het is aan verschillende nadere voorwaarden verbonden: zo bestaat krachtens de verschillende subleden van § 16 lid 2 geen recht op compensatie als de beperkende maatregel in het belang was van de gelaedeerde, als een bijzondere wet een speciale behandeling van een groep personen voorschrijft, als de schade anderszins is verzekerd (inclusief verzekering) of als de compensatiemogelijkheid door een andere bijzondere wet is geregeld. Als relevante schadevergoedingscriteria noemt lid 3 het voordeel dat de autoriteit met de rechtmatige behartiging van het algemeen belang nastreeft, de ernst van de inbreuk en de onvoorzienbaarheid van het nadeel alsmede 'other relevant circumstances'.[96] Een voorbeeld van een bijzondere wet is de regeling voor schade door ten onrechte ondergane detentie uit 2006. Het gaat hier om een vorm van risicoaansprakelijkheid van de overheid, waarbij schuld dus niet bewezen hoeft te worden.[97]

12.3.2.8 Polen

Na een periode waarin overheidsaansprakelijkheid aan zeer strikte voorwaarden was verbonden (onder meer inhoudend dat de staat niet onrechtmatig kon handelen als tegen de onrechtmatig handelende ambtenaar niet disciplinair was opgetreden), laat ook Polen sinds 1997 steeds meer ruimte voor overheidsaansprakelijkheid.[98] Art. 417 van het burgerlijk wetboek (*Kodeks cywilny*) bepaalt: 'The State Treasury shall be liable for damage caused by a State official in the performance of the duties entrusted to him'.[99] Volgens vaste rechtspraak van de Poolse hoogste rechters is onrechtmatigheid daarvoor een voorwaarde. Art. 417-1 bevat voorts een gedetailleerde regeling voor aansprakelijkheid voor onrechtmatig *wetgevend* handelen. Interessant is echter vooral artikel 417-2: een burger die schade lijdt ten gevolge van de rechtmatige uitoefening van openbaar gezag kan een volledige of gedeeltelijke financiële vergoeding krijgen

96 Zie voor een integrale tekst van de wet <www.esis.ee/ist2004/110.html>.
97 Zie ook Kull 2004, p. 251-253.
98 Bagińska 2003, p. 90. Zie ook Van Bar e.a. 2009, p. 1014.
99 Zie Nesterowicz & Bagińska 2003, p. 194-195.

als de omstandigheden van het geval, zoals de onmogelijkheid te werken of het dragen van een bijzonder zware last, met zich brengen dat dit billijk is. De gedachte achter deze bepaling is dat het ook bij de rechtmatige uitoefening van openbaar gezag onder omstandigheden redelijk kan zijn om een burger niet het slachtoffer te laten worden van een onvermijdelijk, maar zeer zwaar nadeel.[100] Deze bepaling laat zien dat de Franse égalitéleer ook zijn invloed in Polen doet gelden.[101] Ook bestaan verschillende bijzondere wettelijke voorzieningen met een recht op schadevergoeding uit onrechtmatig handelen. Het recht op schadevergoeding bij onteigening is grondwettelijk gewaarborgd en bij bijzondere wet gedetailleerd uitgewerkt.

Thans volgt een bespreking van de overige lidstaten, die veel terughoudender zijn in het erkennen van overheidsaansprakelijkheid bij rechtmatig handelen.

12.3.2.9 Verenigd Koninkrijk

In het VK beslist de wetgever in eerste instantie hoe schaarse middelen moeten worden aangewend. Buiten de wet en het *tort law* (het onrechtmatigedaadsrecht) om zijn de kansen om compensatie voor rechtmatig overheidsoptreden te krijgen, gering. Er zijn wel enkele incidentele voorbeelden in de rechtspraak waarin toch aansprakelijkheid is aanvaard, en het leerstuk heeft in het Engelse recht misschien ook wel toekomst,[102] maar de regel is dat de Engelse burger buiten de in de wet geregelde gevallen geen aanspraak op vergoeding kan maken. Dit laat onverlet dat in Engeland soms wel betalingen 'ex gratia' worden gedaan.[103] Ook wordt bij inbreuken op eigendom veelvuldig aan art. 1 EP EVRM getoetst, waarbij materieel een resultaat wordt bereikt dat ook zou zijn bereikt indien de égalité wel zou hebben gegolden.[104] Benadrukt moet echter worden dat dit niet geldt voor handelingen van de wetgevende macht. Aansprakelijkheid van de wetgever, buiten de gevallen waarin deze in strijd heeft gehandeld met EG-recht, stuit in beginsel af op de parlementaire soevereiniteit.[105] Dit geldt voor ondeugdelijke wetgeving en *a fortiori* voor deugdelijke wetgeving. Ook op grond van de Human Rights Act kan de Engelse rechter de staat niet veroordelen tot de betaling van schadevergoeding indien hij zou menen dat een wet in strijd is met art. 1 EP. Wel kan hij een

100 Jagielska & Żmij 2007, p. 247.
101 Bagińska 2005, p. 851 e.v., i.h.b. p. 862.
102 Van Roosmalen 2007, p. 247-248, die dit relateert aan het feit dat de parlementaire soevereiniteit in Engeland steeds meer onder vuur staat.
103 Fromont 2006, p. 349, Fairgrieve 2003, p. 244 e.v.
104 Zie voor voorbeelden Cornford 2008, p. 120 e.v. Hij stelt dat de Engelse jurisprudentie over art. 1 EP 'is (…) easy to interpret in line with the idea (…) that the aim of compensation is to reduce the burden imposed on an individual in pursuit of some public goal to a level which it is reasonable to expect individuals in general to bear.'
105 Usher 2000, p. 76 e.v.

verklaring afgeven dat de wet in strijd is met art. 1 EP.[106] Een dergelijke *declaration of incompatibility* is niet meer dan een signaal aan het parlement om, zo dit hem goeddunkt, de schending ongedaan te maken.

12.3.2.10 Ierland

Het onrechtmatigedaadsrecht domineert ook in Ierland de aansprakelijkheid van de overheid. Sinds het arrest van de Supreme Court in de zaak *Byrne t. Ierland* (1972) kan ook de Staat niet aan een onrechtmatigedaadsactie ontsnappen. Ierland kent ook een Human Rights Act, waarmee op dezelfde wijze als in het Engelse recht de staat tot compensatie kan worden verplicht voor wetgevende handelingen, zonder de rechtmatigheid van deze handeling als zodanig aan te tasten.[107] Een recht op compensatie naar aanleiding van de aantasting van eigendomsrechten is in eerste instantie een wetgevingsvraagstuk. Zo wordt in de sfeer van de ruimtelijke ordening een recht op compensatie erkend, echter alleen voor zover de schade ontstaat door een van de in de betreffende Planning and Development Act genoemde oorzaken. Het kan daarbij zowel gaan om schade ten gevolge van waardevermindering van grond als de vermogensschade van bedrijven die van die grond afhankelijk zijn.[108]

12.3.2.11 Malta

Ook voormalig Britse kolonie Malta laat sporen van de common law-traditie zien, zij het alleen in het constitutionele recht en het bestuursrecht. Het civiele recht is gebaseerd op het Italiaanse BW en de Code Napoleon. Het burgerlijk recht was tot 1995 het exclusieve kader voor het recht inzake overheidsaansprakelijkheid, waarvoor onrechtmatigheid als voorwaarde gold.[109] In 1995 werd een aparte wet aangenomen, de Code of Organisation and Civil Procedure. Deze regeling kent een aparte bepaling op basis waarvan een gelaedeerde burger kan vragen om de vergoeding van schade voor onrechtmatige besluiten. Art. 469A bevat regels over de toetsing van de rechtmatigheid van bestuursbesluiten. Art. 469(5) bepaalt dat de klager kan vragen om de vergoeding van schade, mocht het besluit vernietigd worden. Een schadevergoeding wordt niet toegekend indien het besluit weliswaar vernietigd wordt, maar klager niet kan aantonen dat het bestuursorgaan niet willekeurig (*in bad faith*) of evident onredelijk heeft gehandeld. In zeker opzicht verschilde dit nieuwe

106 Cornford 2008, p. 121.
107 Quill 2003, p. 245-246.
108 Doolan 1992, p. 271.
109 Zie Hoofdstuk 16 van de Laws of Malta. De Maltese wetten zijn allemaal in hoofdstukken genummerd en te raadplegen op <http://www2.justice.gov.mt/lom/chronological_index.asp>.

regime niet van het regime onder de Civil Code, zij het dat de voorwaarden voor aansprakelijkheid lijken te zijn aangescherpt.

Als art. 469A niet van toepassing is, moet de klager zich beroepen op de Civil Code, en aangezien deze geen vordering uit rechtmatige daad mogelijk maakt (op een risicoaansprakelijkheid voor dieren na) is een recht op nadeelcompensatie ondenkbaar. In de zaak *Fiorino D'Oro Co. Ltd. T. Director of Roads* van 16 januari 2003 bepaalde de First Hall of the Civil Court dat Malta geen aansprakelijkheid van de staat buiten onrechtmatigheid kent, een beslissing die werd bekrachtigd door de appelrechter op 17 februari 2006. Ook in bijzondere wetten is het recht op nadeelcompensatie niet tot ontwikkeling gekomen. Wel leidt art. 1 EP EVRM soms tot toekenning van schadevergoeding. Een bekend geval is dat van de voormalige eerste minister in de nabijheid van wiens huis een grote elektriciteitscentrale gebouwd werd. Het Constitutionele Hof achtte art. 1 EP geschonden (30 april 1996, *Hon. Architect Domenic Mintoff et v. Hon. Prim Minister et.*) omdat het woongenot zo ernstig werd aangetast dat er sprake was van een *de facto ontneming* van eigendom.[110]

12.3.2.12 Scandinavië

De Scandinavische landen laten in zoverre een onderlinge overeenkomst zien dat zij alle een algemene regeling kennen voor schade door onrechtmatig handelen, die ook bepalingen bevat over de aansprakelijkheid van de overheid *en* dat geen van deze landen een algemene aansprakelijkheid uit rechtmatige daad kent.[111] Zo kent *Zweden* een wet inzake de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (*Skadeståndslagen* (1972)) met algemene regels over de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Deze bevat ook een bepaling over de aansprakelijkheid van de staat en lagere overheden, namelijk voor personenschade, schade aan eigendommen, vermogensschade en schendingen van de menselijke waardigheid indien deze schade is ontstaan door nalatigheid in de uitoefening van publieke bevoegdheden (*myndighetsutövning*).[112] Het nadeelcompensatieleerstuk is in eerste instantie een vraagstuk voor de wetgever. Zweden kent bijvoorbeeld een wet voor het geval een persoon wordt verdacht van strafbare feiten, maar hij later blijkt onschuldig te zijn. Dezelfde wet bevat ook een regeling voor de vergoeding van schade van onschuldige derden bij geweldadig politieoptreden.[113]

110 Informatie ontleend aan e-mails d.d. 27 en 28 oktober 2009 van Dr. Marse-Ann Farrugia, docent aan de Universiteit van Malta en juridisch secretaris van het Hoofd van Justitie.

111 Vgl. Askeland & Ulfbeck 2008, p. 491. De moeizame erkenning van een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad in Scandinavië moge ook blijken uit het feit dat Denemarken en Noorwegen bij de aanbeveling van het Comité van Ministers (besproken aan het slot van dit hoofdstuk) een voorbehoud maakten.

112 Von Bar e.a. 2009, p. 1016.

113 Bengtsson 2002, p. 63-64.

Finland kent een met het Zweedse recht vergelijkbare wettelijke bepaling over schade door onrechtmatig overheidsoptreden (de *Vahingonkorvauslaki* (1974)).[114] Een algemeen recht op nadeelcompensatie kent het niet.

Ook in *Denemarken* is de aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad de hoofdregel. De Deense regeling inzake de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (de *Erstatningsansvarslov*) bevat eveneens een bepaling over onrechtmatig overheidshandelen. Voorts zijn er bijzondere wetten die een aanspraak op vergoeding verlenen, zoals een wet voor gevaarzettend overheidshandelen.[115] Van een algemeen buitenwettelijk leerstuk is geen sprake.[116] Interessant is dat in recente jaren het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak in toenenemde mate als grondslag voor aansprakelijkheid *buiten* onrechtmatig overheidshandelen wordt aangedragen. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om schade ten gevolge van ernstige geluidsoverlast van een snelweg of schade door de verwezenlijking van een gevaarzettende overheidshandeling of –object, zoals een kerncentrale. Het moet hierbij gaan om incidentele en ernstige vormen van schade. De grondslag voor de vergoeding is gelegen in de gedachte dat het billijk is aan individuele burgers, die het toevallige slachtoffer zijn van een (rechtmatige) schadeveroorzakende overheidshandeling, tegemoet te komen.[117] De op basis daarvan gegeven vergoedingen vinden, anders dan het recht op schadevergoeding, niet hun rechtstreekse basis in de Constitutie van 1849. De grondslag wordt ontleend aan het hinderleerstuk uit het burenrecht (vgl. de situatie in België) welke maatstaven analoog worden toegepast bij schade door overheidsmaatregelen.[118]

Eenzelfde principe vindt men incidenteel ook terug in de rechtspraak in *Noorwegen* (zoals bekend overigens geen EU-lid).[119] Buiten deze rechtspraak is in Noorwegen onrechtmatigheid een voorwaarde voor overheidsaansprakelijkheid. In de wet inzake de onrechtmatige daad (*Skadeserstatsningsloven* (1969)) gelden de volgende voorwaarden voor aansprakelijkheid: de publieke functionaris moet verwijtbaar hebben gehandeld of nagelaten, dit handelen of nalaten moet een inbreuk op een individueel recht van de klager hebben veroorzaakt en er dient een causaal verband te bestaan.

---

114 Deze bepaling (hoofdstuk 3, par. 2) luidt: '(1) A public corporation shall be vicariously liable in damages for injury or damage caused through an error or negligence in the exercise of public authority. The same liability shall apply also to other corporations that perform a public task on the basis of an Act, a Decree or an authorization given in an Act. (2) However, the liability of the corporation referred to in paragraph (1) arises only if the performance of the activity or task, in view of its nature and purpose, has not met the reasonable requirements set for it.' (Tekst ontleend aan <www.finlex.fi/en/>.)

115 Haack 1996, p. 50.

116 Fines 1990, p. 183, Haack 1996, p. 50.

117 B. Gomard, 'Recent developments in the Danish law of tort', p. 233-248, <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/41-8.pdf>.

118 Informatie ontleend aan een e-mail van B. Gomard d.d. 15 februari 2010.

119 Gomard, op.cit., p. 243.

12.3.2.13 Italië

Ook de overheidsaansprakelijkheid in Italië wordt gedomineerd door de onrechtmatige daad, welke aansprakelijkheid een grondwettelijke basis heeft (art. 28 Costituzione della Repubblica italiana).[120] Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen feitelijk handelen van publieke autoriteiten (bijvoorbeeld een auto-ongeluk veroorzaakt door een politiewagen) en handelen in het kader van de uitoefening van discretionaire bevoegdheden. In het eerste geval staat weinig in de weg aan een veroordeling van de staat uit onrechtmatige daad; bij de tweede soort handelingen ligt dat moeilijker. Hoewel op discretionaire bevoegdheden de civiele aansprakelijkheidsregels 'gewoon' van toepassing zijn is een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in de regel van de hand gewezen.[121]

Voorbeelden uit de jurisprudentie van een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad zijn schaars. In principe bestaat alleen een recht op nadeelcompensatie als de wetgever dit recht toekent; het bekendste voorbeeld is het recht op schadevergoeding bij onteigening (art. 42 Grondwet). Een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad voor wetgevende activiteiten bestaat in Italië niet. Wel bestaat een wettelijk erkend recht op schadevergoeding voor inbreuken op het eigendomsrecht ten gevolge van de uitvoering van publieke werken (vgl. de Franse categorie *ouvrages publics*). Een en ander neemt niet weg dat nadeelcompensatieclaims soms wel voorkomen. Toen de Verenigde Naties besloten tot een boycot van Irak als reactie op de inval in Koeweit, vroeg een aantal scheepsbouwers om nadeelcompensatie in verband met de weigering van een vergunning om elf schepen, die zij in opdracht van de Irakese regering hadden gebouwd, aan Irak te kunnen verkopen. De Italiaanse rechter wees de claim af, overwegend dat buiten wettelijke bepalingen die een expliciet recht op nadeelcompensatie in het leven roepen, er geen algemene verplichting op de administratie rust om de schade ten gevolge van rechtmatige besluiten te vergoeden.[122] In één uitzonderlijk geval heeft het Constitutionele Hof echter (indirect) de Italiaanse staat uit rechtmatige daad veroordeeld, door een wet die een verplichting inhield tot verplichte inenting van kinderen in verband met polio inconstitutioneel te verklaren vanwege het ontbreken van een schadevergoedingsclausule in verband met mogelijke schade door deze inentingen. Dit oordeel werd later gevolgd door een arrest van het Tribunaal in Milaan, dat de staat aansprakelijk hield voor schade die een burger had geleden in verband met een verplicht vaccinatieprogramma, nu deze burger een zeldzame, niet te voorziene allergie had voor het toegediende vaccin. De rechter redeneerde dat de collectiviteit de schade moet dragen die de burger in het algemeen belang ondervindt, een redenering die later ook ten grondslag zou liggen aan

120 Busnelli, Comandé & Gagliardi 2005, p. 151 e.v.
121 Scarso 2005, p. 97.
122 Tribunal Rome 10 oktober 1991, genoemd door Caranta 1998, p. 562.

de wettelijke regeling die na deze uitspraak voor dit soort gevallen zou worden opgesteld.[123]

12.3.2.14 Oostenrijk

Net als sommige andere landen heeft de aansprakelijkheid van de overheid uit onrechtmatige daad in Oostenrijk een basis in de Grondwet (art. 23 Österreichische Bundesverfassung). Het Oostenrijkse overheidsaansprakelijkheidsrecht is in een aparte wet, het Amtshaftungsgesetz, geregeld. Voor de overheid gelden de gewone, civiele regels van aansprakelijkheid. Het Amtshaftungsgesetz ziet op onrechtmatig toegebrachte schade ten gevolge van bestuurshandelingen in de uitvoerende sfeer en handelingen van de rechterlijke macht. Een aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving bestaat alleen bij strijd met rechtstreeks werkend EU-recht.[124] In uitzonderlijke gevallen is onrechtmatigheid geen voorwaarde voor aansprakelijkheid; het dan geldende regime wordt bij bijzondere wet geregeld.[125]

12.3.2.15 Griekenland

Hoewel in Griekenland incidenteel wordt gepleit voor de erkenning van een aanspraak op schadevergoeding bij rechtmatige daad, namelijk als een ingreep in de eigendom tot een ongelijke behandeling van enkelen leidt,[126] is de aansprakelijkheid van de overheid feitelijk tot onrechtmatige daden beperkt gebleven. Griekenland kent geen algemene aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidshandelingen.[127] Toch zijn er verschillende sporen van het égalité-beginsel in het Griekse rechtsbestel te vinden. Te wijzen valt op artikel 4 van de Griekse Constitutie, dat de gelijkheid van alle Grieken voor de wet vooropstelt, en de uitwerking daarvan in het vijfde lid dat de Griekse burgers in gelijke mate ('zonder discriminatie') en naar rato van hun vermogen delen in de publieke lasten. Ook bestaan incidentele wettelijke bepalingen over schadevergoeding, zoals terzake van onteigening (art. 17 Constitutie) en de gedwongen beperking van het vrije genot van eigendom (art. 18 Constitutie). Voorts bestaan schadevergoedingsregelingen, onder meer voor schade ten gevolge van bescherming van monumenten, stukken grond en het cultureel erfgoed.

De praktijk laat verschillende voorbeelden zien waarin ook zonder een wettelijk erkend recht op schadevergoeding een vergoedingsplicht van de

123 Corte cost. 22 juni 1990, n. 307, *Responsabilità civile a prevdenza* 1993, p. 73. Zie ook Caranta 2002, p. 321 en Caranta 1998, p. 562-563.
124 Steiniger 2001, p. 62-63, Koziol & Vogel 2003, p. 29-30.
125 Von Bar e.a. 2009, p. 1015.
126 Zie bijv. Athanassopoulou 1998 en de samenvatting van haar artikel 'The State's civil liability stemming from legal acts or omissions of its organs', genoemd door Dacoronia 2005, p. 330.
127 Haack 1996, p. 56-57; Athanassopoulou 1998, p. 308; Flogaitis 2002, p. 448.

overheid wordt geconstrueerd. Bij het (rechtmatig) verbreken van een contract waarbij de overheid partij is, wordt bijvoorbeeld soms een vergoedingsplicht aan de overheid opgelegd, volgens het beginsel dat een contract van een juist financieel evenwicht moet uitgaan (*le principe de l'équilibre financier du contrat*).[128] Ook daarbuiten is in de jurisprudentie in incidentele gevallen *de facto* een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad aanvaard, zonder dat dit met zoveel woorden op een publiekrechtelijk beginsel of artikel 4 Constitutie wordt gebaseerd. In plaats daarvan worden de artikelen 105 en 106 van het burgerlijk wetboek, die bepalen dat ook de staat voor onrechtmatige daden aansprakelijk is, zodanig ruim geïnterpreteerd dat een schadeplicht wordt geconstrueerd. Dit leidde bijvoorbeeld tot een aansprakelijkheid van de staat toen een werknemer gewond raakte door een mijnexplosie. In andere gevallen heeft de rechter zijn toevlucht gezocht tot de artikelen 285 en 286 van het burgerlijk wetboek, die aansprakelijkheid voor handelen in nood regelen en waarbij onrechtmatigheid evenmin een voorwaarde is voor aansprakelijkheid. Deze regel is bijvoorbeeld toegepast toen een viskweker schade leed toen water aan zijn kwekerij werd onttrokken om een brand in de nabijheid te blussen.[129]

12.3.2.16 Cyprus

In Cyprus wordt, net als in de andere voormalige Britse kolonie Malta, de 'common law' toegepast. De mogelijkheid de overheid aansprakelijk te houden is grondwettelijk gewaarborgd.[130] Deze aansprakelijkheid draait geheel rond de onrechtmatige daad, die kan bestaan bij de schending van een zorgplicht, causaal verband tussen schending van deze plicht en de schade, en de voorzienbaarheid van deze schade. Een aansprakelijkheid buiten onrechtmatigheid kent Cyprus niet. De Constitutie bepaalt in art. 28 weliswaar dat een ieder gelijk is voor de wet, maar daarin kan geen impliciete erkenning van het égalitébeginsel worden gelezen.[131]

12.3.2.17 Hongarije

Zoals gesteld kennen van de landen uit Oost-Europa alleen Estland en Polen een algemene wettelijke nadeelcompensatiebepaling. In sommige landen worden de algemene regels voor onrechtmatige daad uit het burgerlijk wetboek van overeenkomstige toepassing verklaard op statelijk optreden. In Hongarije worden de regels uit het burgerlijk wetboek (de *Polgári Törvénykönyv*) analoog

128 Iliopoulos-Strangas 1998, p. 332-333.
129 Iliopoulos-Strangas 1998, p. 334.
130 Art. 172 van de Constitutie: 'The Republic shall be liable for any wrongful act or omission causing damage committed in the exercise or purported exercise of the duties of officers or authorities of the Republic. A law shall regulate such liability.'
131 Informatie ontleend aan een e-mail d.d. 29 oktober 2009 van Pavlos Kyprianou, advocaat te Limassol.

op statelijk handelen toegepast. Verwijtbaarheid is een voorwaarde voor (overheids)aansprakelijkheid.[132]

12.3.2.18 Bulgarije

In Bulgarije kunnen rechters en ambtenaren aansprakelijk worden gehouden voor onrechtmatig toegebrachte schade, al dan niet in de vorm van grove nalatigheid.[133] De aansprakelijkheid van de staat geldt blijkens artikel 7 van de constitutie alleen voor onrechtmatig handelen: 'The state shall be held liable for any damages caused by illegitimate rulings or acts on the part of its agencies and officials.'

12.3.2.19 Roemenië

In andere landen is juist sprake van een afkeer om de civiele regels analoog toe te passen. In Roemenië kan een ambtenaar aansprakelijk zijn voor elke vermogensschade ten gevolge van schendingen van rechten (niet slechts van belangen). Omdat de relevante bepaling uit de Grondwet het mogelijk maakt de schadeveroorzakende handeling te vernietigen, lijkt de premisse te zijn dat alleen *on*rechtmatig handelen tot aansprakelijkheid kan leiden.[134] Uit rechtspraak van het Roemeense hooggerechtshof blijkt dat deze aansprakelijkheid niet typisch civiel van aard is, omdat aansluiting bij het civiele recht 'zou kunnen leiden tot een onbegrensde en onvoorwaardelijke aansprakelijkheid van de overheid.'[135]

12.3.2.20 Tsjechië

Het voormalige Tsjecho-Slowakije kende een aparte regeling voor staatsaansprakelijkheid. Op grond van deze wet kon de staat aansprakelijk zijn voor door hem of door een van zijn organen genomen onrechtmatige beslissing of een andersoortige foutieve handeling.[136] Ook Tsjechië kent een aparte wet inzake de aansprakelijkheid van de overheid. Aanleiding tot deze wet was een beslissing van het constitutionele Hof waarin het bepaalde dat voor de

132 Von Bar e.a. 2009, p. 1014.
133 Von Bar e.a. 2009, p. 1014.
134 Von Bar e.a. 2009, p. 1014, art. 52 van de Grondwet luidt als volgt: '(1) Any person aggrieved in his legitimate rights or interests by a public authority, by means of an administrative act or by the failure of a public authority to solve his application within the legal deadline, is entitled to the acknowledgement of his claimed right or legitimate interest, the annulment of the act and reparation for the damage suffered.'
135 Kritisch daarover Raduletu 2006, § 97.
136 Wetnr. 58/1969 uit 1969, in de literatuur meestal de State Liability Act genoemd, een vertaling van *Zákon o odpovědnosti za škodu způsobenou rozhodnutím orgánu státu nebo jeho nesprávným úředním postupem*.

aansprakelijkheid van de overheid schuld niet vereist is; deze aansprakelijkheid is – overigens net als in Slowakije – een vorm van risicoaansprakelijkheid. Ook hier spelen de regels van het civiele recht derhalve een ondergeschikte rol. De naar aanleiding van deze uitspraak opgestelde wet bevat gedetailleerde bepalingen over de vergoeding van proceskosten en de vergoeding van schade ten gevolge van onrechtmatige besluiten en andere vormen van slecht bestuur.[137] Volledige schadevergoeding is daarbij het uitgangspunt; ook vergoeding van immateriële schade is niet uitgesloten.[138] Een latere uitspraak heeft duidelijk gemaakt dat wetgevend handelen buiten het bereik van de regeling valt.[139] Tsjechië kent ook bijzondere wetten met schadevergoedingsbepalingen, waarvoor het niet nodig is onrechtmatig handelen van de staat aan te tonen. Een voorbeeld is een bepaling in de jachtwet, op grond waarvan derden de schade die aan hun gewassen door beschermde diersoorten wordt toegebracht, vergoed kan worden.[140]

12.2.3.21 Slowakije

Ook Slowakije kent een aparte wet inzake de aansprakelijkheid van de overheid. De mogelijkheid de overheid uit onrechtmatige daad aansprakelijk te houden heeft ook een plek gekregen in de Grondwet.[141] Sinds 2003 is een aparte wet van kracht die de aansprakelijkheid van de overheid regelt. Een aansprakelijkheid is mogelijk voor onrechtmatige besluiten, onrechtmatige hechtenis en andere vormen van vrijheidsbeneming en onbehoorlijk gedrag van publieke functionarissen.[142]

12.2.3.22 Litouwen

Van de Baltische staten kent alleen Estland een algemeen recht op nadeelcompensatie. Litouwen heeft sinds 2002 wel een algemene wet inzake overheidsaansprakelijkheid. Het bereik daarvan sluit min of meer aan op de Slowaakse regeling; ook de Litouwse regeling bevat een bepaling over de aansprakelijkheid voor onwettige overheidshandelingen en een specifieke regeling van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige arrestatie en voorlopige hechtenis.[143]

137 Hrádek 2002, p. 121.
138 Hrádek 2002, p. 119-123, Hrádek 2006, p. 126-128.
139 Hrádek 2007, p. 227-229.
140 Zie over een succesvol beroep op deze wet Hrádek 2003, p. 91-92.
141 Art. 46 lid 3 van de Grondwet luidt: '(3) Everyone is entitled to compensation for damage incurred as a result of an unlawful decision by a court or another state or public administration body, or as a result of an incorrect official procedure.'
142 Dulak 2003, p. 352-355.
143 Gabartas en Laučienė 2004, p. 408; informatie over deze regeling (de *Atsiradusios dėl valdžios institucijų neteisėtų veiksmų atlyginimo ir atstovavimo valstybei įstatymas)* is ontleend aan <www.skelbimas.lt>.

12.2.3.23 Letland

Ook Letland kent, sinds 2005, een wettelijke regeling voor overheidsaansprakelijkheid. Om aan aansprakelijkheid toe te komen, dient de gelaedeerde te bewijzen dat een onrechtmatig besluit is genomen of dat op andere wijze onrechtmatig is gehandeld of nagelaten. De regeling kent een opmerkelijke afwijking van het uitgangspunt van *restiutio in integrum*. Schade tot 100.000 lat (omgerekend iets meer dan € 142.000) wordt volledig vergoed. Van de schade tussen 100.000 en 1.000.000 wordt 50 tot 100% vergoed. Bij schade boven de 1.000.000 lat kan de vergoeding minder dan 50% bedragen.[144]

12.2.3.24 Slovenië

Van alle EU-lidstaten lijkt het rechtssysteem in Slovenië het minst ontwikkeld. Een aansprakelijkheid voor onrechtmatig statelijk handelen wordt wel erkend, maar zij is niet in één bijzondere regeling neergelegd. Onder meer bepalingen uit de ambtenarenwet en het burgerlijk wetboek zijn van toepassing, wat tot veel afstemmingsproblemen leidt. Eén auteur meent dat de staat van het recht in zijn land in een 'deep crisis' verkeert, waarvan de hyperinflatie van tegen Slovenië gerichte zaken voor het EHRM een duidelijke illustratie lijkt te zijn.[145] Toch vindt men in de jurisprudentie wel incidentele rechterlijke erkenningen van een foutloze aansprakelijkheid, zoals in het geval waarin een soldaat die in zijn diensttijd gehoorschade opliep door het gebruik van Kalashnikov-geweren.[146] Van een algemeen leerstuk is echter beslist geen sprake.

12.3.3 Bevindingen

De gedachte van een gelijke spreiding van overheidslasten keert, zo blijkt, in aan een aantal rechtsstelsels van de lidstaten van de EU terug als de grondslag of een van de grondslagen voor schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad.[147] Meer specifiek kunnen de volgende conclusies worden getrokken:

1 Alle onderzochte lidstaten erkennen in meer of mindere mate de mogelijkheid de overheid aansprakelijk te stellen. De onrechtmatige overheidsdaad is in alle landen zonder meer de primaire bron van overheidsaansprakelijkheid. In een aantal landen is de mogelijkheid de overheid aansprakelijk

144 <www.mondaq.com/article.asp?articleid=35682>.

145 Lampe 2006, i.h.b. p. 417 en 425.

146 Lampe 2007, p. 539-540.

147 Dat concluderen ook Schockweiler, Wivenes & Godart 1990, p. 48 en Pernice, 1995, p. 656. Haack (1996, p. 67) leidt uit zijn rechtsvergelijkend overzicht drie 'principes' af: de gelijkheid voor de publieke lasten, het principe van de 'vermogensgarantie' (dat in Spanje wordt gevolgd, maar daar materieel wel door het égalitébeginsel wordt beïnvloed) en het 'principe' dat de staat *niet* uit rechtmatige daad aansprakelijk is.

te stellen ook grondwettelijk gewaarborgd (Duitsland, Oostenrijk, Italië, Polen, Slowakije, Roemenië, Cyprus).

2 In negen EU-landen wordt naast de mogelijkheid de staat uit onrechtmatige daad aansprakelijk te houden, ook een algemene aansprakelijkheid uit rechtmatige daad erkend. Het gaat om Nederland, België, Luxemburg, Frankrijk, Duitsland, Spanje, Portugal, Estland en Polen. In deze negen landen is het recht op nadeelcompensatie meestal in een algemene wet geregeld. Alleen in Nederland en Frankrijk is het buitenwettelijk gebleven. In Duitsland bestaat geen algemene nadeelcompensatiewet, maar heeft de rechter het recht op gebaseerd op een extensieve interpretatie van het grondwettelijk erkende eigendomsrecht.

3 In deze negen landen is deze aansprakelijkheid vaak wel, maar niet altijd op het égalitébeginsel gebaseerd. Zo is in België de billijkheid de algemene grondslag, in Duitsland een bijzondere verschijningsvorm van de figuur 'onteigening', in Portugal de aan het Duitse recht verwante gedachte van 'opoffering' en in Spanje een regime *sui generis*, waarvan men formeel niet kan stellen dat de aansprakelijkheid op onrechtmatige of rechtmatige daad is gebaseerd. Ook de regimes in Estland en Polen lijken niet rechtstreeks op de égalité te zijn gebaseerd, hoewel deze regelingen wel door westerse nadeelcompensatieregimes lijken te zijn geïnspireerd.

4 In het algemeen vertonen de maatstaven aan de hand waarvan de aansprakelijkheid wordt beoordeeld, grote overeenkomsten met de égalitécriteria: meestal wordt als eis gesteld dat de last die de burger heeft te dragen 'speciaal' en 'abnormaal' is, hoewel deze criteria niet altijd nadrukkelijk worden genoemd. Wel is er in zoverre een overeenkomst dat in alle lidstaten waarin een algemeen recht op nadeelcompensatie wordt erkend, geen recht op schadeloosstelling bestaat. De 'restitutio in integrum'-gedachte ziet men derhalve in geen van deze landen terug.

5 In de landen waar de égalité of een vergelijkbare grondslag wordt erkend, verschilt de reikwijdte van dit beginsel. Het recht op nadeelcompensatie is soms beperkt tot uitvoerende overheidshandelingen (België, Estland). Andere landen sluiten echter niet uit dat de overheid ook voor rechtmatige wetgevende handelingen aansprakelijk is (Nederland, Luxemburg, Duitsland, Portugal, Spanje; ook de Poolse regeling lijkt aansprakelijkheid voor wetgevende handelingen niet principieel uit te sluiten). Wel ziet men in de meeste landen dat *formele* wetgeving niet aan het algemene nadeelcompensatieregime is onderworpen. In Duitsland heeft de aansprakelijkheid door de toepassing van een formele wet geen hoge vlucht genomen, maar een toepassing van het leerstuk *enteignender Eingriff* bij formele wetten is niet uitgesloten. Schadevergoeding voor lagere wetgeving – dus zonder parlementaire betrokkenheid – heeft vooral in Duitsland en Nederland tot enkele 'leading cases' geleid. Een aansprakelijkheid voor formele wetten uit hoofde van art. 1 EP is vanzelfsprekend wel mogelijk en is in sommige landen (Nederland, Frankrijk) ook met succes beproefd. Ook al is het bereik

van de égalité in andere landen soms breder, in de praktijk lijken claims vooral succesvol als de schade het gevolg is van een feitelijke uitvoeringshandeling of een rechtshandeling, niet zijnde een daad van wetgeving. In zoverre lijkt het standpunt dat de wetgever zijn eigen aansprakelijkheid dient te regelen in veel lidstaten nog prominent vertegenwoordigd.

6 In vrijwel alle lidstaten bestaan bijzondere wettelijke regelingen die onrechtmatigheid van het overheidshandelen niet als voorwaarde voor aansprakelijkheid stellen. Buiten de regelingen voor schade door onteigening is er weinig lijn te ontdekken in de bijzondere gevallen waarin de wetgever een bijzondere nadeelcompensatiebepaling heeft opgenomen. Zo bestaan bijzondere regelingen met een objectieve aansprakelijkheid voor schade door verplichte vaccinaties (Italië), strafvorderlijk c.q. gevaarzettend overheidsoptreden (Zweden, Denemarken), maatregelen ter bescherming van het culturele erfgoed (Griekenland), ter bescherming van beschermde diersoorten (Tsjechië) en maatregelen in het kader van de ruimtelijke ordening (onder meer Ierland, Portugal, Frankrijk).

7 In de meeste landen waar geen algemeen recht op nadeelcompensatie bestaat, is de aansprakelijkheid van de overheid uit rechtmatige daad tot dergelijke bijzondere wetten beperkt gebleven. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen is de rechter bereid buiten de wet om de overheid uit rechtmatige daad aansprakelijk te houden. In geen van deze landen betrof dit een 'klassieke' égalitésituatie, maar veeleer om gevallen van niet beoogde, incidentele schade, zoals schade ten gevolge van vaccinaties (Italië) en gevaarzettende overheidshandelingen (Denemarken, Noorwegen).

8 Sommige landen zijn buitenbeentjes. Zo kent Frankrijk als enige land een aansprakelijkheid voor alle rechtmatige rechtshandelingen, ook voor formele wetgeving, en zelfs voor verdragen. Ook in de grote moeite die de Franse rechter heeft om te erkennen dat de formele wetgever in strijd met het verdragsrecht en dus onrechtmatig heeft gehandeld, wijkt Frankrijk af van de meeste andere rechtsstelsels, die daarmee in de regel minder problemen hebben gehad. Uniek is ook het systeem van 'objectieve' aansprakelijkheid in Spanje, waarin formeel geen onderscheid gemaakt wordt tussen rechtmatigheid en onrechtmatigheid. Opmerkelijk is tot slot het regime in Griekenland, waar het égalitébeginsel wel constitutionele waarde heeft, maar de rechter noch de wetgever deze bepaling hebben aangegrepen om tot de ontwikkeling van een stelsel van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad te komen.

Een nog onbeantwoorde vraag is wat deze op sommige punten uiteenlopende, maar ook veel overeenkomsten vertonende regeling van het recht op nadeelcompensatie in de lidstaten nu precies betekent voor de gewenste interpretatie van art. 340 VwEU. Op die vraag zal ik in thans ingaan, naar aanleiding van het *FIAMM*-arrest van het Hof van Justitie, die, mede op basis van het rechtsver-

gelijkende argument, heeft bepaald dat een aansprakelijkheid van de EU voor normatieve handelingen niet aan de orde kan zijn.

12.4 De FIAMM-arresten

12.4.1 De aansprakelijkheid uit rechtmatige daad voor de FIAMM-arresten

Al aan het begin jaren 60 werd in conclusies van verschillende advocaten-generaal de vraag opgeworpen of art. 340 VwEU (toen nog art. 215 EG) mogelijk ook een aanspraak op schadevergoeding voor rechtmatig handelen van de Instellingen zou geven. Geïnspireerd door het aansprakelijkheidsregime in Frankrijk merkte A-G Roemer in zijn conclusie bij het *Plaumann*-arrest op dat deze vorm van niet-contractuele aansprakelijkheid onderworpen zou zijn aan 'zeer strenge voorwaarden, namelijk wanneer een abnormale, bijzondere en directe schade wordt veroorzaakt, welke een bijzondere, slechts enkele personen bezwarende belasting vormt'.[148] In de gevoegde zaken *Compagnie d'approvisionnement* en *Grands Moulins de Paris S.A.* van 13 juni 1972 sloot A-G Mayras zich bij het betoog van Roemer aan.[149] Het Hof wees de claim van verzoeksters echter af zonder rechtstreeks aan de door Mayras geformuleerde criteria te toetsen.[150]

Ook in de jaren zeventig en tachtig zou het Hof de vraag naar het mogelijk bestaan van een recht op nadeelcompensatie behendig weten te omzeilen. Door partijen aangevoerde grondslagen voor aansprakelijkheid, of zij nu waren gelegen in het onteigeningsrecht,[151] het Duitse Sonderopfer[152] of het égalitébeginsel[153] werden door het Hof niet aanvaard. Voor het eerst in het *Biovilac*-arrest gaf het Hof echter een indicatie dat een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad op gemeenschapsniveau niet ondenkbaar zou zijn:

148 HvJ EG 15 juli 1963, zaak 25/62, *Jur.* 1963, 205 (*Plaumann*, p. 260).
149 HvJ EG 13 juni 1972, gev. zaken 9 en 11/71, *Jur.* 1972, p. 391 (*Compagnie d'approvisionnement*).
150 Gev. zaken 9 en 11/71, *Compagnie d' approvisionnement*, § 46.
151 HvJ EG 2 juni 1976, zaken 56 tot 60/74, *Jur.* 1976, p. 711 (*Kampffmeyer*) en GvEA 29 januari 1998, zaak T-113/96, *Jur.* 1998, p. II-125 (*Eduard du Bois*, § 38).
152 HvJ EG 31 maart 1977, zaken 54 tot 60/76 (*Comté de Loheac*, § 19). Zie ook de Conclusie van A-G Reischl (*Jur.* 1977, p. 645 e.v., op p. 666). Hij meende dat van een 'buitengewoon zwaar offer' geen sprake was: de vaststelling van de communautaire prijzen ging gepaard met (overgangs)maatregelen die compensatie konden bieden voor de betrekkelijke ongelijkheid die was ontstaan.
153 HvJ EG 6 december 1984, zaak 59/83, *Jur.* 1984, p. 4057 (*Biovilac*, § 28), HvJ EG 29 september 1982, zaak 26/81, *Jur.* 1982, p. 3057 (*Oleifici Mediterranei*, § 26-27) en GvEA 29 januari 1998, zaak T-113/96, *Jur.* 1998, p. II-125 (*Eduard du Bois*, § 37). De Nederlandse A-G Verloren van Themaat sloot in zijn conclusie bij *Oleifici Mediterranei* niet uit dat de gemeenschap aansprakelijk kon zijn voor 'uitzonderlijke en vermijdbare schadelijke gevolgen van op zich zelf rechtmatige gemeenschapshandelingen', waarbij hij een parallel aanbracht met het Nederlandse stelsel van bestuurscompensatie (*Jur.* 1982, p. 3089-3090).

> 'Te dezen volstaat de opmerking, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de vordering tot schadevergoeding wegens onwettig normatief handelen krachtens artikel 215 EEG-verdrag alleen kan worden toegewezen, wanneer de door de verzoeker gestelde schade de grenzen van het economisch risico, verbonden aan de activiteiten in de betrokken sector, overschrijden. A fortiori zou deze regel moeten gelden wanneer in het gemeenschapsrecht een aansprakelijkheid voor wettig handelen zou worden erkend.'[154]

Een indicatie dat het Hof *impliciet* aanvaardde dat de Gemeenschap uit rechtmatige daad aansprakelijk kon zijn, bood ook het feit dat het Hof na deze overweging een materiële toetsing aan de voorzienbaarheid van het handelen verrichtte. De voorzienbaarheid van de inherente risico's van de marktsituatie op het tijdstip dat verzoekster met de vervaardiging en de verkoop van haar producten begon, sloot volgens het Hof vergoeding van het door haar geleden concurrentienadeel uit, nu de schade viel binnen de economische risico's die inherent zijn aan de werkzaamheden van een industriële of een handelsonderneming in deze sector.[155] De arresten *Clemessy*[156] en *De Boer Buizen*[157] vormden een bevestiging van deze enigszins tweeslachtige redeneerwijze. Wel werden de relevante criteria genoemd en werd daaraan ook daadwerkelijk getoetst, maar omdat deze toets niet leidde tot het oordeel dat op de Gemeenschap een schadeplicht rustte, hoefde het Hof geen antwoord te geven op de hamvraag *of* op art. 340 VwEU ook een recht op nadeelcompensatie kon worden gebaseerd.

Pas in de jaren negentig kwam er (iets) meer schot in de zaak. Het Gerecht van Eerste Aanleg nam hierin het voortouw. In het arrest *Edouard Dubois* van 29 januari 1998 bevestigde het Gerecht nogmaals het standpunt uit de bovengenoemde jurisprudentie dat omtrent het bestaan van een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad geen uitsluitsel kon worden gegeven.[158] Met het *Dorsch Consult*-arrest van kort daarna (28 april 1998) zette het een stap verder door uitvoerig in te gaan op de voorwaarden waaraan een dergelijke aansprakelijkheid hoe dan ook zou moeten voldoen. Dorsch Consult was een bedrijf dat handel dreef met de Iraakse autoriteiten. Toen Irak Koeweit binnenviel in 1990, werd in de Gemeenschap een verordening van kracht die een handelsembargo in het leven riep voor de handel tussen de Europese Gemeenschap en Irak en vice versa. Als represaille hiervoor werd in Irak een wet aangenomen die

---

154 Zaak 59/83, *Biovilac*, § 28.

155 Zaak 59/83, *Biovilac*, § 28-29.

156 HvJ EG 24 juni 1986, zaak 267/82, *Jur.* 1986, p. 1907 (*Clemessy*, § 33).

157 HvJ EG 29 september 1987, zaak 81/86, *Jur.* 1987, p. 3677 (*De Boer Buizen*, § 17), waarover tevens Van Casteren 1997, p. 78, Stefanou & Xanthaki 2000, p. 87, Haack 2006, p. 700-701.

158 GvEA 29 januari 1998, zaak T-113/96, *Jur.* 1998, p. II-125 (*Eduard du Bois*, § 42): 'Zonder dat behoeft te worden geantwoord op de vraag of naar communautair recht de Gemeenschap niet-contractueel aansprakelijk kan worden gesteld bij ontbreken van onrechtmatige daad (…)'.

alle Irakese vermogens en bezittingen binnen en buiten Irak, bevroor. De vorderingen die Dorsch Consult nog bij de Iraakse autoriteiten had uitstaan, waren daardoor niet meer te innen. Dorsch Consult verwees naar bepalingen in het Duitse recht (art. 14 lid 3 Grundgesetz) en het EVRM (art. 1 EP EVRM) die het eigendom beschermen en waarvan een analoge toepassing in casu tot een schadeloosstelling zou moeten leiden. Voorts deed zij een beroep op het égalitébeginsel waar zij stelde 'dat haar bijdrage aan de kosten van het door de Gemeenschap gevoerde embargobeleid niet hoger mag zijn dan die van de overige belastingplichtigen van de Gemeenschap, die deze kosten overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling eveneens zouden moeten dragen'.[159]

Het Gerecht overwoog ten eerste dat voor de niet-contractuele aansprakelijkheid voor onrechtmatig *of rechtmatig* handelen hoe dan ook vereist is, dat het bewijs wordt geleverd van de realiteit van de beweerdelijk geleden schade en van het bestaan van een causaal verband tussen deze schade en dit handelen. Met betrekking tot de aansprakelijkstelling voor rechtmatig handelen stelde het Gerecht:

> 'dat ingeval een dergelijk beginsel in het gemeenschapsrecht zou worden erkend, voor een dergelijke aansprakelijkstelling hoe dan ook het bestaan van een "abnormale" en "bijzondere" schade is vereist [arresten *Compagnie d' approvisionnement et grand moulins de Paris* (§ 45-46), *Biovilac* (§ 28), *Clemessy* (§ 33) en *De Boer Buizen* (§ 16-17)].'[160]

Dit was een bevestiging van de eerdere, voorzichtige rechtspraak waaruit niet duidelijk bleek of een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad denkbaar is. Toch zei het Gerecht ook nog iets meer, want het gaf tevens een nadere omschrijving van die voorwaarden. Een aansprakelijkheid voor rechtmatig handelen zou slechts moeten worden erkend:

> 'indien de gestelde schade, aangenomen dat die "werkelijk en actueel" is, een bijzondere categorie van ondernemers onevenredig treft in vergelijking met andere ondernemers (abnormale schade) en de grenzen van het economisch risico, verbonden aan de activiteiten in de betrokken sector, overschrijdt (bijzondere schade), zonder dat de aan de gestelde schade ten grondslag liggende regelgevende handeling wordt gerechtvaardigd door een algemeen economisch belang (…).'[161]

Zonder het égalitébeginsel met zoveel woorden te noemen, bevestigde het Gerecht hiermee dat de égalitécriteria ook op gemeenschapsniveau bepalend

159 GvEA 28 april 1998, zaak T-184/95, *Jur*. 1998, p. II-667 (*Dorsch Consult*, § 28).
160 Zaak T-184/95, *Dorsch Consult*, § 59.
161 Zaak T-184/95, *Dorsch Consult*, § 80.

zijn voor de beoordeling van de schadeplicht ten aanzien van rechtmatige gemeenschapshandelingen. In hoger beroep sloot het Hof zich hierbij aan.[162]

Enerzijds leken de rechters niet afkerig te zijn ten opzichte van een mogelijk onder art. 340 VwEU ressorterend recht op nadeelcompensatie, anderzijds bleef het telkens bij een opsomming van de relevante criteria, zonder dat deze ooit een recht op nadeelcompensatie gaven. Deze halfslachtige benadering voedde speculaties over de reikwijdte van art. 340 VwEU,[163] maar leidde ook tot kritiek. Tridimas noemde de benadering van Gerecht en Hof onbevredigend, omdat zij het paard voor de wagen zou spannen en tot rechtsonzekerheid leidde.[164] Naar aanleiding van de *FIAMM*-casus zouden Gerecht en Hof eindelijk de gewenste duidelijkheid scheppen.

12.4.2 De FIAMM-arresten

Met zes arresten van 14 december 2005, die alle op dezelfde feitelijke situatie betrekking hadden, bleek het Gerecht uiteindelijk bereid ook de laatste stap te zetten door met zoveel woorden te erkennen dat de Gemeenschap ook aansprakelijk kan zijn op grond van art. 340 VwEU als enig onrechtmatig gedrag niet is aangetoond. In hoger beroep haalde het Hof hier echter alsnog een streep door.

Het geschil vond zijn oorsprong in een verordening op de gemeenschappelijke bananenmarkt, die in strijd was bevonden met door de Gemeenschap in het kader van de Wereld Handels Organisatie (hierna WTO (World Trade Organisation)) aangegane verbintenissen. Het orgaan voor geschillenbeslechting van de WTO, het DSB, nodigde de Gemeenschap uit een nieuwe verordening vast te stellen. De Verenigde Staten stelden echter vast dat ook deze verordening een invoerregeling bevatte die de onrechtmatige elementen van de vorige regeling niet wegnam, welk oordeel later door het DSB werd bevestigd. De VS besloten als 'retaliatie' (vergeldingsmaatregel) tot het toepassen van een douanerecht van 100% op enige, door de VS zelf willekeurig gekozen producten. Die producten waren afkomstig uit verschillende lidstaten en omvatten zuurloodaccu's, bruisende badpreparaten, katoenen beddengoed, kartonnen vouwdozen, vouwdozen van bedrukt en versierd karton en brillendozen.[165] Deze producten behoorden geen van alle tot de sector waarin de vastgestelde

162 HvJ EG 15 juni 2000, zaak C-237/98P, *Jur.* 2000, p. I-4549 (*Dorsch Consult*).

163 Waaronder enkele dissertaties: zie naast Van Casteren 1997 ook Haack 1995 en meer recent Schröder 2005.

164 Tridimas 2006, p. 495.

165 Zie resp. GvEA 14 december 2005, zaak T-69/00, *Jur.* 2005, p. II-5393 (*FIAMM*), zaak T-151/00, *Jur.* 2005, p. II-23 (*Le laboratoire du Bain*), zaak T-301/00, *Jur.* 2005, p. II-25 (*Groupe Fremaux SA en Palais Royal Inc*), zaak T-320/00, *Jur.* 2005, p. II-27 (*CD Cartontruck*), zaak T-383/00, *Jur.* 2005, p. II-5459 (*Beamglow*) en zaak T-135/01, *Jur.* 2005, p. II-29 (*Giorgio Fredon & Figli SA*).

onregelmatigheden hadden plaatsgevonden, maar de mogelijkheid ook in andere sectoren vallende producten tijdelijk te treffen was uitdrukkelijk voorzien in art. 22 van het in het kader van de WTO opgenomen memorandum met regels en procedures betreffende de beslechting van geschillen.

De betreffende producenten stelden de Gemeenschap aansprakelijk. Zij baseerden zich primair op de onrechtmatigheid van het handelen van de Gemeenschap, te weten het verzuim, in strijd met de door de Gemeenschap aangegane WTO-verbintenis, om binnen de door het DSB gestelde termijn met een passende wijziging van de eerste met de WTO strijdige verordening te komen. Om dit te kunnen toetsen, diende het GvEA eerst na te gaan of justitiabelen van de Gemeenschap aan de WTO-overeenkomsten rechten kunnen ontlenen waarop zij zich in rechte kunnen beroepen, om zo de geldigheid van een gemeenschapshandeling te betwisten. Daar deed zich een probleem voor: volgens vaste rechtspraak van het Hof behoren de WTO-overeenkomsten, gelet op hun aard en opzet, in beginsel niet tot de normen waaraan de gemeenschapsrechter de handelingen van de gemeenschapsinstellingen toetst.[166] De achterliggende gedachte is dat het toekennen van rechtstreekse werking de Europese Instellingen zou beroven van noodzakelijke manoeuvreerruimte in internationale handelsbesprekingen, aangezien het systeem van geschillenbeslechting van de WTO de twistende partijen toestaat om over een oplossing te onderhandelen. Als de Europese rechter dan communautaire maatregelen ongeldig zou verklaren wegens schending van de WTO-regels, dan zou aan de communautaire wetgever of uitvoeringsorganen de mogelijkheid ontvallen een alternatieve oplossing te vinden om zich aan de WTO-verplichtingen aan te passen. Bij gebrek aan rechtstreekse werking kon de gestelde onrechtmatigheid van het verzuim van de Gemeenschap dan ook niet worden aangetoond, aldus het Gerecht, wiens oordeel op dit punt door het Hof werd bevestigd.

Ook bij een mogelijke actie uit rechtmatige daad deed zich dit toetsingsprobleem voor: het Gerecht zou het verzoek om schadevergoeding niet kunnen beschouwen als een verzoek om schadevergoeding voor rechtmatig EG-optreden, aangezien ook dat een toetsing aan de WTO-overeenkomsten zou impliceren. Het Gerecht had de vordering van FIAMM dan ook kunnen afwijzen door te stellen dat in het *Dorsch Consult*-arrest slechts aan een mogelijke aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor *rechtmatig* handelen was gerefereerd en dat van een analoge toepassing van dat arrest geen sprake kon zijn in een situatie waarin schade door een rechtmatige gemeenschapshandeling niet kon worden aangetoond. Die weg bewandelde het Gerecht echter niet. In de belangrijkste overweging uit het arrest stelde het simpelweg:

> 'Ingeval schade is veroorzaakt door een gedraging van de gemeenschapsinstellingen waarvan het onrechtmatige karakter niet is bewezen, kan de Gemeenschap niet-

166 Zie o.m. HvJ EG 23 november 1999, C-149/96, *Jurispr*. p. I 8395 (*Portugal/Raad*), HvJ EG 12 maart 2002, C 27/00 en C 122/00, Jurispr. p. I 2569 (*Omega Air*).

> contractueel aansprakelijk worden gesteld, wanneer cumulatief is voldaan aan de voorwaarden inzake de werkelijk geleden schade, het causaal verband tussen deze schade en de gedraging van de gemeenschapsinstellingen, en het abnormale en bijzondere karakter van die schade (arrest van 15 juni 2000, Dorsch Consult/Raad en Commissie, punt 155 supra, punt 19).'[167]

Hiermee zette het Gerecht de lijn die het had ingezet met *Dorsch Consult* door en bleek het dus bereid in principe een aansprakelijkheid voor rechtmatige gemeenschapsdaden (of althans daden waarvan het onrechtmatige karakter niet kan worden bewezen) te aanvaarden. De betrokken producenten deden echter een vergeefs beroep op dit aansprakelijkheidsregime, want het Gerecht meende dat 'de mogelijkheid dat een derde land vergeldingsmaatregelen neemt als gevolg van een geschil in een andere sector dan hun eigen sector, (…) als een normaal risico kan worden beschouwd'.

Zowel FIAMM c.s. als de Raad en de Commissie gingen tegen het arrest van het Gerecht in beroep. FIAMM betoogde dat het onvoorzienbare en volstrekt nieuwe en punitieve karakter van de retaliatiemaatregelen niet tot zijn 'normale bedrijfsrisico's' behoorde. Raad en Commissie wensten, gesteund door het interveniërende Spanje, dat het Hof definitief zou bepalen dat een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad niet bestond. In zijn conclusie betoogde A-G Maduro echter dat het Hof het oordeel van het Gerecht aangaande het bestaan van een stelsel van foutloze aansprakelijkheid zou moeten overnemen. Ten eerste zou de aanvaarding van een dergelijk stelsel vanuit een streven naar rechtvaardigheid opwegen tegen de strenge voorwaarden voor schuldaansprakelijkheid van de Gemeenschap. In bijzonder voor partijen zoals FIAMM zou dit een juiste oplossing zijn, omdat zij niet de mogelijkheid hebben de onrechtmatigheid van het gemeenschapshandelen aan te tonen. Door de aanvaarding van een – zoals hij het noemde – 'risicoaansprakelijkheid' zouden zij niet van elke rechterlijke bescherming verstoken blijven. Ten tweede zou de aanvaarding van een risicoaansprakelijkheid volgens hem beantwoorden aan de vereisten van goed bestuur. De dreiging van aansprakelijkheid zou de Instellingen in het kader van de WTO bewegen tot het met bedachtzaamheid uitoefenen van discretionaire bevoegdheden die onverenigbaar zijn met de WTO-regels. Tot slot meende hij dat ook het égalitébeginsel uit het Franse bestuursrecht voor de aanvaarding van een risicoaansprakelijkheid zou pleiten: 'Indien de overheid (…), in het algemeen belang, aan bepaalde personen een bijzonder ernstige schade toebrengt die alleen deze lijden, ontstaat daardoor een last die normaliter niet op hen dient te rusten en die moet worden vergoed. Deze vergoeding, die via de belastingen door de Gemeenschap wordt gedragen, herstelt het

167 Zaak T-69/00, *FIAMM*, § 160 (en in gelijke zin T-151/00, § 149; T-301/00, §149; T-320/00, § 152; T-383/00, § 174 en T-135/01, § 153).

verstoorde evenwicht.'[168] Het Hof oproepend om 'van het stadium van het mogelijke [over te gaan] tot dat van het zekere, van de tijd van de onzekerheden naar die van de oplossingen' concludeerde hij tot vernietiging van de arresten van het Gerecht op grond van een onjuiste uitleg van het begrip abnormale schade.

Het Hof bleek niet bereid de conclusie van Maduro te volgen. Het stelde voorop dat de onwettigheid van het aan de Instellingen verweten gedrag een vaste voorwaarde is om de Gemeenschap ex art. 288 EG (oud) aansprakelijk te kunnen houden. Waar de aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen derhalve stevig in de rechtspraak is verankerd, geldt dat echter niet voor een stelsel van niet-contractuele aansprakelijkheid *zonder* onrechtmatige gedragingen. Het Hof voerde een aantal argumenten aan om thans niet tot de erkenning van een dergelijke aansprakelijkheid[169] over te gaan. De eerste reden was dat de niet-contractuele aansprakelijkheid voor onwettige handelingen uitdrukking is van een in veel rechtsstelsels levend algemeen beginsel dat een onwettige handeling of een onwettig verzuim de verplichting meebrengt de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden. Het feit dat dit slechts bij uitzondering het geval kan zijn, is daarbij, zo memoreerde het Hof, reden geweest om de eis te stellen dat de schending van de hogere rechtsregel 'voldoende gekwalificeerd' dient te zijn. Deze hoge drempel is volgens het Hof onontbeerlijk om de uitoefening van de wetgevende bevoegdheid niet te verlammen met schadeacties en onderstreept tevens de noodzaak in een normatieve context over een ruime beoordelingsbevoegdheid te kunnen beschikken. Het Hof zei het niet met zoveel woorden, maar impliceerde dat dit stelsel zich niet verdraagt met de erkenning van de mogelijkheid *daarnaast* een stelsel van nadeelcompensatie te aanvaarden. Mogelijk was zijn gedachte dat de eis van een voldoende gekwalificeerde schending bij de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad niet zou kunnen gelden (bij gebrek aan de schending van enige regel), terwijl de erkenning van een recht op nadeelcompensatie wel als effect zou kunnen hebben dat de Gemeenschap wordt verlamd met schadeacties en daarmee de wens tot het behoud van een ruime beoordelingsbevoegdheid van de Instellingen toch kunnen doorkruisen.

Naast dit argument droeg het Hof ook nog een rechtsvergelijkend argument aan, uitgaand van de tekst van art. 288 EG (oud): een onderzoek naar het recht van de betrokken lidstaten heeft geleerd dat 'deze rechtsordes convergeren voor zover het gaat om de erkenning van het beginsel dat de overheid aansprakelijk kan worden gesteld wegens een onwettig optreden of verzuim, ook indien dit van normatieve aard is, maar dat dit helemaal niet geldt voor het

168 Conclusie A-G Maduro, 20 februari 2008, bij gev.zaken C-120/06 P en C-121/06 P, § 57-63 (*FIAMM*).

169 Ik formuleer het bewust wat vaag, omdat het Hof het égalitébeginsel nergens expliciet noemt, hoewel de criteria die het in het verleden noemde evident door het Franse bestuursrecht waren geïnspireerd.

mogelijke bestaan van een beginsel dat de overheid aansprakelijk kan worden gesteld wegens een rechtmatig optreden of verzuim, met name wanneer dit van normatieve aard is.' Het Hof concludeert als volgt:

> 'Gelet op het voorgaande dient in de huidige stand van het gemeenschapsrecht te worden geconcludeerd dat er geen aansprakelijkheidsregeling bestaat op grond waarvan de Gemeenschap aansprakelijk kan worden gesteld voor een optreden dat onder haar normatieve bevoegdheden valt, in een situatie waarin de mogelijke onverenigbaarheid van een dergelijk optreden met de WTO-overeenkomsten niet kan worden ingeroepen voor de gemeenschapsrechter.'[170]

Het Hof gaf de betrokken partijen tot slot nog twee vingerwijzingen. Ten eerste stelde het dat de ruime beoordelingsbevoegdheid niet afdoet aan de mogelijkheid van de gemeenschapswetgever in voorkomend geval zelf in schadevergoeding te voorzien door 'bij de vaststelling van een bepaalde normatieve handeling' – men zou kunnen zeggen: onzelfstandig – in schadevergoeding te voorzien. Ten tweede wenste het Hof te onderstrepen dat een normatieve handeling die het eigendomsrecht 'op onevenredige en onduldbare wijze in hun kern' aantast ook de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap kunnen doen ontstaan. Het Hof ging ten overvloede nog over tot een toets aan het eigendomsrecht, en concludeerde dat dit in casu niet was geschonden, omdat een marktdeelnemer wiens activiteit in het bijzonder bestaat in de uitvoer naar de markten van derde landen, er zich van bewust moet zijn dat de handelspositie waarover hij op een bepaald ogenblik beschikt, kan worden aangetast en gewijzigd, en dat de handelspartners in het kader van een WTO-overeenkomst de goederen die door sanctiemaatregelen worden getroffen, vrij kunnen uitkiezen.

12.4.3 Analyse

Voor het Hof zijn met name twee argumenten doorslaggevend om geen aansprakelijkheid uit rechtmatige daad te aanvaarden. Ten eerste meent het dat bij aansprakelijkheid voor normatieve handelingen moet worden vastgehouden aan de voorwaarde dat de betrokken instelling de grenzen van haar bevoegdheden kennelijk en ernstig moet hebben overschreden. Het tweede argument is rechtsvergelijkend van aard: omdat 'helemaal niet' gesteld kan worden dat de nationale rechtsordes convergeren voor wat betreft een mogelijke aansprakelijkheid voor rechtmatig normatief handelen, dwingt art. 340 VwEU evenmin tot de erkenning van een recht op nadeelcompensatie op het niveau

170 HvJ EG 9 september 2008, nrs. C-120/06 P en C-121/06 P, *AB* 2008, 311, m.nt. M.K.G. Tjepkema, *SEW* 2009, p. 356, m.nt. J.H. Jans & N. Lavranos (*FIAMM*). Zie over het arrest verder Meijer 2009, p. 150-160, Zonnekeyn 2008, p. 363 e.v., Thies 2009.

van de Gemeenschap. Beide argumenten zullen in deze paragraaf worden besproken.

12.4.3.1 Het argument van de onontbeerlijke beoordelingsvrijheid bij normatieve handelingen

Dit eerste argument wordt in r.o. 174 als volgt verwoord: '[R]ekening houdend met de bepalingen van artikel 288, tweede alinea, EG, [kan] de Gemeenschap voor een normatieve handeling die economische beleidskeuzen impliceert, slechts aansprakelijk worden gesteld wanneer er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel.' Alvorens dit argument te bespreken, moet eerst worden stilgestaan bij de exacte reikwijdte van deze overwegingen. De vraag is of het Hof een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad op EU-niveau *tout court* heeft willen uitsluiten, of alleen voor normatieve handelingen, dat wil zeggen 'een maatregel van algemene strekking die van toepassing is op objectief omschreven situaties en voor algemene en in abstracto omschreven categorieën van personen tot rechtsgevolgen leidt.'[171] Het arrest is op dit punt niet concludent. Enerzijds is de argumentatie van het Hof voor een belangrijk deel geënt op het feit dat aan de beoordelingsvrijheid van de Instellingen niet mag worden getornd. Daaruit zou men kunnen afleiden dat het arrest de ruimte laat voor het bestaan van een stelsel van nadeelcompensatie bij niet-normatieve handelingen. Gedacht kan worden aan handelingen van niet-wetgevende aard, waaronder feitelijke handelingen, beschikkingen, privaatrechtelijke handelingen of handelingen jegens ambtenaren. Indien het Hof ook voor andersoortige EU-handelingen een recht op nadeelcompensatie zou hebben willen uitsluiten, had het voor de hand gelegen dat het dit expliciet zou hebben gesteld. Nu moet men zich van de eventuele omvang van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad voor dit soort resthandelingen niet te veel voorstellen. Ten eerste hebben zij slechts een zeer beperkt aandeel in de activiteiten waarmee de Unie zich inlaat. Bovendien neemt het Hof ook voor handelen dat van niet-wetgevende aard is, snel aan dat de Instellingen een beoordelingsvrijheid hebben, zodat het normatieve karakter van die handeling, ook als zij bijvoorbeeld louter uitvoerend van aard is, vaak een gegeven is.[172] Niettemin kan worden geconstateerd dat het Hof, door zijn argumentatie zo toe te spitsen op de onontbeerlijke beoordelingsvrijheid van normatieve handelingen, de discussie op dit punt laat voortduren. Zo opperen Jans & Lavranos dat er mogelijk nog ruimte is voor aansprakelijkheid voor rechtmatig handelen voor *bestuurlijk* optreden (bijvoorbeeld in de sfeer van het mededingingsrecht) en/of handelen *buiten* de WTO-sfeer.[173] Hoewel de algemene overwegingen van het *FIAMM*-arrest

171 Zaak 6/68, *Jur*. 1968, p. 409 (*Zuckerfabrik Watenstedt*).
172 Zie hierna, § 12.6.1. Vgl. Meijer 2009, p. 160.
173 *SEW* 2009, nr. 150, p. 361.

wijzen in de richting dat een op art. 340 VwEU gebaseerd recht op nadeelcompensatie voor *alle* normatieve handelingen (ook buiten het WTO-recht) is uitgesloten, laat het arrest op dit punt wel vragen open. Het *FIAMM*-arrest vraagt dan ook om een vervolgarrest waarin op dit punt meer duidelijkheid wordt geschapen.

Het Hof is kennelijk van mening dat, als aan die voorwaarde niet wordt voldaan, er geen ruimte is voor een aanvullende toets aan het égalitébeginsel, zonder de voorwaarde van de 'voldoende gekwalificeerde schending'. A-G Maduro had in die hoge drempels voor aansprakelijkheid juist een argument gezien om *wel* een – zoals hij het noemde – 'risicoaansprakelijkheid' van de Gemeenschap te aanvaarden; dit zou 'opwegen tegen de strenge voorwaarden voor schuldaansprakelijkheid van de Gemeenschap (…) teneinde de personen die ingevolge het gedrag van de gemeenschapsinstellingen bijzonder ernstige schade hebben geleden, de mogelijkheid te bieden vergoeding te verkrijgen.'[174] Ook auteurs die in het *Dorsch Consult*-arrest een goede mogelijkheid zagen om de lacunes in de rechtsbescherming van retaliatieslachtoffers te dichten, hadden zulks bepleit.[175] Sympathiek als deze benadering moge klinken, er zitten wel enige haken en ogen aan. Ten eerste kan men zich afvragen of de ratio van de zeer terughoudende rechtspraak van het Hof ter zake van de aansprakelijkheid voor normatieve handelingen uit onrechtmatige daad zich wel verdraagt met een aanvaarding van een aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad inzake deze handelingen. Men zou kunnen stellen dat de hoge drempels voor dit regime zich moeilijk verdragen met een ander aansprakelijkheidsregime, dat 'slechts' eisen stelt aan bepaalde kenmerken van de schade. Ten tweede staat de erkenning van deze aansprakelijkheid mogelijk op gespannen voet met de andere reden – naast het respecteren van een ruime beoordelingsvrijheid – om de eis van een 'voldoende gekwalificeerde schending' te stellen, namelijk het feit dat de uitoefening van de wetgevende bevoegdheid niet mag worden belemmerd door de mogelijkheid van schadevorderingen telkens wanneer in het algemeen belang normatieve maatregelen worden vastgesteld die de belangen van particulieren kunnen aantasten.[176] Het is niet al te gewaagd te stellen dat de aanvaarding van een aansprakelijkheid voor *rechtmatige* normatieve handelingen een forse toename van het aantal schadeclaims tot gevolg zou hebben gehad. Het vooruitzicht dat het Hof met deze – veelal subsidiair aangevoerde – beroepen op de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad zou worden geconfronteerd, heeft het Hof, hoewel het dat niet met zoveel woorden stelt, waarschijnlijk weerhouden van de aanvaarding van dit aansprakelijkheidsregime.

---

174 Conclusie A-G Maduro van 20 februari 2008, gev. zaken C-120/06 P en C-121/06 P, punt 57.

175 Zie bijv. Thies 2004, p. 1680, Schröder 2005.

176 Zie ook HvJ EG 25 mei 1978, gev. zaken 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, *Jur.* 1978, p. 1209 (*BHNL*) alsmede HvJ EG 5 maart 1996, gev. zaken C-46/93 en C-48/93, *AB* 1996, 249, m.nt. FHvdB (*Brasserie du Pêcheur*, r.o. 45).

Helemaal waterdicht zijn de overwegingen van het Hof om een aansprakelijkheid van de hand te wijzen niet. Zo is het de vraag of de koppeling tussen beoordelingsvrijheid en normatieve handeling die het Hof aanbrengt, wel voldoende reden is om het bestaan van een recht op nadeelcompensatie geheel af te wijzen. In § 12.2.3 hebben we gezien dat naar huidig recht het al dan niet bestaan van een beoordelingsmarge een belangrijke maatstaf is bij de beoordeling of de Unie uit hoofde van art. 340 VwEU aansprakelijk is. Bestaat een ruime beoordelingsmarge, dan moet voor aansprakelijkheid sprake zijn van een 'kennelijke en ernstige miskenning van de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid dient te blijven'.[177] Bestaat vrijwel geen beoordelingsmarge, dan kan de enkele inbreuk op EU-recht volstaan om een voldoende gekwalificeerde schending aan te nemen.[178] Het is op zijn minst opmerkelijk dat het Hof sinds *Bergaderm* alle handelingen van de Instellingen aan hetzelfde aansprakelijkheidsregime (van de voldoende gekwalificeerde schending) onderwerpt en daarbij niet langer een onderscheid maakt tussen normatieve en andere handelingen, terwijl dit onderscheid in de context van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad weer terugkeert. Een genuanceerder benadering zou denkbaar zijn geweest. Het enkele feit dat een handeling een normatief karakter heeft, zou niet per definitie met zich moeten brengen dat een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad is uitgesloten. Ook het Hof zelf heeft in het normatieve karakter van de schadeoorzaak in het verleden geen beletsel gezien om in elk geval te kunnen toetsen *of* een wettige handeling de 'grenzen van het economische risico overschrijdt'.[179] De vraag dringt zich dan ook op waarom de onontbeerlijke vrijheid van de economische Instellingen zich niet ook bij het recht op nadeelcompensatie zou kunnen 'vertalen' in een hogere drempel voor aansprakelijkheid, zoals dat ook bij de onrechtmatige daad het geval is. Dat zou ook aansluiten op een overweging van het Hof in het arrest *Afrikanische Frucht Compagnie*. De verzoekers om schadevergoeding waren Duitse importeurs van bananen, die hun pijlen richtten tegen een nieuwe verordening, onder meer vanwege de daarin gekozen referentiejaren, die voor hen ongunstig uitpakten. De verordening zou onrechtmatig zijn, maar subsidiair beriepen zij zich op de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad. Deze laatste claim werd mede op de grond van de volgende overweging afgewezen:

> 'Anderzijds zijn de grenzen van de economische risico's die zijn verbonden aan de activiteiten in de sector bananen, niet overschreden. Volstaan kan worden met eraan te herinneren, dat de gemeenschapsinstellingen bij de keuze van de middelen die voor de verwezenlijking van hun beleid noodzakelijk zijn, over een beoordelingsmarge beschikken, in het bijzonder op een gebied als dat van de gemeenschappelijke marktordeningen, waarvan de doelstelling meebrengt dat zij voortdurend

177 Zaak C-352/98, *Bergaderm*, § 43.
178 Vgl. HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-5/94, *Jur.* 1996, I-2553 (*Hedley Lomas*, § 28).
179 HvJ EG 6 december 1984, zaak 59/83, *Jur.* 1984, p. 4057 (*Biovilac*, r.o. 28).

> worden aangepast aan wijzigingen in de economische situatie. Wat verzoeksters' activiteiten betreft, bestond met name het risico dat de bij titel IV van verordening nr. 404/93 ingestelde regeling van het handelsverkeer met derde staten eventueel werd gewijzigd.'[180]

Deze passage wijst op een sterke parallel met de overwegingen van het Hof om bij onrechtmatig EU-handelen de Unie slechts bij een 'voldoende gekwalificeerde schending' aansprakelijk e houden. Daarvan is volgens het *BHNL*-arrest immers de ratio dat de Unie niet telkens in haar voorbereidingen mag worden belemmerd door de mogelijkheid van schadevergoedingsacties, wanneer zij normatieve maatregelen neemt die de belangen van particulieren kunnen aantasten. Blijkens deze passage geldt deze ratio onverkort bij een eventuele aansprakelijkheid uit rechtmatige daad. Uitgangspunt is in *beide* regimes dat de instellingen de nodige vrijheid moet worden gelaten om economisch beleid te voeren, en dat schadeclaims hen daarin niet dienen te belemmeren. Waar dit uitgangspunt bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daden tot uiting komt in de eis van de 'voldoende gekwalificeerde schending', zou de EU-rechter deze vrijheid bij de nadeelcompensatie vooral tot uiting kunnen laten komen in de toepassing van de eis dat de schade moet uitstijgen boven de aan de sector inherente risico's. Hoofdregel is dat niet alle schade die door rechtmatige, ingrijpende maatregelen ontstaat, hoeft te worden vergoed en dat schade in de regel, gezien de noodzaak tot voortdurende wijziging van de situatie afhankelijk van de economische omstandigheden, geacht kan worden te behoren tot de aan de sector inherente risico's. Bestaat deze ruimte echter in mindere mate, dan is er echter meer ruimte om te oordelen of de schade van de marktdeelnemer mogelijk speciaal en abnormaal is. Uit het enkele gegeven dat men marktdeelnemer is, leidt het Hof thans af dat het normale ondernemersrisico zeer hoog is (zie hierna, § 12.5.5). Afhankelijk van de ernst van de schade en de voorzienbaarheid *in concreto* zou dan mogelijk toch een eventuele nadeelcompensatieplicht bestaan. De inhoud van bovenstaande passage uit het arrest *Afrikanische Frucht Compagnie* zou daarbij nog overeind blijven: naarmate er een ruimere beoordelingsmarge bestaat, moeten ondernemers eerder rekening houden met wijzigingen in een bestaande positie, aangezien de doelstelling van de gemeenschappelijke marktordening met zich brengt dat een eenmaal bestaande 'ordening' kan worden aangepast aan wijzigingen in de economische situatie.

Interessant is dat deze gedifferentieerde benadering ook al werd bepleit door Van Casteren. Volgens haar gaat het niet aan 'normatieve handelingen' telkens gelijk te stellen met 'normatieve handelingen die bepaalde economische beleidskeuzen impliceren'. Men zou moeten kijken naar de werkelijke aard van het communautaire besluit. Het is volgens haar overdreven te veronderstel-

180 GvEA 10 februari 2004, gev. zaken T-64/01 en T-65/01, *Jur*. 2004, p. II-521 (*Afrikanische Frucht Compagnie*, § 154).

len dat van instellingen die normatief handelen, steeds wordt gevraagd ingewikkelde, zwaarwegende beslissingen te nemen. Naast normatieve handelingen die beleidskeuzes impliceren, bestaan er ook eenvoudige uitvoeringsregelingen van minder fundamenteel belang, waarop een minder zwaar aansprakelijkheidsregime beter zou aansluiten. Volgens haar zou het Hof het economisch terrein van de handeling als dominante, alles absorberende factor kunnen loslaten en zijn aandacht moeten verleggen naar de aspecten die werkelijk terzake doen: discretionaire overheidsbevoegdheden en normaal eigen risico van de burger. De enkele overweging dat de maatregel het economisch beleid betreft, zou derhalve niet in de weg moeten staan aan een eventuele toekenning van nadeelcompensatie. Het aanbrengen van grote lijnen vergt meer van de daarvoor verantwoordelijke instelling dan de uitvoering van technische details. Ook wijst zij er op dat zelfs binnen het terrein van de economische regelgeving in uitzonderlijke gevallen aanleiding kan zijn om een mogelijkheid tot nadeelcompensatie open te houden, namelijk bij zeer onverwachte, zonder waarschuwing vooraf en zonder overgangsmaatregelen doorgevoerde beleidswijzigingen.[181] Al met al is het de vraag of het onderscheid tussen normatieve en andere handelingen wel een voldoende reden is om voor de eerste soort handelingen zelfs de *mogelijkheid* van een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad ten principale af te wijzen.

12.4.3.2 Het rechtsvergelijkende argument

Ook bij het rechtsvergelijkende argument kunnen kanttekeningen worden geplaatst. Het Hof redeneert dat ten aanzien van de aansprakelijkheid voor rechtmatige normatieve handelingen (of het verzuim om die op te stellen) 'helemaal niet' gezegd kan worden dat sprake is van eenzelfde convergentie in de verschillende rechtsordes als ten aanzien van de aansprakelijkheid wegens onwettig optreden of verzuim. Het gaat daarbij mee in het betoog van de Commissie, die had gesteld dat, voor zover al een aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad werd aanvaard, de rechtsordes van de lidstaten deze beperkten tot 'louter administratieve handelingen'. Deze overweging heeft veel weg van een gelegenheidsargument. De in de visie van het Hof 'helemaal niet' bestaande convergentie heeft het Hof in het verleden immers niet weerhouden om herhaaldelijk een toets aan de égalitécriteria uit te voeren. De stelling van het Hof dat het zich in het verleden enkel heeft willen beperken tot het uitwerken van enkele van de voorwaarden voor de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad (r.o. 169), doet dan ook wat makkelijk aan. Kennelijk moeten we ervan uitgaan dat, ondanks de steeds duidelijker contouren van een stelsel van aansprakelijkheid uit rechtmatige daad op EU-niveau, deze

181 Van Casteren 1997, p. 285.

rechtspraak geen enkele betekenis heeft gehad voor de principiële vraag *of* ook op EU-niveau een dergelijk stelsel bestaat.

Bovendien kan er het nodige worden afgedongen op de interpretatie die het Hof geeft van art. 340 VwEU. Zoals is gebleken, kennen verschillende Europese landen een algemeen stelsel van aansprakelijk uit rechtmatige daad: Nederland, België, Luxemburg, Frankrijk, Duitsland, Spanje, Portugal, Estland en Polen. In deze landen is de rechter niet afhankelijk van een uitspraak van de wetgever alvorens de overheid aansprakelijk te kunnen houden. Meer in het algemeen geldt dat in deze landen het normatieve karakter van een handeling niet aan de mogelijkheid de overheid aansprakelijk te stellen in de weg heeft gestaan; in landen waar de égalité wordt erkend heeft de aansprakelijkheid *juist* bij normatieve handelingen veel betekend. Het feit dat er 'iets af te wegen valt' is vaak zelfs een *voorwaarde* om aan toepassing van de égalité toe te komen. Het verbaast dan ook niet dat in een aantal van deze landen (Frankrijk, Nederland, Spanje, Duitsland, Portugal en Luxemburg) een aansprakelijkheid voor wetgeving niet is uitgesloten, hoewel dit niet altijd tot veel rechtspraak heeft geleid.[182] In elk geval kan er veel worden afgedongen op de stelling van de Commissie dat 'alleen' Frankrijk een aansprakelijkheid voor normatieve (wetgevende) handelingen zou kennen. Weliswaar is de aansprakelijkheid voor *formele* wetgeving ook binnen de zojuist genoemde lidstaten niet algemeen gangbaar,[183] maar het is de vraag in hoeverre dit onderscheid tussen formele en lagere wetgeving voor het Hof bij de interpretatie van art. 340 VwEU leidend zou moeten zijn. Anders dan nationale formele wetten laten verordeningen die op EU-niveau worden vastgesteld, een veel minder grote parlementaire betrokkenheid zien. Voor Van Casteren was dit aanleiding om te bepleiten dat het Hof bij de uitbouw van art. 340 VwEU zich niet zou moeten leiden door een formeel onderscheid (het al dan niet betrokken zijn van het parlement), maar door een materieel criterium, te weten de meer of minder ruime beoordelingsmarge die bij (vrijwel alle) vormen van wetgeving noodzakelijk is.[184]

Wanneer men het *FIAMM*-arrest aan deze laatste maatstaf zou toetsen, stuit men op een opmerkelijk verschil van de houding van het Hof ten opzichte van rechtmatig overheidshandelen. Ten aanzien van onrechtmatig overheidshandelen stelde het Hof in het *BHNL*-arrest vast dat de 'beginselen [die de aansprakelijkheid voor normatieve handelingen beheersen – MT] weliswaar van lid-staat tot lid-staat aanzienlijk verschillen, doch dat men toch kan vaststellen dat de normatieve handelingen, waarin keuzen van economisch beleid

182 Zelfs in Frankrijk is de vrijheid van de wetgever om economisch beleid te voeren, zonder zich om de materiële effecten van zijn handelingen te hoeven bekommeren, vrijwel compleet.

183 Alleen in Frankrijk is zij erkend. In Duitsland kan door toepassing van het leerstuk van de *Enteignenden Eingriff* wel een met de toepassing van de égalité vergelijkbaar resultaat worden bereikt.

184 Van Casteren 1997, p. 265 e.v.

tot uitdrukking komen, slechts bij uitzondering en in bijzondere omstandigheden tot aansprakelijkheid van de overheid leiden'. Dit gegeven was voor het Hof aanleiding om als eis te stellen dat de schending van een hogere rechtsregel door een normatieve handeling 'voldoende gekwalificeerd' moet zijn. Het feit dat een aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving voor sommige lidstaten een absolute noviteit was,[185] was voor het Hof geen belemmering ook voor deze lidstaten een aansprakelijkheid voor met het EG-recht strijdige wetgeving op te leggen. Bij de rechtmatige daad zijn diezelfde 'aanzienlijke verschillen' echter aanleiding om zelfs de *mogelijkheid* van een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad uit te sluiten.

Natuurlijk heeft het Hof wel een punt met zijn stelling dat er sprake is van een geringe convergentie in de aansprakelijkheid voor rechtmatig normatief handelen in de lidstaten. In de andere dan de zojuist genoemde lidstaten is deze aansprakelijkheid telkens aan de bijzondere wetgever en niet aan de rechter voorbehouden. Toch is het de vraag of een vergaande convergentie bij de uitbouw van art. 340 VwEU wel kan worden verlangd. Maduro heeft er in zijn conclusie bij het *FIAMM*-arrest niet onterecht op gewezen dat kwantitatieve overwegingen niet de doorslag behoren te geven, maar dat het Hof een oplossing moet bereiken 'die strookt met de specifieke behoeften en kenmerken van de gemeenschapsrechtsorde'.[186] Ook indien een minderheid van de lidstaten een bepaalde oplossing aanvaardt, kan daarbij dus op EU-niveau worden aangesloten, mits deze oplossing beantwoordt aan de vereisten van de Unie. Het gaat erom in de stelsels van de lidstaten elementen op te sporen die bijdragen aan 'een passende, billijke en vruchtbare oplossing voor het vraagstuk van de communautaire aansprakelijkheid'.[187] Deze interpretatie van art. 340 VwEU wordt de theorie van de *wertenden Rechtsvergleichung* ('waarderende rechtsvergelijking') genoemd: bij de invulling van art. 340 VwEU moet worden bezien welke van de in de lidstaten gevonden hoofdgedachten het beste met het EU-recht correspondeert.[188] Ingevolge deze theorie is het voor de aanvaarding van het égalitébeginsel op EU-niveau dus niet noodzakelijk dat dit beginsel in sommige lidstaten niet wordt erkend. Het égalitébeginsel zou slechts dienen te worden afgewezen als dit totaal niet past in de systematiek en de speciale opbouw van de Europese rechtsorde.[189]

12.4.3.3 Past de égalité in het systeem?

Er zijn op het eerste gezicht goede argumenten waarom de égalité deze toets kan doorstaan. De vroege rechtspraak waarbij vernietiging van een gemeen-

185 Vgl. Troiano 2008, p. 408 e.v. Zie ook Meijer 2009, p. 156.
186 Conclusie, punt 55.
187 Kapteyn/VerLoren van Themaat 2003, p. 388.
188 Haack 1996, p. 25. Zie ook Koopmans 1991, p. 929 (r.k.).
189 Van Casteren 1997, p. 54.

schapshandeling een voorwaarde was voor een aansprakelijkheidsactie, is al sinds het *Plaumann*-arrest uit 1963 verlaten. Het Hof heeft uitgemaakt dat de schadevergoedingsactie op grond van art. 340 VwEU (art. 215 oud) een autonome functie heeft, waarmee 'uitsluitend de erkenning van een recht op schadevergoeding wordt beoogd, een prestatie dus die bestemd is uitsluitend ten aanzien van de verzoeker te werken'.[190] Hoewel het Hof er altijd van uit is gegaan dat de toepassing van art. 288 foutief handelen veronderstelt,[191] zou een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad op zichzelf goed in dit systeem in te passen zijn. De schadevergoedingsactie heeft slechts een werking tussen partijen; zij 'concerns solely redress of the subjective position of the applicant'.[192] Een schadeactie uit rechtmatige daad zou dus evenzeer in het systeem van art. 340 VwEU in te passen zijn: een klagende partij is er in dat geval immers slechts op uit de onevenredige gevolgen van een voor hem nadelige overheidshandeling weg te nemen. Het tegemoetkomen aan zijn belangen door compensatie te geven doet aan de rechtsgeldigheid van de schadetoebrengende handeling vanzelfsprekend niet af en heeft in beginsel geen gevolgen voor de positie van andere partijen dan die van de klager.

Van belang is voorts dat de égalité zich goed laat toepassen op het soort handeling waarmee de Instellingen vooral beleid voeren.[193] Omdat een normatieve handeling zich richt tot een bepaalde, omlijnde groep marktdeelnemers, kan in veel gevallen een zuivere vergelijking worden gemaakt met anderen op wie dezelfde regeling ook van toepassing is. De aard van de handelingen waarmee de Instellingen voornamelijk hun beleid doorvoeren laat zich derhalve goed met een toets aan de égalité verenigen. Bovendien zijn de criteria van een speciale en abnormale last, zoals de nationale nadeelcompensatieregimes hebben laten zien, geschikte criteria om alleen in (zeer) uitzonderlijke gevallen tot nadeelcompensatie over te gaan. Ook in de literatuur is hier herhaaldelijk op gewezen: het Hof zou een dusdanige invulling aan deze criteria kunnen geven dat daarmee op effectieve wijze aan de vrees voor een stortvloed aan schadeclaims een dam kan worden opgeworpen.[194]

Een tegenargument zou kunnen zijn dat deze precieze toets aan de égalité niet goed past bij de wijze waarop het Hof normatieve handelingen normaal gesproken aan algemene rechtsbeginselen toetst. Zo is de jurisprudentie van

---

190 HvJ EG 24 oktober 1973, zaak 43/72, *Jur.* 1973, 1055, (*Merkur*, § 4). Zie ook zaak 5/71, *Schöppenstedt*, § 5.

191 Zie bijv. HvJ EG 2 december 1971, zaak 5/71, *Jur.* 1971, p. 975 (*Schöppenstedt*, § 11: 'Overwegende dat de in casu ingeroepen niet-contractuele aansprakelijkheid van de gemeenschap tenminste onrechtmatigheid van de beweerde schadeveroorzakende handeling veronderstelt (…)') en GvEA 29 januari 1998, zaak T-113/96, *Jur.* 1998, p. II-125 (*Eduard du Bois*, § 54). Zie ook A-G Geelhoed, concl. bij HvJ EG 23 maart 2004, zaak C-234/02P, *Jur.* 2004, p. I-2803, (*Lamberts*, § 115).

192 Meij 1997, p. 276.

193 Vgl. Van Casteren 1997, p. 250.

194 Van Casteren 1997, p. 231-232, Conclusie A-G Maduro van 20 februari 2008, gev. zaken C-120/06 P en C-121/06 P, punt 71 e.v.

het Hof aan het evenredigheidsbeginsel zeer vaak abstract van aard: het Hof zal niet snel een schending van het evenredigheidsbeginsel aannemen als met de belangen van een bijzondere groep deelnemers onvoldoende rekening is gehouden.[195] Gerards heeft uit de jurisprudentie afgeleid dat Gerecht en Hof bij de beoordeling van maatregelen met een algemeen benadelend effect in de regel niet overgaan tot een concrete toets aan het evenredigheidsbeginsel. Het oordeel over de rechtmatigheid van de maatregel wordt afgemeten aan de vraag of de maatregel *in abstracto* evenredig is, en niet aan de hand van de vraag of de toepassing van de regeling in het concrete geval ook evenredig is. Vanzelfsprekend doet een concrete toets meer recht aan de bijzondere positie van de getroffenen, maar volgens Gerards ziet het Hof daarbij als nadeel dat dit afbreuk doet aan de algemene gelding van de regel: de Instellingen zouden dan immers telkens moeten bezien of in individuele gevallen een schadevergoeding moet worden toegekend of dat toepassing van de algemene regel in een individueel geval achterwege zou moeten blijven.[196] Voor de gemeenschapsrechter weegt dat laatste nadeel zeer zwaar. Het uitvoeren van een concrete toets zou 'gezien de menigvuldige en ingewikkelde economische situaties, niet slechts onuitvoerbaar zijn (…) maar zou bovendien een eeuwige bron van rechtsonzekerheid (…) vormen.'[197]

Het is de vraag of deze afkeer van een concrete toets zich wel verdraagt met een erkenning van het égalitébeginsel. Of een nadeel *speciaal en abnormaal* is, kan men niet vaststellen door het te laten bij een toets aan de *in abstracto* benadelende effecten van een maatregel, maar noopt per definitie tot inzicht in de effecten van die maatregel in het concrete geval en derhalve tot een concrete toets. Mijns inziens hoeft deze – op zichzelf te billijken – keuze van het Hof echter niet in de weg te staan aan de erkenning van het égalitébeginsel op EU-niveau. Een aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad doet immers geen afbreuk aan de onontbeerlijke beoordelingsvrijheid van de Instellingen. Dat een dergelijke toets eveneens een 'eeuwige bron van rechtsonzekerheid' met zich zou brengen, is niet waarschijnlijk: de veroordeling tot het betalen van nadeelcompensatie heeft geen gevolgen voor de rechtmatigheid van de regel zelf. Een nadelig effect van de erkenning van de égalité zou mogelijk wel kunnen zijn dat het *vooruitzicht* van schadeclaims de Instellingen zou kunnen weerhouden van het nemen van de benodigde maatregelen. Ook dan kan men echter stellen dat van een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad in elk geval ook heilzame effecten kunnen worden verwacht, doordat zij de

195 Vgl. GvEA 11 juli 1997, zaak T-267/94. *Jur*. 1997 II-1239 (*Oleifici Italiani*, § 57): 'Bovendien moet de Commissie bij de uitoefening van haar bevoegdheden weliswaar ervoor waken aan de marktdeelnemers zwaardere lasten op te leggen dan nodig is om de door de overheid te realiseren doeleinden te bereiken, doch daaruit volgt niet, dat deze verplichting moet worden afgemeten aan de bijzondere situatie van een bepaalde marktdeelnemer of van een bepaalde groep marktdeelnemers.'

196 Gerards 2007, p. 90-91.

197 HvJ EG 24 oktober 1973, zaak 5/73, *Jur*. 1973, p. 1091 (*Balkan-Import-Export*, § 22).

Instellingen dwingt zich rekenschap te geven van de belangen van ondernemers en bijvoorbeeld te opteren voor adequate overgangstermijnen om zich aan een nieuwe situatie aan te passen.

De vraag of de erkenning van de égalité in het systeem past, kan al met al (voorzichtig) positief worden beantwoord. Er is een acceptabele tussenweg beschikbaar: het wel aanvaarden van de mogelijkheid tot nadeelcompensatie, en de mogelijk succesvolle van de kansloze claims scheiden door de formulering van duidelijke criteria. Maar voor de aanvaarding van deze vorm van aansprakelijkheid is meer nodig dan de enkele afwezigheid van belemmeringen. De égalité moet ook (positief) passen bij de *speciale kenmerken en behoeften* van de Unie. Om die vraag te kunnen beantwoorden, is het nodig stil te staan bij de wijze waarop het Hof de voor het recht op nadeelcompensatie geldende criteria invult. Die kan ons immers iets leren over de vraag welke eisen het Hof aan in de Unie opererende actoren stelt en onder welke omstandigheden die de Unie aansprakelijk zouden kunnen stellen.

12.5 De materiële nadeelcompensatiecriteria op EU-niveau

12.5.1 Inleiding

In het arrest *Dorsch Consult* formuleerde het Gerecht drie voorwaarden waaraan een geslaagd beroep op nadeelcompensatie op EU-niveau moet voldoen: (1) de schade moet 'reëel en zeker' zijn, (2) er moet sprake zijn van een causaal verband tussen de schade en de handeling van de instelling en (3) de schade moet een abnormaal en speciaal karakter vertonen. De eerste twee voorwaarden gelden onafhankelijk van de vraag of niet-contractuele aansprakelijkheid voor onrechtmatig of rechtmatig handelen aan de orde is. Volgens het Gerecht is het bewijs van deze voorwaarden 'hoe dan ook vereist'.[198] De voorwaarden gelden volgens het Gerecht cumulatief.[199]

Op het eerste gezicht lijkt het niet zinvol stil te staan bij de invulling van de materiële criteria voor nadeelcompensatie, aangezien de communautaire rechter na het *FIAMM*-arrest van het Hof in beginsel niet toekomt aan deze toets. Deze veronderstelling is echter onjuist. Ten eerste omdat veel van de in het *Dorsch Consult*-arrest genoemde criteria ook relevant zijn voor de andere mogelijkheden die het Hof heeft genoemd en waarin nog *wel* een recht op nadeelcompensatie bestaat, te weten de wettelijke schadevergoedingsregeling

198 Zaak T-184/95, *Dorsch Consult*, § 59.

199 GvEA 6 december 2001, zaak T-196/99, *Jur.* 2001, p. II-3597 (*Area Cova*, § 171), GvEA 13 december 2006, zaak T-138/03, (*E.R. e.a.*, § 154), GvEA 10 mei 2006, zaak T-279/03, *Jur.* 2006, p. II-1291 (*Galileo*, § 147), GvEA 10 februari 2004, gev. zaken T-64/01 en T-65/01, *Jur.* 2004, p. II-521 (*Afrikanische Frucht Compagnie*, § 150). Zie, buiten de context van de rechtmatige daad, GvEA 12 december 2000, zaak T-201/99, *Jur.* 2000, p. II-4005 (*Royal Olympic Cruisers e.a.*, § 21).

en de schending van het eigendomsrecht. Naast de voor de hand liggende eisen van een 'reële en zekere schade' en een causaal verband treft men in de jurisprudentie over het eigendomsrecht geregeld overwegingen aan die een grote mate van overlap hebben met de maatstaven die ook relevant zijn bij de toetsing van de vraag of de schade een abnormaal karakter heeft. De grenzen tussen deze schadevergoedingsregimes (égalité en eigendom) zijn, zoals in hoofdstuk 10 reeds geïllustreerd, niet scherp, maar vloeiend. Zo legt het Hof in de jurisprudentie over het eigendomsrecht geregeld de nadruk op het feit dat '[een] marktaandeel slechts een voorbijgaande economische situatie is, die is blootgesteld aan de risico's van een wijziging van omstandigheden'.[200] In de termen van de égalité zou men kunnen stellen dat een wijziging in een bepaalde economische situatie in beginsel niet abnormaal is (tot het normale bedrijfsrisico behoort), aangezien deze tot op grote hoogte voor ondernemers in een gemeenschappelijke marktordening voorzienbaar dient te zijn. Het is derhalve niet ver gezocht om te stellen dat de maatstaven die maken dat een last 'abnormaal' is, ook relevant kunnen zijn bij de toetsing aan het eigendomsrecht.[201] Dit is ook van belang bij de vraag waar de door het Hof zo sterk benadrukte beoordelingsvrijheid om een wettelijke regeling te treffen ophoudt: deze vindt immers haar grens in de schending van het eigendomsrecht.

Ten tweede is een inzicht in deze criteria ook van belang voor nadeelcompensatieclaims op *nationaal* niveau. Daarbij moet voorop worden gesteld dat nationale bestuursorganen en de nationale rechters niet verplicht zijn de interpretatie van het Hof van de hierna te bespreken nadeelcompensatiecriteria over te nemen. Het gaat om gescheiden sferen: dat het Hof in het *FIAMM*-arrest geen recht op nadeelcompensatie heeft willen erkennen, heeft geen invloed op de toekenning van nadeelcompensatie op nationaal niveau. Dit geldt ook voor zover de schade wordt toegebracht door een maatregel met een basis in het EU-recht. Hoewel de nationale organen derhalve niet aan de jurisprudentie van de communautaire rechter op dit punt gebonden zijn, kan deze jurisprudentie wel als een belangrijk oriëntatiepunt dienen. Dat geldt in het bijzonder voor de invulling van de voorzienbaarheidseis, waarbij de nationale rechter zich bij de beoordeling van een nadeelcompensatieclaim soms ook daadwerkelijk door het communautaire recht laat inspireren.[202] Een dergelijke, Europees-

200 HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-280/93 (*Duitsland/Raad*, § 79), HvJ EG 5 juli 2005, gev. zaken C-154/04 en C-155/04 (*The Queen*).

201 Zie bijv. HvJ EG 14 mei 1996, zaak C-153 en C-205/94 (*Faroe Seafood*), waarin het Hof de aangevoerde schending van het eigendomsrecht afwijst omdat de schade tot de 'normale beroepsrisico's' behoorde. Vgl. ook Tridimas 2006, p. 315, die over de Duitse bananenzaken stelt dat de door de importeurs geleden schade viel binnen 'the normal economic risks which commercial operators could be expected to undertake'.

202 Zie bijv. CBB 22 september 2008, LJN BF3951. Vgl. ook HR 11 september 2009, *AB* 2010, 13, m.nt. BPMvR (*Cagemax*); het Hof had zich volgens de Hoge Raad voor de invulling van de voorzienbaarheidseis mogen baseren op het feit dat reeds vanaf 1994 vanuit de

georiënteerde invulling van nationale nadeelcompensatieclaims kan de legitimiteit van het nationale bestuurlijk en het rechterlijk oordeel versterken; daarmee laten zij immers zien dat voor hun interpretatie ook een basis in het communautaire recht is te vinden. Een inzicht in deze criteria is derhalve ook van belang voor de nationale rechter.

Ten derde kan erop worden gewezen dat het Hof in het *FIAMM*-arrest expliciet heeft gesteld dat het EU-recht 'in zijn huidige stand' niet de mogelijkheid erkent van een aansprakelijkheid buiten onrechtmatigheid.[203] Mocht het in de toekomst wel tot de erkenning van een recht op nadeelcompensatie op het niveau van de Unie komen, dan is het nuttig te weten in welke zin de materiële criteria specifiek worden ingevuld in de context van de EU.

Een vierde en laatste reden om bij deze criteria stil te staan, is dat dit mogelijk kan verklaren waarom het nadeelcompensatieleerstuk op EU-niveau nooit een hoge vlucht heeft genomen. Op die manier kan beter worden begrepen waarom de égalité in de context van de EU zich lastig laat toepassen.

12.5.2 Reële en zekere schade

Art. 340 VwEU veronderstelt het bestaan van schade. Onder 'schade' wordt verstaan elke vermogensnadeel, dat wil zeggen elke achteruitgang in op geld waardeerbaar of op andere wijze rechtens beschermde goederen.[204] Een vergoeding van immateriële schade of gederfde winst is niet uitgesloten, zolang de schade maar kwantificeerbaar is.[205] Het is niet voldoende als de getroffen onderneming slechts stelt dat schade is geleden. Een noodzakelijke voorwaarde voor elk beroep op art. 340 VwEU is dat de getroffene kan bewijzen dat hij 'reële en zekere' schade heeft geleden. De bewijslast rust dus op de klager.[206] De EU-rechter zal de vraag of er sprake is van reële en zekere schade niet in abstracto beoordelen, maar aan de hand van de precieze feitelijke omstandigheden die kenmerkend zijn voor elk aan hem voorgelegd geval.[207]

> Een toepassing van deze eis in de context van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad is het *Travelex*-arrest. Travelex vorderde vergoeding in verband met de introductie door de Commissie, medio 1996, van het nieuwe eurosymbool. Dit

---

Europese Unie maatregelen ter voorkoming van BSE werden getroffen en dat diverse lidstaten het gebruik van dierlijke eiwitten in diervoeders (voor andere landbouwhuisdieren dan herkauwers) reeds jaren vóór de Beschikking 2000/766/EG hadden verboden. Zoals we in § 12.5.5 zullen zien, is een dergelijke interpretatie van de voorzienbaarheidseis in lijn met de jurisprudentie van het Hof.

203 Zie § 176 van het arrest.

204 Haack 1999, p. 399 (noot onder Dorsch).

205 Craig & De Búrca 2008, p. 595, Craig 2006, p. 779.

206 Zaak T-184/95, *Dorsch Consult*, § 60, GvEA 9 januari 1996, zaak T-575/93, *Jur*. 1996, p. II-1 (*Koelman*, § 97); HvJ EG 21 mei 1976, zaak 26/74, *Jur*. 1976, p. 677 (*Roquette frères;* § 17 e.v.).

207 GvEA 10 april 2003, zaak T-195/00, *Jur*. 2003, p. II-1677 (*Travelex*, § 162).

> symbool leek volgens Travelex sterk op een symbool dat het bedrijf gebruikte voor enkele van zijn financiële diensten. Volgens het Gerecht was van een onrechtmatige merkinbreuk geen sprake. Ook de subsidiaire vordering uit rechtmatige daad slaagde niet. Niet was bewezen dat het officiële eurosymbool als merk is gebruikt in het economisch verkeer of tot verwarringsgevaar had geleid waardoor het Travelex-symbool zijn wezenlijke functie had verloren. De slotsom was dat Travelex niet het bewijs had geleverd dat zij ten gevolge van de handelingen van de Commissie 'de facto daadwerkelijk is belet haar merk te gebruiken', zodat geen sprake was van reële en zekere schade.[208]

Het is niet nodig dat de schade exact kan worden berekend. Ter voorkoming van nog grotere schade kan het namelijk noodzakelijk blijken de rechter te adiëren zodra de oorzaak van de schade buiten twijfel vaststaat. Is de schade imminent en met voldoende zekerheid te voorzien, dan kan de verzoeker zich het recht voorbehouden het bedrag van de eventueel door de Unie te vergoeden schade later op te geven en voorshands te volstaan met het verzoek vast te stellen dat de Unie aansprakelijk is.[209] Daarvoor is wel nodig dat de benadeelde partij de gegevens vermeldt aan de hand waarvan met voldoende zekerheid de omvang van de gestelde schade kan worden voorzien.[210] Het gaat dan normaal gesproken om de situatie dat de oorzaak van de schade al heeft plaatsgevonden, maar alle gevolgen ervan zich nog niet hebben gemanifesteerd.[211]

Eigen schuld en de plicht om de schade te beperken of geheel te ontwijken, zijn eveneens onderdeel van deze eis.[212] Denkbaar is tevens dat aan deze eis niet voldaan is als in de schade al op andere wijze is tegemoetgekomen, bijvoorbeeld door middel van op grond van solidariteitsoverwegingen verstrekte vergoedingen, verzekeringen of opkoopregelingen.[213]

12.5.3 Causaal verband

De eis van een causaal verband tussen de gedraging en de schade komt reeds tot uitdrukking in de tekst van art. 340 VwEU, dat stelt dat de schade door de Instellingen of personeelsleden van de Unie in de uitoefening van hun functies moet zijn *veroorzaakt*. Evenals de zojuist besproken voorwaarde voor de schade

---

208 Zaak T-195/00, *Travelex*, § 161-166.

209 HvJ EG 2 juni 1976, zaken 56 tot 60/74, *Jur*. 1976, p. 711 (*Kampffmeyer*, § 6). Zie echter zaak GvEA 9 juni 2006, zaak T-4/04, *Jur*. 2006, p. II-41 (*Achaiber Sing*): omdat het verzoek om schadevergoeding onvoldoende was bepaald, was het verzoek niet-ontvankelijk.

210 GvEA 9 juni 2000, zaak T-79/96, *Jur*. 2000, p. II-2193 (*Camar en Tico*, § 195). Zie GvEA 2 juli 2003, zaak T-99/98, *Jur*. 2003, p. II-2195 (*Hameico Stuttgart*, § 59 e.v.) voor een geval waarin verzoekers aan deze eis niet voldeden, zodat het beroep op art. 288 EG werd afgewezen.

211 Hartley 2003, p. 458.

212 *Dorsch Consult*, § 61 e.v.

213 Vgl. GvEA 13 december 2006, zaak T-138/03, (*E.R. e.a.*, § 155).

geldt voor deze tweede voorwaarde dat zij niet specifiek samenhangt met de vordering uit rechtmatige daad, maar geldt voor elk beroep op art. 340 VwEU. Op basis van het EU-recht bestaat geen verplichting om 'alle nadelige gevolgen van een onrechtmatige normatieve situatie, hoe verwijderd ook, te vergoeden'.[214] Het enkele feit dat een handeling een *condicio sine qua non* is voor de schade, is niet altijd genoeg voor het vereiste causaal verband.[215] In de context van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wordt een causaal verband slechts aanvaard 'wanneer tussen de onrechtmatige handeling van de betrokken instelling en de aangevoerde schade een – door de verzoekende partij te bewijzen – *rechtstreeks* causaal verband bestaat (…).' Het Hof voegt daaraan toe dat 'de Gemeenschap enkel aansprakelijk kan zijn voor schade die een voldoende rechtstreeks gevolg is van de onwettige gedraging van de betrokken instelling.'[216]

Ten aanzien van de aansprakelijkheid op grond van *rechtmatig* EU-handelen is betoogd dat, gelet op de aard van deze aansprakelijkheid, aan het causale verband strenge eisen moeten worden gesteld. Volgens Haack gaat het erom dat het bestreden handelen van de Unie typisch geschikt is om de schadelijke gevolgen teweeg te brengen; de schade moet het *voorzienbare en geëigende* gevolg zijn van het handelen.[217] Het is niet duidelijk of hij daarmee wil aangeven dat bij deze vorm van aansprakelijkheid van de EU strengere eisen aan het causaal verband worden gesteld dan in de zojuist besproken context van de onrechtmatige daad. De formuleringen van het Gerecht wijzen in elk geval niet op een strengere benadering. Volgens het *Dorsch Consult*-arrest is vereist dat de schade in een 'rechtstreeks causaal verband' staat met de (rechtmatige) handeling, waarvoor nodig is dat de schade 'een bij een normale gang van zaken objectief voorzienbaar gevolg was' van (in casu) de vaststelling van een verordening.[218] In het *Travelex*-arrest sluit het Gerecht daarbij aan en voegt eraan toe dat de verzoekende partij van het causale verband het bewijs moet leveren.[219] Deze formuleringen verschillen niet van de formules die in de jurisprudentie over causaal verband tussen schade en *on*rechtmatige gedragingen worden gehanteerd. Gewezen kan ook worden op het *FIAMM*-arrest, waarin het Gerecht stelt dat ook bij de aansprakelijkheid *zonder* een onrechtmatige

214 HvJ EG 4 oktober 1979, gev. zaken 64 en 113/76, 167 en 239/78, 27, 28 en 45/79, *Jur*. 1979, p. 3091 (*Dumortier Frères*, § 21).

215 Zie Bitterich 2007, p. 12-39 (18). Hij constateert een 'tweetrapsbenadering': door middel van de 'cqsn'-toets wordt eerst vastgesteld of de handeling de schade heeft kunnen veroorzaken ('een rechtstreeks verband'). Vervolgens wordt aan de hand van de eis van een *voldoende* rechtstreeks verband gekeken of de oorzaak ook aan de gemeenschap kan worden *toegerekend*. Dit vraagt om een 'legal evaluation' (p. 38).

216 HvJ EG 10 juli 2003, zaak C-472/00P, *Jur*. 2003, p. I-7451 (*Fresh Marine*, § 118 (curs. MT)), met verwijzingen.

217 Haack 1996, p. 159.

218 Zaak T-184/95, *Dorsch Consult*, § 70-72.

219 Zaak T-195/00, *Travelex*, § 163. Zie over de bewijslast ook Bitterich 2007, p. 29.

handeling van haar organen, sprake moet zijn van een 'voldoende rechtstreeks causaal verband tussen de gedraging van de gemeenschapsinstellingen en de schade' en daarbij verwijst naar de jurisprudentie ter zake van onrechtmatig gemeenschapshandelen.[220] Ook dit wijst erop dat bij de égalité-aansprakelijkheid niet per definitie andere, striktere eisen gelden. Het feit dat de schade wordt veroorzaakt in een samenspel van internationale en EU-regelingen, betekende in het *FIAMM*-arrest dus niet dat het vereiste rechtstreekse causale verband niet bestond, *ook* niet nu van het handelen de onrechtmatigheid niet kon worden aangetoond.

Ook als tussen de schade en het handelen van de Unie het handelen van een derde staat kan dat een reden zijn geen causaal verband aan te nemen. Een 'derde' kan een niet-lidstaat zijn,[221] maar in de praktijk speelt het causaliteitscriterium vooral een rol bij de vraag wie aansprakelijk is voor schade die voortvloeit uit het EU-recht, maar waarbij ook nationale uitvoeringsorganen betrokken zijn. De vraag naar de verdeling van de aansprakelijkheid tussen de lidstaat en de EU in zo'n geval heeft zich, bij gebrek aan een zelfstandig leerstuk van nadeelcompensatie op EU-niveau, tot dusverre beperkt tot *on*rechtmatig EU- en/of lidstaatoptreden.[222] Als het gaat om de vraag of schending van het EU-recht aan de nationale autoriteit, die het EU-recht heeft geïmplementeerd, dan wel de Unie moet worden toegerekend, blijkt het Hof zich te laten leiden door de vraag of de nationale autoriteiten bij de implementatie zelf een discretionaire bevoegdheid toekomt. Hebben de nationale autoriteiten geen enkele mogelijkheid zelf de modaliteiten van de implementatie te bepalen, dan doorbreekt de nationale beslissing niet het causale verband tussen de onrechtmatige EU-handeling en het verlies van de onderneming.[223] Dit is anders als de schade geacht moet worden voort te vloeien uit een autonome

220 Zaak T-69/00, *FIAMM*, § 177-178.

221 Zie HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 180/87, *Jur*. 1988, p. 6141 (*Hamill*).

222 Te denken valt aan de situatie dat de Commissie heeft nagelaten zorgvuldig toezicht te houden op de schending van het EG-recht door de lidstaat waar daartoe wel een verplichting bestond, of de situatie dat de lidstaat zelf onrechtmatige EG-wetgeving toepast. Zie voor een recent overzicht Bitterich 2007, p. 23 e.v. Meij 1993, p. 75 e.v. en Toth 1997, p. 195. In uitzonderlijke gevallen is een gedeelde aansprakelijkheid denkbaar, wanneer de lidstaat en de gemeenschap in gelijke mate aan de onrechtmatig toegebrachte schade schuldig zijn. HvJ EG 14 juli 1967, gev. zaken 5, 7 en 13-24/66, *Jur*. 1967, p. 317 (*Kampffmeyer*). Uit dat arrest blijkt dat het Hof van de justitiabele verlangt dat deze eerst de lidstaat aansprakelijk stelt en pas daarna de gemeenschap.

223 HvJ EG 26 februari 1986, zaak 175/84, *Jur*. 1986, p. 753 (*Krohn*), § 18-23 en HvJ EG 19 mei 1992, gev. zaken C-104/89 en C-37/90, *Jur*. 1992, p. I-3061 (*Mulder II*, § 9 (p. I-3131). Vgl. Meij 1993, p. 85: 'Vindt de schade (…) zijn grondslag in bijkomende of vrije handelingen van het nationale uitvoeringsorgaan of ook in onjuiste uitleg en toepassing van Gemeenschapsverordeningen, dan is het zaak de betrokken lidstaat voor de nationale rechter aan te spreken.' Zie ook Blockmans 2002/03, p. 125 e.v.

beslissing van de nationale autoriteiten, in welk geval de schade aan hen zal worden toegerekend.[224]

Ook voor de aansprakelijkheid bij schending van het eigendomsrecht c.q. de égalité kan een bruikbare maatstaf worden gevonden in de mate van discretie bij de nationale uitvoeringsorganen. Wordt de schade veroorzaakt door een verordening die economische beleidskeuzes impliceert, dan zijn de mogelijkheden voor de getroffen onderneming beperkt tot een eventuele schending van het eigendomsrecht of een uit eigen beweging in het leven geroepen schadevergoedingsregeling door de Instellingen. Een aansprakelijkheid van de *lidstaat* zal in zo'n geval niet snel aan de orde zijn. Het is lidstaten immers niet toegestaan op nationaal niveau maatregelen te nemen die haar strekking wijzigen of daaraan bepalingen toe te voegen, tenzij de verordening daarin voorziet. Omzetting in nationaal recht is evenmin toegestaan, omdat dit een belemmering kan vormen voor de rechtstreekse werking van verordeningen en de gelijktijdige en uniforme toepassing van verordeningen in gevaar kan brengen.[225] De betrokkenheid van de lidstaat is vaak beperkt tot het min of meer mechanisch ten uitvoer leggen van de bepalingen van de verordening, door op nationaal niveau de nodige voorzieningen te treffen om de efficiënte tenuitvoerlegging van de verordening mogelijk te maken. Over enige eigen discretionaire bevoegdheid om bepalingen uit een verordening buiten toepassing te verklaren of te wijzigen, beschikken de lidstaten bij verordeningen in het algemeen niet, zodat een eventuele aansprakelijkheid in eerste instantie een zaak van de Unie is.[226]

> Gewezen kan worden op een voorbeeld uit de jurisprudentie van de Franse Conseil d'Etat. Naar aanleiding van een uitbraak van mond- en klauwzeer in West-Frankrijk in maart 2001 verbood de Europese Commissie het vervoer van vlees- en melkproducten vanuit Orne en Mayenne. Deze beschikking (2001/208/CE van 14 maart 2001) had hetzelfde effect als een verordening; zij werkte direct door in het nationale recht. Een vernietigingsberoep tegen een ministeriële circulaire waarin werd aangegeven hoe het gemeenschapsbesluit moest worden geïmplementeerd, werd verworpen. Vervolgens vroeg Gillot Cy, een kaasproducent, de Staat om een compensatie voor het door hem geleden verlies in verband met de onmogelijkheid zijn producten drie weken lang buiten de twee genoemde departementen te verkopen. Het beroep op de onrechtmatigheid van de circulaires werd verworpen. Deze circulaires voegden niets toe aan het Commissiebesluit en weken daarvan ook op geen enkele wijze af. Tevens merkte de Conseil d'Etat op dat bij gebrek aan een eerder door het Hof van Justitie uitgesproken nietigheid (in het kader van een actie tot nietigverklaring), de nationale autoriteiten in het licht van de gemeen-

224 HvJ EG 10 mei 1978, zaak 132/77, *Jur*. 1978, p. 1061 (*Société d'exportation des Sucres*) en Toth 1997, p. 193, met verwijzingen.

225 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 236.

226 Zie in dit verband ook CBB 6 december 1995, *AB* 1996, 76, m.nt. JHvdV. Zie ook Meij 1993, p. 78 en Hoitink 2007.

> schapstrouw en het verbindende karakter van beschikkingen voor hen tot wie zij uitdrukkelijk zijn gericht, de beschikking moesten uitvoeren. Ten aanzien van het beroep van Gillot op het égalitébeginsel overwoog de Conseil dat ook hier, verondersteld dat de schade als 'anormalement grave et spécial' zou zijn, de non-existente beleidsvrijheid aan een aansprakelijkheid van de Staat in de weg stond.[227]

Soms laten verordeningen wel ruimte voor nationale discretie. Afhankelijk van de vraag of de schade geacht kan worden voort te vloeien uit door de lidstaat zelf (autonoom) gemaakte keuzes, zal dan niet de EU, maar de lidstaat zelf de aansprakelijke instantie zijn.

> In het SLOM-gerelateerde arrest van de Hoge Raad inzake De Waal/Staat, liet de Verordening nr. 3880/89 aan de lidstaat de keuze of hij de extra heffingsvrije hoeveelheden wilden doen toekomen aan specifieke groepen van producenten dan wel aan alle producenten gevestigd op het grondgebied van de lidstaat. Omdat Nederland eerder extra kortingen op de referentiehoeveelheden had aangebracht ten behoeve van specifieke categorieën producenten, werd nu besloten tot een lineaire verhoging. De Waal, een boer die meende dat de lineaire verhoging van 1,09% voor hem volstrekt onvoldoende was om zijn bedrijf weer lonend te maken, vorderde schadevergoeding, zich daarbij beroepend op het *Leffers*-arrest. De Hoge Raad verwierp het beroep.[228]

Bij schade die kan worden teruggevoerd op een *richtlijn*, zal de schade in de regel aan de lidstaat moeten worden toegerekend. Richtlijnen laten aan de nationale instanties immers de bevoegdheid om 'vorm en middelen te kiezen' (art. 249 EG). Voor zover schade ontstaat door het van kracht worden van een richtlijn, zal deze aan die nationale implementatieregels moeten worden toegerekend, en niet aan de EU die de richtlijn heeft uitgevaardigd.[229] Het *FIAMM*-arrest brengt derhalve geen mogelijkheid nadeelcompensatie op nationaal niveau te claimen, voorbehouden dat het nationale recht die mogelijkheid biedt. In het Nederlandse recht spelen geregeld nadeelcompensatieprocedures met een 'richtlijnachtergrond', onder meer naar aanleiding van de aanwijzing van speciale beschermingszones in de zin van de Vogelrichtlijn,[230] maatregelen ten aanzien van kokkelvissers in verband met verplichtingen die voortvloeiden uit (onder meer) de Habitatrichtlijn en de Vogelrichtlijn[231] en de omvang-

227 CE 12 mei 2004, *Rec.CE* 2004, p. 221 (*Gillot Cy*), ook besproken in *Public Law* 2005, p. 413. Andere jurisprudentie in dezelfde lijn: CE 5 november 1971, *Rec.* 1971, p. 941 (*Sté. Le comptoir agricole du Pays Bas-normand*) en CE 9 mei 1980, *Rec.* 1980, p. 220 (*ONIC*).

228 HR 18 april 1997, *NJ* 1997, 456 (*De Waal/Staat*). Vgl. ABRvS 4 december 1990, *AB* 1991, 597, m.nt. HJS.

229 Aldus ook Hoitink 2007, p. 291.

230 Zie ABRvS 16 april 2003, LJN AF7350, bevestigd in ABRvS 8 december 2004, LJN AR7061 en voor een opsomming van vergelijkbare gevallen Van Ravels 2004, p. 85.

231 Zie over de eisen die het Europese recht hier stelde Backes & Hoitink 2007, p. 64 e.v.

rijke jurisprudentie van het CBB[232] over de bestrijding van besmettelijke dierziekten.

12.5.4 De speciale last

Het criterium van de 'speciale last' zal in de toekomstige jurisprudentie waarschijnlijk slechts een geringe rol spelen. In de jurisprudentie over het eigendomsrecht figureert het niet. Niet is uitgesloten dat het criterium wel van belang zal blijven in het kader van de vraag of een schade 'voldoende gekwalificeerd' is (vgl. § 12.2.3). Ook om een andere reden is het zinvol nog kort bij dit criterium stil te staan. Dit kan verklaren waarom, zelfs als het égalitébeginsel ooit *wel* op EU-niveau zou worden erkend, een onderneming zeer hoge drempels zal ontmoeten om te bewijzen dat zij ten opzichte van een andere onderneming onevenredig zwaar wordt benadeeld. Kort gezegd komt het erop neer dat dit alleen aan de orde kan zijn als de ongelijkheid waarover zij klaagt niet kan worden aangemerkt als een ongelijkheid die het noodzakelijke en beoogde gevolg is van het met de rechtmatige daad te bereiken (beleids)resultaat.

Het criterium van de speciale last lijkt op het eerste gezicht een maatstaf die zich bij uitstek goed laat toepassen indien schade wordt toegepast door maatregelen van algemene strekking, die in de communautaire context de belangrijkste oorzaak van schade aan individuele ondernemingen zijn.[233] In hoofdstuk 7 is immers betoogd dat dit criterium juist bij besluiten van algemene strekking een toegevoegde waarde heeft. Men kan dan bezien of zich binnen de groep actoren die door een dergelijk besluit worden getroffen een of enkele bijzonder zwaar getroffen ondernemers bevinden.[234] Dat blijkt ook uit de jurisprudentie van de EU-rechters. De beweerdelijk *onevenredige* schade wordt in beginsel steeds geleden door een of enkele onderneming(en) *binnen* de grotere groep tot wie de maatregel zich richt. De referentiegroep, de groep ten opzichte waarvan het onevenredig nadeel wordt geleden, bestaat in de regel dus uit de groep waarop de maatregel van toepassing is. In geen enkele uitspraak leidde dat overigens tot het oordeel dat er inderdaad van een onevenredig nadeel sprake was. Een ondernemer zal in de regel vergeefs aanvoeren dat hij onevenredig nadeel lijdt ten opzichte van ondernemingen van

232 Zie onder veel meer CBB 18 juli 2002, *AB* 2002, 344, m.nt. JHvdV. Zie ook de compensatieregeling in art. 4 Plantenziektenwet voor schade door bestrijdingsmaatregelen die door het gemeenschapsrecht worden gevorderd (CBB 13 november 1997, *AB* 1998, 146).

233 Zo ging het in *Area Cova* e.a. om schade door een bij verordening vastgesteld visquotum voor zwarte heilbot, in de zaak *Afrikanische Frucht Compagnie* om een bij verordening vastgestelde referentiehoeveelheid, in *Förde-Reederei* om een richtlijn die belastingvrijstellingen in het kader van intracommunautaire verkeer onmogelijk maakte en in *Dorsch Consult* om een bij verordening ingesteld handelsembargo.

234 Aldus ook Van Casteren 1997, p. 250.

buiten zijn sector die door de schadetoebrengende regel niet geraakt worden (en waarop die regeling ook niet van toepassing is).[235] Het Gerecht is streng en vergelijkt de positie van de getroffene met de positie van 'alle marktdeelnemers in dezelfde situatie als zij'[236] of met die van 'alle marktdeelnemers in de Gemeenschap die dezelfde activiteit uitoefenen'.[237] Wordt schade toegebracht door andere dan normatieve handelingen, dan laat zich lastiger vaststellen ten opzichte van wie de last speciaal is.[238] Opgemerkt kan nog worden dat de wijze waarop het Hof toetst, ruimte laat om de zaak af te wijzen op grond van het feit dat aan een van de andere criteria niet is voldaan. In situaties waarin een referentiegroep niet direct voor handen is, zal de toetsing aan het bijzondere karakter van de schade dan ook achterwege kunnen blijven.[239] Als derhalve de schade niet abnormaal is, hoeft niet apart te worden nagegaan of de schade bijzonder is, en omgekeerd.[240]

Zoals gesteld, kan aan de hand van het criterium van de speciale last ook worden aangetoond waarom het nadeelcompensatieleerstuk op EU-niveau tot op heden geen hoge vlucht heeft genomen. Economische wetgeving is er immers veelal op gericht om ongelijkheden te creëren door voor één bepaalde groep een voordeel te creëren ten koste van een andere groep. Te denken valt aan landbouwsubsidies om de productie van bepaalde soorten te stimuleren, terwijl andere producentengroepen quota opgelegd krijgen om overproductie te voorkomen. Andere wetgeving is er juist op gericht om een aanvankelijk bestaande ongelijkheid recht te trekken door twee groepen producenten voortaan op gelijke wijze te behandelen, door bijvoorbeeld een quotum voor één productsoort ook op een andere soort toe te passen. Ingrepen in een complexe markt als (bijvoorbeeld) de landbouwmarkt leiden zo al snel tot de verbetering van de concurrentiepositie van de ene groep producenten ten opzichte van de andere. Het feit dat een dergelijke ongelijkheid beoogd wordt, verdraagt zich niet met de toekenning van nadeelcompensatie in de gevallen waarvoor de wet ongunstig uitpakt. Het voeren van een economisch beleid en het daarbij welbewust bevoor- en benadelen van bepaalde (groepen) producenten zou immers onmogelijk worden als elke ongelijkheid door midden van een schadeclaim zou moeten worden rechtgetrokken.

---

235 Zie bijv. het arrest *Area Cova*, § 167 en *Dorsch Consult*, § 28.

236 Gev. zaken T-64/01 en T-65/01, *Afrikanische Frucht Compagnie*, § 153.

237 Zaak T-170/00, *Förde-Reederei*, § 57.

238 Veelzeggend is dat de speciale last in de FIAMM-uitspraken geen invulling heeft gekregen.

239 Zie voor twee gevallen waarin een toetsing aan het bijzondere karakter van de schade uitbleef Zaak T-195/00 (*Travelex*), waarin een bedrijf meende onevenredig nadeel te ondervinden door de keuze, het gebruik en de promotie door de Commissie van het officiële eurosymbool en de merkrechtzaak GvEA 10 mei 2006, zaak T-279/03, *Jur.* 2006, p. II-1291 (*Galileo*), waarin schadevergoeding werd gevorderd naar aanleiding van het gebruik en de promotie door de Commissie van de term 'Galileo'.

240 Zie bijv. zaak T-69/00, *FIAMM*, § 211-212.

Deze moeilijkheid bij de toepassing van noties van gelijkheid speelt niet alleen een rol bij het égalitébeginsel, maar ook bij het discriminatieverbod van artikel 34 lid 2 van het EG-verdrag. Gerards, die de toepassing van dit artikel op het gebied van de landbouw heeft onderzocht, merkt op dat het Hof opvallend strenge criteria hanteert, wat zij mede verklaart uit het feit dat ingrijpen in de normale concurrentieverhoudingen veelal onvermijdelijk is. Een strikte toepassing van het gelijkheidsbeginsel – en van het égalitébeginsel, zo kan daaraan worden toegevoegd – zou een voortdurende doorkruising betekenen van de doelstellingen van de EU-instellingen.[241]

> Ter illustratie kan worden gewezen op het arrest *De Waal/Staat*. In deze zaak vochten twee melkveehouders de toepassing aan die de Nederlandse regering had gegeven aan het stelsel van melkquotering. Nederland koos ervoor om een extra quotum aan alle Nederlandse producenten ten goede te laten komen. Voor melkveehouder De Waal pakte dit ongunstig uit, omdat zijn koeien in 1983 een drachtigheidsprobleem hadden en hij dat jaar dus een mindere productie had. Al bij de invoering van de Beschikking superheffing 1984 werd hij met dat probleem geconfronteerd, en met de invoering van de lineaire verhoging werd zijn reeds benarde positie naar zijn eigen zeggen bestendigd en verergerd omdat de keuze van Nederland een rechtstreekse inbreuk op zijn concurrentiepositie maakte. A-G Koopmans verwierp in zijn conclusie de door De Waal bepleite analogie met het *Leffers*-arrest: '[Ik ben geneigd] te denken dat uitbreiding van de aansprakelijkheid tot dit soort gevallen onjuist is. De "égalité devant les charges publiques" is een beginsel dat de rechter helpt de grenzen van de overheidsaansprakelijkheid te bepalen wanneer een duidelijke lijn getrokken kan worden tussen gevallen waarin al dan niet een buitengewone schade kan worden vastgesteld. De rechter kan er niet mee uit de voeten wanneer in een groot aantal gevallen schade is geleden, zoals bij een quotastelsel het geval is, en er een eindeloze gradatie is in aard en omvang van de schade. In zo'n geval is het de regelgeving zelf die, door middel van uitzonderingen, nuanceringen en hardheidsclausules, de noodzakelijke voorzieningen moet treffen. Wanneer de competente regelgevers daar geen reden toe hebben gezien, zoals i.c., doet de rechter er goed aan zich daarbij neer te leggen.'[242]

Op gevallen na waarin ongelijkheden slechts een uiting lijken van willekeur, moet van het gelijkheidsbeginsel bij schade door economische wetgeving derhalve niet veel worden verwacht. Het in stelling brengen van het égalitébeginsel om die ongelijkheden recht te trekken zou een eindeloze reeks procedures met zich brengen, die zou leiden tot onbestuurbaarheid en van de rechter een vergaande bemoeienis met het overheidsbestuur zou verlangen. Koopmans illustreert dat treffend in zijn conclusie: als de claim van De Waal zou zijn toegewezen, zouden zich al snel een oneindige variatie aan nieuwe knelgevallen aandienen, zoals boeren wier varkens in 1983 een drachtigheidsprobleem

241 Gerards 2002, p. 250.
242 HR 18 april 1997, *NJ* 1997, 456, conclusie sub 12.

hadden, die net dat jaar hadden besloten het accent te leggen op de varkensteelt of die om uiteenlopende andere redenen in 1983 een lagere productie hadden. Het toekennen van nadeelcompensatie in één geval zou zo al spoedig niet tot dat ene geval beperkt blijven. Waarschijnlijk is dat ook de reden dat het Hof van Justitie in zijn vroege jurisprudentie heeft benadrukt dat de groep getroffenen 'duidelijk afgebakend' moet zijn:[243] zou daarvan geen sprake zijn, dan zou de rechter zich al snel moeten inlaten met vragen die eigenlijk aan het bestuur voorbehouden zijn. Ook uit latere rechtspraak van het Hof, in het bijzonder het *Mulder II*-arrest, valt af te leiden dat in situaties waarin het moeilijk is de groep getroffenen precies te omlijnen, de toepassing van dit criterium er toe kan leiden dat de schadeclaim moet worden afgewezen.[244] Is van een afgebakende groep geen sprake, dan lijkt het devies van Koopmans juist dat het afzien door de regelgever van compensatie of hardheidsclausules, ook voor de rechter in beginsel betekent dat nadeelcompensatie niet aan de orde kan zijn.

De economische aard van wetgeving staat niet per definitie in de weg aan het bewijs van een speciale last. Een ongelijkheid in de lastenverdeling hoeft immers niet per definitie het gevolg te zijn van een rechtmatig onderscheid in een verordening tussen bepaalde groepen marktdeelnemers of om andere reden het resultaat te zijn van een 'gewilde' ongelijkheid. Ook op het niveau van de Unie is denkbaar dat zich een *Leffers-achtige* casus voordoet, waarbij een verordening plotsklaps wordt ingevoerd en er geen rekening kan worden gehouden met de belangen van een identificeerbare groep marktdeelnemers.[245] Van Casteren noemt als voorbeeld de situatie dat Koeweit door Irak wordt bezet en per direct leidt tot een handelsboycot. Voor bedrijven wier goederen vanuit Europa reeds onderweg zijn naar Irak, kan zo'n boycot een gevoelig verlies zijn. Betoogd zou kunnen worden dat zij speciaal worden benadeeld ten opzichte van anderen voor wie de boycot ook tot schade lijdt, maar die nog kunnen besluiten hun producten elders te slijten. Van Casteren bepleit dat het Hof in dergelijke casus de mogelijkheid voor schadevergoeding openhoudt, zoals ook de nationale rechters dat sporadisch gedaan hebben. Zij pleit voor 'een meer systematische bestudering van de invloed van de concrete omstandigheden van het voorliggende geval op de risicosfeer van betrokkenen'.[246] Om de mogelijke waarde van de égalité voor schade door verordeningen goed te kunnen inschatten, is het echter noodzakelijk ook in

243 Zaak 238/78, *Ireks Arkady*, § 11, gev. zaken 261 en 262/78, *Interquell Stärke Chemie*, §14 en gev. zaken 64 en 113/76, 167 en 239/78, 27, 28 en 45/79, *Dumortier Frères*, § 11.

244 Vgl. het verweer van de Commissie in de zaken T-56/00, *Dole Fresh Fruit*, § 61 en T-57/00, *Banan Kompaniet*, § 58. De Commissie betwistte dat de samenstelling van twee categorieën marktdeelnemers beperkt en duidelijk afgebakend was, onder meer omdat 'de samenstelling van deze categorieën constant veranderde'.

245 Vgl. Van Casteren 1997, p. 284 en de conclusie van A-G Mayras in gev.zaken 44 tot 51/77 (*Union Malt*).

246 Van Casteren 1997, p. 288.

te gaan op de invulling die het Hof (mogelijk) zou geven aan de *abnormale* last.

12.5.5 De abnormale last

In het *Dorsch Consult*- en het *FIAMM*-arrest bepaalde het Gerecht dat alleen abnormale schade voor nadeelcompensatie in aanmerking komt. Daaronder moet worden verstaan schade die 'de grenzen van het economische risico, verbonden aan de activiteiten in de betrokken sector overschrijdt'.[247] Voor het Gerecht zijn bij de invulling van dit criterium, zoals ook gebruikelijk is in het Nederlandse en Franse recht, meerdere gezichtspunten relevant. Ten eerste kan de ernst en omvang van het nadeel een rol spelen. Toen maatregelen ter beperking van de visvangst werden genomen, overwoog het Gerecht dat er geen aanleiding was voor nadeelcompensatie: de maatregelen hadden weliswaar tot gevolg dat de mogelijkheden tot vissen op zwarte heilbot werden beperkt, maar verhinderden de voortzetting van deze visserij niet volledig.[248] Van belang zijn in de praktijk echter vooral de maatstaf van de 'aan de sector inherente risico's' en de eis van voorzienbaarheid.

12.5.5.1 De aan de sector inherente risico's

Het verbaast niet dat ook de *voorzienbaarheid* van het nadeel een grond is die in de rechtspraak geregeld terugkeert bij de toetsing aan het abnormale nadeel; daarover hierna meer. Benadrukt moet worden dat het begrip de 'grenzen van het economische risico, verbonden aan de activiteiten in de betrokken sector' niet synoniem is met 'de grenzen van de in die sector *voorzienbare* risico's'. De eerder besproken zaak *Mulder II* laat zien dat het Hof een onderscheid aanbrengt tussen de inherente risico's en de voorzienbaarheid. Het Hof overwoog dat de algehele en voortdurende uitsluiting van de SLOM-producenten van de toewijzing van een referentiehoeveelheid, waardoor hun in feite werd belet om na afloop van hun verbintenis tot niet-levering of omschakeling de melklevering te hervatten

> 'niet als voorzienbaar kan worden beschouwd, of kan worden geacht, binnen de grenzen van de economische risico's te blijven welke inherent zijn aan de ondernemersactiviteiten van de producent.'[249]

---

247 Zaak T-69/00, *FIAMM* § 202.

248 Zie GvEA 6 december 2001, zaak T-196/99, *Jur*. 2001, p. II-3597 (*Area Cova*, § 176): de betrokken visvangst beperkende maatregelen hadden weliswaar tot gevolg dat de mogelijkheden tot vissen op zwarte heilbot warden beperkt, maar verhinderden de voortzetting van deze visserij niet volledig.

249 HvJ EG 19 mei 1992, gev. zaken C-104/89 en C-37/90, Jur. 1991, p. I-3061 (*Mulder II*), § 17.

Hieruit kan worden opgemaakt dat het nadeel onvoorzienbaar kan zijn, maar toch behoort tot de aan de ondernemersactiviteiten inherente risico's. Tridimas noemt de landbouw als een beleidsterrein waarop deze invulling van de 'inherente risico's' van belang is. Het komt zeer vaak voor dat ondernemers in deze sector hangende een transactie worden geconfronteerd met gewijzigde regelgeving, waardoor zij geen gebruik meer kunnen maken van de gunstige voorwaarden die golden toen de transactie werd aangegaan. Dit impliceert volgens Tridimas een afgenomen toegevoegde waarde van het criterium van de voorzienbaarheid:

> 'Since changes in the applicable rules fall within the sphere of ordinary commercial risk, the issue of foreseeability becomes less important and it may not be necessary to examine whether the change in the law could have been foreseen in the specific circumstances of the case.'[250]

Toepassingen van de abnormale last in deze zin (los van de voorzienbaarheid) ziet men met name in de sfeer van internationale sancties, zoals de *FIAMM*-casus. Het feit dat FIAMM en de andere bedrijven zouden worden getroffen door een retaliatiemaatregel was volstrekt niet te voorzien. Het kenmerk van deze retaliatiemaatregelen was nu juist dat zij producten konden treffen die niets van doen hadden met de sector waarin het geschil was ontstaan. Welke producten precies zouden worden getroffen, hing louter af van de grillen van de Verenigde Staten. Uit de relevante regelgeving volgde bovendien dat retaliatie door producten uit andere sectoren te treffen, een uitzonderlijke maatregel was, waarvan terughoudend gebruik zou moeten worden gemaakt.[251] Het valt onder die omstandigheden moeilijk in te zien hoe de 'onschuldige retaliatieslachtoffers' op het invoerrecht hadden kunnen anticiperen. Toch meende het Gerecht dat de schade niet abnormaal was. Het constateerde dat aan het instrument van retaliatie buiten de eigen sector 'de nodige bekendheid is gegeven om ervoor te zorgen dat de communautaire ondernemers ervan op de hoogte zijn (…)' en vervolgde dat *FIAMM* c.s. ten onrechte meenden 'dat de mogelijkheid dat een derde land vergeldingsmaatregelen neemt als gevolg van een geschil in een andere sector dan hun eigen sector, niet als een normaal risico kan worden beschouwd.'[252]

---

250 Tridimas 2006, p. 268. Zie ook Sharpston 1990, p. 147 e.v.

251 Bronckers en Kuijper 2004, p. 459. Eerst diende namelijk een arbitrageprocedure te worden gestart, waarna nog een redelijke termijn moest worden gegund. Zelfs daarna diende, alvorens retaliatie in andere sectoren te overwegen, eerst te worden bezien of de producten uit dezelfde sector (dus in casu de bananensector) konden worden getroffen (art. 22, lid 3, sub a DSU).

252 Zaak T-69/00, *FIAMM*, § 208. Kritisch daarover Thies 2004, p. 1165, die meent dat de verzekerbaarheid van risico's een goede maatstaf is bij de beoordeling of bepaalde risico's 'inherent' zijn aan de sector. Het verschil tussen haar visie en die van het Gerecht schuilt erin dat voor haar slechts voorzienbare risico's ook inherent zijn aan de sector, terwijl het Gerecht dat niet zo ziet.

Mede in het licht van de hierna te bespreken tamelijk strenge invulling van de voorzienbaarheid van het nadeel, lijkt deze invulling van het criterium van het 'normale bedrijfsrisico' bijzonder weinig ruimte te laten om in concrete gevallen toch tot de aanvaarding van een nadeelcompensatieplicht te komen.

12.5.5.2 De voorzienbaarheid van het nadeel

In de rechtspraak op grond van art. 340 VwEU wordt meestal nogal summier gemotiveerd waarom schade al dan niet tot de inherente risico's wordt gerekend. Zeker is echter dat de voorzienbaarheid daarbij een belangrijke rol speelt.[253] Reeds in het *Biovilac*-arrest merkte het Hof op dat de voorzienbaarheid van de inherente risico's van de marktsituatie (namelijk de versterking van de concurrentiepositie van mageremelkpoeder ten koste van de productie van veevoeder) op het tijdstip dat verzoekster met de vervaardiging en de verkoop van haar producten begon, vergoeding van concurrentienadeel uitsloot, nu de schade deel uitmaakte van economische risico's die inherent zijn aan de werkzaamheden van een industriële of een handelsonderneming in deze sector.[254] In het *Dorsch Consult*-arrest stond de voorzienbaarheid eveneens aan compensatie in de weg. Dorsch Consult wist dat het handel dreef met een 'hoog-risicoland'. De economische en de handelsrisico's als gevolg van een eventuele nieuwe oorlog van Irak met buurlanden en van de opschorting van de betaling van zijn schulden om redenen in verband met zijn buitenlandse activiteiten, waren dus 'voorzienbare risico's die inherent waren aan elke activiteit van dienstverlening in Irak'.[255]

Om meer inzicht te krijgen in de grenzen van het '(ab)normale' is het nuttig de blik te richten op de invulling van de voorzienbaarheid buiten de schadevergoedingscontext, namelijk bij het beroep op het vertrouwensbeginsel, een van de algemene principes van het EU-recht. De functie van de voorzienbaarheid verschilt in beide contexten enigszins: in de context van art. 340 VwEU fungeert de voorzienbaarheid als een van de criteria die met zich kunnen brengen dat de schade voor rekening van de betrokken onderneming blijft, bij een beroep op het vertrouwensbeginsel kan de voorzienbaarheid eraan in de weg staan dat *gerechtvaardigd* vertrouwen is gewekt en dat er dus geen sprake is van een schending van het EU-recht. Verondersteld mag echter worden dat dezelfde factoren die met zich brengen dat bepaalde EU-handelingen (en een eventueel daardoor ontstane inbreuk op zijn rechtspositie) voorzienbaar zijn en dus maken dat een verwachting niet gerechtvaardigd is, in de context van art. 340 VwEU zouden betekenen dat de door een rechtmatige

253 Overzichten van de toepassing van de voorzienbaarheid in het EG-recht worden ook gegeven door Tridimas 2006, p. 265-266, Schwarze 2006, p. 1140 e.v., Craig 2006, p. 631 e.v. en Wakefield 2002, p. 171 e.v.

254 Zaak 59/83, *Biovilac*, § 28-29.

255 Zaak T-184/95, *Dorsch Consult*, § 83.

handeling geleden schade tot de 'aan de sector inherente risico's' behoort. Het ligt niet voor de hand dat de rechter afhankelijk van de door de particulier ingestelde vordering (een vernietigings- of een schadevergoedingsactie) geheel andere maatstaven hanteert ten aanzien van wat deze dient te voorzien in het gedrag van de instellingen.

> Dat het om verwante leerstukken gaat, kan ook worden afgeleid uit de zaak *Van den Bergh-Jurgens*. Verzoekers klaagden over de 'kerstboteracties', die dienden om van de grote boterbergen af te komen. De Commissie had te kennen gegeven dat van de acties in de toekomst bescheiden gebruik moest worden gemaakt, omdat zij alom werden bekritiseerd vanwege hun hoge kosten en geringe efficiëntie. Toen later alsnog een kerstboteractie volgde, beriep een van de getroffen ondernemingen zich op de opmerking van de Commissie, maar zonder succes. Het viel niet uit te sluiten dat wederom van een kerstboteractie gebruik zou worden gemaakt, en een voorzichtig en bezonnen handelaar had daar dus rekening mee moeten houden. Van een schending van het vertrouwensbeginsel was geen sprake, zodat de Gemeenschap niet aansprakelijk was. Subsidiair beriepen verzoekers zich op de aansprakelijkheid van de Gemeenschap bij *wettig* handelen. Het Hof overwoog echter dat de argumenten die zij daartoe aanvoerden 'in werkelijkheid (…) berusten op een beweerde schending van het vertrouwensbeginsel, zodat zij niet los van de primaire conclusies [aangaande de schending van het vertrouwensbeginsel – MT] kunnen worden gezien.' De aansprakelijkheid uit rechtmatige daad hoefde daarom niet nader te worden onderzocht.[256]

Op EU-niveau staan gewekte verwachtingen niet vaak in de weg aan een beoogde wijziging van regelgeving. Sharpston heeft in dit verband de 'presumption of legislative freedom' benadrukt; voorop staat de vrijheid van de wetgever om, in het licht van veranderde economische omstandigheden, regelgeving te wijzigen om gewenst beleid door te voeren. 'At the simplest level of argument' zouden verwachtingen volgens haar daarom nooit in de weg moeten staan aan wijzigingen van wetgeving.[257] Deze analyse sluit goed aan op de opstelling van het Hof in zaken waarin het vertrouwensbeginsel wordt ingeroepen. In een zaak over de Spaanse katoensector overwoog het Hof:

> 'Bovendien is het vertrouwensbeginsel weliswaar één van de fundamentele beginselen van de Gemeenschap, doch de marktdeelnemers mogen niet vertrouwen op de handhaving van een bestaande situatie die de gemeenschapsinstellingen in het kader van hun beoordelingsvrijheid kunnen wijzigen. *Dit is met name het geval op een gebied als dat van de gemeenschappelijke marktordeningen, waarvan het doel een*

256 HvJ EG 11 maart 1987, zaak 265/85, *Jur*. 1987, p. 1155. Vgl. ook zaak GvEA 6 december 2001, zaak T-196/99, *Jur*. 2001, p. II-3597 (*Area Cova*, § 175 jo. § 105-106).

257 Sharpston 1990, p. 105.

voortdurende aanpassing aan de wijzigingen van de economische situatie meebrengt (…).'[258]

Met name de laatste zin is veelzeggend. Voor de goede werking van de gemeenschappelijke markt is voortdurende aanpassing aan de nieuwe economische omstandigheden nodig. Het is dan ook niet 'normaal' dat de huidige status-quo gelijk blijft; normaal is juist dat in de status-quo veranderingen optreden. Een gerechtvaardigd vertrouwen zal derhalve niet kunnen worden ontleend aan het enkele feit dat een onderneming op enig ogenblik een voordeel is toegekend, aangezien ondernemers zich er volgens vaste rechtspraak niet op beroepen dat zij dit voordeel mogen behouden.[259] De hierna te bespreken voorzienbaarheidsjurisprudentie moet tegen die achtergrond worden begrepen.

a. De 'voorzichtige en bezonnen' ondernemer…

Voor het Hof is niet beslissend welke verwachting de partij in kwestie in subjectieve zin had, maar welke verwachting hij *mocht* hebben. Het ondernemersbegrip is dus geobjectiveerd. Het Hof noemt deze ondernemer de 'prudent trader'. In het Nederlands wordt dat vertaald als een 'voorzichtige' of 'voorzichtige en bezonnen ondernemer',[260] maar het Hof spreekt soms

---

258 HvJ EG 7 december 2006, zaak C-310/04, *Jur.* 2006, p. I-7285, (*Steunregeling katoen*, § 81 (curs. MT)), met een verwijzing naar HvJ EG 15 juli 2004, gev. zaken C-37/02 en C-38/02, *Jur*. 2004, p. I-6911 (*Di Lenardo*, § 70). In gelijke zin, met verwijzingen, GvEA 14 juli 1998, zaak T-119/95, *Jur*. 1998, p. II-2713 (*Hauer*, § 54)). Vgl. ook GvEA 24 oktober 1997, zaak T-244/94, *Jur*. 1997, p. II-1963 (*Wirtschaftsvereinigung Stahl*): 'De goede werking van de staalmarkt verlangt immers uiteraard een voortdurende aanpassing, afhankelijk van de wijzigingen van de economische situatie, en de marktdeelnemers kunnen zich niet beroepen op de handhaving van de op een bepaald moment bestaande rechtssituatie.' Zie ook Tridimas 2006, p. 269 e.v.

259 HvJ EG 27 september 1979, zaak 230/78, *Jur*. 1979, p. 2749 (*Eridiana*, § 22), HvJ EG 6 december 1984, zaak 59/83, *Jur*. 1984, p. 4057 (*Biovilac*, § 23) alsmede § 185-186 van het onderhavige arrest

260 Zie verder HvJ EG 8 juni 1977, zaak 97/76, *Jur.* 1977, p. 1063 (*Merkur*, § 9), HvJ EG 1 februari 1978, zaak 78/77, *Jur*. 1978, p. 169 (*Lührs*, § 6), HvJ EG 31 januari 1979, zaak 127/78, *Jur.* 1979, p. 171 (*Spitta*, § 9), HvJ EG 11 december 1980, zaak 827/79, *Jur*. 1980, p. 3731 (*Ciro Acampora*, § 8), HvJ EG 11 maart 1987, zaak 265/85, *Jur*. 1987, p. 1155 (*Van den Bergh*, § 44), HvJ EG 15 april 1997, zaak C-22/94, *Jur*. 1997, p. I-1809 (*Irish Farmers Association*, § 25), HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-37/02, *Jur*. 2004, p. I-6911 (*Di Lenardo*, § 70), HvJ EG 26 juni 2003, zaak C-182/03, *Jur*. 2003, p. I-6887 (*Belgische coördinatiecentra*, § 147), HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-459/02, *Jur*. 2004, p. 7315 (*Gerekens*, § 29), HvJ EG 7 juni 2006, zaak C-17/03, *Jur*. 2005, p. I-4983 (*VEMW*, § 74), HvJ EG 7 september 2006, zaak C-310/04, *Jur.* 2006, p. 7285 (*Steunregeling katoen*, § 81) en van het GvEA 24 oktober 1997, zaak T-244/94, *Jur*. 1997, p. II-1963 (*Wirtschaftsvereinigung Stahl*, § 59), GvEA 14 juli 1998, zaak T-119/95, *Jur*. 1998, p. II-2713 (*Hauer*, § 54), GvEA 30 juni 1999, zaak T-13/99, *Jur*. 1999, p. II-1961 (*Pfizer*, § 502), GvEA 10 mei 2001, zaak T-186/97, *Jur.* 2001, p. II-1337 (*Kaufring*, § 207), GvEA 4 juli 2002, zaak T-239/00, *Jur*. 2002, p. II-2957 (*SCI UK*, § 55), GvEA 11 september 2002, zaak T-70/99, *Jur*. 2002, p. II-3495 (*Alpharma*, § 374), GvEA 28 januari 2004, zaak T-142/01, *Jur*. 2004, p. II-329 (*OPTUC*, § 100).

ook van een 'professionele' of 'attente marktdeelnemer',[261] een 'zorgvuldige marktdeelnemer'[262] of van een 'normaal oplettende en zorgvuldige handelaar'.[263] Welke woorden het Hof precies gebruikt, is niet van belang. De *bottom line* is dat het Hof van ondernemers verlangt dat zij alert zijn. Dit uit zich op drie manieren. Ten eerste moeten zij acht slaan op voor hen relevante publicaties en onderhandelingen, ten tweede op mogelijk nadelige wijzigingen van het recht en ten derde op de eigenschappen van de sector waarin zij hun activiteiten ontplooien. Doen zij dit niet, dan geldt de hoofdregel uit vaste rechtspraak dat zij de vaststelling van een voor hun belangen nadelige maatregel konden voorzien, zodat zij geen beroep kunnen doen op het beginsel van de bescherming van gewettigd vertrouwen.[264]

b. …houdt zich op de hoogte van relevante publicaties en onderhandelingen

Allereerst is van belang dat de voorzichtige ondernemer wordt geacht 'de wet te kennen', hetgeen in een gemeenschappelijke marktordening betekent dat hij het *Publicatieblad van de Europese Unie* leest. Volgens art. 297 VwEU moeten verordeningen, richtlijnen en beschikkingen na ondertekening bekend worden gemaakt in het *Publicatieblad*. Een ondernemer die wil weten welke regels op een bepaald moment in zijn branche gelden, zal dan ook in eerste instantie bij het *Publicatieblad* te rade moeten gaan en zijn activiteiten moeten afstemmen op de daarin genoemde data.[265] Toen een Duitse firma voor de van toepassing zijnde communautaire tariefbepalingen niet het *Publicatieblad* had geraadpleegd, maar een voor het gemak van de betrokken partijen opgesteld handboek, het 'Gebrauchs-Zolltarif' kon deze zich niet beroepen op enig gerechtvaardigd vertrouwen toen later bleek dat de in dat handboek staande bepalingen niet klopten met de werkelijk geldende tariefbepalingen. Het bedrijf had volgens het Hof het *Publicatieblad* moeten raadplegen, nu dit 'vanaf de datum van de bekendmaking (…) het enig positieve recht terzake [vormde], dat iedereen geacht wordt te kennen.'[266] Ook het feit dat de Commissie een voorstel had ingediend tot het verlagen van een invoerrecht – welk voorstel de bron was van de onjuistheid in het handboek – kon het bedrijf niet baten. Als 'professionele marktdeelnemer' mocht van hem worden verlangd dat hij zich

261 HvJ EG 12 juli 1989, zaak 161/88, *Jur.* 1989, p. 2415 (*Binder*).

262 HvJ EG 4 februari 1975, zaak 169/73, *Jur.* 1975, p. 117 (*Compagnie Continentale*, § 28), GvEA 6 maart 2003, gev. zaken T-61 en T-62/00, *Jur.* 2003, p. II-635 (*AIPO*, § 75).

263 HvJ EG 12 december 1996, zaak C-241/95, *Jur.* 1996, p. II-6699 (*The Queen*, § 36).

264 Zie HvJ EG 1 februari 1978, zaak 78/77, *Jur.* 1978, p. 169 (*Lührs*), onder meer bevestigd in HvJ EG 11 maart 1987, zaak 265/85, *Jur.* 1987, p. 1155 (*Van den Bergh*), HvJ EG 15 april 1997, zaak C-22/94, *Jur.* 1997, p. I-1809 (*Irish Farmers Association*), HvJ EG 15 juli 2004, gev. zaken C-37/02 en C-38/02, *Jur.* 2004, p. I-6911 (*Di Lenardo*), HvJ EG 26 juni 2003, zaak C-182/03, *Jur.* 2003, p. I-6887 (*Belgische coördinatiecentra*) en GvEA 28 januari 2004, zaak T-142/01, *Jur.* 2004, p. II-329 (*OPTUC*).

265 GvEA 10 maart 2004, zaak T-177/02, *Jur.* 2004, p. II-827 (*Malgutti-Vezinhet*, § 62). HvJ EG 12 juli 1989, zaak 161/88, *Jur.* 1989, p. 2415 (*Binder*, § 19).

266 HvJ EG 12 juli 1989, zaak 161/88, *Jur.* 1989, p. 2415 (*Binder*, § 19).

door lezing van het *Publicatieblad* vergewiste van het gemeenschapsrecht dat op zijn transacties van toepassing was.[267]

c. …stemt zijn daden af op de eigenschappen van zijn sector en zijn eigen bedrijf
Uit sommige arresten blijkt dat ook – ten tweede – relevant kan zijn in wat voor sector de marktdeelnemer opereert. In een sector die zeer frequent aan wetswijzigingen blootstaat, zal een wijziging eerder voorzienbaar zijn. In de zaak *Unifruit* beriep het Gerecht zich ter afwering van het beroep op het vertrouwensbeginsel eerst op de overweging dat het doel van een gebied als dat van de gemeenschappelijke marktordeningen voortdurende aanpassing aan de economische omstandigheden met zich brengt. Het vervolgde dat deze conclusie zich 'des te meer [opdringt], nu de invoer van appelen uit Chili in het verleden meermaals door compenserende heffingen is getroffen (…)'.[268] Voor een markt als de landbouwmarkt is dit een belangrijk gegeven. Deze markt kenmerkt zich door een zeer hoge mate van regulering door de instellingen, onder meer bestaande uit al dan niet productgebonden subsidies, heffingen en productiequota om overproductie te voorkomen, exportheffingen om landbouwbedrijven te helpen producten in landen buiten de Unie af te zetten et cetera. Volgens Barents kan de positie van de 'voorzichtige ondernemer' in de landbouwmarkt worden samengevat als iemand die een volledige kennis heeft van de marktsituatie en op de hoogte is van de trends in bevoorrading, vraag en prijzen. De marktontwikkelingen moeten door hem constant worden gevolgd om te zien of er iets 'in de lucht hangt'.[269] In een zo sterk gereguleerde markt zal een ondernemer met frequente wijzigingen van de regels moeten rekenen.[270] Het feit dat een onderneming van een sterk gereguleerde markt deel uitmaakt, werkt, voor zover hij gerechtvaardige verwachtingen aannemelijk wil maken, dus in zijn nadeel; het Hof heeft in één geval zelfs overwogen dat monetaire maatregelen in de landbouw 'een onderdeel vormden van het voortdurende streven om het gemeenschappelijke landbouwbeleid in te passen in het economisch bestel en zij daarom niet onvoorzienbaar [zijn].'[271] Kenmerkt de situatie op een bepaald onderdeel van de markt zich bovendien nog door moeilijkheden, dan zal een voorzichtig marktdeelnemer bijzonder behoedzaam moeten zijn. Het is onder die omstandigheden bijvoorbeeld niet verstan-

267 *Binder*, § 22. Zie ook HvJ EG 28 juni 1990, zaak C-80/89, *Jur*. 1990, p. I-2659, § 11 e.v. (*Behn*).
268 HvJ EG 15 december 1994, zaak T-489/93, *Jur*. 1994, p. 1201 (*Unifruit Hellas*, § 67). Zie ook HvJ EG 15 juli 2004, gev. zaken C-37/02, *Jur*. 2004, p. I-6911 (*Di Lenardo*). Zie voorts HvJ EG 7 december 2006, zaak C-310/04, *Jur.* 2006, p. I-7285 (*Steunregeling katoen*, § 84) ten aanzien van de hervorming van een steunregeling voor de katoensector.
269 Barents 1994, p. 324.
270 GvEA 14 juli 1998, zaak T-119/95, *Jur*. 1998, p. II-2713 (*Hauer*, § 54): marktdeelnemers kunnen geen vertrouwen stellen in het voortduren van een bepaalde situatie die in het kader van de beoordelingsbevoegdheid tot stand was gekomen. Dit was volgens het Gerecht *met name* het geval op een gebied als dat van de gemeenschappelijke ordeningen van de landbouwmarkten.
271 HvJ EG 14 januari 1987, zaak 281/84, *Jur*. 1987, p. 49 (*Zuckerfabrik Bedburg*, § 38).

dig te investeren in een bedrijf om zo door de overheid toegekende referentiehoeveelheden voor de productie van melk te kunnen benutten. Het Gerecht overwoog in zo'n geval dat verzoeker op het tijdstip van die referentiehoeveelheden weet moest hebben van het bestaan van overschotten in de melkproductie en er dus sprake was van een 'bijzondere marktsituatie'. Dat hij door de verlaging van die hoeveelheden nu schade leed, moest voor zijn eigen rekening komen, nu hij daarmee 'een economische beslissing heeft genomen waarvan hij de gevolgen moet dragen.'[272]

In sommige gevallen kunnen ook de eigenschappen van het getroffen bedrijf zelf relevant zijn en wordt van hem een hogere mate van voorzienbaarheid verwacht dan van andere bedrijven. Een onderscheidend criterium kan bijvoorbeeld gelegen zijn in het feit dat de betreffende onderneming een 'grote speler' is en deelneemt in commissies die het beleid van de Gemeenschap mede helpen vormen.[273] Zijn op een markt slechts een aantal ondernemingen werkzaam, dan lijkt het Hof ervan uit te gaan dat deze ondernemingen extra alert moeten zijn. In het arrest *Pfizer* benadrukte het Hof dat Pfizer, 'de enige producent van virginiamycine, tenminste sinds de ondertekening van de Toetredingsakte door het Koninkrijk Zweden [wist] dat de gemeenschapsinstellingen *voor* eind 1998 met betrekking tot dat product bepaalde maatregelen zouden nemen.'[274] De redenering is kennelijk dat zij opereren in een tot op grote hoogte overzichtelijke markt en het voor hen makkelijk te achterhalen is wanneer een instelling juist ten aanzien van hun product een bepaalde maatregel wil nemen.

d. …anticipeert op mogelijke wijzigingen van het recht

De derde – en mijns inziens belangrijkste – factor is dat van een 'voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer' wordt verwacht dat hij anticipeert op komende wijzigingen van het recht. Voor het Hof is in de regel niet relevant of te voorzien was *welke* nadelige wijziging precies op handen was en hoe deze inhoudelijk zou luiden, als wel dat *een* wijziging op handen was.[275] De bron-

272 GvEA 14 juli 1998, zaak T-119/95, *Jur*. 1998, p. II-2713 (*Hauer*, § 57). Vgl. HvJ EG 26 januari 1978, zaken C-44-51/77 (*Union Malt*, § 34-35).

273 GvEA 24 oktober 1997, zaak T-243/94, *Jur*. 1997, p. 1887 (*British Steel*, § 78: 'in aanmerking genomen haar zeer belangrijke economische positie en haar lidmaatschap van het Raadgevend Comité EGKS (…)').

274 GvEA 30 juni 1999, zaak T-13/99, *Jur*. 1999, p. II-1961 (*Pfizer*, § 502). In gelijke zin GvEA 11 september 2002, zaak T-70/99, *Jur*. 2002, p. II-3495 (*Alpharma*, § 380). Zie over deze rechtspraak Schønberg 2000, p. 128. HvJ EG 30 september 1982, zaak 108/81, *Jur.* 1982, p. 3107 (*Amylum*, § 13), HvJ EG 30 september 1982, zaak 110/81, *Jur*. 1982, p. 3159 (*Roquette Frères*, § 12) en HvJ EG 30 september 1982, zaak 114/81, *Jur*. 1982, p. 3189 (*Tunnel Refineries*, § 12).

275 Zie ook zaak T-196/99, *Area Cova*: het verleden had geleerd dat belangrijke schommelingen van de totale hoeveelheid toegestane vangsten niet ongebruikelijk waren. Dit feit rechtvaardigde het vastgestelde lage quotum, maar het Gerecht liet doorschemeren dat onder die omstandigheden ook het geheel afschaffen van het quotum gerechtvaardigd zou zijn

nen van dergelijke wijzigingen kunnen zeer divers zijn. Wijzigingen kunnen inherent zijn aan de regel zelf, wat in de landbouwmarkt bijvoorbeeld het geval is met de stelsels van exportrestituties, importheffingen en dergelijke; zonder de mogelijkheid deze instrumenten flexibel te kunnen toepassen, functioneren zij niet efficiënt. Hetzelfde geldt voor de 'monetaire compenserende bedragen' (mcb's), die met name tussen 1970 en 1980 voorkwamen dat wisselkoersveranderingen leidden tot grote fluctuaties op de Europese prijzen. Aan dit stelsel was volgens het Hof 'inherent (…) dat handelaars erop bedacht moeten zijn dat elke belangrijke wijziging van de monetaire situatie kan leiden tot uitbreiding van het stelsel tot nieuwe groepen produkten en tot vaststelling van nieuwe bedragen.'[276] Aangezien het stelsel van de mcb's bestond bij gratie van de immer veranderlijke monetaire situatie, kon van gerechtvaardigd vertrouwen dat de situatie ongewijzigd zou blijven, dus geen sprake zijn. Dat het Hof in dat geval de voorzienbaarheid van de verandering vooropstelt en niet snel gerechtvaardigd vertrouwen aanneemt, hangt volgens Sharpston samen met het feit dat de wijziging van deze instrumenten (heffingen, restituties, subsidies, mcb's e.d.) vaak louter van *kwantitatieve* aard is. Met een dergelijke wijziging kan veel makkelijker rekening worden gehouden dan met een *kwalitatieve* verandering van de regels, die ook voor een voorzichtige handelaar moeilijker precies te voorspellen zijn.[277] Vandaar ook dat het Hof bij kwalitatieve veranderingen van het recht hogere eisen stelt aan de bekendmaking van de nieuwe regels aan de ondernemers die daardoor zullen worden geraakt.[278]

Bij mogelijke wijzigingen van het recht speelt het *Publicatieblad* een belangrijke rol. Kan men daaruit opmaken dat de Commissie een voorstel tot wijziging heeft ingediend, dan dient de ondernemer daarop zo nodig te anticiperen.[279]

> Een goed voorbeeld is de zaak *Stimming*, dat over een bedrijf ging dat met een Roemeense onderneming een contract had gesloten voor de levering van gemarineerd vlees. Op een zeker moment werd de oude regeling, waaronder een invoerrecht van 26% *ad valorem* verschuldigd was, vervangen door een nieuwe, waaronder een invoerrecht van 20% alsmede een heffing van meer dan 100% van de aankoopprijs verschuldigd was. Het Hof hechtte waarde aan het feit dat in het *Publicatieblad*

---

geweest.

276 HvJ EG 25 januari 1979, zaak 99/78, *Jur.* 1979, p. 101 (*Decker*, § 8). Zie voor meer voorbeelden aangaande mcb's Sharpston 1990, p. 120 e.v.

277 Sharpston 1990, p. 106.

278 Tridimas 2006, p. 265. Hij noemt als voorbeeld HvJ EG 11 juli 1991, zaak C-368/89, *Jur.* 1991, p. I-3695 (*Crispoltoni*)).

279 HvJ EG 30 september 1982, zaak 108/81, *Jur.* 1982, p. 3107 (*Amylum*, § 16), HvJ EG 28 juni 1990, zaak C-174/89, *Jur.* 1990, p. I-2681 (*Hoche*, § 35).

in duidelijke bewoordingen was aangekondigd dat een wijziging van het bestaande systeem op handen was.[280]

De andere kant van de medaille is dat een onderneming een afwachtende houding moet innemen ten aanzien van wetswijzigingen die nog maar in de ontwerpfase zijn; hij mag er niet op vertrouwen dat de voorgestelde regel niet alsnog zal worden gewijzigd.[281]

Een bepaalde *tendens* in de regelgeving kan ook een bron van voorzienbaarheid zijn; een ondernemer zal, zoals Tridimas heeft gesteld, acht moeten slaan op 'the framework of applicable rules seen in historical perspective'.[282] In de genoemde zaak *Stimming* meende het Hof dat Stimming de wijziging van de verordening in kwestie had moeten zien aankomen, omdat in de (rundvlees-)sector al langer andere verordeningen van kracht waren waarin vrijwaringsmaatregelen werden opgenomen. In een aantal andere arresten heeft het Hof in vergelijkbare zin overwogen.[283] De voorzienbaarheid kan echter ook het gevolg zijn van minder formele bronnen dan in het verleden aangenomen wetgeving. Ten aanzien van een hervorming van de steunregeling voor katoen bepaalde het hof dat deze kon worden ingepast 'in een ruimere fundamentele hervorming, die sinds 1992 op politiek vlak werd besproken en die overigens specifiek aan de orde was in [een mededeling] van de Commissie van 20 november 2003, waarin een voorstel tot wijziging van verordening nr. 1782/2003 was opgenomen en waarvoor een kennisgeving in het Publicatieblad was gepubliceerd (…).'[284] Spelen plannen tot wijziging van regelgeving dus nog maar louter op politiek niveau, dan kan dit al aanleiding zijn voor ondernemingen om op hun hoede te zijn. Van belang is in dat kader dat wijzigingen van het EU-recht veelal worden voorafgegaan door discussies en onderhandelingen tussen de Commissie en de marktdeelnemers die door de wijziging geraakt zullen worden. Ook dergelijke onderhandelingen kunnen de betrokken partijen erop wijzen dat de bestaande regels gewijzigd zullen worden.

---

280 HvJ EG 27 april 1978, zaak 90/77, *Jur.* 1977, p. 2113 (*Stimming*, § 6). Vgl. HvJ EG 19 november 1998, zaak C-284/94, *Jur.* 1998, p. I-7309 (*Chinees speelgoed*, § 44); uit verordening nr. 514/94 volgde uitdrukkelijk dat bepaalde contingenten konden worden aangepast. De betrokken marktdeelnemers konden de wijziging daarom 'zeer wel voorzien.'

281 HvJ EG 13 juni 1978, zaak 146/77, *Jur.* 1978, p. 1347 (*British Beef*, § 15-16), HvJ EG 5 oktober 1993, zaak 13/92, *Jur.* 1993, p. I-4751 (*Driessen*, § 33), HvJ EG 10 december 1975, zaken 95-98/74, *Jur.* 1975, p. 1615 (*Cie continentale*, § 30).

282 Tridimas 2006, p. 265, die wijst op HvJ EG 19 mei 1982, zaak 84/81, *Jur.* 1982, p. 1763 (*Staple Dairy Products*).

283 Zaak 90/77, *Stimming*, § 7. Vgl. HvJ EG 15 april 1997, zaak C-22/94, *Jur.* 1997, p. I-1809 (*Irish Farmers Association* (§ 25), HvJ EG 15 februari 1996, zaak C-63/93 (*Duff*, § 23), HvJ EG 30 september 1982, zaak 108/81, *Jur.* 1982, p. 3107 (*Amylum* (§ 14)).

284 HvJ EG 7 december 2006, zaak C-310/04, *Jur.* 2006, p. I-7285 (*Steunregeling katoen*, § 84). Vgl. ook HvJ EG 8 december 1987, zaak 50/86, *Jur.* 1987, p. 4833 (*Grands moulins de Paris* § 21) en GvEA 20 februari 2002, zaak T-170/00, Jur. 2002, p. II-515 (*Förde-Reederei*, § 59).

> In het arrest-*Driessen* betoogden klagers dat zij werden geconfronteerd met een veel te strikte overgangsregeling uit een verordening die tot doel had aan de structurele overcapaciteit in de binnenvaart een einde te maken. In een eerdere verordening was een overgangsregeling opgenomen die voor klagers veel gunstiger uitpakte dan de uiteindelijk vastgestelde, veel restrictievere voorwaarden, die tot resultaat hadden dat zij een hoge speciale bijdrage moesten betalen voor vaartuigen waarvoor zij *voor* de inwerkingtreding van de (gewijzigde) verordening een bouwopdracht hadden gegeven. Het Hof verwierp het beroep op het vertrouwensbeginsel en overwoog dat 'verzoeksters in de hoofdgedingen, gelet op de brief van de [Internationale Binnenvaart Unie] en de [Europese Schippers Organisatie] aan de Commissie, op het advies van de [Sociaal Economische Raad] aan de minister en op de verschillende in de vakbladen verschenen artikelen, [hadden] moeten weten, dat de betrokken beroepskringen van oordeel waren, dat de in het oorspronkelijke voorstel van de Commissie vervatte overgangsregeling niet strikt genoeg was. Op dit punt zij erop gewezen, dat de beroepsverenigingen reeds in september 1988 hadden voorgesteld de toepassing van de regeling afhankelijk te stellen van drie voorwaarden, die in wezen overeenkwamen met die welke uiteindelijk zijn gesteld.'[285]

Uit het feit dat relatief pril contact tussen de betrokken partijen al een bron van voorzienbaarheid kan zijn, volgt dat het niet noodzakelijk is dat de marktdeelnemer in kwestie de nieuw vast te stellen regels tot in detail kan voorzien. Voor een 'voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer' is het in de regel voldoende als hij de mogelijkheid kon voorzien dat *überhaupt* strengere maatregelen zouden worden vastgesteld.[286]

Gaat het om toepassing van EG-regelgeving met terugwerkende kracht, dan stelt het Hof soms hogere eisen aan de bekendmaking en de kenbaarheid van de voorgenomen maatregelen.[287] Het beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen staat echter niet in de weg aan het toepassen van regels met terugwerkende kracht. Terugwerkende kracht is toegestaan zo lang het doel van de betreffende maatregel dit vereist en de gerechtvaardigde verwachtingen van de betrokkenen worden gerespecteerd.[288] Bij de *onmiddellijke* toepassing van wetgeving hanteert het Hof minder strenge maatstaven dan bij de toepassing van wetgeving met terugwerkende kracht. Van belang is dat de EU-instelling moet kunnen aantonen dat met de onmiddellijke inwerkingtreding bepaalde

---

285 HvJ EG 5 oktober 1993, zaak 13/92, *Jur*. 1993, p. I-4751 (*Driessen*, § 34). Vgl. ook GvEA 11 september 2002, zaak T-70/99, *Jur*. 2002, p. II-3495 (*Alpharma*, § 380). Zie ook GvEA 21 februari 1995, zaak T-472/93, *Jur*. 1995, p. II-421 (*Campo Ebro*, § 63-64).

286 A-G Jacobs, conclusie bij *Driessen* (HvJ EG 5 oktober 1993, zaak C-13/92), *Jur*. 1993, p. 4751, § 43. Hij wijst op de zaak *Delacre* (HvJ EG 14 februari 1990, zaak 350/88, *Jur*. 1990, p. I-395, § 37).

287 HvJ EG 11 juli 1991, zaak C-368/89, *Jur*. 1991, p. I-3695, *SEW* 1993, p. 176, m.nt. T. Heukels (*Crispoltoni*). Tridimas 2006, p. 257 meent dat de verordeningen in deze zaak en voorbeeld waren van haastwerk: 'a policy hastily arranged and implemented which entailed not only a quantative but also a qualitative regulatory change'.

288 Zie Tridimas 2006, p. 256 voor verwijzingen.

doelen worden gediend. Doet vertraagde invoering van een verordening afbreuk aan de daarmee te bereiken doeleinden, bijvoorbeeld doordat zij zou leiden tot het overhaast afsluiten van transacties, dan kan daarin een gerechtvaardigd motief liggen om onmiddellijke werking toe te staan, ook wanneer dit ten nadele van de ondernemingen in kwestie werkt.[289] Overgangsmaatregelen kunnen noodzakelijk zijn, 'wanneer tenminste een dwingend algemeen belang zich niet tegen de vaststelling van dergelijke maatregelen verzet'.[290] Als een bepaalde ontwikkeling voorzienbaar is, hoeft zelfs het op zeer korte termijn van kracht worden van een totaalverbod niet in strijd te zijn met het vertrouwensbeginsel. Te wijzen valt op het arrest *Faust*.

> Op 3 april 1978 sloot de Gemeenschap een handelsovereenkomst met China, die ertoe leidde dat de import van champignonconserven uit Taiwan (waarmee China van oudsher politiek gebrouilleerd is) alleen nog gedurende een periode van drie weken, van 5 tot 28 juni 1978, mogelijk was. Voor het overige werd de import van de conserven uit Taiwan geheel verboden. Eén van de bedrijven claimde dat dit een verlies opleverde van bijna $115.000, het bedrag dat correspondeerde met een marktaandeel van bijna 20%. Het feit dat het verbod op zeer korte termijn werd ingevoerd – de nieuwe handelsovereenkomst met China werd gepubliceerd op 11 mei 1978, terwijl het verbod ten aanzien van de import vanuit Taiwan eind mei, begin juni 1978 van kracht werd – betekende geen inbreuk op het vertrouwensbeginsel. Volgens het Hof had de nieuwe handelsovereenkomst met China 'voor de handelaars een waarschuwing moeten zijn dat een heroriëntatie van de handelspolitiek van de Gemeenschap op handen was'.[291]

Sharpston heeft het arrest kritisch ontvangen en zich afgevraagd hoe realistisch het is om van ondernemingen te verlangen dat zij hun handelsrelaties zo snel aanpassen als het Hof in een geval als dit van hen kennelijk verwachtte.[292] Het arrest biedt in elk geval een indicatie van de hoge mate van voorzienbaarheid die wordt verwacht van ondernemingen die deel uitmaken van een gemeenschappelijke marktordening. Het enkele feit *dat* men in een marktordening opereert, wordt geregeld tegengeworpen om nadelige wijzigingen van het toepasselijke recht te rechtvaardigen. Voor het Hof is in de regel niet relevant of te voorzien was *welke* nadelige wijziging precies op handen was en hoe deze inhoudelijk zou luiden, als wel dat *een* wijziging op handen

289 HvJ EG 13 december 1967, zaak 17/67, *Jur*. 1967, p. 556 (*Firma Max Neumann*). Zie over onmiddellijke toepassing van gemeenschapsrecht verder Lamoureux 1983.
290 HvJ EG 16 mei 1979, zaak 84/78, *Jur*. 1979, p. 1801 (*Tomadini*, § 20).
291 HvJ EG 28 oktober 1982, zaak 52/81, *Jur*. 1982, p. 3745 (*Faust*) en HvJ EG 15 juli 1982, zaak 245/81, *Jur*. 1982, p. 2745 (*Edeka*).
292 Sharpston 1990, p. 116.

was.[293] Het Hof legt, zo blijkt, sterk de nadruk op zijn 'margin of discretion' om het beleid aan de nieuwe omstandigheden aan te passen en verlangt van ondernemingen een hoge mate van flexibiliteit om daardoor ontstane nadelen op te vangen.

Gevallen van gerechtvaardigd vertrouwen

Men zou, in het licht van de strenge jurisprudentie van het Hof ten aanzien van wat 'voorzichtige en bezonnen ondernemers' dienen te voorzien, haast niet verwachten dat er ook nog zaken zijn waarin het Hof wel een schending van gerechtvaardigd vertrouwen heeft aangenomen. De schaarse voorbeelden die daarvan bestaan, laten zien dat er in die gevallen meestal meer aan de hand was dan een loutere inbreuk op een gevestigde rechtspositie. Het Hof zelf heeft aan een inbreuk op het beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen de voorwaarde gesteld dat er sprake is van een situatie waarin 'de Gemeenschap zelf voordien een situatie heeft geschapen die een gewettigd vertrouwen kan wekken'.[294] Heeft een instelling bijvoorbeeld een concrete toezegging gedaan en een onderneming gestimuleerd investeringen te doen die later zinloos zouden blijken te zijn, dan kan dat een reden zijn om gerechtvaardigd vertrouwen aan te nemen.

> Een voorbeeld is de zaak *Embassy Limousines*, die ging over de aanbesteding van diensten van limousines met chauffeur voor leden van het Europees Parlement (EP). Embassy Limousines had alle reden om aan te nemen dat voor haar zou worden gekozen: een functionaris van het EP had het bedrijf laten weten dat het adviserend comité aan haar de voorkeur had gegeven. Omdat van de limousinediensten minder dan een maand later gebruik gemaakt zou gaan worden, ging het bedrijf onmiddellijk over tot het treffen van de noodzakelijke voorzieningen. Uiteindelijk werd de aanbesteding afgeblazen en werd de opdracht in een nieuwe procedure aan een ander bedrijf gegund. Onder die omstandigheden was volgens het Gerecht geen sprake meer van een risico dat inherent is aan de betrokken activiteiten. Het beginsel van gewettigd vertrouwen was geschonden omdat het bedrijf *voor* de gunning van de betrokken opdracht door de aanbestedende instelling was aangemoedigd om vooruitlopend daarop onomkeerbare investeringen te doen en dus om grotere risico's aan te gaan dan inherent zijn aan de betrokken activiteiten van het doen van een aanbieding.[295] Uiteindelijk hield het Gerecht de Gemeen-

293 Zie ook zaak T-196/99, *Area Cova*: het verleden had geleerd dat belangrijke schommelingen van de totale hoeveelheid toegestane vangsten niet ongebruikelijk waren. Dit feit rechtvaardigde het vastgestelde lage quotum, maar het Gerecht liet doorschemeren dat onder die omstandigheden ook het geheel afschaffen van het quotum gerechtvaardigd zou zijn geweest.

294 Zie bijv. HvJ EG 15 januari 2002, zaak C-179/00 (*Weidacher*, § 31), HvJ EG 22 juni 2006, zaak C-182/03 (*Forum 187*, § 147).

295 Zaak T-203/96 (*Embassy Limousines*), § 76 (vgl. § 86).

schap aansprakelijk vanwege het onrechtmatige gedrag van het Parlement tijdens de aanbestedingsprocedure.[296]

Waar een instelling een marktdeelnemer, zoals in de *Embassy*-zaak, heeft aangemoedigd om bepaald gedrag te vertonen, kan van een schending van gerechtvaardigd vertrouwen sprake zijn wanneer ten nadele van de betrokkene in kwestie toch een verandering in diens rechtspositie wordt aangebracht.[297] Ook de SLOM-casus (§ 12.2.2) is daarvan een goed voorbeeld. De Commissie verweerde zich ten aanzien van haar besluit om boeren die hadden deelgenomen aan de SLOM-regeling, geen referentiehoeveelheid toe te kennen, met de stelling dat zij nooit hadden mogen verwachten dat zij hun productie op dezelfde voorwaarden als voorheen zouden kunnen hervatten. Het Hof stelde de Commissie op dat punt in het gelijk,[298] maar vervolgde dat dit niet wegneemt 'dat een ondernemer die, zoals in casu, door een gemeenschapshandeling is aangemoedigd om in het algemeen belang en tegen betaling van een premie gedurende een beperkte periode geen melk in de handel te brengen, gerechtigd is te verwachten, dat hij na afloop van zijn verbintenis niet gesteld zal worden voor beperkingen die hem in het bijzonder treffen juist omdat hij gebruik heeft gemaakt van door die gemeenschapsregeling geboden mogelijkheden.' Voor het Hof was de crux dat de SLOM-boeren niet hoefden te verwachten dat zij onderworpen zouden worden aan een beperking (het niet toekennen van een referentiehoeveelheid) die juist het gevolg was van het feit dat zij aan de SLOM-regeling hadden deelgenomen. De Commissie had, door hen de mogelijkheid te bieden aan de SLOM-regeling deel te nemen, dus het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat zij na afloop van die regeling ook weer tot de markt zouden kunnen terugkeren; 'een zo volledige en duurzame uitsluiting voor de gehele geldingsduur van de extra-heffingsregeling [was] voor deze producenten niet voorzienbaar'.[299]

Gerechtvaardigde verwachtingen kunnen ook voortvloeien uit een uitdrukkelijke bepaling in een verordening die de strekking heeft met een bepaalde situatie rekening te houden.[300]

Sofrimport importeerde een partij appels vanuit Chili. Om die in de Gemeenschap te kunnen importeren, had hij een invoercertificaat nodig. Op basis van verordening 962/88 werd de afgifte van invoercertificaten voor tafelappels uit Chili echter geschorst. Toen deze verordening van kracht werd, had Sofrimport zijn appels al verscheept. Juist voor dat soort situaties verplichtte artikel 3 van een zusterverordening de Commissie ertoe bij de vaststelling van vrijwaringsmaatregelen rekening

296 § 73 e.v. Voor het afketsen van de aanbesteding zelf aanvaardde het Gerecht geen aansprakelijkheid.
297 Aldus ook Schwarze 2006, p. cxlvi.
298 Zaak C-120/86, § 23.
299 Zaak C-120/86, § 23-27.
300 C-152/88, § 28.

> te houden met de bijzondere situatie van de producten die onderweg zijn naar de Gemeenschap. Het Hof stelde vast dat dit artikel tot doel had marktdeelnemers die door vrijwaringsmaatregelen worden getroffen, te beschermen, en dat deze bepaling dus een gewettigd vertrouwen wekte. Bij beschaming hiervan werd dus een hogere rechtsregel geschonden. De daardoor geleden schade overschreed volgens het Hof 'de grenzen van de economische risico's die inherent zijn aan de activiteiten in de betrokken sector, daar waar genoemde bepaling juist tot doel heeft deze risico's te beperken voor goederen die onderweg zijn'.

Bedacht moet worden dat niet de (plotselinge) invoering van de verordening op zichzelf de reden was om gerechtvaardigd vertrouwen aan te nemen, maar de aanwezigheid van een duidelijke wettelijke bepaling die voor gevallen als het onderhavige bescherming bood. Had een dergelijke bepaling in casu ontbroken, dan zou Sofrimport enig gerechtvaardigd vertrouwen vermoedelijk niet hebben kunnen aantonen[301] en zou zijn claim op grond van art. 340 VwEU – die thans slaagde – waarschijnlijk eveneens zijn gestrand.

12.5.6 Strookt de égalité met de kenmerken en behoeften van de Unie?

In § 12.4.3.3 wierp ik de vraag op of erkenning van de égalité strookt met de specifieke kenmerken en behoeften van de gemeenschappelijke rechtsorde, een voorwaarde die kan worden 'ingelezen' in art. 340 VwEU. Ik constateerde dat er op zichzelf geen goede argumenten zijn waarom de égalité niet ook op EU-niveau als rechtsgrondslag voor nadeelcompensatie zou kunnen worden erkend. In deze paragraaf heb ik mij gericht op de vraag of deze erkenning ook daadwerkelijk zou passen in het reeds bestaande systeem van aansprakelijkheid. Die vraag kan veel minder stellig positief worden beantwoord. Dat uitgerekend de *FIAMM*-casus aanleiding was tot het arrest waarin het Hof uitsluitsel gaf over het eventueel bestaan van een recht op nadeelcompensatie op EU-niveau, laat zien dat er vooral behoefte was aan een redelijke oplossing voor de onschuldige retaliatieslachtoffers. Hun gebrek aan rechtsbescherming was reeds jaren een voorwerp van debat. De meer fundamentele vragen naar de precieze contouren en de feitelijke betekenis van de égalité voor 'echte' rechtmatige EU-handelingen zijn daardoor enigszins op de achtergrond geraakt. In deze paragraaf heb ik bij die vraag wel willen stilstaan door de materiële criteria voor nadeelcompensatie te analyseren.

De belangrijkste conclusie die kan worden getrokken is dat in het bijzonder de eisen van een speciale en abnormale last in de praktijk in verreweg de meeste gevallen een onneembare horde zullen blijken te zijn. Ik deel dan ook de twijfel van verschillende auteurs over de feitelijke toegevoegde waarde van

301 Vgl. Tridimas 2006, p. 274.

de égalité op EU-niveau, zo deze zou worden erkend.[302] Van een speciale last zal in veel gevallen niet kunnen worden gesproken, omdat nadelen door normatieve handelingen veelal voortvloeien uit welbewuste beleidskeuzes, die per definitie aan bepaalde groepen burgers schade toebrengen. Feitelijk speelt daarmee op EU-niveau hetzelfde probleem als in de Franse égalitéjurisprudentie over schade door economische wetgeving, in welke gevallen de Franse rechter in de regel geen nadeelcompensatieplicht wenst te aanvaarden (zie § 4.5.3.3).

Ook aan de eis van een abnormale last zal slechts bij hoge uitzondering kunnen worden voldaan. Feitelijk spelen hier twee basisregels een rol: de ene is dat ondernemingen er voortdurend op bedacht dienen te zijn dat de regels in hun nadeel kunnen wijzigen. Niet het gelijkblijven, maar het *veranderen* van een eenmaal gecreëerde status quo is de 'normale' situatie. Dit brengt met zich dat een ondernemer zich er in beginsel niet snel succesvol op zal kunnen beroepen dat hij een verandering niet kon voorzien. De tweede is dat de inherente risico's aan het ondernemerschap in de gemeenschappelijke rechtsorde niet voor compensatie in aanmerking komen. Bij deze regel is in zoverre van een wisselwerking met de eerste sprake dat in het onverhoopte geval dat een wijziging van een regel of een op andere manier toegebracht nadeel *niet* kon worden voorzien, dit nog altijd kan betekenen dat niettemin de schade voor rekening van de ondernemer zelf blijft, omdat deze schade nu eenmaal behoort tot de aan de sector inherente risico's. Het *FIAMM*-arrest van het Gerecht laat zien dat het begrip 'inherent' breed wordt opgevat. Het feit dat een sector door een maatregel wordt getroffen die niets van doen heeft met het conflict naar aanleiding waarvan een retaliatiemaatregel wordt genomen, brengt nog niet met zich dat een nadeel niet als een inherent risico zou kunnen worden aangemerkt.

Het voorgaande leert dat alvorens een verzoek om nadeelcompensatie zou kunnen slagen, aan een aantal voorwaarden zal moeten worden voldaan. Ten eerste zal de ongelijkheid waarover wordt geklaagd, niet noodzakelijk zijn om enig beleidsdoelstelling van de EU te verwezenlijken Ten tweede zal de maatregel niet mogen behoren tot de aan de sector inherente risico's. *Last but not least* zal dit nadeel onvoorzienbaar moeten zijn. De aan het slot van de vorige paragraaf besproken gevallen laten zien dat van onvoorzienbaarheid in beginsel niet sprake zal zijn indien een maatregel op een onverwacht moment wordt genomen, terwijl een ondernemer zich er voorts niet snel op kan beroepen dat een (ingrijpende) maatregel *an sich* onvoorzienbaar is. Gerechtvaardigd vertrouwen kan wel bestaan in het geval dat de Unie zelf voordien een situatie heeft geschapen die een gewettigd vertrouwen kan wekken.

302 Tridimas 2006, p. 495 merkt over deze eisen op dat zij een normatief kader bieden dat een succesvolle aansprakelijkheidsclaim 'virtually impossible' maakt. Ook Craig 2006, p. 781 meent dat de moeilijkheden om op grond van het égalitébeginsel compensatie te krijgen niet moeten worden onderschat.

Daarvan uitgaand is het niet goed in te zien dat een op zichzelf *rechtmatige* maatregel tot een onvoorzienbaar nadeel kan leiden, aangezien de onvoorzienbaarheid bij égalitéclaims vaak juist schuilt in een onverwachte maatregel op zich of een onvoorzienbare uitvoeringsmodaliteit. Wordt het gerechtvaardigde vertrouwen daarentegen gewekt door een uitdrukkelijke toezegging of een speciaal voor een bepaalde situatie geschreven bepaling, dan zal een eventuele schending van dit vertrouwen niet anders dan als een *on*rechtmatige daad gekwalificeerd moeten worden. De strenge jurisprudentie over het vertrouwensbeginsel is daarmee geen goede voedingsbodem voor een invulling van de voorzienbaarheidseis van enige betekenis in het nadeelcompensatierecht.

In het licht van dit alles is het opmerkelijk dat verschillende schrijvers juist het *Mulder II*-arrest hebben gezien als een gemeenschapsrechtelijke pendant van het *Leffers*-arrest.[303] Het criterium van de 'normale ondernemersrisico's', dat in *Mulder II* werd genoemd, maakt deze parallel wellicht verleidelijk, maar de daadwerkelijke gelijkenis tussen beide zaken is beperkt. In het *Mulder II*-arrest heeft het Hof niet *de facto* een aansprakelijkheid uit rechtmatige daad aanvaard. Het Hof bepaalde immers dat de gemeenschapswetgever voor de schending van de belangen van de SLOM-boeren *geen* hoger openbaar belang kon aanvoeren en dat hij daarmee de grenzen van zijn bevoegdheid klaarblijkelijk ernstig had miskend. Het gevolg van deze door het Hof geconstateerde onrechtmatigheid kon niet anders zijn dan dat de wetgever een nieuwe verordening diende vast te stellen, teneinde de schending van de hogere rechtsregel (het vertrouwensbeginsel) ongedaan te maken. Het arrest bevat geen aanwijzingen dat een aanbod tot schadevergoeding daaraan iets veranderd zou hebben. Daarmee verschilt dit arrest van de onrechtmatigheid waarvan in het *Leffers*-arrest sprake was, waarin de rechtmatigheid van de swillregeling niet ter discussie stond en het onrechtmatigheidslabel alleen nodig was om een aansprakelijkheid van de overheid te kunnen construeren. Zou een *Leffers*-achtig geval zich op EU-niveau voordoen, dan is het zeer de vraag of het Hof tot een vergelijkbaar resultaat als de Hoge Raad zou zijn gekomen. Het plotseling uitvaardigen van een regeling is volgens het Hof geoorloofd als daar een hoger algemeen belang wordt gediend. Weliswaar leidde dat in het geval van Leffers tot een zeer groot nadeel, maar ik schat in dat het Hof ook dit nadeel tot diens normale ondernemersrisico zou hebben gerekend. Vaststond immers dat de maatregel samenhing met de aard van zijn bedrijf en de daar ontplooide activiteiten.[304] Ook zal het Hof naar mijn inschatting meer gewicht hebben

303 F.H. van den Burg, noot onder *Mulder II*, *AB* 1993, 170, Van Male 2003, p. 255, Meij 1993, p. 87.

304 Zie HvJ EG 10 juli 2003, gev. zaken C-20/00 en C-64/00, *Jur.* 2003, p. I-7411 (*Booker Aquaculture*, § 83). Het Hof benadrukte dat verzoeksters er als viskwekers rekening mee moesten houden, dat er op enig moment een visziekte kan uitbreken en hun schade kan berokkenen. Dit risico is volgens het Hof 'inherent aan de activiteit van het kweken en verhandelen van levende dieren'. Zie ook de kritische analyse van Bulterman 2004, p. 236-237.

toegekend aan het feit dat het Leffers' eigen keuze was om zijn bedrijf zo'n smalle basis te geven en het daarmee extra kwetsbaar te maken.[305]

Gesteld dat een dergelijk geval zich zou voordoen, dan is het de vraag of het égalitébeginsel veel te bieden heeft naast de bescherming die thans reeds uit het eigendomsrecht voortvloeit. Er valt in dat licht wel wat te zeggen voor de conclusie van Tridimas, die heeft gesteld dat een maatregel in elk geval een 'onteigenend karakter' moet hebben om het égalitébeginsel succesvol in te kunnen roepen.[306] Terecht merkt hij voorts op dat de EU-rechter in zo'n geval bij voorkeur aan het eigendomsrecht toetsen in plaats van aan 'the theory of special sacrifice', omdat daarmee nog zou worden gebleven binnen de 'veilige' grenzen van een traditioneel erkend grondrecht, waarvan de schending een onrechtmatige daad oplevert die tot schadevergoeding verplicht.[307] Anders dan Jans & Lavranos verwacht ik dan ook niet dat het niet erkennen van de mogelijkheid om de égalité zelfstandig in te roepen, vaker zal leiden tot de constructie dat de onrechtmatigheid wordt gezocht in de onevenredigheid van de belangenafweging, zodat het recht op nadeelcompensatie toch op een andere manier gewaarborgd is.[308] Aannemelijker is dat men de mogelijkheden tot nadeelcompensatie op EU-niveau moet zoeken in de door het Hof in het *FIAMM*-arrest zelf aangestipte, nog resterende mogelijkheden, die ik tot slot wil bespreken.

12.6 RESTERENDE MOGELIJKHEDEN TOT NADEELCOMPENSATIE BIJ EU-HANDELEN

12.6.1 Mogelijkheden op het niveau van de Unie

12.6.1.1 Nadeelcompensatie voor andere dan normatieve handelingen?

Het bovenstaande stemt enigszins somber over de mogelijkheid dat op het niveau van de EU ooit een volwassen leerstuk van nadeelcompensatie zal ontstaan. Toch is het de vraag of dit geheel is uitgesloten. Het *FIAMM*-arrest is niet helemaal eenduidig over de vraag of een recht op nadeelcompensatie wel kan bestaan indien de schade wordt toegebracht door een handeling die *niet* normatief van aard is. Zoals bekend is het gebruikelijk om bij normatieve handelingen vooral te denken aan wetgeving. De vraag is dan ook of bij beschikkingen een eventueel recht op nadeelcompensatie wel denkbaar is. Van

305 Vgl. Van Dorst-Tatomir 1992, p. 307 e.v.

306 Tridimas 2006, p. 495. Ook Craig 2006, p. 781 meent dat de moeilijkheden om op grond van het égalitébeginsel compensatie te krijgen niet moeten worden onderschat. Vgl. A-G Lenz, conclusie bij HvJ EG 11 maart 1987, gev. zaken 279, 280, 285 en 286/84, *Jur.* 1987, p. 1069 (*Rau*; Jur. 1987, p. 1115: 'Verzoeksters hebben evenwel niet gesteld dat hun een zodanig offer is opgelegd dat daardoor hun bestaan werd bedreigd').

307 Tridimas 2006, p. 495.

308 Jans & Lavranos 2009, *SEW* 2009. p. 356, e.v.

der Woude heeft beschikkingen omschreven als besluiten waarbij de administratie algemene regels in individuele gevallen toepast of op andere wijze haar taken in individuele gevallen uitvoert.[309] Daarin verschillen zij van verordeningen, die immers op een abstracte, open categorie van gevallen van toepassing zijn.

Naar mijn indruk kan men niet zeggen dat met het beschikkingskarakter van een bepaalde handeling van de EU, de kansen toenemen van een geslaagd beroep op art. 340 VwEU. Het begrip 'normatieve handeling' wordt door het Hof ruim opgevat en is voor het Hof synoniem met elke handeling die economische beleidskeuzes impliceert. Het feit dat een schadeveroorzakende handeling zich slechts tot één bepaalde onderneming richt, staat er dus niet aan in de weg om aan deze handeling een normatief karakter toe te kennen. 'Bij een beroep tot schadevergoeding wordt dit karakter immers bepaald door de aard van de betrokken handeling en niet door de vorm ervan,' aldus het Hof.[310] Het feit dat een bepaalde maatregel zich derhalve slechts tot één lidstaat richt, betekent niet dat een dergelijke beschikking derhalve een normatief karakter ontbeert. In de zaak *Levende varkens* werd de schade veroorzaakt door een tot Nederland en Italië gerichte beschikking: alleen in die landen was een varkensziekte ontdekt en daarom werd ook alleen aan hen de verplichting opgelegd om gedurende een bepaalde periode geen levend vee naar andere lidstaten te exporteren. In het kader van de actie tot schadevergoeding ex art. 340 VwEU werden deze beschikkingen echter beschouwd als normatieve handelingen.[311] In de vergelijkbare zaak *Aloys Schröder* vroeg een varkensmester om compensatie vanwege tot Duitsland gerichte bindende beschikkingen tot de vaststelling van een vervoersverbod binnen een bepaald gebied. Klagers bedrijf lag binnen dit gebied, maar op zijn bedrijf was de varkenspest niet vastgesteld. Ook hier stelde het Gerecht vast dat de beschikkingen een normatief karakter hadden: zij hadden 'ten opzichte van verzoekers de gevolgen van een handeling van algemene strekking, alsof het ging om een verordening die alle producenten en exporteurs van varkens in bepaalde gebieden van het land verbod oplegt dieren of bepaalde producten naar andere Lid-Staten of andere delen van het grondgebied van het land te vervoeren.'[312]

Hoewel in deze zaken een nadeelcompensatieclaim niet aan de orde was,[313] zou een dergelijke claim goed denkbaar zijn geweest. De benadering van de communautaire rechter in deze zaken doet echter vermoeden dat het beschikkingskarakter van een bepaalde handeling niet impliceert dat de drempels voor aansprakelijkheid ex art. 340 VwEU lager zouden zijn. Zo bepaalde het Gerecht in de *Schröder*-zaak dat de beschikkingen vielen binnen het

309 Van der Woude 1997, p. 112.
310 HvJ EG 11 februari 1999, zaak C-390/95 (*Antillian Rice Mills*).
311 GvEA 13 december 1995, zaak T-484/93 (*Levende Varkens*).
312 GvEA 15 april 1997, zaak T-390/94 (*Aloys Schröder*).
313 In de zaak *Schröder* werd wel een (vergeefs) beroep gedaan op het eigendomsrecht.

bestek van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, op welk gebied de Instellingen over het algemeen een ruime beoordelingsbevoegdheid hebben. Ook was van belang dat de Commissie bij de vaststelling van beschermingsmaatregelen zoals de litigieuze verbodsbepalingen en de afbakening van zones waarvoor deze verbodsbepalingen gelden, het algemeen belang van het vrij verkeer van dieren binnen de Gemeenschap, de plicht had de bescherming van de gezondheid van dieren en de bescherming van de varkensstapel in de Gemeenschap af te wegen tegen de specifieke belangen van de door de verbodsbepalingen getroffen varkensproducenten. Hieruit leidde het Gerecht af 'dat de litigieuze beschikkingen normatieve handelingen zijn die economische beleidskeuzen impliceren waarvoor de instelling over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt.' Derhalve was de hoge drempel voor aansprakelijkheid uit het *Schöppenstedt*-arrest van toepassing en moest dus het bewijs worden geleverd van een voldoende gekwalificeerde schending van een hoge rechtsregel, waarin de varkensboer uiteindelijk niet slaagde. Zou een vergelijkbaar geval zich na *FIAMM* voordoen, dan ligt het in de rede dat Gerecht en Hof zullen concluderen dat de overwegingen uit het *FIAMM*-arrest ook in de weg staan aan een vordering uit rechtmatige EU-daad. Het beschikkingskarakter van de betreffende handelingen zou daarin naar alle waarschijnlijkheid geen verandering brengen.

Gevallen van schade door *feitelijk* handelen in de jurisprudentie over art. 340 VwEU zullen zich niet snel voordoen. De wel bekende gevallen hadden telkens betrekking op onrechtmatig feitelijk handelen, zoals onjuiste informatievoorziening.[314] De Unie houdt zich nu eenmaal nauwelijks bezig met traditionele overheidstaken als de handhaving van de openbare orde, de aanleg van wegen, werkzaamheden ter verbetering van de infrastructuur of andere handelingen waarbij particulieren vooral door feitelijke (uitvoerings)handelingen schade lijden. Ook voor feitelijk handelen is een actie uit rechtmatige daad derhalve niet goed denkbaar. Een schaarse uitzondering hierop is het schaderegime voor rechtmatige feitelijke handelingen in de sfeer van het ambtenarenrecht (ongelukken op de werkvloer bijvoorbeeld).[315] Het is overigens niet uitgesloten dat de Instellingen in de toekomst vaker gebruik zullen maken van feitelijke handelingen om beleidsdoelen te bereiken. De Instellingen hebben steeds vaker ook op niet-economische terreinen bevoegdheden, zoals het onderwijs, toerisme, kiesrecht, milieubescherming en terrorismebestrijding. Onder het nog in werking te treden Verdrag van Lissabon (het Hervormingsverdrag) verdwijnt het onderscheid tussen de EG-pijler en de overige pijlers zelfs goeddeels en zullen onderwerpen die waren voorbehouden aan de 'derde pijler' (Justitiële en Politiële Samenwerking in Strafzaken) voortaan ook onder

314 Zie bijv. HvJ EG 4 februari 1975, zaak 169/73 (*Compagnie Continentale*). Zie nader Van der Woude.1997, p. 119-121.

315 Van Casteren 1997, p. 243, die als voorbeeld noemt zaak C-308/87 (*Grifoni*): schade t.g.v. val van ambtenaar van dak van het weerstation in het Gemeenschappelijk Centrum voor onderzoek te Ispra.

de communautaire pijler vallen. Afhankelijk van de vraag of het Hof ook op deze terreinen bevoegd zal zijn,[316] zou een vergroting van de actieradius van art. 340 VwEU daar ook een gevolg van kunnen zijn. Binnen de onderwerpen vallend onder de derde pijler bestaat in veel mindere mate de vrijheid die op economische terreinen wel bestaat. Bij de bestrijding van drugshandel, criminaliteit en terrorisme is bijvoorbeeld denkbaar dat bij de rechtmatige feitelijke uitoefening van bevoegdheden schade ontstaat.

Het voorgaande geeft niet veel hoop dat art. 340 VwEU nog veel resterende mogelijkheden biedt tot nadeelcompensatie. Weliswaar zijn er ook handelingen die een zuiver uitvoerend karakter hebben en die dus op geen enkele wijze zelf een economische beleidskeuze impliceren,[317] maar dat deze uitgerekend tot nadeelcompensatie zullen verplichten, is niet goed denkbaar. Vaak zal het daarbij immers gaan om fouten in de uitvoering (verkeerde berekeningen, onzorgvuldig gevolgde procedures etc.), die aanleiding zullen geven tot een actie uit *on*rechtmatige daad.[318]

12.6.1.2 Wettelijke nadeelcompensatie

Bij gebrek aan een afdwingbaar recht op nadeelcompensatie bij normatief overheidsoptreden, zijn getroffen ondernemingen vooral aangewezen op de wil van de Instellingen om, uit overwegingen van solidariteit of om pragmatische redenen, bij beschikking of krachtens een bijzondere regeling een schadevergoeding toe te kennen. Dit soort wetgeving c.q. besluitvorming heeft geen bijzonder hoge vlucht genomen, maar er zijn wel enige voorbeelden te vinden. Ten eerste zijn er veel verordeningen, beschikkingen en besluiten die soms een aansprakelijkheidsbepaling bevatten, waarin de niet-contractuele aansprakelijkheid van de betreffende instelling afhankelijk wordt gesteld van de algemene beginselen welke de rechtsstelsels of de wetgevingen van de lidstaten gemeen hebben, en waarin dus wordt aangesloten bij de bewoordingen van art. 340 VwEU.[319] Zo lang men aanvaardt dat na *FIAMM* het leerstuk van de

316 Het Hervormingsverdrag beoogt de jurisdictie van het Hof wel uit te breiden tot binnenlandse en justitiële samenwerking, maar niet voor zover het straf- of politiezaken betreft.

317 Vgl. Wakefield 2002, p. 64: 'The administrative function stretches from the highest level of implementation of policy tot the lowest level of simple application of rules within predefined constraints'.

318 Zie voor verschillende voorbeelden van schade door 'administrative acts' Biondi & Farley 2009, p. 103 e.v.

319 Zie onder meer art. 3 van Besluit van de Raad van 17 december 1999, *Pb EG* 1999, L 337/41, art. 21 van Verordening (EG) 58/2003 van de Raad van 19 december 2002 tot vaststelling van het statuut van de uitvoerende agentschappen waaraan bepaalde taken voor het beheer van bepaalde communautaire programma's worden gedelegeerd, art. 19 van de Verordening (EG) nr. 2007/2004 van de Raad van 26 oktober 2003 tot oprichting van een Europees agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie (*Pb EG* 2004, L 349/1), en art. 21 van Verordening (EG) van de Raad van 26 april 2005 tot oprichting van een Communautair bureau voor visserij-

nadeelcompensatie niet geheel moet worden afgeschreven, zou op dergelijke bijzondere terreinen mogelijk ook een recht op nadeelcompensatie aan de orde kunnen zijn.

Van praktisch groter belang zijn echter de beschikkingen en verordeningen waarin de Instellingen rechtstreeks, meestal met een lidstaat als adressaat, besluiten tot het toekennen van een financiële bijdrage. Daarvan bestaan wel verschillende voorbeelden, zoals Verordening nr. 349/2005 van de Commissie, waarin voorschriften zijn opgenomen inzake de communautaire financiering van maatregelen ter bestrijding van bepaalde dierziekten.[320] Naar aanleiding van individuele uitbraken van bepaalde dierziekten wordt soms ook in een beschikking een schadevergoedingsplicht van de Unie aangenomen.[321] De in dergelijke besluiten opgenomen schadevergoedingsbepalingen zien vaak niet alleen op de kosten die gemoeid zijn met het bestrijden van de ziektes, maar ook op een passende schadeloosstelling van de getroffen eigenaren, wier vee bijvoorbeeld geslacht is. Het feit dat de *lidstaat* in eerste instantie de geadresseerde is van de schadeloosstelling en de schadeloosstelling veelal moet doorsluizen naar de getroffen eigenaren, doet aan het nadeelcompensatiekarakter van deze besluiten niet af. Ook bij dit soort 'schadebesluiten' is de reden om tot schadevergoeding over te gaan vooral gelegen in het feit dat de Unie een groot handelsbelang heeft bij de effectieve en snelle bestrijding van de betrokken ziektes. Zo wordt in een Beschikking met een financiële bijdrage ter bestrijding van aviaire influenza als overweging om tot deze bijdrage over te gaan het volgende gesteld: '[A.i.] is een besmettelijke virale ziekte (…) die ernstige gevolgen heeft voor de rentabiliteit van de pluimveehouderij en aanleiding geeft tot een verstoring van de intracommunautaire handel en de uitvoer naar derde landen'.[322]

Deze woorden lijken erop te wijzen dat vooral overwegingen van politieke opportuniteit voor de Instellingen aanleiding zullen zijn om een wettelijke

---

controle (*Pb EG* 2005, L 128/1).

320 Verordening (EG) nr. 349/2005, *Pb EG* 2005, L 55/12. Zie ook, m.b.t. plantenziekten, art. 22 e.v. van Richtlijn 2000/29/EG van de Raad van 8 mei 2000 betreffende de maatregelen tegen het binnenbrengen en de verspreiding in de Gemeenschap van voor planten en voor plantaardige producten schadelijke organismen.

321 Zie bijv. Beschikking van de Raad van 11 november 1980 betreffende een financiële actie van de Gemeenschap voor de uitroeiing van de Afrikaanse varkenspest in Sardinië (*Pb EG* 1980, L 325/8), Beschikking van de Commissie van 28 juli 1986 betreffende de deelneming van de Gemeenschap in de kosten als gevolg van het uitbreken van de Afrikaanse varkenspest in Nederland (*Pb* EG 1986, L 233/15), Beschikking van de Commissie van 16 augustus 2001 inzake een financiële bijdrage voor de uitroeiing van mond- en klauwzeer in het Verenigd Koninkrijk in 2001 (*Pb EG* 2001, L 230/16), Beschikking van de Commissie van 30 december 2002 inzake een financiële bijdrage voor het verplicht slachten van dieren tussen 1 juli en 31 oktober 2001 in verband met mond- en klauwzeer in het Verenigd Koninkrijk (*Pb EG* 2003, L 8/41) en Beschikking van de Commissie van 15 september 2004 inzake een financiële bijdrage van de Gemeenschap in de kosten van de vaccinatie tegen mond- en klauwzeer in Nederland in 2001 (*Pb EG* 2004, L 307/8).

322 Beschikking van 29 juli 2009, *Pb EG* 2009, L 198/83.

regeling te treffen. Dat kan ook worden afgeleid uit het *Booker Aquaculture*-arrest, waarin het Hof overwoog dat de gemeenschapswetgever het in bepaalde omstandigheden weliswaar aangewezen kan achten om de eigenaren van vernietigde dieren schadeloos te stellen, doch hieruit kan niet worden afgeleid dat het EU-recht een algemeen beginsel kent volgens hetwelk schadeloosstelling in alle omstandigheden verplicht is.[323] Hieruit blijkt duidelijk dat een eventuele 'zelfbinding' tot schadevergoeding in beginsel niet berust op een rechtsplicht. Toch is de beoordelingsvrijheid van de Instellingen op dit punt niet helemaal onbeperkt. Ook de EU-wetgever dient immers tenminste het grondrecht op eigendom in acht te nemen.

12.6.1.3 Het eigendomsrecht

Naast de mogelijkheid van een wettelijke schadevergoedingsregeling heeft het Hof in het *FIAMM*-arrest ook gewezen op de bescherming die aan het eigendomsrecht kan worden ontleend. De jurisprudentie van het Hof blijkt zich op dit punt goeddeels te oriënteren op de eigendomsbescherming op grond van het EVRM. De grondrechten uit het EVRM worden geacht als algemene beginselen deel uit te maken van het EU-recht. De Instellingen van de EU en de lidstaten indien en voor zover zij uitvoering geven aan EU-recht, zijn derhalve eveneens aan art. 1 EP EVRM gebonden. Artikel 6 lid 2 EU-verdrag codificeert deze jurisprudentie en breidt de binding aan grondrechten als algemene beginselen van EU-recht zelfs uit tot de hele Europese Unie.[324] Ook het Hof legt, net als het EHRM, een sterke nadruk op het feit dat het recht op eigendom en het recht op vrije beroepsuitoefening geen absolute gelding hebben, maar in relatie tot hun sociale functie moeten worden beschouwd.[325] Zoals het in het bekende *Hauer*-arrest luidde: 'Het gebruik van het eigendomsrecht kan (…) aan beperkingen worden onderworpen, voorzover die beperkingen daadwerkelijk beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft en niet een in verhouding tot het nagestreefde doel onevenredige en onduldbare ingreep vormen waardoor de aldus gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast.'[326]

Zoals gesteld heeft de toets aan het eigendomsrecht veel parallellen met een toets aan de égalité, hoewel beide beginselen elkaar niet geheel overlappen. Een belangrijk verschil met de toets aan de égalité is vooral dat de legitieme doelstellingen die de Instellingen in het algemeen belang nastreven, een zelfstandige factor zijn in het kader van een de proportionaliteitstoets. Beper-

323 HvJ EG 10 juli 2003, gev. zaken C-20/00 en C-64/00, *Jur*. 2003, p. I-7411 (*Booker Aquaculture*).
324 Vgl. HvJ EG 28 oktober 1975, C-36/75 (*Rutili*) en HvJ EG 21 september 1989, C-46/87 (*Hoechst*). Zie verder Bulterman 2004s, p. 214 e.v. Zie over het eigendomsrecht nader Tridimas 2006, p. 313.
325 HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-280/93 (*Duitsland/Raad*).
326 HvJ EG 13 december 1979, zaak 44/79, *Jur*. 1979, p. 3727 .

kingen aan de uitoefening van het eigendomsrecht kunnen worden gesteld voor zover zij 'werkelijk beantwoorden aan door de Gemeenschap nagestreefde doeleinden van algemeen belang, en, gelet op het nagestreefde doel, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onaanvaardbare ingreep waardoor het gewaarborgde recht in zijn kern wordt aangetast'.[327] De aard van deze toetsing kan worden geïllustreerd aan de hand van het *Hauer*-arrest. Mevrouw Hauer wilde haar terrein als wijngaard gebruiken, maar haar werd een aanplantvergunning geweigerd, omdat haar terrein ongeschikt zou zijn voor wijnbouw. Ze maakte tegen deze weigering met succes bezwaar, maar hangende deze procedure trad een Verordening in werking die elke aanplant van nieuwe wijnstokken verbood. De Duitse rechter stelde het Hof de prejudiciële vraag of deze verordening in strijd was met het eigendomsrecht, met name omdat de EEG-verordening niet duidelijk maakte of de verordening aan de toekenning van de vergunning (die zonder de verordening zonder meer zou zijn toegekend) in de weg stond. Het Hof meende dat het eigendomsrecht niet geschonden was, onder meer omdat de maatregel een tijdelijk karakter droeg *en* omdat de maatregel was genomen om terstond het hoofd te kunnen bieden aan een situatie van conjuncturele overschotten. Indien, zo stelde het Hof, toch een nieuwe wijngaard in exploitatie zou zijn genomen, zou dit, economisch gezien, de overschotten slechts vergroten. Om die reden tastte de (tijdelijke) beperking het eigendomsrecht niet wezenlijk aan.[328] Een dergelijke benadering van de proportionaliteitstoets zal er in de praktijk niet snel toe leiden dat een schending van het eigendomsrecht wordt aangenomen. Een 'individueel belang' zal het al snel tegen die algemene belangen moeten afleggen, helemaal nu het Hof zich in de praktijk soepel opstelt bij de toetsing aan aangevoerde algemene belangen.[329] Tot dusver heeft het Hof slechts in één geval willen aannemen dat het eigendomsrecht was geschonden en het algemeen belang dus een inbreuk *niet* kon rechtvaardigen.[330] Van belang is voorts dat de beperking van het eigendomsrecht dat in *Hauer* aan de orde was, rechtstreeks betrekking had op haar mogelijkheden haar grond op de door haar gewenste wijze te exploiteren. Dat dit een aantasting van haar eigendomsrecht betekende, hoeft niet te verbazen. In de reguliere situatie waarin een nieuwe normatieve handeling een marktaandeel flink beperkt, is het echter sterk de vraag of men überhaupt wel van een eigendomsrecht zou kunnen spreken. Illustratief is de benadering van het Hof in de zogenaamde bananenzaken. Een verordening op de gemeenschappelijke markt voor bananen had bijzonder nadelige consequenties voor Duitse importeurs van bananen. Zij konden voorheen profiteren van gunstige nationale regelingen en zagen zich na de inwerkingtreding van de verordening geconfronteerd met een forse

327 GvEA 30 juni 1999, zaak T-13/99, *Jur.* 1999, p. II-1961 (*Pfizer*, § 457), met verwijzingen.
328 HvJ EG 13 december 1979, zaak 44/79, *Jur.* 1979, p. 3727 (*Hauer*).
329 Wakefield 2002, p. 130-133.
330 HvJ EG 13 juli 1989, *Jur.* 1989, p. 2609 (*Wachauf*).

beperking van het voorheen bestaande marktaandeel, die leidde tot 'voelbare' en 'diep ingrijpende' wijzigingen in de bestaande economische structuren, de overheveling van aanzienlijke winstmogelijkheden naar andere lidstaten en massa-ontslagen.[331]

> 'Het eigendomsrecht van de marktdeelnemers die bananen uit derde landen afzetten, wordt niet aangetast door de invoering van het communautaire tariefcontingent en de regels voor de verdeling daarvan. Geen enkele marktdeelnemer kan immers een eigendomsrecht doen gelden op een marktaandeel dat hij op een tijdstip *voor* de invoering van een gemeenschappelijke marktordening in handen had, daar een dergelijk marktaandeel slechts een voorbijgaande economische situatie is, die is blootgesteld aan de risico's van een wijziging van de omstandigheden.'[332]

De afwijzing van de schadeclaim is hier *niet* gelegen in het feit dat er – om de EHRM-terminologie te gebruiken – geen sprake was van een *fair balance*, doch in het feit dat van een eigendomsrecht op het voordien bestaande marktaandeel geen sprake kon zijn, aangezien een dergelijk marktaandeel niet meer is dan een 'voorbijgaande economische situatie'.[333] Deze benadering doet sterk denken aan die van het EHRM, die in verschillende gevallen van inkomensschade door nieuwe wetgeving niet eens toekwam aan de *fair balance*-toets, aangezien de schade behoorde tot de *hazards of economic life* en de eigendom dus niet in het gedrang kwam.[334]

Is het derhalve reeds de vraag *of* wel altijd van een eigendomsrecht kan worden gesproken, ook de inhoudelijke toets aan de *fair balance* door het Hof is uiterst stringent. Met een beroep op de 'sociale functie van het eigendomsrecht' rechtvaardigt het Hof zelfs zeer vergaande inbreuken op het eigendomsrecht. Het is zelfs vaste rechtspraak dat het door de EU nagestreefde doel beperkingen kan rechtvaardigen die zelfs *aanzienlijke negatieve gevolgen* hebben voor bepaalde marktdeelnemers[335]– een overweging die men zelfs in de toch niet erg ruimhartige art. 1 EP-jurisprudentie van het EHRM niet zal aantreffen. Het feit dat productiebeperkingen afbreuk kunnen doen aan de rentabiliteit

---

331 Zie de conclusie van A-G Gulmann, HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-280/93, *Jur*. 1994, p. I-4973, § 83 e.v. Deze zaak is een berucht en veelbesproken voorbeeld van de terughoudende rechtspraak van het Hof. Zie bijv. Pernice 1995, p. 653-654.

332 HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-280/93, *Jur*. 1994, p. I-4973 (*Invoerregeling bananen*, § 79). Vgl. HvJ EG 18 maart 1980, zaak 154/78 *(Valsabbia)*: 'De waarborg van de eigendom van goederen mag niet in die zin worden uitgebreid dat zij mede de bescherming omvat van de belangen van de handel, welker wisselvalligheid voor de economische werkzaamheid wezenlijk is.'

333 Vgl. Meijer 2009, p. 158.

334 § 10.4.4.

335 HvJ EG 13 november 1990, zaak 331/88, *Jur*. 1990, p. I-4023 (*Fedesa*, § 17), GvEA 28 juni 2005, zaak T-158/03, *Jur*. 2005, p. II-2425 (*Industrias Químicas*, § 134), HvJ EG 6 december 2005, gev. zaken C-11/04, C-12/04 en C-453/03, *Jur*. 2005, p. I-10423 (*ABNA*), GvEA 1 december 1999, zaak T-125/96, *Jur*. 1999, p. II-3427 (*Boehringer*, § 102) en GvEA 12 juli 2006, zaak T-253/02, *Jur*. 2006, p. II-2139 (*Ayadi*, § 123).

van bepaalde ondernemingen en zelfs hun bestaan in gevaar kunnen brengen, is voor het Hof geen aanleiding om een inbreuk op het eigendomsrecht aan te nemen.[336] In theorie zou een eventuele erkenning van het égalitébeginsel aan dit zeer terughoudende schadevergoedingsregime verandering kunnen hebben brengen, mede omdat aan het algemeen belang onder het regime van de égalité geen gewicht toekomt om de schade voor rekening van de ondernemer te laten. In de praktijk vertoont de toets aan het eigendomsrecht echter grote parallellen met de toets aan de 'abnormale last'. Waar het risico van een beperking van een op enig moment bestaand marktaandeel onder het eigendomsrecht aan de orde kan komen in het kader van de (voor)vraag of het eigendomsrecht wel in het geding is, is diezelfde vraag bij de égalité relevant in het kader van de toets aan de abnormale last.

12.6.2 Mogelijkheden op nationaal niveau

In de jurisprudentie over het eigendomsrecht heeft het Hof de lidstaten altijd een eigen beoordelingsruimte willen laten om zelf in nadeelcompensatie te voorzien. Zo was in de zaak *Booker Aquaculture* de vraag aan de orde of een lidstaat verplicht is maatregelen te treffen voor schadeloosstelling van de eigenaar wiens vis, ter uitvoering van een richtlijn, wegens het uitbreken van een visziekte moet worden vernietigd of van de eigenaar wiens vis onmiddellijk moet worden gedood, waardoor die vis onmiddellijk moet worden verkocht. Het Hof meende, kort gezegd, dat de wetgever weliswaar bevoegd is om een wettelijke schadevergoedingsregeling te treffen, maar daaruit volgt niet dat het EU-recht een algemeen beginsel kent volgens hetwelk schadeloosstelling in alle omstandigheden *verplicht* is. In elk geval kon de schade door het vernietigen van zieke en (preventief) gezonde vis niet worden aangemerkt als een onevenredige en onduldbare ingreep waardoor het eigendomsrecht in zijn kern wordt aangetast. Het Hof houdt derhalve de lidstaten het eigendomsrecht als het in elk geval te respecteren grondrecht voor. Als de lidstaten in *meer* gevallen willen compenseren, is dat een louter nationale zaak.

Het *FIAMM*-arrest tornt niet aan deze reeds bestaande ruimte om op nationaal niveau nadeelcompensatie toe te kennen. Zowel op grond van de égalité, een daarmee vergelijkbare nadeelcompensatiegrondslag (zoals het *Sonderopfer* in het Duitse recht), of op onverplichte gronden blijven nationale autoriteiten bevoegd om nadeelcompensatie te verstrekken. Er mag van worden uitgegaan dat de daarbij te volgen interpretatie van de nadeelcompensatie*criteria*, zoals de vraag wanneer sprake is van een abnormale last, eveneens een louter nationale zaak is. Mogelijk kunnen de nationale autoriteiten en rechters daarbij

336 HvJ EG 19 september 1985, zaak 172/83, *Jur.* 1985, p. 2831 (*Hoogovensgroep*, § 23) en HvJ EG 9 december 1982, zaak 258/81, *Jur.* 1982, p. 4261 (*Metallurgiki Halyps*, § 13). Vgl. GvEA 28 april 1998, zaak T-184/95, *Jur.* 1998, p. II-667 (*Dorsch Consult*, § 88).

wel inspiratie ontlenen aan de wijze waarop het Hof de materiële nadeelcompensatiecriteria heeft ingevuld, maar ook hier geldt dat de nationale organen vrij zijn daarvoor hun eigen interpretatie in de plaats te stellen.

Een laatste aspect dat in dat kader moet worden besproken, betreft de mogelijkheid te komen tot een erkenning van een stelsel van lidstaat-aansprakelijkheid uit rechtmatige daad. De redenering is daarbij als volgt. Het Hof heeft in het *Bergaderm*-arrest bepaald dat de EU-aansprakelijkheid zich naar de lidstaataansprakelijkheid voegt, en omgekeerd. Bij de aansprakelijkheid voor schendingen van het EU-recht is sprake van een grote mate van convergentie van aansprakelijkheidsregimes.[337] De regimes voor de lidstaat- en de EU-aansprakelijkheid beïnvloeden elkaar wederzijds. Na het *FIAMM*-arrest van het GvEA – waarin dit immers een communautair stelsel van nadeelcompensatie erkende – zag Betlem dan ook ruimte voor een ontwikkeling waarbij de op EU-niveau erkende mogelijkheden tot nadeelcompensatie ook op nationaal niveau zouden moeten bestaan, althans voor zover de schadeveroorzakende handeling voortvloeit uit het EU-recht. Met andere woorden, met het GvEA-arrest inzake *FIAMM* zou een stelsel van lidstaataansprakelijkheid uit rechtmatige daad hebben kunnen ontstaan.[338] Dit stelsel zou voor het overige aan dezelfde normen moeten voldoen als het thans reeds geldende stelsel van lidstaataansprakelijkheid uit *on*rechtmatige daad. Van de Europese normen voor aansprakelijkheid zou derhalve niet ten nadele van de burger kunnen worden afgeweken door op nationaal niveau een strengere (derhalve overheidsvriendelijker) invulling te geven aan de criteria voor overheidsaansprakelijkheid. De lidstaten zouden echter wel een voor de overheid strenger regime mogen hanteren door voorwaarden te stellen die eerder tot overheidsaansprakelijkheid leiden. De Luxemburgse normen zouden ook bij nadeelcompensatie, met andere woorden, als minimumnorm gelden.[339] Op die wijze zou de bescherming van de rechten die het individu aan het EU-recht kan ontlenen, niet verschillen, al naar gelang de vraag of de schade door een nationaal orgaan of een EU-instelling is veroorzaakt.

337 Vgl. Tridimas 2006, p. 486, die spreekt van een 'dialectical development'.

338 Betlem 2007, p. 300: 'Regarding Community law, since *Bergaderm*, the merger of the formerly separate regimes for State and EC liability has now been firmly established in the case law of the [European Court of Justice and the Court of First Instance]. It follows that any new law accepted under one line of liability will also be available under the other. A striking consequence must therefore be that state liability for lawful acts – where the State is acting within the scope of Community law – now applies because the CFI has recognized the existence of this principle in the context of liability of the Community under Article 288 (2) EC.' Vgl. Van Casteren 1997, p. 235.

339 Jans 2007, p. 285; Jans e.a. 2007, p. 327.

Hoewel de figuur 'lidstaataansprakelijkheid *sans faute*' niet een geheel onbekende figuur is,[340] hoeft men zich door het oordeel van het Hof in de *FIAMM*-zaak niet het hoofd te breken over de precieze inhoud en afstemming van de staatsaansprakelijkheid uit rechtmatige daad en die van de EU. Bij gebreke van een mogelijkheid op EU-niveau nadeelcompensatie te verkrijgen, zijn ondernemingen in landen waar een recht op nadeelcompensatie wordt erkend, per definitie gunstiger af. Men kan zelfs niet stellen dat de Luxemburgse normen als 'minimum' gelden, aangezien het Hof geheel niet bereid is een norm te stellen voor de vergoeding van schade door rechtmatig handelen. Dat is een gemis. Indien het Hof de *FIAMM*-claim niet zou hebben afgewezen, zou in de toekomst een handeling met een gemeenschapsrechtelijke achtergrond die onevenredig nadeel toebrengt, van een minimale vorm van rechtsbescherming bij de toepassing van het EU-recht zijn verzekerd. Bovendien zou een dergelijke gang van zaken voor meer eenheid in de rechtsbescherming hebben kunnen zorgen.[341] Een ondernemer die bijvoorbeeld in Engeland te maken krijgt met (door het EU-recht gevorderde) overheidsmaatregelen ter bestrijding van besmettelijke dierziekten, zal in de regel afhankelijk zijn van een wettelijke schadevergoedingsregeling of de bereidheid van de overheid om 'ex gratia' een schadeloosstelling te geven.[342] In Nederland weet hij zich echter verzekerd van de GWD en daarop gebaseerde jurisprudentie van het CBB, alsmede van jurisprudentie van de civiele rechter (voor buitenwettelijke gevallen) waarin onder omstandigheden een recht op nadeelcompensatie wordt aanvaard. Hoewel deze ondernemingen op dezelfde gemeenschappelijke markt opereren en de achterliggende EU-handelingen de lidstaten tot dezelfde resultaten verplichten (het voorkomen van de verspreiding van besmettelijke dierziektes), kunnen de uiteenlopende mogelijkheden tot nadeelcompensatie op nationaal niveau zo tot geheel verschillende uitkomsten in rechtsbescherming leiden. Deze divergentie in rechtsbescherming heeft het Hof in het verleden niet als

340 Zie Richtlijn 85/374/EEG, gewijzigd in Richtlijn 1999/34/EEG van het Parlement en de Raad van 10 mei 1999. In deze richtlijn voor de aansprakelijkheid voor gebrekkige producten wordt aan de lidstaten opgedragen om in hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen een stelsel van 'risicoaansprakelijkheid' (in de Franse tekst: een '*responsabilité sans faute*') op te nemen. Dit stelsel zou 'een rechtvaardige verdeling tot stand [brengen] van de risico's die inherent zijn aan een moderne samenleving die gekenmerkt wordt door een hoge mate van technologische ontwikkeling.'

341 Zie Barkhuysen 2006 over verschillen in rechtsbescherming in de Europese rechtsorde.

342 Zie bijv. HvJ EG 10 juli 2003, gev. zaken C-20/00 en C-64/00, *Jur*. 2003, p. I-7411 (*Booker Aquaculture*, § 36): viskwekerij Booker Aquaculture moest, overeenkomstig de bepalingen van een richtlijn, haar visstapel vernietigen vanwege de uitbraak van een besmettelijke visziekte. De Britse Secretary of State weigerde zijn beroep op schadeloosstelling vanwege de vernietiging van het visbestand. Ook was er volgens de Secretary geen aanleiding was om Booker ex gratia (dus onverplicht) een vergoeding toe te kennen, omdat het vast beleid van de regering was om geen vergoeding toe te kennen aan de adressaten van de ter bestrijding van visziekten genomen maatregelen.

een schending van het EU-recht willen aanmerken.[343] Een lidstaataansprakelijkheid uit rechtmatige daad zou hierin evenwel meer eenheid kunnen hebben aanbrengen. Het is waar dat dit voor veel lidstaten een volstrekt nieuw aansprakelijkheidsregime zou zijn, maar ik memoreer dat ook de lidstaataansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving voor verschillende lidstaten een noviteit was, die hen onder het mom van 'effet utile' min of meer is opgelegd. In elk geval kan worden vastgesteld dat het *FIAMM*-arrest slechts een steviger basis heeft gegeven aan dit uiteenlopen van rechtsbeschermingsregimes per lidstaat.

12.7 BLIK OP DE TOEKOMST

In 1984 nam het Comité van Ministers in het kader van de Raad van Europa een aanbeveling aan over de eisen waaraan nationale stelsels van overheidsaansprakelijkheid zouden moeten voldoen.[344] Naast het advies om de aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad deel uit te laten maken van nationale schadevergoedingsstelsels ('Principle I'), sprak het Comité zich ook uit over de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad:

> Principle II
> 1. Even if the conditions stated in Principle 1 are not met, reparation should be ensured if it would be manifestly unjust to allow the injured person alone to bear the damage, having regard to the following circumstances: the act is in the general interest, only one person of a limited number of persons have suffered the damage and the act was exceptional of the damage was an exceptional result of the act.
> 2. The application of this principle may be limited to certain categories of acts only.

In de toelichting werd gesteld dat compensatie moet worden gegeven wanneer de overheidshandeling 'constitutes an excessive burden for a specific person in relation to the principle of equality in sharing the consequences of public obligations'. Van zo'n 'excessive burden' is sprake als voldaan is aan de drie (cumulatieve) voorwaarden genoemd in het eerste lid. Deze voorwaarden kunnen zonder veel problemen gerelateerd worden aan het égalitébeginsel. Dat verband wordt nog duidelijker wanneer men in de toelichting leest dat normale schade niet wordt vergoed omdat het een 'generally accepted principle of social solidarity' is van individuen te verlangen dat zij de ongemakken die zich laten kenschetsen als de 'normal consequence of life in society' zelf dragen,

---

343 HvJ EG 6 april 1995, zaak C-315/93, *Jur.* 1995, p. I-00913 (*Flip/Verdegem*, § 34): 'Dat sommige Lid-Staten in het kader van de hun gelaten bevoegdheden een vergoedingsregeling ten behoeve van die eigenaren hebben vastgesteld, en andere Lid-Staten niet, vormt evenmin een schending van de verdragsregels.'

344 Aanbeveling no. R (84) 15, ook opgenomen in Van Casteren 1997.

en geen vergoeding kunnen krijgen als de ongemakken die men van het overheidshandelen ondervindt 'are not excessively important and affect the population as a whole'.

Ruim vijfentwintig jaar later kan worden geconstateerd dat de nationale rechtsstelsels in de EU, zij het niet altijd in dezelfde mate, alle beschikken over de mogelijkheid om de overheid uit onrechtmatige daad aansprakelijk te houden (§ 12.3.3). Met de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad is het zo ver niet gekomen. In een minderheid van de lidstaten wordt deze vorm van aansprakelijkheid erkend zonder dat de wetgever zich daarover hoeft uit te spreken, maar met de *FIAMM*-uitspraken heeft het Hof dit regime op EU-niveau eenvoudigweg afgeschaft. Met anderen meen ik dat de redenen van het Hof om hiertoe over te gaan, niet overtuigen en dat in het bijzonder het beroep op de kennelijk gebrekkige inbedding van het stelsel van nadeelcompensatie op nationaal niveau het Hof niet tot dit arrest had hoeven dwingen.[345] Een eventuele erkenning van de égalité zou wellicht hebben betekend dat het Hof een regime zou hebben aanvaard dat enigszins indruiste tegen de rechtstraditie van het merendeel van de lidstaten, maar het is de vraag of de benadering van het Hof in het *FIAMM*-arrest, waarin het de verworvenheden van de lidstaten die de égalité wel erkennen, terzijde stelt, meer recht doet aan de strekking van art. 340 VwEU. De vingerwijzingen die het Hof wel meegeeft in het *FIAMM*-arrest over de nog wel bestaande mogelijkheden tot nadeelcompensatie zijn niet meer dan een pover doekje voor het bloeden. *De facto* is het resultaat namelijk dat buitenwettelijke nadeelcompensatie in eerste instantie een nationaalrechtelijke kwestie blijft, nu het eigendomsrecht nauwelijks tot betekenende jurisprudentie heeft geleid. Beziet men het geheel aan nog resterende schadevergoedingsmogelijkheden, dan is dit niet bepaald een toonbeeld van een fraai stelsel van rechtsbescherming. In het bijzonder in de sfeer van internationale sancties is het resultaat wrang. Ondanks de volstrekte onvoorzienbaarheid van de schade, de grote omvang daarvan en het feit dat het gedrag van de gesanctioneerde op geen enkele manier aanleiding was tot het schadeveroorzakende handelen, bestaat geen recht op schadevergoeding, noch op grond van de égalité, noch op grond van het eigendomsrecht.[346]

345 Meijer 2009, p. 156, Zonnekeyn 2008, p. 363 e.v. Zie ook de conclusie van Maduro bij het arrest.

346 Zie ook HvJ EG 30 juli 1996, zaak C-84/95, *Jur*. 1996, p. I-3953 (*Bosphorus*). In die zaak was een sanctie bij een onschuldige derde aan de orde, namelijk een Turkse luchtvaartmaatschappij die een Joegoslavisch vliegtuig had geleast. Dit vliegtuig werd in beslag genomen door de Ierse overheid, die daartoe op grond van een EEG-verordening bevoegd was. Het Hof zag hierin geen schending van het eigendomsrecht, zelfs al was Bosphorus volkomen te goeder trouw en was zij op geen enkele manier verantwoordelijk voor de situatie naar aanleiding waarvan de sancties waren ingesteld (§ 22); zie ook Bulterman 2004, p. 228). In de latere procedure bij de Grand Chamber van het EHRM had Bosphorus met zijn beroep op art. 1 EP EVRM geen succes (30 juni 2005, appl.no. 45036/98). Zie over het Nederlandse regime aangaande nadeelcompensatie bij de oplegging van internationale sancties Kuyper 1980, p. 319 e.v.

Het probleem van het ontbreken van een recht op nadeelcompensatie op EU-niveau – want dat is het vanuit een perspectief van rechtsbescherming mijns inziens wel degelijk – is niet een probleem van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad alleen. In het licht van de hoge drempels voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en de zeer beperkte bescherming die aan het eigendomsrecht kan worden ontleend, zou een aansprakelijkheid op grond van de égalité naar de huidige stand van het EU-recht een vreemde eend in de bijt zijn geweest. De wijze waarop het Hof de 'voorzienbaarheid' en de 'normale ondernemersrisico's' interpreteert, is naar mijn idee strenger dan de interpretatie van deze begrippen op nationaal niveau. Bij de voorzienbaarheid schuilt die hogere drempel vooral in het feit dat het Hof niet of nauwelijks ruimte lijkt te zien voor een redenering waarbij een schending van gerechtvaardigde verwachtingen schuilt in een bepaalde *uitvoeringsmodaliteit* van de maatregel (bijvoorbeeld de zeer korte termijn waarbinnen een maatregel van kracht werd). Wanneer van een onvoorzienbaar nadeel wel sprake is, kan het criterium van de normale ondernemersrisico's nog roet in het eten gooien (§ 12.5.5.1). Het is in dit licht zeer de vraag of een erkenning van de égalité *de facto* iets zou hebben uitgemaakt. Als de égalité alleen iets te bieden zou hebben in zaken waarin de schadeveroorzakende maatregel een 'onteigenend karakter' heeft, zoals Tridimas terecht vermoedt,[347] voegt zij immers weinig toe aan de bescherming die thans reeds uit het eigendomsrecht voortvloeit. Alvorens dit type aansprakelijkheid op EU-niveau iets kan voorstellen, is het al met al niet alleen nodig dat in meer lidstaten een dergelijk regime wordt erkend, maar bovenal dat het Hof ook zelf ruimte ziet voor een interpretatie van de égalité die meer in lijn is met de interpretatie daarvan door de nationale rechter.

Tot het zo ver komt dat aan beide voorwaarden is voldaan – en dat is eerder een kwestie van decennia dan van jaren – zal de boodschap van het *FIAMM*-arrest beklijven, en die is dat nadeelcompensatie op EU-niveau in eerste instantie een politieke kwestie is. Aan het slot van deze verkenning wil ik nog één voorbeeld noemen dat dit treffend illustreert. Het ging hierin niet om een rechtstreekse toekenning van schadevergoeding uit hoofde van art. 340 VwEU, maar om een door de Commissie gegeven beschikking. Aanleiding tot deze beschikking was de penibele situatie die was ontstaan voor ongeveer 700 Spaanse en Portugese vissers die visten in de wateren onder soevereiniteit of jurisdictie van Marokko. De oorzaak van hun schade lag niet in een normatieve handeling, maar in de opzegging van een tussen de Gemeenschap en Marokko gesloten overeenkomst op het gebied van de zeevisserij. Er werd besloten tot tussentijdse opzegging van deze overeenkomst per 30 april 1995, met de intentie om een nieuwe overeenkomst per 1 mei 1995 in te laten gaan. Omdat het echter niet mogelijk was gebleken de onderhandelingen *voor* laatst-

347 Tridimas 2006, p. 495.

genoemde datum af te ronden, en de vissers hun activiteit wel al per 30 april hadden moeten stopzetten, ontstond voor hen – in de woorden van de Raad – 'een uitzonderlijke en buitengewoon ernstige situatie'. Voor de schade die direct voortvloeide uit het niet hernieuwen van de overeenkomst, werd daarom bij beschikking een vergoeding gegeven. Volgens de Raad was voor de verlening van deze compensatie mede bepalend het feit dat door de plotselinge stopzetting 'een ernstige verstoring van de economie' dreigde. Het belang van dat aspect voor de verdere ontwikkeling van het nadeelcompensatieleerstuk op het EU-niveau kan mijns inziens moeilijk worden onderschat. Hoewel het gebruikelijk is om nadeelcompensatie als een soort 'pleister op de wonde' te zien, bedoeld voor gevallen waarin een individu een onevenredige bijdrage moet leveren aan de behartiging van het algemeen belang, mag worden verwacht dat nadeelcompensatie op EU-niveau vooral een rol zal spelen als de economische belangen van de Unie zelf op het spel staan.

12.8 Conclusie

In dit hoofdstuk is stilgestaan bij de rol van het égalitébeginsel als rechtsgrond voor de aansprakelijkheid van de Europese Unie. De égalité nam aanvankelijk een vrij belangrijke rol in binnen het aansprakelijkheidsregime van de EG op een terrein waarop men dit wellicht niet zou verwachten: de aan het égalitébeginsel verbonden voorwaarden van een speciale en abnormale last werden door de gemeenschapsrechter als oriëntatiepunt aangegrepen om te beoordelen of een schending van het gemeenschapsrecht 'voldoende gekwalificeerd' was. Volgens Gerecht en Hof hing dit lange tijd mede af van de vraag of de schade drukte op een beperkte groep ondernemingen en uitsteeg boven de aan de sector inherente risico's. Het aldus vermengen van de voorwaarden voor de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad met die uit onrechtmatige daad – en de daarvan uitgaande suggestie dat er zoiets bestaat als 'normale schade' ten gevolge van een *on*rechtmatige daad – stuitte bij veel schrijvers op kritiek. Uiteindelijk koos het Hof ervoor zijn koers te verleggen en de beoordelingsruimte centraal te stellen. Alleen een kennelijke en ernstige miskenning van de grenzen van de discretionaire bevoegdheid kan sinds het *Bergaderm*-arrest tot aansprakelijkheid leiden. Met deze rechtspraak wordt de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad beschouwd als een eigenstandig leerstuk met eigen criteria, in beginsel los van de aan het égalitébeginsel verbonden criteria.

Daarmee was in principe de weg vrij om een zelfstandig leerstuk van nadeelcompensatie op EU-niveau te ontwikkelen, waarbij het égalitébeginsel zijn geëigende rol zou spelen als zelfstandige rechtsgrond voor 'echte' rechtmatige daden. In de rechtspraak heeft de égalité echter nooit als een expliciet erkende toetsingsmaatstaf voor schade door rechtmatig handelen gefungeerd. Gerecht en Hof hielden het lange tijd bij 'bevestigen noch ontkennen': dat de égalité ook echt werd erkend, stelden zij niet met zoveel woorden, hoewel

wel aan de égalitécriteria werd getoetst. Die materiële toets, waarvoor het Gerecht en Hof overduidelijk inspiratie zochten bij de rechtspraak van de Franse bestuursrechter, voedde speculaties in de literatuur over de vraag of ook op EU-niveau een recht op nadeelcompensatie denkbaar was en zo ja, wat daarvan de contouren zouden zijn.

Zeker is dat het eventuele bestaan van dit recht in enige mate afhankelijk was van de wijze waarop dit recht op het niveau van de lidstaten is geregeld. Art. 340 VwEU stelt immers als voorwaarde dat de aansprakelijkheid van de EU wordt beoordeeld 'overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben'. Daarom is bekeken hoe het recht op nadeelcompensatie in de lidstaten van de EU is geregeld. Gebleken is dat in negen lidstaten (namelijk, naast Nederland, Frankrijk, Duitsland, België, Luxemburg, Spanje, Portugal, Estland en Polen) een algemeen recht op nadeelcompensatie bestaat. Dat kan bij wet zijn geregeld, maar ook, zoals in Nederland en Frankrijk, buitenwettelijk zijn gebleven. Een recht op nadeelcompensatie bestaat vaak met name indien de schade ontstaat door de rechtmatige uitoefening van discretionaire bevoegdheden. In sommige landen, waaronder Nederland, Frankrijk, Duitsland, Portugal en Spanje, moet daaronder ook wetgevend handelen worden begrepen. Het recht op nadeelcompensatie is niet altijd, zoals in Frankrijk en Nederland, op het égalitébeginsel gebaseerd, maar soms ook op verwante figuren, zoals de opofferingsgedachte (Portugal, Duitsland) of een regime *sui generis* (Spanje). In de overige lidstaten concentreert de aansprakelijkheid van de overheid zich rond de onrechtmatige daad, en is een eventueel recht op nadeelcompensatie telkens bij wet geregeld, waarbij het eigendomsrecht (in het bijzonder van belang bij onteigening) meestal grondwettelijk is gewaarborgd.

In het *FIAMM*-arrest heeft het Hof het regime van deze laatste landen overgenomen en dit als 'nieuwe' (maar *de facto* reeds fungerende) minimumnorm aanvaard. Onder afwijzing van een rechtstreeks op art. 340 VwEU te baseren recht op nadeelcompensatie, stelt het Hof dat een recht op schadevergoeding kan bestaan als het eigendomsrecht is geschonden en als de EU-wetgever aanleiding heeft gezien tot het treffen van een regeling. Een behoefte aan een afzonderlijke erkenning van de égalité ziet het Hof daarnaast niet, en wel om twee redenen. De eerste is dat de onontbeerlijke vrijheid van de Instellingen bij het voeren van beleid in de weg staat aan een recht op nadeelcompensatie. De hoge drempel om de Unie uit onrechtmatige daad aansprakelijk te kunnen houden (een 'kennelijke en ernstige miskenning van de grenzen van de discretionaire bevoegdheid') wordt door het Hof aangegrepen om zelfs de mogelijkheid van nadeelcompensatie op EU-niveau uit te sluiten. De vrees is kennelijk dat een erkenning van de égalité tot zoveel schadevergoedingsclaims zou leiden dat dit de Instellingen in hun beleid zou kunnen belemmeren. Het tweede argument is rechtsvergelijkend van aard: de geringe mate van convergentie in de erkenning van de égalité op het niveau van de lidstaten,

in het bijzonder waar het gaat om de uitoefening van discretionaire bevoegdheden, is voor het Hof aanleiding dit regime vooralsnog niet over te nemen.

Ik heb betoogd dat op beide argumenten het nodige valt af te dingen. Het is de vraag of een verwijzing naar het normatieve karakter van een handeling voldoende reden is om zelfs de *mogelijkheid* tot nadeelcompensatie van de hand te wijzen. Bij de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad aanvaardde het Hof een tussenoplossing door deze wel te erkennen, maar afhankelijk van de mate van beoordelingsvrijheid hogere drempels voor aansprakelijkheid op te werpen. Ook bij het recht op nadeelcompensatie was dit te verdedigen geweest. Ook het argument van de geringe mate van convergentie overtuigt niet. Waar normaal gesproken als voorwaarde voor toepassing van het égalitébeginsel geldt dat er iets af te wegen en dus te verdelen valt, is dit voor het Hof nu juist een indicatie dat het égalitébeginsel *niet* van toepassing kan zijn. In de lidstaten waar de égalité wel wordt erkend, is het dan ook *juist* bij de uitoefening van discretionaire bevoegdheden vaak succesvol ingeroepen, hetgeen in een aantal staten (Frankrijk, Duitsland, Nederland) zelfs tot geslaagde claims bij rechtmatige wetgeving heeft geleid. Bij de interpretatie van art. 340 VwEU gaat het voorts niet om het vinden van de 'grootste gemene deler', maar om het vinden van een oplossing die strookt met de specifieke behoeften en kenmerken van de gemeenschappelijke rechtsorde (het gaat dus om een 'waarderende' rechtsvergelijking, niet om een kwantitatieve).

Bestaat op het niveau van de EG behoefte aan een leerstuk van nadeelcompensatie? Enerzijds kan men constateren dat er weinig belemmeringen zijn om ook op EG-niveau een recht op nadeelcompensatie te erkennen. De open bewoordingen van art. 340 VwEU, de zelfstandige functie van het beroep tot schadevergoeding (een 'onzelfstandig' recht op nadeelcompensatie heeft in de rechtspraak nooit een rol vervuld), *en* de erkenning van dit recht in een aantal lidstaten: het zijn allemaal indicaties dat dit leerstuk ook op EU-niveau op zichzelf een plek verdient. De niet ongegronde vrees voor een stortvloed aan schadeclaims zou daarbij niet doorslaggevend hoeven zijn. De mate waarin het Hof daar last van zal hebben heeft het immers zelf in de hand door aan de égalitécriteria een duidelijke invulling te geven en deze vorm van aansprakelijkheid dus goed te begrenzen. Bovendien kan men stellen dat het vooruitzicht van schadeclaims de Instellingen ook kan stimuleren tot zorgvuldiger besluitvorming.

Kijkt men naar de invulling die het Hof tot op heden aan de voorwaarden voor het bestaan van een recht op nadeelcompensatie heeft gegeven, dan men zich anderzijds afvragen of de égalité wel aansluit op de specifieke behoeften en de kenmerken van de gemeenschappelijke rechtsorde. Het feit dat de vraag naar het bestaan van een mogelijk recht op nadeelcompensatie vooral is opgekomen naar aanleiding van perikelen in de Wereld Handels Organisatie, waar specifieke beperkingen gelden om de Unie aansprakelijk te kunnen stellen, doet vermoeden dat er vooral behoefte bestond aan een redelijke oplossing voor de onschuldige slachtoffers van retaliatiemaatregelen. Zelfs

als het Hof voor die zaken een aansprakelijkheid *wel* zou hebben erkend, dan zou het de vraag geweest zijn of de égalité voor 'normale' rechtmatige normatieve handelingen veel betekend zou hebben. Vanuit die optiek kan worden vastgesteld dat de specifieke kenmerken van de Unie niet bepaald het meest geëigende kader vormen voor een bloeiende égalitédoctrine. De schaarse voorbeelden van succesvolle nadeelcompensatieclaims in Frankrijk bij economisch dirigisme hebben laten zien dat nadeelcompensatie en economische wetgeving geen gelukkig huwelijk vormen. Ongelijkheden in de verdeling van lasten worden veelal beoogd, zodat het lastig is aan te tonen dat men speciaal benadeeld is. Het betoog dat men ten opzichte van anderen onevenredig zwaar benadeeld wordt zal vermoedelijk alleen succes hebben als de ongelijkheid niet inherent voortvloeit uit en derhalve niet nodig is voor het algemeen belang dat de EU-instelling met haar maatregel beoogt te dienen.

Een studie van de interpretatie van het criterium van de abnormale last laat voorts zien dat zelfs als de *spécialité*-horde is genomen, de noodzaak voortdurend bestaande regels te kunnen wijzigen, een contra-indicatie vormt om te kunnen stellen dat een maatregel onvoorzienbaar was of op een onvoorzienbare wijze werd uitgevaardigd. Voor zover specifieke eigenschappen van een bedrijf zelf tot bijzonder grote verliezen leiden, zal voorts de drempel van de aan de sector 'inherente risico's' aan aansprakelijkheid in de weg staan. Een onvoorzienbaar nadeel is in de visie van het Hof steeds een nadeel dat in strijd is met een situatie die het Hof zelf heeft gecreëerd, door een concrete toezegging te doen of voor een specifieke situatie een wettelijke voorziening te creëren en die vervolgens niet toe te passen. Het is niet goed in te zien hoe een handeling die aan al deze kenmerken voldoet nog rechtmatig zou kunnen worden genoemd. Al met al kan men zich afvragen of de drempels die het Hof in zijn jurisprudentie heeft ingebouwd, niet gewoonweg onverenigbaar zijn met een op EU-niveau bestaand recht op nadeelcompensatie. Een voorwaarde voor een *de facto* functionerend buitenwettelijk stelsel van nadeelcompensatie op EU-niveau is dan ook dat het Hof meer ruimte laat voor een interpretatie van de égalité die meer in lijn is met de wijze waarop de nationale rechters haar interpreteren.

Het *FIAMM*-arrest van het Hof lijkt niet uit te sluiten dat voor andere dan normatieve handelingen wel een recht op nadeelcompensatie kan bestaan. Een analyse van de mogelijkheden tot nadeelcompensatie na dit arrest leert echter dat de égalité niet meer dan een zeer marginale rol zal kunnen spelen bij schade door rechtmatige EU-handelingen. Het Hof vat het begrip 'normatieve handelingen die economische beleidskeuzes impliceren' breed op; ook op basis van een discretionaire bevoegdheid gegeven beschikkingen worden in principe als normatieve handeling aangemerkt. Gevallen waarin een zuiver uitvoerende administratieve handeling een speciaal en abnormaal nadeel veroorzaakt, zijn evenwel niet goed voorstelbaar. Wel is het gezichtspunt dat een schade niet behoort tot de aan de sector inherente risico's relevant in het kader van een beroep op het eigendomsrecht. Ook van de bescherming die aan dit recht kan

worden ontleend moet men niet al te hooggespannen verwachtingen hebben; tot op heden werd het één keer geslaagd ingeroepen.

Tot slot kan worden opgemerkt dat dit niet noodzakelijk betekent dat ondernemers in een gemeenschappelijke rechtsorde per definitie geen vergoeding kunnen krijgen voor schade naar aanleiding van rechtmatige daden met een achtergrond in het EU-recht. Zo hadden de schadeoorzaken in twee klassiekers uit de jurisprudentie van de Hoge Raad – het *Leffers*- en het *Harrida*-arrest – beide een EU-rechtelijke achtergrond. Duidelijk is echter dat deze mogelijkheid na *FIAMM* afhankelijk blijft van de vraag of op nationaal niveau een wettelijk of buitenwettelijk recht op nadeelcompensatie wordt erkend. De commissie komt aan het uiteenlopen van de rechtsbescherming binnen de EU soms enigszins tegemoet doordat zij, met name bij schade in het kader van de bestrijding van besmettelijke dierziekten, uit eigen beweging overgaat tot vergoeding van schade ten gevolge van rechtmatige bestrijdingsmaatregelen. Deze praktijk laat ook zien in welke context het nadeelcompensatieleerstuk in de praktijk van de Instellingen waarschijnlijk het meeste zal blijven betekenen, namelijk daar waar nadeelcompensatie eraan kan bijdragen dat de economische belangen van de Unie niet op het spel komen te staan.

Deel IV

Afronding

13 Aandachtspunten voor een wettelijke regeling van nadeelcompensatie

13.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk zal worden stilgestaan bij de vraag naar de gevolgen die de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken hebben voor een toekomstige wettelijke regeling van nadeelcompensatie. Dat een dergelijke regeling aanstaande is, lijkt zonder meer te kunnen worden aangenomen. Op 17 november 2004 heeft toenmalig minister Donner van Justitie in antwoord op Kamervragen te kennen gegeven dat er een Studiegroep in het leven zou worden geroepen, die met voorstellen zou moeten komen voor een regeling van overheidsaansprakelijkheid in de Algemene wet bestuursrecht.[1] De Studiegroep werd in april 2005 ingesteld en op 5 juni 2007 kwam zij met haar voorstel, voluit het Voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad (hierna: het Voorontwerp).

Op het moment dat dit boek ter perse ging, was er een ontwerpwetsvoorstel, waarover de Raad van State reeds had geadviseerd. Deze stukken waren nog niet openbaar. Het is vanzelfsprekend niet uitgesloten dat het wetsontwerp op onderdelen tot andere keuzes komt dan het Voorontwerp van de studiegroep. Over veel van de in deze tekst genoemde uitgangspunten – in het bijzonder de codificatie van het égalitébeginsel en de wens tot een concentratie van het nadeelcompensatieleerstuk bij de bestuursrechter – bestaat echter een zodanig brede overeenstemming, dat het Voorontwerp een geschikt vertrekpunt vormt voor het formuleren van enige aandachtspunten bij het concipiëren van een wettelijke regeling van nadeelcompensatie. De kernbepaling van dit ontwerp luidt als volgt:

> Artikel 4.5.1
> 1. Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak schade veroorzaakt die uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico en een benadeelde in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan de benadeelde op zijn aanvraag een vergoeding toe.
> 2. Schade blijft in elk geval voor rekening van de aanvrager voor zover:
> a. hij het risico van het ontstaan van de schade heeft aanvaard,

---

1 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 18, p. 10-11. Deze studiegroep werd voorgezeten door de regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht, prof.mr. M. Scheltema. Zie *O&A* 2007, 4, p. 116 voor een opsomming van de leden van de studiegroep.

> b. hij heeft nagelaten redelijke maatregelen ter voorkoming of beperking van schade te nemen, of
> c. de vergoeding van de schade anderszins is verzekerd.
> 3. Indien een schadeoorzaak als bedoeld in het eerste lid tevens voordeel voor de benadeelde heeft opgeleverd, wordt dit bij de vaststelling van de te vergoeden schade in aanmerking genomen.

In dit hoofdstuk beperk ik mijn commentaar tot dit artikel. Eerst wil ik stilstaan bij de fundamentele vraag of de wetgever er wel verstandig aan doet om het égalitébeginsel te codificeren. Sommige schrijvers menen dat de wetgever er beter aan zou doen om te kiezen voor een bredere grondslag, die is gelegen in het evenredigheidsbeginsel. Op die manier zou het probleem dat er niet altijd een aanwijsbare referentiegroep aanwezig is, worden ondervangen. In § 13.2 zal ik eerst betogen dat deze referentiegroepproblematiek geen aanleiding zou moeten zijn om uit te gaan van een breder evenredigheidsbegrip. Uitgaande van de wenselijkheid om in de Awb het égalitébeginsel te codificeren, sta ik vervolgens stil bij enkele vragen die het Voorontwerp oproept. Eerst bespreek ik de inhoud van de begrippen 'rechtmatig' en 'publiekrechtelijke bevoegdheid of taak' (§ 13.3). Daarna komt de wijze waarop de materiële criteria voor nadeelcompensatie in het ontwerp zijn gecodificeerd aan bod (§ 13.4). In § 13.5 maak ik enkele opmerkingen over de gevolgen van deze regeling voor bijzondere nadeelcompensatieregelingen. In § 13.6 houd ik een pleidooi voor een regeling van 'bijzondere gevallen', waarin, buiten de égalité om, een nadeelcompensatieplicht kan bestaan. In § 13.7 formuleer ik een alternatief voorstel voor een regeling van nadeelcompensatie, waarin de verschillende aandachtspunten en inzichten uit dit boek zijn verwerkt.

13.2 Een breder evenredigheidsbegrip als grondslag voor nadeelcompensatie?

De studiegroep heeft er, weinig verrassend, voor gekozen om in haar schets van een toekomstige wettelijke regeling het égalitébeginsel te codificeren. Op de opmerking in de toelichting dat de égalité naar huidig recht de meest uitgekristalliseerde grondslag is, kan weinig worden afgedongen. Toch is de stelling dat in de Awb de égalité zou moeten worden gecodificeerd, niet onomstreden. De vraag of de wetgever daar verstandig aan zou doen, lijkt in sterke mate af te hangen van de wijze waarop het criterium van de 'speciale last' wordt geïnterpreteerd. Dit criterium is volgens velen een element dat typisch is voor het égalitébeginsel, omdat daarin het vergelijkende karakter

van de égalité het meest pregnant tot uitdrukking komt.[2] Als het element van een vergelijking met andere burgers niet (duidelijk) kan verklaren waarom een nadeelcompensatieplicht bestaat, dan zoeken sommige schrijvers de grondslag in een ander beginsel, zoals het beginsel dat de overheid aansprakelijk kan zijn voor rechtmatig risicovol overheidsoptreden,[3] het materiële rechtszekerheidsbeginsel[4] of het evenredigheidsbeginsel.[5]

Hoewel aan de speciale last dus principiële betekenis wordt toegekend, wordt er in de literatuur ook mee geworsteld, omdat zich vaak situaties voordoen waarin met een vergelijking met anderen niet uit de voeten kan. Zo meent Van Buuren dat het égalitébeginsel niet concreet genoeg is. Steeds rijst volgens hem de vraag met welke andere burgers moet worden vergeleken. Hij ziet het *Leffers*-arrest als een voorbeeld waarin het égalitébeginsel zich *direct* laat toepassen. In gevallen waarin een vergelijking met een referentiegroep niet kan worden gemaakt, zijn in de rechtspraak volgens Van Buuren *tegen de achtergrond van het beginsel* enigszins betere toepasbare normen ontwikkeld.[6] Een rol als *directe* grondslag voor verplichtingen tot nadeelcompensatie lijkt hij echter niet voor het égalitébeginsel te zien weggelegd als een concreet vergelijkend evenredigheidsoordeel geen rol speelt.

Hoitink en Koetser zien in de problematische vergelijking met anderen een reden om een alternatief wetsvoorstel te formuleren:

> 'Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak schade veroorzaakt waardoor een burger in onevenredige mate in zijn belangen wordt geschaad, vergoedt het bestuursorgaan de benadeelde op zijn aanvraag het door hem geleden nadeel (nadeelcompensatie).'[7]

Hoewel Hoitink en Koetser dat niet expliciet stellen, moet er vanuit worden gegaan dat zij hier doelen op de 'evenredigheid in concreto' (ook wel evenredigheid in strikte zin), de fase in de belangenafweging waarbij de geschiktheid en de noodzakelijkheid van het overheidshandelen niet meer ter discussie staan.[8]

---

2 Zie bijv. Schueler 2002, p. 133, die stelt dat de keuze van de referentiegroep 'van doorslaggevende betekenis is voor het ontstaan van een verplichting tot nadeelcompensatie'. Van Ravels 2005a, p. 49 spreekt van 'een wezenlijk criterium voor de toepassing van [het égalitébeginsel].'

3 Van Maanen 2002, p. 67.

4 Van den Broek 2002, p. 227-230.

5 Hoitink 2002, p. 237 en 257 en Hoitink 2006.

6 Van Buuren 2009, p. 99.

7 Hoitink & Koetser 2007, p. 343.

8 Vgl. Hoitink 2002, p. 242. Net als Hoitink heb ook ik eerder gepleit voor een bredere grondslag (Tjepkema 2004, p. 20-22). Hoewel ik het met het betoog van Hoitink over de praktische bruikbaarheid van een vergelijking met anderen nog steeds in hoofdlijnen eens ben, zie ik daarin thans geen reden om naar een andere grondslag op zoek te gaan.

In hoofdstuk 7 heb ik geconcludeerd dat men de speciale last niet zo zou moeten interpreteren dat het *altijd* om een relevante vergelijking met andere burgers vraagt. De égalité staat zelfs niet in de weg aan de compensatie van grote groepen, ook zonder dat zich in zo'n situatie een vergelijking met anderen aandient. In het omgekeerde geval dat slechts een eenling wordt getroffen, kan worden betoogd dat de last per definitie – omdat slechts een enkeling wordt getroffen – speciaal is. Ook betoogde ik dat deze visie op de speciale last niet hoeft te betekenen dat vergelijkingen met anderen buiten beeld verdwijnen, zij het dat die dan op een meer abstract niveau plaatsvinden.[9] Door deze invalshoek te kiezen, is het feit dat een relevante vergelijking met anderen niet kan worden gemaakt, geen reden om te twijfelen aan de bruikbaarheid van de égalité.

Ook vanuit een andere optiek is het echter de vraag of het voorstel van Hoitink en Koetser navolging verdient. Een groot probleem bij de toepassing van deze bredere evenredigheidsnotie is dat het onduidelijk is hoe aan de hand daarvan moet worden bepaald of een recht op nadeelcompensatie bestaat. De Moor-van Vugt heeft gesteld dat het er bij deze maatstaf om gaat of 'bij de eindafweging blijkt dat een individueel belang te zeer benadeeld wordt in verhouding tot het voordeel voor het algemeen belang'. In haar optiek is daarbij onder meer het gewicht van het met het overheidshandelen gediende belang relevant.[10] Telkens zal het gewicht van het met het rechtmatig overheidshandelen gediende algemene belang dus moeten worden afgewogen tegen het gewicht van het individuele belang. Hoe deze afweging precies zal moeten plaatsvinden, is niet op voorhand duidelijk. Hoitink meent dat men per geval zal moeten bezien in hoeverre het algemeen belang *daadwerkelijk* tot het litigieuze rechtmatige handelen noopte. In haar visie zou eerder een recht op nadeelcompensatie bestaan als een bepaalde schade vooral de resultante is van een politieke keuze en het algemeen belang niet *dwingt* tot het schadeveroorzakende handelen.[11]

Het is de vraag of deze invalshoek de praktijk voldoende houvast biedt. Het gegeven dat rechtmatige besluitvorming in een democratie *geacht wordt* in het algemeen belang van de gehele samenleving te zijn, verdraagt zich slecht met een grondslag die voor het bestaan van een recht op nadeelcompensatie onderscheid beoogt te maken naar de mate waarin het algemeen belang al dan niet daadwerkelijk dwong tot het schadeveroorzakende handelen. Doorgaans is het moeilijk te bepalen in welke mate het algemeen belang met een bepaald handelen was gediend of hoe 'het voordeel voor het algemeen belang'

9 § 7.7.

10 De Moor-van Vugt 1995, p. 246-247 stelt dat 'de aard en het gewicht van het betrokken algemeen belang' relevant zou moeten zijn in het kader van de vraag wat van een burger aan nadeel door overheidshandelen kan worden 'gevergd'. Zie voor een vergelijkbaar geluid Kwakman 2003, p. 367.

11 Hoitink 2006, p. 44.

(De Moor-van Vugt) precies zou moeten worden bepaald. Een strikte toepassing van de vraag of het algemeen belang tot een bepaalde handelwijze *dwingt*, zou tot gevolg kunnen hebben dat bij handelen in noodsituaties (zoals in het *Leffers*-arrest) minder snel een recht op nadeelcompensatie bestaat. Vanuit dit perspectief is er in elk geval één groot voordeel van de égalité: bij de toets aan de speciale en abnormale last blijven lastige belangenafwegingskwesties buiten de deur.[12] Door het algemeen belang als zelfstandige toetsingsmaatstaf buiten beschouwing te laten, kan de rechter mijns inziens tot een genuanceerder en beter te voorspellen resultaat komen.

Nu kan men tegenwerpen dat ook in het kader van de toets aan de evenredigheid in concreto het normaal maatschappelijk risico een plaats kan krijgen. Probleem is echter dat dit criterium zijn centrale plaats als gezichtspunt verliest. Het normaal maatschappelijk risico is in het kader van een toets aan de evenredigheid in concreto niet langer het centrale criterium, maar slechts een van talloze gezichtspunten die relevant kunnen zijn bij de beoordeling van de vraag of de overheid aansprakelijk is. Daarmee kom ik bij een tweede bezwaar: het is niet ondenkbeeldig dat men bij een toets aan deze maatstaf tot andere, voor de burger minder gunstige resultaten komt dan bij de huidige toepassing van de égalité. De toets aan het eigendomsrecht en de in dat verband toe te passen *fair balance*-toets, die volgens Hoitink een goed voorbeeld biedt voor de wijze waarop ook op nationaal niveau moet worden beoordeeld of een recht op nadeelcompensatie bestaat, kan als illustratie dienen.[13]

> Hoitink werpt in haar oratie de vraag op of bij het doden en vernietigen van dieren een recht op schadevergoeding zou moeten bestaan.[14] Zij wijst op het arrest *Booker Aquaculture* van het Hof van Justitie. Daarin ging het om Britse aquacultuurbedrijven, die schade leden door de preventieve ruiming van vis. Zij vorderden vergeefs schadevergoeding van de EG-instellingen. Hoitink citeert de conclusie van A-G Mischo, waarin deze stelt dat draconische maatregelen die louter preventief worden opgelegd, wellicht in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel. De balans tussen het nagestreefde algemeen belang en de omvang van het offer zou in een dergelijk geval zijn inziens kunnen doorslaan in de richting van schadeloosstelling.

Volgens Hoitink zou aan de hand van deze laatste vraag ook moeten worden bezien of een recht op nadeelcompensatie bestaat. Echter, het Hof van Justitie, dat de claim van Booker aan het eigendomsrecht toetste, volgde de conclusie van Mischo op dit punt niet. Volgens het Hof was er geen sprake van een onevenredige aantasting van de belangen van de bedrijven, waarbij het Hof wees op enkele (aan het algemeen belang ontleende) omstandigheden waarvoor in een égalitétoets geen plaats zou zijn, te weten het feit dat de maatregelen die de betreffende richtlijn aan Britse viseigenaren oplegden 'werkelijk beant-

12 Vgl. Gerards 2006b, p. 158.
13 Hoitink 2006, p. 35 en 2007, p. 299.
14 Hoitink 2006, p. 36-37.

woorden aan doelstellingen van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft', dat de door de richtlijn voorgeschreven maatregelen urgent waren om te verzekeren dat er geen enkel gevaar voor verspreiding van de ziekten meer bestaat *en* dat die maatregelen juist de continuïteit van hun bedrijven bevorderden, doordat zij hun kwekerijen snel opnieuw konden bevolken.[15] In dit verband valt ook te wijzen op een vergelijkbare casus die speelde voor het CBB, waarin werd aangevoerd dat het doden van biggen in strijd zou zijn met art. 1 EP EVRM. Het CBB: 'De doding van de biggen is geen op zichzelf staande maatregel, doch is noodzakelijk en proportioneel met het oog op de realisering van de doelstellingen van de Regeling, ingeval deze wordt overtreden. Aldus zijn de maatregelen gerechtvaardigd op grond van het algemeen belang en niet in strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM.'[16]

Deze voorbeelden geven mij aanleiding te vermoeden dat bij een toets aan het evenredigheidsbeginsel waarschijnlijk in minder gevallen een nadeelcompensatieplicht zal worden aanvaard dan bij een toets aan het égalitébeginsel. Het bestuur zal immers al snel aan het algemeen belang argumenten kunnen ontlenen om het offer van het individu te rechtvaardigen. Weliswaar moet een uitgebreide overheidsaansprakelijkheid geen doel op zichzelf zijn, maar bij de keuze voor een bepaalde rechtsgrondslag zal men zich goed rekenschap moeten geven van de gevolgen daarvan voor de praktijk.[17] Dit alles doet op zichzelf niet af aan de juistheid van de constatering van Hoitink dat het 'vergelijkende' karakter van de égalité in veel uitspraken op de achtergrond blijft, maar de vraag is of de remedie (een toets aan het evenredigheidsbeginsel) niet erger is dan de kwaal (het probleem van de juiste referentiegroep).

Op basis van het voorgaande meen ik dat het naar de huidige stand van het recht de voorkeur verdient om in de Awb-regeling niet te kiezen voor de bredere grondslag als alternatief voor de égalité. Ik wil bepleiten *primair* de maatstaf van 'openbare last' te hanteren als afbakeningscriterium van het toepassingsbereik van de égalité, voor welk begrip ik verwijs naar § 5.2. Bij deze invalshoek wordt de toepasselijkheid van de égalité dus niet afhankelijk van de vraag naar de relevantie van de gekozen referentiegroep, maar van de vraag of aan het overheidshandelen een kenbare afweging van belangen is voorafgegaan, als onvermijdelijk gevolg heeft dat de belangen van (groepen) burgers worden geschaad. Deze invalshoek heeft als voordeel dat wordt

15 HvJ EG 10 juli 2003, gev. zaken C-20/00 en C-64/00, *Jur*. 2003, p. I-7411 (*Booker Aquaculture*).

16 CBB 18 november 2003, LJN AO1000.

17 Ik sluit niet uit dat de evenredigheid in concreto in de toekomst niet alsnog goede diensten zou kunnen bewijzen, bijvoorbeeld wanneer zou blijken dat de égalité door de bestuursrechter voor een groot aantal overheidshandelingen zodanig ruim wordt uitgelegd dat overheidsorganen daardoor in de financiële problemen komen. In een dergelijk scenario is het niet ondenkbaar dat de evenredigheid in concreto tot overheidsvriendelijker resultaten zou kunnen leiden, waarbij nog steeds aan schrijnende gevallen recht zou kunnen worden gedaan. Daartoe zal eerst echter de toekomstige égalitéjurisprudentie moeten worden afgewacht.

gewaarborgd dat op vergelijkbare overheidshandelingen (appellabele en niet-appellabele besluiten in de zin van de Awb en feitelijke (uitvoerings)handelingen in beginsel hetzelfde nadeelcompensatieregime van toepassing is. Al met al onderschrijf ik de keuze van de Studiegroep om het égalitébeginsel, en niet het evenredigheidsbeginsel als grondslag voor nadeelcompensatie in de Awb te codificeren. Daarvan uitgaande zal thans bij enkele andere elementen van de regeling worden stilgestaan.

13.3 De reikwijdte van de regeling

In deze paragraaf wil ik ingaan op twee kernvoorwaarden voor een recht op nadeelcompensatie, genoemd in art. 4.5.1 lid 1: de schade moet het gevolg zijn van de (1) *rechtmatige* uitoefening van (2) een *publiekrechtelijke bevoegdheid of taak* van een bestuursorgaan.

13.3.1 De eis van rechtmatigheid

De keuze voor de égalité impliceert noodzakelijkerwijs dat een aansprakelijkheid van de overheid slechts intreedt als het schadeveroorzakende handelen *rechtmatig* is. In deze paragraaf wil ik eerst verkennen of het mogelijk is dit begrip nader te omlijnen. Het zal blijken dat dit niet goed mogelijk is. Vervolgens doe ik een voorstel dat het makkelijker moet maken voor burgers om in één procedure zowel uit rechtmatige als uit onrechtmatige daad te procederen.

13.3.1.1 Wat is eigenlijk een rechtmatige overheidsdaad?

In de toelichting worden aan deze eis van rechtmatigheid weinig woorden vuil gemaakt.[18] De Studiegroep heeft zich er in elk geval niet aan gewaagd een omschrijving te geven van de vraag wanneer een overheidshandelen als 'rechtmatig' kan worden aangemerkt. Dat had ook niet voor de hand gelegen. Sieburgh heeft er terecht op gewezen dat er geen duidelijk positief juridisch kader is aan de hand waarvan de rechtmatigheid van bepaald gedrag kan worden vastgesteld. Zij stelt daarom een negatieve definitie voor: rechtmatigheid is niet meer of minder dan de afwezigheid van een onrechtmatigheidsgrond.[19] In aansluiting hierop heeft A-G Spier gesteld dat rechtmatigheid impliceert dat geen strijd bestaat met enig (geschreven of ongeschreven) rechtsbeginsel of rechtsregel.[20] Een poging tot een meer positieve duiding van het begrip 'rechtmatigheid' is afkomstig van Voermans, volgens wie het

18 Zie de betreffende passage op p. 17-18.
19 Sieburgh 2000, p. 28.
20 A-G Spier, conclusie bij HR 21 december 2001, LJN AB2739.

erom gaat of 'een overheidsinstantie binnen de grenzen van zijn taakstelling, de daarmee samenhangende bevoegdheid, en overigens binnen de grenzen die het geschreven en ongeschreven recht stelt aan de taakuitoefening blijft (…).'[21]

Anderen leggen vooral de nadruk op de formele kenmerken van een schadeveroorzakend handelen. Zo is gesteld dat een handelen rechtmatig is wanneer daartegen geen bezwaar of beroep meer mogelijk is en de schadeoorzaak dus rechtens onaantastbaar is.[22] Deze omschrijving sluit aan op de jurisprudentie over de formele rechtskracht: een niet aangevochten besluit wordt geacht in overeenstemming te zijn met 'de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen'.[23] Is een besluit niet aangevochten, ingetrokken of vernietigd, dan dient te worden uitgegaan van de rechtmatigheid daarvan. Uit de formele rechtmatigheid (het rechtens onaantastbaar zijn van een besluit) wordt derhalve een materiële rechtmatigheid (de overeenstemming met wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen) afgeleid; een gelijkschakeling die niet onomstreden is.[24] Gaat het om feitelijk handelen, dan ligt het voor de hand uit te gaan van de rechtmatigheid als in rechte niet wordt betwist dat dit handelen *on*rechtmatig zou zijn.[25]

Deze aanknopingspunten geven zeker enig houvast om te bepalen of een handelen rechtmatig is. Zij schieten uiteindelijk echter tekort als handvat voor de burger die met een overheidshandeling wordt geconfronteerd en aan wie nog rechtsmiddelen ten dienste staan om het besluit aan te vechten – bij appellabele besluiten dus in de periode voordat het besluit rechtens onaantastbaar wordt.

> Hoe lastig het kan zijn om te bepalen of een handeling rechtmatig of onrechtmatig is, blijkt goed uit een uitspraak over de schade die een bedrijf ondervond door werkzaamheden die waren uitgevoerd aan de A2 door Rijkswaterstaat. Het bedrijf stelde dat daarbij zeer waarschijnlijk grondwater aan één plaats was onttrokken en was verplaatst naar een lager gelegen terrein waar het bedrijf haar stekken had staan. Door de wateroverlast die op dat terrein ontstond, konden 170.000 stekken niet machinaal worden gerooid, waardoor het bedrijf schade leed. Rijkswaterstaat had het verzoek (ongemotiveerd) vereenvoudigd afgedaan, omdat de schade geen gevolg zou zijn van rechtmatig overheidsoptreden. Volgens de rechtbank hing de vraag of deze stelling juist was af van de rol van de voorzienbaarheid van de wateroverlast: was de calamiteit voorzienbaar en werd daar zonder goede reden

21 Voermans 1997, p. 196. Vgl. Van Maanen 2002, p. 16: '*In beginsel* rechtmatig zijn al die handelingen/besluiten van de overheid/bestuursorganen die op grond van en blijvend binnen de wettelijke kaders in het algemeen belang verricht worden.'

22 Van Ravels (losbl.- II), p. XXIX-80, Scheltema & Scheltema 2008, p. 437. Zie ook Van den Broek 2002, p. 15.

23 HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723, m.nt. MS, CBB 7 december 2006, LJN AZ4160, CBB 25 januari 2005, LJN AS5072.

24 Kortmann 2006, p. 197.

25 Van den Broek 2007, p. 121.

> niets tegen ondernomen, dan zou de schade zijn grondslag vinden in de onrechtmatige daad. Was dat niet het geval, dan zou appellant zich terecht op de Regeling Nadeelcompensatie Rijkswaterstaat hebben beroepen. Ter beantwoording van deze vraag gelastte de rechtbank nader onderzoek naar de aard, omvang en oorzaak van het gestelde nadeel.[26]

Dit voorbeeld laat zien dat het lastig kan zijn om *a priori* vast te stellen of schade voortvloeit uit rechtmatig of onrechtmatig overheidsoptreden. Dat er gevoelsmatig een groot verschil is tussen een overheidshandeling die in strijd is met een (on)geschreven rechtsplicht en daarmee onrechtmatig is en een overheidshandeling die juist conform de regels van het recht is en daarmee in het algemeen belang is, neemt niet weg dat de grenzen tussen rechtmatig en onrechtmatig in de praktijk vloeiend zijn. Tussen beide soorten vorderingen ligt geen waterscheiding, zoals ook andere schrijvers hebben opgemerkt.[27]

13.3.1.2 Pleidooi voor een nieuwe uitspraakbevoegdheid van de bestuursechter

De 'knip' die het Voorontwerp aanbrengt tussen rechtmatige en onrechtmatige daden kan ongewenste processuele consequenties hebben. Een burger die vergeefs de rechtmatigheid van een overheidshandelen heeft aangevochten en vervolgens wil trachten alsnog nadeelcompensatie te verkrijgen, zal per definitie twee procedures moeten volgen. Naar huidig recht is dat alleen zo wanneer het schadeveroorzakende handelen een appellabel besluit betreft. In dat geval immers zal het niet slagen van een vernietigingsberoep betekenen dat de burger voor zijn verzoek om nadeelcompensatie een zelfstandig schadebesluit moet aanvragen en daartegen weer rechtsmiddelen kan aanwenden. Is het schadeveroorzakende handelen niet-appellabel, dan heeft hij dit probleem niet. Zowel bij feitelijk handelen als bij schade door niet-appellabele besluiten is het mogelijk primair te stellen dat het handelen onrechtmatig is, en subsidiair om nadeelcompensatie te vragen, stellend dat het toebrengen van onevenredig nadeel het schadeveroorzakende overheidshandelen onrechtmatig maakt.

In de praktijk krijgt de civiele rechter geregeld te maken met dergelijke gecombineerde schadeclaims. Voorbeelden daarvan vindt men niet alleen indien de schadeoorzaak een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel is,[28] maar ook bij feitelijk handelen. Wanneer een winkelier wordt geconfronteerd met rioleringswerkzaamheden voor zijn deur waardoor hij lange tijd verminderd bereikbaar is, kan hij aanvoeren dat dit handelen onrechtmatig is omdat daar een mate van hinder uit voortvloeit die hij redelijkerwijs niet

---

26 Pres.Rb Den Bosch 29 december 1994, *AB* 1995, 182, m.nt. RMvM.

27 Vgl. Verheij 1999, p. 42, Backes 2008, p. 20. Zie ook Errera 1986, p. 172: 'Intellectually and legally the difference between abnormal loss (in cases of no-fault liability) and abnormal operation of the service showing the existence of a fault is not a wide one.'

28 Zie bijv. HR 10 juli 2009, LJN BI3452 (*British American Tobacco*), HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 231, m.nt. MS (*Krijco*).

hoeft te dulden. Hij kan echter ook stellen dat dit handelen op zichzelf rechtmatig is, maar dat hem wel een nadeelcompensatie voor zijn gederfde omzet moet worden gegeven.[29] Ook bij andere vormen van overlast, bijvoorbeeld ten gevolge van het wonen nabij een dagopvang voor drugsverslaafden,[30] een afvalstort voor huisvuil[31] of een moskee,[32] worden vorderingen die strekken tot een verbod van het schadeveroorzakende handelen vaak gecombineerd met verzoeken om nadeelcompensatie. Deze voorbeelden kunnen met talloze andere worden aangevuld.[33]

Benadrukt moet worden dat het concentreren van de rechtsmacht in nadeelcompensatiegeschillen bij de bestuursrechter vooral voordelen heeft. De keerzijde is echter dat juist bij claims verband houdend met niet-appellabele handelingen er voor de burger ook iets verloren gaat, namelijk de mogelijkheid om in één procedure zowel uit onrechtmatige als uit rechtmatige daad te procederen. Dit nadeel weegt niet op tegen de procedurele voordelen die met het Voorontwerp worden bereikt, maar de vraag is wel of er manieren zijn waarop procedurele hindernissen zo efficiënt mogelijk kunnen worden weggenomen. Mijns inziens zou het overweging verdienen om in nadeelcompensatiezaken de bestuursrechter een met art. 8:73 Awb vergelijkbare bevoegdheid te geven. Art. 8:73 Awb geeft de rechter de mogelijkheid, wanneer hij een vernietigingsberoep gegrond verklaard heeft, op verzoek van een partij het bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van de schade die die partij heeft geleden. Mocht het Voorontwerp wet worden, dan wordt de bevoegdheid van de bestuursrechter op dit punt flink ingeperkt: alleen wanneer de schade ten gevolge van een onrechtmatig besluit minder dan € 5.000 bedraagt, kan de burger ervoor kiezen om de bestuursrechter om schadevergoeding te verzoeken. In die zaken (waarin de bestuursrechter dus nog bevoegd blijft), is het vanuit een oogpunt van proceseconomie efficiënt als de rechter *direct* een uitspraak kan doen over het eventuele bestaan van een recht op nadeelcompensatie wanneer een burger vergeefs heeft getracht een besluit vernietigd te krijgen en een veroordeling van de overheid uit onrechtmatige daad dus niet slaagt. Overwogen zou moeten worden om in de Awb een uitspraakbevoegdheid neer te leggen die de bestuursrechter de bevoegdheid geeft uitspraak te doen over het eventuele bestaan van een recht op nadeelcompensatie. Dat voorkomt dat de burger opnieuw van voor af aan moet beginnen, een verzoek om een zelfstandig nadeelcompensatiebesluit moet indienen, en een niet ondenkbare rechtsgang tot in twee instanties zou moeten volgen.

---

29 Rb Rotterdam 16 april 2008, LJN BD7291, Hof Leeuwarden 22 maart 2006, LJN AV6488.

30 Rb Leeuwarden 27 februari 2002, LJN AD9649.

31 HR 12 september 2003, *JB* 2003, 282, m.nt. EvdL.

32 Rb Alkmaar 6 juli 2005, *JA* 2005, 70.

33 Zie onder veel meer Rb Haarlem 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 423 (munitievondst op strand), HR 5 januari 2001, LJN AA9312 (gokhal), Rb Rotterdam 14 mei 2008, LJN BD4148 (niet geschut woonschip), HR 15 oktober 2004, *JB* 2004, 387, m.nt. GEvM (einde aan bevoegdheid om in te enten).

Een mogelijk probleem hierbij kan zijn dat de rechter, na het vernietigingsberoep te hebben afgewezen, onvoldoende inzicht heeft in de feiten om een goed gefundeerd oordeel over het bestaan van een recht op nadeelcompensatie te geven. Als dat het geval is, dan ligt het voor de hand toch eerst het bestuursorgaan een oordeel te laten geven over het bestaan van een recht op nadeelcompensatie, eventueel na raadpleging van een deskundigen. Een ander probleem – een dat zich thans al vaak bij art. 8:73 Awb voordoet – is dat de rechter op het moment dat het verzoek om nadeelcompensatie wordt gedaan, nog geen inzicht heeft in de omvang van de schade. Dit probleem schat ik lager in dan bij art. 8:73-acties, aangezien er geen nieuw besluit hoeft te worden genomen, maar een reeds genomen besluit gewoon in stand blijft. Omdat niettemin niet is uitgesloten dat op dit punt toch te weinig duidelijk is, kan hier ook niet sprake zijn van een verplichting, maar moet een eventueel toe te voegen uitspraakbevoegdheid aan de Awb, net als het huidige art. 8:73 Awb, een facultatief karakter dragen. Bepaald zou dus moeten worden dat de rechtbank (dezelfde rechtbank als die het vernietigingsberoep heeft afgewezen) op verzoek van een partij het bestuursorgaan tot het toekennen van nadeelcompensatie *kan* veroordelen indien het beroep tegen het besluit ongegrond is verklaard en er voor schadevergoeding gronden zijn. Net als bij het huidige art. 8:73 lid 2 Awb zou er ook een schadestaatprocedure mogelijk moeten worden gemaakt.

Een dergelijke bevoegdheid lost in elk geval voor een deel van de schadeclaims het probleem van het stapelen van procedures op. Een oplossing biedt het niet voor schadeclaims naar aanleiding van (beweerdelijk onrechtmatige) besluiten, voor zover de schade uitstijgt boven de € 5000 en evenmin voor claims naar aanleiding van feitelijk en niet-appellabel handelen. Voor die gevallen ligt het niet voor de hand de bestuursrechter bevoegd te maken om het bestuursorgaan tot het betalen van nadeelcompensatie te veroordelen, aangezien hij met het feitencomplex niet bekend is en een bestuursorgaan zich nog niet over het bestaan van een recht op nadeelcompensatie heeft kunnen uitspreken. Maar juist voor de gevallen waarin de rechter *wel* bekend is met de feiten van de zaak en over de omvang van de schade geen verschil van mening bestaat, verdient een met art. 8:73 Awb vergelijkbare bepaling voor zover het gaat om verzoeken om nadeelcompensatie serieuze overweging.[34]

13.3.2 De uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak

Voor de reikwijdte van de nadeelcompensatieregeling is eveneens van belang dat schade het gevolg moet zijn van de uitoefening van een publiekrechtelijke

34 Dit sluit ook goed aan op de discussie over de uitbreiding van de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter. Zie ook het Rapport van de Commissie Rechtsbescherming van de VAR 2004, p. 130-132.

bevoegdheid of taak. In deze paragraaf wil ik stilstaan bij de reikwijdte van deze zinsnede.

13.3.2.1 Een 'publiekrechtelijke bevoegdheid of taak'

Met de brede formulering van 'de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak' heeft de Studiegroep beoogd om *in elk geval* de 'normale' publiekrechtelijke bevoegdheden binnen de rechtsmacht van de bestuursmacht te brengen, dat wil zeggen die bevoegdheden die – krachtens attributie, delegatie of mandaat – worden ontleend aan een wettelijk voorschrift. Dergelijke gevallen vallen thans al binnen de bevoegdheid van de bestuursrechter, die sinds de *Van Vlodrop*-jurisprudentie immers bevoegd is om kennis te nemen van compensatiebesluiten voor zover de schade is ontstaan 'in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding'. Dit wordt het vereiste van 'materiële connexiteit' genoemd. In de regeling ontbreekt een verwijzing naar de processuele connexiteit, zodat zij ook van toepassing is op de uitoefening van niet- appellabele publiekrechtelijke bevoegdheden, zoals algemeen verbindende voorschriften en bij besluit vastgestelde beleidsregels.

Voor de nadeelcompensatiepraktijk van groot belang is bovendien dat binnen het bereik van deze omschrijving ook *niet* op enig rechtsgevolg gerichte handelingen van het bestuur vallen. Met de toevoeging dat de regeling ook ziet op de uitoefening van publiekrechtelijke *taken* is immers gewaarborgd dat ook feitelijke (uitvoerings)handelingen onder het bereik van de regeling vallen en daarmee binnen de rechtsmacht van de bestuursrechter belanden.[35] Hiermee worden belangrijke voordelen geboekt. De beperkte bevoegdheid van de bestuursrechter dwong burgers bij bepaalde overheidshandelingen, zonder dat dit logisch volgt uit de aard van die handelingen, een langere en veelal dure (civiele) procedure te volgen dan wanneer zij door een ingevolge de Awb appellabel besluit schade lijden. Dit knelde met name in de gevallen waarin de schade wordt veroorzaakt door een *complex* van schadeoorzaken, te weten feitelijk handelen en bestuurlijk handelen. Om de schade voor deze verschillende oorzaken vergoed te krijgen, waren burgers gedwongen verschillende rechterlijke procedures te starten.[36] Met name in de sfeer van de uitvoering van grote infrastructurele projecten is van dergelijk gecombineerd handelen vaak sprake.[37] Het is onmiskenbaar een van de grootste winstpunten van de nieuwe nadeelcompensatieregeling dat het niet meer nodig zal zijn om in zulke situaties verschillende procedures te volgen. Ook de Studiegroep bena-

35 Damen e.a. 2009, p. 182-183.
36 Zie de kritische noot van Verheij onder ABRvS 23 juli 2003, *AB* 2004, 275.
37 Toelichting, p. 11, p. 17-18.

drukt terecht de winst die wordt geboekt met een regeling die de eis van processuele connexiteit laat vallen.[38]

Het laten vervallen van de eis van processuele connexiteit impliceert dat voor de burgerlijke rechter voor een belangrijke categorie handelingen geen rol meer zal zijn weggelegd. Door onomwonden te erkennen dat ook voor feitelijk handelen een actie uit rechtmatige daad kan worden gestart, zal het niet meer nodig zijn om voor een specifieke categorie handelingen de égalité te 'operationaliseren' over de band van de onrechtmatige daad.[39] Een ander gevolg is dat afscheid kan worden genomen van de *Metroschade*-jurisprudentie.[40] Justitiabelen zullen immers niet langer afhankelijk zijn van het bestaan van een gepubliceerde beleidsregel, wil voor feitelijk handelen een publiekrechtelijke grondslag worden aanvaard. Het verdient dan ook sterk aanbeveling dat de wetgever op dit onderdeel het voorstel van de Studiegroep volgt.

13.3.2.2 Privaatrechtelijk handelen

Het is vraag hoe in de toekomst zal worden omgegaan met schade ten gevolge van aan het *privaatrecht* ontleende bevoegdheden. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan schade in verband met het opzeggen van een huurovereenkomst met een winkelier in het kader van het beleid tot de verbetering van het stadshart. Ook kan worden gedacht aan de situatie dat de overheid een overeenkomst tot het gebruik van een bepaald vaarwater (dat de overheid in eigendom toekomt) opzegt, waardoor de exploitant van een pontje inkomsten derft. De toelichting bij het Voorontwerp stelt niets over een eventuele bevoegdheid van de bestuursrechter in geval de overheid op deze wijze gebruik maakt van haar krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden.

Het zal van de interpretatie van de bestuursrechter van het begrip 'publieke taak' afhangen of in de toekomst ook bij de bestuursrechter nadeelcompensatie zou kunnen worden geclaimd naar aanleiding van schadeoorzaken die een gemengd publiek en privaat karakter hebben. In de literatuur wordt door sommige auteurs een zeer brede interpretatie van het begrip 'publieke taak' verdedigd. Volgens Van der Hoeven valt onder de 'publieke taak' al het overheidshandelen waarmee een gemeenschapsbelang wordt behartigd, inclusief privaatrechtelijk handelen.[41] Ook Van Ommeren stelt dat de overheid *steeds* handelt ter uitvoering van een publieke taak, aangezien het algemeen belang betrokken is bij *iedere* overheidsactiviteit, derhalve niet alleen bij overeenkomsten die worden gesloten om bepaald overheidsbeleid te voeren, maar

38 Zie tamelijk recent nog HR 28 maart 2008, *NJ* 2008, 475, *JB* 2008, 105 en *TBR* 2009, 12 (*Asha*).
39 Aldus ook Schlössels 2007, p. 505.
40 ARRvS 16 mei 1986, *AB* 1986, 568, m.nt. PCEvW (*Metroschade*), ARRvS 18 november 1987, *AB* 1987, 554 (*Kromhout/Rijkswaterstaat*).
41 Van der Hoeven 1970, p. 193.

ook bij andersoortige overeenkomsten, zoals een koopovereenkomst tot aanschaf van computers of kantoormeubilair.[42]

Het is enigszins koffiedik kijken, maar ik vermoed dat de bestuursrechter het begrip 'publieke taak' niet zo breed zal opvatten dat alle overheidsovereenkomsten daartoe zullen worden gerekend. De jurisprudentie over het besluiten het bestuursorgaanbegrip geeft blijk van een beperkte opvatting van wat tot de 'publieke taak' behoort. In de opvatting van de Afdeling kan de overheid van alles doen wat *niet* bij de vervulling van de publieke taak hoort, waaronder het verrichten van (bepaalde) privaatrechtelijke handelingen.[43] Of de Afdeling de uitgangspunten in haar jurisprudentie inzake het bestuursorgaan- en het besluitbegrip ook zal toepassen op haar competentie in nadeelcompensatiezaken, moet worden afgewacht. Mijns inziens ligt het niet voor de hand om dit begrip zo breed op te vatten dat *alle* door de overheid verrichte privaatrechtelijke handelingen onder het bereik van art. 4.5.1 te laten vallen. Verondersteld mag immers worden dat met de opname van het criterium 'publiekrechtelijke bevoegdheid of taak' niet alleen is beoogd om de bevoegdheid van de bestuursrechter uit te breiden, maar ook om deze tot op zekere hoogte te begrenzen. Zou het criterium zo breed worden opgevat dat daaronder *al* het overheidshandelen valt, dan had het net zo goed niet in art. 4.5.1 kunnen worden opgenomen. De aard van de égalité-aansprakelijkheid brengt bovendien met zich dat het schadeveroorzakende handelen in elk geval *mede* publiekrechtelijk van aard dient te zijn, dat wil zeggen dat er sprake is van een bevoegdheid die exclusief aan de overheid en dus niet aan elke burger toekomt. In § 5.6 is verkend wanneer daarvan sprake zou kunnen zijn. Voltooid is de rechtsontwikkeling echter nog niet. Mocht de wetgever de omschrijving van een 'publiekrechtelijke bevoegdheid of taak' overnemen, dan lijkt het in elk geval onvermijdelijk dat ook in nadeelcompensatiezaken een eigen 'publieke taak'-jurisprudentie zal ontstaan.

13.3.2.3 Formele wetten

Formele wetten vallen buiten het bereik van de door de Studiegroep voorgestelde regeling. Omdat de formele wetgever geen bestuursorgaan is, ligt deze beperking voor de hand.[44] De Hoge Raad heeft niet willen weten van een toepassing van de égalité op formele wetten.[45] De égalité neemt in zoverre geen bijzondere positie in binnen de algemene rechtsbeginselen waar een formele wet aan zou kunnen worden getoetst. In hoofdstuk 10 heb ik betoogd dat dit een onbevredigende situatie is. Ten eerste is er alle aanleiding om voor de égalité wel een bijzondere plaats in te ruimen binnen de algemene rechts-

42 Van Ommeren 2003, p. 153.
43 Van Ommeren 2003, p. 154.
44 Toelichting, p. 18.
45 HR 20 maart 2009, *Gst*. 2009, 65, m.nt. Schutgens (*Meststoffenwet*).

beginselen, aangezien de rechter met de aanvaarding van een nadeelcompensatieplicht geen uitspraak doet over enige gedraging van de formele wetgever, doch alleen over de nadelige *gevolgen* van de toepassing van een formele wet, de rechtsgeldigheid waarvan dus niet ter discussie staat. Ten tweede schiet het argument dat art. 1 EP hier zonodig goede diensten kan bewijzen tekort. De erkenning van de mogelijkheid van égalitéclaims bij formele wetten stelt zeker dat justitiabelen wier eigendom niet in het geding is, maar die door de toepassing van een formele wet wel schade lijden, een rechtsgang wordt geboden om dit nadeel gecompenseerd te krijgen. De naar zijn aard tot inbreuken op eigendom beperkte bereik van art. 1 EP kan hier immers niet altijd soelaas bieden. Tot slot heb ik gewezen op de afwijkende toets van art. 1 EP ten opzichte van de égalité, die er vooral in schuilt dat bij art. 1 EP ook het algemeen belang een factor kan zijn die in het kader van een *fair balance*-toets aan compensatie in de weg kan staan.[46]

Ik zou een ontwikkeling toejuichen waarbij de bestuursrechter uiteindelijk de primair competente rechter zal zijn voor *alle* overheidshandelingen met een publiekrechtelijke achtergrond, derhalve ook voor daden van formele wetgeving. Diens expertise op het gebied van de égalité is onomstreden. Zeker als de bestuursrechter competent zal zijn terzake van algemeen verbindende voorschriften, zal het geen al te grote stap meer zijn om ook een bevoegdheid te creëren voor formele wetten. Hiermee zou wel een uitzondering worden aangebracht op de Awb-systematiek, aangezien de Awb thans slechts van toepassing is op het handelen van bestuursorganen en de formele wetgever geen bestuursorgaan is (art. 1:1 lid 2, sub a Awb). Dit scenario vergt derhalve een wetswijziging.

Een alternatief scenario is dat de Hoge Raad de weg effent voor bij de civiele rechter in te dienen égalitéclaims terzake van formele wetten. Ingrijpen van de wetgever is daarvoor dus niet vereist; wel dat de Hoge Raad een nuancering aanbrengt op het *Harmonisatiewet*-arrest en afstand neemt van de met het *Meststoffenwet*-arrest ingezette lijn. In mijn visie zijn er derhalve twee situaties waarin een toets aan algemene rechtsbeginselen mogelijk zou moeten zijn: in geval van niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden (een uitzondering die het *Harmonisatiewet*-arrest reeds mogelijk maakt) en in geval van aangevoerde strijd met het égalitébeginsel. Bij een toets aan de égalité blijft de wet als zodanig in stand en wordt zij ook toegepast op degenen die daardoor onevenredig benadeeld worden; van een 'relatieve' onrechtmatigheid is dus geen sprake. De juridisch meest zuivere oplossing zou zijn als de Hoge Raad onomwonden de mogelijkheid zou erkennen de égalité toe te passen op rechtmatige formele wetten. Mocht hij daartoe niet overgaan (in het licht van het gesloten stelsel van verbintenissen), dan zou de égalité-aansprakelijkheid vorm kunnen krijgen door toepassing van de *Lavrijsen*-constructie, waarbij

46 § 10.7.2.3.

het *toebrengen* van onevenredig nadeel als een onrechtmatige daad van de formele wetgever wordt gekwalificeerd.

13.3.2.4 Nalaten

Tot slot is van belang wat precies onder de *uitoefening* van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak dient te worden verstaan. De Studiegroep sluit terecht niet uit dat ook rechtmatig *nalaten* kan worden gerekend tot 'de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak'.[47] De Nederlandse jurisprudentie laat hier geen voorbeelden zien van succesvolle égalitéclaims, maar een reden om nadeelcompensatie ter zake van nalaten principieel van het bereik van de regeling uit te sluiten, zie ik niet.[48] Een meer uitdrukkelijke uitspraak van de wetgever is op dit punt echter gewenst.

Zoals in § 5.3.2.3 gesteld, kan naar huidig recht alleen een bevoegdheid van de bestuursrechter worden gecreëerd als het nalaten zijn beslag krijgt in de vorm van een besluit (tot het rechtmatig afzien van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid). Onder het regime van het Voorontwerp zal ook voor rechtmatig *feitelijk* nalaten de bestuursrechter bevoegd zijn, althans voor zover dit nalaten kan worden aangemerkt als de uitoefening van een publieke *taak*. Ook op dit punt breidt het Voorontwerp derhalve de bevoegdheid van de bestuursrechter uit.

13.4 De materiële criteria voor nadeelcompensatie

13.4.1 Inleiding

Het Voorontwerp is codificerend van karakter. Volgens de Studiegroep is dit ook gewenst, omdat het ontwerp daarmee bijdraagt aan de doelstellingen die de wetgever zich heeft gesteld bij het wettelijk vastleggen van algemene regels van bestuursrecht, te weten het codificeren van ontwikkelingen die zich in de jurisprudentie hebben afgetekend.[49] Ten aanzien van de materiële nadeelcompensatie*criteria* heeft dit geresulteerd in de opname van criteria die in vaste jurisprudentie hun waarde hebben bewezen: de onevenredigheid van de last in vergelijking met andere burgers, het normaal maatschappelijk risico, de risicoaanvaarding, de voordeelstoerekening en de schadebeperkingsplicht. Het kan niet worden betwist dat hiermee enkele zeer relevante criteria zijn 'gedekt'. Toch kunnen wel enige opmerkingen worden gemaakt over de wijze waarop dit is gebeurd. Daarbij hanteer ik de volgende uitgangspunten:

---

47 Toelichting, p. 17 en p. 24.
48 Aldus ook Hoitink en Koetser 2007, p. 339. Zie ook § 5.3.2.
49 Toelichting, p. 15-16.

1 De in de regeling opgenomen criteria dienen een goede neerslag te zijn van de criteria die volgens de jurisprudentie het meest relevant zijn.
2 De *verhouding* tussen de verschillende criteria moet helder zijn en goed worden weerspiegeld in de structuur van de regeling.
3 De regeling dient een verantwoorde *selectie* te bevatten van de relevante criteria. De voor de praktijk meest belangrijke criteria dienen daarin in elk geval te zijn opgenomen. Als sommige criteria niet zijn opgenomen, moet uit de toelichting af te leiden zijn waarom daarvoor is gekozen.

In deze paragraaf wil ik bespreken in hoeverre het voorstel van de Studiegroep aan deze randvoorwaarden voldoet. Daarbij zal ik soms ook een vergelijking maken met de voor de praktijk belangrijke Regeling Nadeelcompensatie Verkeer & Waterstaat 1999 (RNVW 1999), die met recht is omschreven als een regeling die ook voor de Awb-wetgever een goede leidraad zou kunnen zijn.[50] Een vergelijking tussen deze regeling en de Awb-regeling laat goed zien tot welke specifieke keuzes de Studiegroep is gekomen.

13.4.2 De speciale last

Met de woorden dat de benadeelde 'in vergelijking met anderen' onevenredig zwaar moet worden getroffen, verwijst het Voorontwerp onmiskenbaar naar de eis van een speciale last. Veel schrijvers hebben benadrukt hoe lastig het is om in een concreet geval de onevenredigheid van het nadeel te beoordelen aan de hand van een vergelijking met andere burgers.[51] Ook het voorstel van Van Buuren voor een wettelijke regeling heeft juist op dit punt tot discussie aanleiding gegeven.[52] Het is wat teleurstellend dat in de toelichting aan dit probleem geheel geen aandacht wordt besteed.

Zoals gesteld zou het gegeven dat men soms geen vergelijking met een relevante referentiegroep kan maken niet met zich moeten brengen dat de

50 Polak 2002, p. 124. Aan haar voorganger, de Nadeelcompensatieregeling Verkeer & Waterstaat, lag een grondig jurisprudentieonderzoek ten grondslag naar het algemene nadeelcompensatierecht, waaruit criteria voor het terrein van Verkeer & Waterstaat werden afgeleid (Van Ravels & Van Male 1995).

51 Hoitink 2002, p. 241, Schueler 2002, p. 135, Tjepkema 2004, Schlössels 2007, p. 507 en noot bij ABRvS 8 november 2006, *JB* 2007, 8, Van den Broek 2007, p. 122.

52 In zijn voorstel (1993, p. 107) luidde het hoofdartikel: 'Indien een besluit of handeling van een bestuursorgaan schade tot gevolg heeft die een of meer natuurlijke- of rechtspersonen in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan een getroffene op zijn verzoek een schadevergoeding toe.' Van Buuren beoogde hiermee meer inhoudelijk houvast te geven dan het voorstel van Van den Berk, die was uitgegaan van de redelijkerwijsformule. Dit element stuitte echter op een kritische opmerking van Polak (1999, p. 67): 'Ik geloof dat in de jurisprudentie niet steeds te ontwaren is, dat slechts zij die in vergelijking met anderen onevenredig zwaar worden getroffen, een schadevergoedingsrecht hebben.'

égalité niet in de Awb zou moeten worden gecodificeerd. Dat impliceert dat ik de keuze van de Studiegroep om ook de 'speciale last' in de wet tot uitdrukking te laten komen, onderschrijf. Dit impliceert echter ook dat, indien slechts een enkeling wordt getroffen zonder dat zich een 'natuurlijke' referentiegroep aandient, de last automatisch speciaal is en de nadeelcompensatieplicht verder door andere criteria wordt genormeerd. Een (positieve) vergelijking met (relevante) anderen is in deze visie geen noodzakelijke voorwaarde voor een aanspraak op de égalité.

In het licht hiervan geef ik de voorkeur aan een andere redactie van de *spécialité* dan de Studiegroep voorstaat. Ik ben van mening dat het criterium van de speciale last zich slecht leent voor een al te 'sturende' verwoording. Dit criterium wordt immers, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, op sterk uiteenlopende wijze ingevuld. Er zijn gevallen waarin een vergelijking met anderen een duidelijke toegevoegde waarde heeft (*Leffers, Harrida*), maar er zijn minstens zo veel gevallen waarin een concrete vergelijking met anderen geen rol van betekenis speelt. Daarbij valt te denken aan de in § 7.5.3 besproken *Paul Krugerbrug*-achtige gevallen, maar ook aan gevallen waarin een grote groep in gelijke mate, doch zeer zwaar, wordt getroffen. De huidige redactie zou bestuur en rechter op het verkeerde spoor kunnen zetten om in al deze uiteenlopende gevallen naar 'vergelijkbare anderen' op zoek te gaan. Een meer 'open' redactie heeft mijn voorkeur: een waarbij de vergelijking met andere burgers niet zo prominent op de voorgrond staat en rekening kan worden gehouden met de verscheidenheid van de onder art. 4.5.1 Awb te behandelen gevallen. In de regeling zou naar mijn idee moeten worden opgenomen dat het moet gaan om een last die de benadeelde 'in het bijzonder' treft. De mogelijkheid om de specialiteit van de last aan de hand van een relevante vergelijking met anderen in te vullen, blijft alsdan dus wel gewaarborgd, maar rechter en bestuur zullen zich niet in *elk* concreet geval moeten afvragen ten opzichte van welke andere burgers de getroffene onevenredig is benadeeld.

13.4.3 De abnormale last

Ook de abnormale last heeft een plek in de regeling gekregen. Met de verwijzing naar het 'normaal maatschappelijk risico' in art. 4.5.1 is beoogd om het vereiste van een 'abnormale last' te codificeren.

13.4.3.1 Terminologie

Een eerste opmerking is van terminologische aard. In de toelichting wordt het 'normaal maatschappelijk risico' gezien als synoniem voor een 'abnormale

last'.[53] Als relevante factoren in het kader van het normaal maatschappelijk risico noemt de toelichting de aard van de schade veroorzakende gebeurtenis, het bestaan van gerechtvaardigde verwachtingen, de ernst en omvang van de schade, de aard van het getroffen belang, de voorzienbaarheid van de handeling en de gevolgen daarvan voor de benadeelde en de eventuele voordelige positie waarin betrokkene als gevolg van het overheidshandelen of –nalaten verkeerde.[54]

In hoofdstuk 8 heb ik gesignaleerd dat begripsverwarring bestaat over de vraag met welke factoren rekening dient te worden gehouden om te beoordelen of een bepaald nadeel tot het 'normaal maatschappelijk risico' behoort. Deze begripsverwarring lijkt mede te kunnen worden teruggevoerd op het feit dat het in de literatuur en de jurisprudentie algemeen gebruikelijk is om te stellen dat bij het normaal maatschappelijk risico met 'alle van belang zijnde omstandigheden van het geval' rekening mag worden gehouden. In de praktijk is er echter een beperking van het aantal mogelijke omstandigheden dat bij een toets aan het normaal maatschappelijk risico kan worden 'meegenomen'.[55] In het bijzonder het criterium van de risicoaanvaarding moet worden beschouwd als een zelfstandige maatstaf, dat een andersoortige toets verlangt dan de toets aan het normaal maatschappelijk risico.[56] Ook andere factoren, zoals eigen schuld (in de zin van verwijtbaarheid), de verrekening van voordelen en het anderszins verzekerd zijn van de schade zijn bijzondere omstandigheden die niet moeten worden gezien als gezichtspunten in het kader van het 'normaal maatschappelijk risico', maar als zelfstandige maatstaven die met zich kunnen brengen dat een schade niet kwalificeert als een *vergoedbare* schade. Omdat het normaal maatschappelijk risico naar mijn idee niet geschikt is als 'kapstok' voor *alle* omstandigheden die met zich kunnen brengen dat een nadeel voor rekening van de betrokkene moet worden gelaten, heb ik er in hoofdstuk 8 voor gepleit de 'abnormale last' als overkoepelend criterium te hanteren, waarvan het normaal maatschappelijk risico één relevante – in de praktijk zeer belangrijke – toetsingsmaatstaf is. Dit betekent derhalve dat de verhouding tussen de 'abnormale last' en het 'normaal maatschappelijk risico' anders is dan de Studiegroep meent; het zijn geen synoniemen, maar het normaal maatschappelijk risico is een onderdeel van de overkoepelende vraag of het nadeel abnormaal is. De keuze die het Voorontwerp op dit punt maakt, leidt ook tot een onheldere structuur van de thans voorliggende regeling. Daarop ga ik in de volgende paragraaf in.

---

53 Toelichting, p. 24.
54 Toelichting, t.a.p.
55 Zie § 8.3.
56 Zie over deze verschillen § 8.7.2. Vgl. Van Ravels 2008, p. 140, die stelt dat het bij het normaal maatschappelijk risico vooral gaat om 'algemene omstandigheden die verband houden met de schade' en bij risicoaanvaarding vooral om 'aan de aanvrager toe te rekenen omstandigheden'.

De problematische keuze voor het 'normaal maatschappelijk risico' als overkoepelend criterium kan ook worden geïllustreerd aan de hand van het feit dat een verwijzing naar het normale *ondernemersrisico* in de regeling ontbreekt. Uit de toelichting blijkt dat de Studiegroep het niet nodig achtte om een aparte plaats voor het 'normale ondernemersrisico' in te ruimen, omdat dat criterium 'in wezen (…) een invulling [is] van het vereiste van 'normaal maatschappelijk risico'.[57] Het ontwerp miskent hiermee dat het 'normaal maatschappelijk risico' van een andere aard is dan het 'normaal ondernemersrisico'. Bij het normaal *maatschappelijk* risico gaat het om een type nadeel dat burgers in het algemeen voor hun eigen rekening dienen te nemen, omdat dergelijk nadeel inherent is aan het leven in een samenleving met anderen. Relevante vragen zijn in dat verband onder meer of het nadeel moet worden gezien als het logische uitvloeisel van een normale maatschappelijke ontwikkeling, of inherent samenhangt met het wonen op een bepaalde plek.[58] Dergelijke nadelen kunnen geacht worden te behoren tot de voor een burger te dulden normale risico's, waarin de getroffen burger zich in beginsel niet van anderen onderscheidt. Niet kan worden ontkend dat dit begrip ook van toepassing is op bedrijven en ondernemingen. Zo dienen ook zij het nadeel van bepaalde, in een druk bevolkte samenleving algemeen gebruikelijke overheidsmaatregelen, zoals verkeersmaatregelen, in beginsel voor hun rekening te nemen. Maar los van dat algemene maatschappelijke risico bestaat er ook zoiets als een specifiek normaal ondernemers- (of bedrijfs)risico, dat kan worden gerelateerd aan de nadelen die inherent zijn aan het zijn van ondernemer, het werken in een bepaalde bedrijfstak of het runnen van een bepaald type onderneming. Veelzeggend is dat in de rechtspraak van het college dat vooral met schade door ondernemingen te maken krijgt, het CBB, het normaal maatschappelijk risico geen rol van betekenis speelt, maar dat juist de termen 'normaal bedrijfsrisico' en 'normaal ondernemersrisico' veelvuldig worden gehanteerd.[59] Als zodanig kan het normale ondernemersrisico dan ook een preciezere leidraad zijn voor de relevante factoren die bij het schadebesluit kunnen worden betrokken dan het 'normaal maatschappelijk risico'. Ook in de nadeelcompensatiepraktijk wordt geregeld een onderscheid gemaakt tussen beide begrippen. Zo wordt in artikel 3 van de RNVW 1999 onder het kopje 'abnormale last' gesteld dat binnen het normale maatschappelijke risico *of het normale ondernemersrisico* vallende schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Ook de Hoge Raad onderscheidt al sinds *Staat/Lavrijsen* in verschillende arresten het normaal

57 Toelichting, t.a.p.

58 Zie § 8.6.

59 Een zoekactie in de rechtspraak van het CBB op rechtspraak.nl levert bij de term 'normale bedrijfsrisico' 140 treffers op, tegenover 1 treffer bij de term 'normale maatschappelijke risico'. Ook in rechtspraak van de Luxemburgse rechtscolleges levert het 'normale ondernemersrisico' talloze treffers op, maar het normaal maatschappelijk risico geen.

maatschappelijk risico *naast* het normale bedrijfsrisico.[60] De criteria dienen, anders dan de Studiegroep stelt, niet met elkaar te worden vereenzelvigd.

Om aan deze terminologische verwarring het hoofd te bieden, zou de wetgever er verstandig aan doen om in het eerste lid niet voor het 'normaal maatschappelijk risico' als koepelbegrip te kiezen, maar het 'in abnormale mate' getroffen worden, een formulering die recht doet aan de mogelijkheid om daadwerkelijk *alle* omstandigheden van het geval in de toets te betrekken. Wel zou in een afzonderlijke bepaling kunnen worden opgenomen dat de schade die boven het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico uitstijgt, wordt vergoed. In § 8.3 heb ik deze verhouding schematisch in kaart gebracht. Door dit schema te volgen wordt in de verhouding van de hoofdregel uit het eerste lid tot de verschillende deelregels meer helderheid aangebracht.

13.4.3.2 Verhouding tussen de verschillende subcriteria

De wetgever zou er verder verstandig aan doen aan te geven hoe de verschillende subcriteria zich tot elkaar verhouden. Deze verhouding komt in het Voorontwerp onvoldoende scherp uit de verf, waarvan het feit dat in art. 4.5.1 het normaal maatschappelijk risico als 'koepelbegrip' is aangewezen een belangrijke oorzaak is. Met name maakt het Voorontwerp onvoldoende duidelijk hoe het normaal maatschappelijk risico uit het eerste lid zich verhoudt tot de in het tweede lid genoemde factoren van de risicoaanvaarding, schadebeperking, voordeelstoerekening en het anderszins verzekerd zijn van de schade. In de toelichting wordt gesteld dat in het tweede en derde lid 'nader [is] uitgewerkt welke gezichtspunten bij de beoordeling van het verzoek om schadevergoeding op grond van het égalitébeginsel in aanmerking moeten worden genomen'.[61] Het is echter niet duidelijk of hiermee wordt bedoeld dat het tweede en derde lid *los* van de maatstaven uit het eerste lid moeten worden toegepast of specifieke *uitwerkingen* van het in het eerste lid genoemde normaal maatschappelijk risico zijn.

Het feit dat art. 4.5.1 lid 1 in de toelichting een 'kernbepaling' wordt genoemd[62] en de structuur en tekst van het tweede lid (waarin staat dat schade *in elk geval* niet wordt vergoed in een aantal omstandigheden) doet vermoeden dat de Studiegroep een hiërarchie tussen beide artikelleden heeft willen aanbrengen. Zo dit juist zou zijn, dan legt het eerste lid dus de hoofdregel neer wanneer de rechtsplicht tot compensatie intreedt en zijn in het tweede lid bijzondere criteria neergelegd aan de hand waarvan kan worden beoordeeld wanneer schade in elk geval *niet* wordt vergoed. Maar als dat zo

60 Zie reeds HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412, m.nt. ThGD (*Staat/Lavrijsen*) en sindsdien onder meer HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 86 (*Harrida*) en HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (*Uzi*).

61 Toelichting, p. 24.

62 Toelichting, p. 24.

is, dan suggereert het Voorontwerp dat die bijzondere criteria een uitwerking zijn van de vraag wanneer schade tot het 'normaal maatschappelijk risico' kan worden gerekend. Bovendien suggereert deze systematiek dat men, om te beoordelen of een nadeel onevenredig is, altijd *eerst* dient na te gaan of de schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort. Dit is overigens ook de visie van sommige auteurs. Zo meent Van den Broek dat artikel 4.5.1 lid 1 ziet op de *vestiging* van de aansprakelijkheid en de leden 2 en 3 op de *omvang* van de aansprakelijkheid. In haar visie moet men dus eerst bezien of er sprake is van schade die een benadeelde in vergelijking met anderen speciaal treft en boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt. Is de overheid in beginsel aansprakelijk, dan kunnen volgens haar de bepalingen over risicoaanvaarding, schadebeperkingsplicht en voordeelstoerekening van belang zijn in het kader van de *omvang* van de compensatieplicht. Laatstgenoemde bepalingen dienen 'eerst [te] worden toegepast, nadat aan de hand van het eerste lid van art. 4.5.1 de aansprakelijkheid is gevestigd'.[63] Ook Hoitink & Koetser stellen dat het tweede en derde lid criteria bevatten die (slechts) van belang zijn bij de vaststelling van de *omvang* van de schadevergoeding.[64] De toelichting bij het Voorontwerp is op dit punt niet erg uitgesproken. Enerzijds wordt gesteld dat de vraag of een risico is aanvaard 'gevolgen [heeft] voor de omvang van zijn aanspraak op schadevergoeding'. Anderzijds stelt de toelichting ook dat de vraag of en in hoeverre een risico is aanvaard een 'belangrijke rol speelt bij de beoordeling van de aanspraak op schadevergoeding'.[65] Beide formuleringen laten een interpretatie open waarbij risicoaanvaarding in zowel de vestiging- als de omvangfase van belang zou kunnen zijn.

Ik ga ervan uit dat de Studiegroep met het onderscheid tussen het 'normaal maatschappelijk risico' in art. 4.5.1 lid 1 en de in art. 4.5.1 leden 2 en 3 genoemde factoren niet een onderscheid tussen vestiging en omvang van de aansprakelijkheid heeft willen laten samenvallen. Dat zou ik onderschrijven, aangezien dit onderscheid in de jurisprudentie vaak niet zichtbaar is.[66] Waarschijnlijk is beoogd de in art. 4.5.1 lid 2 en 3 genoemde factoren te zien als bijzondere gezichtspunten, die uitwerking geven aan de algemene regel in het eerste lid. Een dergelijke structuur is mijns inziens in elk geval gewenst. Deze structuur kan het beste worden bereikt door het normaal maatschappelijk risico uit het eerste lid te schrappen en in een apart artikel op te nemen. Op die wijze wordt ook duidelijk dat het normale ondernemersrisico, het normaal maatschappelijk risico en de risicoaanvaarding specifieke *gezichtspunten* zijn die bij de beoorde-

63 Van den Broek 2007, p. 123. In vergelijkbare zin Schueler 1999, p. 65.
64 Hoitink & Koetser 2007, p. 341. In gelijke zin reeds Hoitink 1998, p. 169.
65 Toelichting, p. 25.
66 § 6.2.3.

ling van de abnormaliteit van de last van belang zijn.[67] Mocht de wetgever dit advies volgen, dan zou in de toelichting voorts duidelijk moeten worden gemaakt dat met het onderscheid tussen art. 4.5.1 lid 1 en de overige criteria niet een onderscheid tussen de vestiging en omvang van de aansprakelijkheid samenvalt.

13.4.3.3 Selectie van in de wet op te nemen subcriteria

Een algemene wettelijke regeling is vooral gebaat bij die criteria die blijkens de jurisprudentie het meest relevant zijn en waarvan het meest praktische nut valt te verwachten. Op dit punt is de regeling aan de maat. Naast het normaal maatschappelijk risico en de speciale last uit het eerste lid zijn in het tweede en derde lid verder nog genoemd de risicoaanvaarding, het niet nemen van schadebeperkende maatregelen, het anderszins verzekerd zijn van de schade en de verrekening van voordelen. In de toelichting wordt, onder verwijzing naar vaste rechtspraak, benadrukt dat nog andere omstandigheden van belang kunnen zijn in het kader van het criterium van de abnormale last.[68]

Een kritiekpunt is dat een verwijzing naar het normale ondernemersrisico ontbreekt. Hiervoor heb ik beargumenteerd dat het normale maatschappelijk risico hiervan dient te worden onderscheiden. Deze criteria spelen in de jurisprudentie zo frequent een rol, dat zij beide een plaats dienen te krijgen in een Awb-regeling.

Ook de wijze waarop de bepalingen uit afdeling 6.1.10 BW in het Voorontwerp zijn terechtgekomen, is nog niet helemaal bevredigend. De Studiegroep stelt terecht dat afdeling 6.1.10 BW niet in algemene zin geschikt is om van overeenkomstige toepassing te worden verklaard op de regeling van nadeelcompensatie.[69] Men zal derhalve per bepaling uit afdeling 6.1.10 BW moeten bezien of en zo ja, in welke mate zij bruikbaar is voor verplichtingen tot nadeelcompensatie. Een dergelijke *ad hoc*-benadering is ook gekozen in de RNVW 1999, waarvan uit de toelichting blijkt dat voor enkele belangrijke schadevergoedingsmaatstaven inspiratie is geput uit de bepalingen uit het BW.[70]

In het Voorontwerp heeft dit geresulteerd in een aantal bepaling die laten zien dat is aangesloten bij het schadevergoedingsrecht uit het Burgerlijk

---

67 De 'voordeelstoerekening' zie ik niet als een afzonderlijk gezichtspunt in het kader van de abnormale last (vgl. § 8.3.3), maar als een rechtstreeks aan het BW te ontlenen criterium. Analoge toepassing van dit criterium kan ertoe leiden dat de schade (deels) voor rekening van de burger dient te blijven. Dit criterium kan zowel in de vestigings- als in de omvangfase van belang zijn.

68 Toelichting, p. 24.

69 Toelichting, p. 21.

70 *Stcrt*. 1999, 172, p. 5. De toelichting stelt t.a.p. dat 'met name in de art. 6: 95 t/m 101, 103 t/m 106 en 119 en 120 BW (…) regels en inzichten [zijn] neergelegd, die ook blijkens externe en interne rechtsvergelijking, hun waarde hebben bewezen.'

Wetboek. Het duidelijkste voorbeeld is de codificatie in art. 4.5.1, derde lid, van het leerstuk van de voordeelstoerekening. Een andere verwijzing naar het BW vinden we in art. 4.5.4, eerste lid, dat ziet op de redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade (art. 6:96 lid 2 sub a BW). Ook de schadebeperkingsplicht (vgl. art. 6:101 BW) is in het Voorontwerp opgenomen. Los van afdeling 6.1.10 BW verdient tot slot artikel 4.5.6 vermelding, waarin een verjaringsbepaling is opgenomen. Dit artikel sluit aan bij art. 3:310 BW, waarbij ook in nadeelcompensatieregelingen vaak aansluiting wordt gezocht.[71] Recente rechtspraak laat zien dat ook de Afdeling van mening is dat in het nadeelcompensatierecht bij art. 3:310 BW kan worden aangesloten.[72]

Het is de vraag of hiermee voldoende recht wordt gedaan aan de bruikbaarheid van het BW voor het nadeelcompensatierecht. In de toelichting merkt de Studiegroep op dat in de praktijk tot dusver niet gebleken zou zijn van behoefte aan het van overeenkomstige toepassing verklaren van (een deel van) de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW.[73] Kennelijk is zij van mening dat deze praktijk alleen ten aanzien van de wel in het Voorontwerp opgenomen bepalingen van een dergelijke behoefte blijk geeft. Uit hoofdstuk 6 is echter naar voren gekomen dat meer bepalingen zich goed lenen voor analoge toepassing in het nadeelcompensatierecht. Daarbij denk ik – naast de voordeelstoerekening – met name aan art. 6:95 (onderscheid tussen vermogensschade en ander nadeel), art. 6:96 lid 1 en lid 2 sub a en b (de soorten voor vergoeding in aanmerking komende vermogensschade) en art. 6:98 (causaal verband).

Zeker ten aanzien van het causaal verband kan er veel worden afgedongen op de stelling van de Studiegroep dat 'de nadeelcompensatiepraktijk' geen behoefte zou laten zien het BW van overeenkomstige toepassing te verklaren. Immers, in de Afdelingsjurisprudentie is bij art. 6:98 BW en de in dat verband toe te passen leer van de redelijke toerekening (art. 6:98) nadrukkelijk aansluiting gezocht.[74] Ook ten aanzien van dit artikel hoeft niet te worden gevreesd dat de wetgever daarmee de rechtsontwikkeling zou frustreren. Mede omdat art. 6:98 BW ruimte laat om rekening te houden met de aard van de aansprakelijkheid, is deze bepaling een uitstekend vertrekpunt voor causaliteitsoordelen in het nadeelcompensatierecht. Er is geen reden om aan te nemen waarom niet ook in de toekomst art. 6:98 BW een goede leidraad zal kunnen zijn voor bestuursorganen en de bestuursrechter om te bepalen in welke mate de gevolgen van rechtmatig overheidshandelen aan de overheid kunnen worden toegerekend. Onder die omstandigheden verdient het aanbeveling dat de

71 Zie bijv. Regeling Nadeelcompensatie Verkeer & Waterstaat (artikel 12 lid 2). Zie ook Rb Rotterdam 3 augustus 2001, *BR* 2002, 514, m.nt. BPMvR.

72 ABRvS 22 april 2009, *JB* 2009, 142 en eerder in dezelfde zaak Rb Leeuwarden 20 juni 2008, LJN BD6382.

73 Toelichting, p. 21.

74 ABRvS 9 juni 2004, LJN AP1102, ABRvS 13 februari 2008, LJN BC4221.

wetgever die ontwikkeling expliciet mogelijk maakt, door art. 6:98 BW van overeenkomstige toepassing te verklaren.

Wellicht is een verklaring voor de wat terughoudende codificatie van de relevante materiële criteria, zeker in vergelijking met de RNVW 1999, de vrees dat een algemene regeling niet te expliciet kan zijn in de te kiezen criteria, omdat dit de rechtsontwikkeling de pas af zou kunnen snijden. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid valt echter te bepleiten dat ook een *algemene* regeling voldoende concrete handvatten moet bieden en de in de praktijk meest relevante criteria niet te zeer impliciet zou moeten laten. Met name de codificatie van het normale ondernemersrisico en een verwijzing naar het causaal verband ex art. 6:98 BW zou een impuls kunnen zijn voor de toekomstige jurisprudentie. Een meer expliciete sturing van de algemene regeling zou bovendien een positief effect kunnen hebben op de bijzondere wetgever. Immers, hoe completer de algemene regeling is, hoe minder behoefte er zal bestaan om te beschikken over een aanvullende en meer gedetailleerde bijzondere regeling.

13.5 De toekomst van bijzondere nadeelcompensatieregelingen

13.5.1 Lagere regelingen en beleidsregels

Een voor de praktijk belangrijke vraag is hoe de Awb-regeling zich zal gaan verhouden tot bijzondere nadeelcompensatieregelingen. Het antwoord op deze vraag is niet in algemene zin te geven. Belangrijke factoren hierbij zijn vooral de plaats van de regeling in de hiërarchie van regelgeving en de bedoeling die de bijzondere wetgever heeft gehad met het opsommen van enkele schadeoorzaken. Mocht het Voorontwerp wet worden, dan zullen veel lagere regelingen kunnen vervallen. Daarmee doel ik vooral op beleidsregels en verordeningen van gemeenten, provincies en waterschappen. Deze regelingen bevatten meestal niet meer dan de uit de formele wetgeving bekende redelijkerwijsformule, samen met bepalingen van procedurele aard. Sommige regelingen zijn grotendeels gemodelleerd naar de RNVW 1999, andere bevatten niet meer dan een opsomming van schadeveroorzakende handelingen waarop de regeling ziet, de redelijkerwijsformule en enige procedurele bepalingen. Voor zover het gemeentelijke, provinciale en waterschapsverordeningen betreft die dezelfde inhoudelijke en procedurele bepalingen bevatten als de Awb-regeling, komen deze krachtens art. 122 Gemeentewet, art. 119 Provinciewet en art. 59 lid 2 Waterschapswet te vervallen. In de materie die wordt geregeld in de betreffende bepalingen in de lagere regelingen, wordt dan immers reeds door de hogere regeling voorzien.[75] Waarschijnlijk zal nog wel behoefte blijven bestaan aan

75 Vgl. de Toelichting, p. 19.

de opneming in lagere regelingen van bepalingen van *procedurele* aard, aangezien de Awb-regeling op dit punt niet te veel in de details kon treden.[76] In zoverre zal ook in de toekomst aan lagere regelingen behoefte blijven bestaan.

13.5.2 Formele wetten

Ten aanzien van formele wetten is de situatie een andere. In veel formele wetten is niet een algemeen recht op nadeelcompensatie gecreëerd voor de op basis van die wet genomen maatregelen, maar alleen voor enkele bijzondere schadeoorzaken. Over de vraag hoe deze situatie zich verhoudt tot het bestaan van een algemeen (buitenwettelijk) recht op nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel, heeft de Afdeling zich in een aantal gevallen uitgelaten. Uit deze jurisprudentie valt op te maken dat een formele wet in beginsel een uitputtende regeling van het recht op nadeelcompensatie kan bevatten. Uit de jurisprudentie kan ook worden afgeleid dat als de wetgever zich hierover niet expliciet heeft uitgesproken, het in beginsel mogelijk is om de égalité in te roepen voor de gevallen die buiten het bereik van de wettelijke bepaling vallen. Een voorbeeld biedt de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Aanvankelijk stelde de Afdeling zich op het standpunt dat de planschaderegeling in de WRO een uitputtende regeling bevat voor de vergoeding van schade, veroorzaakt door op de WRO gebaseerd bestuursoptreden.[77] Dit standpunt is echter verlaten. Thans geldt nog slechts dat de regeling van art. 49 WRO een uitputtende regeling bevat voor de in die regeling genoemde oorzaken.[78] Dit impliceert dat, indien de schade voortvloeit uit een in art. 49 WRO genoemde schadeoorzaak, maar niet op grond van dat artikel voor compensatie in aanmerking komt, het bestuursorgaan niet gehouden is te onderzoeken of de schade op andere gronden (zoals de égalité) voor compensatie in aanmerking komt.[79] In beginsel is het echter wel mogelijk een beroep op het égalitébeginsel te doen voor *andere* op de WRO gebaseerde overheidsmaatregelen, die niet onder de limitatieve opsomming van schadeoorzaken in art. 49 WRO vallen.[80] In dat opzicht lijkt de WRO dan ook niet te verschillen van de regeling van nadeelcompensatie in andere formele wetten, waar de Afdeling ook heeft geaccepteerd dat een aanvullend beroep op het égalitébeginsel kan worden gedaan indien het schadeveroorzakende besluit naar de tekst van de formele wet strikt genomen geen recht op nadeelcompensatie gaf. Daarbij kijkt de Afdeling vooral naar de tekst en de wetsgeschiedenis van de betreffende bepaling.[81] Bepalend

76 Vgl. Van den Broek 2007, p. 127.
77 ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2002, 395, m.nt. ARN.
78 ABRvS 18 december 2008, *AB* 2009, 34, m.nt. GMvdB.
79 ABRvS 10 maart 2004, *BR* 2004, 693, m.nt. JWvZ.
80 ABRvS 26 mei 2004, LJN AO9985.
81 ABRvS 28 juni 2006, *AB* 2007, 20, m.nt. BPMvR (Ontgrondingenwet), ABRvS 24 maart 2004, *AB* 2004, 165, m.nt. AvH (Grondwaterwet).

is of daarin aanknopingspunten zijn te vinden voor de veronderstelling dat de wetgever expliciet een recht op nadeelcompensatie heeft willen uitsluiten of beperken.

In de toelichting bij het Voorontwerp wordt opgemerkt dat in het kader van de aanpassingswetgeving zal moeten worden bezien hoe en op welke wijze de bestaande wetgeving zal worden aangepast.[82] Het gaat daarbij vooral om twee vragen. Ten eerste: kan de betreffende wet worden gezien als een uitdrukking van het égalitébeginsel? Ten tweede: als een wet een opsomming van een aantal schadeoorzaken bevat, is het dan mogelijk om voor een andere schadeoorzaak dan de in de wet genoemde een beroep op de Awb-regeling te doen?

De eerste vraag is niet altijd eenvoudig te beantwoorden. Uit de parlementaire debatten rond de Boswet en de Monumentenwet kan worden opgemaakt dat het de wil van de wetgever is geweest om eenheid van wetgeving te hebben.[83] Wat dit precies betekende voor de aan de redelijkerwijsformule ten grondslag liggende rechtsgrondslag, kan echter niet eenduidig uit de parlementaire geschiedenis worden opgemaakt. Het planschaderecht heeft bewezen dat men er niet zonder meer vanuit kan gaan dat met deze formule beoogd is het égalitébeginsel te codificeren.[84] Toch lijkt het erop dat het planschaderecht op dit punt een uitzonderingspositie heeft bekleed. In § 3.3.5 heb ik geconcludeerd dat het door de wetgever gepropageerde onderscheid tussen normale en abnormale risico's zich goed laat verenigen met het égalitébeginsel, ook al was dit beginsel destijds nog niet bekend. Daarvan uitgaande zal een eventuele codificatie van het égalitébeginsel in de Awb waarschijnlijk geen grote breuk betekenen met de reeds bestaande nadeelcompensatiepraktijk op basis van de redelijkerwijsformule.

Het is niet ondenkbaar dat bij nader onderzoek zal blijken dat een bijzonder nadeelcompensatieregime het recht op nadeelcompensatie afhankelijk stelt van andere factoren dan wanneer men het égalitébeginsel zou toepassen. Aannemelijk is dat echter niet. Om te kunnen beoordelen of in een regeling niet wordt uitgegaan van de égalité, maar van een andere grondslag, zou men idealiter moeten beschikken over een eenduidige uitspraak van de wetgever, bijvoorbeeld in die zin dat bij de intrekking van een vergunning *in beginsel* een recht op nadeelcompensatie bestaat. Dit zou een teken kunnen zijn dat de wetgever in meer gevallen een recht op nadeelcompensatie heeft willen toekennen dan wanneer men het égalitébeginsel zou toepassen. Omdat de meeste bijzondere wetten dateren uit een periode waarin van een algemeen recht op nadeelcompensatie op grond van de égalité geen sprake was, zal er voor de bijzondere wetgever in de regel niet snel aanleiding zijn geweest een expliciete uitspraak te doen over de rechtsgrondslag voor nadeelcompensatie

82 Toelichting, p. 19.
83 Zie § 3.3.1 en § 3.3.5.
84 Vgl. Van den Broek 2007, p. 127-128, Schlössels 2007, p. 509.

en de invulling die daaraan zou moeten worden gegeven. Bij veel wetten met een redelijkerwijsformule is voorts weinig jurisprudentie beschikbaar waaruit *echt* duidelijke lijnen vallen af te leiden of waarin überhaupt wel eens positief op een verzoek om nadeelcompensatie is beslist. Dat blijkt ook uit Hoitinks nuttige analyse van zes wetten uit het omgevingsrecht, waarin zij laat zien dat bij sommige wetten te weinig jurisprudentie beschikbaar is om daaruit conclusies omtrent de invulling van de relevante criteria te trekken.[85] Voor zover daarin wel elementen van rechtszekerheid zijn te herkennen, stelt zij vast dat de uiteindelijke reden om een recht op nadeelcompensatie toe te kennen, schuilt in het égalitébeginsel.[86]

Mocht in een concreet geval duidelijk worden dat niet de égalité, maar een ander rechtsbeginsel het recht op nadeelcompensatie normeert, dan ligt het voor de hand dat de wetgever kritisch beziet of dit afwijkende regime dient te worden doorgezet na inwerkingtreding van de nadeelcompensatieregeling in de Awb. Lijken voor deze afwijking geen goede redenen te bestaan, dan ligt het in het licht van de eenheid van wetgeving – reeds door de wetgever in 1955 benadrukt als een belangrijke waarde – voor de hand dat deze wet alsnog in lijn met de égalité wordt gebracht. Om de duidelijkheid op dit punt te bevorderen, zou het overigens goed zijn wanneer in toekomstige nadeelcompensatieregelingen de redelijkerwijsformule niet meer wordt opgenomen, maar dat de bijzondere wetgever zich in beginsel richt naar de formulering in de Awb.

Ook als blijkt dat de formele wetgever bepaalde oorzaken van nadeelcompensatie uitsluit, zal in het kader van de aanpassingswetgeving kritisch moeten worden bezien of er aanleiding is om aan die exclusiviteit vast te houden. Van den Broek heeft terecht gesteld dat de formele wetgeving die dateert uit de periode voordat in de jurisprudentie een algemene rechtsplicht tot nadeelcompensatie op grond van de égalité werd erkend, door deze jurisprudentie in een ander licht is komen te staan.[87] Uit een limitatieve opsomming van nadeelcompensatieplichtige schadeoorzaken uit 1955 zou men daarom niet zonder meer kunnen afleiden dat voor niet in die opsomming opgenomen schadeoorzaken thans geen plicht tot nadeelcompensatie zou kunnen bestaan. Zie ik het goed, dan is de rechtspraak van de Afdeling hiermee in lijn.

Over het opsommen van een beperkt aantal schadeoorzaken valt tot slot nog op te merken dat dit tot soms moeilijk te rechtvaardigen ongelijkheden kan leiden. Dat is gebleken bij het gesloten stelsel van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren, dat ervan uitgaat dat schade veroorzaakt door maatregelen die niet onder het bereik van de schadevergoedingsbepalingen vallen, tot het normaal bedrijfsrisico behoort, behoudens de hardheidsclausule van

85 Hoitink 2002, p. 205 e.v., i.h.b. p. 221 en p. 230.
86 Hoitink 2002, p. 236.
87 Van den Broek 2003, p. 107.

art. 91 GWD. Dit gesloten stelsel heeft een aantal nadelen. Ten eerste laat het minder ruimte voor individuele maatvoering dan wanneer men een meer algemeen recht op nadeelcompensatie in het leven zou roepen. Een tweede nadeel daarvan is dat de burger voor zijn recht op nadeelcompensatie dan afhankelijk is van de vraag of voor de handeling in kwestie 'toevallig' een bijzonder wettelijk nadeelcompensatieregime bestaat. Dit heeft bij maatregelen ter bestrijding van dierziekten geleid tot het merkwaardige resultaat dat maatregelen in het kader van de bestrijding van dierziekten die geheel niet op de GWD worden gebaseerd (zoals bijvoorbeeld het importverbod van Iers rundvlees of de mededelingen van bewindslieden om vooral geen geïmporteerd rundvlees te eten in het *Harrida*-arrest) in de huidige rechtspraak vol aan het égalitébeginsel kunnen worden getoetst, terwijl schade ontstaan door maatregelen die op de GWD worden gebaseerd maar die op grond van het gesloten stelsel van de GWD niet wordt vergoed, geacht wordt te behoren tot het normale bedrijfsrisico. Een derde nadeel zou kunnen zijn dat het gesloten stelsel van een wet in de praktijk onwerkbaar blijkt, zodat men naar manieren op zoek gaat om toch te compenseren. Dat heeft er bij de GWD toe geleid dat financiële verstrekkingen als 'subsidie' worden aangemerkt, terwijl er sprake lijkt te zijn van een vorm van nadeelcompensatie.[88] Om een dergelijke praktijk voor te zijn, heeft een meer algemeen geformuleerde nadeelcompensatiebepaling mijn voorkeur.[89] Ook Bruil heeft terecht bepleit dat het stelsel van de GWD vervangen zou moeten worden door een meer algemeen schadevergoedingsartikel, dat in beginsel op alle handelingen op grond van de GWD van toepassing is.[90] Zolang de Hoge Raad niet de mogelijkheid erkent de formele wet aan de égalité te toetsen, zal men zich, om een dergelijk gesloten stelsel open te breken, nog wel op art. 1 EP EVRM kunnen beroepen.

13.5.3 Toespitsing van het recht op nadeelcompensatie

Het is nog een open vraag of de bestuursrechter in de toekomst zal toestaan dat het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico in de vorm van een vast drempelpercentage in een bijzondere (lagere of formeelwettelijke) regeling wordt neergelegd. In de praktijk kan behoefte bestaan aan een zekere mate van standaardisering. De daarin veelvuldig gehanteerde standaard drempel- en kortingspercentages zijn daarvan een goed voorbeeld. Ook zien we in de praktijk dat standaardpercentages die voor het ene rechts-

88 Den Ouden & Tjepkema 2005, p. 102-103.

89 Een goed voorbeeld is de Waterwet, die in art. 7.15 stelt dat aan degene die als gevolg van de rechtmatige uitoefening van een taak of bevoegdheid in het kader van het waterbeheer schade lijdt of zal lijden, een vergoeding wordt toegekend. Zie over deze wet uitvoerig Van den Broek & Groothuijse 2008, p. 146 e.v. en Groothuijse 2009, p. 373 e.v.

90 Bruil 2002, p. 20-23.

gebied worden gehanteerd soms ook in andere, vergelijkbare rechtsgebieden worden toegepast. Zo is de nadeelcompensatieregeling voor het intrekken van vergunningen in het milieurecht later ook toegepast bij de intrekking van een ontheffing voor het plaatsen van een reclamebord.[91] Ook bij nadeelcompensatie voor de verlegging van kabels en leidingen zijn in de beschikbare regeling, de Nadeelcompensatieregeling inzake het verleggen van kabels en leidingen in Rijkswaterstaatswerken 1999, standaardpercentages neergelegd. Met Sluysmans meen ik dat het geen goede ontwikkeling zou zijn wanneer de algemene Awb-regeling door een dergelijke praktijk, die tot tevredenheid van de betrokkenen fungeert, een streep zou halen.[92] Terecht is een eventuele regeling van nadeelcompensatie in de Awb door Van Ravels dan ook een *aanvullende* regeling genoemd.[93] Dat impliceert dat maatwerk in bijzondere regelingen (in de regeling zelf of het op basis daarvan gevoerde beleid) niet is uitgesloten.

13.6 Pleidooi voor een regeling van 'bijzondere gevallen'

13.6.1 Inleiding

In deze paragraaf wil ik ingaan op de vraag hoe de wetgever zou moeten omgaan met de situatie die ontstaat wanneer men, zoals ik in hoofdstuk 5 heb bepleit, het bereik van het égalitébeginsel beperkt tot gevallen van waarin de schade het onvermijdelijke gevolg is van een overheidshandeling waaraan een kenbare afweging van belangen is voorafgegaan. In mijn bespreking van de TBS-casus in § 5.5 concludeerde ik dat de jurisprudentie van de Hoge Raad in een impasse lijkt te zijn geraakt. Het arrest laat zien dat men in de problemen komt wanneer men het debat over de wenselijke reikwijdte van de aansprakelijkheid van de overheid uit rechtmatige daad louter voert in termen van de wenselijke reikwijdte van de égalité. In § 5.5.2 heb ik beargumenteerd waarom de in dit verband door de Hoge Raad geïntroduceerde eis van de voorzienbaarheid van de onevenredige schade voor de overheid, een te strikte beperking van de reikwijdte van het égalitébeginsel is. Ook nam ik een voorschot op de naar mijn idee wenselijke 'denkrichting' voor de toekomstige ontwikkeling van het nadeelcompensatierecht, namelijk een beperking van de égalité tot, kort gezegd, het besluitenrecht en (accessoire) feitelijke handelingen. Over de vervolgvragen die dit oproept en de rol die de Awb-wetgever daarin zou moeten spelen, wil ik thans enige opmerkingen maken.

Om te beginnen moet worden opgemerkt dat er nog geen wetsvoorstel is waaruit duidelijk wordt of de wetgever het Voorontwerp wenst te volgen. Onder die omstandigheden zijn er drie scenario's. Denkbaar is dat de situatie

91 ABRvS 29 november 2006, LJN AZ3259.
92 Sluysmans 2009, p. 78 e.v.
93 Van Ravels 2002a, p. 421.

blijft zoals ze is en dat er geen algemene regeling van nadeelcompensatie in de Awb komt. Mogelijkheid twee is dat er wel een algemene regeling komt, maar dat de bevoegdheid van de bestuursrechter blijft zoals zij is en de processuele connexiteit wordt gehandhaafd. Mogelijkheid drie is dat er een algemene regeling in de Awb komt langs de lijnen die uiteen zijn gezet in het Voorontwerp.

De scenario's één en twee kunnen met recht *worst case scenario's* worden genoemd. Mochten zij zich evenwel voltrekken, dan gaat het hierna door mij te houden pleidooi nog steeds op, zij het dat het dan niet aan de wetgever, maar aan de (civiele) rechter zal zijn om te gaan differentiëren in de grondslagen voor nadeelcompensatie. Daartoe dient niet alleen de *Lavrijsen*-, maar ook de *TBS*-rechtspraak te worden heroverwogen en dient de Hoge Raad dus te erkennen dat er situaties zijn die zich naar hun aard niet lenen voor een toepassing van het égalitébeginsel. Ik zie niet in hoe de civiele rechter er in zal slagen een coherente égalitédoctrine te ontwikkelen zonder de typische égalitésituaties te onderscheiden van andere gevallen waarin de overheid uit 'rechtmatige' daad aansprakelijk kan zijn.

Scenario drie kan op de meeste steun in de literatuur rekenen en is ook in mijn visie het meest wenselijk. Voor mijn verdere bespreking ga ik dan ook uit van dit scenario.

13.6.2 Gewenste reikwijdte van art. 4.5.1, lid 1 Awb

In de égalitérechtspraak van de bestuursrechter waren principiële vragen omtrent de afbakening van de égalité tot op heden nauwelijks aan de orde. Afbakeningsvragen deden zich soms wel voor,[94] maar met TBS-achtige probleemzaken kreeg de Afdeling niet te maken, aangezien de schade hoe dan ook moest voortvloeien uit een appellabel besluit (of soms uit een feitelijk handelen). Mocht het Voorontwerp wet worden, dan is het de vraag of dit relatief rustige bezit van de égalité zich zal doorzetten. De potentiële reikwijdte van een regeling die de mogelijkheid creëert om de overheid te verplichten tot vergoeding van *rechtmatig* toegebrachte schade in de uitoefening van een *publiekrechtelijke bevoegdheid of taak* is groot en omvat veel meer dan het besluitenrecht waarmee de bestuursrechter tot op heden te maken kreeg. Dat een dergelijke formulering in de Awb een aanzuigende werking zal hebben, is voorts aannemelijk. Het is onvermijdelijk dat burgers en ondernemers de grenzen van deze regeling zullen opzoeken. Het zal immers veel makkelijker worden om nadeelcompensatie ter zake van niet-appellabel overheidshandelen te claimen, aangezien de hoge drempels van een civiele rechtsgang worden vervangen door een relatief laagdrempelige rechtsgang bij de bestuursrechter.

94 Denk vooral aan de 'openbaar belang'-jurisprudentie, zie § 5.2.2, § 9.4.2.

Het is dan ook te begrijpen dat verschillende overheidsinstanties, gevraagd om opmerkingen te maken bij het Voorontwerp, erop hebben gewezen dat de Awb-regeling waarschijnlijk een forse toename van het aantal schadeclaims tot gevolg zal hebben.[95] Immers, voor elke schade ten gevolge van de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak zal het volstaan om een briefje bij het bestuursorgaan in te dienen met het verzoek om de schade te vergoeden.[96]

Om de reikwijdte van de regeling te bepalen, vindt de bestuursrechter slechts in beperkte mate houvast bij de rechtspraak van de civiele rechter. Immers, enerzijds is de Hoge Raad bereid gebleken de égalité toe te passen in situaties waarin de schade een incidenteel en onvoorspelbaar karakter heeft (*Lavrijsen*-doctrine), terwijl diezelfde Hoge Raad juist in de eis dat een schade redelijkerwijs *voorzienbaar* dient te zijn, een voorwaarde ziet om aan toepassing van de égalité toe te komen. De bestuursrechter heeft zich over deze kwestie nog niet hoeven uitlaten. Aan deze problematiek wordt door de Studiegroep geen aandacht besteed, maar zij is naar mijn idee een van de grootste knelpunten van het Voorontwerp. De vraag is hoe de bestuursrechter zal (moeten) omgaan met de bijkans explosief 'open' formulering van art. 4.5.1, eerste lid.

Mijn voorstel is om aan art. 4.5.1 lid 1 de frase toe te voegen dat alleen een recht op nadeelcompensatie bestaat als er sprake is van een 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel. Daarmee wil ik tot uitdrukking brengen dat het égalitébeginsel alleen ziet op situaties waarin de schade als een 'openbare last' kan worden gekwalificeerd, dat wil zeggen *een door enig overheidshandelen 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel, dat noodzakelijk en onvermijdelijk is voor de behartiging van het algemeen belang*.[97] Zoals betoogd in § 5.3.1 voldoet de schade ten gevolge van rechtmatige (appellabele en niet-appellabele) besluiten in de zin van de Awb zonder meer aan deze omschrijving.

Ook schade door (accessoire) feitelijke handelingen valt binnen de genoemde omschrijving. De plicht tot zorgvuldige afweging van belangen geldt immers in niet mindere mate voor feitelijk overheidsoptreden.[98] In de praktijk

---

95 Zie bijvoorbeeld het briefadvies d.d. 4 oktober 2007, van de Sociaal-Economische Raad (<www.ser.nl>), p. 3: 'Dat door de voorgestelde regeling elke feitelijke handeling en elk besluit van een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, lid 1, Awb een schadeoorzaak kunnen vormen naar aanleiding waarvan schadevergoeding kan worden gevorderd, zou tot een vloedgolf aan verzoeken daartoe bij de bestuursorganen kunnen leiden die daar voorheen nauwelijks ervaringen mee hebben gehad.' In een reactie van het Interprovinciaal Overleg (<www.ipo.nl>) wordt gesteld dat het brede bereik van de regeling 'in de praktijk [zou] kunnen leiden tot een toename van het aantal verzoeken op grond van artikel 4.5.1. Het is van belang dat de betrokken bestuursorganen en de rechtbanken zich hierop kunnen voorbereiden.'

96 De mogelijkheid tot heffing van een recht van €500 zal overigens wel enige temperende werking hebben.

97 § 5.2.

98 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2009, p. 63, De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998, p. 171-173 en Versteden 1996. Zie nader § 5.3.2.2.

zal de égalité hier vooral soelaas bieden wanneer publieke besluitvorming (tot aanleg van een metro bijvoorbeeld) inherent met zich brengt dat feitelijke uitvoeringshandelingen nodig zijn (de feitelijke aanleg van de metro).[99] In die gevallen kan men zonder moeite stellen dat het algemeen belang noodzakelijk het toebrengen van de schade met zich brengt. Door de reikwijdte van de égalitéregeling tot dergelijke handelingen te beperken, zou de Nederlandse égalitéregeling ook goed aansluiten op het Franse stelsel, waarin voor schade door *travaux publics* al een vergelijkbare beperking geldt. Op incidentele ongelukken ten gevolge van werkzaamheden aan de weg is de égalité niet van toepassing, maar wel voor schade ten gevolge van rechtmatige, noodzakelijke uitvoeringshandelingen.[100] Omdat in de Metroschade-gevallen een bevoegdheid van de bestuursrechter reeds kan worden gecreëerd, schuilt de *echte* uitbreiding van de thans voorliggende regeling vooral in de mogelijkheid om nadeelcompensatie te claimen voor rechtmatige algemeen verbindende voorschriften (met uitzondering van formele wetten) en beleidsregels.

Ik zet de belangrijkste argumenten voor deze interpretatie van het égalitébeginsel nog eens op een rij. Ten eerste biedt dit criterium houvast. Uit de civiele rechtspraak valt op te maken dat het onduidelijk is waar de grenzen van de aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad precies lopen. Ook in de literatuur wordt de vraag naar de reikwijdte van de égalité geregeld opgeworpen en wordt gewaarschuwd voor een oeverloos recht op nadeelcompensatie.[101] Juist omdat het hier gaat om de aansprakelijkheid voor *rechtmatig* overheidsoptreden is het gewenst om te beschikken over een duidelijke maatstaf. De voorwaarde dat de schade weloverwogen moet zijn veroorzaakt, beoogt dit te zijn. Dit criterium biedt meer houvast dan het criterium van de speciale last, dat in de rechtspraak en literatuur thans soms als afbakeningsmaatstaf van de égalité wordt aangedragen. Door het bereik van art. 4.5.1 tot de door mij voorgestelde gevallen te beperken, wordt beter inzichtelijk voor welke soorten overheidshandelingen *in elk geval* een rechtsplicht tot compensatie kan bestaan. Laat men deze eis los, dan verdwijnt ook elk houvast voor de verdere rechtsontwikkeling van het op het égalitébeginsel gebaseerde nadeelcompensatierecht. De rechtsonzekerheid over wat nu precies de 'kern' van de égalité is, zou daarmee ook in het bestuursrecht ingang vinden. Mede in het licht van het toenemende beroep op de *deep pockets* van de overheid,

---

99 Natuurlijk zijn ook buiten de schade ten gevolge van infrastructurele werkzaamheden voorbeelden te vinden, zie bijv. ABRvS 23 juli 2003, *AB* 2004, 275, m.nt. NV (feitelijk doorsteken van een dijk om overtollig water te bergen).

100 Zie § 4.5.5, in het bijzonder het daar opgenomen citaat van Chapus, die laat zien dat de égalité bij *travaux publics* alleen ziet op 'des dommages nécessaires, inhérents à la réalisation de certaines opérations de travaux publics: des dommages inévitables (…).'

101 Hennekens 2000, p. 574: 'Er is geen enkel houvast meer aanwezig, noch een duidelijk criterium waaraan getoetst wordt als schade in verband met een overheidshandeling – in het openbaar belang – op zichzelf grondslag zou zijn om een beroep te doen op het [égalitébeginsel].' Zie ook de verwijzingen in § 1.2.1.

verdient het aanbeveling dat de wetgever een dergelijke ontwikkeling de pas afsnijdt.

Een tweede punt is dat deze benadering waarborgt dat in essentie vergelijkbare overheidshandelingen telkens naar dezelfde maatstaven worden beoordeeld. Er zijn geen goede redenen waarom een fundamenteel ander nadeelcompensatieregime zou moeten gelden al naar gelang een schade voortvloeit uit feitelijke werkzaamheden aan de weg, een besluit tot intrekking van een milieuvergunning, een verkeersmaatregel of een algemeen verbindend voorschrift. Telkens gaat het immers om weloverwogen, rechtmatige handelingen die inherent met zich brengen dat bepaalde (groepen) burgers daardoor schade lijden. In het licht van deze overeenkomst, zou het uitgangspunt moeten zijn dat *telkens* alleen het *onevenredige* nadeel wordt vergoed. Met een differentiëren in nadeelcompensatiegrondslagen *binnen* de categorie van besluiten en feitelijke (uitvoerings)handelingen dient men zeer terughoudend te zijn. De keuze voor de materiële rechtszekerheid in het planschaderecht was wat dat betreft, achteraf gezien, een anomalie. Dit leidde er immers toe dat bij een vergelijkbaar nadeel dat voortvloeit uit een op zichzelf vergelijkbaar (weloverwogen) overheidshandelen, in het ene geval in beginsel een volledige schadevergoeding wordt toegekend (bijvoorbeeld voor zover een bestemmingsplanwijziging nodig is) en het in het andere geval leidt tot het uitgangspunt dat in beginsel geen schadevergoeding wordt toegekend, tenzij sprake is van onevenredig nadeel. Bij dit uiteenlopen van de rechtsregimes heeft Van Ravels terecht kanttekeningen geplaatst.[102] Gaat het daarentegen om niet weloverwogen veroorzaakt nadeel, dan ligt het zeker niet zonder meer voor de hand om de criteria van de égalité naar deze andersoortige handelingen te 'transponeren'.

Daarmee kom ik bij een derde argument: deze maatstaf waarborgt dat recht kan worden gedaan aan de schadevergoedingssytematiek in de onderscheiden nadeelcompensatieregimes, dat wil zeggen de wijze waarop wordt vastgesteld of en zo ja naar welke omvang een schadevergoedingsplicht bestaat. Het égalitéregime kenmerkt zich door zijn drempelkarakter, welke erin schuilt dat de *schade* aan bepaalde kenmerken moet voldoen. Kern van dit regime is dat men de vraag of een aansprakelijkheid bestaat, afmeet aan de lasten die (ook) andere burgers normaal gesproken van overheidshandelen te dulden hebben. Deze 'vergelijkende' evenredigheid is bij schade door andersoortige rechtmatige overheidshandelingen echter niet altijd zichtbaar. Zo laat het Franse regime ter zake van een *risque spécial* zien dat de rechter niet kijkt naar de vraag hoe het nadeel van de een zich tot het nadeel van de ander verhoudt. De eisen van een speciale en abnormale last (als kenmerken van de schade) reserveert de Franse rechter (slechts) voor het égalitéregime.[103] Een minder grote schade ten gevolg van een *risque spécial* rechtvaardigt niet een afwijzing van de schadeclaim, doch slechts een minder hoge schade*vergoeding*. Verschillende Franse

102 Van Ravels 2002a, p. 408, p. 420. Vgl. Van Buuren e.a. 2009, p. 330.
103 § 4.6.5.

schrijvers hebben er dan ook op gewezen dat bij objecten, methoden en situaties die naar hun aard een exceptioneel risico in het leven roepen, reeds de verwezenlijking van een risico een schadeplicht met zich brengt, zonder nadere voorwaarden.[104] In hoofdstuk 5 heb ik betoogd dat ook de overheidsaansprakelijkheid voor schade in het kader van de strafvordering niet kwalificeert als een regime met een drempelkarakter. Noch de speciale last, noch het 'normaal maatschappelijk risico' blijken bij dit soort schade *de facto* te fungeren als aansprakelijkheidsbeperkende criteria.[105] Ook Engelhard & Van Maanen bepleiten (mede) om deze reden dat een onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende situaties waarin een nadeelcompensatieplicht kan bestaan.[106] Hetzelfde kan worden opgemaakt uit de jurisprudentie inzake gerechtvaardigd vertrouwen; ook daar wordt op het te vergoeden bedrag niet een kortingspercentage in mindering gebracht.[107] Een en ander neemt overigens niet weg dat gezichtspunten die van belang zijn in het kader van het normaal maatschappelijk risico, zoals de aard van de schade of de notie dat 'bagatelschade' niet wordt vergoed, ook van belang kunnen zijn in het kader van de toets in bijzondere gevallen. Dat is echter iets anders dan stellen dat bij rechtmatig overheidsoptreden *altijd* alleen maar de 'onevenredige' schade zou moeten worden vergoed.

Een vierde aspect is dat deze beperking aansluit op de rechtspraak van de bestuursrechter, waarin thans reeds als voorwaarde geldt dat een recht op nadeelcompensatie alleen bestaat wanneer het bestuursorgaan een belangenafweging heeft *kunnen* maken.[108] Het stellen van de voorwaarde dat er sprake moet zijn van weloverwogen veroorzaakt schade sluit voorts goed aan op de uitspraken waarin uit hoofde van art. 3:4 lid 1 Awb een recht op nadeelcompensatie niet aan de orde kan zijn, namelijk als de daarin opgenomen uitzondering zich voordoet dat de rechtstreeks betrokken belangen niet *kunnen* worden afgewogen, omdat zulks voortvloeit uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid. Ook deze beperking werkt mijns inziens door in de mogelijkheid om op grond van het (zelfstandige) égalitébeginsel nadeelcompensatie te vragen.[109]

Bij het aanbrengen van de door mij bepleite beperking in artikel 4.5.1 lid 1 Awb schuilt de belangrijkste uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter al met al niet in een verruiming van het bereik van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad op zich, maar in de soorten handelingen ten aanzien waarvan de bestuursrechter bevoegd zal zijn, omdat deze worden uitgebreid met (in het bijzonder) rechtmatige algemeen verbindende voorschriften, beleids-

104 Long e.a. 2007, p. 415.
105 § 5.4.
106 Engelhard & Van Maanen 2008, p. 89.
107 § 9.6.4.
108 § 5.2.3, § 9.4.2.
109 Zie § 9.2.2, § 9.4.1.

regels en feitelijke handelingen. Zo wordt dan ook gewaarborgd dat de breuk met de huidige égalitéjurisprudentie niet te groot zal zijn. Toch kan men het daarbij niet laten, zoals ik thans zal betogen.

13.6.3 Een regeling voor bijzondere gevallen

Naast deze voordelen is er ook een nadeel. Voortaan is immers omlijnd in welke gevallen het égalitébeginsel tot nadeelcompensatie kan verplichten, maar er zijn veel meer gevallen waarin burgers schade kunnen lijden door rechtmatige overheidshandelingen. Men zou kunnen tegenwerpen dat het de voorkeur verdient om toch over een algemene grondslag in de wet te beschikken, die de rechter in staat stelt om, met een enigszins soepele interpretatie van de égalitécriteria, in individuele gevallen maatwerk te verrichten, ongeacht de vraag of er sprake was van een overheidshandelen waarmee welbewust in de belangen van burgers wordt ingegrepen. Na het voorgaande zal echter duidelijk zijn dat ik van een dergelijke ontwikkeling geen voorstander ben. Zie ik het goed, dan heeft ook de Studiegroep dit niet beoogd. Het oogmerk van de huidige, ruime redactie van art. 4.5.1 lid 1 lid lijkt vooral om schade ten gevolge van *bepaalde* feitelijke handelingen en *alle* besluiten binnen de competentie van de bestuursrechter te brengen.[110] Dit zijn ook slechts de gevallen die mijns inziens onder het bereik van de égalité zouden *moeten* vallen. Nergens in de toelichting wordt echter een voorbehoud gemaakt over de eventuele toepasselijkheid van de égalité in andersoortige situaties. Ook art. 4.5.1 zelf bevat op dit punt geen duidelijke beperkingen, op de eis na dat er sprake moet zijn van *onevenredig* nadeel. Dit is een probleem. Een veel verdere uitbreiding van het bereik van de égalité is niet te verdedigen tegen de achtergrond van de grondregel van het aansprakelijkheidsrecht dat een ieder zijn eigen schade dient te dragen. Daarom zou als uitgangspunt moeten worden aanvaard dat een beperking van de reikwijdte van art. 4.5.1 lid 1 in de door mij bepleite zin tot gevolg heeft dat in de gevallen die daar *niet* onder vallen in beginsel geen recht op nadeelcompensatie bestaat. Dit sluit de toepasselijkheid van een ander aansprakelijkheidsregime niet uit, zoals een verzoek om schadevergoeding ex art. 6:162 BW of een beroep op een bijzondere wettelijke regeling. Uitgangspunt moet echter zijn dat het recht op nadeelcompensatie tot besluiten en feitelijke handelingen is beperkt.

Dit uitgangspunt sluit evenwel niet uit dat zich soms situaties voordoen waarin het redelijk kan zijn om de overheid tot nadeelcompensatie gehouden te achten, zelfs al is de schade niet het onvermijdelijke gevolg van een daad van belangenafweging. Als voorbeeld kan worden gewezen op de *Lavrijsen*-jurisprudentie. Uit deze jurisprudentie kan de naar huidig positief recht

110 Zie bijv. Toelichting, p. 18, waar als voorbeeld wordt genoemd de verlening van een bouwvergunning en schade door de wijze van uitvoering van werkzaamheden.

geldende regel worden afgeleid dat, ook als er geen wettelijk voorschrift is dat een recht op schadevergoeding creëert, de schade die een onschuldige derde lijdt ten gevolge van feitelijk strafvorderlijk optreden in beginsel voor rekening van de overheid dient te komen. Zulks wordt redelijk geacht als deze derde geen schuld draagt aan het feit dat aanleiding is tot het overheidsoptreden, hij dit optreden niet kon voorzien en daartegen dus ook geen schadebeperkende maatregelen kon treffen. Ik heb betoogd dat het égalitébeginsel de aansprakelijkheid van de overheid in dit soort gevallen niet goed kan verklaren.[111] Voor dit type nadelen biedt de civiele rechter thans mogelijkheden, terwijl deze materie op termijn, als het wetsvoorstel schadecompensatie in werking treedt, waarschijnlijk ook wettelijk wordt geregeld. Een vergelijkbaar nadeel kan echter heel wel het gevolg zijn van politieoptreden in het kader van de handhaving van de openbare orde; denk aan een toevallige omstander die levensgevaarlijk gewond raakt door een afgeketste kogel of een waarschuwingsschot. Het spreekt niet aan dat de derde die 'toevallig' schade lijdt door strafvorderlijk overheidsoptreden, in beginsel recht heeft op een (volledige) schadevergoeding, maar dat de derde die hetzelfde overkomt naar aanleiding van vergelijkbaar optreden dat niet op het wetboek van strafvordering is gebaseerd maar op artikel 2 Politiewet (dat de politie de taak geeft om de rechtsorde te handhaven), buiten de schadevergoedingsboot valt. Mijn pleidooi om het bereik van het égalitébeginsel te beperken, zou niet tot gevolg moeten hebben dat (onder meer) dit soort gevallen van 'incidenteel' nadeel per definitie van een recht op nadeelcompensatie verstoken blijven.

Van de bestuursrechter kan niet worden verwacht dat hij, buiten de égalitéregeling om, overgaat tot de toekenning van nadeelcompensatie als de wet daarvoor geen aanknopingspunten biedt. Het is waar dat het ontbreken van een uitdrukkelijke uitspraak van de wetgever niet in de weg heeft gestaan aan de *Van Vlodrop*-rechtspraak, maar bedacht dient te worden dat de erkenning van de égalité als buitenwettelijk rechtsbeginsel in wezen slechts een extrapolatie was van een recht op nadeelcompensatie dat op andere gronden reeds bestond, en waarvan de contouren in tal van formele wetten zichtbaar waren in de vorm van de bekende redelijkerwijsformule.[112] Dat de bestuursrechter zonder wettelijke grondslag tot een uitbreiding van de grondslagen voor nadeelcompensatie buiten de égalité om, ligt echter niet zonder meer voor de hand.[113]

---

111 § 5.4.

112 Niet toevallig waren juist deze wettelijke en jurisprudentiële ontwikkelingen voor auteurs in de jaren 80 aanleiding om te bepleiten dat de bestuursrechter zich een ruimere bevoegdheid zou moeten aanmeten. Zie bijv. Winter 1985, p. 552.

113 Kortmann 2006, p. 86 benadrukt in dit verband dat het 'ongeschreven bestuursrecht [geen] vrijbrief biedt voor de aanvaarding van nieuwe bronnen van verbintenissen. De rechtszekerheid die ten grondslag ligt aan artikel 6:1 BW is in het overheidsaansprakelijkheidsrecht niet minder belangrijk'.

Evenmin ligt het voor de hand om de verdere ontwikkeling van het recht op nadeelcompensatie buiten de égalité aan de civiele rechter over te laten. Wanneer vaststaat dat het gaat om rechtmatig toegebrachte schade die ontstaat in een verhouding die publiekrechtelijk van aard is, dan is de bestuursrechter de meest aangewezen rechter om dit type geschillen te beoordelen. Een argument te meer is dat de civiele rechter zich zal moeten behelpen met noodconstructies die reeds jaren onder vuur liggen en ook thans nog niet zijn verstomd, zoals onder meer blijkt uit de commentaren op de *Lavrijsen*-jurisprudentie. Wanneer het overheidshandelen op zichzelf rechtmatig is, dan is de juridisch meest zuivere oplossing dat hiervan ook bij een eventuele aansprakelijkheid van de overheid van wordt uitgegaan. Voorkomen zou moeten worden dat, indien de schade zich manifesteert, de rechter zich in bochten moet wringen om een op zichzelf rechtmatig optreden toch als onrechtmatig aan te merken.[114] Ik zou derhalve een ontwikkeling willen bepleiten in de richting van het Franse model, waarin de bestuursrechter de bevoegde rechter is voor *alle* vormen van schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden.

Het voorgaande leidt tot de tussenconclusie dat het gewenst is om art. 4.5.1 lid 1 te beperken tot de 'echte' égalitégevallen, maar dat het niet is uitgesloten dat ook daarbuiten sprake kan zijn van schade ten gevolge van rechtmatig overheidsoptreden waarvoor een recht op nadeelcompensatie zou kunnen bestaan en – tot slot – dat de bestuursrechter in al deze gevallen bevoegd zou moeten zijn.[115] Verder is geconcludeerd dat van de bestuursrechter niet kan worden verwacht dat hij buiten de égalitéregeling om zelfstandig naar rechtsgrondslagen voor nadeelcompensatie op zoek gaat wanneer de wet daarvoor geen aanknopingspunt biedt. Een en ander brengt mij tot de conclusie dat de regeling van nadeelcompensatie in de Awb niet alleen de égalité dient te codificeren, maar ook een clausule moet bevatten op grond waarvan bestuur en rechter kunnen bepalen dat een recht op nadeelcompensatie bestaat, zonder dat is voldaan aan de voorwaarden van art. 4.5.1 lid 1. Beide gaan mijns inziens hand in hand: een beperking van het bereik van art. 4.5.1 lid 1 in de door mij voorgestelde zin dient *per definitie* gepaard te gaan met een 'ontsnappingsclausule' voor niet door de égalité gedekte gevallen.

Een probleem is dat naar huidig recht (nog) niet duidelijk is in welke gevallen buiten de égalité om een recht op nadeelcompensatie kan bestaan. Om enerzijds de bestuursrechter de kans te geven deze ontwikkeling mogelijk te maken, en anderzijds recht te doen aan het feit dat de rechtsontwikkeling

114 Zie voor een voorbeeld HR 11 november 1983, *NJ* 1984, 331. Een automobilist komt op de verkeerde weghelft terecht door een overstekende ree. De Hoge Raad: '…onder deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat Vos van zijn wijze van rijden – hoezeer zijn reactie op de plotselinge kritieke situatie menselijkerwijs ook begrijpelijk moge zijn – rechtens geen enkel verwijt valt te maken' (voorbeeld ontleend aan Schrage 1999, p. 45).

115 Niet altijd is hier vanzelfsprekend een taak voor de rechter weggelegd. Soms zal het in het leven roepen van een recht op nadeelcompensatie vooral een zaak van de bijzondere wetgever zijn.

zich nog grotendeels moet voltrekken, meen ik dat in de Awb een clausule moet worden opgenomen die het mogelijk maakt in 'bijzondere gevallen', die dus buiten de reikwijdte van het eerste lid vallen, toch nadeelcompensatie toe te kennen. Veel concreter dan dat het moet gaan om 'bijzondere gevallen' zou deze clausule niet moeten zijn, gelet op de grote variëteit in de situaties waarin ook zonder dat sprake is van onrechtmatig gedrag een rechtsplicht tot compensatie kan bestaan.

Opgemerkt kan nog worden dat een dergelijke scheiding tussen égalité- en overige regimes ook in andere landen gebruikelijk is. Niet alleen in Frankrijk, waar het nadeelcompensatierecht goeddeels ongeschreven is gebleven, maar ook in Luxemburg. De regeling voor nadeelcompensatie in Luxemburg stelt de égalité als hoofdregel voorop. Deze regeling is alleen van toepassing op weloverwogen handelen met ongewenste gevolgen. In enkele andere artikelen wordt aanvullend voorzien in een recht op schadevergoeding, onder meer ten aanzien van delinquenten op proefverlof en schade van *collaborateurs occassionels*.[116]

13.6.4 Enige bijzondere gevallen

Welke gevallen precies als 'bijzonder' kunnen worden aangemerkt, op grond van welke grondslag(en) en naar welke maatstaven deze vormen van schade moeten worden beoordeeld: het zijn (nog) grotendeels open vragen. Maar *dat* zich ook vormen van schade kunnen voordoen die buiten mijn voorstel voor art. 4.5.1 lid 1 vallen, staat vast. In deze paragraaf wil ik enkele gevallen bespreken die *in elk geval* in aanmerking komen om als 'bijzonder geval' te worden aangemerkt.

13.6.4.1 Risicovol overheidsoptreden

Een eerste categorie betreft schade door risicovol overheidsoptreden. De Franse jurisprudentie laat van dit type schade tal van voorbeelden zien. Deze hebben gemeen dat het overheidshandelen *gevaarzettend* van karakter is. In § 4.5 besprak ik in dit verband de schade door gevaarlijke objecten, methoden en situaties. Voorop moet worden gesteld dat ik er niet voor pleit dat naast het égalitébeginsel nu ook de Franse rechtspraak ter zake van gevaarzettend overheidshandelen wordt 'geïmporteerd'. Voor dit type overheidshandelingen bestaan soms al aansprakelijkheidsregimes, ofwel vormen van risicoaansprakelijkheid, ofwel aansprakelijkheden uit onrechtmatige daad. Het heeft geen zin om een Awb-regeling van aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad 'op te leggen' indien reeds bevredigende andere regimes bestaan.

116 Zie § 12.3.2.2.

Een tweede opmerking vooraf is dat voor het in het leven roepen van een aansprakelijkheid voor risicovol overheidsoptreden lang niet altijd een rol voor de rechter is weggelegd.[117] Het ligt bijvoorbeeld voor de hand een aansprakelijkheid aan de wetgever over te laten wanneer allerlei beleidsmatige en rechtspolitieke keuzes moeten worden gemaakt en de rechter met één beslissing een ontwikkeling in gang zou zetten waarvan de gevolgen niet te overzien zijn.[118] Indicaties dat het aan de wetgever is om een regeling te treffen, kunnen bijvoorbeeld gelegen zijn in de potentiële omvang van het aantal verzoeken om schadevergoeding en de grootte van de groep getroffen ('seriële risico's'; denk aan besmettingen met HIV na toedienen van besmet bloed, asbestslachtoffers, gekkekoeienziekte). De grens tussen 'solidariteit' en 'risico' is nu eenmaal niet altijd scherp te trekken. Voor zover er reeds wettelijke voorzieningen bestaan waarin voor uitzonderlijke risico's een vergoeding wordt toegekend, zal de Awb-regeling evenmin veel kunnen betekenen.

Toch is het interessant om het Nederlandse recht aan het Franse risicoregime te spiegelen en te bezien of daaruit voor het Nederlandse recht wellicht inspiratie kan worden geput. Een vergelijking tussen beide rechtsstelsels leert dat ook op dit punt sprake is van parallellen, zij het vooralsnog incidentele. Een sprekend voorbeeld is de schade die een toevallig omstander lijdt ten gevolge van een afgeketste kogel. Een dergelijk nadeel was aan de orde in de Franse arresten *Lecomte* en *Franquette et Daramy*.[119] Een vergelijkbaar voorbeeld uit de Nederlandse jurisprudentie betrof een geval waarin een toevallige passant gewond raakte naar aanleiding van een schotenwisseling tussen de politie en de overvallers van een supermarkt. De rechtbank stelde de overheid voor het nadeel van deze derde geheel aansprakelijk.[120] Een resultaat dat zich geheel laat verenigen met de Franse notie van een 'exceptioneel risico'. Zeker voor deze gevallen biedt de Franse benadering een goed voorbeeld voor de rechtsontwikkeling in ons land: de overheid is in beginsel voor de gehele schade aansprakelijk als het uitzonderlijke risico zich verwezenlijkt.

Tot een geheel andere uitkomst komen de Nederlandse en Franse rechter bij schade door 'liberale' detentieregimes. Waar de Franse rechter in dergelijke gevallen niet schroomt om de overheid uit rechtmatige daad aansprakelijk te houden,[121] wil de Hoge Raad daar blijkens het *TBS*-arrest niet van weten.

---

117 Zie over de verschillende overwegingen om al dan niet over te gaan tot een 'socialisering' van risico's en de relatie tot het overheidsaansprakelijkheidsrecht het rapport van de Conseil d'Etat *Responsabilité et socialisation du risque* (*Etudes et documents du Conseil d'Etat* 2005; te downloaden via <www.conseil-etat.fr>).

118 Zie de noot van Vranken bij *TBS*, *NJ* 2006, 430.

119 CE 24 juni 1949, *Rec.* 307 (*Consorts Lecomte*). De uitspraak *Franquette et Daramy*, gewezen op dezelfde dag, ging over een vrouw die de weg overstak en dodelijk werd getroffen door de kogel van een ordehandhaver die was gericht tot een persoon die even daarvoor een taxichauffeur met een mes had verwond.

120 Rb Assen 13 februari 2001, *JB* 2001, 103, *TVP* 2001, p. 40-41, m.nt. GEvM.

121 § 4.6.3.

Wat dit arrest wel goed laat zien, is dat ook in Nederland bij risicovol overheidsoptreden de gedachten kunnen uitgaan in de richting van een aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad. Ook als de overheid al het hare heeft gedaan om te voorkomen dat een risico zich zou verwezenlijken (door zorgvuldig toezicht te houden, geregeld en volgens de regels onderhoud te plegen, een te billijken inschatting heeft gemaakt dat de risicovolle gevolgen van een bepaald besluit minimaal waren), kan niet elk risico worden uitgebannen. De *kans* dat een risico zich daadwerkelijk voltrekt is er echter altijd. Juist het feit dat het ook voor de overheid onbekend is of deze kans zich zal voltrekken, maakt dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad niet altijd voor de hand ligt.

In het *TBS*-arrest speelde vooral het causale element de slachtoffers parten: de schade vloeide in de visie van de Hoge Raad direct voort uit het handelen van de TBS'er, niet uit het handelen van de overheid. Dat impliceert dat de overheid in andere, vergelijkbare situaties, zoals bij schade door gedetineerden die via een zender in contact staan met politie, of jeugddelinquenten en psychiatrische patiënten op verlof, waarschijnlijk evenmin aansprakelijk zal zijn. A contrario zou uit het *TBS*-arrest kunnen worden afgeleid dat een (door de rechter vast te stellen) overheidsaansprakelijkheid eerder in beeld komt wanneer het overheidshandelen wel de directe oorzaak van de schade is. Ik wees in dit verband al op de parallel tussen de feitelijke handelingen van ambtenaren in het kader van de uitoefening van bevoegdheden op grond van het wetboek van strafvordering en handelen van de politie in het kader van de handhaving van de openbare orde. Ook andere voorbeelden waarin de overheid burgers blootstelt aan risico's zijn denkbaar, zoals (bedrijfs)ongelukken in het kader van militaire oefeningen, noodsituaties of rampenoefeningen en schade door ongelukken met overheidsgebouwen, al dan niet met een gevaarzettend karakter (munitiedepots, vergelijk de Franse categorie 'gevaarlijke objecten'). Wanneer de overheid in dit soort situaties geen verwijt kan worden gemaakt, maar toch ernstig nadeel ontstaat, dan biedt de égalitéregeling daarvoor mijns inziens niet het geëigende kader. Mocht schade ontstaan, dan is deze immers niet een onvermijdelijk, natuurlijk gevolg van een daad van belangenafweging, maar het gevolg van een overheidshandelen dat een bijzonder *gevaar* met zich brengt en dat zich vooral kenmerkt doordat de schade het gevolg is van een toekomstige, onzekere gebeurtenis.

Tot slot noem ik nog een – niet-limitatief – aantal factoren die van belang zijn om te beoordelen of een eventuele aansprakelijkheid van de overheid in beeld komt. Naast een causaal element zal ook de *hoedanigheid* van de getroffene van belang zijn. Treft de schade een onschuldige derde, dan zal aansprakelijkheid van de overheid eerder in beeld komen dan wanneer het slachtoffer deelneemt in de risicovolle situatie (zoals een demonstrant die gewond raakt door politieoptreden). Van belang is voorts of de gelaedeerde zich tegen de schade kon verzekeren of op andere wijze (een fonds bijvoorbeeld) zijn schade vergoed kan krijgen. Ook relevant zijn de mogelijkheden om de schade op

de 'eigenlijke' dader te verhalen. De Franse rechtspraak laat verder zien dat de grootte van de risico's die met het overheidsoptreden gemoeid zijn en de mogelijke ernst van de gevolgen, van belang zijn. Zo heeft de Conseil d'Etat een *risque spécial* wel willen toepassen op verdwaalde politiekogels, maar niet op schade door het gebruik van traangas[122] of wapenstokken.[123] Analoog daaraan kan worden betoogd dat een crash van een computersysteem (dat onder beheer staat van de overheid) of een tijdelijke uitval van elektriciteit niet zodanig uitzonderlijk is dat een aansprakelijkheid van de overheid in beeld zal komen. Voor zover het gaat om risicovolle *medische* methoden (verplichte vaccinaties bijvoorbeeld)[124] treft men soms een 'égalité-achtige' redenering aan: het is redelijk om de staat aansprakelijk te houden indien het risico dat de overheid in het leven roept, een duidelijke band heeft met het algemeen belang. Reageert een individu slecht op een verplichte vaccinatie die bedoeld is om risico's voor de samenleving als geheel te beperken, dan kan een aansprakelijkheid van de overheid in de rede liggen.[125]

Het is moeilijk in het algemeen te stellen wat de modaliteiten van het recht op schadevergoeding in risicosituaties zijn. Zo kan men zich bij vaccinaties de vraag stellen of alleen de directe schade (doordat men niet meer kan werken bijvoorbeeld) dient te worden vergoed, of bijvoorbeeld ook vervolgschade (doordat men kansen mist). Het ligt zeker niet zonder meer voor de hand om als uitgangspunt te hanteren dat altijd alle schade volledig zou moeten worden vergoed. Anderzijds laat de jurisprudentie van de Conseil d'Etat inzake risicovol overheidsoptreden alsook de *Lavrijsen*-jurisprudentie van de Hoge Raad zien dat dit ook niet is uitgesloten.[126]

13.6.4.2 Gerechtvaardigd vertrouwen

In de toelichting bij het Voorontwerp wordt niet uitgesloten dat ook het *vertrouwensbeginsel* kan fungeren als (zelfstandige) grondslag voor nadeelcompensatie. In de literatuur is door sommigen betoogd dat geschonden vertrouwen zonder meer kan worden verdisconteerd in het kader van een toets aan de égalité.[127] Met name Schueler heeft bepleit dat het vertrouwensbeginsel ook een zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie kan zijn, los van de

122 CE 16 maart 1956, *Rec.* p. 124 (*Domenech*).
123 CE 8 juli 1960, *Rec*. p. 463 (*Petit*).
124 Zie § 12.3.2.2 (België) en § 12.3.2.3 (Italië).
125 *Responsabilité et socialisation du risque* (*Etudes et documents du Conseil d'Etat*), 2005, p. 322.
126 Zie over de parallellen tussen *Lavrijsen* en het regime voor een *risque spécial* reeds § 5.4, i.h.b. § 5.4.2.3.
127 Schlössels 2002, p. 181-182, Verheij 2002, p. 121, Van Ravels 2002b, p. 545. Toch lijken ook zij niet uit te sluiten dat er situaties zijn waarin geschonden vertrouwen niet zelfstandig kan worden 'afgedaan'. Zie Den Ouden, Jacobs & Verheij 2004, p. 122 (die zelfs stellen dat 'verdedigbaar' is dat een intrekking van een subsidie kort na de verlening 'eigenlijk helemaal niet zou moeten kunnen'). Zie ook Van Ravels 2002a, p. 325, waar wordt verdedigd dat dit bij een vergunning wél kan doch 'niet zonder schadevergoeding'.

égalité *en* los van art. 3:4 lid 2 Awb.[128] Met Schueler meen ik dat dergelijke gevallen zich inderdaad kunnen voordoen en dat de égalité hier niet altijd als grondslag kan dienen. In § 9.6.4 heb ik in dit verband bepleit dat in elk geval een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen twee situaties. De eerste is die waarin de overheid een inbreuk maakt op een bepaalde rechtspositie, louter omwille van aan het algemeen belang ontleende overwegingen; denk aan een beleidswijziging (*Van Vlodrop*) of een plotseling ingevoerd verbod (*Leffers*). De tweede is die waarin de overheid voorafgaand aan een op zichzelf rechtmatige handeling onjuiste inlichtingen heeft gegeven of andere gedragingen heeft verricht die ertoe hebben geleid dat bij de burger gerechtvaardigd vertrouwen is ontstaan omtrent de geoorloofdheid van zijn gedrag. De jurisprudentie laat verschillende voorbeelden zien waarin in die laatste situatie een mogelijkheid tot nadeelcompensatie wordt aanvaard. Een voorbeeld is het geval waarin een voorschrift wordt overtreden omdat een ambtenaar de indruk heeft gewekt dat een uitbreiding van een camping geen probleem zou zijn, maar achteraf blijkt dat er toch sprake is van strijd met het recht.[129] Doen derden een handhavingsverzoek, dan zal dit vertrouwen volgens de huidige stand van de rechtspraak niet snel worden gehonoreerd, zodat het bestuursorgaan rechtmatig zal kunnen handhaven. In § 9.6.4 heb ik uiteengezet waarom een zelfstandig schadebesluit op grond van het vertrouwenbeginsel voor dit soort situaties een oplossing kan bieden.

Aan de stelling dat het vertrouwensbeginsel een grondslag voor nadeelcompensatie zou kunnen zijn, voegt de Studiegroep toe dat vooralsnog is volstaan met een codificatie van het égalitébeginsel, 'omdat dit in de praktijk de belangrijkste en in de rechtspraak meest uitgekristalliseerde grondslag is.'[130] Deze benadering is te vrijblijvend. De wetgever dient mijns inziens duidelijker positie te nemen ten aanzien van de vraag of en zo ja, wanneer het vertrouwensbeginsel grondslag voor nadeelcompensatie zou kunnen zijn. Immers, wanneer de Awb geen grondslag biedt voor schade ten gevolge van 'omringende' vertrouwen wekkende gedragingen van bestuursorganen, zal de burger zijn toevlucht tot de burgerlijke rechter moeten zoeken. Diens rechtspraak laat echter weinig ruimte om 'omringend' handelen aan te merken als een zelfstandige oorzaak voor een actie uit onrechtmatige daad. Krachtens deze rechtspraak wordt het omringende handelen veelal aan het latere rechtmatige besluit toegerekend. Heeft dat besluit formele rechtskracht gekregen, dan is een actie uit onrechtmatige daad bij de civiele rechter niet mogelijk.[131] Het niet erkennen van de mogelijkheid om zelfstandig over de schade ten gevolge van geschonden vertrouwen te claimen, zal burgers er waarschijnlijk toe bewegen om het

128 Schueler 2002, p. 126-129, 169-170 en 193.
129 ABRvS 22 maart 2001, *AB* 2001, 195, m.nt. dG. Zie ook Vz ABRvS 17 januari 1994, *AB* 1994, 385, *Gst*. 1995, 7007, 5, m.nt. B.
130 Toelichting, p. 17.
131 Zie uitvoerig Van der Grinten 2008, p. 226 e.v.

schadeveroorzakende besluit zelf aan te vechten, om te voorkomen dat dit besluit formele rechtskracht verkrijgt. Backes wijst dit aan als een onwenselijk effect van het niet erkennen van de mogelijkheid om zelfstandig over de schade ten gevolge van het geschonden vertrouwen te kunnen procederen.[132] Dit effect zou mijns inziens kunnen worden getemperd door in de Awb een aanknopingspunt te bieden om de schade die het gevolg is van dit soort 'omringende schade' te kunnen vergoeden. Het aanmerken van 'gerechtvaardigd vertrouwen' als een zodanig 'bijzonder geval' beoogt dit.

De keuze voor het vertrouwensbeginsel is ook ingegeven doordat dit beginsel en niet de égalité de relevante toetsstenen voor het recht op nadeelcompensatie aandraagt. De hamvraag zal in dit soort gevallen immers zijn of bij een burger (de overtreder van een wettelijk voorschrift bijvoorbeeld) *gerechtvaardigd* vertrouwen is gewekt. Deze vraag moet primair worden beantwoord aan de hand van de literatuur en jurisprudentie over het vertrouwensbeginsel. Als vuistregel kan daarbij worden aangehouden dat de overheid aansprakelijk is voor al het nadeel voor zover dat in een direct causaal verband staat met het gerechtvaardigde vertrouwen. Voor kortingen op grond van het 'normaal maatschappelijk risico' zie ik daarbij geen ruimte; wel kan art. 6:101 BW (eigen schuld) ertoe leiden dat de schade deels ten laste van de burger zelf blijft.

13.6.4.3 Overige gevallen

Met het bovenstaande zijn de gevallen aangeduid die voor de praktijk het meest relevant zijn. De praktijk is echter weerbarstig; er kunnen zich gevallen voordoen die nauwelijks aansluiten op het 'traditionele' beeld dat de gemiddelde bestuursrechtjurist van het leerstuk van de nadeelcompensatie heeft, maar waarin zich niettemin de vraag kan aandienen of een recht op nadeelcompensatie bestaat. De in hoofdstuk 12 besproken *FIAMM*-casus is een goed voorbeeld van zo'n atypisch geval, maar ook op het nationale niveau kunnen zij zich voordoen. Ik noem twee voorbeelden.

Ten eerste is voorstelbaar dat ook de bestuursrechter te maken krijgt met verzoeken om schadevergoeding voor de schade van ex-verdachten. In § 5.4 heb ik betoogd dat de schade die ex-verdachten lijden doordat op hen ten onrechte strafvorderlijke dwangmiddelen zijn toegepast, niet kwalificeert als een noodzakelijk, onvermijdelijk nadeel dat een burger in het algemeen belang lijdt.[133] Probleem is hier vooral dat een onvermijdelijk nadeel *ter behartiging van het algemeen belang* impliceert dat de doelstellingen die de overheid met haar handelen wenst te bereiken ook daadwerkelijk bereikt worden, terwijl met het blijken van de onschuld van een gewezen verdachte het doel met het oog waarop het dwangmiddel werd ingezet (de oplegging van een straf) *niet*

132 Backes 2008, p. 19.
133 § 5.4.3.1.

wordt bereikt. Dit gegeven en het feit dat in de jurisprudentie niet blijkt dat de speciale en abnormale last een duidelijke rol spelen als begrenzers van het recht op schadevergoeding, brengen met zich dat het égalitébeginsel hier niet het verklarende principe kan zijn. Van belang is nu dat vergelijkbare situaties zich ook kunnen voordoen in het bestuurs(straf)recht. Gedacht kan worden aan een besluit tot weigering van een vergunning (of de weigering tot verlenging daarvan) aan een caféhouder op basis van een Bibob-advies.[134] Als achteraf blijkt dat deze (op zichzelf rechtmatige) weigering ten onrechte is geweest en dat de betrokkene niet schuldig was aan het vergrijp dat aan de weigering ten grondslag lag, kan daardoor schade zijn geleden in de vorm van gederfde inkomsten of reputatieschade. Mijns inziens zou ook dit type gevallen als een 'bijzonder geval' kunnen worden aangemerkt. Voor de modaliteiten van het recht op schadevergoeding zou inspiratie kunnen worden ontleend aan de jurisprudentie inzake art. 89 Sv e.v.

Een tweede voorbeeld is de uitspraak *Stichting Parnassia Bavo Groep*. Deze Stichting verleende geestelijke gezondheidszorg aan vreemdelingen. Zij moest hoge kosten maken in verband met de behandeling van illegalen met een geestelijke stoornis. De Stichting bleef, net als veel andere zorgaanbieders, met de kosten van verleende medisch noodzakelijke zorg zitten omdat illegalen zelf niet bij machte waren de kosten hiervan te betalen. Om hieraan tegemoet te komen werd aan de Stichting Koppeling – volgens de Memorie van Toelichting onverplicht – jaarlijks door middel van een subsidie een budget ter beschikking gesteld ter compensatie van de bovenmatige kosten voor de zorgaanbieders. De Stichting Koppeling sluisde deze gelden door aan zorgaanbieders zoals Parnassia. Per 2004 vervielen deze gelden, het gevolg van nieuw beleid dat als uitgangspunt nam dat onverzekerde vreemdelingen zonder wettig verblijf in principe niet in aanmerking zouden moeten komen voor langdurige zorg, aangezien zij terug moeten keren naar het land van herkomst. Ook nadien hielden de kosten echter aan, omdat de stichting stelde op humanitaire en maatschappelijke gronden verplicht te zijn om de gezondheidszorg te blijven verlenen en de Staat nalatig bleef om de vreemdelingen uit te zetten. De Stichting stelde de Staat aansprakelijk. Volgens de rechtbank was de Staat voor de door de stichting gemaakte medische kosten aansprakelijk op grond van de égalité. De zorg die de Stichting verleende en de daarmee gemaakte kosten vloeiden volgens de rechter 'direct of indirect voort uit een publiek belang, te weten de bescherming van de samenleving en van de (…) personen zelf tegen acute gevaren als gevolg van de geestelijke stoornis van deze personen'. De Stichting was onevenredig zwaar getroffen vergeleken met andere instellingen die niet op grond van de Wet bopz zijn aangewezen als instelling die geschikt is voor behandeling van personen waarop de Wet bopz ziet. Ook kon

134 Zie bijv. ABRvS 24 mei 2006, LJN AX4420, *Gst*. 2006, 7261, nr. 154, m.nt. A. van den Berg, ABRvS 5 november 2008, *AB* 2009, 54, m.nt. F.R. Vermeer.

de schade niet geacht worden te behoren tot het normale bedrijfsrisico van de stichting.[135]

In mijn optiek paste de rechtbank hier ten onrechte het égalitébeginsel toe. In casu was geen sprake was van enig kenbaar, weloverwogen handelen van de minister dat deze schade tot gevolg had. Zoals de rechtbank opmerkte, was er sprake van *nalatig* overheidshandelen, nu de Staat uitzetting 'kennelijk niet verantwoord' vond en de Staat 'in elk geval niet bereid of bij machte [was] om die te effectueren'. Uit deze formulering blijkt dat aan deze schade geen kenbare afweging van belangen ten grondslag lag. Ook de eis van voorzienbaarheid zou aan een recht op nadeelcompensatie op grond van de égalité in de weg moeten staan: het ging hier immers om kosten die de stichting *voortdurend* zou blijven maken. Bij een 'echte' toets aan de égalité zou het voor de hand liggen om dergelijk nadeel als 'voorzienbaar' voor rekening van de Stichting zelf te laten.[136]

De *Bavo*-casus laat goed zien met wat voor complexe vragen de rechter kan worden geconfronteerd wanneer de wetgever zelf geen aandacht heeft besteed aan de precieze aard van een financiële verstrekking. Uiteindelijk moest de Afdeling eraan te pas komen. Zij meende dat de tegemoetkomingen die aanvankelijk door de Stichting Koppeling aan Parnassia waren verleend moesten worden aangemerkt als een subsidie en oordeelde dat deze voor de stichting te laag was vastgesteld. Uit de uitspraak blijkt duidelijk hoezeer ook de Afdeling zelf betwijfelde of hier daadwerkelijk sprake was van een subsidie. Niet alleen was er geen wettelijke grondslag voor de verstrekkingen; ook vloeiden de kosten voort uit een op de Stichting rustende *verplichting* tot het verlenen van medische zorg, onder meer op grond van art. 3 EVRM. Barkhuysen en Den Ouden menen dat de aan de Stichting te verlenen tegemoetkomingen zouden moeten worden gekwalificeerd als:

> 'een (verplichte) compensatie voor door de overheid veroorzaakt nadeel op grond van de redelijkheid en billijkheid – een categorie financiële verstrekkingen die het bestuursrecht tot nu toe niet kent en waarvoor dus ook nog geen uitgewerkt toetsingskader bestaat. Het lijkt immers simpelweg niet billijk enerzijds de zorginstellingen te verplichten behandelingskosten te maken en anderzijds deze als gevolg van het koppelingsbeginsel (geheel) voor hun rekening te laten.'[137]

Het is een niet alledaagse casus, die niettemin goed laat zien dat het ook buiten de klassieke égalitésituaties gerechtvaardigd kan zijn om een nadeelcompensatieplicht te aanvaarden. Ook deze zaak laat zien dat het zinvol kan zijn om in de Awb te beschikken over een artikel dat de rechter de mogelijkheid geeft om (ook) in dit soort atypische casusposities de overheid tot een schadevergoe-

135 Vzr. Rb Den Haag, 26 juli 2006, *GJ* 2006, 103, m.nt. VLD.
136 ABRvS 18 juni 2008, *AB* 2008, 235, m.nt. Barkhuysen & Den Ouden.
137 Zie de in de vorige noot genoemde noot, sub 6.

ding te veroordelen; dat zou de Afdeling een gewrongen interpretatie van het subsidiebegrip hebben bespaard. Voordeel zou bovendien zijn dat men voor de precieze *modaliteiten* van het recht op schadevergoeding niet gebonden zou zijn aan de criteria van de égalité, die voor deze casus (onder meer vanwege de eis van voorzienbaarheid) geen geëigend toetsingskader bieden. Indien voor dit soort gevallen een rechtsplicht tot compensatie zou worden aanvaard, dan is rechter noch bestuur immers gebonden aan de eisen die uit de égalité voortvloeien.

13.6.5 Schematisch overzicht van nadeelcompensatiegrondslagen

De grondslagen voor nadeelcompensatie zijn in deze en de voorgaande hoofdstukken op meerdere plekken aan de orde gekomen. Om een en ander inzichtelijk te maken is het nuttig om een en ander in een schema op te nemen. De situaties waarin en de grondslagen op grond waar**van** een verplichting[138] tot nadeelcompensatie kan bestaan **worden in het hiernavolgende schema weergegeven.**

Een korte toelichting. Indien het Voorontwerp wet zou worden, mag worden verwacht dat de égalité in de praktijk de belangrijkste grondslag voor nadeelcompensatie blijft. Voordeel van het voorstel van de Studiegroep is dat de bestuursrechter voor *alle* vormen van (weloverwogen) rechtmatig publiekrechtelijk overheidshandelen, inclusief (accessoir) feitelijk handelen, bevoegd zal zijn. Alleen de wet in formele zin valt daar nog buiten. Tot het zover komt dat de staat ook uit rechtmatige daad aansprakelijk kan zijn voor formele wetten, zal art. 1 EP EVRM noodzakelijkerwijs als grondslag voor 'rechtmatige' inbreuken op het eigendomsrecht fungeren.[139] Dit gegeven is overigens niet van invloed op de regeling van nadeelcompensatie in de Awb. Immers, art. 1 EP werkt rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde, zodat er geen uitspraak van de wetgever aan te pas hoeft te komen; verzoeken om nadeelcompensatie kunnen rechtstreeks op dit artikel worden gebaseerd.

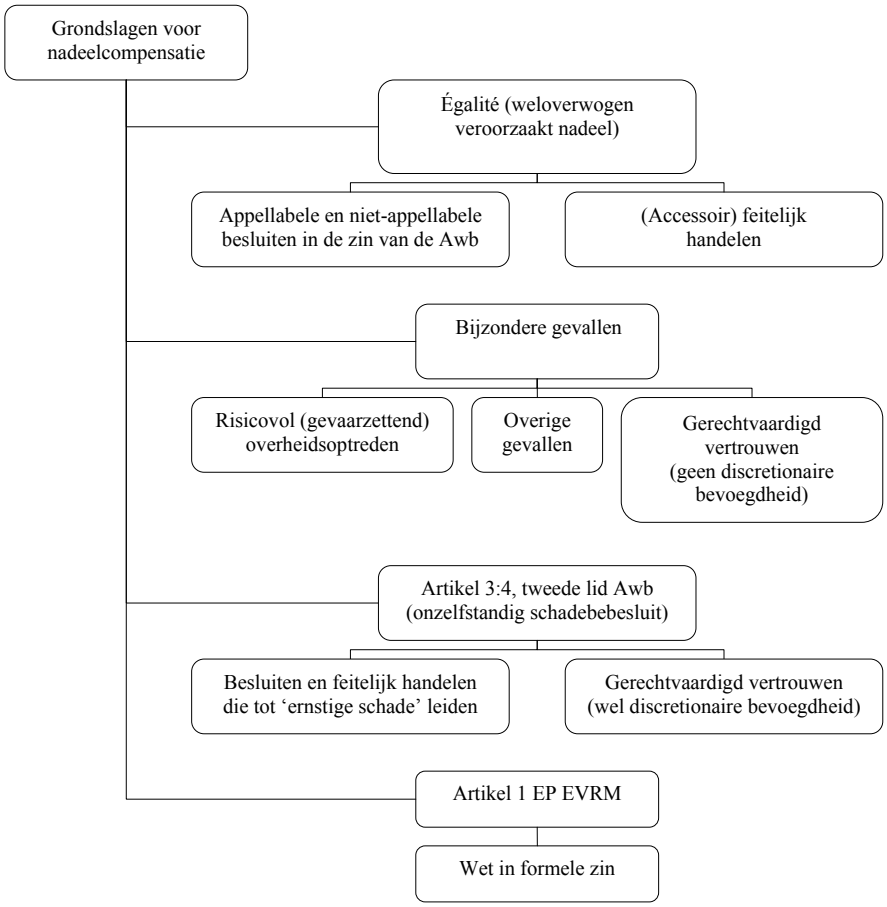
Voor art. 3:4 lid 2 Awb geldt hetzelfde als voor art. 1 EP: het zou goed zijn als de wetgever in de toelichting vermeldt dat onder omstandigheden nog een verplichting tot het toekennen van nadeelcompensatie bij wege van een onzelfstandig schadebesluit kan bestaan, maar een verwijzing naar art. 3:4 lid 2 Awb in de Awb-regeling zelf is overbodig. Wanneer bestuursorganen of de rechter menen dat art. 3:4 lid 2 Awb de juiste grondslag is, kunnen zij zich immers direct op dit artikel baseren. Voor een toelichting naar beide situaties waarin art. 3:4 lid 2 Awb nog een grondslag kan zijn, verwijs ik naar

138 De onverplichte nadeelcompensatie valt buiten dit schema.

139 In dit schema noem ik alleen de wet in formele zin. Het bereik van art. 1 EP EVRM is echter breder (zie § 10.4) en omvat ook de égalitégevallen, art. 3:4-situaties en bijzondere gevallen, telkens voor zover een inbreuk op een eigendomsrecht aan de orde is.

§ 9.5 (ernstige schade) en § 9.6.4 (schade door schending van gerechtvaardigd vertrouwen in het kader van een discretionaire bevoegdheid).

Voor enige nadere opmerkingen over de bijzondere gevallen verwijs ik naar de artikelsgewijze toelichting bij art. 4.5.1 lid 2 hierna. De bijzondere gevallen zelf heb ik hiervoor reeds besproken.



13.7 VOORSTEL VOOR EEN REGELING VAN NADEELCOMPENSATIE IN DE AWB

13.7.1 Tekst van het Voorontwerp

Artikel 4.5.1

1. Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak schade veroorzaakt die uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico en een benadeelde in vergelijking met

anderen onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan de benadeelde op zijn aanvraag een vergoeding toe.
2. Schade blijft in elk geval voor rekening van de aanvrager voor zover:
   a. hij het risico van het ontstaan van de schade heeft aanvaard,
   b. hij heeft nagelaten redelijke maatregelen ter voorkoming of beperking van schade te nemen, of
   c. de vergoeding van de schade anderszins is verzekerd.
3. Indien een schadeoorzaak als bedoeld in het eerste lid tevens voordeel voor de benadeelde heeft opgeleverd, wordt dit bij de vaststelling van de te vergoeden schade in aanmerking genomen.

Artikel 4.5.2
De aanvraag bevat mede:
a. een aanduiding van de schadeoorzaak, en
b. een opgave van de aard van de geleden of te lijden schade en, voor zover redelijkerwijs mogelijk, het bedrag van de schade en een specificatie daarvan.

Artikel 4.5.3
1. Bij wettelijk voorschrift kan worden bepaald dat van de aanvrager een recht van ten hoogste € 500 kan worden geheven.
2. Het in het eerste lid genoemde bedrag kan bij algemene maatregel van bestuur worden gewijzigd voor zover het consumentenprijsindex daartoe aanleiding geeft.

Artikel 4.5.4
1. De schade als bedoeld in artikel 4.5.1 omvat mede de redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade.
2. Indien het bestuursorgaan een vergoeding als bedoeld in artikel 4.5.1 toekent, vergoedt het tevens:
   a. redelijke kosten ter zake van deskundige bijstand bij de vaststelling van de schade,
   b. indien voor de indiening van de aanvraag een recht is geheven, het betaalde recht;
   c. de wettelijke rente vanaf de ontvangst van de aanvraag, of indien de schade op een later tijdstip ontstaat, vanaf dat tijdstip.

Artikel 4.5.5
1. Het bestuursorgaan beslist binnen acht weken of – indien een adviseur als bedoeld in afdeling 3.3 is ingeschakeld – binnen zes maanden na de ontvangst van de aanvraag.
2. Het bestuursorgaan kan de beslissing eenmaal voor ten hoogste acht weken of – indien een adviseur als bedoeld in afdeling 3.3 is ingeschakeld – zes

maanden verdagen. Van de verdaging wordt schriftelijk mededeling gedaan.

Artikel 4.5.6

1. Het bestuursorgaan kan de aanvraag afwijzen indien vijf jaren zijn verstreken na aanvang van de dag na die waarop de benadeelde bekend is geworden zowel met de schade als met het voor de schadeveroorzakende gebeurtenis verantwoordelijke bestuursorgaan, en in ieder geval na verloop van twintig jaren nadat de schade is veroorzaakt.
2. Indien een aanvraag betrekking heeft op schade veroorzaakt door een besluit waartegen beroep kan worden ingesteld, vangt de in het eerste lid genoemde termijn van vijf jaren niet aan voordat dit besluit in rechte onaantastbaar is geworden.

Artikel 4.5.7

Indien hoger beroep is ingesteld tegen een uitspraak over een besluit omtrent nadeelcompensatie als bedoeld in deze titel, verwijst de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de behandeling naar een andere hogerberoepsrechter, indien de behandeling van het hoger beroep door deze rechter naar haar oordeel gewenst is. Artikel 8:13, tweede en derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

13.7.2 Alternatief voorstel

Artikel 4.5.1

1. Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak weloverwogen schade veroorzaakt, kent het bestuursorgaan de benadeelde op zijn aanvraag een vergoeding toe, indien deze daardoor in het bijzonder en in abnormale mate wordt benadeeld.
2. Daarnaast wordt, op aanvraag van de benadeelde, schade veroorzaakt door een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak, in bijzondere gevallen geheel of gedeeltelijk vergoed.
3. De vergoeding wordt toegekend in geld. De vergoeding kan ook worden toegekend in andere vorm dan betaling van een geldsom.

Artikel 4.5.2

1. Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, wordt de schade die valt binnen het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico, niet vergoed.

2. Een bestuursorgaan kan bij wettelijk voorschrift of beleidsregel nader bepalen wanneer schade binnen het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico valt.

Artikel 4.5.3
Geen schade wordt vergoed voor zover de benadeelde het risico van het ontstaan van de schade heeft aanvaard.

Artikel 4.5.4
1. Laat de benadeelde na redelijke maatregelen ter voorkoming of beperking van schade te nemen, dan blijft de schade die daardoor voorkomen of beperkt had kunnen worden, ten laste van de aanvrager.
2. Redelijke kosten van maatregelen ter voorkoming of beperking van schade worden vergoed.

Artikel 4.5.5
1. Artikel 6:98 BW is van overeenkomstige toepassing op verzoeken om schadevergoeding op grond van deze titel.
2. Indien de schade kan worden toegerekend aan de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak van bestuursorganen van verschillende rechtspersonen, kan de benadeelde elk van de bestuursorganen voor het geheel van zijn schade aanspreken.
3. In hun onderlinge verhouding wordt de te vergoeden schade over de bestuursorganen verdeeld naar de mate waarin de schade aan hen kan worden toegerekend.

Artikel 4.5.6
Indien een schadeoorzaak tevens voordeel voor de benadeelde heeft opgeleverd, wordt dit bij de vaststelling van de te vergoeden schade in aanmerking genomen.

Artikel 4.5.7
Geen schadevergoeding wordt toegekend voor zover deze anderszins is verzekerd.

Artikel 4.5.8
De aanvraag bevat:
a. een aanduiding van de schadeoorzaak,
b. een opgave van de aard van de geleden of te lijden schade, en
c. voor zover redelijkerwijs mogelijk, het bedrag van de schade en een specificatie daarvan (schadebegroting).

Artikel 4.5.9

1. Bij wettelijk voorschrift kan worden bepaald dat van de aanvrager een recht van ten hoogste € 500 kan worden geheven. Dit bedrag kan worden aangepast voor zover de consumentenprijsindex daartoe aanleiding geeft.
2. Indien de hoogte van het recht bij wet is vastgesteld, kan dit bij algemene maatregel van bestuur worden gewijzigd voor zover de consumentenprijsindex daartoe aanleiding geeft.

Artikel 4.5.10

Indien het bestuursorgaan een schadevergoeding toekent, vergoedt het tevens:

a. redelijke kosten ter zake van deskundigen- en rechtsbijstand bij de vaststelling van de schade,
b. het betaalde recht, indien voor de indiening van de aanvraag een recht is geheven,
c. de wettelijke rente vanaf de ontvangst van de aanvraag, of indien de schade later ontstaat, vanaf dat tijdstip.

Artikel 4.5.11

1. Het bestuursorgaan beslist binnen acht weken of, indien een adviseur als bedoeld in afdeling 3.3 is ingeschakeld, binnen zes maanden na de ontvangst van de aanvraag.
2. Het bestuursorgaan kan de beslissing eenmaal voor ten hoogste acht weken of, indien een adviseur als bedoeld in afdeling 3.3 is ingeschakeld, zes maanden verdagen. Van de verdaging wordt schriftelijk mededeling gedaan.

Artikel 4.5.12

1. Het bestuursorgaan kan de aanvraag afwijzen indien vijf jaren zijn verstreken na aanvang van de dag na die waarop de benadeelde bekend is geworden met de schade en met het voor de schadeveroorzakende gebeurtenis verantwoordelijke bestuursorgaan. De aanvraag wordt in ieder geval afgewezen na verloop van twintig jaren nadat de schade is veroorzaakt.
2. Indien een aanvraag betrekking heeft op schade veroorzaakt door een besluit waartegen beroep kan worden ingesteld, vangt de in het eerste lid genoemde termijn van vijf jaren niet aan voordat dit besluit in rechte onaantastbaar is geworden.

Artikel 4.5.13

Indien hoger beroep is ingesteld tegen een uitspraak over een besluit omtrent nadeelcompensatie als bedoeld in deze titel, verwijst de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de behandeling naar een andere hogerberoepsrechter, indien de behandeling van het hoger beroep door deze rechter naar haar oordeel gewenst is. Artikel 8:13, tweede en derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

13.7.3 Artikelsgewijze toelichting

Artikel 4.5.1, eerste lid
Artikel 4.5.1 lid 1 is ook in mijn voorstel een kernbepaling. Het artikellid codificeert het égalitébeginsel en geeft uitdrukking aan acht voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voordat een rechtsplicht tot nadeelcompensatie intreedt. Deze voorwaarden zijn dat er sprake is van (1) *schade*[140] die (2) is veroorzaakt door een *bestuursorgaan* in (3) de *rechtmatige* (4) uitoefening van een *publiekrechtelijke bevoegdheid of taak* (5) welke schade *weloverwogen* is veroorzaakt, (6) in een *causaal verband* staat met die uitoefening ('daardoor'), (7) *speciaal* is ('in het bijzonder') en (8) *abnormaal* ('in abnormale mate'). Ik acht het niet nodig op deze plek bij al deze eisen opnieuw stil te staan; dat is in het voorgaande afdoende gebeurd.[141] Een aantal punten verdient evenwel nadere toelichting.

Ten eerste moet worden benadrukt dat dit artikel de *algemene* regel formuleert waaraan elk verzoek om nadeelcompensatie dient te worden getoetst. Als aan één van deze eisen niet is voldaan, dan rust op de overheid geen rechtsplicht tot nadeelcompensatie op grond van de Awb-regeling. Men komt derhalve aan één van de overige in de regeling genoemde criteria niet toe zonder eerst stil te staan bij de vraag of aan alle voorwaarden uit het eerste lid is voldaan.

Ten tweede is van belang dat tussen het eerste lid en de overige materiële criteria niet een onderscheid tussen vestiging en omvang van de aansprakelijkheid samenhangt. Beoogd is om in artikel 4.5.2 tot en met 4.5.7 de belangrijkste voorwaarden te formuleren die behulpzaam kunnen zijn bij de beoordeling van de vraag of het verzoek aan de in art. 4.5.1 lid 1, genoemde voorwaarden voldoet. Deels gaat het hier om bepalingen die uitwerkingen zijn van de abnormale last (art. 4.5.2, art. 4.5.3, art. 4.5.4), deels om bepalingen uit het BW die bij wijze van analogie in het nadeelcompensatierecht kunnen worden toegepast (art. 4.5.5, art. 4.5.6). Beoogd is om hiermee de voor de praktijk meest relevante gezichtspunten een plek in de Awb te geven. De in mijn voorstel opgenomen criteria beogen evenwel niet uitputtend te zijn.

Een derde opmerking ziet op de wijze waarop tot uitdrukking wordt gebracht dat op de benadeelde een speciale en abnormale last moet drukken.

---

140 Ik sluit aan bij de keuze van het Voorontwerp voor de termen 'schade' en 'schadevergoeding' in plaats van 'nadeel' en 'nadeelcompensatie'. Hoewel laatstgenoemde termen in de praktijk en de doctrine algemeen gebruikelijk zijn (en het m.i. ook voor de hand ligt om de relevante *titel* in de Awb het kopje 'nadeelcompensatie' mee te geven), lenen zij zich minder goed voor een algemene regeling in de Awb. Het consequent spreken van 'nadeel' in plaats van 'schade' werpt de vraag op of 'nadeel' iets anders betekent dan 'schade' uit afdeling 6.1.10 BW. Omdat aansluiting bij het BW op dit punt gewenst is, opteer ik voor de termen 'schade' en 'schadevergoeding'.

141 Zie over voorwaarde (1) § 6.2, 6.3, over (2) § 5.3.1, over (3) § 13.3.3.1, over (4) § 13.3.2 en § 5.3 over (5) § 5.2, over (6) § 6.5, over (7) hoofdstuk 7 en (8) hoofdstuk 8.

Getracht is een formulering te vinden die het meest precies tot uitdrukking brengt wat deze voorwaarden inhouden en die voorts ook voor de niet juridisch geschoolde burger te begrijpen is. De frase dat het moet gaan om een last die de benadeelde 'in het bijzonder' en 'in abnormale mate' treft, beoogt dit. De frase 'in abnormale mate' is maar *niet* synoniem met 'boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgend'. Art. 4.5.1 lid 1 dekt dus meer situaties dan alleen de schade die tot het normaal maatschappelijk risico of het normale ondernemersrisico behoort (zie § 8.3.3, alsook § 13.3.3).

Artikel 4.5.1, tweede lid

Het beperken van de reikwijdte van het eerste lid tot gevallen waarin de schade voortvloeit uit een rechtmatige afweging van belangen, leidt als vanzelf tot de vraag welke oplossing moet worden gevonden voor de gevallen die hieronder niet vallen. Uitgangspunt is dat de schade die niet op grond van de égalité kan worden vergoed, voor rekening van de benadeelde zelf blijft. Bij gebreke van een (on)geschreven titel op grond waarvan het redelijk is de overheid aansprakelijk te houden, kan immers geen aansprakelijkheid worden aanvaard. Toch heb ik niet willen uitsluiten dat de overheid soms *toch* aansprakelijk kan zijn, zonder dat het égalitébeginsel daartoe verplicht. Ik pleit er, zoals gesteld, voor dat de wetgever de rechter een aanknopingspunt biedt om een dergelijke ontwikkeling mogelijk te maken.

De situaties die niet onder de reikwijdte van het eerste lid vallen, maar waarin de overheid (soms) toch een compensatieplicht heeft, laten zich niet limitatief opsommen. Omdat de rechtsontwikkeling op dit punt deels nog moet plaatsvinden, is gekozen voor de open formule dat in 'bijzondere gevallen' een compensatie kan worden gegeven. Ondanks deze open formulering moet worden benadrukt dat het hier moet gaan om (zeer) bijzondere gevallen. Naar mijn idee zijn de gevallen van schade door risicovol overheidsoptreden en de gevallen waarin sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen daarvan de in de praktijk belangrijkste voorbeelden. Omdat toch niet is uitgesloten dat zich in de toekomst nog gevallen voordoen die we ons op dit moment nog niet kunnen voorstellen, lijkt het echter onvermijdelijk om een enigszins vage norm in de regeling te introduceren. Met het woord 'Daarnaast' uit het tweede lid is beoogd tot uitdrukking te brengen dat het moet gaan om gevallen waarin het nadeel niet een noodzakelijk en onvermijdelijk gevolg is van een daad van belangenafweging.

Wanneer een geval 'bijzonder' is, wordt in eerste instantie bepaald door het bestuursorgaan binnen wiens uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid of taak de schade werd toegebracht. Ik pleit ook voor deze gevallen voor het besluitmodel. Derhalve neemt de procedure een aanvang met een verzoek van een gelaedeerde burger of onderneming om schadevergoeding. De reactie naar aanleiding daarvan is het schadebesluit waartegen verder de gebruikelijke rechtsmiddelen dienen te worden aangewend. De benadeelde zou daarbij niet verplicht moeten zijn om zich eerst op het eerste lid te beroe-

pen, om na een afwijzend besluit zich op het tweede lid te beroepen. Het ligt voor de hand dat de burger zich op die bepaling beroept die naar zijn idee het beste recht doet aan zijn situatie. Daarbij is het overigens goed denkbaar dat de burger in kwestie zich abusievelijk op de verkeerde bepaling beroept. In een dergelijk geval ligt het, mede in het licht van art. 3:2 jo. art. 4:2 Awb, in de rede dat het bestuursorgaan ambtshalve de juiste bepaling toepast en vervolgens toetst of zich een 'bijzonder geval' (of juist als een égalitégeval) in de zin van art. 4.5.1 voordoet. De rechter kan in zo'n geval art. 8:69 lid 2 Awb toepassen. Gaat het bestuursorgaan in de fout door een niet op grond van het eerste lid compensabel nadeel toch aan dat lid te toetsen, dan dient de in beroep of hoger beroep oordelende rechter deze fout te herstellen, waarbij het de rechtsgevolgen zo nodig in stand kan laten.

Nagelaten is om in het artikel nadere maatstaven op te nemen waaraan de 'bijzonderheid' van een geval wordt beoordeeld. In de praktijk zal moeten blijken welke maatstaven het beste tegemoet komen aan de behoeften van bestuur en rechter. Het ligt in de rede dat ook in de onder art. 4.5.1 lid 2 te behandelen gevallen de bepalingen uit afdeling 6.1.10 BW van belang zullen zijn. Uitgesloten is evenmin dat sommige maatstaven die in het kader van een toets aan de égalité aan de orde kunnen komen, ook relevant zijn bij de toets aan het tweede lid. Gedacht kan worden aan het uitgangspunt dat bagatelschade of anderszins verzekerde schade niet wordt vergoed. Ook voor de bijzondere gevallen kunnen de in mijn voorstel genoemde materiële criteria derhalve vaak een goed toetsingskader bieden. Een analoge toepassing van de speciale en abnormale last van het égalitébeginsel is in deze gevallen echter niet het uitgangspunt. Bestuur en rechter hebben met de door mij voorgestelde formulering de vrijheid om ook los van de aan het égalitébeginsel verbonden criteria over het verzoek om schadevergoeding te oordelen en een volledige of een gedeeltelijke schadevergoeding toe te kennen. Zo hoeven zij in de voorzienbaarheid van het nadeel (vgl. de *Bavo*-casus) of de grootte van de groep getroffenen geen reden te zien om geen nadeelcompensatie toe te kennen.

Artikel 4.5.1, derde lid

Aan het artikel is tot slot een derde lid toegevoegd. Dit stelt als regel dat de vergoeding in geld wordt voldaan, maar dat een andere wijze van compensatie niet is uitgesloten. Deze regel sluit aan op de rechtspraak, waaruit naar voren komt dat compensatie in geld het uitgangspunt is maar dat compensatie 'in natura' (door het aanbieden van een alternatieve locatie bijvoorbeeld) niet is uitgesloten. Ik verwijs naar § 6.8.

Artikel 4.5.2

Dit artikel is het logische gevolg van het laten vervallen van de term 'normaal maatschappelijk risico' in art. 4.5.1 lid 1. Het normaal maatschappelijk risico en het normaal ondernemersrisico zullen in de praktijk in zeer veel (maar niet

in alle) gevallen belangrijke toetsingscriteria blijven. Deze criteria moeten dan ook een plek krijgen in de Awb-regeling. In mijn tekst is naast het normaal maatschappelijk risico ook het normaal ondernemersrisico opgenomen. Dit zijn *nevengeschikte* criteria; het ondernemersrisico is in mijn visie geen subcriterium van het maatschappelijk risico. Het artikel staat niet in de weg aan de mogelijkheid van toespitsing van wat tot het 'normale risico' behoort in een bijzondere wetsinterpreterende beleidsregels, waarin gefixeerde drempel- en kortingspercentages zijn opgenomen. De redelijkheid van deze drempels zal door de bestuursrechter aan de algemene regel van art. 4.5.1 lid 1 kunnen worden getoetst.

Door in de Awb expliciet te stellen dat nadeel dat tot het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico behoort, niet wordt vergoed, wordt de ruimte om onverplicht meer te compenseren dan waarop de égalité recht geeft, beperkt. Sterker: verdedigd kan worden dat het compenseren van nadelen die tot het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico behoren, in beginsel in strijd is met art. 4.5.1. De in hoofdstuk 11 besproken voorbeelden geven een indicatie dat onverplichte nadeelcompensatie een meer dan incidenteel fenomeen is. Dit rechtvaardigt de vraag of het een gewenst effect is van een regeling van de égalité in de Awb dat ook een streep wordt gehaald door de praktijk waarbij op grond van bijzondere omstandigheden onverplicht wordt gecompenseerd. Zolang bestuursorganen blijven binnen de regels die het staatssteunrecht stelt, kunnen er immers goede redenen zijn om soms iets meer te geven dan waarop de égalité recht geeft, bijvoorbeeld om de weerstand tegen een bepaald project weg te nemen. Om aan deze (waarschijnlijke) behoefte van de praktijk recht te doen zou de Awb moeten voorzien in de mogelijkheid om toch, in afwijking van art. 4.5.1 lid 1 voor nadeel dat *wel* tot de 'normale risico's' behoort, een compensatie te geven. Omdat hiermee wordt afgeweken van de regel in de Awb, zal zulks dan wel bij wettelijk voorschrift moeten geschieden. Ik verwijs verder naar § 11.6.

Artikelen 4.5.3
Dit artikel regelt de risicoaanvaarding. Het artikel omvat zowel de actieve als de passieve risicoaanvaarding. Beide begrippen en de in dat verband relevante rechtspraak zijn in § 8.7 aan de orde gekomen. Art. 4.5.1 lid 2 sub a komt te vervallen.

Artikel 4.5.4
Dit artikel regelt de gevolgen van het niet in acht nemen van de schadebeperkingsplicht en bepaalt tevens dat de redelijke kosten van het nemen van schadebeperkende maatregelen voor vergoeding in aanmerking komen. Het artikel is gebaseerd op het min of meer gelijkluidende artikel uit de RNVW 1999. Het ligt voor de hand de vergoeding van de kosten van schadebeperkende maatregelen in hetzelfde artikel op te nemen als die waarin de schadebeperkingsplicht is geregeld. Het ongelukkige uit elkaar trekken van de beide op

de schadebeperkingsplicht betrekking hebbende bepalingen in het Voorontwerp (in art. 4.5.1 lid 2 sub b en art. 4.5.4 lid 1) wordt daarmee voorkomen. Zie nader § 6.3.3.2 en § 6.7.2.

Artikel 4.5.5
In § 13.4.3.3 heb ik kritiek geuit op het ontbreken van een verwijzing in het Voorontwerp en de toelichting naar het causaal verband. Met dit artikel beoog ik dit gemis te herstellen. Ook voorziet het artikel in een regeling voor hoofdelijke aansprakelijkheid. Ik verwijs naar § 6.5.5.

Artikel 4.5.6
Dit artikel codificeert de voordeelstoerekening. De formulering is ontleend aan het gelijkluidende art. 4.5.1 lid 3 in het Voorontwerp.

Artikel 4.5.7
De vraag of de schadevergoeding anderszins is verzekerd, is opgenomen in een aparte bepaling. Ik sluit mij aan bij de kritiek van Van den Broek, die stelt dat het feit dat de vergoeding anderszins is verzekerd, niet betekent dat de schade voor rekening van de benadeelde blijft, doch dat hij voor zijn schade een alternatieve geldbron heeft kunnen aanboren.[142] Anders dan in het Voorontwerp wordt gesuggereerd, blijft deze schade dan dus niet voor rekening van de benadeelde, doch wordt slechts niet op grond van de Awb-regeling vergoed. Een apart artikel met een 'anderszins verzekerd'-clausule ligt voor de hand. Zie nader § 8.8.

Artikel 4.5.8
Dit is het oude artikel 4.5.2, waaraan inhoudelijk niets is veranderd; het is wel enigszins geherformuleerd.

Artikel 4.5.9
Dit is het oude artikel 4.5.3. Dit artikel is inhoudelijk gewijzigd, nu het artikel uit het Voorontwerp het mogelijk maakte dat bij amvb een wijziging kan worden gebracht in (bijvoorbeeld) een gemeentelijk of een provinciaal wettelijk voorschrift. Bij amvb kunnen echter slechts wijzigingen worden aangebracht in wettelijke voorschriften die afkomstig zijn van de regering.[143] Bij amvb kan derhalve niet een wijziging worden aangebracht in een wettelijk voorschrift afkomstig van (bijvoorbeeld) gemeentelijke of provinciale bestuursorganen. Voor zover een bedrag in een wet in formele zin is neergelegd, is wijziging bij amvb wel mogelijk, in welke mogelijkheid het tweede lid voorziet.

142 Van den Broek 2007, p. 123.
143 Hierop werd ik gewezen door mijn collega prof.dr. W.J.M. Voermans.

Artikel 4.5.10
Dit artikel stemt overeen met de vrijwel gelijkluidende bepaling 4.5.4 in het Voorontwerp, zij het dat lid 1 van dit artikel is komen te vervallen en een nieuwe plaats heeft gekregen in artikel 4.5.4 lid 2. Voor het overige is de tekst uit art. 4.5.4 lid 2 sub a Voorontwerp in zoverre aangepast dat 'deskundige bijstand' is vervangen door 'deskundigen- en rechtsbijstand' (art. 4.5.10 sub a). Dit onderscheid is in het nadeelcompensatierecht algemeen gangbaar en wordt bijvoorbeeld ook in het planschaderecht gehanteerd (art. 6.5 Wro). Zie de rechtspraak genoemd in § 6.3.3.2.

Artikel 4.5.11
Dit artikel stemt overeen met art. 4.5.5 Voorontwerp, zij het dat de liggende streepjes zijn vervangen door komma's.

Artikel 4.5.12
Dit artikel stemt overeen met art. 4.5.6 Voorontwerp, zij het dat het eerste lid is geherformuleerd.

Artikel 4.5.13
Dit artikel stemt woordelijk overeen met art. 4.5.7 Voorontwerp.

13.8 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn tal van aandachtspunten voor een wettelijke regeling van nadeelcompensatie in de Awb aan de orde geweest. Ondanks mijn kritiek op onderdelen van de regeling, moet worden vooropgesteld dat het Voorontwerp in elk geval op twee punten als een grote stap voorwaarts kan worden beschouwd. Het eerste is het feit *dat* het égalitébeginsel eindelijk in de Awb zal worden gecodificeerd. Het tweede positieve punt betreft het oogmerk van het Voorontwerp om de bestuursrechter bevoegd te maken voor alle gevallen waarin schade ontstaat in het kader van de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak. Hoewel over de precieze reikwijdte van deze frase het laatste woord nog niet is gezegd, kan deze ruime bevoegdheidsomschrijving als een van de grootste winstpunten van de nadeelcompensatieregeling worden beschouwd. Juist op dit punt was een interventie van de Awb-wetgever noodzakelijk, en de Commissie Scheltema verdient lof voor haar intentie om in een wettelijke regeling niet langer de eis van processuele connexiteit te stellen.

Een aantal punten uit het Voorontwerp en de bijbehorende toelichting verdient nadere aandacht. In deze conclusie beperk ik me tot de hoofdpunten.

- Een concentratie van de rechtsmacht in nadeelcompensatiezaken bij de bestuursrechter leidt ertoe dat gecombineerde vorderingen waarin primair om schadevergoeding uit onrechtmatige daad en subsidiair om nadeelcom-

pensatie wordt gevraagd, niet meer mogelijk zijn. Voor zover de bestuursrechter bevoegd wordt tot het oordelen over claims uit onrechtmatige daad, zou aan het ongewenste effect van een stapeling van procedures tegemoet kunnen worden gekomen door de rechter die een vernietigingsberoep heeft afgewezen, de bevoegdheid te geven om, indien daarvoor gronden zijn, meteen een oordeel te geven over het mogelijk bestaan van een recht op nadeelcompensatie (§ 13.3.1.2).

- De *structuur* van het Voorontwerp is niet helder. Debet daaraan is dat het normaal maatschappelijk risico als *koepelbegrip* wordt gecodificeerd in het eerste lid, terwijl het slechts één van de relevante criteria is voor de beoordeling van nadeelcompensatieclaims. Ik bepleit een zodanige structuur van de nadeelcompensatieregeling dat in het eerste lid de algemene norm wordt neergelegd die duidelijk maakt wat de basisvoorwaarden zijn alvorens een nadeelcompensatieplicht bestaat (§ 13.4.3.2).
- Wat de *selectie* van de in de wet opgenomen criteria betreft is het Voorontwerp behoorlijk aan de maat. Toch zou de wetgever moeten overwegen om in elk geval het normale ondernemersrisico op te nemen en een expliciete plek voor art. 6:98 BW in te ruimen (§ 13.4.3.3).
- De wetgever zal in de toelichting expliciet – explicieter dan de Studiegroep heeft gedaan – tot uitdrukking moeten brengen wat zijn visie is op de reikwijdte van de égalité en wat dat voor gevolgen heeft voor situaties die buiten het bereik van art. 4.5.1 Awb vallen. Onvoldoende is onderkend dat de brede formulering uit het Voorontwerp tot een stortvloed aan schadeclaims kan leiden die weinig gemeen hebben met het traditionele, besluit-georiënteerde nadeelcompensatierecht waarmee de bestuursrechter tot op heden te maken kreeg. De wenselijke lijn is daarbij de volgende:
- De wetgever dient art. 4.5.1 te beperken tot gevallen waarin sprake is van weloverwogen veroorzaakt nadeel. Dit zijn de gevallen die thans reeds binnen de rechtsmacht van de bestuursrechter vallen, aangevuld met niet-appellabele besluiten en (accessoire) feitelijke handelingen.
- Het buiten het bereik van de égalitéregeling vallen moet niet tot gevolg hebben dat men van elk recht op nadeelcompensatie verstoken blijft. Ik heb betoogd dat de bestuursrechter op dit punt een taak heeft, en niet de civiele rechter. Om te waarborgen dat aan individuele gevallen recht kan worden gedaan zonder dat men afbreuk doet aan de betekenis en de reikwijdte van het égalitébeginsel, zou de Awb moeten voorzien in een clausule die burgers de mogelijkheid geeft in 'bijzondere gevallen', die niet op grond van art. 4.5.1 kunnen worden vergoed, toch om nadeelcompensatie te vragen. Bestuur en rechter zijn hierbij niet gebonden aan de beperkingen en criteria van het égalitébeginsel. Op die manier kan de rechtsontwikkeling verder worden afgewacht, terwijl de coherentie van de huidige bestuursrechtelijke égalitérechtspraak niet op het spel komt te staan. Als 'bijzonder' kunnen in elk geval worden aangemerkt schade door *risicovol* overheidshandelen en schade door rechtmatig overheidshan-

delen 'omringend' handelen dat gerechtvaardigd vertrouwen wekt. Voor een enorme uitbreiding van de overheidsaansprakelijkheid hoeft daarbij niet te worden gevreesd. Met deze aparte clausule wordt slechts beoogd om de rechtsontwikkeling ten aanzien van de situaties waarin de overheid verplicht is voor haar rechtmatige handelingen een compensatie te geven, stap voor stap te laten plaatsvinden en zo veel mogelijk op basis van eenduidige principes.

14 Samenvattende slotbeschouwing

14.1 INLEIDING

In hoofdstuk 1 zijn de hoofdvragen van dit onderzoek als volgt geformuleerd:

> *Wat is de reikwijdte en betekenis van het égalitébeginsel als grondslag voor nadeelcompensatie? Hoe wordt het naar Frans recht geïnterpreteerd en kan deze interpretatie iets voor het Nederlandse recht betekenen? Hoe wordt het recht op nadeelcompensatie op grond van het nationale égalitébeginsel beïnvloed en/of aangevuld door het Europese recht? Welke knelpunten doen zich voor bij de toepassing van het égalitébeginsel, en wat is daarvoor een wenselijke oplossing?*

Om deze vragen te beantwoorden, zijn verschillende wegen bewandeld. In het eerste deel is de vraag naar de betekenis van de égalité in een historisch perspectief geplaatst. Onder meer is ingegaan op de wortels van de égalité naar Frans recht, de wijze waarop het égalitébeginsel is gerecipieerd in de Nederlandse rechtsorde en de specifieke problemen waarop de doorwerking van het égalitébeginsel hier te lande stuitte. Die problemen lagen vooral in het lange tijd ontbreken van een algemene rechtsplicht tot nadeelcompensatie, zodat het recht op nadeelcompensatie verbrokkeld werd geregeld en het nadeelcompensatierecht lange tijd vooral 'constructierecht' was. Een daarmee samenhangende hinderpaal was de gedeeltelijke bevoegdheid van de civiele rechter, die enerzijds niet schroomde om arresten te wijzen die beslist een impuls betekenden in de receptie van het égalitébeginsel (zoals het arrest *Leffers*) maar daarbij gebonden was aan het leerstuk van de onrechtmatige daad. In *hoofdstuk 3* werd geconcludeerd dat veel van deze problemen naar huidig recht goeddeels uit de weg lijken te zijn geruimd. De wijze waarop het égalitébeginsel naar huidig Nederlands bestuursrecht fungeert, laat vooral parallellen met het Franse recht zien. Net als in Frankrijk heeft een eventuele nadeelcompensatieplicht ook in het Nederlandse bestuursrecht geen gevolgen voor de rechtmatigheid van het overheidshandelen op zich. Om te kunnen beoordelen of een nadeelcompensatieplicht bestaat, is slechts relevant of op degene die het égalitébeginsel inroept, een speciale en abnormale last is komen te rusten, ervan uitgaand dat het overheidshandelen op zichzelf rechtmatig is. Een belangrijke afwijking van het Franse recht is dat het égalitébeginsel niet altijd op deze wijze kan worden geoperationaliseerd, maar slechts voor besluiten die appellabel zijn (en voor besluiten omtrent schadevergoeding die

gebaseerd zijn op een nadeelcompensatieregeling waarin het égelitebeginsel tot uitdrukking komt). Artikel 6:162 BW is daarmee nog steeds relevant in nadeelcompensatiezaken.

De vraag naar de betekenis van het égalitébeginsel valt in twee deelaspecten uiteen. Enerzijds is er de vraag naar het *toepassingsbereik* van het égalitébeginsel, dat wil zeggen het soort overheidshandelen waarop het égalitébeginsel van toepassing is. Anderzijds is er de vraag naar de inhoudelijke *criteria* op grond waarvan kan worden beoordeeld of een recht op nadeelcompensatie bestaat. Beide vragen zijn in dit boek aan de orde gekomen. Om preciezer te kunnen analyseren wat het toepassingsbereik is van het égalitébeginsel, is in hoofdstuk 4 eerst verslag gedaan van de situaties waarin de Franse rechter het égalitébeginsel operationaliseert. Met die kennis in het achterhoofd is het égalitébeginsel zoals dat in Frankrijk wordt geïnterpreteerd in *hoofdstuk 5* 'vertaald' naar enkele Nederlandse situaties. Na deze exercitie kon in de *hoofdstukken 6*, *7* en *8* worden stilgestaan bij de materiële criteria voor nadeelcompensatie. De typisch Nederlandse problematiek van de verhouding van het égalitébeginsel tot art. 3:4 lid 2 Awb is aan de orde gesteld in de *hoofdstuk 9*.

Doel van dit proefschrift was ook om te onderzoeken hoe het égalitébeginsel wordt aangevuld en/of beïnvloed door het Europese recht. In *hoofdstuk 10* is in dit verband stilgestaan bij art. 1 EP EVRM, dat duidelijke parallellen maar ook verschillen met het égalitébeginsel vertoont. Aangezien art. 1 EP EVRM in geschillen met de overheid, ook over nadeelcompensatie, een steeds prominentere rol speelt, is getracht meer inzicht te krijgen in de vraag waar het égalitébeginsel art. 1 EP EVRM aanvult en in welk opzicht art. 1 EP EVRM de justitiabele mogelijk meer te bieden heeft.

Waar art. 1 EP de 'ondergrens' vertegenwoordigt, is art. 107 VwEU de bovengrens: bestuursorganen dienen ervoor te waken veel meer te geven dan waartoe zij krachtens het égalitébeginsel verplicht zijn, omdat zij anders het gevaar lopen in strijd te handelen met het staatssteunverbod van art. 107 VwEU. Mede aan de hand van de beschikkingen van de Europese Commissie over staatssteun is geanalyseerd wanneer een op nationaal niveau verstrekte nadeelcompensatie in strijd kan komen met het staatssteunrecht (*hoofdstuk 11*). In *hoofdstuk 12* is ingegaan op de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad van de EU-instellingen. Deze beïnvloedt het nationale nadeelcompensatieregime niet direct, maar ook zij is van belang, namelijk wanneer nationale ondernemingen te maken krijgen met schadeveroorzakende handelingen die direct uit het EU-recht voortvloeien.

In het slotdeel is in *hoofdstuk 13* in kaart gebracht welke gevolgen de verworven inzichten hebben voor een eventuele wettelijke regeling van het nadeelcompensatieleerstuk in de Awb. In dit laatste hoofdstuk stel ik mij ten doel de bovengenoemde hoofdvragen te beantwoorden. Daarbij hoeft hetgeen in de deelconclusies van de verschillende hoofdstukken is gesteld, niet opnieuw aan de orde te komen; voor een vollediger weergave verwijs ik kortheidshalve daarnaar. Ik beperk me tot de hoofdthema's van dit boek: de reikwijdte van

de égalité, de inhoud van de materiële criteria, de relatie tot artikel 3:4 lid 2 Awb, de verhouding tot het Europees recht en de aandachtspunten voor de wetgever. Ook zal ik in § 14.6 weergeven wat een vergelijking op hoofdlijnen tussen het Franse en het Nederlandse recht ons leert. In § 14.8 rond ik af met enige slotopmerkingen.

14.2 De reikwijdte van het égalitébeginsel

Het égalitébeginsel is een omstreden beginsel en de aanvaarding van een algemene rechtsplicht tot nadeelcompensatie is in Nederland bepaald niet zonder slag of stoot van de grond gekomen. Diverse recente ontwikkelingen – in het bijzonder de erkenning van de égalité in de bestuursrechtelijke en civiele rechtspraak en de plannen van de wetgever tot codificatie van het égalitébeginsel in de Awb – onderstrepen dat er brede overeenstemming bestaat over het feit dat het égalitébeginsel in de praktijk de belangrijkste rechtsgrondslag voor nadeelcompensatie is. Toch eindigde ik hoofdstuk 3 met de verzuchting dat er nog veel onduidelijk is over zijn precieze betekenis en reikwijdte.[1] De égalité blijkt in de literatuur en de rechtspraak te worden aangedragen voor een keur aan verschillende overheidshandelingen die op het eerste gezicht weinig meer gemeen hebben dan dat zij rechtmatig zijn en schade veroorzaken.[2] De discussie over de precieze betekenis van de égalité vindt vooral plaats naar aanleiding van civiele rechtspraak. De toepassing van de égalité in het arrest *Lavrijsen* is voorwerp van veel debat in de literatuur. In een wetsvoorstel voor schadecompensatie in het strafrecht neemt de wetgever zelfs uitdrukkelijk – zij het nauwelijks beargumenteerd – afstand van het égalitébeginsel als grondslag voor schade van ex-verdachten en onschuldige derden door de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen.[3] Ook bij de door de Hoge Raad voorgestelde beperking van het bereik van het égalitébeginsel tot voor de overheid *voorzienbaar* nadeel, zijn in de literatuur vraagtekens geplaatst.[4]

---

1 § 3.6. Zie ook § 1.2.1.

2 Ik noem naast de 'traditionele' gevallen van schade door besluiten verder: de schade aan onschuldige derden door risicovol overheidsoptreden (§ 5.4.2), schade van ex-verdachten door het ten onrechte toepassen van dwangmiddelen (Dane, § 5.4.3), schade aan instellingen die geestelijke gezondheidszorg voor illegalen verzorgen, maar daarvoor geen vergoeding kunnen krijgen en waarbij de staat nalatig blijft de illegalen uit te zetten (§ 13.6.4.3), schade voor falend toezicht (Van Boom en Giesen, § 5.2.3) en, op EU-niveau, schade door retaliatiemaatregelen ten gevolge van het niet-naleven van verplichtingen in het kader van de Wereld Handels Organisatie (§ 12.4, *FIAMM*).

3 § 5.4.1, § 5.4.4.

4 § 5.5.

14.2.1 Reikwijdte naar Frans recht

Om meer inzicht te krijgen in de reikwijdte van het égalitébeginsel, heb ik rechtsvergelijkend onderzoek met Frankrijk gedaan, waar het beginsel is ontwikkeld. Het ligt voor de hand dat men op vergelijkbare problemen en interpretatievragen stuit indien de rechtsplicht tot nadeelcompensatie op hetzelfde beginsel wordt gestoeld en daarbij dezelfde toetsingscriteria worden gehanteerd. In *hoofdstuk 4* heb ik in dit verband de rechtspraak van de Franse bestuursrechter bestudeerd en bezien op welke overheidshandelingen hij het égalitébeginsel toepast. Gebleken is dat in het Franse nadeelcompensatierecht wordt gedifferentieerd in de grondslagen voor nadeelcompensatie. Het égalitébeginsel blijkt van toepassing te zijn op schade ten gevolge van *besluiten* (zowel van algemene strekking als van individuele aard), wetten (zowel verordeningen als wetten in formele zin) en verdragen. Voor zover het égalitébeginsel ook ziet op feitelijk handelen, gaat het vooral om schade door *travaux publics*: in het algemeen belang noodzakelijke werkzaamheden aan de infrastructuur, waardoor derden schade lijden. Daarnaast bestaat een apart (buitenwettelijk) aansprakelijkheidsregime uit rechtmatige overheidsdaad voor schade door, kort gezegd, gevaarzettend overheidshandelen (*risque spécial*). Voorbeelden van een toepassing deze grondslag vindt men onder meer bij schade door gevaarzettende objecten (vuurwapens bijvoorbeeld), gevaarlijke methoden (liberale detentieregimes, medische methoden) en een restcategorie van gevaarzettende situaties.[5]

14.2.2 Gewenste reikwijdte naar Nederlands recht

In *hoofdstuk 5* heb ik bepleit dat het gewenst is om ook in Nederland de toepassing van het égalitébeginsel te beperken tot de situaties waarin de Franse bestuursrechter de égalité toepast. Het égalitébeginsel zou slechts moeten worden toegepast wanneer de door de overheid veroorzaakte schade kwalificeert als een 'openbare last' (*charge publique*). Dit begrip heb ik omschreven als *een door enig overheidshandelen 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel, dat noodzakelijk en onvermijdelijk is voor de behartiging van het algemeen belang*.[6]

Bij drie kernelementen uit deze omschrijving heb ik in § 5.2 in het bijzonder stilgestaan. Ten eerste moet sprake zijn van een overheidshandeling *in het algemeen belang*. In de voornoemde situaties van *égalité* enerzijds en *risico* anderzijds relateert de schade zich op verschillende wijze aan het doel dat de overheid met de behartiging van het algemeen belang nastreeft. Betoogd is dat het algemeen belang bij de égalité vooral een *rechtvaardigende* rol speelt: het feit dat het offer van de burger door het algemeen belang wordt gevorderd,

5 § 4.5, § 4.6.
6 § 5.2.1.

rechtvaardigt dat de onevenredige schade ten laste van de collectiviteit dient te komen.[7] In de égalitégevallen brengt de behartiging van het algemeen belang het offer van een of meer burgers onafwendbaar en onvermijdelijk met zich. In de situaties die de Franse rechter onder de 'risiconoemer' schaart kan men dat niet stellen. Weliswaar was de rechtmatig uitgeoefende *activiteit* noodzakelijk om het algemeen belang te dienen, maar de daardoor ontstane *schade* is dat niet; deze is vreemd aan het met de bevoegdheid gediende doel en moet per definitie worden vermeden. Men kan bijvoorbeeld niet stellen dat het levensgevaarlijk gewond raken van een voetganger een noodzakelijk offer is om het doel van die activiteit – de arrestatie van een verdachte – te bereiken.

Het 'weloverwogen' veroorzaken van nadeel heb ik gekoppeld aan de aanwezigheid van een *rechtmatige belangenafweging*. De koppeling van de égalité aan situaties waarin een belangenafweging heeft plaatsgevonden laat zien dat de handelingen die op grond van de égalité recht op nadeelcompensatie kunnen geven een wilselement dienen te bevatten. Dat het toepassingsbereik van de égalité in Frankrijk tot besluiten (incl. normatieve handelingen) beperkt is gebleven, is dan ook geen toeval: beschikkingen, algemeen verbindende voorschriften (zowel formele als materiële wetten), verdragen en andere juridische handelingen veronderstellen dat welbewust in de belangen van burgers wordt ingegrepen. Aan deze besluiten is immers een afweging van belangen voorafgegaan, die, als zij rechtmatig is, impliceert dat de door het besluit aangetaste belangen het afleggen tegen de door het besluit te dienen belangen. Een en ander gaat evenzeer op voor (accessoire) feitelijke handelingen, aangezien ook daaraan een afweging van belangen vooraf dient te gaan.

Om van een 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel te kunnen spreken, is niet vereist dat de door het besluit aangetaste belangen voor het bestuursorgaan precies *kenbaar* waren en een *expliciete* plek in de belangenafweging hebben gekregen. In het gros van de gevallen zal het bestuursorgaan zich wel een globaal beeld kunnen vormen van de nadelen die het gevolg kunnen zijn van rechtmatige besluitvorming. De nadelen voor burgers en ondernemingen zullen veelal behoren tot de 'rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen' (art. 3:4 lid 1 Awb). Met de term 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel is evenwel nadrukkelijk niet beoogd om het bereik van de égalité te beperken tot situaties van kenbare en voorzienbare aantastingen van belangen. Kenmerk van het belangenafwegingsproces is immers dat niet altijd op voorhand zeker is welke belangen precies door een rechtmatige overheidshandelingen worden getroffen. Dat geldt zeker voor schade ten gevolge van rechtmatige wetgeving, maar ook voor andersoortige besluiten.[8] De égalité heeft juist een belangrijke meer-

7 Het algemeen belang kan ook rechtvaardigen dat *geen* recht op nadeelcompensatie bestaat. Het gaat dan om gevallen waarin het algemeen belang niet alleen het opleggen van een last vordert, maar ook de ongelijke verdeling van die last (§ 5.2.2).

8 Zie de bespreking van het arrest *La Fleurette* in § 4.5.3.1, § 5.2.3.

waarde doordat zij zich kan richten op de *gevolgen* die rechtmatige overheidshandelingen *in concreto* hebben. 'Weloverwogen veroorzaakt nadeel' betekent in die gevallen van onvoorzienbare belangenaantastingen vooral 'op de koop toe genomen'.[9]

Een laatste voorwaarde is dat alleen die schade die het *noodzakelijke*, *onvermijdelijke* gevolg is van het rechtmatige handelen kwalificeert als een openbare last. Er moet met, met andere woorden, sprake zijn van een *doel-middel-relatie* tussen de schade en het dienen van het algemeen belang: de égalité is van toepassing als het toebrengen van het nadeel een onafwendbaar, inherent gevolg is van het resultaat dat de overheid met haar rechtmatige daad beoogt te bereiken. Dit nadeel is dus niet zomaar een offer, maar een *noodzakelijk* of *onvermijdelijk* offer in het algemeen belang. 'Noodzakelijk' is het offer in die gevallen waarin de *aard* van het belang met zich brengt dat een bepaalde maatregel wordt genomen (denk aan een besluit tot een verbod van gokapparaten om gokverslaving tegen te gaan). Tot de 'onvermijdelijke' nadelen reken ik de gevallen waarin de schade een (direct) *neveneffect* is van een rechtmatig besluit. Zo is de omzetdaling van een restaurant ten gevolge van een verkeersbesluit niet een aan het algemeen belang ontleend doel van dat besluit en in zoverre niet 'noodzakelijk'. Toch is duidelijk dat ook dit soort nadelen behoren tot de inherente, onafwendbare offers die (soms) nu eenmaal voortvloeien uit overheidshandelingen waaraan een rechtmatige belangenafweging vooraf is gegaan. Het ruimere begrip 'onvermijdelijk' beoogt ook deze nadelen onder het bereik van het égalitébeginsel te brengen.

Als vuistregel kan al met al worden aangenomen dat, indien aan de doel-middel-evenredigheid van art. 3:4 lid 2 Awb is voldaan, de belangen die onvermijdelijk door de maatregel worden aangetast, *geacht* kunnen worden welbewust aan het met de maatregel te dienen algemene belang te zijn opgeofferd.[10] Een eventuele plicht tot nadeelcompensatie wordt daarbij niet beperkt door het specialiteitsbeginsel: ook aan de bevoegdheid zelf vreemde (derde)belangen kunnen een recht op nadeelcompensatie doen gelden.

14.2.3 Toepassing van de notie van 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel

Toepassing van dit criterium leidt ertoe dat handelingen die naar Frans recht een beroep op het égalitébeginsel rechtvaardigen, dit ook naar Nederland doen of zouden moeten doen. De aard van de betrokken handelingen kan daarbij, zoals gesteld, verschillen. Zo ziet het égalitébeginsel zowel op de situatie waarin de benadeelde *adressaat* is van een besluit of een normatieve handeling (de wijziging van een milieuvergunning, de uitvaardiging van een wet) als die waarin een besluit slechts als neveneffect heeft dat een *derde* (niet direct-

9 § 5.2.3.
10 § 5.2.4.

belanghebbende) wordt getroffen. In beide gevallen kan men betogen dat de schade hoe dan ook moest worden toegebracht om de met het besluit te dienen doelen (milieudoelen; een betere doorstroming van het verkeer; de volksgezondheid) te bereiken. Ook (accessoir) feitelijk handelen ter uitvoering van een besluit (de feitelijke aanleg van een metro bijvoorbeeld) voldoet aan de genoemde omschrijving, een categorie handelingen waar het Franse recht toepassingen laat zien van het égalitébeginsel in de sfeer van *travaux publics*.[11] Incidentele toepassingen van het égalitébeginsel ziet men zowel in Frankrijk als in Nederland voorts bij privaatrechtelijk overheidshandelen.[12]

Een en ander laat zien dat een beperking van het bereik van het égalitébeginsel langs deze lijnen geen breuk met de huidige praktijk met zich brengt, aangezien het égalitébeginsel *de facto* reeds wordt toegepast op besluiten, normatieve handelingen en feitelijke handelingen (zij het dat daarbij nog verschillende rechters bevoegd zijn). Deze interpretatie van het égalitébeginsel sluit bovendien goed aan op de pleidooien om de bestuursrechter algemeen bevoegd te maken in nadeelcompensatiezaken, ook wanneer de schade voortvloeit uit een niet-appellabel besluit of uit een feitelijk handelen.

Een complicatie is echter dat het égalitébeginsel ook wordt toegepast in situaties waarin de schade *niet* kwalificeert als een 'openbare last'. Zo was de schade die aanleiding was tot het arrest *Staat/Lavrijsen* niet het onvermijdelijke gevolg van een daad van belangenafweging, maar een incidenteel, onnodig nadeel in het kader van de feitelijke uitvoering van strafvorderlijke bevoegdheden.[13] Ook op de schade van *ex-verdachten* en op schade door *gevaarzettend* overheidshandelen laat het égalitébeginsel zich niet goed toepassen, aangezien het nadeel niet 'weloverwogen' is toegebracht.[14]

De civiele rechtspraak laat goed zien dat een coherente toepassing van het égalitébeginsel op het spel staat wanneer men de égalité opvat als een *overkoepelende* grondslag, die in alle situaties van rechtmatig toegebrachte schade kan worden ingeroepen. Onder meer komt daardoor een coherente en inzichtelijke interpretatie van de aan de égalité verbonden schadevergoedingscriteria op het spel te staan. Zo laat de *Lavrijsen*-jurisprudentie zien dat de égalitécriteria van een speciale en abnormale last geen zinvolle functie kunnen vervullen om te toetsen of op de overheid een plicht tot nadeelcompensatie rust. *De facto* blijken vooral het causaal verband en de onschuld van de derde, eventueel gecorrigeerd door de toepassing van art. 6:101 BW (eigen schuld) en het adagium *de minimis non curat praetor* de belangrijkste maatstaven om te toetsen of de overheid aansprakelijk is.[15] Ook in de rechtspraak ten

11 § 4.5.5. Zie over het onderscheid tussen accessoire en zelfstandige feitelijke handelingen § 5.3.2.2.
12 § 5.6.
13 § 5.4.2.1.
14 § 5.4.3, § 5.5.2.
15 § 5.4.2.

aanzien van ex-verdachten spelen de speciale en abnormale last geen duidelijke rol als schadevergoedingsdrempel, reden waarom ik kritisch ben over het voorstel van de wetgever om het normaal maatschappelijk risico' als drempel voor het recht op schadevergoeding te introduceren.[16] Tot slot heb ik vraagtekens geplaatst bij de in het *TBS*-arrest gestelde voorwaarde dat de égalité alleen van toepassing is op voor de overheid *voorzienbaar* nadeel. Deze beperking verdraagt zich niet met het feit dat de égalité zich juist richt op de (soms onvoorzienbare) gevolgen die besluitvorming of feitelijke handelingen *in concreto* kunnen hebben.[17]

Benadrukt zij dat de niet-toepasselijkheid van het égalitébeginsel op alle vormen van rechtmatig toegebracht nadeel niet zou moeten betekenen dat de getroffenen per definitie met lege handen zouden moeten staan. Voor de verdere ontwikkeling van het nadeelcompensatierecht is het mijns inziens echter van belang dat het debat over de wenselijke reikwijdte van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad niet louter wordt gevoerd in termen van de gewenste reikwijdte van de égalité. Juist de grote verscheidenheid van situaties waarin sprake is van rechtmatig toegebrachte nadelen, is voor mij aanleiding om ervoor te pleiten dat een onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende typen situaties waarin rechtmatig overheidshandelen tot schade kan leiden en in dat verband te hanteren grondslagen.[18] Dit is ook van belang voor de Awb-wetgever, mocht het komen tot de codificatie van het égalitébeginsel in de Awb. De naar mijn idee wenselijk denkrichting is daarbij dat de Awb niet alleen voorziet in een regeling voor égalitégevallen, maar ook voor andere, 'bijzondere' gevallen – gevallen die vallen binnen de rechtsmacht van de bestuursrechter, maar niet zijn gebaseerd op het égalitébeginsel. In hoofdstuk 13 is nader uitgewerkt welke situaties in elk geval als 'bijzonder' zouden kunnen worden aangemerkt.

14.3 De materiële nadeelcompensatiecriteria

Een van oudsher veel gehoord bezwaar tegen het égalitébeginsel is dat het wel kan verklaren *waarom* het redelijk kan zijn de overheid aansprakelijk te houden, maar dat het geen handvatten biedt om te bepalen *in welke gevallen* de overheid aansprakelijk is.[19] In dit proefschrift heb ik willen betogen dat uit de égalité wel degelijk rechtstreeks bruikbare maatstaven zijn af te leiden, hoewel de vraag waar de toepassing van deze criteria in de praktijk toe leidt, veelal een kwestie van *ius in causa positum* is. Van belang is bovendien dat de rechtstreeks uit de égalité af te leiden criteria van een speciale en de abnor-

16 § 5.4.3, § 5.4.4.
17 § 5.2.3, § 5.5.
18 § 5.5.3.
19 § 1.2.2, § 3.2.2.

male last dienen te worden aangevuld met criteria afkomstig uit het civiele recht.

14.3.1 Afdeling 6.1.10 BW

Bij die civiele criteria gaat het bijvoorbeeld om het leerstuk van de verjaring (art. 3:310 BW), maar in dit onderzoek heb ik mij vooral gericht op de bepalingen uit afdeling 6.1.10 BW. In *hoofdstuk 6* is allereerst bezien op welke punten de aansprakelijkheid op grond van de égalité zich onderscheidt van de uitgangspunten die de BW-wetgever voor ogen stonden bij de codificatie van afdeling 6.1.10 BW. Een verschilpunt is ten eerste de *omvang van de* schadevergoeding. Deze is bij het égalitébeginsel, anders dan het uitgangspunt is bij de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding uit hoofde van het BW, in beginsel *niet* volledig. Een tweede verschil ligt in de *doelstellingen van de aansprakelijkheid.* Deze moeten bij het égalitébeginsel, anders dan in het BW, niet (overwegend) worden gezocht in het tegengaan van ongewenst gedrag, maar (vooral) in de *verzachting* van nadeel. Een laatste verschil ziet op het *systeem van aansprakelijkheid*. Het égalitéregime kenmerkt zich erdoor dat een bestuursorgaan beslist over het bestaan en de omvang van de aansprakelijkheid, en niet de rechter. Bovendien kan het onderscheid tussen vestiging en omvang van de aansprakelijkheid vaak niet goed worden gemaakt.

Deze verschillen brengen met zich dat van een *analoge* toepassing van (heel) afdeling 6.1.10 BW in geschillen over nadeelcompensatie geen sprake kan zijn. Ik kan mij niettemin vinden in het meerderheidsstandpunt in de literatuur dat, indien zich in het nadeelcompensatierecht een lacune voordoet, in beginsel aansluiting kan en moet worden gezocht bij de relevante bepalingen uit het BW. Daarvan uitgaande is de rest van hoofdstuk 6 gewijd aan de bepalingen waar het nadeelcompensatierecht kan profiteren van de ruime ervaring die is opgedaan in het burgerlijk recht. Het gaat daarbij vooral om het schadebegrip (art. 6:95-6:96 BW), de kosten ter beperking of voorkoming van de schade (art. 6:96 lid 2, sub a BW), de kosten ter vaststelling van de schade en de aansprakelijkheid (art. 6:96 lid 2, sub b BW), het causaal verband (art. 6:98 BW), de voordeelstoerekening (6:100 BW), eigen schuld (art. 6:101 BW) en de wijze van compensatie (6:103 BW). Een bepaling als art. 6:98 BW is zelfs bij uitstek geschikt om te worden toegepast in nadeelcompensatiezaken, aangezien het ruimte laat om rekening te houden met de aard van de aansprakelijkheid. Ook ten aanzien van de wijze waarop wordt vastgesteld of er sprake is van een nadeliger situatie, wordt in nadeelcompensatiezaken in de regel aangesloten bij de in het burgerlijk recht gebruikelijke vergelijking tussen twee toestanden.[20]

20 Een verschil is wel dat de bestuursrechter wel, maar de civiele rechter niet de risicoaanvaarding als zelfstandige rechtsfiguur erkent (§ 6.7, § 8.7).

De algemene indruk is dat in elk geval de genoemde bepalingen zich er goed voor lenen om analoog te worden toegepast in geschillen over nadeelcompensatie. Een punt van aandacht is wel dat in de bestuursrechtspraak nadrukkelijker aansluiting zou kunnen worden gezocht bij het BW, om zo te onderstrepen dat er geen waterscheiding loopt tussen het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht en verbintenissen tot nadeelcompensatie op basis van het typisch publiekrechtelijke égalitébeginsel. Een tweede punt van aandacht betreft de situatie waarin rechtmatige gedragingen van meerdere bestuursorganen aan de schade ten grondslag liggen. Daarbij kan de rechter tot het oordeel komen dat de schade veeleer aan het andere bestuursorgaan moet worden toegerekend, zodat een nieuw schadebesluit moet worden aangevraagd. Om een dergelijke inefficiënte stapeling van procedures te voorkomen, bepleit ik dat in de mogelijkheid van nadeelcompensatie in de Awb wordt voorzien in een regeling om de betrokken bestuursorganen hoofdelijk aansprakelijk te houden, waarbij de bestuursorganen onderling afstemmen hoe de schadelast moet worden verdeeld.[21]

14.3.2 Speciale last

De eis dat de last speciaal moet zijn en dus op een beperkte groep burgers moet rusten om voor compensatie in aanmerking te komen, is een weerbarstig en niet altijd eenvoudig te operationaliseren criterium, dat in *hoofdstuk 7* uitvoerig is besproken. De vraag met welke andere burgers (de' referentiegroep') zou moeten worden vergeleken, is zonder meer een van de knelpunten bij de toepassing van het égalitébeginsel.[22] Mede aan de hand van een rechtsvergelijking met Frankrijk, die juist bij dit criterium nuttig is, vallen enkele algemene lijnen te trekken. Uit het Franse recht kan de vuistregel worden afgeleid dat het voorwerp van de lasten opleggende maatregel beperkt moet worden opgevat. Dat is in lijn met de ratio van het criterium, die er vooral in is gelegen dat de overheid keuzes moet kunnen maken zonder in haar beleid telkens te worden geconfronteerd met schadeacties door de (groepen van) burgers die daardoor worden benadeeld. Het compenseren van grote groepen burgers, die in vergelijking met 'de gemiddelde Nederlander' onevenredig worden getroffen, kan in beginsel niet het uitgangspunt zijn. De toepassing van de vuistregel leidt tot een ander uitgangspunt, namelijk dat de onevenredigheid van de last in beginsel steeds wordt bepaald door te bezien of de benadeelde zich relevant onderscheidt van de anderen die ook door diezelfde maatregel worden getroffen.[23]

---

21 § 6.5.5.
22 Zie reeds het debat rond de Verkeerswet tegen lintbebouwing, § 2.6.4.3, alsook § 3.2.2.
23 § 7.3.

Deze vuistregel laat zich met name goed toepassen wanneer de schade voortvloeit uit een algemeen verbindend voorschrift. In die gevallen wordt de referentiegroep in beginsel gevormd door hen die inherent worden getroffen door het voorschrift en dient deze groep de schade dus zonder enige vorm van compensatie te dulden. Alleen zij die zich op grond van bijzondere kenmerken (vaak de aard en structuur van het getroffen bedrijf en de geografische situatie) van de referentiegroep onderscheiden, kunnen claimen speciaal te zijn getroffen. Interessant is dat deze vuistregel in veel rechtsstelsels zichtbaar is: niet alleen in Nederland,[24] maar ook in Frankrijk[25] en op EU-niveau.[26] De referentiegroep wordt telkens bepaald aan de hand van de 'intrinsieke eigenschappen' van de groep getroffenen, zodat men dient te bezien uit hoofde van welke kenmerken een maatregel een bepaalde groep in de maatschappij beoogt te treffen. Zo was 'het vervoederen met swill' aanleiding tot het uitvaardigen van een ministeriële regeling: in beginsel dienden al hen die met swill vervoederen de regeling daarom zonder compensatie te dulden. Ook bij schade door beschikkingen ziet men soms een vergelijkbare interpretatie van de speciale last. Dat men ook bij beschikkingen soms met aanwijsbare referentiegroepen kan werken, is goed verklaarbaar, aangezien deze worden genomen op basis van een algemene regel. In zoverre is het onderscheid tussen de situatie dat de schade direct voortvloeit uit een algemene regel of uit een beschikking, niet scherp, maar vloeiend.

Hoewel deze strikte interpretatie van de speciale last soms op kritiek stuit, lijkt zij de enige manier om een beroep op de overheidsmiddelen binnen redelijke grenzen te houden. Bovendien sluit deze interpretatie goed aan op de terughoudendheid die de rechter dient te betrachten bij het verdelen van lusten en lasten over de leden van de samenleving, een taak die vooral is voorbehouden aan het bestuur en de wetgever. Een kanttekening is dat rechters (en bestuursorganen) vaker en explicieter aan dit criterium zouden moeten toetsen indien een vergelijking met anderen zich aandient. Dit vergroot het inzicht in de betekenis van de égalité en daarmee ook de voorspelbaarheid van beslissingen omtrent nadeelcompensatie.

Onderkend moet wel worden dat er ook situaties zijn waarin men met een concrete, relevante vergelijking met een referentiegroep niet uit de voeten kan. Ten eerste is er een probleem in de 'Paul Krugerbrug-achtige' gevallen: maatregelen die slechts een eenling treffen zonder dat uit het besluit zelf of het toepasselijke wettelijke kader op natuurlijke wijze een referentiegroep voortvloeit. Een vergelijking met 'de gemiddelde Nederlander' of 'het gemiddelde (vergelijkbare) bedrijf' voegt in zulke gevallen niet veel toe aan de vraag of de benadeelde onevenredig wordt getroffen. In wezen spitst de vraag of de benadeelde onevenredig wordt benadeeld zich geheel toe op de vraag naar

24 § 7.4.2.2.
25 § 7.4.2.3.
26 § 12.5.4.

de abnormaliteit van de last.[27] Ook in de zogenaamde *not in my backyard*-gevallen is de speciale last problematisch: denk aan spoorlijnen en andere megaprojecten die grote groepen burgers zwaar treffen. Door de nadruk te leggen op de *identificeerbaarheid* van de groep getroffenen en niet zozeer op haar *beperktheid* kan in deze laatste gevallen mijns inziens echter toch van een speciale last worden gesproken.[28]

De verhouding van de speciale tot de abnormale last heb ik uiteindelijk primair als *complementair* gekwalificeerd. Een last is veelal speciaal *omdat* zij abnormaal is, zodat beide criteria hand in hand gaan. Ook meen ik dat men kan stellen dat het om cumulatieve criteria gaat, zij het dat dit dwingt tot een concessie: een last die een eenling treft, is dan per definitie speciaal. Wel kan dan soms alsnog een vergelijking met anderen worden gemaakt in het kader van het 'normaal maatschappelijk risico'.[29]

14.3.3 Abnormale last

Wanneer men met een vergelijking met anderen in het kader van de speciale last niet uit de voeten kan, komt de vraag of een recht op nadeelcompensatie meestal neer op een toets aan de abnormale last. In hoofdstuk 8 is allereerst gepleit voor meer helderheid in het begrippenkader. Het is gebruikelijk het begrip 'onevenredig nadeel' te omschrijven als een nadeel dat rust op een beperkte groep burgers of instellingen en dat uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico. In § 8.3 is echter betoogd dat de criteria die met zich brengen dat er sprake is van een *vergoedbaar* nadeel, breder zijn dan alleen het begrip 'normaal maatschappelijk risico'. Niet alleen het normale *ondernemers*risico moet hiervan worden onderscheiden, maar ook de risicoaanvaarding, het anderszins verzekerd zijn van de schade en de mogelijkheid om de schade te spreiden zijn relevante factoren. Bij de invulling van al deze criteria zijn eigen, van de overige criteria te onderscheiden gezichtspunten van belang. Als overkoepelend criterium meen ik dan ook dat men zou moeten spreken van een *abnormale last*. Op deze wijze is getracht om meer helderheid in de structuur en de toetsingssystematiek van het begrip 'onevenredig nadeel' te brengen. Dit is ook van belang voor een eventuele wettelijke regeling van nadeelcompensatie.[30]

In *hoofdstuk 8* zijn vervolgens verschillende (sub)criteria geanalyseerd: het normaal maatschappelijk risico en het normaal ondernemersrisico, de risicoaanvaarding en het anderszins verzekerd zijn van de schade. Van deze criteria is het 'normaal maatschappelijk risico' in de praktijk het belangrijkste. Ik heb

27 § 7.5.3.
28 § 7.6.3.
29 § 7.7.
30 § 13.4.3.2.

niet de pretentie gehad om sluitende criteria te formuleren aan de hand waarvan kan worden bepaald of een nadeel boven het 'normale risico' van burgers en ondernemers uitstijgt. Toepassing van deze maatstaf is in hoge mate afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Bovendien wordt de vraag wanneer een nadeel boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt, in de rechtspraak beschouwd als een vraag die mede *politiek* van aard is en die de bestuursrechter dus noopt tot enige terughoudendheid, hetgeen ik onderschrijf.[31]

Uit de jurisprudentie laat zich een aantal relevante gezichtspunten afleiden. Van belang zijn vooral de voorzienbaarheid van het nadeel, de aard van de schade, de omvang van de schade, de aard van het geschade belang en de aard van de overheidshandeling.[32] Het algemene beeld dat uit de jurisprudentie naar voren komt is dat het normaal maatschappelijk risico c.q. het normale ondernemersrisico hoge drempels opwerpen. De zaken waarin wel is geoordeeld dat er sprake was van boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgend nadeel, kenmerken zich vaak door een element van *onvoorzienbaarheid*, doordat een maatregel plotseling wordt geïmplementeerd en de benadeelde zich daarop niet kon voorbereiden. Als dit voorts leidt tot een nadeel van een bijzonder grote omvang, dan zal in beginsel – behoudens eigen schuld – een nadeelcompensatieplicht bestaan, zo valt af te leiden uit de arresten *Leffers* en *Harrida*. De genoemde criteria, alsook het criterium van de risicoaanvaarding, zijn in hoofdstuk 8 aan een uitvoerige analyse onderworpen.

Een voor de praktijk belangrijk probleem is dat er grote verschillen bestaan in de wijze waarop wordt berekend wanneer een nadeel onevenredig is. Soms worden daarbij drempelpercentages gehanteerd, soms niet, terwijl deze percentages bovendien sterk verschillen. Soms wordt simpelweg een schade van een grote omvang vergoed, zonder nader stil te staan bij de vraag of het nadeel wellicht tot het normale ondernemersrisico moet worden gerekend. Er is al met al sprake van een grote diversiteit bij de nadere concretisering van de vraag wanneer een nadeel onevenredig is. Een oplossing voor dit probleem moet niet worden gezocht in het schrappen van de (omstreden) drempelpercentages. Het koppelen van de onevenredigheid van het nadeel aan een vast percentage van de omzet verschaft zowel aan het bestuursorgaan als aan de getroffen burgers en ondernemingen de nodige rechtszekerheid, althans meer zekerheid dan wanneer over de kans van slagen van een verzoek om nadeelcompensatie niet meer bekend is dan dat men schade moet lijden die boven het 'normaal maatschappelijk risico' uitstijgt. Wel is het de vraag of de beoordeling van verzoeken om nadeelcompensatie voor vergelijkbare projecten in den lande niet beter kan worden gestroomlijnd. Van de rechter mag in dezen niet te veel worden verlangd, gezien de afstandelijkheid van zijn toets en de gangbare voortrekkersrol van deskundigen. Toch is het naar mijn idee niet

31 § 8.4.
32 § 8.5.

te hoog gegrepen dat voor vergelijkbare projecten tot een landelijk beleid wordt gekomen, waarbij zelfs standaardpercentages worden gehanteerd. Een initiatief tot een dergelijk beleid zou in mijn optiek moeten uitgaan van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten. Hun aanbevelingen zouden ook voor andere (de)centrale overheidsorganen van belang kunnen zijn.[33]

Tot slot heb ik verkend wat de contouren van het leerstuk van de *risicoaanvaarding* zijn onder de vlag van het égalitébeginsel. De keuze voor het materiële rechtszekerheidsbeginsel als grondslag voor het planschadevergoedingsrecht bracht met zich dat alleen het concrete beleidsvoornemen' als bron van voorzienbaarheid in het kader van de risicoaanvaarding werd aanvaard. Een interne rechtsvergelijking met het planschaderecht laat zien dat in 'gewone' nadeelcompensatiezaken meer voortekenen relevant kunnen zijn. Op basis van de jurisprudentie heb ik betoogd dat een aantal voortekenen van voorzienbaarheid ook onder de égalité relevant kunnen zijn, namelijk *feitelijke handelingen* (mondelinge contacten, persberichten), *eerdere, vergelijkbare overheidshandelingen* (zoals een bepaalde tendens in de regelgeving) en *ontwikkelingen in de omgeving*. Deze bronnen kunnen onder omstandigheden kwalificeren als concrete feiten en omstandigheden waarmee een redelijk denkende en handelende burger of ondernemer rekening dient te houden bij zijn investeringsbeslissingen. De uitbreiding van de relevante voortekenen heeft als nadeel dat zij afbreuk doet aan de rechtszekerheid die men in het planschaderecht van oudsher hoog in het vaandel had staan. Deze rechtszekerheid had echter als keerzijde dat gemeenten vaak aansprakelijk waren bij een wijziging van het planologische regime. Het terugbrengen van het planschaderecht onder de égalité zal daar waarschijnlijk verandering in brengen, maar het is onvermijdelijk dat daarmee een element van vaagheid in de jurisprudentie terugkeert.

14.4 De relatie tussen de égalité en art. 3:4 lid 2 Awb

Het égalitébeginsel kon in Nederland lange tijd slechts worden 'geoperationaliseerd' door dit te koppelen aan het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb. Sinds 2003 gelden het égalitébeginsel en art. 3:4 als procedureel *en* materieel ontkoppeld. De ontkoppelingsjurisprudentie is belangrijk voor de praktijk, omdat zij minder nadruk legt op de zorgvuldigheid die overheden in termen van een mogelijk recht op nadeelcompensatie moeten betrachten in de fase voorafgaand aan een besluit. Tegelijkertijd is gewaarborgd dat aan de belangen van burgers recht wordt gedaan, doordat hun recht op nadeelcompensatie aan de orde kan komen in een apart schadetraject ('doorschuiven'). Dat kan ofwel een geschreven regeling, ofwel het ongeschreven égalitébeginsel

33 § 8.5.3.4.

zijn. Noch art. 1 EP, noch het formele zorgvuldigheidsbeginsel verzet zich tegen dit fenomeen van 'doorschuiven'.[34]

Van doorschuiven kan geen sprake zijn als het bestuursorgaan *wel* verplicht is om een onzelfstandig schadebesluit te nemen. Naar huidig recht komt dat niet veel meer voor. In hoofdstuk 9 zijn twee situaties onderscheiden waarin nadeelcompensatie nog wel bij wege van een onzelfstandig schadebesluit dient te worden toegekend. Ten eerste de situaties van 'ernstige schade'. Uit de rechtspraak van de Afdeling heb ik afgeleid dat het dan moet gaan om *een als de facto-onteigening aan te merken inbreuk op het eigendomsrecht of althans een dusdanig zware inbreuk op het eigendomsrecht dat een feitelijk genot van de eigendom niet meer mogelijk is*. Zulke situaties doen zich soms voor bij tracébesluiten, bijvoorbeeld indien deze blijvende bedrijfsbeperkingen tot gevolg hebben.[35] Een tweede situatie is die waarin de overheid 'boter op het hoofd' heeft en zelf medeverantwoordelijk is voor het ontstaan van een situatie waarin bij een burger een financieel belang ontstaat bij het voortbestaan van een bepaalde situatie.[36] Wordt bijvoorbeeld besloten om een subsidie of een vergunning in te trekken tijdens de in de beschikking zelf opgenomen looptijd, dan kan het bestuursorgaan dit alleen wanneer het zich in het kader van die intrekking zelf voldoende rekenschap geeft van de belangen van de burger. De overheid zelf heeft dan immers aan het ontstaan van dat belang bijgedragen door de betreffende beschikking te verlenen, wat het 'boter op het hoofd = boter bij de vis'-principe kan worden genoemd. Ook in dit geval kan doorschuiven niet aan de orde zijn.

Ook wanneer het égalitébeginsel als *zelfstandig* beginsel fungeert, bestaan er duidelijke banden met art. 3:4 lid 2 Awb. Zo blijken de subelementen van art. 3:4 lid 2 Awb (noodzakelijkheid, geschiktheid en evenredigheid in concreto) alle van invloed te zijn bij het aanspraak kunnen maken op het égalitébeginsel.[37] De beperking van het toepassingsbereik van de égalité tot situaties van een 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel leidt voorts tot enkele 'natuurlijke' beperkingen van het égalitébeginsel. Dit zien we ten eerste bij schade ten gevolge van een gebonden beschikking. Wanneer deze belangen niet aan de orde konden zijn bij het gebonden besluit, kunnen derden noch op grond van art. 3:4 lid 2 Awb, noch op grond van het égalitébeginsel, een recht op nadeelcompensatie doen gelden. Ten tweede vloeit soms een beperking tot het afwegen van belangen voort uit een wettelijk voorschrift of de aard van de uit te oefenen bevoegdheid (art. 3:4 lid 1 Awb). Ook dan kan een recht op nadeelcompensatie niet aan de orde zijn, hetgeen zich heeft voortgedaan bij

34 § 9.8.
35 § 9.5.
36 § 9.6.3, § 9.6.4.
37 § 9.2.

krachtens het EG-recht verplicht op te leggen heffingen, die zich niet verdragen met op nationaal niveau toegekende nadeelcompensatie.[38]

De mogelijkheid om geschonden belangen in de afweging te betrekken is, ten derde, van belang wanneer een derde schade lijdt ten gevolge van het gebruik van een rechtmatig verleende vergunning. Dit probleem, dat in de praktijk regelmatig aan de orde is, is in de jurisprudentie niet uitgekristalliseerd. Naar huidig recht ziet de bestuursrechter dit bovenal als een causaliteitsvraagstuk, waarbij met de toepassing van art. 6:98 BW moet worden geoordeeld of de schade redelijkerwijs aan de overheid dan wel aan de vergunninghouder moet worden toegerekend. Voor het standpunt dat de overheid als 'secundaire' schadeveroorzaker nooit nadeelcompensatieplichtig zou kunnen zijn, is in de jurisprudentie geen steun te vinden. Dit standpunt is ook te absoluut. Als een *condicio sine qua non*-verband bestaat, is een belangrijke vervolgvraag of het getroffen belang in het kader van de beslissing tot vergunningverlening een rol mocht spelen en de overheid dus de mogelijkheid had om de schade (bijvoorbeeld door het stellen van vergunningvoorschriften) te voorkomen. Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van het specialiteitsbeginsel (art. 3:3 jo. art. 3:4 lid 1 Awb). Dit leidt tot het resultaat dat indien een bepaald belang, gelet op het toepasselijke wettelijke kader, ten principale niet in de aan het schadeveroorzakende besluit voorafgaande afweging mag worden betrokken, evenmin een recht op nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel kan bestaan. De derde zal dan de 'primaire' schadeveroorzaker moeten aanspreken.[39] Wel dient te worden bedacht dat het hier gaat om een uitzondering op de hoofdregel dat het specialiteitsbeginsel geen beperkingen stelt aan het recht op nadeelcompensatie van aan de bevoegdheid 'vreemde' derdebelangen.[40]

In de verhouding tussen art. 3:4 lid 2 Awb en het égalitébeginsel spelen twee problemen die om een oplossing vragen. Ten eerste kan de praktijk van 'doorschuiven' leiden tot juridisering, doordat burgers nodeloos een procedure starten tegen een schadeveroorzakend besluit, die slechts resulteert in een uitspraak van de rechter waarin wordt bepaald dat het bestuursorgaan terecht heeft kunnen doorschuiven. Om ervoor te zorgen dat bestuursorganen in een vroeg stadium in de procedure het juiste schadetraject kiezen, zou in de bestuursrechtspraak duidelijker moeten worden omschreven wanneer sprake is van 'ernstige schade'. De door mij hiervoor genoemde omschrijving tracht een indicatie te geven van het soort situatie dat daarbij aan de orde moet zijn.

Een tweede probleem heeft ook te maken met de onaantrekkelijke stapeling van procedures. Bedacht moet worden dat de grenzen tussen rechtmatig en onrechtmatig overheidshandelen niet scherp zijn, maar vloeiend. Wanneer een burger een onsuccesvol vernietigingsberoep tegen een schadeveroorzakend

38 § 9.4.1.
39 § 9.4.2.
40 § 5.2.3.

besluit heeft ingesteld wegens beweerdelijke strijd van het besluit met art. 3:4 lid 2 Awb, zou het goed zijn als de rechter direct de mogelijkheid heeft om zich uit te laten over het eventuele bestaan van een recht op nadeelcompensatie op grond van de égalité. Voorwaarde is daarvoor dat op dat moment voldoende duidelijkheid bestaat over de omvang van de schade. Indien dat het geval is, zou de bestuursrechter de bevoegdheid moeten hebben om het bestuur ook tot nadeelcompensatie te veroordelen indien hij het beroep tegen het besluit ongegrond verklaart en er voor het toekennen van nadeelcompensatie gronden zijn. Een dergelijke, op art. 8:73 Awb gelijkende bevoegdheid kan in nadeelcompensatiezaken bijdragen aan een efficiënte beslechting van het geschil, doordat de burger een nieuwe procedure wordt bespaard.[41] Een dergelijke bevoegdheid kan ook goede diensten bewijzen in de situaties waarin de bestuursrechter naar toekomstig recht bevoegd zal zijn in onrechtmatigedaadszaken.[42]

14.5 Het Europese recht

14.5.1 Art. 1 EP EVRM

Van de drie door mij onderzochte Europese stelsels is de invloed van art. 1 EP EVRM in nadeelcompensatiezaken op nationaal niveau het duidelijkst zichtbaar. Strikt genomen is art. 1 EP geen echte nadeelcompensatiegrondslag, omdat de overheid bij strijd met dit artikel een onrechtmatige daad pleegt. Dat neemt niet weg dat de égalité en art. 1 EP veel overeenkomsten in hun uitwerking en toepassing laten zien. Een studie van de overeenkomsten en verschillen tussen beide beginselen/principes laat allereerst zien dat het bereik van art. 1 EP breder is. Het ziet niet alleen op schade ten gevolge van weloverwogen rechtmatig handelen, maar is van toepassing op al het overheidshandelen voor zover daardoor een onevenredige inbreuk op het eigendomsrecht wordt gemaakt. Het kan bijvoorbeeld ook bescherming bieden bij schade door falend toezicht of risicovol overheidshandelen.[43]

Artikel 1 EP voegt verder iets toe aan de rechtsbescherming op nationaal niveau doordat het een minimumnorm voor inbreuken op eigendom stelt, die ook de (formele) wetgever dient te respecteren. Voor nadeelcompensatiezaken betekent dit dat de wetgever ervoor dient te waken om voor bepaalde schadeveroorzakende overheidshandelen een recht op nadeelcompensatie categorisch uit te sluiten of het recht op nadeelcompensatie te zeer te beperken, bijvoorbeeld door het opnemen van een te hoog drempelpercentage. Ook een te

41 § 9.9.3.
42 § 13.3.1.2.
43 § 10.4.3.

beperkte lijn in de rechtspraak ten aanzien van de bescherming van eigendom kan tot een Straatsburgse veroordeling leiden.

Deze toegevoegde waar de van art. 1 EP wordt sterk gerelativeerd doordat het EHRM de lidstaten een ruime *margin of appreciation* laat wanneer sprake is van een regulering van eigendom, waarvan in de meeste nadeelcompensatiegevallen sprake is.[44] Deze *margin* ziet op de keuze voor bepaalde maatregelen om een doel te bereiken, maar ook op de vraag of een *fair balance* is bereikt. Hieruit volgt dat het Hof de autoriteiten veel ruimte zal laten om in het algemeen belang maatregelen te treffen die burgers benadelen, maar ook om te beslissen of en zo ja, in welke gevallen zij tot nadeelcompensatie wensen over te gaan. Nationale nadeelcompensatieregelingen worden daarbij marginaal getoetst, nu het Hof van oordeel is dat de nationale autoriteiten beter geëquipeerd zijn om een inschatting te maken van de nationale behoeften.[45] Hoewel ook de nationale rechter een *margin* respecteert, lijkt hij in het algemeen sneller tot een schending van art. 1 EP te concluderen dan zijn Straatsburgse collega. Een voorbeeld biedt de Franse *Bitouzet*-rechtspraak, waarmee de Franse rechter het vrijwel non-existente planschaderecht in lijn met art. 1 EP heeft gebracht.[46] In Nederland is de *WHV*-zaak het bekendst, een arrest dat bewijst dat ook zonder de toepassing van de égalité op formele wetten, de rechter met de toepassing van art. 1 EP een vergelijkbaar resultaat kan bereiken.

De toepasselijke materiële criteria laten veel overeenkomsten zien, hoewel het te makkelijk is om een *individual and excessive burden* helemaal gelijk te stellen met een 'speciale en abnormale last'. Zo lijkt de eis van een *individual burden* onder art. 1 EP er niet aan in de weg te staan dat ook een groep van een grote omvang (bijvoorbeeld alle verhuurders van woningen die geen huurpenningen meer mogen incasseren) een compensatie kan claimen. Hoewel het *WHV*-arrest heeft laten zien dat de Hoge Raad in zulke gevallen zo aan artikel 1 EP toetst dat dit *de facto* neerkomt op een toets aan de égalité, kan uit art. 1 EP strikt genomen niet worden afgeleid dat niet ook grotere groepen een recht op compensatie zouden kunnen hebben.[47] Ook lijkt het Hof bij de invulling van het begrip 'excessive' meer nadruk te leggen op *alle* omstandigheden van het geval, waar voor de nationale rechter de (abstracte) voorzienbaarheid (vgl. het 'normale ondernemersrisico') veelal het standaardvertrekpunt is in beslissingen over nadeelcompensatie.[48]

Om een aantal redenen heeft een toets aan de égalité toegevoegde waarde naast art. 1 EP. Ten eerste wijkt de toets aan art. 1 EP af van de égalité in die zin dat bij de toets aan de *fair balance* ook altijd het 'algemeen belang' meeweegt bij het oordeel of een compensatie op haar plaats is. Dit geeft het bestuur

44 § 10.3.6; vgl. § 10.6.3.1.
45 §10.6.2-§ 10.6.3.
46 § 10.6.3.3.
47 Zie echter mijn relativerende opmerkingen aan het slot van § 10.7.2.2.
48 § 10.6.2.4.

en de rechter een extra argument om een beroep op schadevergoeding af te wijzen, terwijl dit argument bij een toets aan de égalité niet relevant is.[49] Ten tweede kwalificeren niet alle vormen van schade onder artikel 1 EP als een inbreuk op het eigendomsrecht. Vaste jurisprudentie van het Hof is dat inkomsten die worden gegenereerd op basis van een vergunning niet als eigendom kwalificeren, tenzij de getroffene de redelijke en gerechtvaardigde verwachting had ten aanzien van het duurzame karakter van de vergunning en de mogelijkheid daaruit inkomsten te blijven genereren. In aansluiting hierop heeft het EHRM bij herhaling bepaald dat de inkomensschade van bepaalde beroepsgroepen doordat hun beroep feitelijk werd opgeheven, niet kwalificeerde als eigendom. Deze schade behoorde tot de *hazards of economic life*.[50] Voor dit type schade komt de nationale rechter bij een beroep op de égalité in elk geval toe aan de vraag *of* er sprake is van een onevenredig nadeel. Bij een Straatsburg-conforme interpretatie (die bij de *possessions*-toets voor de hand ligt) komt de nationale rechter in veel gevallen echter niet aan de *fair balance*-toets toe. Ten derde heeft art. 1 EP niets te bieden in de – uitzonderlijke – situatie dat een formele wet een onevenredige inbreuk op het eigendomsrecht van een *overheid* maakt (§ 10.4.6).

Al met al kan niet worden gesteld dat art. 1 EP in alle gevallen als 'substituut'-égalité kan fungeren. Dit is ook van belang voor de discussie over de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad voor formele wetgeving. De Hoge Raad weigert de égalité toe te passen op formele wetten en is van oordeel dat met art. 1 EP EVRM kan worden volstaan. In mijn optiek zou de Hoge Raad, in navolging van de Franse rechter, moeten erkennen dat formele wetten wel kunnen worden getoetst aan de égalité. Dit komt mijns inziens niet in strijd met art. 120 Gw, zolang de rechter de wil van de wetgever niet doorkruist.[51]

14.5.2 Art. 107 VwEU (art. 87 EG)

De afgelopen jaren heeft het staatssteunrecht de aandacht van steeds meer nadeelcompensatiejuristen getrokken. Een verband tussen beide rechtsgebieden ligt voor de hand: een nadeelcompensatie heeft veel overeenkomsten met de andere verstrekkingen die aan art. 107 VwEU kunnen worden getoetst. Bepaalde door de overheid verstrekte schadevergoedingen (onder meer tegemoetkomingen naar aanleiding van 'buitengewone gebeurtenissen') worden in art. 107 VwEU zelfs apart genoemd. De jurisprudentie van het Hof en de beschikkingen van de Commissie laten zien dat verplichte nadeelcompensatie gewoon mag worden verstrekt en niet in strijd komt met het staatssteunrecht. Als voorwaarden daarbij gelden dat de vergoeding is gebaseerd op een *algemene* regeling,

49 § 5.2.2, § 10.7.2.3.
50 § 10.4.4.
51 § 10.7.2.3; vgl. § 4.5.3.

die op elke onderneming in gelijke mate van toepassing is. Ten tweede moet deze regeling (dat kan ook een ongeschreven rechtsbeginsel zijn) uiting geven aan een rechtsplicht, waarbij het Hof van Justitie primair denkt aan het eigendomsrecht, maar waaronder ook krachtens het égalitébeginsel bestaande verplichtingen tot nadeelcompensatie kunnen vallen. Ten derde moet de toegekende schadevergoeding er niet toe leiden dat de ondernemer in een gunstiger positie komt te verkeren.[52] Compensatie van 'echte' égalitégevallen staat dan ook niet op gespannen voet met het staatssteunrecht.

Problematisch is echter dat de criteria die bepalen of een ondernemer recht heeft op een nadeelcompensatie op grond van de égalité, de nodige interpretatieruimte laten. Wat precies tot het 'normale ondernemersrisico' behoort, is tot op enige hoogte vaag. Toch kan wel worden vastgesteld dat de drempels van de égalité zeer hoog zijn. Wanneer een bepaalde maatregel bij uitstek samenhangt met de aard van een bedrijf (zoals een vervoersverbod voor een varkenshouderij of een regeling met afstandseisen voor vuurwerkbedrijven) dan behoort de schade als gevolg daarvan in beginsel tot het 'normale ondernemersrisico'.[53] In de praktijk komt het niet zelden voor dat juist voor dit soort schades, soms onder de vlag van de égalité, een compensatieregeling wordt getroffen. Omdat de overheid hier meer doet dan waartoe zij op grond van de égalité verplicht is, kan men spreken van 'onverplichte nadeelcompensatie'. Dit fenomeen laat zich onder meer herkennen doordat de overheid daarmee meer dan alleen een compensatoir doel nastreeft en (meestal) ook bepaalde beleidsdoelstellingen wil bereiken.[54]

Onverplichte nadeelcompensatie is vanuit staatssteunperspectief problematisch. De praktijk laat voorbeelden zien waarin de Commissie tot het oordeel komt dat een compensatie onverplicht was verstrekt en de lidstaat wordt verplicht tot terugvordering van de verleende compensatie over te gaan.[55] Nationale bestuursorganen en wetgever(s) dienen zich daarbij te realiseren dat de Commissie zich niets aantrekt van het label dat op een nationale verstrekking is geplakt. Verstrekkingen die onder de noemer van een 'oneven-redige inbreuk op de égalité' worden verstrekt maar door de Commissie als onverplicht worden aangemerkt, zijn strijdig met art. 107 VwEU en derhalve onrechtmatig verstrekt. Europese rechters en de Commissie laten zich vooral leiden door het *resultaat* van een financiële verstrekking op de markt. Twijfelen de nationale overheden of de schadevergoeding aan de eisen van Brussel voldoet, dan doen zij er verstandig aan deze te melden. Ter relativering kan worden opgemerkt dat onverplichte nadeelcompensatie op bepaalde terreinen, onder meer bij de bestrijding van besmettelijke dierziekten (een terrein waarop

52 § 11.3.
53 § 8.6.3.
54 § 11.4.2.
55 § 11.5.1, § 11.4.2.2.

grote gemeenschapsbelangen spelen), binnen zekere marges wel wordt toegestaan.

Het fenomeen 'onverplichte nadeelcompensatie' gaat ook de Awb-wetgever aan. Indien deze regeling slechts stelt dat schade die tot het normaal maatschappelijk risico behoort, niet wordt vergoed, kan daaruit strikt genomen worden afgeleid dat onverplichte nadeelcompensatie in strijd kan komen met de Awb. Omdat in de praktijk wel degelijk behoefte lijkt te bestaan aan de mogelijkheid om onverplicht te compenseren, heb ik in mijn voorstel de clausule opgenomen dat, *tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald*, de schade die valt binnen het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico niet wordt vergoed.

14.5.3 Art. 340 VwEU

Hoewel wel van belang voor nationale ondernemingen, gaat de minst sterke Europeesrechtelijke invloed op het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht uit van het regime van art. 340 VwEU. Dat heeft te maken met het feit dat het hier niet gaat om een vorm van aansprakelijkheid van de lidstaten, maar van de Unie zelf. Dat enkele feit kan echter niet alleen verklarend zijn, nu op het terrein van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad juist sprake is van een sterke doorwerking van het aansprakelijkheidsregime van de Instellingen zelf op het nationale niveau. Deze jurisprudentie leert dat de voorwaarden voor aansprakelijkheid niet mogen verschillen al naar gelang de schade wordt veroorzaakt door een Instelling of door een lidstaat (*Brasserie du Pêcheur*). Een vergelijkbaar stelsel van lidstaataansprakelijkheid uit *rechtmatige* daad lijkt echter nog decennia van ons verwijderd, mocht het daar ooit al van komen. De beslissing van het Hof in de zaak *FIAMM* heeft laten zien dat het Hof in art. 340 VwEU geen recht op nadeelcompensatie wil lezen, ondanks verschillende aanwijzingen in zijn oudere jurisprudentie dat ook op EU-niveau het égalitébeginsel wordt erkend.[56]

Ondanks het non-existente buitenwettelijke nadeelcompensatierecht op EU-niveau, leert de jurisprudentie van het Hof wel belangrijke lessen. Zij laat zien hoezeer nadeelcompensatie op het niveau van de EU nog een politiek leerstuk is, ondanks de duidelijke worteling van deze aansprakelijkheid in het recht van verschillende lidstaten. Een andere les is hoe problematisch de toepassing is op een terrein waar ondernemingen vrijwel alleen te maken krijgen met *economische besluitvorming* als oorzaak van schade en nauwelijks – zoals op nationaal niveau – met feitelijk handelen (reconstructie van wegen e.d.). Deze problemen kunnen eenvoudig worden gerelateerd aan de eisen van een speciale en abnormale last, die een vrijwel onneembare horde opwer-

56 § 12.4.1.

pen aan ondernemingen die worden geschaad door normatieve handelingen. Bij de eis van een speciale last is het probleem dat economische verordeningen veelal *beogen* om ongelijkheden in het leven te roepen. Wanneer het in het leven roepen van een ongelijkheid noodzakelijk is om het met de rechtmatige gemeenschapsdaad te bereiken (beleids)resultaat, dan zal in beginsel geen recht op nadeelcompensatie bestaan.[57] Ook de Franse rechtspraak inzake economisch 'dirigisme' leert die les.[58]

Bij de eis van een abnormale last werpt vooral het normaal ondernemersrisico en de in dat verband gestelde eis van de voorzienbaarheid een zeer hoge drempel op. Het Hof heeft in veel arresten voorop gesteld dat niet handhaving van een status quo, maar de *wijziging* daarvan als de 'normale' situatie moet worden beschouwd. De rechtszekerheid die ondernemers kunnen ontlenen aan de op een zeker moment geldende status quo is dus marginaal: de ondernemer dient er in beginsel vanuit te gaan dat er wijzigingen in deze status quo kunnen en zullen optreden. Volgens het Hof stemt dit overeen met de aard van de gemeenschappelijke marktordeningen, 'waarvan het doel een voortdurende aanpassing aan de wijzigingen van de economische situatie meebrengt'. Het Hof legt sterk de nadruk op de aard van de schadeveroorzakende handeling als 'marktordenend instrument', en (veel) minder op de ernst van de gevolgen in een concreet geval. Belangrijk is verder dat het Hof niet snel aanneemt dat een eventueel onvoorzienbaar nadeel ligt in de zeer korte termijn waarop nieuwe regels van kracht worden, hetgeen een minimale voorwaarde lijkt voor een eventueel recht op nadeelcompensatie op EU-niveau. Alleen als een wettelijke regeling er *uitdrukkelijk* toe strekte om met een bepaalde situatie rekening te houden en niettemin een maatregel van een andere strekking werd genomen, of wanneer de Instellingen concrete toezeggingen hebben gedaan, zal sprake zijn van de schending van een gerechtvaardigde verwachting.[59] En zelfs als evident is dat er sprake is van een onvoorzienbaar nadeel dan kan het 'normale ondernemersrisico' nog roet in het eten gooien, zoals de uitspraak van het GvEA in *FIAMM* laat zien.[60] Duidelijk is dat bij een dergelijke interpretatie van het begrip onevenredig nadeel van een eventuele erkenning van het égalitébeginsel op EU-niveau niet veel hoeft te worden verwacht. Men kan zich dan ook afvragen of uitgerekend het EU-recht het meest geëigende niveau was om te zorgen voor een 'ius commune' in nadeelcompensatieland. Alleen wanneer de Unie-rechters bereid zijn het begrip 'onevenredig nadeel' te interpreteren op de wijze die meer in lijn is met de nationale interpretaties daarvan, mag worden verwacht dat het recht op nadeelcompensatie op EU-niveau van de grond zal komen.

57 § 12.5.4.
58 § 4.5.3.3.
59 § 12.5.5.2.
60 § 12.5.5.1.

Deze verklaringen voor het uitblijven van een recht op nadeelcompensatie op EU-niveau nemen niet weg dat op het *FIAMM*-arrest kritiek mogelijk is. Vanuit het perspectief van het égalitébeginsel is opmerkelijk dat het Hof de 'onontbeerlijke vrijheid bij normatieve handelingen' aandraagt als reden om geen stelsel van nadeelcompensatie te erkennen. Juist op het terrein van schade door normatieve handelingen – besluiten waar 'iets af te wegen valt' – is de égalité in veel lidstaten immers tot ontwikkeling gekomen. De aan een normatieve handeling voorafgaande abstracte afweging kan bij toepassing van die handeling in concreto tot zulke ernstige schade lijden dat een compensatie aangewezen is – dat is althans de les die arresten als *La Fleurette* en *Leffers* leren. Een dergelijke genuanceerde toets aan de égalité is thans niet mogelijk. Ook is kritiek mogelijk op de nogal gekleurde interpretatie van de veronderstelde 'gebrekkige inbedding' van het recht op nadeelcompensatie in de lidstaten. Zeker negen lidstaten kennen een algemeen, bij wet of in de rechtspraak erkend recht op nadeelcompensatie: Nederland, België, Luxemburg, Frankrijk, Duitsland, Spanje, Portugal, Estland en Polen.[61] Art. 340 VwEU zou niet zo moeten worden geïnterpreteerd dat het feit dat het hier om een minderheid van de lidstaten gaat, per definitie in de weg staat aan de erkenning van de égalité op EU-niveau.[62]

Het *FIAMM*-arrest geeft van meer blijk dan van alleen de onwil om een recht op nadeelcompensatie op EU-niveau te erkennen: het roept de fundamentele vraag op of het Hof het belang van de instellingen om effectief hun beleid te kunnen voeren, niet te zeer laat prevaleren boven de belangen van de individuele ondernemer. Aan het slot van hoofdstuk 12 is verkend welke mogelijkheden deze ondernemer wel ten dienste staan. Geconcludeerd is dat nadeelcompensatie op EU-niveau waarschijnlijk vooral relevant zal blijven wanneer dit het belang van de gemeenschap zelf dient, bijvoorbeeld bij de bestrijding van dierziektes.[63]

14.6 Een vergelijking op hoofdlijnen tussen het Nederlandse en het Franse recht

In dit proefschrift is op tal van plaatsen een vergelijking gemaakt met het Franse recht. Wat is het algemene beeld wanneer men het Franse met het Nederlandse nadeelcompensatiestelsel vergelijkt?

Opvallend is dat het stelsel van nadeelcompensatie in Frankrijk ten opzichte van Nederland op een zo verschillende manier tot ontwikkeling is gekomen. Waar in Nederland aanvankelijk vooral de civiele rechter en de bijzondere wetgever het leerstuk op de kaart hebben gezet, is dit in Frankrijk vooral het

61 § 12.3.
62 § 12.4.3.2, § 12.4.3.3.
63 § 12.6.3.

werk van de bestuursrechter geweest. Frankrijk was vroeg met de ontwikkeling van een apart stelsel van aansprakelijkheid van de overheid. Ook de vroege erkenning van de égalité past in dat beeld; de Conseil d'Etat 'herkende' de égalité simpelweg als een *principe général du droit*. Enige uitspraak van de wetgever hoefde daar niet aan te pas te komen. In deze voortrekkersrol van de (bestuurs)rechter onderscheidt het Franse nadeelcompensatierecht zich duidelijk van het Nederlandse. Noch de formele wetgever, noch de lagere regelgever heeft sterk bijgedragen aan de ontwikkeling van de égalitéleer. Ook tegenwoordig nog is de rol van de wetgever vooral beperkt tot gevallen waarin het op grond van *solidariteitsoverwegingen* redelijk wordt gevonden om de overheid aansprakelijk te houden. Een voorbeeld bieden de wetten voor schade door verplichte inentingen of bij schade door *'attroupements en rassemblements'*, dat wil zeggen samenscholingen op straat (in het kader van sportwedstrijden, politieke manifestaties etc.). Dergelijke bijzondere regelingen worden gerechtvaardigd door de gedachte van *risque social*: er zijn bepaalde risico's verbonden aan het leven in een samenleving samen met anderen. Indien deze zich verwezenlijken, kan een eventuele schade op de collectiviteit worden afgewenteld. Deze notie moet worden onderscheiden van de *verplichting* tot compensatie indien de égalité is geschonden.[64]

Het Nederlandse stelsel van nadeelcompensatie laat in materieel opzicht echter vooral overeenkomsten met Frankrijk zien. Een belangrijke stap was in dit verband de mogelijkheid om de égalité als zelfstandig beginsel in te roepen, los van de verplichting tot een zorgvuldige belangenafweging ex art. 3:4 lid 2 Awb. Mochten de plannen van de Commissie Scheltema wet worden, dan zal het voornaamste verschil zijn dat de Franse rechter de wet in formele zin ook aan de égalité kan toetsen. Zoals gesteld verdient het aanbeveling dat ook bij deze formele wetten in Nederland een toets aan de égalité mogelijk wordt.

Ook voor wat betreft de materiële criteria lijken de parallellen groter dan de verschillen. De wijze waarop de rechters in beide landen toepassing geven aan de eisen van een speciale en abnormale last vertoont veel overeenkomsten.[65] Zo vinden we de strikte interpretatie van de speciale last ook in het Franse recht terug en wordt de *anormalité* in Frankrijk ook ingevuld aan de hand van een veelheid van gezichtspunten, waaronder het normaal maatschappelijk risico, risicoaanvaarding en voordeelstoerekening.[66] Opmerkelijk is wel dat de toepassing van het draagkrachtbeginsel in het Franse recht niet of nauwelijks tot discussie heeft geleid, terwijl dit onderwerp in Nederland tot de meest omstreden onderdelen van het nadeelcompensatierecht behoort. Een

64 § 5.7.1.

65 Zie respectievelijk § 7.4 en § 8.6.

66 Zie ten aanzien van risicoaanvaarding § 4.4.4.3 en § 8.8, ten aanzien van voordeelstoerekening § 6.6 en voor parallellen bij de toepassing van het normaal maatschappelijk risico § 8.7.1.

directe toepassing van het draagkrachtbeginsel, waarbij bestuur en rechter aan de hand van de financiële huishouding van een bedrijf bezien of een recht op nadeelcompensatie bestaat, is in Frankrijk overigens evenmin als in Nederland aan de orde.[67]

Op onderdelen is het Franse stelsel zeer verfijnd, zoals de jurisprudentie over de aansprakelijkheid door *travaux* en *ouvrages publics* en het onderscheid dat daarin wordt gemaakt tussen gebruikers, ondernemers en derden.[68] Een keerzijde van deze verfijning is dat de aansprakelijkheid *sans faute* in Frankrijk soms erg scherpe randjes heeft. Wat dat betreft heeft de rechtspraak van de Conseil d'Etat in nadeelcompensatiezaken twee gezichten. Enerzijds vooruitstrevend in het uitbreiden van het bereik van de *responsabilité sans faute* naar steeds weer nieuwe situaties, kennelijk niet gehinderd door *floodgate*-argumenten. Anderzijds extreem terughoudend in de toepassing op deelterreinen, óók op grond van voornamelijk rechtspolitieke overwegingen. Zo is het Franse planschaderecht vrijwel non-existent. De Franse wetgever heeft in de *Code de l'urbanisme* de rechtspolitieke keuze gemaakt om slechts in zeer uitzonderlijke gevallen een recht op de vergoeding van planschade te erkennen. Het verschil met het ruimhartige regime onder onze oude WRO is opmerkelijk, zij het dat de wetgever met de nieuwe Wro de teugels lijkt aan te halen. Een ander voorbeeld van een strenge toepassing van de égalité betreft de jurisprudentie over schade die derden lijden door *les modifications apportées à la circulation générale*, dat wil zeggen de wijziging van de ligging van een bestaande of de aanleg van een nieuwe weg. Dit leidt tot de wrange uitkomst dat een winkelier die zijn gehele clientèle verliest doordat klanten hem voortaan niet meer kunnen bereiken vanwege een reconstructie van de infrastructuur, in beginsel geen recht op nadeelcompensatie heeft, terwijl een winkelier die schade lijdt door de tijdelijke afsluiting van een weg meer ruimte heeft om aan te tonen dat hij onevenredig wordt benadeeld.[69] Een dergelijk voorbeeld van een *politique jurisprudentielle* zorgt ervoor dat ook in Frankrijk art. 1 EP EVRM er soms aan te pas moet komen om in de terughoudende bestuursrechtspraak meer openingen aan te brengen. De *Bitouzet*-rechtspraak is daarvan het beste voorbeeld.[70]

Het is lastig om een uitspraak te doen over welk stelsel het meest ruimhartig is. Een indicatie dat Nederland wellicht in meer gevallen een aanspraak op de égalité wordt gehonoreerd, kan worden gevonden in het ontbreken van de genoemde scherpe randjes. Een andere indicatie zou men kunnen zoeken in de belangrijke rol die bestuur en bijzondere wetgever in Nederland nog steeds spelen bij het in het leven roepen van een nadeelcompensatieplicht. Het verschijnsel van de 'smeerolieregeling' lijkt in Frankrijk minder sterk te

67 § 3.8.9.
68 § 4.5.5.
69 § 4.5.5, § 8.6.1.2.
70 § 10.6.3.

zijn ontwikkeld. Betrekt men bij de vraag naar de omvang van de overheidsaansprakelijkheid echter ook de rechtspraak van de Franse rechter in gevallen van *risque spécial*, dan verschuift het beeld al enigszins. Deze rechtspraak is volop in ontwikkeling en laat de laatste jaren verschillende uitbreidingen zien, onder meer in medische risicosituaties.[71] De rechtspolitieke keuzes van de bestuursrechter vallen hier vaker uit in het voordeel van de burger. Een soepele interpretatie van de eis van het causaal verband leidt er bijvoorbeeld toe dat de overheid in TBS-achtige gevallen 'gewoon' risicoaansprakelijk is, terwijl de Hoge Raad daarvan niets wil hebben. De constante uitbreiding van de *responsabilité sans faute* in het Franse recht laat zien dat de Franse rechter het idee van 'socialisering van risico' (*socialisation du risque*) hoog in het vaandel heeft staan. Het *TBS*-arrest bewijst dat de Hoge Raad minder sterk van dit idee is doordrongen.

14.7 Naar een regeling van nadeelcompensatie in de Awb

Het in 2007 gepresenteerde Voorontwerp kan niet anders dan als een mijlpaal in de geschiedenis van het nadeelcompensatierecht worden gekwalificeerd. Het voorstel voelt op tal van punten goed aan waar de knelpunten in het nadeelcompensatierecht zitten en doet daarvoor goede voorstellen. Die knelpunten liggen vooral op het procedurele vlak. De beperkte competentie van de bestuursrechter heeft gezorgd voor een sterk versnipperd beeld ten aanzien van de verschillende wegen om nadeelcompensatie te kunnen verkrijgen.[72] Een concentratie van de rechtsmacht in nadeelcompensatiezaken bij de bestuursrechter is de meest voor de hand liggende manier om aan dat beeld van versnippering een eind te maken en is mijns inziens onontbeerlijk om van een volwassen nadeelcompensatierecht te kunnen spreken. Weliswaar zijn het civiele en het bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht steeds verder naar elkaar toegegroeid de verdere ontwikkeling van de égalitédoctrine dient los van artikel 6:162 BW plaats te vinden. Het verdient derhalve sterk aanbeveling dat de wetgever het voorstel van de Studiegroep op dit punt volgt.

Hoewel het Voorontwerp op tal van punten verstandige keuzes maakt, heb ik enkele verbeteringen voorgesteld. Ik pleit ervoor dat een nieuwe uitspraakbevoegdheid van de bestuursrechter wordt gecreëerd die het mogelijk maakt dat de bestuursrechter het bestuur ook tot schadevergoeding kan veroordelen indien hij het beroep tegen het besluit ongegrond verklaart en er voor de schadevergoeding (nadeelcompensatie) gronden zijn. Op die manier wordt voorkomen dat na een niet geslaagd beroep dat strekt tot vernietiging van het besluit, een nieuwe procedure moet worden gestart om nadeelcompen-

71 § 4.6.3.
72 § 3.4.4.

satie te verkrijgen.[73] Ook zijn kanttekeningen geplaatst bij de structuur van de regeling: de structuur kan worden verhelderd door niet het 'normaal maatschappelijk risico', maar de 'abnormale last' in het eerste lid van artikel 4.5.1 op te nemen.[74] Bovendien is er voor gepleit om in de regeling een uitdrukkelijke verwijzing naar art. 6:98 BW (causaal verband) op te nemen.[75]

De voornaamste kanttekening bij het Voorontwerp betreft echter de onduidelijkheid over de reikwijdte van de frase *de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak*. Het bereik van deze frase is veel breder dan het traditioneel besluit-georiënteerde nadeelcompensatierecht waarmee de bestuursrechter tot op heden te maken heeft gekregen. Hoewel het oogmerk van de wetgever, namelijk een uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter tot *alle* besluiten en *bepaalde* feitelijke handelingen, onderschreven moet worden, biedt de toelichting noch de regeling zelf aanknopingspunten voor de vraag wat te doen met de gevallen die buiten dit traditionele beeld vallen. Mijn voorstel is om de reikwijdte van de égalité te beperken tot gevallen waarin het nadeel weloverwogen wordt toegebracht en dus kwalificeert als een 'openbare last'. Daarmee is de égalité slechts van toepassing op schade door besluiten in de zin van de Awb (ook voor zover niet appellabel) en (bepaalde) feitelijke handelingen.

Een dergelijke beperking heeft een aantal voordelen. Ten eerste ontstaat er meer duidelijkheid over de reikwijdte van de égalité als grondslag voor nadeelcompensatie aansprakelijkheid van de overheid uit rechtmatige daad. Door het bereik van art. 4.5.1 tot gevallen van weloverwogen toegebrachte nadelen te beperken, wordt beter inzichtelijk voor welke soorten overheidshandelingen *in elk geval* een rechtsplicht tot compensatie kan bestaan. Ten tweede waarborgt deze beperking dat in essentie vergelijkbare overheidshandelingen telkens naar dezelfde maatstaven worden beoordeeld. Wanneer men aanvaardt dat de égalité alleen ziet op weloverwogen handelen, betekent dit immers dat *al* dit handelen in beginsel wordt onderworpen aan dezelfde schadevergoedingsmaatstaven en dat dus alleen het onevenredig nadeel wordt vergoed. Dit komt de eenheid van het nadeelcompensatierecht ten goede. Ten derde doet deze beperking recht aan de schadevergoedingssystematiek, dat wil zeggen de wijze waarop wordt vastgesteld of en zo ja, naar welke omvang een schadevergoedingsplicht bestaat. De 'vergelijkende' evenredigheid biedt bij niet 'weloverwogen' veroorzaakte schade, zoals in hoofdstuk 5 betoogd, meestal geen goed aanknopingspunt. Tot slot waarborgt deze beperking dat de breuk met de reeds bestaande bestuursrechtelijke égalitérechtspraak niet groot zal zijn. Als het voorstel van Studiegroep wordt gevolgd, schuilt de belangrijkste uitbreiding van de reikwijdte niet zozeer in een verruiming van het bereik van de aansprakelijkheid uit rechtmatige daad op zich, maar in de

73 § 13.3.1.2.
74 § 13.4.3.2.
75 § 13.4.3.3.

soorten handelingen ten aanzien waarvan de bestuursrechter bevoegd zal zijn, omdat deze worden uitgebreid met (in het bijzonder) rechtmatige algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels en feitelijke handelingen.

De rechtszekerheid over het bereik van de égalité dient mijns inziens niet ten koste te gaan van individuele gerechtigheid in andersoortige zaken. Deze materie geheel overlaten aan de bijzondere wetgever is niet aantrekkelijk. In het licht van de publiekrechtelijke 'setting' van andere vormen van rechtmatig toegebrachte schade en de niet-gebondenheid van de bestuursrechter aan art. 6:162 BW ligt het mijns inziens in de rede deze verdere ontwikkeling van het nadeelcompensatieregime *buiten* de égalité om te laten plaatsvinden door de bestuursrechter. Daarom bepleit ik dat in de nadeelcompensatieregeling wordt voorzien in een clausule die de mogelijkheid geeft om in 'bijzondere', buiten het bereik van de égalité vallende casusposities, toch nadeelcompensatie toe te kennen. Op die manier kan in individuele gevallen wel maatwerk worden verricht maar doet dit geen afbreuk aan de reikwijdte en de coherentie van de aansprakelijkheid op grond van de égalité. Bestuur en rechter zijn aan de criteria van dit beginsel in 'bijzondere gevallen' immers niet gebonden. Beide gaan mijns inziens hand in hand: een beperking van de égalité in de door mij voorgestelde zin dient noodzakelijkerwijs gepaard te gaan met een regeling voor bijzondere gevallen, waarin de égalité niets te bieden heeft. Tot dergelijke bijzondere gevallen reken ik *in elk geval* situaties van risicovol overheidsoptreden en van gerechtvaardigd vertrouwen.[76] Deze en verschillende andere conclusies uit dit onderzoek zijn uiteindelijk uitgemond in een alternatief voorstel voor een regeling van nadeelcompensatie in de Awb, waarvoor ik verwijs naar § 13.6.

14.8 SLOTOPMERKINGEN

De laatste paragraaf van dit proefschrift wil ik beginnen met een laatste casus, over de Franse apotheker Lavaud. Zijn apotheek was gelegen in Lyon, in de buurt van een aantal woontorens met sociale huurwoningen. Naar aanleiding van hevige onrusten in die buurt besloot een publieke instelling voor sociale woningbouw eerst twee en daarna nog eens acht van de woontorens te sluiten. Het klantenbestand van Lavaud daalde dramatisch. Na een voor Lavaud gunstig oordeel van de rechtbank, werd deze beslissing door de appelrechter vernietigd, met als argument dat Lavaud geen enkel recht kon doen gelden op het behoud van de door de betreffende flats gecreëerde clientèle.[77] In laatste instantie kreeg Lavaud echter gelijk. Volgens de Conseil d'Etat had hij deze ontwikkeling niet kunnen voorzien op het moment dat hij zich ter plekke vestigde. Volgens de Conseil was sprake van *un préjudice, spécial à M.*

76 § 13.6.
77 CAA de Lyon 19 maart 1992, *Rec.* p. 511 (*Lavaud*).

Lavaud, die bovendien zo zwaar was dat hij op grond van de égalité voor compensatie in aanmerking kwam.[78]

Het arrest leidde tot kritische commentaren in de literatuur. Een annotator merkte op dat Lavaud anno 1981 wist dat de voorstad van Lyon waar hij zich vestigde, een risicobuurt was. Concrete plannen om de flats af te breken waren er nog niet, maar dat er drastische maatregelen *konden* volgen, was beslist niet uitgesloten. Op het oordeel van de Conseil d'Etat, die zijn voor Lavaud gunstige oordeel uiteindelijk baseerde op de onvoorzienbaarheid van de afbraak van de flats, zou kunnen worden afgedongen: men kan immers ook zeggen dat Lavaud voorzichtigheid had moeten betrachten bij het vestigen van een apotheek in zo'n buurt en dat hij er onverstandig aan deed om zijn inkomsten in zo sterke mate afhankelijk te laten zijn van de flatbewoners.[79] Kritiek was er ook omdat de uitspraak van de Conseil tot gevolg zou hebben dat publieke lichamen zich in vérgaande mate rekenschap moeten geven van gevestigde commerciële belangen bij het (re)lokaliseren van semi-publieke gebouwen, met het gevaar dat schadevergoedingsclaims het beleid van de betrokken instellingen in negatieve zin zullen beïnvloeden. Dit gevaar was zeker in dit geval niet ondenkbeeldig, nu de schadevergoedingsplicht niet kwam te rusten op de staat, maar op een minder kapitaalkrachtige instelling voor sociale woningbouw. Achteraf gezien was ook de Conseil d'Etat niet helemaal overtuigd van de juistheid van zijn arrest. In zijn rapport over de 'socialisering' van risico's die (mede) voortvloeien uit overheidshandelen, zou hij opmerken dat in dit geval niet zozeer het égalitébeginsel als wel de *solidarité nationale* het motief was om de overheid aansprakelijk te houden.[80] De Conseil merkte direct op dat de rechter zich daarmee op glad ijs begeeft, en zich inlaat met afwegingen die eigenlijk tot het terrein van de wetgever behoren.

Het *Lavaud*-arrest laat zien dat de vraag wanneer een nadeel onevenredig is, vaak een kwestie is van *ius in causa positum*. Ook ik heb met dit proefschrift niet de pretentie gehad om een kader te ontwikkelen aan de hand waarvan tevoren precies kan worden voorspeld *wanneer* een recht op nadeelcompensatie bestaat. Een aspect dat ik in dit proefschrift bovendien heb willen benadrukken, is dat dit aspect van *ius in causa positum* – anders gezegd: de wisselwerking tussen feiten en recht – ook wordt weerspiegeld in de *situaties waarin* rechtmatig overheidshandelen tot schade leidt. Naast de situaties waarin schade voortvloeit uit een rechtmatig besluit of een feitelijke uitvoeringshandeling doen zich regelmatig afwijkende casusposities voor, die de rechter voor lastige keuzes stellen en soms leiden tot gewrongen redeneringen, zoals het *TBS*-arrest laat zien. Onderkend moet worden dat het égalitébeginsel niet *alle* gevallen kan verklaren waarin de schade voor rekening van de overheid (en dus van de samenleving als geheel) dient te komen.

---

78 CE 31 maart 1995, *Rec.* p. 155 (*Lavaud*).

79 Zie de noot van L. Touvet & J.-H. Stahl, *AJDA* 1995, p. 387.

80 *Responsabilité et socialisation du risque*, Rapport public 2005, p. 228.

In dit proefschrift is betoogd dat de keuze van de Franse rechter om te *differentiëren* in nadeelcompensatiegrondslagen in dit perspectief aantrekkelijk is. Ik onderken dat met de introductie van een clausule voor 'bijzondere gevallen' ook een element van rechtsonzekerheid in de regeling wordt geïntroduceerd. Die onzekerheid is echter inherent aan de verscheidenheid van situaties waarin sprake is van rechtmatig toegebrachte schade. Enige onzekerheid over de vraag wat een geval precies 'bijzonder' maakt, is mijns inziens te prefereren boven de rechtsonzekerheid die het gevolg zou zijn wanneer de rechter gedwongen zou zijn om ook 'a-typische' gevallen onder de égalitéregeling af te doen. Daarbij is bovendien van belang dat de égalité in mijn voorstel, net als thans het geval is, in verreweg de meeste gevallen als grondslag voor nadeelcompensatie zal fungeren en een uitdrukkelijke uitspraak van de wetgever eraan kan bijdragen dat met 'bijzondere gevallen' ook echt uitzonderlijke gevallen van hardheid bedoeld zijn.

Het bestaan van 'bijzondere gevallen' is ook een zekere relativering van het grondslagendebat, dat de doctrine al decennia bezighoudt. De rechter die geroepen wordt om zich over een individueel schrijnend geval uit te spreken, laat soms vooral zijn rechtsgevoel spreken. Ook nadeelcompensatie is soms simpelweg een kwestie van redelijkheid en billijkheid. Lange tijd zijn wij gewoon geweest om de égalité te zien als de enige ware uitdrukking van dat rechtsgevoel – een paraplubegrip voor alle gevallen waarin bij de behartiging van het algemeen belang een of meer burgers tussen wal en schip belanden. Anno 2010 kan dat niet langer worden verdedigd. Het is thans aan de wetgever om zijn standpunt te bepalen.

Summary

Damage compensation based on the principle 'equality before the public burdens'. A research into national, French and European law

Introduction

This book is a research into one of the main principles governing no-fault state liability, i.e. the principle of '*égalité devant les charges publiques*', or 'equality before the public burdens' (hereafter: the 'égalité principle'). On the basis of this principle, the Dutch administrative and civil judges can judge that a civilian has a right to damage compensation (*nadeelcompensatie*), the cause of the damage being a lawful act of a public authority. The principle sometimes inspires the Dutch legislature to provide for a compensation clause, but also gives a right to compensation in the absence of such a clause. The main questions this research answers are: what is the meaning of this principle? To what kind of state acts does it apply? Under what conditions can the state be liable in situations which are governed by this principle? In other words: how should one define the criterion of a 'disproportionate burden' – which an individual has to prove in order to be entitled to a right to damage compensation. In what way is this type of liability influenced by European law? What problems arise in Dutch law practice in situations which are governed by the égalité principle, and in what way should these problems be solved?

Short description of the research method

In order to answer these questions, a threefold line of research is followed, corresponding with the first three parts of this book. In order to better understand this type of liability, in the first part (chapters 2 and 3) research is done into the historical background of the égalité principle. In these chapters, both the Dutch and the French development of a system of no-fault liability are described. In the second part, the focus lies on the way the égalité principle is applied in both French and the Dutch law. This part consist of seven chapters (4-10). In chapter four ('Liability based on the égalité principle in French law'), research is done into French law, discussing both the place of the égalité principle as one of the general principles of law (*principes généraux du droit*)

and the situations in which the principle can succesfully be invoked. In chapter 5, called 'The scope of the égalité principle', an analysis is made of the role the equality principle can play in different fields of law, namely administrative law, criminal law, the law concerning 'hazardous activities', private law and payments paid on the basis of 'solidarity'. In chapter 6 ('The égalité principle and the criteria of part. 6.1.10 Civil Code'), research is done into the way the general criteria laid down in the Dutch Civil Code (CC) are interpreted in the context of state no-fault liability. In chapters 7 and 8, attention is paid to respectively the 'special burden' and the 'abnormal burden'. These criteria represent a high threshold for any civilian wanting to prove that he is carrying a 'disproportionate burden'. In chapter 9, research is done into the way the égalité principle relates to the principle of proportionality. This chapter deals with both material and procedural aspects of this relationship.

An important part of this research concerns the way European law influences the Dutch practice of damage compensation. On the European level, the right to damage compensation often results from an infraction by the state on the right to property, as contained in article 1 of Protocol 1 of the European Convention on Human Rights (ECHR). What lessons can the Dutch practice of damage compensation learn when studying the Dutch and European jurisprudence in property cases? This question is dealt with in chapter 10 ('The égalité principle and the right to property ex article 1 EP ECHR').

Where the ECHR contains the minimum standards for governments to uphold, the European doctrine of 'state aid' sets a maximum on the compensation that governments may offer. According to article 107 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TfEU) (formerly article 87) a Member State should not grant ('through State resources in any form whatsoever') aid which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings, in so far as this affects trade between Member States. Such aid is incompatible with the internal market and therefore illegal. When aid already has been granted and the European Commission judges it as illegal, it has to be recovered from the recipient. In its state aid decisions, the Commission has stipulated what requirements a damage compensation has to meet in order to be compatible with article 107. These decisions are the main topic of chapter 11.

The last chapter of part three deals with the non-contractual no-fault liability of the European Union. One of the questions that are answered in chapter 12 is whether the égalité principle can also inspire the judges of the European Union. It will turn out that the answer is negative. This raises the question what difficulties the application of the égalité principle meets in the field of economic law in general and the field of EU-law in particular.

The fourth and last part consists of two chapters. In chapter 13, the central question is how the research done in the previous chapters could be of interest when drafting a regulation of damage compensation in the General Adminis-

trative Law Act (GALA, '*Algemene wet bestuursrecht*').[1] Finally, in chapter 14 the main questions as formulated in chapter 1 are summarized.

PART I – THE RECEPTION OF THE ÉGALITÉ PRINCIPLE IN THE DUTCH LEGAL ORDER

In order to gain more insight into the meaning of the égalité principle and the characteristics of no-fault state liability, part I deals with the reception of the equality prinicple in the Dutch legal order. In *chapter 2*, the developments up until 1955 are described, whereas *chapter 3* deals with the developments from 1955 up until now. In the development of principles which can be used to judge the lawfulness of government acts, the Netherlands have often looked to France for inspiration. For the development of principles governing no-fault liability, this was no different. Explicit references to the égalité principle can be found in literature at the end of the 1920s, proving that the French jurisprudence in the famous case of *Couitéas* (1923) did not escape the attention of Dutch scholars. Yet, unlike France, the Netherlands did not have an independent administrative judge comparable to the French Conseil d'Etat. The development of the Dutch system of damage compensation was first of all a matter which belonged to the competence of the legislature. A compensation clause was quite frequently laid down in a law, mainly when property rights were infringed. Although 'equity' was the main 'principle' for these legal compensation clauses, under the influence of French law the égalité principle was first brought into play in the case of the Law against ribbon building from 1937 (*Verkeerswet tegen lintbebouwing*), containing rules forbidding ground owners to build within certain distances from a main road. According to parliament and government, the compensation clause in this law should be interpreted in the light of the égalité principle. The parliamentary discussion left unclear, though, how the notion of a 'disproportionate burden' should be interpreted exactly – a matter which was left for the courts to clarify.

If a law did not contain a compensation clause, civil courts were sometimes willing to hold the government liable. This important case law, of which the prime examples are *Haagse Duinwaterleiding* (1944) and *Voorste Stroom* (1943-1952) proved that the Supreme Court was willing to recognize an *extralegal* right to damage compensation. It should be noted however that this was not a 'real' recognition of liability without fault, since the right to compensation was based on the state having acted unlawfully. Many authors concluded, though, that the creative interpretation of the article governing tort law, article 1401 of the Civil Code (current article 6:162 of the Civil Code (CC)) was an implicit recognition of an extralegal right to damage compensation. Some even

1 The GALA can be consulted on <www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Wettekst_awb/#paragraph2>.

went so far as to see in these decisions the first evidence of the égalité principle coming into force, although the decisions of the Supreme Court do not support this view. Furthermore, municipal government bodies sometimes made regulations containing compensation clauses, specifically in the field of town and country planning. These three actors – the legislature, the civil courts and municipal public bodies – set the first steps in the development of Dutch no-fault state liability.

In *chapter three*, the developments from 1955 onwards are discussed. In the post-war years, the government felt the need for a stronger intervention in society, taking decisions and adopting bills which often breached the rights and interest of individuals. This called for more uniformity in the way the Dutch legislature dealt with this subject. Contrary to what one would expect, this broadly felt need for more unity in the subject of damage compensation did not coincide with a broader acceptance of the égalité principle. Though more and more scholars referred to the égalité principle, still a lot was unclear as to its meaning. Also, there were many doubts as to the possible consequences of its acceptation. In the view of some, the égalité principle was above all a philosophical principle, explaining that it can be reasonable to let the collective carry the burden of the damage which is inflicted in the interest of all. Many authors felt though that this principle could not explain under what circumstances a right to compensation could exist. As many pointed out, the weakness of the égalité principle was the vagueness of the concept of an 'abnormal burden'. Also, many authors asked questions as to the usefulness of a principle which apparently makes it necessary to compare the burden of the injured party with others; with whom should one compare the injured party? Furthermore, in contrast to the French legal culture, the Netherlands were barely familiar with the French tradition of collectivist thought.[2] The notion that injuries stemming from government intervention should as a rule be carried by the government and thus by the community as a whole, can be found in the writings of many French scholars. A famous example are the writings of the philosopher Léon Duguit (1859-1928), who in turn influenced other writers. Duguit pointed at the égalité principle as an important explanation as to why the government should be held liable, even in absence of a fault. Dutch legal culture lacked such a strong voice. Here, the predominant opinion was that damages have to lie where they fall, *especially* when the government acts lawfully. It was feared that the acceptance of the égalité principle would have grave repercussions for the state treasury. This explains the important role the legislature initially played in the development of this type of liability.

The differences in 'state liability culture' between France and the Netherlands notwithstanding, in the decades after 1955 slowly but steadily a develop-

2 See Fairgrieve 2003, p. 266.

ment takes place in which a state no-fault liability is recognized for more acts, finally prompting the Dutch administrative courts to explicitly recognize the égalité principle in the *Van Vlodrop*-jurisprudence from 1997. The main starting point of this development is no doubt the adoption of a formula in many (formal) laws from 1955 onwards, recognizing a right to compensation in case the individual has to carry a burden that he 'cannot reasonably be expected to carry'. This formula was firstly adopted in the Law on Monuments (*Monumentenwet*, forbidding home owners to make certain adaptations to their houses), the Law on the Forests (*Boswet*, making it possible to impose a prohibition on the chopping of trees) and the Planning and Regulation Law (*Wet op de Ruimtelijke Ordening*, making the building of residential areas and other planning acts possible). Although the reference to the criterion of *reasonableness* meant that the legislature seemed to distance itself from the égalité principle as previously accepted in the Law against ribbon building, as regards content the differences were not very substantial. In fact, a study of the parliamentary debate surrounding the Law on Monuments and the Law on the Forests clearly shows that the legislature wanted the Crown (the government) to judge whether a right to compensation existed by adhering to the distinction between damage belonging to the 'normal risks having to be borne by everyone in society' and 'abnormal' and 'disproportionate' damages. At the time, this was a new way of testing, typical for the public context in which the damages were inflicted upon individuals. An *explicit* recognition of the égalité principle therefore did not seem necessary in order to *implicitly* adopt a system that strongly resembled the solution that the French administrative judge had adopted three decades earlier. This new system of no-fault liability, based on the 'reasonableness formula' (*redelijkerwijsformule*) found a place in many formal laws from the 1960s and on.

This new system also spurred other ways in which the state could be held liable without fault having to be proven. At the beginning of the 1970s, in exceptional cases the Crown was willing to recognize an extralegal right to damage compensation when an individual decision (*beschikking*) caused damage. The same period also saw the emergence of the system of 'government compensation' (*bestuurscompensatie*) in the practice of the Ministry of Transport, Public Works and Water Management (*Verkeer en Waterstaat*). There, a new rule of law was 'invented', according to which the state was obliged to take notice of the possible damaging of rights and interests *prior* to the taking of a lawful decision. Though this system could not be seen as an application of the égalité principle,[3] this practice soon received the attention of other public

3 The Minister felt that the main question should not be if a company suffered a greater damage than other companies, but if not granting a compensation would bring the company into serious financial troubles. This subjective way of testing was rejected by the Council of State, who instead opted for a more objective approach, focusing on the objective foreseeability of the damage.

bodies. Thus a new phenomenon was born: the granting of a right to compensation following from the obligation to make a just and equitable weighing of interests, prior to the taking of the decision itself. This practice was made into a new 'rule' in the *Paul Krugerbrug* cases. In these cases, the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State (the highest administrative judge, known as the *Afdeling Rechtspraak van de Raad van State*) posited the rule that all the interests involved should be weighed by the administrative authority before taking a decision (*het onzelfstandig schadebesluit*) in order to fulfil the criterion of proportionality. By not balancing the damaged rights and interests in a correct way, and by not granting a just compensation, a public authority ran the risk of its decision being declared unlawful. The Council of State did not explicitly mention the égalité principle. Still, the conditions which had to be fulfilled in order for the government to be liable, strongly resemble the criteria linked to the égalité principle. In the *Paul Krugerbrug* cases for example, the Council of State expressly stated that the damage a shipbuilding yard had to suffer after the public authorities decided to replace a lift bridge with a 'fixed' bridge (many ships no longer being able to reach the yard), did not belong to the 'normal entrepreneurial risk' of this undertaking.

The *Paul Krugerbrug* cases marked a new stage in the development of the Dutch no-fault state liability. The cases proved that the solution the Supreme Court had adopted several decades earlier was not exclusive to civil cases but could indeed also be applied by administrative judges. This development prompted the legislature to codify this administrative case law in the GALA, during the 1990s. This was done by linking the égalité principle to the proportionality principle of article 3:4, paragraph 2 of the GALA, which states that the adverse consequences of a decision for one or more interested parties may not be disproportionate to the objects to be served by the decision. In the government's explanation of this article, the government stated that the public authorities are obliged to carefully balance the interests involved in their decisions. The granting of a compensation for disproportionate damage in the sense of the égalité principle could, according to the government, contribute to a decision fulfilling the criterion of proportionality in the sense of article 3:4, paragraph 2, of the GALA. This was the first time since 1937 that the égalité principle was expressly acknowledged in this context in an Act of parliament.

Although seemingly a logical codification of the *Paul Krugerbrug* cases, this coupling of the two types of proportionality was criticized by many commentators. They pointed out that two different types of proportionality were concerned, which should not be confused in order to prevent misunderstandings. Also, the obligation to carefully assess the adverse consequences of an itself lawful decision *prior* to the damage being actually inflicted led to practical problems. In this phase, it wasn't clear whether damage would actually occur and to what extent this should be compensated. It only seemed a matter of time before the administrative courts would recognize the égalité principle

as an independent source of an obligation to compensate disproportionate damage (*zelfstandig schadebesluit*). This was done in the *Van Vlodrop* case law. Since 2003, the Council of State expressly holds that the égalité principle requires a different reading of the criterion of proportionality than article 3:4, paragraph 2 of the GALA. Currently, the Council of State acknowledges that a decision which is proportionate in the sense of article 3:4 can still be disproportionate in the sense of the égalité principle. It could be argued that the two principles have been 'uncoupled', making it possible to judge a possible liability after the damage has actually occurred.

This independent functioning of the égalité principle is not yet possible in cases where the civil courts are competent.[4] The Supreme Court so far has not been willing to acknowledge that the government can be liable for *lawful* acts. Although the Supreme Court recognized the égalité principle in the decision *Staat/Lavrijsen* (2001), the principle functions differently in the context of civil law. When the cause of damage is an act which is not open to administrative appeal (mainly acts of a factual or normative nature), the individual still has to state that the infliction of damage is unlawful and in violation of article 6:162 CC. Still, the legislature currently has plans to make an end to this anomaly. A governmental study group has proposed to codify the égalité principle in the GALA and to let it function as an independent source of compensation obligations, irrespective of the question whether the source of damage is a decision against which administrative appeal can be made. In the view of the study group, the subject matter of damage compensation (for *lawful* acts) should be the exclusive territory of the administrative judge. At the time this book was published, it was not yet clear whether this proposal also represents the view of the legislature itself. It seems safe to assume, however, that the égalité principle will be introduced in the GALA in the near future.

This would mean a new cornerstone in the development of no-fault state liability. What is more, the similarities between the Dutch and the French system far outweigh the differences. This is not only exemplified by the central role of the égalité principle, but also by the broadly felt need to concentrate disputes on damage compensation with the administrative courts. The fear that the codification of the égalité principle would lead to massive compensation claims, seems to have been overcome. This fear has been replaced by the conviction that in extreme cases of disproportionate damage, and even without

4 The administrative judge is competent where the damage is caused by a decision (*besluit*), except mainly those laying down a general binding regulation or a policy rule (article 8:2 GALA). The civil judge will also be competent where the damage is caused by *factual* acts. In exceptional cases however, the administrative judge can be competent where the act is of a factual nature, provided that the public authority has drawn up a (published) policy rule containing rules to which the damage resulting from these acts can be tested (de *Metroschade*-jurisprudence). This way, a competence of the administrative judge can be 'created'.

the legislature intervening, a *right* to compensation exists. The exact scope of the égalité principle remains unclear though, a matter which is further elaborated upon in the second part.

Part II – The scope of the égalité principle and other material aspects of no-fault liability

The second part of this study focuses on the scope of the égalité principle and other material questions concerning the égalité principle. In order to get a good view on the meaning of the principle, in *chapter 4* the current application of the égalité principle in French law is described.

At first view, a comparison with French law reveals a striking difference clear. In the Netherlands, the égalité principle is generally viewed as the main principle governing no-fault state liability. In France, *two* principles are recognized: the égalité principle and the 'risk principle'. The égalité principle mainly applies to situations where the cause of the damage is a *legal* instrument: individual decisions (*décisions individuelles*), regulations (*règlements*), laws (*lois*) and even treaties (*traités*).[5] Another important area in which the égalité principle applies is the permanent damage which is caused by public works (*travaux et ouvrages publics*). In this area, the égalité principle applies, for example, to the case in which an undertaking is damaged by the building of a main road, leading to worsened accessibility of his shop, or to the individual who suffers from noise pollution created by an airport.

Apart from these cases, the Conseil d'Etat has developed a special compensation regime for hazardous activities. A classic example is the case *Cames*, concerning a steelworker who was injured by a splinter from a piece of metal he was working on.[6] Another example is *Regnault Desroziers*, where the state was held liable for the damage caused to a residential area by the explosion of a military ammunition depot.[7] These cases are generally classified as examples of 'dangerous objects', where danger is inherent in the fact that the government sometimes has to work with objects which can be dangerous for those living nearby or those working with these objects. Apart from this, no-fault liability based on the risk principle is sometimes accepted in cases involving dangerous methods, the main example being liberal prison and borstal regimes. A fairly recent extension of this last category is the medical sphere in state run hospitals. No-fault liability is accepted when the possible adverse consequences of a certain medical method are (in abstract) known but there

5 Famous examples are, respectively, *Couitéas* (CE 30 November 1923, *Rec.* p. 789), *Commune de Gavarnie* (CE 22 February 1963, *Rec.* p. 113), *La Fleurette* (CE 14 January 1938, *Rec.* p. 25) and *Compagnie générale d'énergie radio-électrique* (CE 30 March 1966, *Rec.* p. 257).

6 CE 21 June 1895, *Rec.* p. 509 (*Cames*).

7 CE 28 March 1919, *Rec.* p. 329 (*Regnault desroziers*).

is no concrete sign that the patient will react badly to the use of such a method. When this leads to very severe damage (death, or an invalidity of more than 50%), the government can be liable.[8] A last (rest) category of the risk principle is the category 'dangerous situations', applying to persons who, through their work or otherwise, are more or less forced to run risks. An example is the case where a pregnant teacher was exposed to a pupil with rubella, leading to the birth of a severely handicapped child.[9]

Although some French authors have not felt the need to differentiate between risk and equality as grounds for no-fault liability, the distinction between these regimes is clearly visible in the administrative jurisprudence. Also, a majority of the French textbooks make a distinction between these cases. Even though it is not always easy to pinpoint the differences between the two regimes, a general distinction is the following. The situations in which the égalité principle applies, are characterized by the fact that the infliction of damage is an inherent and necessary consequence of an action performed in the general interest. The damage is the consequence of an act containing a *conscious* choice for a certain measure. Even though the disproportionate consequences are not always known beforehand, most of the time the appearance of damage itself is a logical and foreseeable consequence of a legal instrument. In spite of the foreseeability of these adverse consequences, the decision is (*has to be*) taken, and the possible disproportionate consequences are 'into the deal'. In this perspective, the damage in hazardous activities clearly differs. Here, the damage is not the inherent and necessary consequence of an action performed in the general interest, but an incidental, by definition unwanted consequence of a certain hazardous object, method or situation. In these cases, the damage is characterized by an uncertain future event. This dependence on a future, uncertain event is absent in equality cases.

Another important aspect of the duality in damage compensation principles in French law is that this duality corresponds to a difference in the way that judges establish a no-fault liability. Since both compensation grounds cover situations in which the state acts lawfully, it is necessary for the judge to be able to limit this type of liability. It seems obvious that not every damage caused by lawful acts can automatically entail a right to compensation, since this would frustrate lawful government action and would be harmful to the general interest. The way in which a limitation of the liability is found, differs in both systems. When the égalité principle applies, the damage itself has to meet certain conditions. The burden has to rest on the shoulders of a limited group of persons and must therefore be *special*. Burdens which are suffered by the whole community or a group of a certain size do not, as a rule, breach the égalité principle. The burden also has to be *abnormal*. Damage which classifies as an accepted risk does not give a right to compensation; the same

8 CE 9 April 1993, *AJDA* p. 354 (*Bianchi*).
9 CE 6 November 1968, *Rec*. p. 550 (*Dle Saulze*).

goes for damages which belong to the normal entrepreneurial risks (*normaal ondernemersrisico*) or normal risks, borne by everyone in society (*normaal maatschappelijk risico*). When the risk principle applies, neither the special nor the abnormal character of the damage plays a role. In risk cases, the notion of 'abnormality' is normally linked to the cause of the damage being abnormal, leading to an obligation to compensate (all) the adverse consequences of the act. The limitation of liability is, as a rule, not found in certain characteristics of the *damage*, but by recognizing only *special* risks (*risque spécial*) as ground for compensation. Thus, for example, the risks stemming from the use of firearms is recognized as a special risk, whereas the risk from working with tear gas or police *batons* is not. Possible victims of those last objects can only invoke the *responsabilité pour faute*.

In *chapter 5*, this distinction is further elaborated upon. The position is taken that in Dutch law, it is desirable to apply the égalité principle only in those cases where the damage qualifies as a public burden (*charge publique*), i.e. *damage which is consciously caused to an individual by a public authority, and which is the necessary and inevitable consequence of an action performed in the general interest*. In this description a few elements deserve further attention. In the first place, the action has to be in the *general interest*. The general interest *justifies* the granting of compensation: it is primarily *because* the general interest is involved that it is reasonable to 'shift' the burden of an individual to the collective. The general interest therefore cannot be the basis for a decision *refusing* compensation.[10] Sometimes, however, the general interest is served by deliberately making a distinction between certain groups. In these cases, the unequal imposition of burdens is in the general interest. As a rule, these cases cannot lead to government liability.[11] These cases are an exception to the rule that the involvement of the general interest in principle does not mean that an individual could be refused a right to compensation.

A second element is that the damage has to be the consequence of a *conscious* act. This element can and should be linked to the concept of the balancing of interests. Thus, the égalité principles applies to those actions where a balancing of interests has taken place. The égalité principle applies to every

10 The Conseil d'Etat has long held otherwise. In the case of *lois* serving an 'important general interest' the Conseil d'Etat has read an implicit intention of the legislature to refuse compensation (e.g. CE 21 january 1998, *Rec*. p. 19 (*Plan*)). This jurisprudence has been severely criticized in literature. Recent case law has shown other techniques in order to interpret the position of the legislature as to the possibility of compensation (e.g. CE 30 July 2003, *Rec.* p. 367 (*ADARC*)) see § 4.5.3.5 of this book and Guillard 2003 for further reading).

11 Examples can be found in the French case law concerning lawful *lois* in the field of economy, for example where the products have to be redistributed or a licensing system has to be introduced, leading to adverse consequences for those companies who cannot obtain a license. French case law shows that when the goal of a *loi* is best served by the unequal imposition of burdens, compensation is generally refused (§ 4.5.3.3).

damage which is the necessary consequence of a decision of a public authority which is the outcome of a balancing exercise, whether the legal instrument is of an individual (*décisions*) or a general (*règlements*, *lois*, *traités*) nature. The *refraining* from action can also lead to a successful compensation claim, provided that the balancing exercise prior to this inaction is sufficiently knowable.[12] Inspired by the French jurisprudence, in this thesis it is also defended that where the damaging action is of a *factual* nature, the égalité principle only applies when the damage is the necessary and inevitable consequence of such an action, for example the construction of a new highway.

A third and final element is the *inevitability* of the damage. It can be argued that in equality cases, there has to exist a goal-means-relationship between the serving of the general interest and the infliction of damage. The égalité principle only applies where the causing of damage is the necessary and inherent result of an action which serves the general interest.[13] This can be the case when an interest by its very nature needs to be infringed on to serve the general interest. For instance: a law prohibiting the trade in a product which is harmful to public health. It can also be the case when the damage is merely a side-effect of an action performed in the general interest. For instance: a decision to replace a main road, leading to adverse economic consequences to companies in the direct neighbourhood.

The application of this 'framework' will not lead to a clean break with the current jurisprudence in which the égalité principle is applied. In Dutch law, the principle applies to legal instruments: individual decisions, decisions with a general application, policy rules and normative acts (excluding acts of the legislature). Regarding acts of a factual nature, jurisprudence shows that the égalité principle mainly applies to factual acts that are needed to execute a decision, such as the aforementioned road works. It also applies to actions by the state in a civil context, such as a contract which clearly serves public goals.[14]

The égalité principle seems unsuited, however, where hazardous state activities inevitably cause damage. A good example is the *TBS* case. This concerned an innocent third party who was raped and blackmailed by a man who was on temporary leave from detention during Her Majesty's pleasure ('TBS'). The French courts would have dealt with this case under the regime of hazardous methods, but the Dutch Supreme Court decided to test the case against the égalité principle. This led to a much criticized decision in which the Supreme Court rejected the claim on the basis of this principle, since it

12 The *Couitéas*-jurisprudence is a famous example and has led to many succesful equality cases where the administration has failed to enforce court orders. See § 4.5.2 and Fairgrieve 2003, p. 147.

13 Comp. Eisenmann 1949, p. 742, p. 751: '[L]e sacrifice est bien impliqué par la poursuite de cet intérêt; il en est (ou en a été fait) un moyen nécessaire'.

14 Comp. the French distinction between *contrats du droit privé* and *contrats administratifs*, a distinction which can also be recognized in some Dutch cases (§ 5.6).

would require the disproportionate damage to be foreseeable for the government. This judgement was clearly at odds with earlier civil case law, in which the Supreme Court has brought the égalité principle into play even when the damage was not foreseeable for the public authority.[15]

Another field where the application of the égalité principle is problematic is the case where innocent third parties are accidentally damaged by state actions in the field of criminal law. The most famous example is the *Staat/Lavrijsen* case.[16] This case concerned a third party (Lavrijsen) who suffered damage when public authorities conducted a search of a house of someone they suspected to be a drugs dealer. Lavrijsen rented premises from this person and exploited a pig farm on one of those premises. She was not aware of his criminal activities. The damage was caused by a police officer who – apparently by mistake – left the doors to a pig house open, which lead to a temporary malfunctioning of the ventilation system. This caused the pigs to temporarily stop growing. Lavrijsen consequently suffered a loss of income. The Supreme Court held that the State was liable because of a breach of the égalité principle. Evidently, this damage was not the inevitable consequence of a balancing of interests by the pubic authority, but the unwanted, unexpected and unforeseeable consequence of the searching of the premises.

The unsuitability of the égalité principle in the *Lavrijsen* case law is also reflected in the way the Supreme Court tests whether an obligation to compensate the damage exists. In situations like these, the Supreme Court simply holds the State liable for all of the damage of the innocent third party. Neither the special, nor the abnormal burden plays a significant role as a factor limiting the liability. Relevant criteria to limit or reject liability are not derived from the égalité principle, but from civil law, especially a fault of the victim (*eigen schuld*) and the notion that negligible damages should not be compensated (*de minimis non curat praetor*). In my view, a coherent no-fault doctrine cannot be developed when one fails to make a distinction between the situations which are governed by the égalité principle and other grounds for compensation, which can partly be derived from French law.

Chapters 6 to *8* deal with the conditions that have to be fulfilled before a right to compensation can be derived from the égalité principle. *Chapter 6* makes clear that these criteria are partially derived from civil law. The Dutch Civil Code contains provisions which mainly apply to *legal* obligations to pay damages, such as tort (art. 6:162 CC) and default (art. 6:74). However, these

15 A famous example is Supreme Court 18 January 1991, *NJ* 1992, 638 (*Leffers*), concerning the damage of a pig farmer who was prohibited to feed his pigs with 'swill'. Generally speaking, when the cause of the damage is of normative nature (a law or a regulation) the law maker will not be able to foresee all the negative, possibly disproportionate damages in individual cases. The famous decision *La Fleurette* (CE 14 January 1938, *Rec*. p. 25) shows that precisely in those cases the égalité principle has an added value.

16 Supreme Court 30 maart 2001, *Nederlandse Jurisprudentie* 2003, 615.

criteria can also, by analogy, be applied in damage compensation cases, even though the égalité principle is an unwritten principle. Damage compensation being a relatively young field of law, it can and should look for inspiration in civil law. There, much experience has been gained in applying fundamental notions such as the different types of damage which can be compensated (articles 6:95, 6:95, 6:106 CC), causality (art. 6:98 CC), the taking into account of advantages resulting from the cause of the damage (art. 6:100 CC), fault of the victim (6: 101 CC) and the kind of compensation (art. 6:103 CC).

The interpretation of these articles does not fundamentally differ when they are applied in the context of damage compensation. For example, both material and immaterial damage can be compensated. What is more, art. 6:98 expressly states that in the assessment of a causal link, the *nature of the liability* can be taken into account. In the case of no-fault state liability, this generally means that an *immediate* causal link has to exist between the action of the authority and the damage. Even though there are systematic differences between the civil way of testing the right to damages and the way this is done in the administrative law of lawfully inflicted damages, the criteria from chapter 6.1.10 CC provide a necessary addition to the criteria that are directly linked to the égalité principle. Those last criteria consist of the special and the abnormal burden.

In *Chapter 7* an analysis is made of the criterion which holds that the damage has to be *special*. Damages suffered by large groups of people can in principle not lead to state liability. The rationale is mainly that, inevitably, government action means that lawful decisions have to be made which have negative consequences for many individuals Government action would be seriously hindered when these groups as a whole could claim to suffer a disproportionate damage in comparison with the rest of society. Also, this would place too heavy a burden on the state treasury. The speciality of the burden therefore represents a natural way to limit no-fault state liability.

This is reflected in the way the courts define 'reference groups'. This is most evident where an action of a general nature infringes with the rights and interests of a large group of people or companies. Generally speaking, the courts will consider whether *within* this group, one or more individuals suffered disproportional damages. This can be the case, for example, when a measure affects a company in a sudden way in its core business[17], or when a company suffers damages in a part of the year when it usually makes the most profit.[18]

Only rarely will the courts consider that a group as a whole suffers a disproportionate damage. The restrained character of the case law might also be explained by the position of the courts *vis-à-vis* the public authorities. It

17 Supreme Court 18 January 1991, *NJ* 1992, 638 (*Leffers*).
18 CE 11 mei, 22 juni en 27 juli 1984, *Rec*. p. 246, *D*. 1986, p. 29-30 (*Soc. Sealink*).

is not the task of the courts to decide whether an action by a public authority results in a reasonable distribution of income among the different members of society. The courts can intervene when the interests of a small, selected group of individuals are totally neglected. This constitutional argument might explain why the courts rarely conclude that there exists an obligation to compensate the damage of large groups of people.

On a more theoretical level, the *spécialité* plays an important role in the debate concerning the foundations of damage compensation.[19] This debate concerns the question whether the égalité principle is a suitable basis to explain (a part of) no-fault state liability. It also deals with the question whether it is possible to develop a single basis for no-fault state liability. Some authors have pointed out that in practice, there are many cases in which the *spécialité* is not explicitly tested against. Especially when only a single person suffers from a particular action, as a rule the courts do not go into the question which persons should be seen as the comparison group in order to determine that the damage is disproportionate. Furthermore, in exceptional cases the *spécialité* does not stand in the way of compensating large groups of people.[20] All in all, it is debatable whether the criterion is really that useful to explain if and when an obligation to damage compensation exists.

In the view of some, this disqualifies the use of the égalité principle as such, since it demands a *relevant* comparison between the victim and other people. These authors propose that other grounds for damage compensation should be used, such as the proportionality principle (in the Dutch literature), or the *anormalité du dommage* (in the French literature). In this thesis, the position is taken that the primary criterion for the applicability of the égalité principle should not be the relevance of a comparison with others. The principal question should be whether the damage results from a *conscious* sacrifice of the interests of (groups of) citizens. If so, the égalité principle is applicable and only disproportionate damage is compensated. It is true that this 'disproportionality' cannot always be measured by making concrete and relevant comparisons between groups of people. However, the criterion of the *anormalité* necessarily implies that the position of the victim is compared to 'normal damages'. It is hard to see how this last notion can be interpreted by completely abstracting from comparisons with others, even though this comparison takes place at a more abstract level. Therefore, when only a singular person is the victim of a legal act, this necessarily means that his position is special. The deciding test will in many cases be whether the damage is abnormal.

19 See, f.e., Amselek 1977 and in Dutch literature Hoitink 2002 and 2006.

20 French law shows some examples (§ 7.6.1). In Dutch law the size of the group does not seem to matter in 'not in my backyard cases', for example where the construction of a railway affects many people in the neighbourhood (§ 7.6.2).

The abnormality is an important, though at many times intangible criterion. In order to prevent Babel-like confusion, *chapter eight* starts with an attempt to pin down the essence of this notion. In my view, it is important to realize that abnormality is an 'umbrella notion', covering all kinds of criteria which can lead to the result that an obligation to compensate does not exist (at all, or only in a limited way). The most important criteria covered by this notion are the normal societal risk (*normaal maatschappelijk risico*), normal entrepreneurial risk (*normaal ondernemersrisico*) and acceptance of risks (*risico-aanvaarding*). None of these sub-criteria are equally broad as the concept of 'abnormality'.

In the Dutch scholarship it is often defended that the concept of 'normal societal risk' can be equalled to the concept of abnormality, but in my view it is more narrow in scope. In practice, however, this criterion is by far the most important. This criterion covers many different aspects. Dutch case law shows that the main aspects consist of the nature of the cause of the damage, the nature of the damage, the extent of the damage, the gravity of the damage and the foreseeability of the damage. To what results the application of these criteria will lead, cannot be summarized in a few sentences. One of the problems is that the judge will leave the public authority a certain margin of appreciation in judging whether liability exists. Thus, a choice for a percentage of 15% of the annual turnover of a company as a threshold for an abnormal damage, has been judged 'not unreasonable' by the Council of State. This implies that a percentage which is somewhat higher or lower might also have been reasonable, probably.

Furthermore, often a *combination* of these criteria is the reason that the judge will hold the state liable. The famous *Leffers* case, for example, concerned a pig farmer who was prohibited to feed his pigs with 'swill', this being the possible source of the spreading of a contagious disease. The Supreme Court judged this damage as being disproportionate, considering both the unforeseeability of the prohibition on swill (which was introduced in a period of a few days) and thereby causing severe damage, Leffers not being able to run his company in a profitable manner any longer. In any case, the *Leffers* case does exemplify that a few aspects are the basis of many successful equality claims: the presence of an action which was unforeseen, either because of the nature of the action itself, the way it was implicated (unusual time, place, or length) and the extent of the damage.

A topic which has caused a fierce debate in Dutch literature is the question whether the financial capacity of a victim (*draagkrachtbeginsel*) should play a role when judging the abnormality of a claim. The Supreme Court has answered this question in the negative in the *Meiland* judgment of 1998.[21] According to the Supreme Court, the financial strength of a victim – typically a criterion that is applied in tax law – is too subjective and should not play

21 Supreme Court 3 April 1998, *NJ* 1998, 726.

a role in damage compensation law. From this perspective, Dutch law differs markedly from French law. In French law, the fact that a company suffers a damage in a subsidiary part of his company, can indeed be important in judging the abnormality of the damage. In chapter eight, it is claimed that the *Meiland* judgment has partly been superseded by damage compensation practice. The financial capacity of a victim is often somehow accounted with in practice, either by measuring the disproportionality of the damage to a percentage of the annual income of a company, or to the value of a house which is depreciated by developments in the direct neighbourhood.

Chapter 9 deals with the relationship between the égalité principle and the proportionality principle (art. 3:4, para 2 GALA). In administrative cases, the Council of State currently holds that these principles are not the same, thereby distancing itself from the original opinion of the government in the explanation to art. 3:4 GALA. This position is supported by my research; both principles deal with different types of proportionality. As said, the fact that a decision is in conformity with art. 3:4 does not automatically mean that it does not infringe on the égalité principle.

Chapter 9 shows, however, that there is indeed still a limited material relationship between the égalité principle and the proportionality of a decision. The different subcriteria of the criterion of proportionality (suitability (*geschiktheid*)), necessity (*noodzakelijkheid*) and proportionality *strictu sensu* (*evenredigheid in concreto*)) can all in one way or another be related to the obligation to compensate damage. For example, the choice of a public authority for a measure which is, in the view of the judge, not necessary (another, less damaging act being also available) will not automatically mean that the judge will quash the chosen measure, but can be a circumstance which aggravating circumstance, leading to the authority sooner being held liable. Another material relationshop lies in the *possibility* to balance different interests. This can influence the obligation to pay damages. For example, where the relevant legislative framework forbids the authority to take certain interests (often those of people living nearby) into account in the decision to grant a permission, there can be no obligation to compensate the damage of third parties, which is caused by the use of the permission. Dutch law therefore shows a limited influencing of the scope of the égalité principle by the rule of specialty of art. 3:3 GALA (*specialiteitsbeginsel*). Those third parties often have no other option than to hold the licensee liable on the basis of a tort based action.

Chapter 9 also deals with certain procedural aspects of the relationshop between égalité and proportionality. The uncoupling of both principles has led to a shifting in the burden of proof, placing a less heavy burden on the public authority to carefully asses all interests prior to the legal decision and taking a position on a possible right to damage compensation. Instead, the civilian has to proof that he has suffered damage. Furthermore, this has led to the phenomenon of 'passing on' (*doorschuiven*): a public authority which

is confronted with the statement of an individual that an appealable decision violates art. 3:4 since it does not contain a satisfying compensation clause, can pass this claim on to a separate damage regime. This regime consists either of a damage regulation, or the égalité principle as an independent source of an obligation to compensate damages.

Only in exceptional cases can a claim not be passed on to a separate compensation regime. These cases concern 'serious damage' (*ernstige schade*). About the exact meaning of this criterion, developed in the case law of the Council of State, not much is clear. It is argued that 'serious damage' is akin to cases which lead to a *de facto* expropriation in the sense of art. 1 EP. In these cases, the granting of compensation is a necessary condition for the decision itself to be lawful. As such, the dependent damage compensation decision (*onzelfstandig schadebesluit*) still has a reason to exist.

PART III – EUROPEAN INFLUENCES ON NATIONAL NO-FAULT LIABILITY

In part three, the attention shifts to the European level. In *chapter 10* an extensive study is made of the influence of article 1 EP ECHR (hereafter : art. 1 EP) on national damage compensation.

It should be remarked in advance that the Court leaves the national authorities a wide margin of appreciation. This margin often plays an important role in cases where there exists a right to damage compensation under municipal law, since cases in which the égalité principle is applicable will as a rule qualify as a *regulation* of the right to property. The Court is of the opinion that the national authorities know best what kind of acts are necessary at the national level. This margin of appreciation also plays a role in cases concerning the question whether the national authority has provided for enough compensation. The Court will generally respect the choices of the national authority as to which types of damage give a right to compensation, and as to how high this compensation should be.[22] Especially when a national measure violates the rights and interests of large groups of people, the Court will leave it to the national authority to determine if and when compensation should be provided. Furthermore, this margin of appreciation is especially wide in certain fields, such as urban or regional planning. This is revealed by a study of cases concerning the French *Code de l'urbanisme*. According to this law, only very rarely a right to compensation is acknowledged when a public body adopts a new zoning plan, even when grave damage is suffered. This rule has never led the Court to decide that the fair balance has been upset.

---

22 EHRM 26 september 2000, appl.no. 37660/97 (*Denimark Ltd. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*): 'the legislature's judgment in this connection will in principle be respected unless it is manifestly arbitrary or unreasonable.'

Although the Dutch judge also leaves the authorities a certain margin of appreciation (based on the distance the national judge also has to respect vis-à-vis decisions of a public authority), national judges and authorities tend to be somewhat more willing to grant compensation on the basis of article 1 EP. This tendency of a stricter testing against article 1 EP can be seen in both French[23] and Dutch[24] law.At first glance, art. 1 EP and the égalité principle have much in common. In many equality cases, the right to property is also infringed on. Even where there is no 'traditional' type of property involved, the broad and autonomous interpretation of the notion of 'property' given by the European Court (Court) will entail that both art. 1 EP and the égalité principle can be invoked, for example when a license is withdrawn.

In what way does the Dutch égalité principle add to the protection already provided by art. 1 EP? A striking resemblance is that the 'fair balance', which is inherent to the structure of art. 1 EP as a whole, is breached when an individual has to bear an 'individual and excessive burden'. These criteria strongly resemble the notion of a special and abnormal burden as used in Dutch law. It can be argued, though, that the égalité principle differs from article 1 EP. There are significant limitations to both principles, meaning that one or the other can have an added value given the specific circumstances of case.

A study of the case law of the European Court shows that the égalité principle can offer more protection. Firstly, art. 1 EP evidently demands that there should be an infringement on the right to property. Although the notion of property is given a wide and autonomous interpretation, there certainly are boundaries. An important limit to the right to property is that it only covers 'assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he has at least a "legitimate expectation" of obtaining effective enjoyment of a property right.'[25] The mere hope or expectation of the possibility to gain income in the future is not enough; art. 1 EP does not contain a right to *acquire* property.[26] The égalité principle is not limited in this way. For example, when the continued existence of a certain profession or a line of business is at stake (following new regulations), certain companies involved might be successful in invoking the égalité principle, for example where they have no other kind of business to switch to. The European Court, however, refuses to acknowledge that their loss of income qualifies as an infringement on a property right, when they have no legitimate expectation of being able to continue their business. Their loss of income belongs, in the view of the Court, to the 'hazards of economic life'.[27] Since an infringement on the right to property is not involved,

23 EHRM 18 juni 2002, appl.no. 48281/99 (*Jampy t. Frankrijk*).
24 Supreme Court 16 november 2001, *Administratiefrechtelijke Beslissingen* 2006, 25 (*WHV*).
25 EHRM 12 juli 2001, appl.no. 42527/98 (*Hans-Adam II van Liechtenstein / Germany*).
26 ECRM 19 oktober 2000, appl.no. 31227/96 (*Ambruosi / Italy*).
27 ECRM 6 april 1995, appl.no. 24581/94 (*Gialouris, Christopoulos e.a. / Greece*), EHRM 28 november 2002, appl.no. 7538/02 (*Voggenreiter / Germany*), ECRM 16 oktober 1996, appl.no. 24877/94 (*Casotti e.a. / Italy*).

the Court does not have to decide whether a fair balance has been struck. In cases such as these, where the damages consist of a loss of income, the Dutch and French égalité principle does allow for a test against the principle of proportionality.

Another added value follows from article 34 ECHR. This states that the Court may receive applications from 'any person, non-governmental organisation or group of individuals' claiming to be the victim of a violation of one of the rights contained in the Treaty. Excluded from the protection of the ECHR are the rights of government bodies.[28] Again, this limitation is unbeknownst to the égalité principle. Both in Dutch and in French law, cases are known where a government body successfully claimed to suffer a special and abnormal damage.

However, the égalité principle does not always offer more protection than art. 1 EP. In fact, both Dutch and French jurisprudence show cases where the protection of art. 1 EP was required next to national damage compensation systems. An example from France is the *Bitouzet* case law.[29] In these cases, the Conseil d'Etat has accepted an exception to the rule of non-indemnification of the burdens following from planning regulations (eg. the aforementioned *Code de l'urbanisme*). This jurisprudence clearly shows the complementary function of art. 1 EP next to a national compensation regime.

An example in Dutch case law is the damage caused by acts from the legislature. In a decision from 2009, the Supreme Court judged that the égalité principle does not apply to acts of parliament, this being incompatible with art. 120 of the Dutch Constitution. Only art. 1 EP offers protection in cases like these. This complementary use of art. 1 EP can be criticized. From a constitutional point of view, there are no good reasons to make an exception to the application of the égalité principle when an act of parliament is involved. After all, the conclusion that legislature has breached the égalité principle does not imply a judgment on the act itself (which is prohibited by art. 120 of the Dutch Constitution). It only serves to offer a solution for the disproportionate consequences of the application of such an act. The Conseil d' Etat already came to this conclusion in 1938 (*La Fleurette*), and it has also applied the égalité principle to *lois*. This French system is preferable in my view and in the view of the majority of other Dutch authors.[30] Furthermore, by recognizing the possibility of equality claims in connection with acts of parliament, the aforementioned added values of the égalité principle can be fully realized.

---

28 *See*, f.e., ECRM 8 december 1992, appl.no. 18523/91 (*Commune de Lambersart / France*).

29 CE 3 juli 1998, *Rec* p. 288 (*Bitouzet*).

30 It should be noted, however, that French no-fault liability for *lois* has been extremely restrained. In only approximately five cases (including *La Fleurette*) has the Conseil d'Etat been willing to conclude that the égalité principle had been breached. Recent years have shown more openings in the very strict position of the Conseil d'Etat however. Remarkably, this new line in the jurisprudence is justified with a reference to art. 1 EP (CE 2 november 2005, *Rec*. p. 468 (*Société coopérative agricole Ax'ion*)).

In *chapter 11* a study is made of the influence of art. 107 TfEU, which outlaws state aid. This article also applies to damage compensation provided on the national level. The decisions of the European Commission and the case law of the Court of Justice of the EC show that a few conditions have to be met for a damage compensation to be in accordance with art. 107.

In the first place, the compensation has to be based on a *general* damage regulation, which is applicable to every undertaking in the same way. It can be assumed that a compensation which is based on an unwritten principle – like the égalité principle in France and the Netherlands – meets this condition, since the principle applies to all undertakings.

Secondly, this regulation should be the expression of an *obligation* to compensate. This obligation will generally be found in the right to property, as the Commission stated in its decision in the case of *Akzo Nobel*.[31] Yet, it is plausible that a compensation on the basis of the égalité principle will also be allowed, since this principle also constitutes an *obligation* of the public body to compensate disproportionate damage.

Thirdly, the compensation should not have as an effect that the position of the undertaking is improved after it has received compensation. Giving more compensation than that to which the undertaking is entitled, should be prevented.

If these conditions are met, the compensation can safely be granted and there is no obligation to report the intention to compensate in advance to the European authorities. Compensation which meet these conditions are, in the words of the Court of Justice, 'fundamentally different in its legal nature' from state aid.[32] This difference in nature is best described by stating that these compensations serve *strictly compensatory* goals.

Problems might arise, though, where compensation is granted which is not the expression of an obligation to compensate, but of the will of the government to reach certain goals. Sometimes, a compensation can help the government to realize a certain policy. Giving a compensation might take away possible resistance against a lawful measure. The public authority can also consider compensation desirable in the light of the social-economic position of a certain group. Next to the compensatory goals, such compensations therefore also serve other goals. This phenomenon, which is not unknown in the practice of the member states, can be dubbed as 'voluntary damage compensation' (*onverplichte nadeelcompensatie*). Compensations which fall under this heading might indeed be in violence of article 107 TfEU.[33] It should be stressed, though, that within the boundaries of the European guidelines for state aid, voluntary damage compensation can be rendered legally.

---

31 Decision of June, 16, 2004, C(2004) 2026fin, concerning state aid measure N304/2003 (*Akzo Nobel*).

32 ECJ 27 September 1988, joined cases 106-120/87 (*Asteris*).

33 *See* Decision of 24 juni 2003, *Pb* 2004, L 43/88 (*Common guidelines Berlin*).

Chapter 12 covers the subject of the no-fault liability of the European Union. This type of liability, which is based on article 340 TfEU (formerly article 288) does not directly influence the national regime of damage compensation. The influence is even exerted the other way around, since the Court of Justice bases the liability regime of the European Union on 'the general principles common to the laws of the Member States' (see article 340). In order to assess the possible meaning of article 340 TfEU, chapter 12 describes the damage compensation regimes of the EU member states. It turns out that nine member states are familiar with a general damage compensation regime, either in a codified form, or as an unwritten law. These member states are the Netherlands, Belgium, Luxembourg, Germany, France, Spain, Portugal, Poland and Estonia. In most of these countries, the conditions are that the burden has to be special and abnormal, although not in all countries the right to damage compensation is founded upon the égalité principle.[34] In other countries, government liability is mainly governed by tort law. No-fault-liability in those countries is governed by the doctrine of expropriation and by the will of the legislature.

In the *FIAMM* decision of 9 September 2008 (case C-120/06) the acceptance of a general right to damage compensation in only a minority of the member states was one of the main arguments for the Court of Justice to deny the existence of the possibility of no-fault liability on the level of the EU. This decision came somewhat as a surprise, since the Court had in the past repeatedly hinted at the possibility of a no-fault liability regime in the EU.

Chapter 12 further analyses and criticizes the *FIAMM* decision. The arguments of the Court to reject this type of liability are not convincing. The first argument is that this type of liability is not 'common enough' to the law of the member states. The Court therefore does not see room for the existence of a no-fault liability regime on the basis of art. 340 TfEU. It is debatable whether this argument should weigh very heavily. In my view, the existence of a general regime of no-fault liability in only a minority of the EU-member states is not enough to justify the refusal of the existence of such a regime on the EU level. Maduro has rightly pointed out that the main question should therefore be whether the acceptance of a no-fault liability is 'a solution appropriate to the needs and specific features of the Community legal system'.[35] There is no reason why a no-fault-liability should not fit into such a system. The specific features of the Community – the important role of legal instruments and the need for a wide margin of appreciation for the Community institutions – do not justify the rejection of even the *possibility* of a no-fault liability.

---

34 Other grounds are equity (Belgium), a manifestation of the right to property (Germany) and the notion of an abnormal sacrifice (Portugal; not unfamiliar to German law as well). Spain knows a regime *sui generis*, where government liability is objective and is neither based on unlawful or lawful behaviour.

35 Opinion Maduro to ECJ 9 September 2008, C-120/06 (*FIAMM*, para 55).

The Court of Justice argued further that the indispensable need for wide discretionary powers in the field of economic law would be at odds with the recognition of a no-fault liability regime. This argument fails to recognize that in countries where the égalité principle is known, a *condition* for its application is a decision which stems from a choice between certain policy alternatives. In these countries, it is acknowledged that the weighing of general and individual interest prior to a decision – *including* legislative acts – can always lead to harsh consequences for certain individuals when the decision is executed. Again, there is no reason why such individual inequitable results might not be the consequence of a legitimate act in the field of economic law.

Should a right to no-fault liability be recognized by the Court of Justice in the future, one should not harbour great expectations as to what this liability regime has to offer. The field of economic law has seen only very rare successful cases where the égalité principle was invoked.[36] This might be explained from the fact that the imposition of unequal burdens is often the goal of normative measures in the field of economic law. Also, the threshold of an abnormal burden will be very high, in practice. For economic operators who run a business to which EU-rules apply, it is not normal for the rules to stay the same; the normal situation is that the rules *change*. The Court of Justice has stressed this repeatedly, for example, in an important field such as agriculture.[37] The abrupt introduction of a new rule – normally a circumstance which is relevant in any application of the égalité principle – will therefore generally be considered 'foreseeable'. Furthermore, the criterion of the 'normal risks' is interpreted by the European Courts in a very – in my view too – constitution-friendly way. A comparison of the interpretation of these criteria with national case law from France and the Netherlands indicates that the Court of Justice and the Court of First Instance are, generally speaking, more strict. Even when a no-fault liability would be recognized by the Court of Justice, this would *de facto* only very rarely lead to liability.

PART IV – CONCLUSION

Chapter 13 is titled 'Points of attention concerning a legal regulation of damage compensation in the GALA'. In this chapter, a critical analysis is made of the *Voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad*, a draft presented in 2005 by a study group of state liability experts. These experts proposed a legal regulation of state liability in the GALA.

36 Two of the most famous cases of no-fault liability in French law, *La Fleurette* (1938) and *Caucheteux et Desmonts* (1944), took place in the field of economic law.

37 Compare ECJ 7 December 2006, case C-310/04, *Jur.* 2006, p. I-7285, (*Support scheme coton*, § 81).

Their draft concerns liability in tort cases and no-fault liability, but my comments are limited to their proposals concerning no-fault liability.

The most important proposals are to codify the égalité principle in the GALA, and to declare the administrative courts competent in all cases concerning damage compensation. Should the draft become law, cases where the damage is caused by an unappealable decision or a non-legal act performed by a public authority, will be brought within the competence of the administrative courts. At present, such cases lie within the competence of the civil courts. Article 4.5.1 of the draft simply states that an individual who suffers disproportionate damage caused by the lawful execution of a public duty or power (*publiekrechtelijke taak of bevoegdheid*), can bring his case before an administrative court. This part of the draft reflects the pleas by a large majority of the Dutch scholarship in this field of the law, and in my view, it would be an improvement on the current situation.

However, it should be pointed out that the experts' proposal implicitly designates the égalité principle as the sole basis for no-fault state liability. This poses a problem, since the égalité principle is not suited to resolve all existing categories of cases concerning no-fault state liability. In chapter thirteen, the argument is put forward that the often felt need for more clarity as to the meaning and scope of the égalité principle can be realized, namely by interpreting the égalité principle along the lines of the French damage compensation law. This will mean that the scope of the égalité principle is limited to cases where the damage is caused by a legal act and some factual acts. If this is accepted, the question remains what the law should be when the damage is caused in case where the égalité principle doesn't apply. Among those are the cases which the French courts consider under the risk regime – cases which sometimes also occur in Dutch compensation practice.

Although Dutch law does not yet reflect the refined French jurisprudence in no-fault risk cases, there are indeed examples of cases where the damage is not inflicted in a wrongful way, but which are not covered by the equality regime. The experts' draft does not provide a solution for these cases. In § 13.7 an alternative draft for a damage compensation regulation is presented. It is proposed that the main article of this regulation should contain both a clause covering the égalité principle (stating that the cause of damage has to be a inflicted by a conscious choice for a certain measure, inevitably leading to the damaging of certain persons) and a clause for 'special cases' (*bijzondere gevallen*). This last clause allows the administrative courts to do justice to exceptional cases of hardship, while not being bound to the criteria of the égalité principle and therefore still allowing for a coherent interpretation of the égalité principle. The second half of 2010 should see the start of the parliamentary debate concerning the bill for state liability in the GALA.

Lijst van aangehaalde literatuur

Adriaanse 2006
P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2006.

Allen 2006
T. Allen, 'Compensation for property under the European Convention on Human Rights', *Michigan Journal of International law* 2006, p. 287-335.

Alves 2001
N.P. Alves, 'The extra-contractual civil liability of the public administration in Portuguese law: current law and prospects for change', *EPL* 2001, p. 575-592.

Amselek 1977
P. Amselek, 'La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative', in: *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris: Cujas 1977, p. 233-262.

Anderson 1999
D. Anderson, 'Compensation for interference with property', *EHRLR* 1999, p. 543-558.

Andriantsimbazovina 1998
J. Andriantsimbazovina, 'Quel avenir pour la jurisprudence Couitéas?', *Droit administratif* 1998, p. 4-7.

Van Angeren & Den Ouden 2005
J.R. van Angeren & W. den Ouden, 'Subsidierecht en staatssteun', in: Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht, VAR-reeks 134, Den Haag: BJu 2005, p. 75-204.

Arai-Takahashi 2002
Y. Arai-Takahashi, *The margin of appreciation and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2002.

Arnull 1997
A. Arnull, 'Liability for Legislative Acts under Article 215(2) EC', in: T. Heukels & A. McDonnell (red.), *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer law international 1997, p. 129-151.

Aronovitz 1997
A. Aronovitz, 'Individual patrimonial rights under the European Human Rights System. Some reflections on the concept of possession and dispossession of property', *IJLI* 1997, p. 87-104.

Askeland & V. Ulfbeck 2008
B. Askeland & V. Ulfbeck, 'EC Tort Law and the Scandinavian legal family', in: H. Koziol & R. Schulze, *Tort law of the European Community*, Springer-Verlag Wien 2008, p. 491 e.v.

Asser-Hartkamp III (2006)
Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel III. De verbintenis uit de wet (bew. A.S. Hartkamp). Deventer: Kluwer 2006.
Athanassopoulou 1998
H. Athanassopoulou, *La théorie des troubles de voisinage resultant des activités publiques en droit comparé français et allemand*, Lille: ANRT 1998.
Auby 2000
J.-B. Auby, 'Responsabilité en matière d'urbanisme', in: P.-L. Frier & D. de Béchillon (red.), *Dalloz Encyclopédie de Droit Public: Répertoire de la responsabilité de la puissance publique* (Paris 1999).
Auby 2002
J.-B. Auby, 'Administrative law in France', in: R. Seerden & F. Stroink (red.), *Administrative law of the European Union, its member states and the United States. A comparative analysis*, Intersentia: Groningen/Antwerpen 2002, p. 59-89.
Aucoc 1879
L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Dunod, Tome II, 2e ed., 1879.

Backes 1993
Ch.W. Backes, *Juridische bescherming van ecologisch waardevolle gebieden* (diss. UU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.
Backes 2009
Ch.W. Backes, *Suum cuique? Enkele opmerkingen over de rechtsmachtverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter* (oratie UM), Den Haag: BJu 2009.
Bagińska 2003
E. Bagińska, 'The developments in Polish state liability law: should the courts apply the new constitution or the old Civil Code?', *CLR* 2003, p. 77-90.
Bagiñska 2005
E. Bagiñska, 'State liability in a comparative perspective', *Boletim da Faculdade de Direito* 2005, p. 851 e.v.
Bakels 1991
F.B. Bakels, 'Iets over de art. 89 en 90 Sv', *NJB* 1991, p. 287-294.
Van Banning 2001
Th.G. van Banning, *The human right to property* (diss. UU), Antwerpen: Intersentia 2001.
Von Bar 2009
C. von Bar (ed.), *Principles of European Law. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, München: European Law Publishers 2009.
Barendrecht & Hendrikx 1995
J.M. Barendrecht & F.J.M. Hendrikx, 'Schadevergoeding wegens handelen van de overheid', in: J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 137-144.
Barents 1994
R. Barents, *The Agricultural law of the EC*. Deventer: Kluwer 1994.
Barkhuysen 2004
T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, VAR-reeks 132, Den Haag: BJu 2004, p. 11-113.

Barkhuysen 2006
T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie in de veellagige Europese rechtsorde* (oratie UL), Deventer: Kluwer 2006.
Barkhuysen & Van Emmerik 2002
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. 102-116.
Barkhuysen & Van Emmerik 2005
T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief*, preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2005, p. 1-103.
Barkhuysen & Tjepkema 2006
T. Barkhuysen & M.K.G. Tjepkema, 'Aansprakelijkheid uit "rechtmatige" daad: het samenspel tussen de nationale égalité en het Europese eigendomsrecht', *RM Themis* 2006, p. 179-201.
Baumgartner 1976
D. Baumgartner, *Sozialbindung des Eigentums und Enteignung in Frankreich*, Bonn 1976.
De Béchillon 1997
D. de Béchillon, 'Changer dans le cadre. Genèse et structure de la responsabilité sans faute de l'Etat en droit administratif français', *Droit et culture* 1997, p. 73-94.
De Béchillon 1999
D. de Béchillon, 'Le Conseil d'Etat, la Convention européenne des droits de l'homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme', *RFDA* 1999, p. 841-847.
De Béchillon 2002
D. de Béchillon, 'Irresponsabilité de la puissance publique', in: P.-L. Frier & D. de Béchillon (red.), *Dalloz Encyclopédie de Droit Public: Répertoire de la responsabilité de la puissance publique* (Paris 1999).
Belin 1934
J. Belin, 'Le principe de l'égalité devant les charges publiques à l'époque révolutionnaire et son influence sur la jurisprudence administrative moderne', *RDP* 1934, p. 336-372.
Bell, Boyron & Whittaker 2008
J. Bell, S. Boyron & S. Whittaker, *Principles of French law*, Oxford: OUP 2008.
Di Bella & Schuurmans 2008
L. Di Bella & Y.E. Schuurmans, 'Schade als gevolg van een onrechtmatig besluit: vergoeding via het burgerlijk of het bestuursprocesrecht?', *O&A* 2008, p. 88-105.
Bengtsson 2002
B. Bengtsson, 'Governmental liability in Swedish Law', in: P. Wahlgren (red.), *Tort liability and insurance*, Scandinavian Studies in law vol. 41, 2002, p. 55 e.v.
Van den Berg & Rozemond 1992
H.A. van den Berg & K. Rozemond, 'Civilisering van het strafrecht: schadevergoeding wegens toepassing van dwangmiddelen', *RM Themis* 1992, p. 51-62.
Van den Berg 1996
B. van den Berg, 'Nadeelcompensatie in natura: een alternatief voor geld', *NTB* 1996, p. 331-337.

Ten Berge & Van Wijmen 1995
J.B.J.M. ten Berge & P.C.E. van Wijmen, 'Overheidsaansprakelijkheid in Nederland: een geleidelijke, doch principiële omslag', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Openbaar bestuur en aansprakelijkheid. Verkenning, vergelijking, voorkoming*. Den Haag: Raad voor het binnenlands bestuur 1995, p. 21-38.

Van den Bergh 1952
G. van den Bergh, 'De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad', *RM Themis* 1952, p. 498-528.

Van den Berk 1991
J.A.M. van den Berk, *Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid* (diss. UU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Van den Berk 1997
J.A.M. van den Berk, *Bestuursschaderecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Berkel-Kikkert & Broekhuizen 2009
G.M.T. Berkel-Kikkert & E.G.J. Broekhuizen, 'Schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten; de jurisprudentie op een rij (deel 1)', *JB Plus* 2009, p. 34-53.

Betlem 2007
G. Betlem, 'Beyond *Francovich*: Completing the Unified Member State and EU Liability Regime. A Comment on the Jan Jans Contribution', in: in: D. Obradovic & N. Lavranos (eds.), *Interface between EU Law and National Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 299-309.

Beunke 1969
F.J. Beunke, 'Vergoeding van schade tengevolge van rechtmatige daden van de overheid', in: *Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad*, VAR-reeks LXIII, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1969, p. 5-45.

Bierbooms 1996
P.F.A. Bierbooms, *Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1996.

Biondi & Farley 2009
A. Biondi & M. Farley, *The right to damages in European Law*, Kluwer Law International 2009, p. 103 e.v.

Bitterich 2007
K. Bitterich, 'Elements of an autonomous concept of causation in EC Law concerning liability', *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 2007, p. 12-39.

Blaevoet 1946
C. Blaevoet, 'De l'anormal devant les hautes jurisdictions civiles et administratives', *Juris-Classeur Périodiques* 1946, p. 560 e.v.

Blockmans 2002/03
S. Blockmans, 'De niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Gemeenschap', *SEW* 2002, p. 122-130 (I), *SEW* 2003, p. 250-259 (II).

Bloembergen 1965
A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. UU), Deventer: Kluwer 1965.

Bloembergen 1996
A.R. Bloembergen, 'Iets over de verhouding van burgerlijk recht en Awb', *NTB* 1996, p. 8-12.

Bloembergen 1992a
A.R. Bloembergen, 'Centauren in 6.3? Iets over rechtmatige en onrechtmatige daden', in: C.J.J.M. Stolker & W. Valk (red.), *Als een goed huisvader* (Nieuwenhuis-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 121-132.

Bloembergen 1992b
A.R. Bloembergen, Bespreking van: J.A.M. van den Berk, *Schadevergoeding bij rechtmatig toegebrachte schade door de overheid*, *RM Themis* 1992, p. 262-265.

Van Bogaert & Stamhuis 2000
V.V.R. van Bogaert & E.F. Stamhuis, 'De rechter aangesproken of de Staat verzocht', *NJB* 2000, p. 796-804.

Bok 1992
A.J. Bok, *Rechtsbescherming in Frankrijk en Duitsland*, Deventer: Kluwer 1992.

Bok 2001
A.J. Bok, 'Frankrijk', in: B.W.N. de Waard, A.J. Bok & P.C. Gilhuis, *Algemeen bestuursrecht 2001: rechtsvergelijking bestuursrechtspraak*, Den Haag: BJu 2001, p. 9 e.v.

Bolt & Spier 1996
A.T. Bolt & J. Spier, 'De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1996-I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Bon 2004
P. Bon, 'Problèmes de fond' (noot bij *ADARC*), *RFDA* 2004, p. 153.

Bonichot 1999
J.-C. Bonichot, 'Devoir d'agir ou droit de ne pas agir: l'Etat entre les exigences de l'ordre public et celles du droit européen', *AJDA* 1999 (spécial), p. 86 e.v.

Van Boom & Giesen 2001
W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, p. 1675-1685.

Van Boom 2009
W.H. van Boom, 'De minimis non curat praetor', *NTBR* 2009, p. 169.

Borgetto 1993
M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français*, Paris: LGDJ 1993.

Bos 2004
O. Bos, *Codificatie van het rechtsbeginsel van de égalité devant les charges publiques in de Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2004.

Boulet-Sautel 1989
M. Boulet-Sautel, 'Une responsabilité de l'Etat sous l'Ancien Régime? Dossiers parisiens', in: M. Boulet-Sautel e.a., *La responsabilité à travers les ßges*, Paris: Economica 1989, p. 89-114.

Braun 2002
K.M. Braun, *Afrek van voorbelasting in de BTW*, Deventer: Kluwer 2002.

De Brauw 1955
J.H. de Brauw, 'In hoeverre en naar welke beginselen behoort schadeloosstelling te worden toegekend bij rechtmatige aantasting van rechten of belangen door de overheid? Zijn hieromtrent nadere wettelijke regelingen wenselijk?', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging* 1955, p. 67-151.

Bréchon-Moulènes 1974
C. Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publiques*, Paris: Pichon et Durand-Auzias 1974.
Bregstein 1951
M.H. Bregstein, 'De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 maart 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad', *RM Themis* 1951, p. 273-305.
Van den Broek 1999
G.M. van den Broek, 'Nadeelcompensatieregelingen: bevoegdheid of verplichting?', *BR* 1999, p. 1-12.
Van den Broek 2002
G.M. van den Broek, *Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologische regime* (diss UU), Deventer: Kluwer 2002.
Van den Broek 2003
G.M. van den Broek, 'De verhouding tussen art. 49 WRO en het zelfstandig schadebesluit gebaseerd op het égalitébeginsel', *O&A* 2003, p. 101-108.
Van den Broek 2004
G.M. van den Broek, 'Het wetsontwerp voor een nieuwe planschaderegeling', *BR* 2004, p. 643-654.
Van den Broek 2007
G.M. van den Broek, 'Het Voorontwerp voor een algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb', *O&A* 2007, p. 119-128.
Van den Broek & Groothuijse 2008
G.M. van den Broek & F.A.G. Groothuijse, 'De schadevergoedingsregeling in de Waterwet', *O&A* 2008, p. 146-158.
Bronckers & Kuijper 2004
M.C.E.J. Bronckers & P.J. Kuijper, 'De WTO voor de Europese rechter. Preadvies voor de najaarsvergadering Nederlandse Vereniging voor Europees Recht 24 november 2004', *SEW* 2004, p. 450-466.
Brouwer 1999
P.W. Brouwer, 'Zijn alle onrechtmatige daden onrechtmatig?', in: N.F. van Manen & R.H. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid. Schadevergoeding bij rechtmatige daad*, Nijmegen: AAL 1999, p. 47-56.
Brown & Bell 1998
L.N. Brown & J.S. Bell, *French administrative law*, Oxford: Clarendon Press 1998.
Broyelle 2003
C. Broyelle, *La responsabilité de l'état du fait des lois*, Paris: LGDJ 2003.
Broyelle 2006
C. Broyelle, 'L'arrêt Coopérative Ax'ion et la banalisation de la responsabilité de l'Etat législateur', *Revue du droit public* 2006, p. 1427-1440.
Bruil 2002
D.W. Bruil, *Agrarisch noodrecht* (oratie RUG), Lelystad: Koninklijke Vermande 2002.
Brunner 1975
C.J.H. Brunner, Bespreking van: A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, *Eigen schuld*, *RM Themis* 1975, p. 350-352.
Brunner 1981
C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade', *Verkeersrecht* 1981, p. 210-217 (I) en p. 233-236 (II).

Bulterman 2004
M.K. Bulterman, 'Het economisch bestuursrecht en het EVRM', in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, VAR-reeks 132, p. 193-252.
Busnelli, Comandé & M. Gagliardi 2005
F.D. Busnelli, G. Comandé & M. Gagliardi, 'Fault under Italian law', in: P. Widmer (ed.), *Unification of tort law: fault*, Den Haag: Kluwer Law International 2005, p. 151-166.
Van Buuren 1980
P.J.J. van Buuren, 'Beantwoording rechtsvraag (114) Bestuursrecht', *AA* 1980, p. 189-196.
Van Buuren 1993
P.J.J. van Buuren, 'Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht', in: J.L. Boxum e.a. (red.), *Aantrekkelijke gedachten* (Scheltema-bundel), Deventer: Kluwer 1993, p. 91-108.
Van Buuren 1997
P.J.J. van Buuren, 'Grenscorrectie tussen bestuursrecht en privaatrecht via het zelfstandig schadebesluit', *NJB* 1997, p. 759-763.
Van Buuren 2003
P.J.J. van Buuren, 'Paul Krugerbrug II', in: P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Widdershoven, *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2003, p. 128-136.
Van Buuren 2009
P.J.J. van Buuren, 'Paul Krugerbrug II. Nadeelcompensatie en het onzuivere schadebesluit': in: T. Barkhuysen e.a (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 95-104.
Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005
P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2005.
Van Buuren e.a. 2009
P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009.
Buys 1884
J.T. Buijs, *De Grondwet. Toelichting en kritiek*, Arnhem: Gouda Quint 1884.

Calliess & Ruffert 2002
C. Callies & M. Ruffert (red.), *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*. Kriftel: Luchterhand 2002.
Caporal 1995
S. Caporal, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la révolution Française (1789-1799)*, Paris: Economica 1995.
Caranta 1998
R. Caranta, 'La responsabilité de l'Etat Italien en tant que législateur', in: *Italian national law. Reports for the XVth International Congress of Comparative Law*, Bristol 1998, p. 543-563.
Caranta 2002
R. Caranta, 'Public illegality and governmental liability', in: D. Fairgrieve, M. Andenas & J. Bell (eds.), *Tort liability of public authorities in comparative perspective*, London: BIICL 2002.

Van Casteren 1997
M.J.W. van Casteren, *Schadevergoeding voor rechtmatig EG-optreden* (diss. KUN), Deventer: Kluwer 1997.
Chaltiel 2004
F. Chaltiel, 'L'europeanisation de la responsabilité administrative', *RMCUE* 2004, p. 106-110.
Chapus 1954
R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Parijs: Pichon 1954.
Chapus 1974
R. Chapus, 'Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics', in: *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, Paris: LGDJ 1974, p. 307-322.
Chapus 2001
R. Chapus, *Droit administratif general – Tomes I et II*. Paris: Montechristien 2001.
Condorelli 1999
L. Condorelli, 'Article 1 Premier Protocole Additionnel', in: L. Pettiti, E. Decaux & P.H. Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris: Economica 1999, p. 971-997.
Cormier 2002
C. Cormier, *Le préjudice en droit administratif français* (diss. Université de Paris II), Paris: LGDJ 2002.
Cornelis 1984
L. Cornelis, 'De extra-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap (1976-1982)', *SEW* 1984, p. 5-26.
Cornford 2008
T. Cornford, *Towards a public law of tort*, Hampshire: Ashgate Publishing 2008.
Cotteret 1964
J.-M. Cotteret, 'Le régime de la responsabilité pour risque en droit administratif', *Etudes de droit public* 1964, p. 395.
Craig 2006
P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: OUP 2006.
Craig & De Búrca 2003
P. Craig & G. de Búrca *EU Law*, Oxford: OUP 2003.

Dacoronia 2005
E. Dacoronia, 'Greece', *ETL* 2005, p. 306-331.
Van Dam 2000
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJu 2002.
Van Dam 2006
C.C. van Dam, *European Tort Law*, New York: OUP 2006.
Van Dam 2008
C.J.M. van Dam, *Schadevergoeding voor strafvorderlijk overheidsoptreden*, Tilburg: Celsus 2008.
Van Dam 2009
C.J.M. van Dam, 'Het wetsvoorstel Schadecompensatie strafvorderlijk overheidsoptreden', *NTBR* 2009, p. 206-210.

Damen 1996
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: Kluwer 1996, p. 17-42.
Damen e.a. 2005
L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: BJu 2005.
Damen e.a. 2009
L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: BJu 2009.
Dane 2009
N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen* (diss. UL), Tilburg: Celsus 2009.
Dane 2009b
N.M. Dane, 'Wat is het normaal maatschappelijk risico van een Hells Angel? Over het égalitébeginsel en de vergoeding van strafvorderlijke schade', *O&A* 2009, p. 138-149.
Dankers-Hagenaars 2000
D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk* (diss. UL), Den Haag: BJu 2000.
Darcy 1996
G. Darcy, *La responsabilité de l'administration*, Paris: Dalloz 1996.
Davignon 1976
J.-F. Davignon, *La responsabilité objective de la puissance publique*, z.p., 1976.
Debard 1987
T. Debard, 'L'égalité des citoyens devant les charges publiques: fondement incertain de la responsabilité administrative', *Rec. Dalloz* 1987, p. 157-163.
Debbasch & Colin 2007
C. Debbasch & F. Colin, *Droit administratif*, Paris: Economica 2007.
Debeyre 1936
G. Debeyre, *La responsabilité de la puissance publiques en France et en Belgique*, Lille: Douriez-Bataille 1936.
Deguergue 1994
M. Deguergue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris: LGDJ 1994.
Dekker & Polak 2002
M. Dekker & J.E.M. Polak, *Enkele aansprakelijkheidsvraagstukken in relatie tot waterbeheer 21e eeuw'. Essay in opdracht van de VROM-raad geschreven*, Den Haag 2002.
Dekker & Van der Wal 2008
C.T. Dekker & Y. van der Wal, *Staatssteun in de decentrale praktijk*, Deventer: Kluwer 2008.
Delaunay 2007
B. Delaunay, *La faute de l'administration*, Paris: LGDJ 2007.
Delvolvé 1969
P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris: LGDJ 1969.

Dias Pereira 2007
A.G. Dias Pereira, 'Portugal', *ETL* 2007, p. 476-496.
Dieperink 2002
M.A.M. Dieperink, 'Omtrekken van een algemene regeling voor intrekken. Over een algemene regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen in de Awb', in: *De vijfde tranche*, Jonge VAR-reeks 1, Den Haag: BJu 2002, p. 49-84.
Dijkshoorn 2009
W. Dijkshoorn, 'Een ander licht op schaduwschade', *O&A* 2009, p. 100-109.
Van der Does & Roozendaal 2002
J.A.E. van der Does & B.J.P.G. Roozendaal, 'Recht op schade', *O&A* 2002, p. 73-79.
Van der Does & Snijders 2001
J.A.E. van der Does & G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht*, Deventer: Kluwer 2001.
Doolan 1992
B. Doolan, *Principles of Irish Law*, Dublin: Gill & Macmillan 1992.
Van Dorp 1903
E.C. van Dorp, *Schadeloosstelling bij vernietiging of onbruikbaarmaking van eigendom door het openbaar gezag* (diss. RUL), Drukkerij Trio: Den Haag 1903
Van Dorst-Tatomir 1992
H.B. van Dorst-Tatomir, 'Normaal maatschappelijk risico: een remedie!', *NTB* 1992, p. 307-316.
Van der Drift 1939
P.A. van der Drift, *Volkshuisvesting*, Alphen aan den Rijn: Samson 1939.
Drion 1950
J. Drion, *Administratie contra rechter tot de intrekking van het conflictenbesluit* (diss. RUL), Den Haag: Nijhoff 1950.
Drion 1953
J. Drion, 'Voorste Stroom VII', *AA* 1953, p. 98-102.
Drion 1968
J. Drion, 'Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad', in: A.R. Bloembergen e.a. (red.), *Verzamelde geschriften van J. Drion*, Deventer: Kluwer 1968, p. 55-98.
Droogleever Fortuyn 1962
W. Droogleever Fortuyn, 'Schade door planologische maatregelen (I) en II', *Bestuurswet*. 1962, p. 228-249 en p. 292-302.
Drupsteen 1984
Th.G. Drupsteen, *Administratief schadevergoedingsrecht in Nederland*, Preadvies voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 1-58.
Drupsteen 1985
Th.G. Drupsteen, 'Bestuurscompensatie en interne rechtsvergelijking' (bespreking van: H.C.F. Schoordijk, *Bestuursrecht en privaatrecht*), *WPNR* 5732 (1985), p. 221-223.
Drupsteen 1988
Th.G. Drupsteen, 'Vergelijkend schadevergoedingsrecht: vragen van aansprakelijkheid', in: *Vergelijkend schadevergoedingsrecht*, preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 16, Deventer: Kluwer 1988, p. 3-46.

Drupsteen 2000
Th.G. Drupsteen, 'Government and ownershop rights', in: J.-P. Loof, H. Ploeger & A. van der Steur (red.), *The right to property. The influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker Publishing 2000, p. 91-112.
Drupsteen 2002
Th.G. Drupsteen, 'Overheidsaansprakelijkheid, een hoogkaraatse diamant', in: I. bij de Vaate, J. Bomhoff & F. van Schaik (red.), *Facetten van overheidsaansprakelijkheid*, Nijmegen: AAL 2002, p. 9-36.
Dubouis 1998
L. Dubouis, 'La "guerre de la fraise": l'impuissance publique sous la toise du droit communautaire', *RFDA* 1998, p. 120-131.
Duez 1938
P. Duez, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Paris: Dalloz 1938
Dufour 1868
G. Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué*, Côtillon, 3e ed., t. 5, 1868.
Duguit 1923
L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris: Fontemoing 1923.
Dulak 2003
A. Dulak, 'Slovakia', *ETL* 2003, p. 351-363.

Eisenmann 1949
Ch. Eisenmann, 'Sur le degree d'originalité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques', *JCP* 1949, p. 742 en p. 751 e.v.
Elliot, Jeanpierre & Vernon 2002
C. Elliot, E. Jeanpierre & C. Vernon, *French legal system*, Harlow: Pearson Longman 2006.
Van Emmerik 1997
M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten* (diss. RUL), Leiden: Stichting NJCM-boekerij 1997.
Engelhard & Van Maanen 2008
E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Deventer: Kluwer 2008.
Errera 1986
R. Errera, 'The scope and meaning of no-fault liability in French administrative law', *CLP* 1986, p. 157-180.
Errera 2005
R. Errera, 'Recent decisions of the French Conseil d'Etat', *PL* 2005, p. 660-662.
Van Ettekoven & Schueler 2003
B.J. van Ettekoven & B.J. Schueler, 'De Centrale Raad van Beroep en de aansluiting bij het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu 2003, p. 155-175.
Van Ettekoven, Bakker & Hoogenboom 2004
B.J. van Ettekoven, R.C.S. Bakker & R.P. Hoogenboom, *Tien jaar Jurisprudentie. Schadevergoeding in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004.
Evaluatiecommissie Wet milieubeheer 2003
Schadevergoeding. Advies van de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer over de toepassing van de schadevergoedingsbepalingen in de Wet milieubeheer, ECWM 2003/16, 2003.

Fairgrieve 2003
D. Fairgrieve, *State liability in tort. A comparative law study*, New York: OUP 2003.
Favoreu & Philip 2005
L. Favoreu & L. Philip, *Les grands décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris: Dalloz 2005.
Van der Feltz 2003
G.C.W. van der Feltz, 'Niet geregelde nadeelcompensatie en formele rechtskracht: er zij licht!', *NTB* 2003, p. 209-220.
Fetzer 1994
R. Fetzer, *Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht*, Berlin: Duncker & Humblot 1994.
Fines 1990
F. Fines, *Etude de la responsabilité extracontractuelle de la communauté économique Européene*, Parijs: LDGJ 1990.
Fines 1997
F. Fines, 'A General Analytical Perspective on Community Liability', in: T. Heukels & A. McDonnell (red.), *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer law international 1997, p. 11-39.
Flogaitis 2002
S. Flogaitis, 'State extra-contractual liability', in: D. Fairgrieve, M. Andenas & J. Bell (eds.), *Tort liability of public authorities in comparative perspective*, London: BIICL 2002, p. 448.
Fombeur 1999
P. Fombeur, 'Les évolutions jurisprudentielles de la responsabilité sans faute', *AJDA* 1999, p. 100-102.
Frigio 2000
M. Frigio, 'Peaceful enjoyment of possessions, expropriation and control of the use of property in the system of the European Convention on Human Rights', *The Yearbook of International Law*, vol. X, Deventer: Kluwer Law International 2000, p. 45-69.
Fromont 2006
M. Fromont, *Droit administrative des Etats européens*. Parijs: Presse Universitaires de France 2006.
Frowein 1993
J.A. Frowein, 'The protection of property', in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993, p. 515-530.
Fuß 1977
E.W. Fuß, 'Zur rechtsprechung der Europäischen Gerichtshofs über die Gemeinschaftshaftung für rechtswidrige Verordnungen' in: *Um recht und Freiheit. Festschrift für Friedrich August Freiherr von der Heydte*, Berlin 1977.

Gabartas & Laučienė 2004
H. Gabartas & M. Laučienė, 'Lithuania', *ETL* 2004, p. 405-449.
Gaudemet 1974
P.-M. Gaudemet, 'Réflexions sur le principe d'égalité devant les charges publiques', in: M. Waline (red.), *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris: Pichon & Durand 1974, p. 337-346.

Gerards 2002
J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. UM), Den Haag: Sdu 2002.
Gerards 2005
J.H. Gerards, 'Proportionaliteit en gelijke behandeling', in: A.J. Nieuwenhuis, C.M. Zoethout, B.J. Schueler (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 79-110.
Gerards 2006a
J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten* (oratie UL), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.
Gerards 2006b
J.H. Gerards, 'Rechterlijke belangenafweging in het publiekrecht', *RM Themis* 2006, p. 147-159.
Gerards 2007
J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen & W. den Ouden, (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007 p. 73-113.
Gerards 2008
J.H. Gerards, 'Judicial deliberations in the ECTHR', in: N. Huls, M. Adams & J. Bomhoff (eds.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2008, p. 407-436.
Ghestin 2006
J. Ghestin, *Traité de croit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ: Paris 2006.
Giesen 2001
I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. KUB), Den Haag: Boom 2001.
Giesen 2004
I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten*, Deventer: Kluwer 2004.
Gilli 1971
J.P. Gilli, 'La responsabilité d'équité de la puissance publique', *D.* 1971, p. 125 e.v.

Godfrin 1993
P. Godfrin, 'La responsabilité de l'Etat du fait des conventions internationales est-elle un mythe?', *RFDA* 1993, p. 156-165.
Gohin 1998
O. Gohin, 'La responsabilité de l'Etat en tant que législateur', *RIDC* 1998, p. 595-610.
Van der Gouwe 1973
J.A.C. van der Gouwe, 'Overheid en vergoeding van schade', *BR* 1973, p. 823-825.
Van der Gouwe (losbl.)
J.A.C. van der Gouwe (red.), *Onteigening en schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad. Een verkenning op het terrein van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad waar onteigenen centraal staat* (losbl.), Den Haag: Vuga, z.j.
De Graaf & Marseille 2004
K.J. de Graaf & A.T. Marseille, 'De werkelijke en wenselijke rechtsmachtverdeling bij aansprakelijkheid voor publiekrechtelijk handelen', *NJB* 2004, p. 779-784.
Gribnau 2006
J.L.M. Gribnau, 'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving', in: A.C. Rijkers & H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006.

Grimberg e.a. 1988
B.F.J. Grimberg e.a., *Schadevergoeding als stimuleringsinstrument*. Centrum voor Bestuurskundig Onderzoek, UT 1988.
Van der Grinten 1925
J.H.P.M. van der Grinten, 'De onrechtmatige overheidsdaad', *Gemeentebestuur* 1925, p. 149 e.v.
Van der Grinten 2008
J.H.A. van der Grinten, 'Het samenhangcriterium van *Kuijpers/Valkenswaard*', *O&A* 2008, p. 226-238.
Groenewegen 2005
F.T. Groenwegen, 'In hoeverre schrijft het evenredigheidsbeginsel iets voor?', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 13-22.
De Groot 1980
G.J. de Groot, 'Planschadevergoeding', Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht 1980, p. 29.
De Groot 1982
G.J. de Groot, *Vergoeding van planschade* (diss. RUL), Deventer: Kluwer 1982.
Groothuijse 2009
F.A.G. Groothuijse, *Water weren* (diss. UU), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009.
Guettier 1996
C. Guettier, *La responsabilité adminstrative*, Paris: LGDJ 1996.
Guettier 2005
C. Guettier, 'Du droit de la responsabilité dans ses rapports avec la notion du risque', *AJDA* 2005, p. 1499-1505.
Guettier 2006
C. Guettier, 'La responsabilité du fait des lois: nouveaux développements', *RFDA* 2006, p. 355-367.
Guillard 2003
C. Guillard, 'Une assouplissement modéré du régime de la responsabilité sans faute du fait des lois', *Dalloz* 2003, p. 2527 e.v.

Haack 1996
S. Haack, *Die außerverträgliche Haftung der Europäischen Gemeinschaften für rechtmäßiges Verhalten ihrer Organe*, Frankfurt: Peter Lang 1995.
Haack 1999
S. Haack, 'Die außervertragliche Haftung der EG für rechtmäßiges Verhalten', *Europarecht* 1999, p. 395 e.v.
De Haan, Drupsteen & Fernhout 1978
P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Instrument en waarborg,* Deventer: Kluwer 1978.
De Haan, Drupsteen & Fernhout 1986
P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 2. Bestuurshandelingen en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1986.
De Haan, Drupsteen & Fernhout 1998
P. de Haan, Th.G. Drupsteen & R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel I. Ontwikkeling, Organisatie, Instrumentarium*. Deventer: Kluwer 1998.

Haeck 2004
Y. Haeck, 'Arikel 1 Eerste Protocol EVRM. Recht op bescherming van eigendom', in: J. Vande Lanotte & Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM. Deel II. Artikelsgewijs commentaar*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 295-397.
Haeck 2006
Y. Haeck, 'The genesis of the property clause under article 1 of the First Protocol', in: H. Vandenberghe, M. Muylle & L. Garlicki (eds.), *Property and human rights*, Brugge: Die Keure 2006, p. 165-194.
Hamming 1948
S.J. Hamming, *De schadeloosstelling bij onteigening* (diss. RUG), Enschede: Van der Loeff 1948.
Harris, O'Boyle & Warbrick 2009
D. Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: OUP 2009.
Hartley 2003
T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford: OUP 2003.
Hartlief 1997
T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie RUL), Deventer: Kluwer 1997.
Hartlief 1998
T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid bij (on)rechtmatige overheidsdaad. Enkele opmerkingen naar aanleiding van HR 3 april 1998, *RvdW* 1998, 82', *A&V* 1998, p. 79-86.
Hartlief & Tjittes 2004
T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2004, p. 1579 e.v.
Hartog 1971
R.H.H. Hartog, *Onrechtmatige overheidsdaden in de Republiek der Verenigde Nederlanden. Een onderzoek naar de toenmalige rechtspraktijk* (diss. RUL), Deventer: Kluwer 1971.
Hauriou 1896
M. Hauriou, 'Les actions en indemnité contre l'Etat pour prejudices causes dans l'administration publique', *RDP* 1896, p. 51 e.v.
Heithuis, Kavelaars & Schuver 2008
E.W.J. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2008
Heldeweg 1988
M.A. Heldeweg, 'Grondslag en vormgeving van bestuurscompensatie', *TvO* 1988, p. 68-73.
Heldeweg 2006
M. Heldeweg, 'Een evenwichtig discours?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak: verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 83-95.
Hennekens 2000
H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Nadeelcompensatie: wanneer en waarom?', *Gst*. 2000, p. 569-575.
Hennekens 2000a
H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'De Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999', in: A. Driesprong e.a. (red.), *Lex aquarum, liber amicorum* (Teulings-bundel), uitgave van het Ministerie van V&W 2000, p. 308-317.

Hennette-Vauchez 2005
S. Hennette-Vauchez, 'Responsabilité sans faute', in: P.-L. Frier & D. de Béchillon (red.), *Dalloz Encyclopédie de Droit Public: Répertoire de la responsabilité de la puissance publique* (Paris 1999).

Henriot 1960
G.C.A. Henriot, *Le dommage anormal*, Parijs: Cujas 1960.

Hessel 1980
B. Hessel, 'Reactie op rechtsvraag (114) bestuursrecht vanuit het stelsel van de bestuurscompensatie', *AA* 1980, p. 365-372.

Hessel 1982
B. Hessel, 'De Afdeling rechtspraak geconfronteerd met het stelsel van bestuurscompensatie', *BR* 1982, p. 369-376.

Hessel 2005
B. Hessel, 'Communautair toezicht op staatssteun en de Nederlandse decentrale overheden', in: *Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, VAR-reeks 134, Den Haag: BJu 2005, p. 9-74.

Hessel & Neven 2001
B. Hessel & A. Neven, *Staatssteun en EG-recht*, Deventer: Kluwer 2001.

Heukels 1992
T. Heukels, 'De niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap ex art. 215, lid 2 EEG: Dynamiek en continuïteit (1983-1991)', *SEW* 1992, p. 151-170 (I) en p. 317-334 (II).

Heukels 1993
T. Heukels, Noot bij gev. zaken C-104/89 en C-37/90, Mulder et al., *Common Market Law Review* 1993, p. 368-386.

Hink 1964
H.R. Hink, 'Governmental liability for risk under French and German Law', *Rutgers Law Review* 1964, p. 472-488.

Van der Hoeven 1970
J. van der Hoeven, 'De magische lijn', in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 201-219.

Van der Hoeven 1989
J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, VAR-reeks 100, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1989.

Hoitink 1998
J.E. Hoitink, *Bestaande rechten in het milieurecht* (diss. UU), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Hoitink 2002
J.E. Hoitink, 'Schadevergoeding in het omgevingsrecht: speurtocht naar "verklarende principes"', in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, VAR-reeks 128, Den Haag: BJu 2002, p. 203-259.

Hoitink 2006
J.E. Hoitink, *De ontbrekende schakel. Een beschouwing over eigendomsbescherming als fundament voor schadevergoeding* (oratie EUR), Den Haag: BJu 2006.

Hoitink 2007
J.E. Hoitink, 'De invloed van het communautaire recht op het leerstuk van de nadeelcompensatie', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 283-305.

Hoitink & Backes 2006
J.E. Hoitink & Ch.W. Backes, 'Financiële compensatie mechanische kokkelvisserij: politieke keuze of juridische noodzaak?', *O&A* 2006, p. 24-30.
Hoitink & Backes 2007
J.E. Hoitink & Ch.W. Backes, 'Geen schadevergoeding voor risico's die inherent zijn aan de ontplooide activiteiten' (naschrift), *O&A* 2007, p. 64-68.
Hoitink & Koetser 2007
J.E. Hoitink & M.B. Koetser, 'Nadeelcompensatie: waarom, wanneer en hoeveel? Voorontwerp Studiegroep Schadevergoeding biedt rechtspraktijk onvoldoende houvast', *NTB* 2007, p. 334-343.
Hoitink & De Looij 2007
J.E. Hoitink & I.M.A.M. de Looij, *Nadeelcompensatie in beeld: onderzoek in opdracht van het ministerie van V&W naar de mogelijkheid van harmonisatie van nadeelcompensatie-regelingen*, uitgave van het Ministerie van Verkeer & Waterstaat 2007.
Hoitink e.a. 2008
J.E. Hoitink e.a., 'Schadecompensatie strafvorderlijk optreden. Goed gefundeerd of vooral praktisch benaderd?', *NJB* 2008, p. 870-877.
Holleman 1985
A. Holleman, *Schadevergoeding bij rechtmatige bestuurshandelingen van de overheid* (diss. TH Twente), Deventer: Kluwer 1985.
Horlings 2007
E.H. Horlings, 'Een onbillijke drempel bij het toekennen van nadeelcompensatie', *O&A* 2007, p. 209-217.
Hrádek 2002/2003/2006/2007
J. Hrádek, 'Czech Republic', *ETL* 2002, p. 119-135, 2003, p. 85-104, 2006, p. 123-145, 2007, p. 227-229.
Huijgen 1991
W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid* (diss. RUL), Deventer: Kluwer 1991.
Huls 1999
N. Huls, 'Claimgedrag in de risicomaatschappij', in: N.F. van Manen & R.H. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid*, Nijmegen: AAL 1999, p. 91-100.

Van Iersel 2006
J.H.M. van Iersel, 'Wanneer is planschadevergoeding anderszins verzekerd?', *BR* 2006, p. 436-438.
Iliopoulos-Strangas 1998
J. Iliopoulos-Strangas, 'La responsabilité de l'Etat en tant que léglislateur', *RHDI* 1998, p. 311-336.

Jagielska & Żmij 2007
M. Jagielska & G. Żmij, 'Tort and regulatory law in Poland', in: W.H. van Boom, M. Lukas & C. Kissling (red.), *Tort and regulatory law*, Wenen: Springer Verlag 2007, p. 223-250.
Jak & Vermont 2007
N. Jak & J. Vermont, 'De Nederlandse rechter en de *margin of appreciation*', *NJCM Bulletin* 2007, p. 125-140.

Jans 2007
J.H. Jans, 'State Liability: In Search of a Dividing Line between National and European Law', in: D. Obradovic & N. Lavranos (eds.), *Interface between EU Law and National Law*. Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 281-296.
Jans e.a. 2002
J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: AAL 2002.
Jans e.a. 2007
J.H. Jans e.a., *Europeanisation of public law*, z.p., Europa Law Publishing 2007.
Jansen 2005
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*. Deventer 2005, p. 329-383.
Jeanneau 1954
B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit*, Paris: Sirey 1954.
Jeanneau 1965
B. Jeanneau, 'La responsabilité du fait des règlements légalement pris', in: *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris: LGDJ 1965, p. 375-393.
Jèze 1910
G. Jèze, *Eléments du droit public et administrative*, Parijs: Giard & Brière 1910.
Jonckers-Nieboer 1931
J.H. Jonckers-Nieboer, *Onteigeningsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1931.

Jurgens 1975
S.F.J.M. Jurgens, *Industriële hinder* (diss. KUN), Deventer: Kluwer 1975.
Jurgens 1996
G.T.J.M. Jurgens, *Bestuurlijk gedogen* (diss. UU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Van Kampen 2002
T.A. van Kampen, 'De ontdekking van art. 1 EP EVRM: een toereikende basis voor rechtsbescherming bij aantasting van verkregen rechten?', *NTB* 2002, p. 58-66.
Van Kampen 2007
T.A. van Kampen, 'Effectieve rechtsbescherming in werking: Artikel 1 EP EVRM en de varkensrechten', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2007, p. 391-394.
Kan 1968
J.M. Kan, 'De wetgever tegenover het vraagstuk van vergoedingen van schade, die rechthebbenden op onroerend goed door in het algemeen belang opgelegde beperkingen lijden', in: Ph.A.N. Houwing (red.), *Onroerend goed*, Deventer: Kluwer 1968, p. 147-162.
Kan 1983
J.M. Kan, Bespreking van: G.J. de Groot, *Vergoeding van planschade*, *RM Themis* 1983, p. 168-173.
Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003
P.J.G. Kapteyn, L.A. Geelhoed, K.J.M. Mortelmans (red.), *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003.
Karam-Boustany 2001
L. Karam-Boustany, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif* , Paris: LGDJ 2001.

Keinemans 2004
J.H. Keinemans, 'Nadeelcompensatie' (noot bij HR 3 april 1998, *JB* 1998/127 (Meiland)), in: E.C.H.J. van der Linden & F.A.M. Stroink (red.), *JB Select*, Den Haag 2004, p. 329-353.
Keiser 1966
J.W. Keiser, 'Termen schadevergoeding en tegemoetkoming', *Weekblad voor de Nederlandse bond van gemeente-ambtenaren* 1966, p. 137 e.v.
Klaassen 2007
C.J.M. Klaasen, *Schadevergoeding: algemeen, deel II*, Deventer: Kluwer 2007.
Klap 1994
A.P. Klap, *Vage normen in het bestuursrecht* (diss. RUL), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
Klap 2005
A.P. Klap, 'Bestuursrechtelijke handhaving' in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 187-210.
Knigge 2001
G. Knigge, 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Het vooronderzoek in strafzaken', Onderzoeksproject strafvordering, tweede interimrapport KUB 2001.
Koeman 1979
N.S.J. Koeman, *Bestemmingsplan en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1979.
Koeman 1989
N.S.J. Koeman, 'De mogelijkheden van de burgerlijke rechter om het bestuur uit onrechtmatige daad tot schadevergoeding te veroordelen', in: *Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter*, VAR-reeks 102, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 161-231.
Koeman 2002
N.S.J. Koeman, 'Het (plan)schadevergoedingsrecht', in: M. Lurks e.a. (red.), *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof.mr. Th.G. Drupsteen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 273-280.
Koetser 1997
M.B. Koetser, 'Het zelfstandige schadebesluit, zijn consequenties en het dilemma waar de rechtzoekende zich voor gesteld ziet', *WPNR* 6289 (1997), p. 740-745.
De Kok 1993
H.G.F.M. de Kok, 'Haalt art. 89 Sv '99?', *RM Themis* 1993, p. 435-452.
Koopmans 1991
T. Koopmans, 'Rechtsbeginselen in het Europese Gemeenschapsrecht', in: J.C.M. Leijten e.a., *Rechtsbeginselen*. Nijmegen: Ars Aequi 1991, p. 931 e.v.
Kull 2004
I. Kull, 'Estonia', *ETL* 2004, p. 251-253.
Konijnenbelt 1971
W. Konijnenbelt, 'De égalité devant les charges publiques in het Franse administratieve recht', *Bestuurswet.* 1971, p. 263-298.
Konijnenbelt 1979
W. Konijnenbelt, 'Rechtsvinding door het bestuur', openingsrede bij de preadviezen voor de VAR 1979 (LXXXIII), p. 9-12.

Konijnenbelt 1994
W. Konijnenbelt, 'Het specialiteitsbeginsel in het Nederlandse en het Franse administratieve recht', *NTB* 1994, p. 305-313.
Konijnenbelt 1996
W. Konijnenbelt, 'De administratieve rechter als schadevergoedingsrechter', preadvies voor de Vereniging voor burgerlijk recht, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 1-31.
Konijnenbelt 1999
W. Konijnenbelt, 'La Fleurette aan de Aa? Over wetgeving en nadeelcompensatie', *NTB* 2009, p. 153-155.
Koopmans 2009
E. Koopmans, 'De behandeling van verzoeken om nadeelcompensatie bij grote overheidsprojecten', *O&A* 2009, p. 69-77.
Van Kooten-de Jong 2007
C.A. van Kooten-de Jong, 'Dierziekten en schadevergoeding. Schade door maatregelen bluetongue vergoed?', *Agrarisch recht* 2007, p. 87-93.
Kortmann 1971
C.A.J.M. Kortmann, *'Egalité' en 'Défense'* (diss. KUN), Alphen aan den Rijn: Samson 1971.
Kortmann 2006
C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. UU), z.p., 2006.
Köster 1963
H.K. Köster, 'Causaliteit en voorzienbaarheid: de betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van de buitencontractuele schadevergoeding' (rede UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.
Koziol & Vogel 2003
H. Koziol & K. Vogel, 'Liability caused to others under Austrian Law', in: J. Spier (ed.), *Unification of tort law: liability for damage caused by others*, Den Haag: Kluwer law international 2003, p. 29-30.
Krabbe 1893
H. Krabbe, 'Onteigening ten algemeenen nutte', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1893, p. 161 e.v.
Kranenburg 1928
R. Kranenburg, *Positief recht en rechtsbewustzijn: inleiding in de rechtsphilosophie*, Groningen: Noordhoff 1928.
Kranenburg 1953
R. Kranenburg, 'De ontwikkeling der rechtspraak betreffende de staats-aansprakelijkheid', in: *Studiën over recht en staat*, Haarlem: De Erven F. Bohn NV 1953, p. 327 e.v.
Kruseman 1946
J. Kruseman, 'Voldoen de geldende bepalingen betreffende de bestemming van gronden aan eischen, welke hier te lande gesteld moeten worden? Zoo neen, in welke richting moet door wettelijke bepalingen naar verbetering worden gestreefd?', *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1946, p. 41-107.
Kuyper 1980
P.J. Kuyper, 'De nieuwe Sanctiewet', *SEW* 1980, p. 319-342.

Kuypers 2003
P.H.L.M. Kuypers, 'Ieder voordeel heb z'n nadeel. Soms dient de ontvanger een vergoeding voor aanvaarding kritisch te bekijken', in: B.P.M. van Ravels & M.A. van Voorst van Beest (red.), *Natuurlijk van belang* (Van Wijmen-bundel), Deventer: Kluwer 2003, p. 149-157.
Kwakman 2003
N.J.M. Kwakman, *Schadecompensatie in het strafprocesrecht* (diss. RUG), z.p., 2003.
Kwakman 2004
N.J.M. Kwakman, 'Schadevergoeding in het strafprocesrecht', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 513 e.v.
Kwakman 2006
N.J.M. Kwakman, 'Een algemene schadevergoedingsregeling in het strafprocesrecht. Haast geboden?', *DD* 2006, p. 1127-1136.

Lam & Hödl 2001
T.E.P.A. Lam & P.J. Hödl, 'Art. 49 WRO in rechtsvergelijkend perspectief', *BR* 2001, p. 548-554.
Lampe 2006/2007
R. Lampe, 'Slovenia', *ETL* 2006, p. 417-428, 2007, 526-540.
De Lange 1991
R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding* (diss. UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
De Lange 2005
R. de Lange, 'Tussen gelijkheid en waarschijnlijkheid: het evenredigheidsoordeel in uitzonderingssituaties', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht,* Deventer: Kluwer 2005, p. 125-148.
Langemeijer 1941
G.E. Langemeijer, 'Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten in hare betekenis voor de onrechtmatige daad', *WPNR* 3707 (1941), p. 12 e.v.
Langemeijer 1955
G.E. Langemeijer, 'Schadeloosstelling bij rechtmatige overheidsdaad', *NJB* 1955, p. 533-540.
De Latournerie 1991
M.-A. de Latournerie, 'The Law of France', in: J. Bell & A. Bradley, *Governmental liability: a comparative study*, London: UKNCCL 1991, p. 200 e.v.
De Laubadère & Delvolvé 1986
A. de Laubadère & P. Delvolvé, *Droit public économique*, Paris: Dalloz 1986.
De Laubadère, Venezia & Gaudemet 1994
A. de Laubadère, J.-C. Venezia & Y. Gaudemet, *Droit administratif*, Paris: LGDJ 1994.
De Laubadère 1994
A. de Labaudère, *Traité de droit administratif*, Paris : LGDJ 1994.
Leemans 2008
T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen: over rechterlijke toetsingsintensiteit, bestuurlijke beslissingsruimte en deskundigenadvisering* (diss. UL), Den Haag: BJu 2008.

Letteron 2001
R. Letteron, 'Régimes législatifs spéciaux d'indemnisation relevant de la jurisdiction judiciaire', in: P.-L. Frier & D. de Béchillon (red.), *Dalloz Encyclopédie de Droit Public: Répertoire de la responsabilité de la puissance publique* (Paris 1999).
Leyds 1884
W.J. Leyds, *De rechtsgrond der schadevergoeding voor preventieve hechtenis* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Allert de Lange 1884.
Lindenbergh (losbl.)
Onrechtmatige daad 5 (Lindenbergh), 'Hinder', art. 6:162 BW.
Lindenbergh & Bloembergen 2001
S.D. Lindenbergh & A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel I*, Deventer: Kluwer 2001.
Lindenbergh 2008
S. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Deventer: Kluwer 2008.
Lochak 1993
D. Lochak, 'Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative', in: J. Chevallier e.a., *Le droit administratif en mutation*. Presses universitaires de France 1993, p. 275-316.
Loenen 1992
T. Loenen, *Verschil in gelijkheid* (diss. UU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.
Long e.a. 2007
M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé & B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris: Dalloz 2007.

Van Maanen 2002
G.E. van Maanen, 'De onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter: zoektocht naar de kwadratuur van de cirkel', in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, VAR-reeks 128, Den Haag: BJu 2002, p. 7-89.
Van Maanen 2004
G.E. van Maanen, 'Bestuurlijk schadevergoedingsrecht', in: E.C.H.J. van der Linden & F.A.M. Stroink (red.), *JB Select*, Den Haag 2004, p. 293-327.
Van Maanen & De Lange 2005
G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2005.
Van Maarseveen 1954
H.Th.J.F. van Maarseveen, 'Een opmerking over de onrechtmatige overheidsdaad', *NJB* 1954, p. 914-920.
Mahoney 1998
P. Mahoney, 'The doctrine of the margin of appreciation under the European Convention on Human Rights: Its legitimacy in theory and application in practice', *HRLJ* 1998, p. 1-6.
Van Male 1988
R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving* (diss. KUB), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.
Male 1990
R.M. van Male, 'Nadeelcompensatie in het ambtenarenrecht', *TAR* 1990, p. 445 e.v.

Van Male 2003
R.M. van Male, 'Mulder II', in: P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2003, p. 248-257.
Van Male & Van Ravels 1995
R.M. van Male & B.P.M.van Ravels, *Redelijkheid in het nadeelcompensatierecht*, Den Haag: VUGA 1995.
Van Manen 2003
D. van Manen, 'Aanleg Noord/Zuidlijn Amsterdam en schademanagement', *BR* 2003, p. 865-871.
Van Manen & Stutterheim 1999
N.F. van Manen & R.H. Stutterheim, 'Schadevergoeding bij rechtmatige daad. Over de charges publiques en de fonction sociale', in: N.F. van Manen & R.H. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid*, AAL 1999, p. 7-13.
Marguénaud 2007
J.-P. Marguénaud, 'Le droit de propriété', in: F. Sudre e.a., *Les grands arrets de la Cour européenne des Droits de l'Hommes*, Paris: PUF 2007, p. 673.
Mariani-Benigni 1997
I. Mariani-Benigni, 'L'exception de risque accepté dans le contentieux administratif de la responsabilité', *RDP* 1997, p. 841-878.
Mast e.a. 2006
A. Mast e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen: Kluwer 2006.
Maurer 2006
H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: Verlag C.H. Beck 2006.
Meij 1979
A.W.H. Meij, Noot bij gev. zaken 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, Bayerische HNL, *CMLR* 1979, p. 479-488.
Meij 1993
A.W.H. Meij, 'Rechtsbescherming bij gedeeld bestuur in de EG', *NTB* 1993, p. 75-87.
Meij 1997
A.W.H. Meij, 'Article 215(2) EC and Local Remedies', in: T. Heukels & A. McDonnell (red.), *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer law international 1997, p. 273-284.
Meijer 2007
R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 2007.
Meijer 2009
R. Meijer, 'Niet-contractuele aansprakelijkheid voor rechtmatig handelen. Toch geen beginsel van Europees gemeenschaprecht? De stand van zaken na het arrest FIAMM', *O&A* 2009, p. 150-160.
Meillon 2006
D. Meillon, 'Un nouveau fondement pour la responsabilité sans faute des personnes publiques: la garde d'autrui', *RDP* 2006, p. 1221-1246.
Messer & Heldeweg 1990
E.A. Messer & M.A. Heldeweg, 'Bestuurscompensatie & het specialiteitsbeginsel. Een beschouwing over juridische spraakverwarring, rekkelijken versus preciezen & enkele cryptische wetsartikelen', *RM Themis* 1990, p. 147-166.

Mestre 1985
J.L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris: Presses Universitaires de France 1985.
Van der Meulen 1991
B.M.J. van der Meulen, 'De normering van het feitelijk handelen der overheid', *NTB* 1991, p. 267-278.
Van der Meijden 1992
D. van der Meijden, 'Schadevergoeding: instrument of waarborg?', *M en R* 1992, p. 79-84.
Michiels 1987
F.C.M.A. Michiels, *De Arob-beschikking* (diss. KUN), z.p., 1987.
Michiels 1995
F.C.M.A. Michiels, 'Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling', in: *Handhaving van het bestuursrecht*, VAR-reeks 114, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 9-118.
Michiels 2009
F.C.M.A. Michiels, 'Het gelijk van Struycken', *NTB* 2009, p. 341-345.
Mom-Visch 1882
D.J. Mom-Visch, 'De rechtsgrond der schadevergoeding voor preventieve hechtenis', *Themis* 1885, p. 481-504.
Monnikhof 1999
R. Monnikhof, 'Compensatie: een gouden greep? Over de opkomst van het beleidsinstrument compensatie', *Bestuurswet.* 1999, p. 478-500.
De Moor-van Vugt 1995
A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief* (diss. KUB), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
Morange 1953
G. Morange, 'La spécialité du préjudice indemnisable en droit administratif', *Rec.Dalloz* 1953, p. 165-168.
Moréteau 2005
O. Moréteau, 'France', *ETL* 2005, p. 270-280.
Mowbray & Harris 2001
A. Mowbray & D. Harris, *Cases and materials on the European Convention on Human Rights*, London: Butterworths 2001.
Mulder 2004
F.A. Mulder, 'Kosten van deskundigen- en rechtsbijstand bij planschade en nadeelcompensatie', *O&A* 2004, p. 101-108.
Mulder & Elmhassani 2008
F.A. Mulder & D. Elmhassani, 'Afwenteling van nadeelcompensatie', *O&A* 2008, p. 58-67.
Myjer 2009
E. Myjer, 'Let op "negatieve" jurisprudentie', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 399-411.

Neerhof 2003
R. Neerhof, 'Eigen schuld en de schadebeperkingsplicht in het bestuursrecht', *O&A* 2003, p. 90-100.
Neerhof 2006
R. Neerhof, 'Wel een vergunning, toch de pineut? Over de aansprakelijkheden en draagplichten van de vergunningverlener en de vergunninghouder', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille & H.B. Winter, *Op tegenspraak* (Damen-bundel), Den Haag: Boom 2006, p. 193-204.
Nesterowicz & Bagiñska 2003
M. Nesterowicz & E. Bagiñska, 'Liability caused to others under Polish Law', in: J. Spier (ed.), *Unification of tort law: liability for damage caused by others*, Den Haag: Kluwer law international 2003, p. 185-198.
Van Netburg 1984
C.J. van Netburg, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad. Deel I (jurisprudentie) en II (wetgeving)*, Ministerie van Financiën, Centrale Directe WJB 1984.
Nicolaï 1990
P. Nicolaï, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1990.
Nieuwenhuis 1989
J.H. Nieuwenhuis, 'De kunst van het gelijke', *RM Themis* 1989, p. 123-124.
Nieuwenhuis 2005
A.J. Nieuwenhuis, 'Van proportionaliteit en appreciatiemarge', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 37-60.
Van Nispen 1978
C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. RUL), Deventer: Kluwer 1978.

Oeter 1998
S. Oeter, 'The responsibility of the State as a Legislator in Germany', *German reports on public law* 1998, p. 128.
Van Oevelen 1984
A. van Oevelen, 'Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad in België', preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.
Olivier 1847
W.C.D. Olivier, *Proeve over de beperkingen van den eigendom* (diss. RUL), Leyden: J.H. Gebhard en comp. 1847.
Van Ommeren 1990
F.J. van Ommeren, 'Bestuurscompensatie, draagkracht en rechtseconomie', *AA* 1990, p. 682-691.
Van Ommeren 2003
F.J. van Ommeren, 'Het publieke-taakcriterium in de bestuursrechtelijke jurisprudentie', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Publikaties van de Staatsrechtkring 7, Deventer: Kluwer 2003, p. 135-156.
Van Ommeslaghe & Verbist 2009
P. Van Ommeslaghe & J. Verbist, 'Overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht', *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* 2009, p. 3 e.v.

Van Oordt 1950
W.C. van Oordt, *Overheidsaansprakelijkheid in België en Nederland* (diss. UU), Haarlem: Van der Wiel 1950.
Van Oordt 1965
W.C. van Oordt, 'Schadevergoeding in waterstaatszaken', publicatie ten behoeve van de najaarsstudiedagen 1962 van het Instituut voor bestuurswetenschappen, Den Haag: VNG 1965, p. 23-34.
Otten 1986
A.C. Otten, 'Bestuurscompensatie in opmars, waar blijft de burgerlijke rechter?', *BR* 1986, p. 99-103.
Den Ouden, Jacobs & Verheij 2004
W. den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 2004.
Den Ouden & Tjepkema 2006
W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, 'Voor hetzelfde geld. Over de kwalificatie van publiekrechtelijke financiële verstrekkingen en hun wettelijk kader', *NTB* 2006, p. 101-116.
Den Ouden & Tjepkema 2007
W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema Schadevergoeding van overheidswege en het verbod op staatssteun', *O&A* 2007, p. 80-103.
Den Ouden 2010
W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom 2010, p. 689-717.

Pellonpää 2000
M. Pellonpää, 'Reflections on the notion of "deprivation of possessions" in Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights', in: P. Mahoney e.a. (red.), *Protecting Human Rights: the European Perspective* (Ryssdal-bundel), Köln: CH Verlag KG 2000, p. 1087-1105.
Pernice 1995
I. Pernice, 'Le recours en indemnité', *Cahiers de Droit Européen* 1995, p. 641-659.
Philipp 1999
D. Philipp, 'De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques', *Revue du droit public* 1999, p. 593-631.
De Planque 1989
J.H.W. de Planque, 'De mogelijkheden van administratieve rechter en de Kroon om het bestuur tot schadevergoeding te veroordelen', in: *Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter*, VAR-reeks 102, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 7-160.
Van Poelje 1954
G.A. van Poelje, 'Gemeentelijke schadevergoedingsverordeningen', *De Nederlandse Gemeente* 1954, p. 285-287 (I), 310-314 (II) en 405-413 (III).
Van Poelje 1965
G.A. van Poelje, 'Vergoeding van schade, geleden door rechtmatig handelen van overheidsorganen', publicatie ten behoeve van de najaarsstudiedagen 1962 van het Instituut voor bestuurswetenschappen, Den Haag: VNG 1965, p. 9-22.

Poirot-Mazères 1997
I. Poirot-Mazères, 'La notion de préjudice en droit administratif français', *RDP* 1997, p. 519 e.v.
Polak 1950
C.H.F. Polak, preadvies, in: *Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratieve recht*, VAR-reeks XIX, p. 39-105.
J.M. Polak 1961
J.M. Polak, 'Tegemoetkoming in de planschade', *NJB* 1961, p. 441-449.
Polak 1992
J.E.M. Polak, 'Waterstaatszorg en bestuurscompensatie', in: S.B. Boelens e.a. (red.), *Waterstaatswetgeving – verleden, heden en toekomst*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 289-302.
Polak 1998
J.E.M. Polak, 'Kroniek van het algemeen deel van het bestuursrecht', *NJB* 1998, p. 494-498.
Polak 1999
J.E.M. Polak, *Burgerlijke rechter of bestuursrechter?* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999.
Polak 2002
J.E.M. Polak, 'Schadevergoeding bij rechtmatige daad in het algemeen en de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat in het bijzonder', *BR* 2002, p. 114-127.
Polak 2003
J.E.M. Polak, 'Herstructurering Varkenshouderij', in: P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Widdershoven, *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2003, p. 448-459.
Polak e.a. 2008
J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, A.A. van Rossum e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2008: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2008, nr. 2a, p. 101-126.
Popelier 1998
P. Popelier, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving* (diss. UIA), Antwerpen: Intersentia 1998.
Van der Pot 1929
C.W. van der Pot, 'Schadeloosstelling voor de gevolgen van niet-onrechtmatige overheidsdaden', *NJB* 1929, p. 357-362.
Van der Pot e.a. 1932
C.W. van der Pot e.a., *Nederlandsch bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1932.
Poyaud 2007
D. Poyaud, 'Le fondement de la responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux', *RFDA* 2007, p. 525-534.
Puisoye 1964
J. Puisoye, 'Le principe d'égalité devant les charges publiques comme fondement direct de la responsabilité publique', *AJDA* 1964, p. 140-146.

Quill 2003
E. Quill, 'Ireland', *ETL* 2003, p. 245-265.

Rachet-Darfeuille 2004
V. Rachet-Darfeuille, 'Compensation in the French health care sector', in: J. Dute, M.G. Faure & H. Koziol (red.), *No-fault compensation in the health care sector*, Wien: Springer 2004, p. 210-260.
Raduletu 2006
I. Raduletu, 'Romania', *ETL* 2006, p. 516 e.v.
Rapport van de commissie inzake schadevergoedingsverordeningen
Publicatie nr. LXVI van het Nederlands Instituut voor Volkshuisvesting en Stedebouw, Alphen aan den Rijn: Samson 1964.
Rapport van de Commissie Rechtsbescherming van de VAR 2004
De toekomst van de rechtbescherming tegen de overheid, Den Haag: Boom 2004.
Ravarani 1992
G. Ravarani, *La responsabilité civile de l'Etat*, Pasicrisie Luxembourgeoise 1992.
Ravarani 2006
G. Ravarani, *La responsabilité civile de l'Etat*, Pasicrisie Luxembourgeoise 2006.
Van Ravels (losbl.)
B.P.M. van Ravels, 'Nadeelcompensatie', in: D.A. Lubach, R.M. van Male, B.P.M. van Ravels e.a. (red.), *Bestuursrechtelijke schadevergoeding* (losbl.). Den Haag: Elsevier Bedrijfsinformatie, p. F-1-1 e.v.
Van Ravels (losbl.-II)
B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad', in: *Praktijkboek bestuursrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer, z.j.
Van Ravels 1992
B.P.M. van Ravels, 'De voorgenomen intrekking van art. 61ab Wabm', *BR* 1992, p. 673-678.
Van Ravels 1999
B.P.M. van Ravels, 'Planologische schaduwschade', in: A. van Hall, Th.G. Drupsteen & H.J.M. Havekes (red.), *De staat van water*, Lelystad: Koninklijke Vermande, p. 195-216.
Van Ravels 2002a
B.P.M. van Ravels, Nadeelcompensatie en andere vergoedingen in de waterstaatszorg. Materiële aspecten van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad', in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, VAR-reeks 128, Den Haag: BJu 2002, p. 261-423.
Van Ravels 2002b
B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad: maatwerk voor speciale en abnormale gevallen', in: S.C.J.J. Kortmann, C.J.H. Jansen, G.D. van Solinge e.a. (red.), *Onderneming en tien jaar Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 517-549.
Van Ravels 2003
B.P.M. van Ravels, 'Kroniek schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', *NTB* 2003, p. 232-245.
Van Ravels 2004
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: Kluwer 2004, p. 67-91.
Van Ravels 2005a
B.P.M. van Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid* (rede RU), Deventer: Kluwer 2005.

Van Ravels 2005b
B.P.M. van Ravels, 'Vergoeding van planschade omstreeks 2005', *Gst*. 2005, p. 255-270.
Van Ravels 2005c
B.P.M. van Ravels, 'De reikwijdte van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten: een grensverkenning', in: P.F.A. Bierbooms, H. Pasman & G.M.F. Snijders (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*, Den Haag: BJu, p. 73-96.
Van Ravels 2006a
B.P.M. van Ravels, 'Kroniek schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', *NTB* 2006, p. 25-36.
Van Ravels 2006b
B.P.M. van Ravels, 'Bergingsgebieden, schadevergoeding en Waterwet', in: Th.G. Drupsteen, H.J.M. Havekes & H.F.M.W. van Rijswick (red.), *Weids water. Opstellen over waterrecht* (Van Hall-bundel), Den Haag: Sdu 2006, p. 205-251.
Van Ravels 2008
B.P.M. van Ravels, 'De nieuwe redelijkheid bij tegemoetkomen in planschade', *O&A* 2008, p. 128-145.
Van Ravels 2009a
B.P.M. van Ravels, 'Planschade. Van vergoeden naar tegemoetkomen', in: R.W.M. Kluitenberg (red.), *40 jaar instituut voor bouwrecht*, z.p., IBR 2009, p. 91-156.
Van Ravels 2009b
B.P.M. van Ravels, 'Bregstein, de Hoge Raad en nadeelcompensatie', *NTB* 2009, p. 320-324.
Van Ravels 2009c
B.P.M. van Ravels, 'Het nadeelcompensatiedoolhof', *JB Plus* 2009, p. 130-161
Van Ravels 2010
B.P.M. van Ravels, 'Een milieurechtelijke equivalent van de Paul Krugerbrug? Een verkenning naar de kansen op nadeelcompensatie ter zake van verlening van een milieuvergunning', in: M.N. Boeve en R. Uylenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht* (Koeman-bundel), Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 463-480.
Van Ravels & Roozendaal (losbl.)
Van Ravels & Roozendaal, 'Het redelijkheidscriterium', in: *Bestuursrechtelijke schadevergoeding* (losbl.), VUGA.
Reestman 1996
J.H. Reestman, *Constitutionele toetsing in Frankrijk* (diss. UvA), AAL: Nijmegen 1996.
Rials 1980
S. Rials, *Le juge administrative français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris: LGDJ 1980.
Richer 1988
L. Richer, 'Préjudice réparable', in: F. Gazier, R. Drago (red.), *Répertoire Dalloz – Responsabilité de la puissance publique* (Paris 1988).
Van Rijckevorsel 1985
K. van Rijckevorsel, 'Bestuursrechtelijke schadevergoedingen', in: P.J.G. Kapteyn e.a. (red.), *Non ex regula. Liber amicorum mr. J. van der Hoeven*, Deventer: Kluwer 1985, p. 163-172.
Te Rijdt 1991
O.M. te Rijdt, *Bestuurscompensatie in de praktijk* (diss. RUL), SAOZ-Proper BV, z.p. 1991.

Van Rijn 1998
A. van Rijn, 'Article 1 Protocol no. 1', in: P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague: Kluwer Law international 1998, p. 618-643.
Rivero & Waline 2006
J. Rivero & J. Waline, *Droit administratif*, Paris: Dalloz 2006.
Riza Coban 2004
A.L. Riza Coban, *Protection of property rights within the European Convention on Human Rights*, Gateshead: Atheneaum Press Ltd 2004.
Roef & De Roos 1996
D. Roef & Th. de Roos, 'Het verhaalsrecht van de gewezen verdachte', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Voor risico van de overheid?*, Rotterdam: Gouda Quint 1996, p. 233-258.
Van Roosmaalen 2007
H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland* (diss. Leiden), SdU: Den Haag 2007.
Roozendaal 1998
B.P.J.G. Roozendaal, *Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland* (diss. EUR), z.p., Gouda Quint 1998.
Rougevin-Baville 1987
M. Rougevin-Baville, 'Responsabilité sans faute', in: F. Gazier, R. Drago (red.), *Répertoire Dalloz – Responsabilité de la puissance publique* (Paris 1988).
Rougevin-Baville, Denoix de Saint-Marc & Labetoulle 1989
M. Rougevin-Baville, R. Denoix de Saint-Marc & D. Labetoulle, *Leçons de droit administratif*, Hachette 1989.
Rousseau 2006
D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris: Montechrestien 2006.
Rozakis & Voyatzis 2006
C.L. Rozakis & P. Voyatzis, 'Le droit au respect de ses biens: une clause déclaratoire ou une "omnibus" norme?', in: H. Vandenberghe, M. Muylle & L. Garlicki (red.), *Property and human rights*, Brugge: Die Keure 2006, p. 3-28.
Ruiter 1971
D.W.P. Ruiter, 'Rechtmatige overheidsdaad: schade en vergoeding; leerstuk of vlag die een lading dekt?', *Bestuurswet.* 1971, p. 243-262.

Scarso 2005
A.P. Scarso, 'Tortious liability of regulatory authorities', in: H. Koziol & B.C. Steiniger, *ETL* 2005, p. 94-116.
Van der Schaaf 1970
J. van der Schaaf, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad speciaal bij ruimtelijke ordening*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970.
Schade en baat 1955
Schade en baat. Rapport van een commissie, ingesteld door het Nederlands Instituut voor Volkshuisvesting en Stedebouw, omtrent het vraagstuk van schade en baat door stedebouwkundige maatregelen. Alphen aan den Rijn: Samson 1950.

Van der Schans 1988
E. van der Schans, 'Schadevergoeding, redelijkheid en billijkheid', in: *Vergelijkend schadevergoedingsrecht*, preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 16, Deventer: Kluwer 1988, p. 49-106.
Van der Schans 2004
E. van der Schans, 'Planschade, uitvoeringsschade en tijdelijke schade', *BR* 2004, p. 12-17.
Van der Schans 2007
E. van der Schans, 'Nadeelcompensatie en schadebegroting: de rekening en het recht', *O&A* 2007, p. 201-208.
Scheltema 1980
M. Scheltema, 'De rechterlijke bevoegdheid bij schadevergoeding wegens rechtmatige en onrechtmatige daad', in: P.D.A. Claessen, W. van Ham-Wagner & C.F.J. de Jongh (red.), *Beeld van een Goede vriendschap* (De Goede-bundel), Den Haag: Vuga 1980, p. 241-256.
Scheltema & Scheltema 2008
M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
Schermers & Waelbroeck 2001
H.G. Schermers & D. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague: Kluwer Law International 2001.
Schlössels 1996
R.J.N. Schlössels, 'Het specialiteitsbeginsel en derde-belangen: een frisse benadering of rechtsstatelijk drijfzand?', *NTB* 1996, p. 81-96.
Schlössels 1998a
R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel. Over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. UM), Den Haag: SdU 1998.
Schlössels 1998b
R.J.N. Schlössels, 'De Achilleshiel van de égalité: nadeelcompensatie en het draagkrachtbeginsel', *NJB* 1998, p. 1383-1390.
Schlössels 2001
R.J.N. Schlössels, 'Het specialiteitsbeginsel: een verkenning van recente rechtspraak', *JB Plus* 2001, p. 33-47.
Schlössels 2002
R.J.N. Schlössels, 'Nadeelcompensatie en het égalité-beginsel: chaos of ius commune?', *Gst*. 7160 (I), p. 149-159 en 7161 (II), p. 181-190.
Schlössels 2003
R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne* (rede RU), Den Haag: BJu 2003.
Schlössels 2006
R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van belangenafweging', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 49-64.
Schlössels 2007
R.J.N. Schlössels, 'Het voorontwerp Nadeelcompensatie en schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten', *Gst.* 2007, p. 503-517.

Schlössels 2009
R.J.N. Schlössels, 'Jet-ski's', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 521-535.
Schockweiler, Wivenes & Godart 1990
F. Schockweiler, G. Wivenes & J.M. Godart, 'Le regime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne', *RTDE* 1990, p. 27-74.
Schokkenbroek (losbl.).
J.G.C. Schokkenbroek, 'Het Eerste Protocol – Artikel 1 Eigendom', *EVRM Rechtspraak & Commentaar* (losbl.), p. 4.1-I – p. 4.1-25.
Schokkenbroek 1996
J. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het EVRM* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
Schokkenbroek 1998
J. Schokkenbroek, 'The basis, nature and application of the margin-of-appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights', *HRLJ* 1998, p. 30 e.v.
Scholten 1899
P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss. UvA), Amsterdam: Scheltema & Holkema's Boekhandel 1899; Amsterdam: Paul Scholten Instituut 1999 (facs.uitg.).
Scholten 1949
G.J. Scholten, 'De onrechtmatige overheidsdaad', *WPNR* 1949, p. 53-56, 65-68.
Scholtens 1929
A.L. Scholtens, 'Behoeven de geldende regelen betreffende schadeloosstelling voor de gevolgen van niet-onrechtmatige overheidsdaden wijziging of aanvulling?', *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1929, Den Haag: Belinfante 1929, p. 5-108.
Schoordijk 1979
H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen deel van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek,* Deventer: Kluwer 1979.
Schoordijk 1991
H.C.F. Schoordijk, 'Bestuursrecht en privaatrecht. Een interne rechtsvergelijking', in: *Verspreid werk van prof.mr. H.C.F. Schoordijk*, Deventer: Kluwer 1991, p. 463-499.
Schrage 1999
E.J.H. Schrage, 'Schade-overheveling bij (on-)rechtmatige daad', in: N.F. van Manen, R.H. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid*, Nijmegen: AAL 1999, p. 25-46.
Schreuder-Vlasblom 2004
M. Schreuder-Vlasblom, 'Iets kroms, dat verbogen is: het Nederlands bestuursprocesrecht naar de leer van prof. Tak', *NTB* 2004, p. 73-83.
Schröder 2005
J. Schröder, *Rechtsschutz gegenüber rechtmäßigem Handeln der Europäischen Union*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verl. 2005.
Schueler 1998
B.J. Schueler, 'Schadevergoeding voor ambtenaren onder de Awb', *TAR* 1998, p. 325-341.

Schueler 1999
B.J. Schueler, 'Onvermijdelijke schade bij rechtmatige overheidsdaad', in: N.F. van Manen & R. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid*, Nijmegen: AAL, Nijmegen 1999, p. 57-68.
Schueler 2002
B.J. Schueler, 'Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht', in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, VAR-reeks 128, Den Haag: BJu 2002, p. 91-199.
Schueler 2005a
B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb. Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Deventer: Kluwer 2005.
Schueler 2005b
B.J. Schueler, 'Proportionaliteit en gelijkheid voor de publieke lasten', in: A.J. Nieuwenhuis, C.M. Zoethout, B.J. Schueler (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 165-186.
Schueler 2006
B.J. Schueler, 'Tussen pech en onrecht. Treedt de overheidsaansprakelijkheid buiten haar oevers?', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille & H.B. Winter (red.), *Op tegenspraak* (Damen-bundel), Den Haag: Boom 2006, p. 205-219.
Schut 1978
G.H.A. Schut, 'De aard van de aansprakelijkheid en van de schade', *RM Themis* 1978, p. 380-403.
Schutgens 2009
R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. RU), Deventer: Kluwer 2009.
Schutte 2004
C.B. Schutte, *The European Fundamental Right to Property*, Deventer: Kluwer 2004.
Schuurmans 2005
Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2005.
Schwartz 2006
B. Schwartz, *French law and the common-law world*, New Jersey: The Law Book Exchange 2006.
Schwarze 2006
J. Schwarze, *European Administrative Law*, London: Sweet & Maxwell 2006.
Seners 2003
F. Seners, 'Préjudice réparable', in: P.-L. Frier & D. de Béchillon (red.), *Dalloz Encyclopédie de Droit Public: Répertoire de la responsabilité de la puissance publique* (Paris 1999).
Sermet 1990
L. Sermet, 'The European Convention on Human Rights and property rights', Council of Europe Publishing: Straatsburg 1990, p. 1-39.
Sharpston 1990
E. Sharpston, 'Legitimate expectations and economic reality', *ELR* 1990, p. 105-160.
Sieburgh 2000
C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. RUG), eigen beheer, 2000

Siéyès 1888
E.J. Siéyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, Edition Champion, *Soc. D'histoire de la Révolution* 1888, p. 18.
Sillevis & Van Kempen 2007
L.W. Sillevis & M.L.M. van Kempen (red.), *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 2007.
Simon 1988
H. Simon, 'Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht?', *NJB* 1988, p. 1519-1520.
Simons 1970
D. Simons, 'De ontwikkeling van de rechtsbescherming tegen de overheid', in: *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 237-257.
Slier 2009
E. Slier, 'Nadeelcompensatie bij de burgerlijke en bestuursrechter vergeleken: één grondslag?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu 2007, p. 363-381.
Sluysmans 2008
J.A.M.A. Sluysmans, 'De positie van de deskundigen in het onteigeningsrecht', *TBR* 2008, p. 25 e.v.
Sluysmans 2009
J.A.M.A. Sluysmans, 'Kabels, leidingen en nadeelcompensatie', *O&A* 2009, p. 78-85.
Smits 1998
J.M. Smits, 'Varkens en schadevergoeding; een drieluik', *AA* 1998, p. 567-572.
Sousse 1994
M. Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français* (diss. Universite de Paris II), Parijs: LGDJ 1994.
Spier 2002
J. Spier, *Rampscenario's: de prijs van de onzekerheid na de aanslagen in de Verenigde Staten op 11 september 2001* (oratie UM), Deventer: Kluwer 2002.
Steele 2007
J. Steele, *Tort Law. Text, Cases and Materials*, New York: OUP 2007.
Steenbeek 1986
J.G. Steenbeek, 'De bestuurscompensatie', in: J.M. Polak e.a. (red.), *Ervaringen met tien jaar Arob*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 80-84.
Stefanou & Xanthaki 2000
C. Stefanou & H. Xanthaki, *A Legal and Political Interpretation of Article 215(2) [new Article 288(2)] of the Treaty of Rome*, Dartmouth: Ashgate 2000.
Steiniger 2003
B.C. Steiniger, 'Austria', *ETL* 2001, p. 62-63.
Stellinga 1949
J.R. Stellinga, 'Aansprakelijkheid van de overheid terzake van de wetgeving', *WPNR* 4081 (1949), p. 176-178.
Stheeman 1919
C.W. Stheeman, 'Het recht op schadevergoeding bij onteigening ten algemenen nutte', in: *Nederlandsch Administratief Recht*. Haarlem: De Erven F. Bohn 1919, p. 466 e.v.

Stirn & Chauvaux 2005
B. Stirn & D. Chauvaux, 'Evaluation du préjudice', in: P.-L. Frier & D. de Béchillon (red.), *Dalloz Encyclopédie de Droit Public: Répertoire de la responsabilité de la puissance publique* (Paris 1999).
Stoter 2000
W.S.R. Stoter, *Belangenafweging door de wetgever* (diss. UvA), Den Haag: Boom 2000.
Streefkerk 1980
C.A. Streefkerk, 'Risico-aanvaarding (II)', *WPNR* 1980, p. 137-143.
Sütõ 2004
V.J. Sütõ, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)* (diss. UL), Den Haag: BJu 2004.

Tak 1978
A.Q.C. Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1978.
Tak 1980
A.Q.C. Tak, 'Financiële compensatie terzake van rechtmatige bestuursdaden', *NJB* 1980, p. 653-667.
Tak 1996
A.Q.C. Tak, *De overheid in het burgerlijk recht*, Den Haag: VUGA 1996.
Tak 1999
A.Q.C. Tak, 'De nieuwe "De Haan"', *NTB* 1999, p. 19-27.
Tak 2003
A.Q.C. Tak, 'Bevoegde rechter bij schadeclaim of nadeelcompensatie', *NTBR* 2003, p. 178-188.
Tak 2006
A.Q.C. Tak, 'Reactie op de referenten', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak: verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 115-140.
Tak 2008
A.Q.C. Tak, *Het Nederlandse bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf 2008.
Terneyre 2002
P. Terneyre, 'Reponsabilité en matière d'interventions économiques', in: P.-L. Frier & D. de Béchillon (red.), *Dalloz Encyclopédie de Droit Public: Répertoire de la responsabilité de la puissance publique* (Paris 1999).
Teunissen 1996
J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleed van staat* (diss. UM), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
Teunissen 2001
J.M.H.F. Teunissen, 'De autonomie van het bestuursrecht t.o.v. het privaatrecht', in: H. Koning & E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom 2001, p. 73-101.
Thies 2004
A. Thies, '*Biret* and beyond: The status of WTO rulings in EC Law', *CMLR* 2004, p. 1661-1682.
Thies 2009
A. Thies, 'The impact of general principles of EC law on its liability regime towards retaliation victimes after *FIAMM*', *ELR* 2009, p. 889-913.

Thorbecke 1880
W. Thorbecke, *Stelsel en toepassing der Onteigeningswet*, Arnhem: Gouda Quint 1880.
Tirard 1906
P. Tirard, *De la responsabilité de la puissance publique, Essai d'une théorie générale*, Paris 1906
Tjepkema 2004
M.K.G. Tjepkema, 'Het referentiekader van het égalité-beginsel. Over de vergelijking met andere burgers in égalité-situaties', *O&A* 2004, p. 12-22.
Tjepkema 2005
M.K.G. Tjepkema, 'Nadeelcompensatie bij handhaven en gedogen. Waarom er nog toekomst is voor het onzelfstandig schadebesluit', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren*, Deventer: Kluwer, p. 237-279.
Tjepkema & Polak 2007
M.K.G. Tjepkema & J.E.M. Polak, 'Volksgezondheid en schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad', in: A.C. Hendriks & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Volksgezondheid in een veellagige rechtsorde*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 307-320.
Tjepkema 2010
M.K.G. Tjepkema, 'Nadeelcompensatie in het bestuursrecht en het strafrecht: een ongewenste vermenging van rechtssferen?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom 2010, p. 737-763.
Tjittes 1996
R.P.J.L. Tjittes, 'Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaansprakelijkheid', preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 33-57.
Tolsma 2008
H.D. Tolsma, *Bemiddelend bestuur* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2008.
Toth 1997
A.G. Toth, 'The Concepts of Damage and Causality as Elements of Non-contractual Liability', in: T. Heukels & A. McDonnell (eds.), *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer law international 1997, p. 179-198.
Tridimas 2006
T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: OUP 2006.
Troiano 2008
S. Troiano, 'EC Tort Law and the Romanic Legal Family', in: H. Koziol & R. Schulze (eds.), *Tort law of the European Community*, Springer-Verlag Wien 2008, p. 408 e.v.
Troostwijk 1969
M. Troostwijk, 'Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad', *NJB* 1969, p. 849-853 en 890-894.
Truchet 1977
D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt general dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris: LGDJ 1977
Tzankova 2007
I. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. KUB), Deventer: Kluwer 2007.

Usher 2000
J.A. Usher, 'State liability for legislative acts', in: J.W. Bridge (ed.), *UK Law for the millennium* 2000, p. 76-86.

VAR-reeks 129
Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, Verslag van de algemene vergadering gehouden op 17 mei 2002 ter behandeling van de preadviezen van J.E. Hoitink, G.E. van Maanen, B.P.M. van Ravels & B.J. Schueler, VAR-reeks 129, Den Haag: BJu 2002.

Vedel & Delvolvé 1992
G. Vedel & P. Delvolvé, *Droit administratif. Tome I*, Paris: PUF 1992.

Vegting 1955
W.G. Vegting, 'In hoeverre en naar welke beginselen behoort schadeloosstelling te worden toegekend bij rechtmatige aantasting van rechten of belangen door de overheid? Zijn hieromtrent nadere wettelijke regelingen wenselijk?', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging* 1955, p. 1-64.

Venezia 1986
J.-C. Venezia, 'Les idées de Charles Eisenmann & matière de responsabilité de l'administration', in: P. Amselek (red.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris: Economica 1986, p. 207-217.

Verburg 1958
G. Verburg, 'Enige aspecten van het vraagstuk "schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad"', preadvies Calvinistische Juristen Vereniging 1958.

Verheij 1999
N. Verheij, 'Een eigen recht(er). Recente verschuivingen in de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter', in: *Verschuiving van de magische lijn*, VAR-reeks 122, p. 9-73.

Verheij 2002
N. Verheij, 'Overheidsaansprakelijkheid in de Awb. Vragen voor de wetgever', *O&A* 2002, p. 117-126.

Verheij 2005
A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005.

Verleisdonk 1990
Y.A.G.M. Verleisdonk, *De extra-contractuele aansprakelijkheid van de EEG voor rechtmatige handelingen*, Brussel: Kluwer Post Scriptum Reeks 1990.

Verpaalen 1969
O.A.C. Verpaalen, 'Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad 1955-1968. Een poging tot kritisch omzien', in: *Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad*, VAR-reeks LXIII, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1969, p. 5-75.

Versteden 1996
C.J.N. Versteden, 'De Awb en feitelijke handelingen', *NTB* 1996, p. 175-176.

Versteeg 1987
A.J.H.W.M. Versteeg, *Verdeling van rechtsmacht* (diss. KUN), Deventer: Kluwer 1987.

Villiers 2006
M. Villiers, *Droit public général*, Paris: Lexis Nexis 2006

De Visschere 1949
F. de Visschere, 'Over de vergoeding van "buitengewone" schade op grond van art. 7 van de wet van 23 Dec. 1946', *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen* 1949, p. 110 e.v.

Visser 1884
A.C. Visser, *Geschiedenis en beginselen van het onteigeningsrecht* (diss. RUL), Leiden: Van der Hoek 1884.

Van der Vlies 2003
I. van der Vlies, 'Solidariteit in bestuursrecht en privaatrecht', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom 2003, p. 305-315.

Voermans 1997
W.J.M. Voermans, 'Going Dutch in het nadeelcompensatierecht: ontwikkelingen in nadeelcompensatie onder de Awb', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen alles en niets*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 187-211.

De Vos-van Steenwijk 1929
R.H. de Vos-van Steenwijk, 'Behoeven de geldende regelen betreffende schadeloosstelling voor de gevolgen van niet-onrechtmatige overheidsdaden wijziging of aanvulling?', *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1929, Den Haag: Belinfante 1929, p. 1-58.

Vranken 2005
J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel. Een Vervolg. Mr. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2005.

De Vries Robbé 2002
J.G. de Vries Robbé, 'Nadeelcompensatie, kwestie van beleid?', *Gst*. 7115 (2002), p. 152.

De Vries Robbé 2003
J.G. de Vries Robbé, 'Kabouter en de Awb (5)', *Gst*. 7182 (2003), p. 188.

Vucsán 1997
R.L. Vucsán, 'Het kind van de rekening: nadeelcompensatie en afwenteling in de Algemene wet bestuursrecht', in: M. Herweijer, K.F. Schuiling & H.B. Winter (red.), *In wederkerigheid* (Scheltema-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 295-306.

Vucsán 2000
R.L. Vucsán, 'Het zelfstandige schadebesluit: nadeelcompensatiebesluiten na Van Vlodrop', *JB Plus* 2000, p. 125-135.

Wakefield 2002
J. Wakefield, *Judicial Protection through the use of art. 288(2) EC*, The Hague: Kluwer Law International 2002.

Van der Wal & Van Schaik 2007
G. van der Wal & F. van Schaik, 'Financiële compensatie kokkelvisserij: politieke keuze én juridische noodzaak!', *O&A* 2007, p. 2-8.

Waline 1957
M. Waline, *Droit administratif*, Paris: Sirey 1957.

Waline 1994
J. Waline, 'L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques', *Etudes & Documents du Conseil d'Etat, Rapport Public*, 1994, p. 459-477.

Van der Weijde 1965
H. van der Weijde, 'Schadevergoeding bij maatregelen van ruimtelijke ordening', publicatie ten behoeve van de najaarsstudiedagen 1962 van het Instituut voor bestuurswetenschappen, Den Haag: VNG 1965, p. 35-52.
Wiarda 952
G.J. Wiarda, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, VAR-reeks XXIV. Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1952.
Widdershoven e.a. 2007
R.J.G.M. Widdershoven e.a. *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: BJu 2007.
Van Wijk/Konijnenbelt 1979
H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt (bew.), *Hoofdstukken van administratief recht*, Den Haag: Vuga-boekerij 1979.
Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008
H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008.
Van Wijmen (losbl.)
P.C.E. van Wijmen, 'Historische ontwikkeling', in: *Bestuursrechtelijke schadevergoeding* (losbl.), VUGA, F-2-1 – F-2-33.
Van Wijmen 1991
P.C.E. van Wijmen, 'Overheidsinbreuken op eigendom', in: P.C.E. van Wijmen e.a., *150 jaar Onteigeningswet*. Deventer: Kluwer 1991.
Van Wijmen & Van Ravels 1988
P.C.E. van Wijmen & B.P.M. van Ravels, 'Nadeelcompensatie: op zoek naar de publiekrechtelijke grondslag', *BR* 1988, p. 267 e.v.
Van Wijmen & Loof 2000
P.C.E. van Wijmen & J.P. Loof, 'The influence of Article 1 of Protocol No. 1 on the Dutch legislation concerning expropriation', in: J.-P. Loof, H. Ploeger & A. van der Steur (red.), *The right to property. The influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker Publishing 2000, p. 113-126.
Winter 1985
R.R. Winter, 'Nadeelcompensatie bij bestuursoptreden; publiek- of privaatrecht?', *NJB* 1985, p. 548-553.
Winter 2000
H.B. Winter, *De Awb-bezwaarschriftprocedure*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.
Van der Woude 1997
M.H. van der Woude, 'Liability for administrative acts', T. Heukels & A. McDonnell (red.), *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer law international 1997, p. 109-121.

Zonnekeyn 2008
G.A. Zonnekeyn, 'De "onschuldige exporteurs" in de kou: geen schadevergoeding voor schending van het WTO-recht', *NTER* 2008, p. 363-370.

Jurisprudentieregister

HOGE RAAD

· HR 23 december 1864, *W.* 2652 | 2.2
· HR 31 december 1915 (*Guldemond/Noordwijkerhout*), *NJ* 1916, p. 407 | 2.7.1
· HR 20 november 1924, *W.v.h.R.* 11293 | 2.6.2
· HR 29 juni 1928, *NJ* 1928, p. 1138 | 2.7.2
· HR 17 februari 1939, *NJ* 1939, 932 (*Voorste Stroom IV*) | 6.6
· HR 20 december 1940, *NJ* 1941, 366 (*Voorste Stroom V*) | 2.7.2
· HR 19 maart 1943, *NJ* 1943, 312 (*Voorste Stroom VI*) | 2.7.2
· HR 18 februari 1944, *NJ* 1944, 226 (*Haagse Duinwaterleiding*) | 2.7.2, 2.7.3
· HR 19 december 1952, *NJ* 1953, 642 (*Voorste Stroom VII*) | 2.7.2, 2.7.3
· HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548 (*Quint/Te Poel*) | 2.7.1
· HR 10 maart 1972, *NJ* 1972, 278 (*Vermeulen/Lekkerkerker*) | 8.6.4.1, 9.4.2
· HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 410 (*Milétic*) | 5.4.2.1
· HR 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509 (*Amercentrale*) | 6.5.5, 6.5.5.1
· HR 11 november 1983, *NJ* 1984, 331 | 13.6.3
· HR 16 mei 1986, *NJ* 1987, 251 (*Landbouwvliegers*) | 3.4.5, 7.3.2
· HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 (*Heesch/Van de Akker*) | 13.3.1.1
· HR 3 april 1987, *NJ* 1988, 275 | 6.3.3.2
· HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 *(Harmonisatiewet*) | 10.7.2.1
· HR 2 juni 1989, *RvdW* 1989, 154 (*Plein 44*) | 9.6.4
· HR 16 juni 1989, *AB* 1989, 437 | 3.4.5
· HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 746 (*Velsen/De Waard*) | 6.3.3.2
· HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 794 (*Staat/B.*) | 3.4.5, 5.4.1, 5.4.3, 5.4.3, 5.4.3.4
· HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 92 | 5.4.3.4
· HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638 (*Leffers*) | 1.2.1, 3.4.5, 5.2.2, 5.3.2.1, 7.4.2.2, 8.5.6, 11.5.2
· HR 15 februari 1991, *NJ* 1992, 639 (*Aalscholvers*) | 2.7.1, 8.5.3.1, 8.6.4.1
· HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 476 | 8.6.4.1
· HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 622 | 5.4.2.3, 6.7.1
· HR 12 juni 1992, *NJ* 1993, 113 (*Bedrijfsvereniging Boulogne*) | 5.2.1
· HR 10 maart 1993, *BR* 1993, 544 | 6.3.3.2
· HR 29 april 1994, *AB* 1994, 530 (*GE Eigendom/Den Haag*) | 6.7.1
· HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196 (*Staat/Shell*) | 5.5.2
· HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 231 (*Krijco*) | 5.3.2.1, 5.3.2.3, 7.4.4, 8.5.5, 8.6.1.1, 13.3.1.2
· HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 164 (*Logister/Staat*) | 8.7.3.4
· HR 15 maart 1996, *JB* 1996, 120 (*Apotheekhoudende arts Batelaan*) | 10.7.2.3
· HR 25 september 1996, *NJ* 1996, 164 (*Logister*) | 7.4.4

· HR 3 april 1998, *AB* 1998, 256 (*Meiland*) | 8.9.2, 8.9.3
· HR 18 april 1997, *NJ* 1997, 456 (*De Waal/Staat*) | 7.4.4, 12.5.3, 12.5.4
· HR 25 september 1998, *NJ* 1999, 193 | 6.2
· HR 28 september 1998, *NJ* 1999, 69 | 8.6.4.1
· HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998, 831 | 9.7.1
· HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 234 (*De Dommel*) | 7.4.4, 8.6.2, 8.8
· HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 713, *AB* 2001, 135 (*Kooren Maritiem*) | 10.4.4., 10.7.2.1
· HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 78 (*Arrosel*) | 6.7.2, 8.5.5, 8.6.1.1, 9.7.1, 13.3.1.2
· HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412 (*Staat/Lavrijsen*) | 1.1, 1.2.1, 3.5.3, 5.3.2.2, 5.4.2, 5.4.2.2, 5.4.2.3, 7.2, 7.5.3, 8.3.3, 8.5.4, 11.3.3, 13.4.3.1
· HR 16 november 2001, *JB* 2002, 1 (*Olde Damink/Oldenzaal*) § 5.6.2
· HR 16 november 2001, *AB* 2002, 25 (*WHV*) | 5.6.2, 8.3.3, 10.3.3.2, 10.6.2.1, 10.7.2.2
· HR 21 december 2001, LJN AB2739 | 13.3.1.1
· HR 22 februari 2002, *AB* 2003, 249 (*Van Vlodrop II*) | 6.5.3, 8.5.6, 9.6.4
· HR 6 december 2002, *AB* 2004, 17 (*Pannenkoekenhuis de Kabouter*) | 1.5, 3.6, 5.5.2, 9.5.1
· HR 21 maart 2003, *NJ* 2009, 232 (*Xenos*) | 3.5.3, 5.3.2.2, 5.4.4, 6.5.5.1, 8.5.4
· HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84 (*Harrida*) | 1.2.1, 3.5.3, 5.3.2.1, 7.4.2, 7.6, 8.5.2.1, 8.6.3.1, 11.4.1.2, 11.4.2.2, 11.5.2, 13.4.3.1
· HR 12 september 2003, *JB* 2003, 282 | 13.3.1.2
· HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430 (*TBS*) | 1.2.1, 3.5.3, 5.1, 5.2.2, 5.4.2.1, 5.5.1, 5.5.3, 6.3.2
· HR 17 september 2004, *NJ* 2005, 392 (*Uzi*) | 1.2.2, 3.5.3, 3.6, 5.2.2, 5.4.2.1, 5.4.2.2, 5.4.2.3, 5.4.2.4, 5.5.2, 6.2.3, 6.5.5.1, 8.5.4, 13.4.3.1
· HR 17 september 2004, LJN AR2314 | 10.7.2.3
· HR 15 oktober 2004, *JB* 2004, 387 (*Dierenartsen*) | 5.3.2.1, 7.3.2, 7.4.2, 7.4.4, 7.7, 9.3.2, 9.6.4, 13.3.1.2
· HR 21 januari 2005, *AB* 2006, 287 (*Direks/Venray*) | 6.5.3
· HR 21 oktober 2005, *JB* 2005, 318 | 9.4.2
· HR 18 november 2005, *AB* 2006, 57 | 1.2.1, 5.4.1, 5.4.3
· HR 1 september 2006, LJN AX1569 | 10.4.2
· HR 13 oktober 2006, *NJ* 2007, 432 | 5.4.1, 5.4.4
· HR 9 november 2007, *TBR* 2008, p. 293 e.v. | 6.5.3, 10.7.3.1
· HR 11 januari 2008, LJN BB5077 | 8.2
· HR 28 maart 2008, *NJ* 2008, 475, *JB* 2008, 105 en *TBR* 2009, 12 *JB* 2008, 105 (*Asha*) | 1.5, 3.6, 13.3.2.1
· HR 11 april 2008, *AB* 2008, 170 | 3.6
· HR 6 maart 2009, LJN BG5051 | 7.4.4
· HR 20 maart 2009, *Gst*. 2009, 65 | 10.4.2, 10.7.2.1, 10.7.2.2, 13.3.2.3
· HR 10 juli 2009, LJN BI3452 (*British American Tobacco*) | 7.4.4, 8.5.5, 13.3.1.2
· HR 11 september 2009, LJN BI7145 | 12.5.1
· HR 2 oktober 2009, *JA* 2009, 164 | 5.4.2.3, 5.5.2, 8.5.2.3

GERECHTSHOVEN

· Hof Leeuwarden 29 mei 1957, *NJ* 1958, 181 | 3.2.3
· Hof Den Haag 29 december 1988, *NJ* 1990, 320 | 3.4.5

· Hof Den Haag 14 december 1989, *NJ* 1990, 737 | 9.6.4
· Hof Den Bosch 9 november 1992, *BR* 1993, 815 | 9.6.2.1
· Hof Arnhem 24 januari 1995, *NJ* 1996, 242 (*Double Fun*) | 6.3.1, 7.4.4, 8.5.5
· Hof Den Haag 18 februari 1999, *NJ* 2000, 202 (*Breukink*) | 8.5.2.1, 8.6.2
· Hof Arnhem 31 augustus 1999, *JB* 1999, 254 (*Olde Damink/Oldenzaal*) | 5.6.2
· Hof Amsterdam 22 mei 2003, *NJ* 2005, 204 | 7.4.4
· Hof Leeuwarden 15 september 2004, LJN AT6858 | 7.5.3, 9.7.1
· Hof Den Haag 7 juli 2005, *O&A* 2005, p. 176 (*Dina Cornelia B.V.*) | 6.6, 8.3.2
· Hof Amsterdam 16 februari 2006, *NJ* 2008, 36 | 10.7.3.1
· Hof Arnhem 21 februari 2006, LJN AV2754 | 6.7.1, 8.5.3, 8.5.5
· Hof Leeuwarden 22 maart 2006, LJN AV6488 | 13.3.1.2
· Hof Leeuwarden 22 maart 2006, *JA* 2006, 69 | 5.5.2, 8.6.1.1, 9.7.1, 13.3.1.2
· Hof Arnhem 29 augustus 2006, LJN AY7535 | 10.7.2.2
· Hof Den Haag 25 januari 2007, kenbaar uit HR 6 maart 2009, LJN BG5051 | 7.4.4
· Hof Den Haag 1 maart 2007, LJN BA0888 | 9.7.1
· Hof Den Haag 29 maart 2007, LJN BA3417 | 5.5.1, 6.3.1, 9.6.4, 10.7.7.2
· Hof Den Haag 12 april 2007, LJN BA4457 | 6.5.4, 9.7.1
· Hof Den Haag 26 april 2007, kenbaar uit HR 20 maart 2009, LJN BG9951 | 10.4.2, 10.7.2.2
· Hof Den Haag 21 juni 2007, kenbaar uit HR 10 juli 2009, LJN BI3452 (*British American Tobacco*) | 7.4.4
· Hof Arnhem 25 september 2007, LJN BB8609 | 6.3.1, 8.6.3
· Hof Den Haag 11 oktober 2007, LJN BB5874 | 10.7.2.3
· Hof Amsterdam 24 april 2008, LJN BD2359 | 6.5.5.1
· Hof Den Haag 30 september 2008, LJN BF1789 | 11.2.2.2
· Hof Amsterdam, 18 november 2008, LJN BH4151 | 8.5.4
· Hof Den Haag 24 februari 2009, *JA* 2009, 67 | 5.2.3
· Hof Den Haag 30 juni 2009, LJN BJ1592 | 6.3.2
· Hof Arnhem 4 augustus 2009, *NJF* 2009, 416 (*Moby Dick*) | 7.4.4, 8.7.2
· Hof Den Haag 25 augustus 2009, LJN BJ6317 | 10.7.7.2
· Hof Den Haag 13 oktober 2009, LJN BK0912 | 7.4.4
· Hof Arnhem 17 november 2009, LJN BK3304 | 10.7.2.1, 10.7.2.2, 11.3.3

RECHTBANKEN

· Pres. Rb Breda 21 juli 1967, *NJ* 1968, 321 | 8.6.4.1
· Pres. Rb Groningen 10 oktober 1978, *NJ* 1979, 35 | 3.4.5
· Rb Breda 2 augustus 1983, *AB* 1984, 164 | 3.4.5
· Rb Middelburg 12 oktober 1983, *Gst*. 6776, 8 | 3.4.5
· Rb Den Haag 31 januari 1986, *BR* 1986, 437 (*Waldorpstraat Den Haag*) | 3.4.5
· Pres. Rb Middelburg 21 november 1990, *KG* 1990, 403 | 3.4.5, 7.4.4
· Rb Breda 22 januari 1991, *BR* 1991, 918 | 9.6.2.1
· Pres. Rb Den Haag 7 april 1993, *KG* 1993, 162 | 6.2.3
· Pres. Rb Utrecht, 31 augustus 1994, *JB* 1994, 255 | 7.5.1
· Pres. Rb Den Bosch 29 december 1994, *AB* 1995, 182 | 5.5.2, 13.3.1.1
· Rb Roermond 27 februari 1996, *JB* 1996, 128 | 8.5.3.1
· Pres. Rb Roermond, 12 april 1996, *JB* 1996, 164 | 7.5.3, 9.6.2.1, 9.6.4

· Rb Den Haag 10 december 1997, *JM* 1998, 58 | 7.4.4
· Rb Zutphen 16 februari 1998, *AB* 1998, 227 | 7.4.3.1
· Rb Roermond 11 februari 1999, LJN AA3418 | 6.3.3.2, 6.4.1, 6.5.4, 8.7.3.3, 8.7.4.1, 8.7.5
· Rb Den Haag 9 juli 1999, *JB* 1999, 234 (*Phobutech*) | 6.3.3.1, 6.3.3.2, 6.4.1, 8.5.3.2
· Rb Amsterdam 23 september 1999, LJN AA4707 | 3.5.2, 9.2.1
· Rb Rotterdam 27 september 1999, *JB* 1999, 75 | 9.4.2
· Rb Amsterdam 6 oktober 1999, LJN AA4267 | 6.3.1
· Rb Leeuwarden 3 november 1999, n.g., rolnr. 98/0025 | 8.6.1.1
· Rb Den Haag 2 februari 2000, LJN AA4654 | 10.4.2, 10.7.2.2
· Rb Breda 9 maart 2000, LJN AA6444 | 8.4
· Rb Arnhem 28 april 2000, *JB* 2000, 171 | 7.4.4, 7.5.1
· Rb Assen 19 juli 2000, LJN AB2744 | 8.2
· Rb Den Haag 20 juli 2000, LJN AA6588 | 6.5.3
· Rb Den Haag 30 augustus 2000, LJN AA8578 | 9.7.2
· Rb Groningen 16 januari 2001, *BR* 2001, 332 | 11.4.2.1
· Rb Assen 13 februari 2001, *JB* 2001, 103 | 6.5.5.1, 8.5.4, 13.6.4.1
· Rb Assen 26 februari 2001, LJN AB0962 | 6.3.1, 6.3.3.1
· Rb Rotterdam 11 april 2001, LJN AB1024 | 9.5.2
· Rb Rotterdam 3 juli 2001, *JB* 2001, 228 | 6.5.6
· Rb Rotterdam 3 augustus 2001, *BR* 2002, 514 | 6.2
· Rb Rotterdam 17 augustus 2001, LJN AD3934 | 6.8, 8.5.2.4
· Rb Leeuwarden 6 september 2001, LJN AD3917 | 7.4.3.1
· Rb Arnhem 22 oktober 2001, LJN AD4725 | 9.5.2
· Rb Haarlem 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 423 | 7.7, 8.6.2, 13.3.1.2
· Rb Utrecht 29 januari 2002, LJN AD9421 | 3.5.2, 8.5.2.2, 8.9.4, 9.7.1, 10.7.3.2
· Rb Arnhem 8 februari 2002, LJN AD9215 | 9.2.2
· Rb Rotterdam 23 februari 2002, LJN AE5177 | 9.5.2
· Rb Leeuwarden 27 februari 2002, LJN AD9649 | 3.5.3, 9.7.1, 13.3.1.2
· Rb Amsterdam 5 maart 2002, LJN AE0353 | 5.3.2.1
· Rb Den Haag 20 maart 2002, LJN AE7271 | 6.7.2, 7.4.2.2, 7.7, 8.5.5
· Rb Den Haag 20 maart 2002, LJN AE7269 | 8.5.5, 10.4.1
· Rb Arnhem 21 maart 2002, LJN AE0810 | 8.6.1.1, 8.6.3
· Rb Dordrecht 4 april 2002, LJN AE1704 | 6.3.3.2, 6.4.3, 8.5.2.4, 8.6.2
· Rb Zwolle 4 juni 2002, LJN AE7087 | 10.7.7.2
· Rb Leeuwarden, 4 december 2002, LJN AF1506 | 5.5.2, 8.6.3
· Rb Rotterdam 13 mei 2003, LJN AF8574 | 6.7.2 | 8.5.6
· Rb Leeuwarden, 21 mei 2003, LJN AF9102 | 7.5.3
· Rb Arnhem 5 juni 2003, LJN AH9484 | 6.3.3.2
· Rb Arnhem 5 juni 2003, LJN AG0131 | 8.7.4.1
· Rb Arnhem 19 juni 2003, *BR* 2004, 55 | 5.2.4, 7.7, 8.5.3.1
· Rb Arnhem 19 juni 2003, LJN AG9390 | 6.3.1, 7.7, 8.5.3.1, 8.8
· Rb Almelo 7 oktober 2003, *AB* 2004, 16 | 3.5.2, 7.7, 8.4, 8.5.3.1, 9.2.2
· Rb Assen 15 oktober 2003, LJN AN7863 | 6.5.5, 6.5.6
· Rb Utrecht 15 oktober 2003, LJN AM2622 | 8.5.2.4, 11.4.2.2
· Rb Maastricht 11 december 2003, LJN AO0048 | 6.2.3
· Rb Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004, 69 | 11.2.2.2
· Rb Rotterdam 16 januari 2004, *AB* 2004, 83 | 8.2

· Rb Zutphen 19 januari 2004, LJN AR4959 | 6.3.3.2, 6.5.4
· Rb Arnhem 26 januari 2004, LJN AO2330 | 5.3.2.1
· Rb Zutphen 1 april 2004, LJN AO7291 | 8.5.3.1
· Rb Den Haag 14 april 2004, LJN AO9604 | 9.2.2, 9.7.2
· Rb Arnhem 21 april 2004, LJN AO9361 | 9.7.2
· Rb Arnhem 27 april 2004, LJN AO9897 | 6.3.1
· Rb Arnhem 22 mei 2004, LJN AP6250 | 9.9.2
· Rb Den Haag 2 juni 2004, LJN AP0470 | 6.7.2
· Rb Leeuwarden 12 juli 2004, LJN AQ1258 | 8.7.4.2
· Rb Zutphen 13 december 2004, LJN AS1993 | 6.7.1
· Rb Arnhem 14 december 2004, LJN AR8060 | 8.5.3.1, 8.6.4.1, 9.7.2
· Rb Zwolle 26 januari 2005, LJN AS3863 | 5.5.2, 6.2.3, 8.7.2, 8.7.3.1
· Rb Alkmaar 6 juli 2005, *JA* 2005, 70 (*Geluidsoverlast moskee*) | 3.6, 8.5.3.1, 8.6.4.1, 13.3.1.2
· Rb Maastricht 8 juli 2005, LJN AU5146 | 6.5.4
· Rb Maastricht 26 juli 2005, LJN AU1341 | 6.5.3, 9.5.2
· Rb Arnhem 21 september 2005, LJN AU5467 | 8.2
· Rb Den Haag 9 november 2005, *JA* 2006, 3 | 5.2.3
· Rb Rotterdam 17 november 2005, LJN AV2650 | 9.2.2
· Rb Rotterdam 1 december 2005, LJN AV2664 | 6.3.1, 9.2.2, 10.7.2.3
· Rb Leeuwarden 17 januari 2006, LJN AV0790 | 5.3.2.1, 6.7.2, 8.2, 8.3.3, 8.5.2.2, 8.6.1.1
· Rb Amsterdam 18 januari 2006, LJN AV1546 | 8.5.3.1
· Rb Den Bosch 16 februari 2006, LJN AV2130 | 9.7.1, 9.7.2
· Rb Leeuwarden 22 februari 2006, LJN AX8773 | 6.5.4, 8.6.1.1
· Rb Arnhem 25 april 2006, LJN AX5578 | 5.3.1, 10.4.6
· Rb Arnhem 26 april 2006, LJN AW4053 | 8.5.6, 8.6.1.1
· Rb Groningen 3 mei 2006, LJN AX4137 | 5.5.3, 6.2.1, 8.5.6
· Rb Haarlem 12 mei 2006, LJN AX4086 | 8.7.4.2, 8.7.3.2
· Rb Haarlem 1 juni 2006, LJN AX7985 | 8.7.4.1
· Rb Den Bosch 19 juli 2006, LJN AY5002 | 9.4.2
· Vzr. Rb Den Haag, 26 juli 2006, *GJ* 2006, 103 | 3.6, 13.6.4.3
· Rb Dordrecht 18 augustus 2006, LJN AZ1419 | 8.8
· Rb Haarlem 8 november 2006, LJN AZ2719 | 6.3.1, 8.4, 9.7.1
· Rb Haarlem 4 december 2006, LJN AZ6319 | 8.2
· Rb Den Bosch 6 december 2006, LJN AZ4445 | 9.2.2, 9.7.2
· Rb Den Haag 13 december 2006, *JA* 2007, 28 (*Vuurwerkramp Enschede*) | 1.2.1, 5.3.2.3, 5.5.1
· Rb Den Bosch 24 januari 2007, LJN AZ7307 | 8.2, 8.5.2.2, 8.7.4.1, 8.7.5
· Rb Den Haag 21 februari 2007, *Gst*. 2007, 74 (*XS4ALL*) | 8.9.4 10.4.2, 10.7.2.3
· Rb Almelo 23 februari 2007, LJN AZ9300 | 9.5.2, 9.8
· Rb Rotterdam 9 maart 2007, LJN BA1088 | 8.2
· Rb Den Haag 27 maart 2007, LJN BA1474 | 10.4.2, 10.7.2.2
· Rb Arnhem 28 maart 2007, LJN BA3416 | 6.6, 8.5.2.4, 9.7.2, 11.4.2.2
· Rb Arnhem 10 april 2007, LJN BA3428 | 6.5.5.2
· Rb Groningen 11 april 2007, LJN BA3119 | 8.7.3.2, 8.7.4.2
· Rb Rotterdam 4 juli 2007, LJN BB0253 | 5.6.2
· Rb Arnhem 23 juli 2007, LJN BB0520 | 8.7.3.1, 8.7.3.3, 8.7.4.1

· Rb Amsterdam 5 september 2007, LJN BB7627 | 6.5.2, 8.8, 9.7.1
· Rb Haarlem 5 september 2007, LJN BB4446 | 8.2, 9.7.1
· Rb Utrecht 14 september 2007, LJN BB5082 | 6.5.2
· Rb Zutphen 20 september 2007, LJN BB5425 | 6.4.1, 6.5.4, 8.4, 8.5.2.4, 8.6.1.1
· Rb Arnhem 25 september 2007, LJN BB5527 | 8.4
· Rb Maastricht 26 september 2007, LJN BB4364 | 6.5.4
· Rb Arnhem 15 oktober 2007, LJN BB5650 | 8.4
· Rb Almelo 22 oktober 2007, LJN BB6390 | 10.4.2
· Rb Amsterdam 22 oktober 2007, LJN BB7619 | 6.7.2, 8.4, 8.5.3.4, 8.7.3.1, 8.7.3.2, 8.7.4.1, 8.7.5
· Rb Haarlem 22 oktober 2007, LJN BB8224 | 8.7.3.4
· Rb Haarlem 22 oktober 2007, LJN BB8225 | 8.7.3.4
· Rb Groningen 23 oktober 2007, LJN BC3185 | 8.7.4.1,9.3.2
· Rb Den Haag 31 oktober 2007, LJN BD1249 | 5.6.2
· Rb Almelo 7 november 2007, LJN BC2411 | 6.7.1, 7.7, 8.5.5, 8.7.2, 9.6.4, 10.7.2.2, 10.7.2.3
· Rb Arnhem 7 november 2007, LJN BB7899 | 6.3.3.2
· Rb Den Haag 13 november 2007, LJN BC6281 | 6.3.2
· Rb Den Haag 21 november 2007, LJN BH5362 (*Meststoffenwet*) | 10.7.2.2
· Rb Amsterdam 27 november 2007, LJN BF5171 | 8.7.3.3
· Rb Utrecht 8 januari 2008, LJN BC4326 | 8.8
· Rb Zutphen 16 januari 2008, LJN BC2690 | 9.5.2
· Rb Arnhem 24 januari 2008, LJN BC2698 | 5.3.3, 6.5.6, 8.8
· Rb Zwolle 19 februari 2008, LJN BC4614 | 9.2.2, 9.3.2
· Rb Arnhem 6 maart 2008, LJN BC8747 | 6.4.1, 9.4.2, 9.7.1
· Rb Arnhem 27 maart 2008, LJN BH0116 | 8.4, 8.5.3.2, 8.5.3.4, 8.8, 9.7.1
· Rb Rotterdam 9 april 2008, LJN BC9791 | 5.6.2
· Rb Rotterdam 16 april 2008, LJN BD7291 | 5.5.2, 7.4.4, 7.5.3, 8.5.2.2, 13.3.1.2
· Rb Rotterdam 14 mei 2008, LJN BD4148 | 8.7.3.3, 8.7.4.2, 13.3.1.2
· Rb Amsterdam 2 juni 2008, LJN BD7240 | 5.2.2
· Rb Leeuwarden 20 juni 2008, LJN BD6382 | 6.2, 13.4.3.3
· Rb Roermond 7 juli 2008, LJN BD7739 | 8.4
· Rb Dordrecht 11 juli 2008, LJN BG3548 | 6.2.3, 6.6, 7.4.4, 8.3.2, 8.5.2.4, 9.7.2
· Rb Zutphen 18 juli 2008, LJN BD8699 | 8.6.1.1
· Rb Roermond 7 juli 2008, LJN BD7739 | 6.4.1
· Rb Den Haag 6 augustus 2008, LJN BI2533 | 10.7.2.2
· Rb Amsterdam 15 augustus 2008, LJN BG3628 | 9.7.1
· Rb Amsterdam 27 augustus 2008, LJN BF0811 | 9.7.1
· Rb Roermond 27 augustus 2008, LJN BF3176 | 9.7.2
· Rb Zutphen 4 september 2008, LJN BF0719 | 9.7.2, 9.9.3
· Rb Zutphen 4 september 2008, LJN BF0720 | 9.7.2
· Rb Den Bosch 16 september 2008, LJN BF3167 | 9.7.1
· Vzr. Rb Arnhem 28 november 2008, LJN BG5930 | 5.3.3
· Vzr. Rb Den Haag 28 november 2008, LJN BG6117 | 10.7.2.2
· Rb Den Haag 1 april 2009, *NJF* 2009, 401 | 5.4.2.4
· Rb Den Haag 4 februari 2009, LJN BH9294 | 8.5.4
· Rb Breda 9 februari 2009, LJN BH4355 | 8.7.4.2
· Rb Rotterdam 13 februari 2009, LJN BH3101 | 10.4.1

· Rb Roermond 23 juli 2009, LJN BJ3907 | 6.5.4, 9.7.1
· Rb Den Bosch 31 juli 2009, LJN BJ4340 | 9.2.2
· Rb Arnhem 3 september 2009, LJN BJ9182 | 9.7.2
· Rb Den Bosch 3 september 2009, LJN BJ7831 | 8.7.4.1
· Rb Utrecht 14 oktober 2009, LJN BK0868 | 6.3.1
· Rb Amsterdam 27 november 2009, LJN BK6517 | 8.9.3
· Rb Den Haag 3 februari 2010, LJN BL6467 | 7.4.2.2, 7.4.4, 7.7

AFDELING VOOR DE GESCHILLEN VAN HET BESTUUR VAN DE RAAD VAN STATE

· AGRvS 12 juli 1988, *AB* 1988, 444 | 7.4.3.1
· AGRvS 12 oktober 1988, *AB* 1989, 234 | 8.5.3.2, 8.9.2
· AGRvS 23 maart 1989, *AB* 1989, 428 | 1.1
· AGRvS 22 maart 1989, *AB* 1989, 342 | 8.6.1
· AGRvS 23 maart 1989, *AB* 1989, 428 (*Erven Beekhof*) | 3.4.4
· AGRvS 22 mei 1989, *AB* 1989, 543 | 8.9.2
· AGRvS 19 juli 1989, *BR* 1989, 704 | 6.3.2
· AGRvS 8 november 1990, *AB* 1991, 323 | 6.8
· AGRvS 31 december 1990, *AB* 1991, 424 (*Alblasserwaard*) | 1.1, 3.4.4, 5.3.3
· AGRvS 31 oktober 1991, *AB* 1992, 269 | 6.5.1
· AGRvS 28 november 1991, *AB* 1992, 531 | 5.3.3, 8.6.1
· AGRvS 20 december 1991, *AB* 1992, 285 | 7.4.2.1
· AGRS 10 maart 1992, *AB* 1992, 652 | 8.6.1
· AGRvS 29 juni 1992, *AB* 1993, 210 | 6.5.6
· AGRvS 27 juli 1992, *AB* 1994, 620 | 6.4.3
· AGRvS 3 februari 1993, *BR* 1993, 728 | 8.7.2, 8.8

AFDELING RECHTSPRAAK RAAD VAN STATE

· ARRvS 15 december 1981, *AB* 1982, 298 (*Baalderbrug*) | 3.4.3
· ARRvS 12 januari 1982, *AB* 1982, 299 (*Paul Krugerbrug I*) | 1.1, 3.4.3, 7.5.3
· ARRvS 20 december 1982, *AB* 1983, 409 | 9.2.1
· ARRvS 5 april 1983, *AB* 1983, 534 | 3.4.3, 8.9.2
· ARRvS 23 augustus 1983, *AB* 1984, 17, *Gst*. 1983, 6763, 2 | 5.2.2
· ARRvS 22 november 1983, *AB* 1984, 154 (*Paul Krugerbrug II*) | 1.1, 3.4.2, 7.5.3, 8.4, 8.5.2.4, 8.9.2
· ARRvS 16 februari 1984, *AB* 1984, 422 | 3.5.1, 9.6.4
· ARRvS 8 juni 1984, *AB* 1985, 188 | 7.5.3
· Vz ARRvS 22 januari 1985, *AB* 1986, 278 | 9.6.2.1
· ARRvS 14 mei 1986, *AB* 1986, 568, *BR* 1986, 852 (*Metroschade*) | 3.4.4, 5.3.2.2, 13.3.2.1
· ARRvS 9 juni 1986, *AB* 1987, 360 | 6.8
· ARRvS 8 december 1986, *BR* 1987, 453 | 9.4.1
· ARRvS 29 juni 1987, *AB* 1988, 262 | 8.5.3.1
· ARRvS 1 juli 1987, *AB* 1988, 115 | 6.6
· ARRvS 18 november 1987, *AB* 1987, 554 (*Kromhout/Rijkswaterstaat*) | 13.3.2.1

· ARRvS 9 juli 1990, *AB* 1991, 229 | 8.5.3.2
· ARRvS 27 augustus 1990, *BR* 1991, 283 | 8.5.3.1
· ARRvS 8 november 1990, *AB* 1991, 323 | 1.1
· ARRvS 4 december 1990, *AB* 1991, 597 | 12.5.3
· ARRvS 15 februari 1993, *AB* 1993, 488 | 6.3.2
· ARRvS 13 mei 1993, *AB* 1993, 537 | 6.4.3, 6.8

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

· ABRvS 13 januari 1994, *AB* 1994, 559 | 7.4.4
· Vz ABRvS 17 januari 1994, *AB* 1994, 385, *Gst*. 1995, 7007, 5 | 5.3.2.1, 9.6.2.1, 13.6.4.2
· ABRvS 13 juni 1994, *AB* 1994, 559 | 7.5.1
· ABRvS 22 juli 1994, *BR* 1995, 327 | 6.3.3.1
· ABRvS 30 maart 1995, *AB* 1995, 375 | 8.6.3.1, 11.5.2.1
· ABRvS 19 mei 1995, *AB* 1995, 444 | 8.6.1.1, 10.7.3.2
· ABRvS 16 juni 1995, *AB* 1996, 85 | 9.6.2.2
· ABRvS 25 september 1995, *BR* 1996, 747 | 8.3.1
· ABRvS 26 oktober 1995, *JB* 1996, 13 | 8.3.1 | 8.3.3, 8.4, 8.5.2.1, 8.5.6
· ABRvS 22 december 1995, *AB* 1996, 250 | 8.9.2, 11.4.1.2
· ABRvS 28 december 1995, *AB* 1996, 206 | 6.5.4, 6.5.5.2
· ABRvS 5 maart 1996, *AB* 1996, 251 | 9.7.2
· ABRvS 9 augustus 1996, *AB* 1996, 434 | 8.6.2
· ABRvS 29 augustus 1996, *AB* 1997, 434 | 8.7.5
· ABRvS 10 september 1996, *JB* 1996, 214 | 8.6.3.1
· ABRvS 23 september 1996, *AB* 1996, 494 | 5.5.2, 6.3.3.2, 8.5.2.2, 8.5.2.4, 8.6.1
· ABRvS 23 september 1996, *AB* 1996, 459 | 8.6.2, 9.3.2
· ABRvS 21 oktober 1996, *AB* 1996, 496 | 11.5.3
· ABRvS 29 november 1996, *AB* 1997, 66 (*Alpha*) | 7.1
· ABRvS 9 december 1996, *AB* 1998, 70 | 6.7.1
· ABRvS 18 februari 1997, *AB* 1997, 143 (*Beurskens*) | 1.1, 3.5.2, 7.2
· ABRvS 13 maart 1997, *AB* 1997, 362 | 6.3.2, 6.5.6, 8.7.4.1
· ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229 (*Van Vlodrop*) | 1.1, 3.5.2, 5.3.2.2, 7.1, 7.2, 8.3.3, 11.3.3
· ABRvS 1 augustus 1997, *AB* 1998, 37 | 8.7.2, 8.7.3.2, 8.7.4.1, 8.7.4.2
· ABRvS 1 augustus 1997, *AB* 1998, 38 | 6.2.3, 6.3.3.2, 6.6, 8.7.4.1
· ABRvS 15 januari 1998, *BR* 1998, 525 (*Waterschap Friesland*) | 5.3.2.3
· ABRvS 15 januari 1998, *NJB* 1998, p. 405 | 5.4.4, 6.3.2
· ABRvS 20 januari 1998, *AB* 1998, 143 | 6.3.3.2
· ABRvS 26 februari 1998, *BR* 1999, 131 | 8.7.4.2
· Vz ABRvS 17 september 1998, *BR* 1999, 414 | 6.6
· ABRvS 6 oktober 1998, *AB* 1999, 7 | 8.6.1
· ABRvS 15 oktober 1998, *JB* 1999, 278 | 8.5.2.2, 9.7.1, 9.7.2
· ABRvS 5 november 1998, *JB* 1999, 7 | 9.5.2
· ABRvS 30 november 1998, *AB* 1999, 90, *JB* 1999, 12 | 6.3.3.2, 8.5.2.4, 9.7.2
· ABRvS 8 januari 1999, *BR* 2001, 322 | 5.6.2
· ABRvS 14 januari 1999, *JB* 1999, 30 | 5.3.3

· ABRvS 28 januari 1999, *AB* 1999, 236 | 8.7.3.2
· ABRvS 6 april 1999, *BR* 2000, 516 | 8.6.1
· ABRvS 6 april 1999, *Gst*. 1999, 7108, 8 | 9.6.2.2
· ABRvS 22 juli 1999, *JB* 1999, 244 | 6.6
· ABRvS 16 september 1999, *AB* 1999, 449 | 8.4
· ABRvS 14 januari 2000, *JB* 2000, 50 | 6.3.3.2, 6.5.6
· ABRvS 1 februari 2000, *AB* 2000, 111 | 9.6.4
· ABRvS 1 februari 2000, *AB* 2000, 444 | 8.7.3.3
· ABRvS 4 februari 2000, *AB* 2000, 427 | 6.3.3.2
· ABRvS 3 april 2000, *AB* 2000, 222 | 5.3.2.2, 9.7.1
· ABRvS 11 mei 2000, LJN AA6821 | 8.7.4.1
· ABRvS 12 mei 2000, LJN AA6820 | 6.3.1, 6.3.2
· ABRvS 12 mei 2000, *BR* 2001, 230 | 6.3.1
· ABRvS 18 mei 2000, *Gst*. 2000, 7128, 3 (*Borsele*) | 3.6, 5.2.2, 7.5.3
· ABRvS 30 mei 2000, *BR* 2001, 431, *JB* 2000, 201 | 6.3.2
· ABRvS 5 juni 2000, *JB* 2000, 214 (*Phobutech*) | 6.3.3.2, 8.5.3.1, 8.5.3.2
· ABRvS 8 juni 2000, *AB* 2002, 23 | 10.4.2
· ABRvS 9 juni 2000, *AB* 2001, 222, *JB* 2000, 243 (*Erkens Bakkerijen*) | 3.6, 5.2.2
· ABRvS 23 juni 2000, *BR* 2001, 232 | 6.3.3.1
· ABRvS 10 juli 2000, *Gst*. 2000, 7128, 9 | 3.6, 5.2.2, 7.5.3, 9.4.2
· ABRvS 10 augustus 2000, *BR* 2001, 692 | 3.3.5
· ABRvS 2 oktober 2000, *AB* 2000, 449 | 6.7.1
· ABRvS 14 november 2000, *BR* 2001, 234 | 8.4, 8.6.1.1
· ABRvS 14 december 2000, *AB* 2001, 199 | 6.5.3
· ABRvS 20 november 2000, *AB* 2001, 378 | 8.7.3.2, 8.7.4
· ABRvS 15 januari 2001, *AB* 2001, 155 | 6.7.1
· ABRvS 1 februari 2001, *JB* 2001, 86 | 9.7.1
· ABRvS 13 februari 2001, *JB* 2001, 87 | 3.5.2, 9.2.2, 9.7.2
· ABRvS 20 februari 2001, *BR* 2002, 166 (*Noord-Zuidlijn*) | 3.5.2
· ABRvS 12 april 2001, *JB* 2001, 153 | 8.9.4
· ABRvS 22 maart 2001, *AB* 2001, 195 | 9.6.4, 13.6.4.2
· ABRvS 5 september 2001, *BR* 2002, 877 (*Souterrain Den Haag*) | 6.4.1, 6.5.4, 8.4, 8.5.3.2, 8.6.1.1, 8.9.2, 11.4.2.2
· ABRvS 26 september 2001, *BR* 2002, 797 | 8.6.2, 9.7.1
· ABRvS 26 september 2001, *AB* 2001, 379 | 8.7.3.2
· ABRvS 28 november 2001, *AB* 2002, 99 | 6.6, 8.7.4
· ABRvS 12 december 2001, *Gst.* 2002, 7173, 6 | 9.6.4
· ABRvS 2 januari 2002, *AB* 2002, 377 | 8.7.4, 8.7.5
· ABRvS 22 februari 2002, *AB* 2001, 134 | 8.9.2
· ABRvS 6 maart 2002, LJN AE0350 | 5.4.2.3, 6.3.3.2, 8.5.2.4, 8.5.6
· ABRvS 6 maart 2002, *AB* 2002, 275 | 6.5.6
· ABRvS 6 maart 2002, LJN AE0183 | 9.5.2
· ABRvS 15 mei 2002, LJN AE2594 | 8.4, 8.5.2.4, 9.7.2
· ABRvS 22 mei 2002, LJN AE2778 | 8.4, 9.7.1
· ABRvS 29 mei 2002, *AB* 2003, 108 | 5.3.2.1, 6.5.4, 8.6.1.1, 9.7.1
· ABRvS 26 juni 2002, *AB* 2003, 232 | 5.2.2, 6.7.1
· ABRvS 26 juni 2002, LJN AE4643 | 9.2.2
· ABRvS 3 juli 2002, *Gst*. 2003, 7197, nr. 196 | 5.2.2

· ABRvS 17 juli 2002, *JB* 2002, 293 | 6.3.3.2
· ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2002, 395, m.nt. ARN | 6.5.3, 8.7.1. 10.7.3.1, 13.5.2
· ABRvS 17 juli 2002, LJN AE5454 | 8.6.2
· ABRvS 24 juli 2002, *AB* 2002, 379 | 9.6.2.1
· ABRvS 31 juli 2002, LJN AE6010 | 9.6.4
· ABRvS 21 augustus 2002, LJN AE6739 | 10.4.2
· ABRvS 4 september 2002, LJN AE7204 | 6.7.1, 6.7.2, 8.5.2.3
· ABRvS 11 september 2002, *AB* 2003, 106 | 6.7.1
· ABRvS 18 september 2002, *AB* 2003, 132 | 8.4
· ABRvS 16 oktober 2002, LJN AE8789 | 6.3.2
· ABRvS 13 november 2002, LJN AF0262 | 6.7.1, 8.3.2, 8.5.2.3, 9.6.2.1
· ABRvS 20 november 2002, *BR* 2003, 418 | 8.7.4, 8.7.5
· ABRvS 20 november 2002, LJN AF0864 | 8.8
· ABRvS 4 december 2002, LJN AF1449 | 6.5.4, 6.5.5
· ABRvS 4 december 2002, *AB* 2003, 91 | 6.6, 9.7.2
· ABRvS 15 januari 2003, LJN AF2923 | 5.2.2
· ABRvS 15 januari 2003, *AB* 2003, 121 | 6.4.3
· ABRvS 22 januari 2003, LJN AF3161 | 8.7.3.4
· ABRvS 5 februari 2003, *JB* 2003, 98 | 8.7.3.1
· ABRvS 5 februari 2003, LJN AF3896 | 9.4.2
· ABRvS 19 februari 2003, *BR* 2003, 811 | 8.7.4.1, 8.7.5
· ABRvS 6 maart 2003, LJN AE0350 | 11.4.2.2
· ABRvS 19 maart 2003, *AB* 2003, 455 | 9.7.2
· ABRvS 26 maart 2003, LJN AF6361 | 6.4.1, 8.6.1.1, 9.7.2
· ABRvS 16 april 2003, LJN AF7337 | 6.3.3.2
· ABRvS 16 april 2003, LJN AF7350 | 12.5.3
· ABRvS 16 april 2003, LJN AF7352 | 9.7.1
· ABRvS 16 april 2003, LJN AF7355 | 9.7.1, 10.4.1
· ABRvS 21 mei 2003, LJN AF8955 | 6.7.2, 8.6.1.1
· ABRvS 9 juni 2003, *BR* 2004, 686 | 9.5.1, 9.8, 9.8.1
· ABRvS 23 juli 2003, *AB* 2003, 448 | 9.7.1
· ABRvS 23 juli 2003, *AB* 2004, 275 | 6.2.1, 8.5.6, 13.3.2.1, 13.6.2
· ABRvS 30 juli 2003, LJN AI0551 | 6.5.5
· ABRvS 20 augustus 2003, *AB* 2004, 139 | 8.4
· ABRvS 20 augustus 2003, LJN AI1199 | 9.5.2
· ABRvS 27 augustus 2003, *JB* 2003, 289 | 9.5.1
· ABRvS 3 september 2003, *AB* 2004, 51 | 8.8
· ABRvS 3 september 2003, LJN AI1791 | 9.5.2
· ABRvS 10 september 2003, LJN AJ3284 | 9.4.2
· ABRvS 22 oktober 2003, LJN AM2471 | 9.3.2
· ABRvS 29 oktober 2003, *BR* 2004, 602 | 5.3.2.2
· ABRvS 12 november 2003, *AB* 2004, 95, *JB* 2004, 12 | 3.5.2, 9.2.2
· ABRvS 12 november 2003, *AB* 2004, 244 | 6.5.5, 9.4.2
· ABRvS 12 november 2003, LJN AN7996 | 10.4.1
· ABRvS 19 november 2003, LJN AN8347 | 8.4, 8.5.3.2, 8.5.3.4
· ABRvS 26 november 2003, LJN AN8835 | 9.7.1
· ABRvS 24 december 2003, *JB* 2004, 83 | 6.6
· ABRvS 14 januari 2004, *JB* 2004, 86 | 6.3.1, 6.5.4, 6.5.5

· ABRvS 14 januari 2004, LJN AO1647 | 9.5.2, 9.7.1
· ABRvS 14 januari 2004, LJN AO1650 | 5.3.2.1, 9.6.4
· ABRvS 11 februari 2004, LJN AO3346 | 6.5.6
· ABRvS 11 februari 2004, LJN AO3407 | 9.6.4
· ABRVS 10 maart 2004, *BR* 2004, 693 | 13.5.2
· ABRvS 17 maart 2004, LJN AO5659 | 9.3.2
· ABRvS 24 maart 2004, *AB* 2004, 165, *Gst*. 2004, 7213, 139 | 9.4.2, 9.7.2, 13.5.2
· ABRvS 24 maart 2004, LJN AO6087 | 6.3.1
· ABRvS 31 maart 2004, *BR* 2004, 772 | 8.7.4, 8.7.5
· ABRvS 7 april 2004, LJN AO7131 | 8.5.3.4, 8.7.2, 8.7.4.1, 8.7.5
· ABRvS 14 april 2004, *JB* 2004, 207 | 6.8, 8.4, 8.5.2.4, 8.5.6, 9.7.2
· ABRvS 14 april 2004, LJN AO7483 | 6.4.1, 6.5.4, 8.4, 8.5.3.2
· ABRvS 14 april 2004, LJN AO7467 | 8.7.3.1
· ABRvS 14 april 2004, LJN AO7470 | 8.7.3.2, 8.7.4.1
· ABRvS 14 april 2004, LJN AO7482 | 8.7.3.4
· ABRvS 6 mei 2004, LJN AO8865 | 3.3.5
· ABRvS 19 mei 2004, LJN AO9689 | 8.6.1.1
· ABRvS 26 mei 2004, LJN AO9985 | 13.5.2
· ABRvS 9 juni 2004, LJN AP1102 | 6.5.5, 6.5.5.1, 6.5.5.2, 13.4.3.3
· ABRvS 23 juni 2004, LJN AP3399 | 6.7.1, 9.6.2.1
· ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2005, 214 | 5.3.2.1, 6.5.4, 7.4.3.1, 7.7, 8.4, 8.6.1.1, 9.7.1, 10.7.3.2
· ABRvS 18 augustus 2004, LJN AQ6987 | 8.5.2.2, 8.7.4.2
· ABRvS 1 september 2004, *JB* 2004, 353 | 5.3.2.3
· ABRvS 8 september 2004, *BR* 2005, 144 | 8.4, 9.7.2
· ABRvS 8 september 2004, *BR* 2005, 142 | 9.7.1
· ABRvS 8 september 2004, LJN AQ9963 | 8.7.4.1, 8.7.4.2
· ABRvS 29 september 2004, *AB* 2005, 46 | 3.6, 5.3.2.1, 7.7, 8.5.3.1, 8.6.1.1, 9.5.1, 10.7.3.2
· ABRvS 29 september 2004, LJN AR2880 | 9.5.2
· ABRvS 13 oktober 2004, LJN AR3769 | 5.2.2
· ABRvS 13 oktober 2004, *JB* 2004, 373 | 8.5.2.2, 8.7.3.2, 8.7.4.2
· ABRvS 13 oktober 2004, *AB* 2004, 388 | 6.5.2
· ABRvS 27 oktober 2004, *AB* 2004, 412 | 6.4.2
· ABRvS 10 november 2004, LJN AR5469 | 8.4, 9.7.1
· ABRvS 17 november 2004, LJN AR5835 | 5.1, 5.2.3, 9.4.1, 9.4.2
· ABRvS 8 december 2004, LJN AR7059 | 9.5.1, 9.8.1
· ABRvS 8 december 2004, LJN AR7061 | 9.5.1, 9.8.1 12.5.3
· ABRvS 8 december 2004, LJN AR7064 | 9.5.1, 9.8.1
· ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 268 | 1.2.2, 5.5.2, 8.6.1.1, 9.3.2
· ABRvS 15 december 2004, LJN AR7601 | 6.3.3.2, 9.7.1
· ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 67 | 9.3.3, 9.4.1
· ABRvS 29 december 2004, LJN AR8375 | 9.3.3, 9.5.2,
· ABRvS 26 januari 2005, LJN AS3881 | 8.7.3.2
· ABRvS 26 januari 2005, LJN AS3882 | 8.7.3.2, 8.7.4.1
· ABRvS 26 januari 2005, LJN AS9315 | 5.2.3
· ABRvS 2 februari 2005, LJN AS4704 | 6.5.4, 8.7.3.4
· ABRvS 2 maart 2005, LJN AS8403 | 9.6.2.1

· ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0552 | 5.1, 5.2.3, 9.4.1, 9.4.2
· ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0554 | 6.2.1, 8.6.2
· ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0570 | 6.6, 8.6.1.1
· ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0571 | 8.6.1.1
· ABRvS 16 maart 2005, LJN AT0572 | 8.5.3.1, 8.6.4.1
· ABRvS 23 maart 2005, LJN AT1990 | 6.3.1
· ABRvS 30 maart 2005, LJN AT2781 | 9.7.2
· ABRvS 30 maart 2005, LJN AT2807 | 8.7.4.1
· ABRvS 13 april 2005, LJN AT3757 | 8.2
· ABRvS 27 april 2005, *Gst*. 2005, 7230, nr. 85 | 6.8, 8.8
· ABRvS 18 mei 2000, LJN AT5690 | 6.5.4, 6.5.5
· ABRvS 18 mei 2005, LJN AT5643 | 8.7.4.1
· ABRvS 15 juni 2005, LJN AT7476 | 8.7.4.1
· ABRvS 22 juni 2005, *AB* 2005, 441 | 11.4.1
· ABRvS 23 juni 2005, LJN AP3399 | 9.2.2
· ABRvS 29 juni 2005, LJN AT8421 | 8.6.1.1
· ABRvS 13 juli 2005, *AB* 2006, 61 | 6.3.3.2
· ABRvS 20 juli 2005, LJN AT9708 | 10.7.2.3
· ABRvS 27 juli 2005, LJN AU0126 | 8.7.4
· ABRvS 3 augustus 2005, LJN AU0427 | 9.3.2, 9.5.2
· ABRvS 3 augustus 2005, LJN AU0430 (*Heemstede*) | 8.8
· ABRvS 17 augustus 2005, LJN AU1114 | 8.7.4.1, 10.6.3.2
· ABRvS 17 augustus 2005, LJN AU1126 | 8.8, 9.7.2
· ABRvS 17 augustus 2005, LJN AU1131 | 3.3.5, 8.7.1, 8.7.4.2
· ABRvS 27 augustus 2005, LJN BE9265 | 6.5.4
· ABRvS 7 september 2005, LJN AU2170 | 6.2.3, 9.7.2
· ABRvS 7 september 2005, LJN AU2160 | 6.6
· ABRvS 21 september 2005, *AB* 2005, 393 | 9.9.2
· ABRvS 28 september 2005, *JB* 2005, 320 | 8.5.2.2, 8.7.4.2, 10.6.3.2, 10.7.3.1
· ABRvS 5 oktober 2005, LJN AU3801 | 6.2.3, 6.3.3.1
· ABRvS 5 oktober 2005, LJN AU3802 | 8.7.3.3
· ABRvS 5 oktober 2005, LJN AU3809 | 10.7.3.1
· ABRvS 26 oktober 2005, LJN AU4976 | 6.4.1, 6.5.4
· ABRvS 26 oktober 2005, LJN AU4988 | 9.4.1
· ABRvS 16 november 2005, LJN AU6201 | 5.2.2, 6.5.2, 8.7.5
· ABRvS 16 november 2005, LJN AU6222 | 8.7.4
· ABRvS 16 november 2005, LJN AU6237 | 8.4, 8.6.2
· ABRvS 23 november 2005, *AB* 2006, 310 | 8.5.5, 9.5.2, 9.7.1, 9.9.1, 10.4.1
· ABRvS 21 december 2005, *AB* 2006, 252 | 5.2.2, 5.3.2.1, 6.5.5, 9.4.1, 9.4.2, 9.7.1
· ABRvS 21 december 2005, *Gst*. 2007, 7275, 75 | 9.4.2
· ABRvS 28 december 2005, LJN AU8782 | 8.6.1.1, 9.5.2, 9.9.1
· ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 208 (*BPM-subsidies*) | 11.5.3
· ABRvS 11 januari 2006, LJN AU9408 | 9.4.1
· ABRvS 18 januari 2006, LJN AU9810 | 5.5.2
· ABRvS 18 januari 2006, LJN AU9482 | 8.7.4.1, 8.7.5
· ABRvS 18 januari 2006, *AB* 2006, 167 | 8.7.3.2
· ABRvS 25 januari 2006, LJN AV0284 | 8.7.4.2
· ABRvS 8 februari 2006, LJN AV1254 | 6.3.2

· ABRvS 22 februari 2006, LJN AV2233 | 8.7.3.3, 8.7.4.1
· ABRvS 15 maart 2006, *BR* 2006, 642 (*Schiphol*) | 8.8
· ABRvS 5 april 2006, LJN AV8635 | 6.3.3.2
· ABRvS 19 april 2006, *AB* 2006, 251, *Gst*. 2006, 7258, p. 507 | 6.5.1, 6.5.5.2
· ABRvS 26 april 2006, *JB* 2006, 171 | 6.2.3, 6.4.1, 8.4, 8.5.2.3, 8.5.6, 10.4.1
· ABRvS 3 mei 2006, LJN AW7335 | 8.6.1.1
· ABRvS 24 mei 2006, *Gst*. 2006, 7261, nr. 154 | 13.6.4.3
· ABRvS 14 juni 2006, LJN AX8541 | 9.9.2
· ABRvS 14 juni 2006, LJN AX8543 | 8.6.1.1, 8.7.4.2
· ABRvS 21 juni 2006, LJN AX9047 | 3.6, 8.5.3.2, 8.6.1.1, 9.7.1
· ABRvS 28 juni 2006, *AB* 2007, 20 | 5.1, 5.5.2, 8.5.4, 13.5.2
· ABRvS 5 juli 2006, LJN AY0390 | 6.5.2
· ABRvS 5 juli 2006, LJN AY0388 | 8.5.2.2, 8.7.2, 8.7.3.4, 8.7.4.1
· ABRvS 19 juli 2006, LJN AY4261 | 6.2.3, 6.6
· ABRvS 26 juli 2006, *JB* 2006, 267 | 6.3.2
· ABRvS 9 augustus 2006, LJN AY5882 | 6.6
· ABRvS 9 augustus 2006, LJN AY5910 | 8.7.4.1, 8.7.5
· ABRvS 16 augustus 2006, LJN AY6334 | 8.7.3.3
· ABRvS 19 augustus 2006, LJN BJ5517 | 8.7.4.1
· ABRvS 13 september 2006, LJN AY8082 | 6.5.4
· ABRvS 20 september 2006, LJN AY8507 | 6.3.1, 6.5.4, 6.5.5, 8.4, 8.6.4.1
· ABRvS 28 september 2006, LJN AY9389 | 9.5.2
· ABRvS 11 oktober 2006, LJN AY9865 | 8.7.4, 8.7.4.2, 9.6.3
· ABRvS 8 november 2006, *AB* 2007, 252 | 1.2.2, 3.5.2, 7.2, 9.1, 9.2.2, 9.4.2, 9.5.2, 13.4.2
· ABRvS 8 november 2006, *Gst*. 2007, 7274, 67 | 9.4.2
· ABRvS 22 november 2006, LJN AZ2766 | 10.7.3.1
· ABRvS 29 november 2006, LJN AZ3259 | 6.3.3.2, 8.4, 8.5.2.4, 8.5.3.4, 9.2.2, 13.5.3
· ABRvS 27 december 2006, LJN AZ5163 | 8.7.3.2, 8.7.4.1
· ABRvS 21 februari 2007, LJN AZ9047 | 9.5.1, 9.5.2, 9.8.1
· ABRvS 28 maart 2007, LJN BA1682 | 8.7.4.2
· ABRvS 11 april 2007, LJN BA2662 | 8.6.1.1, 9.7.2
· ABRvS 2 mei 2007, LJN BA4181 | 5.2.2, 8.4, 8.6.2
· ABRvS 30 mei 2007, LJN BA5997 | 9.8.3
· ABRvS 30 mei 2007, LJN BA6012 | 6.3.1
· ABRvS 13 juni 2007, *JB* 2007, 147 | 9.7.1
· ABRvS 27 juni 2007, LJN BA8147 | 6.3.1
· ABRvS 27 juni 2007, LJN BA8139 | 6.3.3.2, 8.7.4.1
· ABRvS 27 juni 2007, *AB* 2007, 348 | 8.7.3.2
· ABRvS 5 juli 2007, LJN AY0388 | 8.7.4.2
· ABRvS 29 augustus 2007, LJN BB2517 | 6.7.1
· ABRvS 26 september 2007, LJN BB4297 | 9.3.2, 9.3.3
· ABRvS 3 oktober 2007, LJN BB4703 | 5.2.2
· ABRvS 3 oktober 2007, LJN BB4680 | 8.2, 8.7.4.1
· ABRvS 31 oktober 2007, LJN BB6805 | 9.5.2, 9.8
· ABRvS 7 november 2007, LJN BB7294 | 6.6, 9.7.2
· ABRvS 28 november 2007, *BR* 2008, 122 | 6.7.1
· ABRvS 19 december 2007, LJN BC0536 | 6.5.2, 8.4, 8.5.3.2, 9.7.1

· ABRvS 16 januari 2008, LJN BC2141 | 8.7.4.1
· ABRvS 13 februari 2008, LJN BC4221 | 6.5.5.1, 6.5.5.2, 13.4.3.3
· ABRvS 27 februari 2008, LJN BC5268 | 6.5.4
· ABRvS 5 maart 2008, LJN BC5782 | 6.3.1
· ABRvS 26 maart 2008, LJN BC7607 | 6.3.3.1, 6.5.2
· ABRvS 2 april 2008, LJN BC8472 | 8.4, 8.5.3.2
· ABRvS 9 april 2008, *JB* 2008, 125 | 6.4.2, 7.4.4, 7.6.2
· ABRvS 9 april 2008, LJN BC9075 | 9.5.2
· ABRvS 23 april 2008, LJN BD0330 | 8.7.4.2
· ABRvS 23 april 2008, LJN BD0372 | 9.5.2
· ABRvS 11 juni 2008, LJN BD3621 | 6.5.4, 8.4, 8.5.2.4, 8.5.2.4, 8.5.3.4, 9.5.2, 9.7.1
· ABRvS 11 juni 2008, LJN BD3598 | 9.8
· ABRvS 18 juni 2008, *AB* 2008, 235 | 3.6, 13.6.4.3
· ABRvS 18 juni 2008, LJN BD4484 | 9.7.2
· ABRvS 18 juni 2008, LJN BD4485 | 6.5.4, 9.7.2
· ABRvS 16 juli 2008, LJN BD7310 | 6.4.1, 6.5.4
· ABRvS 16 juli 2008, LJN BD7376 | 9.2.2
· ABRvS 6 augustus 2008, LJN BD9437 | 8.7.4.2
· ABRvS 3 oktober 2008, LJN BB4680 | 5.2.2
· ABRvS 8 oktober 2008, LJN BF7200 | 5.3.2.1, 6.4.1
· ABRvS 5 november 2008, *AB* 2009, 54 | 13.6.4.3
· ABRvS 5 november 2008, LJN BG3375 | 8.7.4.1
· ABRvS 5 november 2008, LJN BG3376 | 9.7.1
· ABRvS 26 november 2008, LJN BG5323 | 8.7.4.2
· ABRvS 18 december 2008, *AB* 2009, 34 | 6.5.5.2, 13.5.2
· ABRvS 28 januari 2009, LJN BH1100 | 8.5.6
· ABRvS 25 februari 2009, LJN BH3961 | 8.8
· ABRvS 4 maart 2009, LJN BH4609 | 8.7.4.1
· ABRvS 11 maart 2009, LJN BH5483 | 8.7.4
· ABRvS 18 maart 2009, LJN BH6353 | 5.2.2, 8.3.2, 8.6.1.1
· ABRvS 22 april 2009, *JB* 2009, 142 | 6.2, 13.4.3.3
· ABRvS 29 april 2009, LJN BI2687 | 10.7.2.2
· ABRvS 3 juni 2009, LJN BI6095 | 10.6.3.4
· ABRvS 17 juni 2009, *JB* 2009, 177 | 6.2.3, 7.6.2, 9.4.2
· ABRvS 24 juni 2009, *TBR* 2009, 172 | 5.4.2.3, 6.3.3.1, 8.5.2.4, 8.5.3.4, 9.7.2
· ABRvS 8 juli 2009, LJN BJ1853 | 8.7.4.1
· ABRvS 22 juli 2009, LJN BJ3385 | 9.7.2. 9.9.3
· ABRvS 12 augustus 2009, LJN BJ5092 | 6.3.1
· ABRvS 7 oktober 2009, *JB* 2009, 249 | 9.6.3
· ABRvS 21 oktober 2009, LJN BK0774 | 11.4.2.3
· ABRvS 11 november 2009, LJN BK2907 | 8.7.2
· ABRvS 2 december 2009, LJN BK5084 | 8.7.4.2
· ABRvS 9 december 2009, LJN BK5858 | 5.3.2.2
· ABRvS 10 februari 2010, LJN BL3306 | 9.2.2
· ABRvS 24 februari 2010, LJN BL5333 | 7.5.1

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

· CRvB 30 maart 1995, *AB* 1995, 334 | 6.2
· CRvB 24 januari 1995, *JB* 1995, 47 | 6.3.3.2
· CRvB 11 februari 1998, *TAR* 1988, 76 | 6.3.2
· CRvB 24 januari 2001, *JB* 2001, 276 | 5.2.1
· CRvB 9 januari 2003, *TAR* 2003, 62 | 9.7.1
· CRvB 12 juni 2003, *TAR* 2003, 174 | 9.6.1
· CRvB 4 maart 2004, *TAR* 2004, 65 | 9.6.1
· CRvB 8 september 2005, LJN AU4066 | 9.9.2
· CRvB 12 april 2007, LJN BA4242 | 6.3.1

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

· CBB 14 maart 1986, *AB* 1986, 576 | 7.4.4 | 7.5.1
· CBB 29 januari 1990, *AB* 1990, 259 | 8.2
· CBB 14 juli 1993, *AB* 1994, 245 | 6.6, 9.6.4
· CBB 6 september 1995, *AB* 1995, 567 | 7.4.2.2
· CBB 6 december 1995, *AB* 1996, 76 | 12.5.3
· CBB 13 november 1997, *AB* 1998, 146 | 12.5.3
· CBB 29 februari 2000, *AB* 2000, 206 | 8.6.3.1
· CBB 8 juni 2000, LJN AU1256 | 6.7.2 | 8.6.3.1
· CBB 5 september 2000, *AB* 2001, 20 | 7.4.4, 11.4.2.1
· CBB 17 april 2001, LJN AB1465 | 7.4.2.2
· CBB 29 mei 2001, LJN AB1878 | 7.4.2.2
· CBB 26 juni 2001, LJN AB2492 | 8.5.5
· CBB 26 juni 2001, LJN AB2494 | 8.5.5
· CBB 26 juni 2001, LJN AB2495 | 8.5.5
· CBB 6 juli 2001, LJN AB3078 | 7.4.4
· CBB 17 juli 2001, LJN AB3003 | 8.6.3, 8.6.3.1
· CBB 17 juli 2001, LJN AB3005 | 8.6.3
· CBB 19 juli 2001, LJN AB3261 | 8.2
· CBB 24 juli 2001, LJN AB3207 | 8.6.3.1
· CBB 24 juli 2001, LJN AB3216 | 8.6.3.1, 10.7.3.1
· CBB 24 juli 2001, LJN AB3240 | 8.6.3.1
· CBB 24 juli 2001, LJN AB3245 | 8.6.3.1
· CBB 24 juli 2001, LJN AB3215 | 8.6.3.1
· CBB 24 juli 2001, LJN AB6580 | 5.2.2, 5.3.2.3, 8.6.3.1
· CBB 31 juli 2001, LJN AB3180 | 8.6.3.1
· CBB 31 juli 2001, LJN AB3205 | 8.6.3.1
· CBB 21 augustus 2001, LJN AD2825 | 7.4.4
· CBB 21 augustus 2001, LJN AD2849 | 8.5.3.1
· CBB 28 augustus 2001, LJN AD3432 | 8.6.3.1
· CBB 4 september 2001, LJN AD3633 | 7.4.4
· CBB 11 september 2001, LJN AD3526 | 5.2.2, 8.5.3.1
· CBB 11 september 2001, LJN AD3528 | 5.2.2
· CBB 19 september 2001, LJN AD3776 | 8.6.3.1

· CBB 19 september 2001, LJN AD3778 | 8.6.3
· CBB 19 februari 2002, LJN AD9879 | 7.4.4, 8.6.3.1
· CBB 28 februari 2002, LJN AE0420 | 8.6.3.1
· CBB 3 juli 2002, LJN AE7535 | 8.6.3
· CBB 18 juli 2002, *AB* 2002, 344 | 8.6.3.1, 12.5.3
· CBB 2 oktober 2002, LJN AF0365 | 10.7.2.2
· CBB 21 februari 2003, LJN AF6054 | 8.6.3
· CBB 27 februari 2003, LJN AF6880 | 9.4.1
· CBB 17 april 2003, *AB* 2003, 257 | 7.4.4
· CBB 15 mei 2003, LJN AF9331 | 8.8
· CBB 19 augustus 2003, LJN AL8212 | 9.8
· CBB 22 oktober 2003, LJN AN9037 | 10.7.2.3
· CBB 18 november 2003, LJN AO1000 | 9.6.2.1, 10.7.2.3, 13.2
· CBB 17 juni 2004, LJN AQ7401 | 11.4.2.1
· CBB 29 december 2004, LJN AS2004 | 8.6.3.1
· CBB 6 januari 2005, LJN AT4502 | 7.4.4, 8.6.3
· CBB 25 januari 2005, LJN AS5071 | 7.7
· CBB 25 januari 2005, LJN AS5072 | 13.3.1.1
· CBB 5 april 2005, LJN AT4791 | 8.6.3
· CBB 15 juli 2005, *AB* 2005, 243 | 8.6.3
· CBB 6 december 2005, LJN AU8308 | 5.2.2, 5.3.2.3
· CBB 14 december 2005, LJN AU8632 | 9.8
· CBB 7 februari 2006, LJN AV4556 | 8.6.3.1
· CBB 6 april 2006, *AB* 2006, 224 | 9.6.4
· CBB 20 april 2006, LJN AW5769 | 8.6.3.1
· CBB 9 mei 2006, LJN AX1658 | 8.6.3.1
· CBB 31 augustus 2006, LJN AY9307 | 7.4.4
· CBB 19 oktober 2006, LJN AZ1557 | 8.6.3.1
· CBB 7 december 2006, LJN AZ4160 | 8.4, 13.3.1.1
· CBB 20 maart 2007, LJN BA1008 | 9.8
· CBB 6 juni 2007, LJN BA8636 | 5.3.2.1, 6.7.1
· CBB 6 november 2007, LJN BB8695 | 7.4.2.2, 7.4.4 | 8.6.3.1
· CBB 4 december 2007, LJN BB9789 | 10.7.3.1
· CBB 5 december 2007, LJN BB9363 | 7.5.1, 10.4.2, 10.7.2.2
· CBB 27 maart 2008, LJN BC8394 | 8.4, 9.7.1
· CBB 27 juni 2008, *AB* 2008, 282 | 9.6.2.3
· CBB 22 september 2008, LJN BF3951 | 12.5.1
· CBB 24 september 2008, *AB* 2008, 374 | 9.3.1, 9.4.1
· CBB 25 november 2008, LJN BG9075 | 10.7.3.1
· CBB 10 december 2008, *AB* 2009, 90 | 3.6 2, 8.5.2.2, 8.7.4.1, 11.4.2.2
· CBB 18 december 2008, LJN BG7876 | 10.7.2.3
· CBB 29 januari 2009, *GJ* 2009, 47 | 7.4.2.2
· CBB 29 januari 2009, LJN BH3020 | 7.5.1
· CBB 16 april 2009, LJN BI1931 | 8.6.3.1
· CBB 16 april 2009, LJN BI1934 | 7.4.4, 8.6.3.1

KONINKLIJKE BESLUITEN

· KB 16 december 1824, *Stb*. 64 | 2.2
· KB 2 juni 1928, *Stb.* 43 | 2.2
· KB 22 februari 1940, nr. 50 (*Ermelo*) | 2.6.3
· KB 24 november 1959, *Stb.* 446 (*Laren*) | 2.6.3
· KB 6 mei 1968, *Gst*. 6011, p. 228 | 3.4.1
· KB 19 december 1969, no. 17, *AB* 1970, p. 321 | 3.4.1
· KB 8 april 1970, *AB* 1970, p. 577 | 3.4.1
· KB 6 april 1971, *NG* 1972, p. 459 | 3.4.1
· KB 11 januari 1973, *AB* 1974, 173 | 3.4.1, 7.5.3
· KB 28 februari 1974, *AB* 1974, 157 | 3.4.1
· KB 24 mei 1977, BR 1977, 759 | 6.5.5.2
· KB 26 mei 1977, *AB* 1977, 342 | 3.4.1
· KB 10 maart 1978, *AB* 1978, 381 | 3.4.1
· KB 12 oktober 1979, *AB* 1980, 120 | 3.4.1
· KB 5 februari 1982, *AB* 1982, 275 | 3.4.1
· KB 2 april 1985, *AB* 1985, 415 | 5.3.3, 8.9.4
· KB 10 januari 1986, *AB* 1986, 449 | 8.9.4
· KB 25 juni 1986, *BR* 1986, 856 | 6.3.3.1
· KB 22 december 1990, *AB Kort* 90.19818 | 7.4.3.1
· KB 26 oktober 1990, *AB* 1991, 437 | 7.4.3.1, 8.6.2

OVERIG

· GS Gelderland, 13 juli 1964, *AB* 1964, p. 642 en p. 647 | 3.3.6
· College van B&W Rotterdam, 12 april 1983, *BR* 1983, 854 e.v. (*Hartelkanaal*) | 3.4.4, 7.5.3, 8.9.2

CONSEIL D'ETAT

· CE 30 juli 1880, *Rec*. 703 (*Brousse*) | 4.5.2
· CE 21 juni 1895, *Rec*. 509 (*Cames*) | 2.5.4, 4.5.6.1
· CE 10 februari 1905, *D*. 1906, 3.81 | 2.5.3
· CE 10 januari 1908, *Rec*. p. 25 (*Noiré et Beyssac*) | 4.5.3.1
· CE 19 november 1909, *RDP* 1910, p. 78 (*Cie générale transatlantique*) | 4.5.3.1
· CE 10 mei 1912, *Rec*. p. 549 (*Ambrosini*) | 4.5.6.2
· CE 30 maart 1916, *Rec*. p. 125 (*Gaz de Bordeaux*) | 5.6.1
· CE 4 januari 1918, *Rec*. 9 (*Zulémaro*) | 2.5.3
· CE 26 juli 1918, *Rec*. 762 (*Lemonnier*) | 2.5.3
· CE 28 maart 1919, *Rec*. p. 329 (*Regnault-Desroziers*) | 4.5.6.2
· CE 10 juni 1921, *Rec*. p. 573 (*Commune de Monségur*) | 4.5.5
· CE 30 november 1923, *Rec*. p. 789 (*Couitéas*) | 2.5.4, 4.5.2, 5.2.2, 10.5.4.1
· CE 22 december 1924 (*Les Travailleurs français*) | 4.5.6.1
· CE 27 maart 1926, *Rec*. p. 387 (*Besançon*) | 2.5.4
· CE 18 juli 1928, *Rec*. p. 923 (*Commune de Corbieres*) | 2.5.4

· CE 24 juli 1931, *D*. 1931.III.53 (*Cazes*) | 6.6
· CE 12 januari 1934, *Rec*. p. 68 (*Sté anonyme des forces motrices du Haut-Rhin*) | 4.6.2
· CE 25 oktober 1935, *D*. II 1936, p. 25 (*Fleur-Santucci*) | 4.4.4.2
· CE 3 april 1936, *D*. 1936, III, p. 57 (*Sudre*) | 4.4.1
· CE 13 maart 1937, *Rec*. p. 322 (*Soc. des taxis motobloc*), | 7.4.2.3
· CE 14 januari 1938, *Rec*. p. 25 (*La Fleurette*) | 4.5.3.1, 4.5.3.2, 4.5.3.3, 4.5.3.4, 4.5.3.5, 4.7, 5.2.2, 5.2.3, 5.5.2, 7.4.2.3, 7.6.3, 7.7, 10.7.2.1, 10.7.2.3
· CE 14 januari 1938, *Rec*. p. 23 (*Cie générale de grande pêche*) | 4.5.3.2
· CE 28 april 1938, *Rec*. p. 11 (*Sieur Aviat*) | 4.4.4.3
· CE, Ass. 3 juni 1938, *Rec*. p. 521 (*St. Cartonnerie et l'imprimerie Saint-Charles*) | 4.5.2, 5.2.2
· CE 17 februari 1939, *Rec*. p. 97 (*Sté cooperative militaire d'Alsace*) | 8.9.3
· CE 21 april 1939, *Rec*. p. 255 (*Soc. Nouvelle du Kanguet*) | 7.7
· CE 11 juli 1939, *Rec*. p. 471 (*SA 'La Soie'*) | 4.5.2
· CE 1 maart 1940, *Rec*. p. 82 (*Sté Chardon*) | 4.5.3.2
· CE 22 oktober 1943, *Rec*. p. 231 (*Lacaussade*) | 4.5.3.1, 8.9.3
· CE 23 november 1943, *Rec*. p. 241 (*Sieur Rougier*) | 4.5.3.1, 8.9.3
· CE 1 januari 1944, *Rec*. p. 22 (*Caucheteux et Desmont*) | 2.7.3
· CE, Ass. 21 januari 1944, *Rec*. p. 22 (*Caucheteux et Desmonts*) | 4.5.3.1
· CE 2 juni 1944, *Rec*. p. 159 (*Fays*) | 4.2
· CE 16 maart 1945, *DP* 1946, 3, 290 (*Société des chemins de fer français*) | 2.7.3
· CE 26 oktober 1945, *Rec*. p. 213 (*Aramu*) | 4.2
· CE 22 november 1946, *Rec*. p. 279 (*Commune de Saint-Priest-la-Plaine*) | 4.5.6.1
· CE 2 mei 1947, *Rec*. p. 178 (*Dame Veuve O'Neill*) | 4.4.4.3
· CE 3 december 1948, *Rec*. p. 460 (*Sté aéromaritime de l'Atlantique*) | 7.6.1
· CE 21 januari 1949, *Rec*. p. 32 (*Sté Grand Combienne d'éclairage et d'énergie*) | 4.6.2
· CE 24 juni 1949, *Rec*. p. 307 (*Consorts Lecomte*) | 4.6.2, 13.6.4.1
· CE 28 oktober 1949, *Rec*. 450 (*Soc. Des Ateliers du Cap Janet*) | 4.5.2
· CE 16 juni 1950, *Rec*. p. 378 | 4.7
· CE 15 november 1950, *Rec*. p. 554 (*Baradez*) | 7.4.2.3
· CE 1 juni 1951, *Rec*. p. 312 (*Soc. des étains et wolfram du Tonkin*) | 4.5.4
· CE 21 juni 1951, *D*. 1951, p. 661 (*Syndicat de la raffinerie du soufre français*) | 4.5.3.1
· CE 27 juli 1951, *Rec*. p. 447 | 4.6.5
· CE 23 januari 1952, *Rec*. p. 52 (*Cie des tramways électriques de Limoges*) | 4.5.3.4
· CE 16 mei 1952, *Rec*. p. 263 (*Sté des manufactures de glaces et de produits chimiques de Saint-Gobain*) | 4.5.6.2
· CE 7 november 1952, *Rec*. p. 503 (*Grau*) | 4.5.5
· CE 17 april 1953, *Rec*. p. 177 (*Pinguet*) | 4.5.6.1
· CE 29 oktober 1954, *Rec*. p. 566 (*Taurin*) | 4.5.6
· CE 29 oktober 1954, *Rec*. p. 567 (*Prudot*) | 7.4.3.2
· CE 29 maart 1955, *Rec*. p. 617 (*Effimieff*) | 4.5.5
· CE, Ass. 21 oktober 1955, *Rec*. p. 495 (*Braud*) | 4.4.4.2
· CE 6 januari 1956, *Rec*. p. 3 (*Manufacture d'armes et cycles de Saint-Etienne*) | 4.5.3.2
· CE 3 februari 1956, *Rec*. p. 49 (*Thouzellier*) | 4.6.3
· CE 16 maart 1956, *Rec*. p. 124 (*Domenech*) | 4.6.2, 5.4.2.3, 13.6.4.1
· CE 7 maart 1958, *RDP* 1958, p. 1094 (*Dejous*) | 8.1

· CE 26 juni 1959, *Rec.* p. 394 (*Syndicat général des ingenieurs-conseils*) | 4.2
· CE 8 juli 1960, *Rec.* p. 463 (*Petit*) | 4.6.2, 5.4.2.3, 13.6.4.1
· CE 11 juli 1960, *Rec.* p. 476 (*Goncet*) | 4.5.5
· CE 27 januari 1961, *Rec.* p. 60 (*Vannier*) | 4.5.3.1
· CE, Ass. 10 februari 1961, *Rec.* p. 108 (*Chauce*) | 4.5.2, 4.5.3.1, 7.4.2.3
· CE 15 februari 1961, *Rec.* 118 (*Werquin*) | 4.5.2
· CE 31 mei 1961, *Rec.* p. 358 (*Cie française des cuirs*) | 4.5.3.3
· CE, Ass. 1 december 1961, *Rec.* 674 (*Lacombe*) | 4.5.3.1
· CE 14 februari 1962, *Rec.* p. 107 (*d'Argence*) | 4.5.4
· CE 11 mei 1962. *Rec.* p. 324 (*Sieur de Tauzia*) | 8.6.4.2
· CE 26 juni 1962, *Rec.* p. 268 (*Commune de Béthoncourt*) | 4.5.5
· CE, Ass. 29 juni 1962, *Rec.* p. 432 (*Sté Manufacture des machines du Haut-Rhin*) | 4.5.3.2, 4.5.3.3, 8.3.2
· CE Sect. 19 oktober 1962, *AJ* 1962, p. 668 (*Perruche*) | 4.6.4
· CE 26 oktober 1962, *RDP* 1963, p. 79 (*Sieur Olivier*) | 4.5.3.3, 7.2, 7.4.2.3
· CE 16 november 1962, *Rec.* p. 615 (*Electricité de France*) | 8.6.4.2
· CE 10 december 1962, *Rec.* p. 676 (*Soc. Indochinoise de constructions électriques et mécaniques*) | 4.4.2
· CE 25 januari 1963, *Rec.* p. 53 (*Bovero*) | 4.5.3.1, 7.6.1, 7.7
· CE 13 februari 1963, *Rec.* p. 87 (*Cie d'assurances de l'Union*) | 4.5.3.1
· CE 22 februari 1963, *Rec.* p. 113 (*Commune de Gavarnie*) | 4.5.2, 4.7, 5.2.4, 7.4.4, 8.6.1.2
· CE, Ass. 8 januari 1965, *Rec.* p. 15 (*Société des Etablissements Aupinel*) | 4.5.3.2
· CE 24 februari 1965, *Rec.* 127 (*Caisse primaire centrale de sécurité sociale de la région parisienne*) | 4.4.2, 4.5.6.2, 4.6.3
· CE 26 maart 1965, *AJ* 1965, p. 339 (*Cie d'ass. La Zurich*) | 4.6.3
· CE 26 mei 1965, *Rec.* p. 305 (*Epoux Tebaldini*) | 4.5.5, 10.6.3.3
· CE 13 juli 1965, *Rec.* p. 471 (*Dame Vve Baude*) | 10.6.3.3
· CE 13 juli 1965, *Rec.* 442 (*Arbez-Gindre*) | 4.5.5
· CE 2 maart 1966, *Rec.* p. 157 (*Dame Cramencel*) | 4.5.6
· CE 9 maart 1966, *JCP* 1966, no. 14811 (*Trouillet*) | 4.6.3
· CE 30 maart 1966, *Rec.* p. 257 (*Compagnie Générale d'énergie radio-électrique*) | 4.5.4, 7.4.2.3
· CE 7 oktober 1966, *Rec.* p. 523 (*Sieur Asope*) | 7.6.1
· CE 24 mei 1967, *Rec.* p. 927 (*C.A.P.I.A.*) | 7.4.2.3, 7.7
· CE 13 juli 1967, *Rec.* p. 341 (*Dpt de la Moselle*) | 4.6.3
· CE 10 november 1967, *Rec.* p. 953 (*Rossetti*) | 6.6
· CE 31 januari 1968, *Rec.* p. 83 (*SEM pour l'aménagement et l'équipement de la Bretagne*) | 4.4.4.3, 4.5.5
· CE 4 oktober 1968, *Rec.* p. 1100 (*Dlle Doukakis*) | 4.4.2
· CE, ass, 6 november 1968, *Rec.* p. 550 (*Dle Saulze*) | 4.6.4
· CE 29 november 1968, *Rec.* p. 607 (*Sieur Tallagrand*) | 4.4.2
· CE 22 januari 1969, *Rec.* p. 37 (*Magne*) | 6.6
· CE 24 januari 1969, *Rec.* p. 41 (*Dame veuve Daloz*) | 7.7
· CE 19 december 1969, *Rec.* 596 (*Etablissements Delannoy*) | 4.6.3, 4.7
· CE 16 oktober 1970, *Rec.* p. 593 (*Epoux Martin*) | 4.6.4
· CE 23 december 1970, *Rec.* p. 790 (*Farsat*) | 4.5.2
· CE 6 januari 1971, *RDP* 1973, p. 276 | 5.6.1

· CE 26 februari 1971, *Rec.* p. 172 (*Aragon*) | 4.5.6.1
· CE 10 maart 1971, *Rec.* p. 208 (*Soc. des établissements Jean-François*) | 4.5.5
· CE, Ass. 28 mei 1971, , *Rec.* p. 419 (*Département du Var*) | 4.4.3
· CE 5 november 1971, *Rec.* 1971, p. 941 (*Sté. Le comptoir agricole du Pays Bas-normand*) | 12.5.3
· CE 1 december 1971, *Rec.* p. 732 (*Dame Vve Benoit*) | 5.2.4
· CE 8 december 1971, *Rec.* p. 752 (*Commune de Villers-sur-Mer*) | 6.6
· CE, Sect. 2 juni 1972, *Rec.* p. 414 (*Sté Les Vedettes blances*) | 4.5.5
· CE 20 juni 1973, *AJ* 1973, p. 546 (*Communautaire de Châteauneuf-sur-Loire*) | 4.5.2
· CE 6 juli 1973, *Rec.* p. 482 (*Dalleau*) | 4.5.5
· CE 20 maart 1974, *Rec.* p. 200 (*Navarra*) | 4.5.2, 7.5.2
· CE 20 maart 1974, *Rec.* p. 1168 (*Epoux Rénault*) | 7.4.4
· CE 22 maart 1974, *Rec.* p. 201 (*Navarra*) | 8.5.3.1
· CE 27 november 1975, *AJDA* 1975, p. 262 (*Amouzegh*) | 10.6.3.3
· CE 28 april 1976, *Rec.* p. 221 (*Dame Audibert e.a.*) | 7.4.3.2
· CE 15 oktober 1976, *Rec.* p. 420 (*District urbain de Reims*) | 4.4.3
· CE 3 november 1976, *Rec.* 471 (*Sté d'assurances modernes des agriculteurs et Nemoz*) | 4.6.3
· CE 27 mei 1977, *Rec.* p. 253 (*Victor Delforge*) | 7.6.1
· CE 24 februari 1978, *Rec.* p. 106 (*Min. Equipement c./Charrière*) | 10.6.3.3
· CE 3 maart 1978, *RDP* 1978, p. 1773 (*Secr. Etat aux Postes et télécommuncations*) | 8.5.3.1, 8.6.4.2
· CE 20 maart 1978, *Rec.* p. 963 (*Brussol*) | 4.5.5
· CE 14 juni 1978, *Rec.* p. 259 (*SOCOFA*) | 4.6.3
· CE 13 oktober 1978, *Rec.* p. 370 (*Perthuis*) | 4.5.3.3
· CE, Ass. 29 december 1978, *Rec* p. 542 (*Darmont*) | 4.5.6
· CE 7 januari 1979, *Rec.* p. 340 (*Vinalmar*) | 4.5.2
· CE 29 januari 1979, *Rec.* p. 883 (*Société Avenir Publicité*) | 8.9.3
· CE 19 maart 1979, *D.* 1979, p. 429 (*Commune de Villeneuve-le-Roi*) | 8.6.4.2
· CE 30 maart 1979, *Rec.* p. 143 (*Moisan*) | 4.5.6.2
· CE 6 april 1979, *Rec.* p. 883 (*Dame Rougier*) | 4.5.5, 7.4.4, 7.7
· CE 13 juli 1979, *Rec.* p. 319 (*Cie de participation, de recherches et d'exploitations pétrolières*) | 4.5.5
· CE 7 december 1979, *Rec.* p. 456 (*Soc. Les Fils de Henri Ramel*) | 7.6.1
· CE Sect. 7 maart 1980, *D.* 1980, p. 320 (*Sarl Cinq-Sept*) | 4.4.4.3
· CE 9 mei 1980, *Rec.* 1980, p. 220 (*ONIC*) | 12.5.3
· CE Sect. 20 juni 1980, *AJ* 1980, p. 527 (*Commune d'Ax-les-Thermes*) | 4.4.4.2
· CE 9 juli 1980, *Rec.* p. 311 (*Doussous*) | 4.5.4
· CE 6 februari 1981, *Rec.* p. 910 (*Mme Delacquis*) | 8.6.4.2
· CE 13 november 1981, *RDP* 1982, p. 1448 (*Marcuccini*) | 4.5.3.1
· CE 2 december 1981, *Rec.* 456 (*Theys*) | 4.6.3
· CE 13 oktober 1982, *Rec.* p. 340 (*Berrandou*) | 5.4.2.4
· CE 3 november 1982, *Rec.* p. 363 (*Mlle Bonnaire e.a.*) | 10.6.3.3
· CE 9 december 1983, *Rec.* p. 506 (*Ville d'Hendaye*) | 4.4.4.1
· CE 10 februari 1984, *Rec.* p. 65 (*Launay*) | 4.5.6.1
· CE 11 mei 1984, *Rec.* p. 178 (*Port autonome de Marseille et autre*) | 4.5.2
· CE 1 juni 1984, *Rec.* p. 194 (*Tizon*) | 4.5.4, 8.5.3.1
· CE 22 juni 1984, *D.* 1986, p. 29 (*Société Sealink*) | 4.5.2, 7.4.2.3, 7.4.4

· CE 24 oktober 1984, *D*. 1984, p. 249 (*Soc. Claude Publicité*) | 4.5.3.4
· CE 14 december 1984, *D*. 1984, p. 249 (*Rouillon*) | 4.5.3.4, 4.5.3.5
· CE 13 maart 1985, *Rec*. p. 79 (*Sté Barlocher France-production*) | 8.7.2
· CE 29 mei 1985, *AJDA* 1985, p. 510 (*Société Trans. Union*) | 4.4.4.1, 4.5.3.3
· CE 6 november 1985, *Rec*. p. 312-313 (*Compagnie Touraine Air Transport*) | 7.4.4
· CE 13 december 1985, req.no. 35090 (*M. René Monnerie*) | 4.4.4.3
· CE 7 mei 1986, *RD* 1987, p. 117 (*Soc. Etudes Malesherbes*) | 8.3.2
· CE 28 november 1986, *DA* 1987, no. 50 (*Cté urbaine de Lille*) | 4.4.3
· CE 6 februari 1987, *Rec*. p. 38 (*Cie nationale Air France*) | 4.5.5
· CE 11 maart 1987, *D*. 1988, p. 55 (*Weisbach*) | 8.9.3
· CE 20 maart 1987, *Rec*. p. 101 (*Consorts Garzino*) | 4.4.4.3
· CE 29 april 1987, *Rec*. p. 158 (*Garde des Sceaux*) | 4.4.2
· CE 13 mei 1987, *DA* 1987, nr. 380 (*Aldebert*) | 4.5.2, 4.5.5, 8.6.1.2
· CE 13 mei 1987, *Rec*. p. 1987 (*Piollet*) | 4.6.3
· CE 15 mei 1987, *D*. 1988, p. 167 (*Soc. Transports et affrètements fluviaux*) | 4.5.3.3
· CE 2 oktober 1987, *CJEG* 1987, p.898 (*Spire*) | 4.5.5, 10.6.3.1
· CE 7 oktober 1987, *D*. 1988, p. 373 | 4.5.3.3
· CE 14 oktober 1987, *D*. 1988, p. 371 (*S.C.I. du Bois de Grâce*) | 4.5.2
· CE 9 december 1987, *Rec*. p. 405 (*Compagnie générale des goudrons et bitumes*) | 7.4.2.3
· CE 25 maart 1988, *Rec*. p. 133 (*Société Sapvin*) | 7.4.2.3
· CE 28 september 1988, *Rec*. p. 318 (*Office national des forêts*) | 4.5.5
· CE 23 december 1988, *D*. 1989, p. 344 (*Soc. Michel Martin*) | 4.5.3.4
· CE 12 oktober 1988, *D*. 1989, p. 349 (*Cie nationale algérienne de navigation*) | 4.5.2, 7.4.4, 7.6.1
· CE 20 januari 1989, *Rec*. p. 23 (*Villa Jacob*) | 4.5.2
· CE 20 januari 1989, *Rec*. p. 926 (*Epoux Vacher-Desvernais*) | 4.5.5, 7.7
· CE 17 maart 1989, *Rec*. p. 96, *D*. 1990, p. 295 (*Sodevam*) | 4.5.2, 7.4.2.3, 7.4.4, 7.5.2
· CE 24 maart 1989, *Rec*. p. 899 (*Epoux Delcoigne*) | 4.5.3.4
· CE 24 oktober 1989, *Rec*. p. 928 (*Grandel*) | 4.5.5
· CE 11 juli 1990, *D*. 1991, p. 286 (*Sté Stambouli Frères*) | 4.5.3.2
· CE 5 december 1990, *RDP* 1994, p. 1443 (*Chapon*) | 6.6, 8.6.4.2
· CE 22 maart 1991, *Rec*. p. 1179 (*Rivat*) | 4.5.5, 8.7.4.1
· CE 5 april 1991, *RD Public* 1991, p. 1444 (*Epoux Docquet-Chassaing*) | 7.4.4, 8.6.4.2
· CE 6 mei 1991, *Rec*. p. 172 (*Soc. Automobiles Citroën*) | 7.5.2
· CE 19 juli 1991, *RDP* 1993, p. 267 (*Félix Ruaz*) | 4.4.1
· CE 6 mei 1991, *D*. 1992, p. 144 (*Sté Automobiles Citroën e.a.*) | 4.5.2
· CE 10 januari 1992, *D*. 1993, p. 143 (*Commune de Blanquefort*) | 4.5.3.3
· CE 15 april 1992, *D*. 1993, p. 144 (*SCI Vallières e.a.*) | 8.7.2
· CE 16 oktober 1992, *Rec*. p. 1281 (*SA Garage de Garches*) | 8.5.3.1, 10.6.3.3
· CE 20 november 1992, *Rec*. p. 418 (*Commune de Saint-Victoret*) | 4.5.5, 5.3.3, 8.6.4.2, 8.7.4.1
· CE 6 april 1993, *Rec*. p. 1030 (*SCI La Cardinale*) | 8.5.3.1
· CE 9 april 1993, *AJDA* 354 (*Bianchi*) | 4.6.3
· CE 8 april 1994, *Rec*. p. 187 (*Charbonneaux-Brabant*) | 4.5.3.4, 7.7
· CE 4 januari 1995, *Rec*. p. 1020 (*Guillier*) | 4.5.3.4, 4.5.3.5
· CE 31 maart 1995, *Rec*. p. 155 (*Lavaud*) | 4.7, 7.5.2, 8.5.3.1, 14.8
· CE 30 juni 1995, *Rec*. 279, *RFDA* 1995, p. 1247 | 4.2

· CE 25 november 1994, *Rec.* 1184 (*Commune de Serrières-de-Brior*) | 4.5.5
· CE 10 juli 1996, *Rec.* p. 289 (*Meunier*) | 8.7.2
· CE 10 maart 1997, *D.* 1998, p. 85 (*Lormont*) | 7.5.2
· CE 10 maart 1997, *Rec.* p. 75 (*Consorts Raynal*) | 8.6.4.2
· CE 19 maart 1997, *Rec.* p. 74 (*Cne de Lormont/Cts Raynal*) | 5.3.3
· CE 30 juli 1997, *Rec.* p. 1072 (*SA Geffroy*) | 4.4.4.2
· CE 30 juli 1997, *Rec.* p. 312 (*Boudin*) | 4.5.3.4
· CE 3 november 1997, *Rec.* p. 412 (*Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*) | 4.6.3
· CE 5 december 1997, *D.* 1999, p. 50 | 4.6.3
· CE 21 januari 1998, *Rec.* p. 19 (*Plan*) | 4.5.3.4
· CE 3 juli 1998, *Rec.* p. 288 (*Bitouzet*) | 10.6.3.3, 10.7.3.1
· CE 16 november 1998, *RFDA* 1999, p. 268 (*Mlle Reynier*) | 4.4.1
· CE 16 november 1998, *Rec.* p. 418 (*Sille*) | 8.3.2
· CE 18 november 1998, *Rec.* p. 427 (*Les Maisons de Sophie*) | 8.5.3.1, 8.6.4.2
· CE 30 juni 1999, *Rec.* p. 22 (*Sarfatti*) | 4.5.3.1
· CE 2 juli 1999, *D.* 2000, p. 257, *Rec.* p. 1006 (*Mme Valentini e.a*) | 10.6.3.3
· CE 4 oktober 1999, *Rec.* p. 297 (*Syndicat des co-propriétaires du 14-16 boulevard Flandrin*) | 4.5.4
· CE 27 oktober 2000, *AJ* 2000, p. 307 (*Centre hospitalier de Seclin*) | 4.6.3
· CE 15 november 2000, *Rec.* 2000, p. 1221 (*Chambre de Commerce et Colmar*) | 5.3.3
· CE 29 december 2000, *Rec.* p. 651 (*Treyssac*) | 4.4.1
· CE 27 oktober 2000, *D.* 2001, p. 1196 (*Centre hospitalier de Seclin*) | 4.6.4
· CE 13 juni 2001, *Rec.* p. 261 (*Verdure*) | 8.5.3.1
· CE 28 december 2001, *Rec.* p. 1187 (*Centre école régional de parachutisme de Picardie*) | 8.5.3.1
· CE 22 februari 2002, *Rec.* 2002, p. 52 (*Michel*) | 7.4.4, 8.6.3.1
· CE 10 april 2002, *Rec.* p. 918 (*SARL Somatou*) | 4.4.4.2
· CE 26 maart 2003, *Rec.* p. 151 (*Santinacci*) | 7.4.2.3
· CE 25 april 2003, *Rec.* p. 980 (*M et Mme Dardenne*) | 4.6.4
· CE 23 juli 2003, *AJDA* 2003, p. 2339 (*M. et Mme Jean Calon*) | 4.6.3
· CE 30 juli 2003, *Rec.* p. 367 (*Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres* (*ADARC*) | 4.5.3.5, 7.6.3
· CE 10 oktober 2003, *AJDA* 2003, p. 2395 (*Cohen*) | 4.6.4
· CE 12 mei 2004, *Rec.* p. 221 (*Gillot Cy*) | 12.5.3
· CE 29 december 2004, *Rec.* p. 465, *RFDA* 2005, p. 230 e.v. (*Almayrac*) | 4.5.4, 7.3.2
· CE 11 februari 2005, *Rec.* p. 45 (*GIE Axa courtage*) | 4.6.3
· CE 27 juni 2005, *AJDA* 2005, p. 2079 e.v. (*S.A. Vergers d'Europe*) | 8.9.3
· CE 2 november 2005, *Rec.* p. 468, *RFDA* 2006, p. 353 (*Société coopérative agricole Ax'ion*) | 4.4, 4.5.3.5, 4.7, 7.2
· CE 1 februari 2006, *Rec.* p. 42 (*Garde des sceaux*) | 4.6.3
· CE 8 februari 2007, *Rec.* p. 78 (*Gardedieu*) | 7.4.2.3, 12.3.2.4
· CE 27 juni 2007, *Rec.* no. 280693 (*M.A*) | 10.6.3.3
· CE 25 juli 2007, *Rec.* no. 278190 (*M. et Mme Cortie*) | 4.5.4

COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL

· CAA de Bordeaux 23 mei 1989, *Rec.* 1989 p. 927 (*Soc. des autoroutes du Sud*) | 4.5.5, 8.6.4.2
· CAA de Nantes 18 december 1989, *Rec.* p. 927 (*Epoux Soufflet*) | 8.6.4.2
· CAA de Lyon 18 januari 1990, *Rec.* p. 410 (*Epoux Cala*) | 4.5.5
· CAA de Lyon 21 december 1990, *Rec.* p. 498 (*Gomez*) | 4.6.3
· CAA de Lyon 19 maart 1992, *Rec.* p. 511 (*Lavaud*) | 14.8
· CAA de Nancy 30 april 1992, *DA* 1992, no. 371 (*Amoros e.a.*) | 4.4.4.1
· CAA de Paris 16 juli 1992, *RFDA* 1993, p. 156 (*Mme Yasmine Aga Khan*) | 7.4.2.3,
· 7.4.4
· CAA de Lyon 18 december 1992, *Rec.* 1992, p. 1303 (*Commune d'Enchastrayes*) | 8.6.4.2
· CAA de Lyon 8 februari 1993, *AJDA* 1993, p. 706 (*Epoux Bougarel-Tessier*) | 4.5.2, 4.5.5. 8.3.2, 8.6.1.2
· CAA de Bordeaux 31 december 1993, *Rec.* p. 1012 (*Blanco*) | 4.5.5, 8.5.3.1
· CAA de Lyon 1 februari 1994, *D.* 1994, p. 442 (*Plan*) | 4.5.3.5, 8.5.3.1
· CAA de Paris 21 maart 1996, *Rec.* p. 1149 (*Mme Kalck-Moreaux*) 4.5.3.4
· CAA de Paris 28 mei 1998, *Rec.* p. 1156 (*SA Econocom Trading International*) | 7.4.2.3
· CAA de Marseille 23 november 1999, *Rec.* p. 1020 (*Peretti*) | 4.5.3.1
· CAA de Lyon 16 maart 2000, *Rec.* p. 690 (*Epoux Raymond*) | 4.4.4.3, 4.5.5, 7.5.2, 8.6.4.2
· CAA de Nantes 25 april 2002, *AJDA* 2002, 1077 (*M. et Mme Merdrignac*) | 4.6.3
· CAA de Nancy 10 april 2003, *Rec.* p. 981 (*Société le Nid*) | 10.6.3.3.
· CAA de Douai 1 juli 2003, *Rec.* p. 981 (*S.A. Sogetra*) | 4.5.3.4
· CAA de Bordeaux 13 oktober 2003, *AJDA* 2004, p. 406 (*M. et Mme Bua*) | 4.3
· CAA de Bordeaux 26 februari 2004, *AJDA* 2004, p. 1941 (*ADARC*) | 7.6.3
· CAA de Marseille 15 maart 2004, no. 01MA00119 (*S.A. Vergers d'Europe*) | 8.9.3
· CAA de Bordeaux 15 juni 2004, *D.* 2004, p. 2198 | 4.6.3
· CAA de Bordeaux 24 juni 2004, *AJDA* 2004, p. 1783 (*Soc. Probal*) | 4.5.3.1
· CAA de Marseille 9 januari 2006, *AJDA* 2006, p. 1178 (*M. Fischer*) | 5.5.2
· CAA de Lyon 20 april 2006, *AJDA* 2006, p. 1519 (*M. Denesvre de Domecy*) | 8.6.4.2

TRIBUNAL ADMINISTRATIF

· TA de Chalons-sur-Marne 12 november 1974, *Rec.* p. 1168 | 7.6.1
· TA de Paris 16 december 1983, *D.* 1984, p. 560 | 7.2
· TA de Pau 21 oktober 1986, *Rec.* p. 323 (*Mlle Claridge*) | 4.6.3
· TA de Paris, 20 december 1990, *JCP* 1991, IV, p. 395 | 4.6.4
· TA de Grenoble 4 november 1991, *D.* 1993, p. 163 | 7.2
· TA d'Orléans 14 juni 1994, *Rec.* p. 1169 | 8.6.4.2
· TA de Versailles 7 maart 1995, *Rec.* p. 899 (*Morlat*) | 4.5.3.4
· TA de Montpellier 1 april 1998, *Juris-Data* 19999-036120 (*Aidan*) | 4.4.3
· TA de Versailles 18 juni 1998, *Rec.* p. 1156 | 4.5.3.4
· TA de Amiens 30 juli 2002 | 4.5.3.5
· TA de Amiens, 9 maart 2004, *AJDA* 2004, p. 1546 (*Mme T.c/CHU Amiens*) | 4.4.1

TRIBUNAL DES CONFLITS

· TC 8 februari 1873, *D.* 1873,3, 317 (*Blanco*) | 2.5.2
· TC 18 december 2000, *Rec.* p. 778 (*Syndicat des copropriétaires du centre commercial du Lézarde*) | 4.5.5

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

· CC 13 december 1985, *D.* 1986, p. 345 (*Tour Eiffel*) | 4.2
· CC 4 juli 1989, *Rec.CC* p. 41 (*Privatisations*) | 4.2
· CC 8 januari 1991, no. 90-283 DC | 4.2
· CC 27 november 2001, no. 2001-451 DC | 4.2
· CC 29 maart 1991, *D.* 1991, 324 (*Association des Centres éducatifs du Limousin c. Blieck*) | 4.6.3

EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

· EHRM 7 december 1976, appl.no. 5493/72 (*Handyside*) | 10.3.3, 10.3.5
· EHRM 13 juni 1979, appl.no. 6833/74 (*Marckx*) | 10.3.3
· EHRM 23 september 1982, appl.nos. 7151/75, 7152/75 (*Sporrong en Lönnroth*) | 9.5.2, 10.1, 10.3.3, 10.3.3.1, 10.4.5, 10.6.3.1
· EHRM 25 maart 1983, appl.no. 5947/72 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.3.4
· EHRM 21 februari 1986, appl.no. no. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.3.3, 10.3.5, 10.5.3.1
· EHRM 26 juni 1986, appl.no. 8543/79 (*Van Marle t. Nederland*) | 10.3.2
· EHRM 8 juli 1986, appl.no. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.3.3.1, 10.5.3.1
· EHRM 24 oktober 1986, appl.no. 9118/80 (*Agosi t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.3.3.3, 10.5.1, 10.5.5
· EHRM 24 november 1986, appl.no. 9063/80 (*Gillow t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.5.4.2
· EHRM 23 april 1987, appl.no. 9616/81 (*Erkner and Hofauer t. Oostenrijk*) | 10.5.4.1, 10.6.3.1
· EHRM 27 oktober 1987, appl.no. 10930/84 (*Bodén t. Zweden*) | 10.4.5
· ECRM 9 maart 1989, appl.no. 10763/85 (*Banér t. Zweden*) | 10.5.3.2
· EHRM 22 juni 1989, appl.no. 10179/84 (*Langborger t. Zweden*) | 10.4.5
· EHRM 7 juli 1989, appl.no. 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*) | 10.3.2, 10.3.3.2, 10.3.4, 10.3.6, 10.4.4, 10.5.1, 10.5.4.2
· EHRM 25 oktober 1989, appl.no. 10842/84 (*Allan Jacobsson t. Zweden*) | 10.5.2.2, 10.5.4.2, 10.6.3.2, 10.6.3.3
· EHRM 19 december 1989, appl.no. 10522/83 (*Mellacher t. Oostenrijk*) | 10.3.3.2, 10.5.1, 10.7.2.2
· EHRM 17 mei 1990, appl.no. 13728/88 (*S. t. Frankrijk*) | 10.6.3.1
· EHRM 4 oktober 1990, appl.no. 12633/87 (*Smith Kline t. Nederland*) | 10.3.2
· EHRM 18 februari 1991, appl.no. 12033/86 (*Fredin t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.3.3.2, 10.5.4.2

· EHRM 21 februari 1990, appl.no. 10855/85 (*Håkansson and Sturesson t. Zweden*) | 10.6.3.2
· EHRM 30 oktober 1991, appl.no. 10796/85 (*Wiesinger t. Oostenrijk*) | 10.5.2.2, 10.5.5, 10.6.3.2
· EHRM 29 november 1991, appl.no. 12742/87 (*Pine Valley Developments t. Ierland*) | 10.3.3.2, 10.5.3.2, 10.5.4.2
· EHRM 30 november 1992, appl.no. 14006/88 (*Johansson t. Zweden*) | 10.6.3.2
· EHRM 24 juni 1993, appl.no. 14556/89 (*Papamichalopoulos t. Griekenland*) | 10.3.3.1, 10.5.3.1, 10.6.3.1
· EHRM 6 december 1993, appl.no. 14351/88 (*G. t. Frankrijk*) | 10.6.3.3
· EHRM 22 september 1994, appl.no. 13616/88 (*Hentrich t. Frankrijk*) | 10.5.3.1
· EHRM 27 oktober 1994, appl.no. 1222539/86 (*Katte Klitsche de la Grange t. Italië*) | 10.3.6
· EHRM 24 november 1994, *Serie A*, Vol. 296-B (*Beaumartin t. Frankrijk*) | 10.3.3.1
· EHRM 9 december 1994, appl.no. 13427/87 (*Stran Greek Refineries t. Griekenland*) | 10.3.2
· EHRM 9 december 1994, appl.no. 13092/87 (*Holy Monasteries t. Griekenland*) | 10.3.5, 10.5.3.1
· EHRM 23 februari 1995, appl.no 15375/89 (*Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH t. Nederland*) | 10.3.2, 10.5.4.2
· EHRM 5 mei 1995, appl.no. 18465/91 (*Air Canada t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.3.3.3, 10.5.3.2, 10.5.5
· EHRM 28 juni 1995, appl.no. 26704/95 (*Pfeuffer t. Duitsland*) | 10.6.3.1
· ECRM 10 september 1995, appl.no. 27894/95 (*Bäckström t. Finland*) | 10.5.5
· EHRM 28 september 1995, appl.no. 19133/91 (*Scollo t. Italië*) | 10.4.3, 10.5.4.1
· EHRM 18 oktober 1995, appl.no. 25679/94 (*Borg t. Malta*) | 10.5.1, 10.6.3.1
· EHRM 31 oktober 1995, appl.no. 14556/89 (*Papamichalopoulos t. Griekenland*) | 9.5.2
· EHRM 20 november 1995, *NJ* 1996, 593 (*Pressos Compania Naviera SA t. België*) | 10.3.2
· EHRM 23 april 1996, appl.no. 17869/91 (*Phocas t. Frankrijk*) | § 10.6.3.1
· EHRM 25 april 1996, appl.no. 15573/89 (*Gustafsson t. Zweden*) | 10.4.6
· EHRM 16 juni 1996, appl.no. 15777/89 (*Matos e Silva e.a. t. Portugal*) | 10.4.5
· EHRM 7 augustus 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1067 (*Zubani t. Italië*) | 10.3.3.1
· EHRM 16 september 1996, appl.no. 15777/89 (*Matos e Silva t. Portugal*) | 10.3.3.1, 10.6.3.1
· EHRM 16 september 1996, appl.no. 17371/790 (*Gaygusuz t. Oostenrijk*) | 10.3.3.2
· EHRM 16 oktober 1996, appl.no. 28981/95 (*Child t. Ierland*) | 10.5.4.2
· EHRM 15 november 1996, appl.no. 20680/92 (*Tsomtsos e.a. t. Griekenland*) | 10.5.3.1
· EHRM 18 december 1996, Reports 1996-VI, Vol. 36 (*Loizidou t. Turkije*) | 10.3.3.3
· EHRM 19 maart 1997, appl.no. 18357/91 (*Hornsby*) | 10.5.4.1
· EHRM 4 maart 1998, appl.no. 36199/97 (*SARL Socexhol t. Frankrijk*) | 10.6.3.1
· EHRM 22 mei 1998, appl.no. 60868/00 (*Vasilescu t. Roemenië*) | 10.3.3.1
· EHRM 21 oktober 1998, appl.no. 33298/96 (*Pinnacle Meat Processors Company e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.3.3.2, 10.7.2.3
· EHRM 21 oktober 1998, appl.no. 41242/98 (*Jónsson e.a. t. IJsland*) | 10.6.2.3
· EHRM 21 oktober 1998, appl.no. 41113/9 (*Photos Photiades & co t. Cyprus*) | 10.5.5

· EHRM 28 oktober 1998, appl.no. 23452/94 (*Osman t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.7.3.2
· EHRM 24 november 1998, appl.no. 27648/95 (*Pfleger t. Oostenrijk*) | 10.6.3.1
· EHRM 25 maart 1999, appl.no. 31107/96 (*Iatridis t. Griekenland*) | 10.3.2, 10.3.4, 10.7.2.3
· EHRM 29 april 1999, appl.no. 25088/94 e.a. (*Chassagnou t. Frankrijk*) | 10.3.3.2, 10.5.1
· EHRM 25 mei 1999, appl.no. 37592/97 (*Olbertz t. Duitsland*) | 10.3.6, 10.5.4.2, 10.7.2.3
· EHRM 25 mei 1999, appl.no. 42396/98 (*Oikodomikos synetairismos Ygeionomikon "I Ygeia" e.a. t. Griekenland*) | 10.6.3.1
· EHRM 6 juli 1999, appl.no. 42279/98 (*Diard t. Frankrijk*) | 10.4.4, 10.6.3., 10.6.3.3
· EHRM 28 juli 1999, appl.no. 22774/93 (*Immobiliare Saffi t. Italië*) | 10.3.6, 10.5.1, 10.5.3.1, 10.5.4.1, 10.5.5
· EHRM 28 september 1999, appl.no. 37538/97 (*Van Nus t. Nederland*) | 10.3.6, 10.5.4.2
· EHRM 28 september 1999, appl.no. 30337/96 (*Hiltunen t. Finland*) | 10.6.3.3
· EHRM 28 oktober 1999, appl.no. 41127/98 (*Cierva Osorio de Moscovo t. Spanje*) | 10.3.2
· EHRM 28 oktober 1999, appl.no. 31109/96 (*Riboli t. Italië*) | 10.5.2.2
· EHRM 9 november 1999, appl.no. 26449/95 (*Spacek t. Tsjechië*) | 10.3.4, 10.5.4.2
· EHRM 9 november 1999, appl.no. 37595/97 (*Döring t. Duitsland*) | 10.3.6, 10.7.2.3
· EHRM 5 januari 2000, appl.no. 33202/96 (*Beyeler t. Italië*) | 10.3.3.3, 10.3.4, 10.4.3
· EHRM 25 januari 2000, appl.no. 37683/97 (*Ian Edgar (Liverpool) Limited t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.3.3.2, 10.6.2.2
· EHRM 28 maart 2000, appl.no. 22492/93 (*Kiliç t. Turkije*) | 10.4.3
· EHRM 16 mei 2000, appl.no. 31778/96 (*Siebenhandl t. Oostenrijk*) | 10.6.3.1
· EHRM 20 juli 2000, appl.no. 15918/89 (*Antonetto t. Italië*) | 10.3.3.3
· EHRM 26 september 2000, appl.no. 37660/97 (*Denimark Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.5.1, 10.6.2.2
· EHRM 26 september 2000, appl.no. 37679/97 en 37682/97 (*Slough and King e.a.*) | 10.6.2.2
· EHRM 26 september 2000, appl.no. 37657/97 (*Andrew*) | 10.6.2.2
· EHRM 26 september 2000, appl.no. 38881/97 (*Findlater*) | 10.6.2.2
· EHRM 23 november 2000, appl.no. 25701/94 (*Voormalige Koning van Griekenland t. Griekenland*) | 10.3.5, 10.5.3.1
· EHRM 12 december 2000, appl.no. 50924/99 (*Bahía Nova t. Spanje*) | 10.6.3.2
· EHRM 13 december 2000, appl.no 33071/96 (*Malhous t. Tsjechië*) | 10.3.2
· EHRM 10 januari 2001, appl.no. 38460/97 (*Platakou t. Griekenland*) | 10.5.3.1
· EHRM 10 januari 2001, appl.no. 21463/93 (*Lunari t. Italië*) | 10.5.4.1
· EHRM 18 januari 2001, appl.no. 27238/95 (*Chapman t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.3.3.2
· EHRM 15 februari 2001, app.no. 37858/97 (*Aschan e.a. t. Finland*) | 10.5.2.2, 10.6.2.3
· EHRM 10 mei 2001, appl.no. 28945/95 (*T.P. en K.M. t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.4.3
· EHRM 19 juni 2001, appl.no. 34049/96 (*Zwierzynski t. Polen*) | 10.3.5

· EHRM 12 juli 2001, appl.no. 42527/98 (*Hans-Adam II van Liechtenstein t. Duitsland*) | 10.3.2
· EHRM 2 augustus 2001, appl.no. 37710/97 (*Elia S.r.l. t. Italië*) | 10.6.3.1
· EHRM 28 augustus 2001, appl.no. 75248/01 (*Steyl t. Italië*) | 10.6.3.2
· EHRM 2 oktober 2001, appl.no. 36022/97 (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*; schending) | 10.7.3.2
· EHRM 15 november 2001, appl.nos. 54999/00, 53991/00 (*Honecker e.a. t. Duitsland*) | 10.5.1
· EHRM 7 maart 2002, appl.no. 53320/99 (*Trajkovksi t. Macedonië*) | 10.5.1, 10.5.2.2
· EHRM 12 maart 2002, appl.no. 54596/00 (*Goletto t. Frankrijk*) | 10.6.3.1, 10.6.3.3
· EHRM 18 juni 2002, appl.no. 48757/99 (*Shestakov t. Rusland*) | 10.3.6
· EHRM 18 juni 2002, appl.no. 47122/99, *NJCM* 2003, p. 785, m.nt. NV (*Woonbron t. Nederland*) | 10.4.5
· EHRM 18 juni 2002, appl.no. 48281/99 (*Jampy t. Frankrijk*) | 10.6.3.3
· EHRM 24 september 2002, appl.no. 27824/95 (*Posti en Rahko t. Finland*) | 10.3.3.2, 10.5.2.2, 10.5.3.2
· EHRM 24 oktober 2002, appl.no. 37703/97 (*Mastromatteo t. Italië*) | 10.7.3.2
· EHRM 26 november 2002, appl.no. 33218/96 (*E. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*; schending) | 10.7.3.2
· EHRM 28 november 2002, appl.no. 7538/02 (*Voggenreiter t. Duitsland*) | 10.4.4
· EHRM 5 december 2002, appl.no. 53871/00 (*Islamische Religiongemeinschaft e.V. t. Duitsland*) | 10.5.1
· EHRM 10 december 2002, appl.no. 70861/01 (*Mlynár t. Tsjechië*) | 10.5.4.2, 10.6.3.1
· EHRM 23 januari 2003, appl.no. 51307/99 (*Geffre t. Frankrijk*) | 10.6.3.1, 10.6.3.2, 10.6.3.3
· EHRM 6 februari 2003, appl.no. 71630/01 (*Wendenburg e.a. t. Duitsland*) | 10.5.1, 10.6.2.4
· EHRM 10 april 2003, appl.no. 38602/02 (*Yildirim t. Italië*) | 10.5.5
· EHRM 17 juli 2003, appl.no. 32190/96 (*Luordo t. Italië*) | 10.3.3.3, 10.5.4.1
· EHRM 25 maart 2004, appl.no. 24077/02 (*Natalya Gerasimova t. Rusland*) | 10.5.3.2
· EHRM 27 april 2004, appl.no. 62543/00 (*Gorraiz Lizarraga et autres t. Spanje*) | 10.6.3.1
· EHRM 29 april 2004, appl.no. 40465/98 (*Sorrrentino Prota t. Italië*) | 10.5.4.1
· EHRM 22 juni 2004, appl.no. 31443/96 (*Broniowski t. Polen*) | 10.3.5, 10.4.6
· EHRM 29 juni 2004, appl.no. 8803-8811/02 (*Doğan e.a. t. Turkije*) | 10.3.3.3
· EHRM 21 september 2004, appl.no. 68880/01 (*Schirmer t. Polen*) | 10.5.1
· EHRM 23 september 2004, appl.no. 20937/03 (*Kapsalis en Nima-Kapsali t. Griekenland*) | 10.3.6
· EHRM 30 november 2004, appl.no. 48939/99 (*Öneryildiz t. Turkije*) | 10.3.3.3, 10.4.3, 10.7.3.2
· EHRM 2 december 2004, appl.no. 42138/02 (*Yaroslavtsev t. Rusland*) | 10.5.4.2, 10.5.4.2
· EHRM 22 februari 2005 en 19 juni 2006, appl.no. 35014/97 (*Hutten-Czapska t. Polen*) | 10.3.6, 10.5.2.1, 10.5.4.1
· EHRM 1 maart 2005, appl.no. 69869/01 (*Bône t. Frankrijk*) | 10.7.3.2
· EHRM 2 maart 2005, appl.no. 71916/01 (*Von Maltzan e.a. t. Duitsland*) | 10.3.2
· EHRM 24 mei 2005, appl.no. 61032/00 (*Buzescu t. Roemenië*) | 10.5.4.1

· EHRM 24 mei 2005, appl.no. 45214/99 (*Sildedzis t. Polen*) | 10.3.4, 10.5.4.2
· EHRM 30 juni 2005, appl.no. 45036/98 (*Bosphorus t. Ierland*) | 12.6.3
· EHRM 31 juni 2005, appl.no. 62740/00 (*Matheus t. Frankrijk*) | 10.5.4.1
· EHRM 21 juli 2005, appl.no. 57001/00 (*Strain e.a. t. Roemenië*) | 10.3.3.1
· EHRM 28 juli 2005, appl.no. 51728/99 (*Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd. t. Polen*) | 10.5.1
· EHRM 28 juli 2005, appl.no. 33538/96 (*Alatulkkila e.a. t. Finland*) | 10.5.2.2, 10.5.3.2, 10.6.2.3
· EHRM 10 oktober 2005, appl.no. 37451/97 (*N.A. e.a. t. Turkije*) | 10.5.4.2
· EHRM 10 oktober 2005, appl.no. 73049/01 (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*) | 10.5.4.2
· EHRM 8 november 2005, appl.no. 4251/02 (*Saliba t. Malta*) | 10.3.1, 10.3.6, 10.5.4.2
· EHRM 24 november 2005, appl.no. 16153/03 (*Lazarev en Lazarev t. Rusland*) | 10.5.2.2, 10.5.4.2
· EHRM 24 november 2005, appl.no. 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*) | 10.5.5
· EHRM 1 december 2005, appl.no. 61093/00 (*SCEA Ferme de Fresnoy t. Frankrijk*) | 10.5.5, 10.6.3.3
· EHRM 24 januari 2006, appl.no. 72864/01 (*Galtieri t. Italië*) | 10.6.3.1, 10.6.3.2
· EHRM 9 februari 2006, appl.no. 2531/02 (*Athanasiou t. Griekenland*) | 10.5.2.1, 10.6.3.1, 10.7.3.
· EHRM 2 maart 2006, appl.no. 49908/99 (*S.T. Ansay e.a. t. Turkije*) | 10.5.5
· EHRM 29 maart 2006, appl.no. 36813/97 (*Scordino t. Italië*) | 10.5.3.1
· EHRM 9 mei 2006, appl.no. 54508/00 (*Saarenpään Loma Ky t. Finland*) | 10.6.3.1
· EHRM 19 juni 2006, appl.no. 35014/97 (*Hutten-Czapska t. Polen*) | 10.6.2.2
· EHRM 13 juli 2006, appl.no. 35859/02 (*Housing Association of war disabled and victims of war of Attica e.a. t. Griekenland*) | 10.5.2.1, 10.6.3.1
· EHRM 19 september 2006, appl.no. 13844/02 (*Maupas e.a. t. Frankrijk*) | 10.5.5
· EHRM 26 september 2006, appl.no. 48986/99 (*Mürvet Fidan t. Turkije*) | 9.8.3
· EHRM 29 maart 2007, appl.no. 61951/00 (*Debelianovi t. Bulgarije*) | 10.6.3.1
· EHRM 9 mei 2007, appl.no. 29005/05 (*Brückl t. Duitsland*) | 10.3.6
· EHRM 10 mei 2007, appl.no. 60580/00 (*Ta°atan t. Turkije*) | 9.8.3
· EHRM 26 juni 2007, appl.no. 7718/03 (*Perinelli t. Italië*)) | 10.6.3.2
· EHRM 31 juli 2007, appl.no. 2334/03 (*Kozacioðlu t. Turkije*) | 10.5.3.1
· EHRM 30 augustus 2007, appl.no. 44302/02 (*Pye t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.3.3.1, 10.6.3.1
· EHRM 6 september 2007, appl.no. 38672/02 (*Skrzyñski t. Polen*) | 10.6.3.1
· EHRM 27 november 2007, appl.no. 21861/03 (*Hamer t. België*) | 10.3.6, 10.5.4.2
· EHRM 21 februari 2008, appl.no. 35332/05 (*Anonymus Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis t. Griekenland*) | 10.3.6, 10.6.3.1
· EHRM 26 februari 2008, appl.no. 37664/04 (*Fägerskiöld t. Zweden*) | 10.4.5
· EHRM 8 juli 2008, appl.no. 1411/03 (*Turgut e.a. t. Turkije*) | 10.5.3.1
· EHRM 13 november 2008, appl.no. 10838/06 (*Frijns t. Nederland*) | 10.6.3.1, 10.6.3.2
· EHRM 8 januari 2009, appl.no. 36777/03 (*Iribarren*) | 10.4.3
· EHRM 17 maart 2009, appl.no. 3675/04 (*Flamenbaum et Akierman t. Frankrijk*) | 10.6.3.3

· EHRM 16 april 2009, appl.no. 49000/06 (*Antonopoulou t. Griekenland*) | 10.6.3.1
· EHRM 12 mei 2009, appl.no. 18215/06 (*Greenpeace t. Duitsland*) | 10.3.6
· EHRM 2 juli 2009, appl.no. 22627/03 (*Zaharievi t. Bulgarije*) | 10.3.2
· EHRM 4 augustus 2009, appl.no. 24768/06 (*Perdigão t. Portugal*) | 10.6.3.1

EUROPESE COMMISSIE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

· ECRM 12 oktober 1982, appl.nos. 8588/79 en 8589/79 (*Bramelid en Malmström t. Zweden*) | 10.3.3.1
· ECRM 3 oktober 1984, appl.no. 10438/83 (*Batelaan and Huiges t. Nederland*) | 10.7.2.3
· ECRM 5 december 1984, appl.no. 10426/83 (*Pudas t. Zweden*) | 10.3.2, 10.4.4, 10.7.2.3
· ECRM 18 oktober 1985, appl.no. 10825/84 (*Howard t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.5.3.1
· ECRM 16 juli 1986, appl.no. 9310/81 (*Rayner t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.4.5
· ECRM 7 mei 1987, appl.no. 10723/85 (*Chater t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.3.3.2
· ECRM 5 oktober 1987, appl.no. 10800/84 (*I.F., F.D. et Sté S. t. Frankrijk*) | 10.6.3.3
· ECRM 9 mei 1988, appl.no. 12258/86 (*Skärby t. Zweden*) | 10.3.3.2
· ECRM 18 januari 1989 , appl.no. 12570/86 (*Denev t. Zweden*) | 10.3.3.2
· ECRM 9 maart 1989, appl.no. 10763/85 (*Banér t. Zweden*) | 10.3.3.2, 10.6.2.3
· ECRM 9 maart 1989, appl.no. 10764/85 (*Braunerhielm t. Zweden*) | 10.6.2.3
· ECRM 9 maart 1989 appl.no. 10765/85 (*Nilsson t. Zweden*) | 10.6.2.3
· ECRM 1 februari 1990, appl.no. 12836/87 (*Konsumentfinans Karlsson & Lindeìn AB t. Zweden*) | 10.4.5, 10.5.4.2.
· ECRM 15 februari 1990, appl.no. 15434/89 (*Antoniades t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.5.4.2
· ECRM 17 mei 1990, appl.no. 13728/88 (*S. tegen Frankrijk*) | 10.5.3.2, 10.6.3.1
· ECRM 1 oktober 1990, appl.no. 12836/87 (*Konsument-finans Karlsson & Lindeìn AB t. Zweden*) | 10.5.2.1, 10.5.4.2, 10.6.3.2
· ECRM 3 december 1990, appl.no. 17176/90 (*Walker-Bow t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.5.4.2, 10.6.3.2
· ECRM 7 januari 1991, appl.no. 16922/90 (*Fischer t. Oostenrijk*) | 10.5.1
· ECRM 25 februari 1991, appl.no. 12344/86 (*Beckers t. Nederland*) | 10.5.4.2
· ECRM 1 juli 1991, appl.no. 16239/90/90 (*R. t. Zweden*) | 10.4.5, 10.5.2.2
· ECRM 17 oktober 1991, appl.no. 16221/90 (*McKenna t. Ierland*) | 10.5.4.2, 10.6.2.4.
· ECRM 1 juli 1992, appl.no. 13903/88 (*Claesson t. Zweden*) | 10.6.2.3
· ECRM 30 november 1992, appl.no. 14006/88 (*Johansson t. Zweden*) | 10.6.3.2
· ECRM 8 december 1992, appl.no. 18523/91 (*Commune de Lambersart t. Frankrijk*) | 10.4.6
· ECRM 6 december 1993, appl.no. 14351/88 (*G. t. Frankrijk*) | 10.6.3.3
· ECRM 6 april 1994, appl.no. 22245/92 (*M.J.C. en J.E.C. t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.5.3.1
· ECRM 7 april 1994, appl.no. 21022/92 (*Berger t. Oostenrijk*) | 10.6.3.1
· ECRM 5 juli 1994, appl.no. 19819/92 (*Størksen t. Noorwegen*)) | 10.4.4
· ECRM 10 oktober 1994, appl.no. 21343/93 (*Uuhiniemi t. Finland*) | 10.4.5
· ECRM 2 december 1994, appl.no. 22331/93 (*G. et R. Lestienne t. Frankrijk*) | 6.5.3

· ECRM 22 februari 1995, appl.no. 24468/94 (*Campus Agricola y Ganadera S.A. t. Spanje*) | 10.4.3
· ECRM 6 april 1995, appl.no. 24581/94 (*Gialouris, Christopoulos e.a. t. Griekenland*) | 10.4.4
· ECRM 17 mei 1995, appl.no. 23193/94 (*Kosek t. Oostenrijk*) | 10.5.2.2
· ECRM 4 december 1995, appl.no. 28204/95 (*Tauira e.a. t. Frankrijk*) | 6.5.3, 10.4.5
· ECRM 17 januari 1996, appl.no. 25490/94 (*Johansson t. Zweden*) | 10.5.2.2
· ECRM 12 april 1996, appl.no. 26889/95 (*Panvert t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.3.6, 10.4.5, 10.5.4.2, 10.6.3.1
· ECRM 16 juni 1996, appl.no. 28485/95 (*Glass t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.4.5
· ECRM 16 oktober 1996, appl.no. 24877/94 (*Casotti e.a. t. Italië*) | 10.4.4
· ECRM 15 november 1996, appl.no. 19385/92 (*Katikaridis t. Griekenland*) | 10.5.3.1
· ECRM 26 februari 1997, appl.no. 28911/95 (*Titterrell t. Verenigd Koninkrijk*) | 10.5.4.2
· ECRM 21 mei 1997, appl.no. 21752/93 (*Krickl t. Oostenrijk*) | 10.4.5
· ECRM 10 september 1997, appl.no. 28892/95 (*McKone t. Ierland*) | 10.5.4.2
· ECRM 16 april 1998, appl.no. 32047/96 (*T.C. t. Zweden*) | 10.5.5
· ECRM 1 juli 1998, appl.no. 38192/97 (*L'association des Amis de Saint Raphaël et de Fréjus e.a. t. Frankrijk*) | 6.5.3
· ECRM 21 oktober 1998, appl.no. 33298/96 (*Pinnacle Meat Processors*) | 10.5.3.2, 10.6.2.1
· ECRM 19 oktober 2000, appl.no. 31227/96 (*Ambruosi t. Italië*) | 10.3.2

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

· HvJ EG 13 juli 1961, gev. zaken 14, 16, 17, 20, 24, 26 en 27/60 en 1/61, *Jur*. 1961, p. 348 (*Meroni*) | 12.2.2
· HvJ EG 14 juli 1961, gev. zaken 9 en 12/60, *Jur*. 1961, p. 502 (*Vloeberghs*) | 12.2.3
· HvJ EG 15 juli 1963, zaak 25/62, *Jur* 1963, p. 233-234 (*Plaumann*) | 12.2.1, 12.2.2 12.4.1
· HvJ EG 2 maart 1967, gev. zaken 9 en 58/65, Jur. 1961, p. 16 (*San Michele*) | 12.2.2
· HvJ EG 14 juli 1967, gev. zaken 5, 7 en 13-24/66, *Jur*. 1967, p. 317 (*Kampffmeyer*) | 12.5.3
· HvJ EG 13 december 1967, zaak 17/67, *Jur*. 1967, p. 556 (*Firma Max Neumann*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 11 juli 1968, Zaak 6/68, *Jur*. 1968, p. 409 (*Zuckerfabrik Watenstedt*) | 12.2.1, 12.4.3.1
· HvJ EG 28 april 1971, zaak 4/69, *Jur*. 1971, p. 336-337, (*Lütticke*) | 12.2.1
· HvJ EG 2 december 1971, zaak 5/71, *Jur*. 1971, p. 975 (*Schöppenstedt*) | 12.2.2, 12.4.3.3
· HvJ EG 13 juni 1972, gev. zaken 9 en 11/71, *Jur*. 1972, p. 391 (*Compagnie d'approvisionnement*) | 5.2.2, 12.4.1
· HvJ EG 24 oktober 1973, zaak 43/72, *Jur*. 1973, 1055, (*Merkur*) | 12.4.3.3
· HvJ EG 24 oktober 1973, zaak 5/73, *Jur*. 1973, p. 1091 (*Balkan-Import-Export*) | 12.4.3.3

· HvJ EG 4 februari 1975, zaak 169/73, *Jur.* 1975, p. 117 (*Compagnie Continentale*) | 12.5.5.2, 12.6.1.1
· HvJ EG 28 oktober 1975, C-36/75 (*Rutili*) | 12.6.1.3
· HvJ EG 10 december 1975, zaken 95-98/74, *Jur.* 1975, p. 1615 (*Cie continentale*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 21 mei 1976, zaak 26/74, *Jur.* 1976, p. 677 (*Roquette frères*) | 12.5.2
· HvJ EG 2 juni 1976, zaken 56 tot 60/74, *Jur.* 1976, p. 711 (*Kampffmeyer*) | 12.4.1, 12.5.2
· HvJ EG 22 maart 1977, zaak, 78/76 (*Steinike & Weinlig*) | 11.2.1
· HvJ EG 31 maart 1977, zaken 54 tot 60/76 (*Comté de Loheac*) | 12.4.1
· HvJ EG 8 juni 1977, zaak 97/76, *Jur.* 1977, p. 1063 (*Merkur*) | 12.5.5.2
· HvJ EG van 5 juli 1977 zaak 114/76, *Jur.* 1977, p. 1211 (*Bela-Muhle*) | 12.2.2
· HvJ EG van 5 juli 1977 zaak 116/76, *Jur.* 1977, p. 1247 (*Granaria BV*) | 12.2.2
· HvJ EG van 5 juli 1977 zaak 119-120/76, *Jur.* 1977, p. 1269 e.v. (*Olmuhle en Kurt A. Becher*) | 12.2.2
· HvJ EG 26 januari 1978, zaken C-44-51/77 (*Union Malt*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 1 februari 1978, zaak 78/77, *Jur.* 1978, p. 169 (*Lührs*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 27 april 1978, zaak 90/77, *Jur.* 1977, p. 2113 (*Stimming*) | 8.6.4.2, 12.5.5.2
· HvJ EG 10 mei 1978, zaak 132/77, *Jur.* 1978, p. 1061 (*Société d'exportation des Sucres*) | 12.5.3
· HvJ EG 25 mei 1978, gev. zaken 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, *Jur.* 1978, p. 1209 (*BHNL*) | 12.2.2, 12.4.3.1
· HvJ EG 13 juni 1978, zaak 146/77, *Jur.* 1978, p. 1347 (*British Beef*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 25 januari 1979, zaaknr. 98/78 (*Racke*), *Jur.* 1979, p. 69 | 8.6.3
· HvJ EG 25 januari 1979, zaaknr. 99/78 (*Decker*), *Jur.* 1979, p. 101 | 8.6.3
· HvJ EG 25 januari 1979, zaak 99/78, *Jur.* 1979, p. 101 (*Decker*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 31 januari 1979, zaak 127/78, *Jur.* 1979, p. 171 (*Spitta*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 16 mei 1979, zaak 84/78, *Jur.* 1979, p. 1801 (*Tomadini*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 27 september 1979, zaak 230/78, *Jur.* 1979, p. 2749 (*Eridiana*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 4 oktober 1979, gev. zaken 261 en 262/78, *Jur.* 1979, p. 3045 (*Interquelle Stärke Chemie*) | 12.2.2, 12.5.4
· HvJ 4 oktober 1979, zaak 238/78, *Jur.* 1979, p. 2955 (*Ireks-Arkady*) | 12.2.2, 12.5.4
· HvJ EG 4 oktober 1979, gev. zaken 64 en 113/76, 167 en 239/78, 27, 28 en 45/79, *Jur.* 1979, p. 3091 (*Dumortier Frères*) | 12.2.2, 12.5.3, 12.5.4
· HvJ EG 4 oktober 1979, gev. zaken 241, 242, 245-250/78, *Jur.* 1979, p. 3071 (*DGV*) | 12.2.2
· HvJ EG 13 december 1979, zaak 44/79, *Jur.* 1979, p. 3727 (*Hauer*) | 12.6.1.3
· HvJ EG 18 maart 1980, zaak 154/78 (*Valsabbia*) | 12.6.1.3
· HvJ EG 11 december 1980, zaak 827/79, *Jur.* 1980, p. 3731 (*Ciro Acampora*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 19 mei 1982, zaak 84/81, *Jur.* 1982, p. 1763 (*Staple Dairy Products*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 15 juli 1982, zaak 245/81, *Jur.* 1982, p. 2745 (*Edeka*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 29 september 1982, zaak 26/81, *Jur.* 1982, p. 3057 (*Oleifici Mediterranei*) | 12.4.1
· HvJ EG 30 september 1982, zaak 108/81, *Jur.* 1982, p. 3107 (*Amylum*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 30 september 1982, zaak 110/81, *Jur.* 1982, p. 3159 (*Roquette Frères*) | 12.5.5.2

· HvJ EG 30 september 1982, zaak 114/81, *Jur*. 1982, p. 3189 (*Tunnel Refineries*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 28 oktober 1982, zaak 52/81, *Jur*. 1982, p. 3745 (*Faust*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 9 december 1982, zaak 258/81, *Jur*. 1982, p. 4261 (*Metallurgiki Halyps*) | 12.6.1.3
· HvJ EG 6 december 1984, zaak 59/83, *Jur*. 1984, p. 4057 (*Biovilac*) | 12.4.1, 12.4.3.1, 12.5.5.2
· HvJ EG 19 september 1985, zaak 172/83, *Jur*. 1985, p. 2831 (*Hoogovensgroep*) | 12.6.1.3
· HvJ EG 26 februari 1986, zaak 175/84, *Jur*. 1986, p. 753 (*Krohn*) | 12.5.3
· HvJ EG 24 juni 1986, zaak 267/82, *Jur*. 1986, p. 1907 (*Clemessy*) | 12.4.1
· HvJ EG 14 januari 1987, zaak 281/84, *Jur*. 1987, p. 49 (*Zuckerfabrik Bedburg*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 11 maart 1987, zaak 265/85, *Jur.* 1987, p. 1155 (*Van den Bergh*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 11 maart 1987, gev. zaken 279, 280, 285 en 286/84, *Jur.* 1987, p. 1069 (*Rau*) | 12.5.6
· HvJ EG 16 juni 1987, zaak 118/85 (*Commissie/Italië*) | 11.2.1
· HvJ EG 29 september 1987, zaak 81/86, *Jur*. 1987, p. 3677 (*De Boer Buizen*) | 12.4.1
· HvJ EG 8 december 1987, zaak 50/86, *Jur*. 1987, p. 4833 (*Grands moulins de Paris*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 2 februari 1988, gev. zaken 67, 68 en 70/85, *Jur.* 1988, p. 219 (*Gebroeders van der Kooij*) | 11.2.1
· HvJ EG 28 april 1988, zaak 120/86, *Jur*. 1988, p. 2321 (*Mulder*) | 12.2.3
· HvJ EG 7 juni 1988, zaak 57/86 (*Griekenland/Commissie*) | 11.2.1
· HvJ EG 13 juli 1988, zaak 102/87 (*Frankrijk/Commissie*) | 11.2.1
· HvJ EG 27 september 1988, *AB* 1991, 314 m.nt. BMJvdM en HJS (*Asteris*) | 11.3.2
· HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 180/87, *Jur*. 1988, p. 6141 (*Hamill*) | 12.5.3
· HvJ EG 12 juli 1989, zaak 161/88, *Jur*. 1989, p. 2415 (*Binder*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 13 juli 1989, *Jur.* 1989, p. 2609 (*Wachauf*) | 12.6.1.3
· HvJ EG 21 september 1989, C-46/87 (*Hoechst*) | 12.6.1.3
· HvJ EG 14 februari 1990, zaak 350/88, *Jur*. 1990, p. I-395 (*Delacre*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 6 juni 1990, zaak 119/88, *Jur*. 1990, p. I-2189 (*AERPO*) | 12.2.1
· HvJ EG 28 juni 1990, zaak C-80/89, *Jur*. 1990, p. I-2659, (*Behn*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 28 juni 1990, zaak C-174/89, *Jur*. 1990, p. I-2681 (*Hoche*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 20 september 1990, Zaak C-5/89 (*BUG Alutechnik*) | 11.5.3
· HvJ EG 13 november 1990, zaak 331/88, *Jur*. 1990, p. I-4023 (*Fedesa*) | 12.6.1.3
· HvJ EG 11 december 1990, zaak C-189/89, *Jur.* 1990, p. I-4539 (*Spagl v. Hauptzollambt Rosenheim*) | 12.2.3
· HvJ EG 11 december 1990, zaak C-217/89, *Jur.* 1990, p. I-4585 (*Pastätter v. Hauptzollambt Bad Reichenall*) | 12.2.3
· HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 (*Höfner*) | 11.2.1
· HvJ EG 11 juli 1991, zaak C-368/89, *Jur*. 1991, p. I-3695 (*Crispoltoni*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354/90 (*FNCEPA*) | 11.2.2.1.
· HvJ EG 19 mei 1992, gev. zaken C-104/89 en C-37/90, *Jur*. 1992, p. I-361 (*Mulder II*) | 12.2.2, 12.2.3, 12.5.3, 12.5.5.1, 12.5.6
· HvJ EG 18 mei 1993, zaak C-220/91, Jur. 1993, p. I-2393 (*Stahlwerke Peine Salzigitter*) | 12.2.2, 12.2.3

· HvJ EG 5 oktober 1993, zaak 13/92, *Jur*. 1993, p. I-4751 (*Driessen*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 3 februari 1994, zaak C-308/87, *Jur*. 1994, p. I-341 (*Grifoni*) | 12.2.3, 12.6.1.1
· HvJ EG 15 maart 1994, zaak C-387/92 (*Banco Exterior*) | 11.2.1
· HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-280/93 (*Duitsland/Raad*) | 12.5.1, 12.6.1.3
· HvJ EG 15 december 1994, zaak T-489/93, *Jur*. 1994, p. 1201 (*Unifruit Hellas*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 6 april 1995, zaak C-315/93, *Jur.* 1995, p. I-00913 (*Flip/Verdegem*) | 12.6.2
· HvJ EG 15 februari 1996, zaak C-63/93 (*Duff*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 5 maart 1996, gev. zaken C-46/93 en C-48/93, *Jur*. 1996, p. 1029 (*Brasserie du Pêcheur*) | 12.2.2, 12.2.3, 12.4.3.1
· HvJ EG 14 mei 1996, zaak C-153 en C-205/94 (*Faroe Seafood*) | 12.5.1
· HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-5/94, *Jur.* 1996, I-2553 (*Hedley Lomas*) | 12.4.3.1
· HvJ EG 30 juli 1996, zaak C-84/95, *Jur*. 1996, p. I-3953 (*Bosphorus*) | 12.6.3
· HvJ EG 12 december 1996, zaak C-241/95, *Jur.* 1996, p. II-6699 (*The Queen*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (*Alcan*) | 11.5.3.
· HvJ EG 15 april 1997, zaak C-22/94, *Jur*. 1997, p. I-1809 (*Irish Farmers Association*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265/95, *AB* 1998, 95, m.nt. FHvdB (*Commissie/Frankrijk*) | 10.5.4.1
· HvJ EG 19 november 1998, zaak C-284/94, *Jur*. 1998, p. I-7309 (*Chinees speelgoed*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 11 februari 1999, zaak C-390/95 (*Antillian Rice Mills*) | 12.6.1.1
· HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96 (*Albany*) | 11.2.1
· HvJ EG 23 november 1999, C 149/96, *Jurispr*. blz. I 8395 (*Portugal/Raad*) | 12.4.2
· HvJ EG 27 januari 2000, gev. zaken C-104/89 en C-37/90 (*Mulder III*) | 12.2.3
· HvJ EG 15 juni 2000, zaak C-237/98P, *Jur*. 2000, p. I-4549 (*Dorsch Consult*) | 12.4.1, 12.5.1, 12.5.2, 12.5.3, 12.5.4, 12.5.5.2
· HvJ EG 4 juli 2000, zaak C-352/98, *Jur.* 2000, p. I-5291 (*Bergaderm*) | 12.2.3, 12.4.3.1
· HvJ EG 19 september 2000, zaak C-156/98 (*Duitsland/Commissie*) | 11.2.1
· HvJ EG 13 maart 2001, zaak C-379/98 (*PreussenElektra*) | 11.2.1
· HvJ EG 20 september 2001, zaak C-390/98 (*Banks&Co tegen Coal Authority*) | 11.5.3
· HvJ EG 15 januari 2002, zaak C-179/00 (*Weidacher*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99 (*Wouters*) | 11.2.1
· HvJ EG 12 maart 2002, C 27/00 en C 122/00, Jurispr. blz. I 2569 (*Omega Air*) | 12.4.2
· HvJ EG 13 juni 2002, zaak C-382/99, *AB* 2002, 248, m.nt. FHvdB | 11.4.2.2, 11.5.3
· HvJ EG 19 september 2002, C-113/00 (*Spanje t. Commissie*) | 11.2.2.1
· HvJ EG 26 juni 2003, zaak C-182/03, *Jur*. 2003, p. I-6887 (*Belgische coördinatiecentra*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 10 juli 2003, zaak C-472/00P, *Jur*. 2003, p. I-7451 (*Fresh Marine*) | 12.5.3
· HvJ EG 10 juli 2003, gev. zaken C-20/00 en C-64/00, *Jur*. 2003, p. I-7411 (*Booker Aquaculture*) | 7.7.3.1, 12.5.6, 12.6.1.1, 12.6.2, 13.2
· HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (*Altmark*)) | 11.2.1

· HvJ EG 21 oktober 2003, gevoegde zaken C-261/01 en C-262/01 (*Van Calster*) | 11.2.1
· HvJ EG 20 november 2003, zaak C-126/01 (*GEMO*) | 11.2.1
· HvJ EG 27 november 2003, gevoegde zaken C-34/01 tot C-38/01 (*Enirisorse SpA*) | 11.2.1
· HvJ EG 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01 (*AOK Bundesverband*) | 11.2.1
· HvJ EG 23 maart 2004, zaak C-234/02P, *Jur*. 2004, p. I-2803, (*Lamberts*) | 12.4.3.3
· HvJ EG 29 april 2004, zaak C-372/97 (*Italië/Commissie*) | 11.2.1
· HvJ EG 29 april 2004, C-278/00 (*Griekenland/ Commissie*) | 11.2.2.2
· HvJ EG 15 juli 2004, gev. zaken C-37/02 en C-38/02, *Jur*. 2004, p. I-6911 (*Di Lenardo*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-459/02, *Jur*. 2004, p. 7315 (*Gerekens*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 14 september 2004, zaak C-276/02 (*Spanje/Commissie*) | 11.2.1
· HvJ EG 11 november 2004, zaak C-73/03 (*Spanje t. Commissie*) | 11.2.2.2
· HvJ EG 3 maart 2005, zaak C-172/03 (*Heiser*) | 11.2.1
· HvJ EG 5 juli 2005, gev. zaken C-154/04 en C-155/04 (*The Queen*) | 12.5.1
· HvJ EG 6 december 2005, gev. zaken C-11/04, C-12/04 en C-453/03, *Jur*. 2005, p. I-10423 (*ABNA*) | 12.6.1.3
· HvJ EG 23 februari 2006, zaak C-346/03 en C-529/03 (*Giuseppe Atzeni e.a. t. Regione autonoma della Sordegna*) | 11.2.2.2
· HvJ EG 7 juni 2006, zaak C-17/03, *Jur*. 2005, p. I-4983 (*VEMW*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 22 juni 2006, zaak C-182/03 (*Forum 187*, § 147) | 12.5.5.2
· HvJ EG 7 december 2006, zaak C-310/04, *Jur.* 2006, p. I-7285 (*Steunregeling katoen*) | 12.5.5.2
· HvJ EG 9 september 2008, nrs. C-120/06 P en C-121/06 P (*FIAMM*) | 12.4.2, 12.4.3.3 en 12.5.3

GERECHT VAN EERSTE AANLEG

· GvEA 27 juni 1991, zaak T-120/89, *Jur*. 1991, p. II-279 | 11.2.3
· GvEA 21 februari 1995, zaak T-472/93, *Jur*. 1995, p. II-421 (*Campo Ebro*) | 12.5.5.2
· GvEA 14 september 1995, gev. zaken T-480/93 en T-483/93, *Jur*. 1995, p. II-2305 (*Antillean Rice Mills*) | 12.2.3
· GvEA 13 december 1995, zaak T-484/93 (*Levende Varkens*) | 12.6.1.1
· GvEA 9 januari 1996, zaak T-575/93, *Jur*. 1996, p. II-1 (*Koelman*) | 12.5.2
· GvEA 15 april 1997, zaak T-390/94 (*Aloys Schröder*)) | 12.6.1.1
· GvEA 11 juli 1997, zaak T-267/94. *Jur*. 1997 II-1239 (*Oleifici Italiani*) | 12.4.3.3
· GvEA 24 oktober 1997, zaak T-244/94, *Jur*. 1997, p. II-1963 (*Wirtschaftsvereinigung Stahl*) | 12.5.5.2
· GvEA 24 oktober 1997, zaak T-243/94, *Jur*. 1997, p. 1887 (*British Steel*) | 12.5.5.2
· GvEA 29 januari 1998, zaak T-113/96, *Jur*. 1998, p. II-125 (*Eduard du Bois*) | 12.4.1, 12.4.3.3
· GvEA 28 april 1998, zaak T-184/95, *Jur*. 1998, p. II-667 (*Dorsch Consult*) | 5.2.2, 12.4.1
· GvEA 14 juli 1998, zaak T-119/95, *Jur*. 1998, p. II-2713 (*Hauer*) | 12.5.5.2

· GvEA 17 december 1998, zaak T-203/96, *Jur*. 1998, p. II-4239 (*Embassy Limousines*) | 12.2.3 en 12.5.5.2
· GvEA 30 juni 1999, zaak T-13/99, *Jur*. 1999, p. II-1961 (*Pfizer*) | 12.5.5.2, 12.6.1.3
· GvEA 1 december 1999, zaak T-125/96, *Jur*. 1999, p. II-3427 (*Boehringer*) | 12.6.1.3
· GvEA 9 juni 2000, zaak T-79/96, *Jur*. 2000, p. II-2193 (*Camar en Tico*) | 12.5.2
· GvEA 15 juni 2000, gevoegde zaken T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97-T-607/97, T-1/98, T-3/98-T-6/98 en T-23/98 (*Alzetta e.a./Commissie*) | 11.2.1
· GvEA 12 december 2000, zaak T-201/99, *Jur*. 2000, p. II-4005 (*Royal Olympic Cruisers e.a.*) | 12.5.1
· GvEA 11 april 2001, zaak T-288/97 (*Regione Friuli Venezia Giulia*) | 11.2.1
· GvEA 10 mei 2001, zaak T-186/97, *Jur.* 2001, p. II-1337 (*Kaufring*) | 12.5.5.2
· GvEA 6 december 2001, zaak T-196/99, *Jur*. 2001, p. II-3597 (*Area Cova*) | 12.5.1, 12.5.4, 12.5.5, 12.5.5.2
· GvEA 20 februari 2002, zaak T-170/00, Jur. 2002, p. II-515 (*Förde-Reederei*) | 12.5.4, 12.5.5.2
· GvEA 4 juli 2002, zaak T-239/00, *Jur*. 2002, p. II-2957 (*SCI UK*) | 12.5.5.2
· GvEA 11 september 2002, zaak T-70/99, *Jur*. 2002, p. II-3495 (*Alpharma*) | 12.5.5.2
· GvEA 4 maart 2003, zaak T-319/99 (*FENIN/Commissie*) | 11.2.1
· GvEA 6 maart 2003, zaak T-56/00, *Jur*. 2003, p. II-577 (*Dole Fresh Fruit*) | 12.2.3, 12.5.4
· GvEA 6 maart 2003, zaak T-57/00, *Jur*. 2003, p. II-607 (*Banan Kompaniet*) | 12.2.3, 12.5.4
· GvEA 6 maart 2003, gev. zaken T-61 en T-62/00, *Jur*. 2003, p. II-635 (*AIPO*) | 12.5.5.2
· GvEA 10 april 2003, zaak T-195/00, *Jur*. 2003, p. II-1677 (*Travelex*) | 12.5.2, 12.5.3, 12.5.4
· GvEA 2 juli 2003, zaak T-99/98, *Jur*. 2003, p. II-2195 (*Hameico Stuttgart*) | 12.5.2
· GvEA 28 januari 2004, zaak T-142/01, *Jur*. 2004, p. II-329 (*OPTUC*) | 12.5.5.2
· GvEA 10 februari 2004, gev. zaken T-64/01 en T-65/01, *Jur*. 2004, p. II-521 (*Afrikanische Frucht Compagnie*) | 12.4.3.1, 12.5.1, 12.5.4
· GvEA 10 maart 2004, zaak T-177/02, *Jur*. 2004, p. II-827 (*Malgutti-Vezinhet*) | 12.5.5.2
· GvEA 23 november 2004, zaak T-166/98, *Jur*. 2004, p. II-3991 (*Cantina Sociale di Dolianova*) | 12.2.3
· GvEA 28 juni 2005, zaak T-158/03, *Jur*. 2005, p. II-2425 (*Industrias Químicas*) | 12.6.1.3
· GvEA 14 december 2005, zaak T-69/00, *Jur*. 2005, p. II-5393 (*FIAMM*) | 12.4.2, 12.5.4, 12.5.5.1
· GvEA 14 december 2005, zaak T-301/00, *Jur*. 2005, p. II-25 (*Groupe Fremaux SA en Palais Royal Inc*) | 12.4.2
· GvEA 14 december 2005, zaak T-320/00, *Jur.* 2005, p. II-27 (*CD Cartontruck*) | 12.4.2
· GvEA 14 december 2005, zaak T-383/00, *Jur*. 2005, p. II-5459 (*Beamglow*) | 12.4.2
· GvEA 14 december 2005 zaak T-135/01, *Jur*. 2005, p. II-29 (*Giorgio Fredon & Figli SA*) | 12.4.2
· GvEA 10 mei 2006, zaak T-279/03, *Jur*. 2006, p. II-1291 (*Galileo*) | 12.5.1, 12.5.4.
· GvEA 9 juni 2006, zaak T-4/04, *Jur*. 2006, p. II-41 (*Achaiber Sing*) | 12.5.2

· GvEA 12 juli 2006, zaak T-253/02, *Jur*. 2006, p. II-2139 (*Ayadi*) | 12.6.1.3
· GvEA 27 september 2006, T-117/04 | 11.3.1, 11.3.3
· GvEA 16 november 2006, zaak T-333/03 (*Masdar*) | 12.2.3
· GvEA 13 december 2006, zaak T-138/03, (*E.R. e.a*) | 12.5.1, 12.5.2

BESCHIKKINGEN VAN DE EUROPESE COMMISSIE

· 25 juli 1990, *Pb* 1991, L 86, p. 23-27 *(Steunregeling Mezzogiorno)* | 12.2.2.2
· 20 januari 1999, *Pb* 1999, L 107/21 | 12.3.2, 12.5.1
· 20 juli 1999, 1999/705, *Pb* L 280, p. 107 | 12.4.2.1, 12.5.3
· 8 december 1999, *Pb* 2000, L144, p. 28-34 *(Verzamelcentra varkens)* | 12.5.2
· 9 februari 2000, SG(2000) D 101388, *(Belgische dioxinecrisis)* | 12.2.2.2, 12.5.3
· 1 maart 2000, *Pb* 2002, L 159/1 *(Schulden Griekse landbouwcoöperaties)* | 12.2.2.2
· 17 mei 2000, SG (2000) D 103742 inzake steunmaatregel N 413/98 *(Overname steunmaatregelen van het Landbouwschap door het Productschap voor Vee en Vlees)* | 12.5.2.1
· 13 juni 2000, *Pb* 2000, L 263/17 *(Vervoer Iers vee)* | 12.2.2.2, 12.2.2.3
· 20 september 2000, *Pb* 2001, L 35/39 *(Steun n.a.v. natuurrampen Italië)* | 12.2.2.2
· 12 maart 2002, C(2002)906fin inzake steunmaatregel N 273/2001 *(Nordrhein-Westfalen)* | 12.2.2.2
· 3 april 2002, *Pb* 2002, L 194/37 (*Italiaanse olijventeeltbedrijven)* | 12.2.2.1, 12.2.2.2
· 6 juni 2002, C (2002) 1674, inzake steunmaatregel N 217/2002 *(Vuurwerkramp Enschede)* | 12.2.2.2
· 24 juni 2003, *Pb* 2004, L 43/88 *(Berlijnse richtsnoeren)* | 12.5.1
· 9 juli 2003, *Pb* 2004, L 31, p. 1-20 *(Natuurrampen Italië tot 1999)* | 12.2.2.3
· 29 april 2004, C-278/00 *(Griekenland/ Commissie)* | 12.2.2.1
· 14 juli 2004, *Pb* 2005, L 74/49 *(Erika)* | 12.2.2.2
· 7 mei 2004, *Pb* 2006, L 257/1 (*Stakingen wegvervoer Sicilië*) | 12.2.2.1, 12.2.2.2, 12.5.2
· 7 mei 2004, *Pb* 2005, L 110, p. 48-55 *(Spaanse olijvenbedrijven)* | 12.2.2.2, 12.5.2.1
· 16 juni 2004, C(2004)2026 fin, inzake steunmaatregel N304/2003 *(Akzo Nobel)* | 12.3.2
· 8 september 2004, SG(2001) D 285865, inzake steunmaatregel N 700/2000 *(Verhoging bijzondere heffing schapen)* | 12.5.2.1
· 20 oktober 2004, *Pb* 2005, L 100/46 *(Natuurrampen Italië)* | 12.2.2.2
· 17 mei 2005, SG(2000) D/103742, inzake steunmaatregel N 413/98 *(Overname steunmaatregelen van het Landbouwschap door het Productschap voor Vee en Vlees)* | 12.5.3
· 4 augustus 2005, C (2005) 3113, inzake steunmaatregel N 102/105 *(Tegemoetkoming wegens uitbraak aviaire influenza)* | 12.5.3
· 6 december 2006, C(2005)5807fin, inzake steunmaatregel NN 47/2006 (*Cattle Compensation Scheme)* | 12.5.2.1

Trefwoordenregister

A

(a- en b-)bestuursorganen | 220-221
aanvaardingsprincipe | 411-412
aard van de aansprakelijkheid | 327-333, 553, 892
aard van het geschade belang | 146, 147, 456-458
abnormale last
- ratio | 410-413
- begrip | 415-423
- Frankrijk | 409, 421
- intensiteit rechterlijke toets | 423-428
- relatie tot normaal maatschappelijk risico | 420
- verhouding tot speciale last | 400-405

abnormale schadeoorzaak | 189, 190, 238, 239, 458, 459
accessoire feitelijke handelingen | *zie* feitelijke handelingen
actes de gouvernement | 168
actieve risicoaanvaarding | *zie* risicoaanvaarding
adequatieleer
- Frankrijk | 142
- Nederland | 326

adoptiebevoegdheid | 334-335, 337
algemeen belang
- rol van ~ bij toets aan égalité | 187, 200-206
- rol van ~ bij risicovol overheidsoptreden | 250, 262
- rol van ~ bij toets aan eigendomsrecht | 629, 691, 692, 872-874
- egalitaire dimensie van ~ | 405
- rol van ~ bij de toets van formele wetten | 162-164

ambtenarenrecht | 223, 569
ander nadeel (6:96 BW) | 296, 297, 300-302
zie ook immateriële schade
anderszins verzekerd | 257, 509-513, 736, 737, 923
attroupements et rassemblements | 273, 952

B

bagatelschade | 246, 247, 443-445
bedrijfsrisico | *zie* normaal ondernemersrisico
belangenafweging
- als voorwaarde voor égalité | 207-215, 232-236, 249-251, 260-266, 549-551, 899-904
- beperking in mogelijkheid tot ~ | 551-559
- eigen aard van strafrechtelijke ~ | 228-230, 232-236
- gebonden beschikking | 208, 551, 556, 557

zie ook evenredigheid, ontkoppeling, onzelfstandig schadebesluit, specialiteitsbeginsel
belastingrecht | 37, 38, 134, 514, 515
beleidsregels
- over nadeelcompensatie | 893, 894
- als publiekrechtelijke grondslag | 109, 881
- wijziging ~ als oorzaak van schade | 320, 459, 460, 577

beleidswijziging | 103, 299, 320, 482, 577, 814, 911
beoordelingsvrijheid
- EVRM | 624

· VwEU | 810-812, 818, 820, 834, 853, 864
besluit als schadeoorzaak
· Frankrijk | 150-170
· Nederland | 221, 222
bestuurscompensatie | 104-108, 349
bestuursdwang | 221, 223, 316, 345, 458, 537, 549, 568, 570, 596
bevoegdheid
· bestuursrechter | 108, 109, 127, 880-881
· civiele rechter | 24, 25, 118, 122, 684
· Conseil d'Etat | 39, 133
bevoegdhedenovereenkomst | 271
bewijslast | 297, 342, 377, 567, 580-589
Bibob | 913
bijzondere gevallen | 266-269, 898-915, 922-923
billijkheid
· als grondslag voor schadevergoeding | 27-31
· plaats van ~ in redelijkerwijsformule | 56, 57, 69, 85, 86, 95, 99, 100
· bij de *responsabilité sans faute* | 43, 143, 148, 239
· bij de schadevergoeding van ex-verdachten | 251, 252
bouwverbod | 30, 35, 54, 55, 619, 620, 665, 677
branchevergelijking | 324
burenrecht | 88, 412, 793
burgercompensatie | 695

C
cashflowcriterium | 447
causaal verband
· condicio sine qua non | 293, 294, 321-325, 582, 823
· EU | 822-827
· Frankrijk | 142-144
· meer dan één schadeoorzaak | 333-339
· toerekening naar redelijkheid | 325-333
charge publique | *zie* openbare last
civielrechtelijk overheidshandelen | *zie* privaatrechtelijk overheidshandelen
collaborateurs occassionels | 177, 178, 781-783, 907
collectivistisch denken | 40-42, 46
commissaire du gouvernement | 139
condicio sine qua non | *zie* causaal verband
conflict van attributie | 24
connexiteit
· materiële | 223, 880
· processuele | 118, 223, 591, 880, 881, 899
continuïteitshandhaving | 105, 447, 656
control of use | *zie* regulering
contrats administratifs | 269, 270, 796
contrats du droit privé | 269

D
de minimis non curat praetor | 247, 282 *zie ook* bagatelschade
décision préalable | 137, 138
Déclaration des droits de l'homme et du citoyen | 22, 23, 37, 38, 43, 134, 136, 154, 513, 514
de facto-ontneming van eigendom | 565, 566, 618-620, 655
deprivation | *zie* ontneming
deskundigenadvisering | 427, 586, 587, 722, 926
deskundigenbijstand, kosten voor | 306-308
dierziekten, maatregelen ter bestrijding van | 111, 367, 377, 414, 430, 433, 470-475, 699, 739, 742, 745, 753-755, 852, 858, 896-897
dirigisme, economisch | 160, 865
doel van nadeelcompensatie | 290-293
doorberekenen van schade | 228, 415, 524
doorschuiven | 534, 562, 564, 590-595, 597
drempelpercentages | 425, 426, 446-452, 582, 697, 897
drempels
· winstdrempels | 106, 447, 448

· omzetdrempels | 448-451, 453, 454
· kostendrempels | 450
draagkracht
· Nederland | 106, 288, 326, 448, 451, 513-522, 736, 747, 780
· Frankrijk | 517-519
dubbele redelijkheidstoets | *zie* redelijkheidstoets
dwangsom | 221, 345

E
economische wetgeving | 158, 164, 828-833
Eerste Protocol EVRM, art. 1
· ~ en exclusieve wettelijke regeling van nadeelcompensatie | 697-700
· *fair balance* | 638-651
· genotsregel | 621, 622, 634, 638, 667
· gerechtvaardigde verwachtingen | 616, 631-634, 648-650
· *general interest*-toets | 624-625
· *individual and excessive burden* | 609, 618, 671, 681, 687
· *interference* | 634-635
· *lawfulness*-toets | 623
· procedurele waarborgen | 638, 650-651
· toetsing nadeelcompensatieregelingen aan ~ | 657-659, 662-665, 677-680
· ontneming van eigendom | 618-620
· rechtszekerheid | 645-648
· regulering van eigendom | 617, 620-622, 627, 628, 644, 645, 654
· risicoaanvaarding en ~ | 649, 670-674
· ruimtelijke ordening en ~ | 665-680
· speciale last en ~ | 661, 687, 689
· stappenschema | 614
· totstandkoming | 610-614
égalité
· als grondslag voor onrechtmatig overheidsoptreden | 39-42, 199, 358
· als constitutionele norm | 136, 137
· als leidraad bij de 'voldoende gekwalificeerde schending' (EU) | 767-777
· oorsprong van ~ | 36-38, 42-46
eigen schuld
· Frankrijk | 147, 148
· Nederland | 241-246, 248, 252, 282, 288, 294, 295, 343-348, 416, 419-423, 480, 579, 887
· EVRM | 651, 671-672
· EU | 822
eigendom
· *hazards of economic life* | 631, 632, 703, 855
· *possessions*-toets (EVRM) | 615-616, 631-634, 657, 692-696
· EU | 853-856
· sociale functie van ~ | 99, 411, 853, 855
ernstige schade | 561-568, 597-599, 916
evenredigheid
· geschiktheid | 541-542
· minste pijn | 256, 545, 639
· noodzakelijkheid | 542-546
· evenredigheid in concreto | 256, 546-548, 871-875
· incommensurabiliteit | 546
exclusieve wettelijke regeling van nadeelcompensatie | 894-897
exoneratieclausules | 144-145
ex-verdachten | 5, 229, 249-255, 912-913

F
fair balance | *zie* Eerste Protocol EVRM, art. 1
feitelijk handelen
· accessoir | 223, 224, 898, 900, 915
· zelfstandig | 224, 235
· Frankrijk | 171-175
formele rechtskracht | 119, 215, 262, 315, 537, 538, 876, 911, 912

formele wetgeving, nadeelcompensatie bij de toepassing van
· Frankrijk | 154-168
· Nederland | 690-696
fraternité | 273, 274

G
gebonden besluiten, nadeelcompensatie bij | 208, 551, 556, 557
gedogen | 345, 570-572, 574, 578, 648
gedoogplichten | 25, 98
gelijkheid
· beoogde ongelijke lastenverdeling | 158-161, 203, 386, 827-831
· formele ~ | 364, 365
· materiële ~ | 365, 372
general interest-toets | *zie* Eerste Protocol EVRM, art. 1
gerechtvaardigde verwachtingen | *zie* vertrouwensbeginsel
gevaarzettend overheidshandelen | *zie* risicovol overheidsoptreden
gravité | 372-374, 381, 401, 403, 411, 445, 479
grondslagendebat
· Frankrijk | 188-192
· Nederland | 236, 390, 870-875

H
handhavingsrecht | 345, 457, 570, 571
hinder
· Frankrijk | 173, 264, 478-480
· Nederland | 264, 302, 404, 411, 444, 445, 476-478, 877

I
immateriële schade | 140, 141, 243, 252, 257, 296
zie ook ander nadeel
individual and excessive burden | *zie* Eerste Protocol EVRM, art. 1
interference in eigendom | *zie* Eerste Protocol EVRM, art. 1
intrekking | 146, 221, 331, 383, 433, 435, 460, 461, 898
intrinsieke eigenschappen | *zie* referentiegroep

K
kortingspercentages | 426, 439-443, 450, 461, 743, 897
kosten ter beperking of voorkoming van schade | 302-305
kosten ter vaststelling van de schade of de aansprakelijkheid | 305-308
kostenverhaal | 206

L
lawfulness-toets | *zie* Eerste Protocol EVRM, art. 1
legalité | 133, 135
lex Rhodia de iactu | 22, 31
lidstaataansprakelijkheid
· uit onrechtmatige daad | 776
· uit rechtmatige daad | 857-859

M
margin of appreciation
· van het EHRM | 625-627, 656, 659, 665-669
· van de nationale rechter | 627, 688, 689
materiële connexiteit | *zie* connexiteit
medeverantwoordelijkheid | 568, 569
medische ongevallen | 183, 184, 781, 794, 910
milieurecht | 331, 333, 364, 379, 389, 434, 440, 442, 446, 457, 491, 492, 503, 550, 576, 699, 742
minste pijn, beginsel van | *zie* evenredigheid

N
nadeelcompensatie in natura | 228, 348, 349, 510, 567, 644, 923
nalaten | 214, 225-226, 630, 884
normaal bedrijfsrisico | *zie* normaal ondernemersrisico
normaal maatschappelijk risico
· interpretatie van ~ | 415-420
· ratio | 410-413
· relatie tot risicoaanvaarding | 481-485
· in het strafrecht | 238-246, 252-254

zie ook aard van de schade, aard van het geschade belang, omvang van de schade, voorzienbaarheid, onvoorzienbaarheid
normaal ondernemersrisico
· Frankrijk | 418, 466, 467
· Nederland | 270, 332, 413-415, 421, 422, 429, 438, 449, 457, 470-475, 483, 888, 891, 897, 924
· EU | 831-833, 846, 855, 856
zie ook normaal maatschappelijk risico
noodrechttheorie | 31
noodzakelijk nadeel | *zie* openbare last
normale maatschappelijke ontwikkeling | 430, 462-465, 888

O
offertheorie | 32
omvang van de aansprakelijkheid | 293-295, 890, 891, 921
omvang van de schade | 443-452
onaantastbaar besluit | 315, 537
onderzoeksplicht | 584-589
onrechtmatigheid
· Frankrijk | 42, 44, 138, 140, 149, 153, 172, 173, 175, 177, 179, 180, 182, 186, 275, 647, 786
· EU | 716, 721, 746, 767-777, 850
· EVRM | 629, 646, 647, 691, 692
· Nederland | 24, 47, 60-68, 81, 82, 98, 112-116, 120, 201, 219, 225, 229-231, 251, 285, 291, 292, 306, 327, 476, 534, 544, 565, 594, 735, 875-879, 910-912
onschuldige derden (strafproces) | 230-248, 905, 909
onteigening
· Frankrijk | 43
· Nederland | 22-25, 31-34, 88, 94, 98, 544, 565-567
· Duitsland | 783-785
ontheffing | 221, 299, 384, 440, 441, 552
ontkoppeling art. 3:4 lid 2 Awb en égalité | 119, 208, 534-540
ontneming van eigendom | zie Eerste Protocol EVRM, art. 1
ontvankelijkheid (EVRM) | 637
onvermijdelijk nadeel | *zie* openbare last
onverplichte nadeelcompensatie | 52, 106, 734, 739-743, 758-760, 924
onvoorzienbaarheid
· abnormale duur | 469
· onverwachte schadeoorzaak | 458, 459, 497
· onverwachte wijze van uitvoering | 264-265
· plotseling ingevoerde maatregel | 465, 472
· bij risicoaanvaarding | 496-498
onzelfstandig schadebesluit | 107-109, 208, 209, 534-536, 559-580, 915
'openbaar belang'-jurisprudentie | 206, 553, 554
openbare last | 38, 41, 190, 198-220, 232-236, 249-251, 273, 900, 901
openbare orde | 139, 538
ouvrages publics | 148, 171, 172, 497
overeenkomst | *zie* privaatrechtelijk overheidshandelen
overgangstermijn | 441, 458, 465
overheid als gelaedeerde | 227-228

P
passieve risicoaanvaarding | *zie* risicoaanvaarding
peildatum | 314-316
percentages | *zie* kortingspercentages, drempelpercentages
planologische vergelijking | 311, 312
planschade
· EVRM | 674-680
· Frankrijk | 275, 674-680
· Nederland | 91-98, 315, 318, 320, 326, 329, 340, 430, 431, 480-509, 894, 895
politieoptreden | 179, 180, 224, 249, 905, 908
positief voordeel, theorie van het | 32
positieve verplichtingen | 630, 637, 701
possession | *zie* eigendom
privaatrechtelijk overheidshandelen | 269-273, 787, 881-882
principes généraux du droit | 45, 133-136
processuele connexiteit | *zie* connexiteit

proportionaliteit | *zie* evenredigheid
publiekrechtelijke bevoegdheid of taak | 271, 880-882
publiekrechtelijke rechtspersonen | 220
punitief overheidshandelen | 345

R
ratione personae (EVRM) | *zie* ontvankelijkheid
rechtmatigheid, eis van | 875-877
rechtsbijstand | 305-308, 926
rechtszekerheid als grondslag voor nadeelcompensatie | 101, 289, 491, 871, 902, 903
recours
· *de pleine juridiction* | 138
· *en annulation* | 135
redelijkheidstoets, dubbele | 302, 306, 308
redelijkerwijsformule | 83-102, 105-110, 413, 893-896
referentiegroep
· bepaling van ~ aan de hand van 'intrinsieke eigenschappen' | 367, 370, 374
· bij algemeen verbindende voorschriften | 363-374, 827-831
· bij beschikkingen | 383-386
· bij grote groepen getroffenen | 397-400
· gebrek aan relevante ~ | 236-238, 387-390, 403, 404, 871, 872
· identificeerbaarheid van ~ | 397-400, 830
· maatstaven ter onderscheiding van ~ | 377-381
referentiejaren | 305, 310, 311
regulering van eigendom | *zie* Eerste Protocol EVRM, art. 1
relativiteit | 213, 267, 558
responsabilité pour faute | *zie* onrechtmatigheid
restitutio in integrum | 288, 350
risicoaanvaarding
· actieve ~ | 253, 480-509
· bronnen van ~ | 490-513
· passieve ~ | 253, 485, 486, 672
· gedeeltelijke ~ | 495, 508, 509
· en eigen schuld | 245, 246, 343, 344, 423
· en art. 1 EP | 649, 670-674
· Frankrijk | 147, 148, 497
· verhouding tot abnormale last | 420, 421, 887, 889-891
risicovol overheidsoptreden
· Frankrijk | 44, 177-188
· Nederland | 231, 259-269, 907-910
· EVRM | 630, 701-702
risico
· *risque spécial* | 44, 177-188
· *risque, responsabilité pour* | 44, 177-188
· *risque profit* | 41, 188
· *risque social* | 41, 273, 952

S
schaarse rechten | 385
schade
· aard van de ~ | 244, 245, 297, 326, 327, 332, 417, 456, 887
· begrip ~ (art. 6:95) | 296, 892
· Frankrijk | 140-142
· gederfde winst | 296-298, 310, 456
· gemist voordeel | 298
· goodwill | 298, 385, 615, 633, 653, 657, 693
· inkomensschade | 298, 310, 323, 631, 662, 694
· objectieve vaststelbare ~ | 299, 300
· omzetschade | 636
· (on)zekere ~ | 299, 319, 320, 821, 822
· schadeloosstelling | 23-35, 52, 54, 84-88, 242, 289, 565, 643, 800
· strafrecht | 229, 233-235
· vaststelling van de ~ | 308-311
· zaakschade | 219, 244, 295, 328, 437
· zuivere vermogensschade | 244, 245, 297, 328, 456
zie ander nadeel, bagatelschade, immateriële schade, schadebegroting

schadebeperkingsplicht | 346-348
zie ook kosten van schadebeperkende maatregelen
schadebegroting | 310, 352, 919
schaduwschade | 319-321, 699, 700
service public | 39-41, 133, 171
socialisation du risque | 168, 275, 676, 954
solidariteit | 38, 40, 80, 122, 273-279, 292, 361, 424, 851
Sonderopfer | 783-785, 856
speciale last
· bewijs van ~ | 377
· ratio van ~ | 359-362
· EU | 770-774, 827-831
· EVRM | 661, 687, 689
· Frankrijk | 371-374, 376, 386, 387
· verhouding tot abnormale last | 400-405
zie ook referentiegroep
specialiteitsbeginsel | 213, 335, 551-559
staatssteun
· communautaire richtsnoeren | 715, 725, 727, 753-755
· criteria voor ~ | 711-714
· onverplichte nadeelcompensatie | 734-735, 739-758
· terugvordering | 755-758
· uitzonderingen op verbod op ~ | 715-726
· verplichte nadeelcompensatie 726-733
· ~ en subsidie | 733-738
strafvorderlijk overheidshandelen | 228-258
structuur van de omgeving
· maatregelen die samenhangen met | 467-470
· als bron van risicoaanvaarding | 507-508
subjectief recht | 29, 66-68, 77, 78
substitutie-effect | 342, 343

T
terugvordering van staatssteun | *zie* staatssteun
toerekening naar redelijkheid | *zie* causaal verband
toezeggingen | 568, 576, 579, 843, 847
travaux publics | 171-175, 219, 479, 901
troubles de voisinage | 171, 219, 479
twijfelgevallen | 568-578, 590

U
uitsluiting van aansprakelijkheid | 167, 175, 176
uitspraakbevoegdheid | 599-601, 877-879

V
verdelende rechtvaardigheid | 66, 75, 405, 412
vergeldende rechtvaardigheid | 66, 98
vergunning
· intrekking van ~ | 146, 221, 331, 383, 433, 435, 460, 461, 898
· verlening van ~ | 551-559
· weigering van ~ | 221
verjaring | 892
verdragen, nadeelcompensatie bij | 168-170
verkeersmaatregelen
· Nederland | 374-376, 404, 434, 437, 462-466
· Frankrijk | 466, 467, 701
vertrouwensbeginsel
· Nederlands recht | 224, 225, 460, 569-580, 910-912
· Frankrijk | 146
· EVRM | *zie* Eerste Protocol EVRM, art. 1
· EU | 756, 833-845
vestiging van aansprakelijkheid | 293-295, 890, 891, 921
zie ook omvang van de aansprakelijkheid
voldoende gekwalificeerde schending | *zie* onrechtmatigheid (EU)
voordeelstoerekening
· privaatrechtelijke | 294, 339-343
· publiekrechtelijke | 523, 524
voorzienbaarheid
· EVRM | 648-650, 655, 656, 670-674
· EU | 820, 833-845

· in abstracto | 243, 245, 253, 429-436, 470-475
· in concreto | 245, 433, 435
· in het strafprocesrecht | 243, 245, 246
· kortingspercentages | 439-442
· relatie tot 'normale risico's' | 436
· van schade voor de overheid | 262, 263, 439, 831-833, 876
zie risicoaanvaarding
vrijwarende werking van vergunning | 553

W
waardetheorie | 31
wertenden Rechtsvergleichung, theorie van | 816
wijze van compensatie | 348, 349
willekeur | 107, 108, 113, 659, 675, 777

Z
zaakschade | *zie* schade
zekere schade | *zie* schade
zelfstandig schadebesluit
· aanvraag van | 306, 307, 581, 918
· in het stelsel van nadeelcompensatie | 118, 119, 209, 536
zorgvuldigheidsbeginsel
· materieel | 110, 115
· formeel | 210, 541, 542, 549, 556, 594, 595

Curriculum vitae

Michiel Tjepkema is op 8 november 1974 geboren te Ede. In 1993 deed hij eindexamen aan het Stedelijk Gymnasium te Breda. Daarna studeerde hij een jaar aan de University of Ottawa, Canada. Vanaf 1994 studeerde hij rechten en vanaf 1996 Nederlandse Taal en Cultuur. In 2002 rondde hij beide studies af. Na een jaar als docent verbonden te zijn geweest aan de Leidse afdeling staats- en bestuursrecht, begon hij eind 2003 als PhD Fellow aan het onderhavige promotieonderzoek. Thans is hij aan die afdeling als universitair docent verbonden. Hij is tevens redactiesecretaris van het tijdschrift *Overheid & Aansprakelijkheid* en publiceert regelmatig over bestuursrechtelijke schadevergoeding.

In de boekenreeks van de Graduate School of Legal Studies van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2009 en 2010 verschenen:

MI-156 N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen*, (diss. Leiden), Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009, ISBN 978 90 8863 034 7

MI-157 G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld,* (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2009

MI-158 J. Huang, *Aviation Safety and ICAO*, (diss. Leiden) 2009 ISBN-13 978 90 4113 115 7

MI-159 J.L.M. Gribnau, A.O. Lubbers & H. Vording (red.), *Terugkoppeling in het belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2008, ISBN 978 90 6476 326 7

MI-160 J.L.M. Gribnau, *Soevereiniteit en legitimiteit: grenzen aan (fiscale) regelgeving*, (oratie Leiden), Sdu Uitgevers 2009, ISBN 978 90 6476 325 0

MI-161 S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht. De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 06593 0

MI-162 P. van Schijndel, *Identiteitsdiefstal*, Leiden: Jongbloed 2009

MI-163 W.B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp 2009, ISBN 978 90 90 24382 5

MI-164 J. Cartwright, *The English Law of Contract: Time for Review?*, (oratie Leiden), Leiden 2009.

MI-165 W.I. Koelewijn, *Privacy en politiegegevens. Over geautomatiseerde normatieve informatie-uitwisseling,* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2009, ISBN 9 789087 280703

MI-166 S.R.M.C. Guèvremont, *Vers un traitement équitable des étrangers extracommunautaires en séjour régulier. Examen des directives sur le regroupement familial et sur les résidents de longue durée*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2009, ISBN 978 90 8570 419 5

MI-167 A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 07029 3

MI-168 P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 1307 156 6

MI-169 P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1407 158 0

MI-170 M.V. Polak (red.), *Inbedding van Europese procesrechtelijke normen in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, ISBN 978 90 6916 714 5

MI-171 E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8728 070 3

MI-172 H.H. Kielman, *Politiële gegevensverwerking. Naar een effectieve waarborging*, (diss. Leiden) Zutphen: Wöhrmann Print Service 2010, ISBN 978 90 8570 503 1

MI-173 K. Siewicz, *Towards an Improved regolatory Framework of Free Software. Protecting user freedoms in a world of software communities and eGovernments*, (diss. Leiden) Warszawa (Polen): Sowa 2010, ISBN 978 83 930580 0 6

MI-174 L. Mommers, H. Franken, J. van den Herik, F. van der Klaauw, G.-J. Zwenne (red.) *Het binnenste buiten,* Liber amicorum A.H.J. Schmidt, Leiden: eLaw@leiden 2010, ISBN 978 90 815196 1 8

MI-175 R. Ong, *Mobile Communication and the Protection of Children*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2010, ISBN 978 90 8728 080 2

MI-176 M.P. Lycklama à Nijeholt, *Goodwill and value creation of acquisitions*, (diss. Leiden), Zutphen: Ipskamp 2010, ISBN 978 90 9025 290 2

MI-177 M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht,* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010 ISBN, 978 90 8728 098 7

MI-178 J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1307 662 2

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek