



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).

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 dit recht verbrokkeld werd geregeld en het lange tijd vooral 'constructie-recht' 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 égalitebeginsel 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 gezien 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 van 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 er 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’ schaaft 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 overheids-handelingen 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 overheids-handelingen *in concreto* hebben. 'Weloverwogen veroorzaakt nadeel' betekent in die gevallen van onvoorzienbare belangen aantastingen 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 omzetting 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 overheids-handelingen waaraan een rechtmatige belangenafweging vooraf is gegaan. Het ruimere begrip 'onvermijdelijk' beoogt ook deze nadelen onder het bereik van het *égalité* beginsel 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 opge-offerd.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 *égalité* beginsel rechtvaardigen, dit ook naar Nederland doen of zouden moeten doen. De aard van de betrokken handelingen kan daarbij, zoals gesteld, verschillen. Zo ziet het *égalité* beginsel 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 *égalité*beginsel op alle vormen van rechtmatig toegebracht nadeel niet zou moeten betekenen dat de getroffen en 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 *égalité*beginsel in de Awb. De naar mijn idee wenselijk denkrichting is daarbij dat de Awb niet alleen voorziet in een regeling voor *égalité*gevallen, maar ook voor andere, 'bijzondere' gevallen – gevallen die vallen binnen de rechtsmacht van de bestuursrechter, maar niet zijn gebaseerd op het *égalité*beginsel. 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 *égalité*beginsel 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 gezien 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 *égalité*beginsel, 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 *égalité*beginsel, 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 *égalité*regime 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 *égalité*beginsel. 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 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 De 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 *égalité*beginsel.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

Deze vuistregel laat zich met name goed toepassen wanneer de schade voortvloeit uit een algemeen verbindend voorschrift. In die gevallen wordt

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.

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 Frankrijk²⁵ en op EU-niveau.²⁶ De referentiegroep wordt telkens bepaald aan de hand van de 'intrinsieke eigenschappen' van de groep getroffen, 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 de abnormaliteit van de last.²⁷ Ook in de zogenaamde *not in my backyard*-

24 § 7.4.2.2.

25 § 7.4.2.3.

26 § 12.5.4.

27 § 7.5.3.

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 getroffen en niet zozeer op haar *beperktetheid* 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 De 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 *ondernemersrisico* 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 niet de pretentie gehad om sluitende criteria te formuleren aan de hand waarvan kan worden bepaald of een nadeel boven het 'normale risico' van

28 § 7.6.3.

29 § 7.7.

30 § 13.4.3.2.

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 voorttrekkersrol van deskundigen. Toch is het naar mijn idee niet te hoog gegrepen dat voor vergelijkbare projecten tot een landelijk beleid wordt gekomen, waarbij zelfs standaardpercentages worden gehanteerd. Een initiatief

31 § 8.4.

32 § 8.5.

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 *égalité*beginsel. 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, TWEEDE LID AWB

Het *égalité*beginsel 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 *égalité*beginsel 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 *égalité*beginsel zijn. Noch art. 1 EP, noch het formele zorgvuldigheidsbeginsel verzet zich tegen dit fenomeen van ‘doorschuiven’.³⁴

³³ § 8.5.3.4.

³⁴ § 9.8.

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 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

35 § 9.5.

36 § 9.6.3, § 9.6.4.

37 § 9.2.

38 § 9.4.1.

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 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

39 § 9.4.2.

40 § 5.2.3.

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 onrechtmatigedaadzaken.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 beperkte lijn in de rechtspraak ten aanzien van de bescherming van eigendom kan tot een Straatsburgse veroordeling leiden.

Deze toegevoegde waarde van art. 1 EP wordt sterk gerelativeerd doordat het EHRM de lidstaten een ruime *margin of appreciation* laat bij de regulering van eigendom, waarvan in de meeste nadeelcompensatiegevallen sprake is.⁴⁴

41 § 9.9.3.

42 § 13.3.1.2.

43 § 10.4.3.

44 § 10.3.6; vgl. § 10.6.3.1.

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 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, terwijl 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 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

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.

49 § 5.2.2, § 10.7.2.3.

kwalificeren, tenzij de getroffen 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

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, 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 *égalité*-beginsel bestaande verplichtingen tot nadeelcompensatie kunnen vallen. Ten derde moet de toegekende schadevergoeding er niet toe leiden dat de ondernemer in een

⁵⁰ § 10.4.4.

⁵¹ § 10.7.2.3; vgl. § 4.5.3.

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 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 'onevenredige 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 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

52 § 11.3.

53 § 8.6.3.

54 § 11.4.2.

55 § 11.5.1, § 11.4.2.2.

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 *égalité*beginsel 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 opwerpen 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

56 § 12.4.1.

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.

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 wege valt' – is de

57 § 12.5.4.

58 § 4.5.3.3.

59 § 12.5.5.2.

60 § 12.5.5.1.

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 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

⁶¹ § 12.3.

⁶² § 12.4.3.2, § 12.4.3.3.

⁶³ § 12.6.3.

duidelijk van het Nederlandse. Noch de formele wetgever, noch de lagere regelgever heeft sterk bijgedragen aan de ontwikkeling van de *égalité* leer. 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 inenting 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 *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

64 § 5.7.1.

65 Zie respectievelijk § 7.4 en § 8.6.

66 Zie ten aanzien van risicoaanvaarding § 4.4.4.3 en § 8.7, ten aanzien van voordeelstoerekening § 6.6 en voor parallellen bij de toepassing van het normaal maatschappelijk risico § 8.6.

67 § 8.9.

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 zijn ontwikkeld. Betreft 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

68 § 4.5.5.

69 § 4.5.5, § 8.6.1.2.

70 § 10.6.3.

71 § 4.6.3.

interpretatie van de eis van het causaal verband leidt er bijvoorbeeld toe dat de overheid in TBS-achtige gevallen 'gewoon' risicoansprakelijk 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, maar 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 nadeelcompensatie 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

72 § 3.4.4.

73 § 13.3.1.2.

74 § 13.4.3.2.

75 § 13.4.3.3.

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 *égalité*rechtspraak 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 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 clause 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. 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

⁷⁶ § 13.6.

⁷⁷ CAA de Lyon 19 maart 1992, *Rec.* p. 511 (*Lavaud*).

⁷⁸ CE 31 maart 1995, *Rec.* p. 155 (*Lavaud*).

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.

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

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.

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.