



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Aansprakelijkheid uit "rechtmatige" overheidsdaad: het samenspel tussen de nationale égalité en het Europese eigendomsrecht

Barkhuysen, T.; Tjepkema, M.K.G.

Citation

Barkhuysen, T., & Tjepkema, M. K. G. (2006). Aansprakelijkheid uit "rechtmatige" overheidsdaad: het samenspel tussen de nationale égalité en het Europese eigendomsrecht. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 167(5), 179-201. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12935>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12935>

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

ARTIKEL

Aansprakelijkheid uit 'rechtmatige' overheidsdaad: het samenspel tussen de nationale égalité en het Europese eigendomsrecht

Prof. mr. T. Barkhuysen en mr. drs. M.K.G. Tjepkema*

1. Inleiding

Ruim tachtig jaar geleden verscheen in dit blad het artikel 'De onrechtmatige overheidsdaad' van de Nijmeegse hoogleraar staats- en administratiefrecht J.H.P.M. van der Grinten. Het artikel begint met een wat omineuze openingszin:

'Een intensieve overheidsbemoeiing, zooals die in den modernen staat valt waar te nemen, brengt het individu met zijn private belangenfeer bij voortdurende in aanraking, dikwijls in collisie, met het openbaar gezag'.¹

In het artikel gaat Van der Grinten in op de vraag in hoeverre de overheid aansprakelijk kan zijn voor de 'volkomen regelmatige verzorging van eenig openbaar belang door de Overheid'. Dat was, zeker in die tijd, een omstreden onderwerp. Dat in gevallen van onteigening schadevergoeding zou moeten worden gegeven, daarover waren de auteurs het wel eens. Maar zou schadevergoeding ook vereist zijn bij andere aantastingen van rechten en belangen? Zou de schadevergoeding dan volledig moeten zijn, zelfs indien de wet daarover niets bepaalde? Van der Grinten huldigde het standpunt 'dat de gemeenschap den last behoort te dragen van het nadeel, dat het individu moet lijden van de zijde van de Overheid, ook al is de gedraging der Overheid op een wettelijk voorschrift gegrond'. De *rechtsgrond* daarvoor zocht Van der Grinten over de grens, in Frankrijk. De Conseil d'Etat was daar, aldus Van der Grinten, 'uitgaande van de gedachte der égalité des individus devant les charges publiques, gekomen tot aanvaarding van het beginsel van het exceptionele risico: het risico dus, dat het normale risico, waaraan elkeen bloot staat, overschrijdt, behoort te worden gedragen door de Overheid'.² Men zal, aldus Van der Grinten in zijn latere interventie voor de Nederlandse Juristen Vereniging, 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' en zou ook in de Nederlandse rechtsorde moeten worden aanvaard.³

Het zou tot 1997 duren eer de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling of ABRvS) het égalité-beginsel expliciet zou erkennen als beginsel dat de overheid onder omstandigheden verplicht de schade door haar rechtmatige daden ontstaan, te vergoeden.⁴ In haar voetsporen volgde de burgerlijke rech-

ter, die in 2001 het égalité-beginsel aanvaardde (hoewel nog in het jasje van de onrechtmatige overheidsdaad): ingevolge één van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel behoren volgens de Hoge Raad de onevenredig nadelige gevolgen van een rechtmatige overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste te komen van een beperkte groep burgers, maar gelijkkelijk over de gemeenschap te worden verdeeld.⁵ Dit 'égalité-beginsel' is inmiddels stevig in onze rechtspraak verankerd en geldt als de belangrijkste grondslag voor schadevergoeding voor rechtmatig overheidsoptreden. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan een verplichting tot nadeelcompensatie – vanzelfsprekend los van een mogelijke eigendomsrechtelijke grondslag – zelfs *uitsluitend* berusten op het égalité-beginsel.⁶

Het recht op schadevergoeding ingevolge enig 'rechtmatig' overheidsoptreden is echter beslist niet meer louter een zaak van nationaal recht. De verdragsstaten van de Raad van Europa worden sinds een jaar of tien in toenemende mate geconfronteerd met 'distributieve gedachten uit Straatsburg', om de in dit blad gebruikte woorden van Nieuwenhuis te citeren.⁷ Art. 1 van het Eerste Protocol EVRM (hierna: art. 1 EP) blijkt een niet-aflatende bron van recht inzake eigendomsbescherming, waarbij de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens steeds duidelijker lijnen laat zien.

In deze bijdrage willen we stilstaan bij de vraag in hoeverre de nationale, op het égalité-beginsel gebaseerde rechtsbescherming in de pas loopt met de Europeesrechtelijke rechtsbescherming die is gebaseerd op art. 1

* Prof. mr. T. Barkhuysen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam. Mr. drs. M.K.G. Tjepkema is als PhD-fellow verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is mede geschreven in het kader van het onderzoeksprogramma 'Securing the rule of law in a world of multi-level jurisdictions' van het Leidse E.M. Meijers-instituut voor rechtswetenschappelijk onderzoek.

1. *Themis* 1925, p. 149-164.

2. *Ibid.*, p. 152.

3. J.H.P.M. van der Grinten, *Handelingen NJV* 1929, p. 125.

4. Voor het eerst in ABRvS 18 februari 1997, *AB* 1997, 143, m.nt. PvB (*Beurskens*) en ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229, m.nt. PvB (*Van Vlodrop*).

5. HR 30 maart 2001, *AB* 2001, 412, m.nt. ThGD.

6. ABRvS 9 juni 2000, *AB* 2001, 222, m.nt. GJ.

7. J.H. Nieuwenhuis, 'De Constitutie van het burgerlijk recht', *RMTthemis* 2000, p. 209.

EP⁸ en waar deze beide rechtsnormen elkaar mogelijk aanvullen. Een vergelijking tussen deze twee grondslagen voor schadevergoeding bij 'rechtmatig' overheids-optreden ligt voor de hand, nu zowel art. 1 EP als het égalité-beginsel steeds vaker ten grondslag wordt gelegd aan schadeclaims gericht tegen de overheid en er tussen de Europeesrechtelijke eigendomsbescherming en het égalité-beginsel duidelijke parallellen bestaan. Zo is in veel égalité-gevallen ook sprake van de aantasting van een eigendomsrecht. Daar komt bij dat de criteria waaraan een succesvol beroep op het égalité-beginsel moet voldoen, namelijk de 'speciale en abnormale last', sterk doen denken aan de 'individual and excessive burdens' van art. 1 EP, hoewel beide regimes zich los van elkaar hebben ontwikkeld.⁹ De vraag dringt zich op in hoeverre de toepassing van het égalité-beginsel zich verhoudt tot de eisen die het Europees recht stelt. Die vraag klemmt temeer nu een studiegroep is ingesteld die zich bezighoudt met het opstellen van een wettelijke regeling van schadevergoeding wegens onrechtmatige overheidsdaad in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). 'Als het van belang is', zo stelt minister Donner in zijn persbericht met enig gevoel voor understatement, 'betreft de studiegroep daarbij ook de schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad'.¹⁰

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In § 2 zullen we enige kenmerken van acties tot schadevergoeding onder het égalité-beginsel dan wel art. 1 EP schetsen en daarbij ook ingaan op enkele verschillen in de wijze waarop schadevergoedingsclaims onder beide regimes worden getoetst. Het accent in dit artikel zal liggen op een behandeling van de materiële criteria voor schadevergoeding; in § 3 bespreken we de criteria van het égalité-beginsel¹¹ en in § 4 die van art. 1 EP.¹² Een analyse van mogelijke overeenkomsten, raakvlakken en knelpunten ten aanzien van die materiële criteria volgt in § 5. We sluiten af met een conclusie (§ 6).

2. Égalité en art. 1 EP: tweemaal schadevergoeding, maar langs verschillende wegen

2.1 Het égalité-beginsel

2.1.1 De inbedding van het égalité-beginsel in het Nederlandse recht

De toepassing van het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques' is een voorbeeld bij uitstek van de beïnvloeding van het Nederlandse bestuursrecht door in Frankrijk ontwikkelde leerstukken. Als de bijdrage van Van der Grinten in 1925 in *Themis* verschijnt, heeft de Franse Conseil d'Etat nog maar relatief kort daarvoor, in het arrest *Couitéas* van 30 november 1923,¹³ een aansprakelijkheid van de Franse overheid aanvaard voor een rechtmatige weigering uitvoering te geven aan een rechterlijke uitspraak. In 1926 gaat de Conseil d'Etat op de ingeslagen weg verder en legt deze het égalité-beginsel ook met zoveel woorden ten grondslag aan de aansprakelijkheid van de overheid.¹⁴ Deze uitspraken bleken de opmaat tot de ontwikkeling van een zelfstandige buitenwettelijke aansprakelijkheid voor rechtmatige overheids-optreden. In Nederland ontwikkelde het stelsel van aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaad zich echter langs andere lijnen, waardoor het égalité-beginsel pas decennia later als grondslag voor nadeelcompensatie is aanvaard. Een eerste oorzaak daarvan is dat het rechtspolitieke klimaat hier anders was dan in Frankrijk. De benadering van de Franse rechter – een *buitenwettelijke* aansprakelijkheid uit *rechtmatige* overheidsdaad – was voor Nederlandse begrippen ongehoord progressief. De Nederlandse wetgever was er lange tijd alles aan gelegen om de aansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaad binnen de perken te houden en dit slechts te erkennen voorzover de wet een recht op vergoeding toekende. Een inbreuk op dit legistische stelsel wordt pas bereikt in de jaren 40 van de vorige eeuw, als de burgerlijke rechter de leemte gaat opvullen voor die gevallen waarin een geschreven regeling ontbrak, maar waarin toch een ernstige inbreuk op eigendomsrechten werd gemaakt. Daarmee is tevens een tweede oorzaak voor de aarzelande receptie van de égalité-leer hier te lande gegeven, nu de civiele rechter noodgedwongen (vanwege het gesloten stelsel van verbintenissen) naar het onrechtmatigedaadsartikel grijpt om een rechtsplicht tot schadevergoeding van de over-

8. Daarbij kan het EG-recht buiten beschouwing blijven, nu het HvJ EG grondrechten onder meer ontleent aan het EVRM, waarbij deze worden geacht als algemene beginselen deel uit te maken van het gemeenschapsrecht en daarbij in beginsel de jurisprudentie van het EHRM wordt gevolgd. De instellingen van de EG en de lidstaten indien en voorzover zij uitvoering geven aan EG-recht, zijn daaraan gebonden. Art. 6 lid 2 EU-verdrag codificeert deze jurisprudentie en breidt de binding aan grondrechten als algemene beginselen van gemeenschapsrecht zelfs uit tot de hele Europese Unie. Vgl. HvJ EG 28 oktober 1975, C-36/75 (*Rutili*) en HvJ EG 21 september 1989, C-46/87 en 227/88 (*Hoechst*). Zie over de ontwikkeling van de grondrechtenbescherming in de EG R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen* (diss. Leiden), Deventer 1999.

9. Zie reeds Alkema, noot onder EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290 alsmede J.E.M. Polak, noot bij Wet Herstructurering Varkenshouderij, in: P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2003, p. 458 en N. Verheij, 'Overheidsaansprakelijkheid in de Awb. Vragen voor de wetgever', *O&A* 2002, p. 122.

10. Persbericht 27 april 2005, <www.justitie.nl>.

11. Wij concentreren ons op de toepassing van het *ongeschreven* égalité-beginsel. Dit beginsel komt ook tot uitdrukking in sommige nadeelcompensatieregelingen (bijv. de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999). Bij de in § 3 van deze bijdrage te bespreken vuistregels wordt sporadisch ook jurisprudentie ten aanzien van het geschreven égalité-beginsel betrokken.

12. Mede gezien de wenselijke omvang van dit artikel, zullen wij niet verwijzen naar de vindplaatsen van de Straatsburgse jurisprudentie in de Nederlandse tijdschriften (*AB*, *NJ*, *EHRC*, *NJCM-Bulletin* etc.), maar telkens alleen het klachtnummer ('appl.no.') vermelden, zodat de lezer op die wijze via de Hudoc-zoekmachine <www.echr.coe.int> op de website van het Europese Hof en andere databanken de arresten kan achterhalen. Ook hebben wij ons in hoofdzaak beperkt tot de jurisprudentie van het Europese Hof over art. 1 EP en ons dus niet gericht op de rechtspraak van de nationale rechters over art. 1 EP.

13. *Revue du Droit Public* 1924, p. 74 (rechtmatige niet-uitvoering van een civiel vonnis teneinde de orde en rust in Tunis te bewaren).

14. Conseil d'Etat 20 maart 1926 (*Girmand*), *Revue du Droit Public* 1926, p. 258. Zie ook C.A.J.M. Kortmann, 'Egalité' en 'Défense' (diss. KUN), Alphen a/d Rijn: Samsom 1971, p. 24 e.v.

heid aan te nemen. Bekend is de Voorste Stroom- en de Haagse Duinwaterleiding-jurisprudentie¹⁵ van de Hoge Raad, die heeft geleid tot uitvoerige bespiegelingen over de onrechtmatigheid van de rechtmatige overheidsdaad.¹⁶ Als uiteindelijk in de jaren 70 een uitgebreid stelsel van wettelijke en buitenwettelijke nadeelcompensatie ontstaat, wordt daarin nog steeds niet expliciet het *égalité*-beginsel aan de compensatieverplichting ten grondslag gelegd. Een derde oorzaak van de aarzelende receptie van het *égalité*-beginsel in Nederland is dan ook dat lange tijd onduidelijk was waartoe dit beginsel precies verplichtte. In veel wetgeving werd de meer open norm opgenomen dat alleen die schade moet worden vergoed die 'redelijkerwijze niet ten laste van de belanghebbende behoort te blijven'. Daarmee werd aangesloten bij de mening van de grondlegger van het stelsel van wat toen nog 'bestuurscompensatie' heette, ambtenaar bij Rijkswaterstaat J.A.C. van der Gouwe, die niet veel zag in het *égalité*-beginsel als grondslag voor compensatie.¹⁷

In het civiele recht zijn de sporen van de Voorste Stroom-jurisprudentie ook tegenwoordig nog te vinden. In de redenering van de Hoge Raad is het verrichten van een overheidshandeling zonder zich daarbij de belangen van eventuele daardoor getroffen en aan te trekken door schadevergoeding aan te bieden, onrechtmatig.¹⁸ Bij bepaalde 'rechtmatige' overheidshandelingen – onder meer feitelijk overheidshandelen en algemeen verbindende voorschriften (vgl. art. 8:2 Awb) – is de schadevergoedingskwestie dus gekoppeld aan de rechtmatigheid van het besluit zelf, omdat ten aanzien van die handelingen de civiele rechter bevoegd is.¹⁹ Hoewel de plicht tot het vergoeden van onevenredige schade sinds het arrest *Staat/Lavrijsen* wél op het *égalité*-beginsel wordt gebaseerd, zal een vordering uit (zuiver) rechtmatige daad in de civielrechtelijke kolom dus falen.²⁰

Bij de bestuursrechter was het aanvankelijk niet anders. Lange tijd rustte op bestuursorganen de plicht om de geschonden belangen van één of meer burgers in hun belangenafweging te betrekken en zonodig op voorhand hun schade te vergoeden (het 'onzelfstandig schadebesluit'). Deden ze dat niet of onvoldoende, dan kon de bestuursrechter een op zichzelf rechtmatig besluit vernietigen. De weg van het onzelfstandig schadebesluit had dus veel weg van de rechtspraak van de civiele rechter,²¹ zij het dat de rechtsplicht tot schadevergoeding door de bestuursrechter werd gebaseerd op vertrouwde bestuursrechtelijke rechtmatigheidsnormen als de redelijkheid,²² het verbod van willekeur²³ en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁴ Later deed echter het *égalité*-beginsel zijn intrede. In de toelichting bij art. 3:4 lid 2 Awb stelde de Awb-wetgever dat bij het niet-aanbieden van schadevergoeding aan burgers die *in vergelijking met anderen* zwaar worden getroffen (de *égalité*-norm), tevens gesproken moest worden van een voor de gedupeerde belanghebbende nadelig besluit dat door het uitblijven van een vergoeding onevenredig is in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen (de doel-middel-norm die in

art. 3:4 lid 2 Awb is verwoord). Ook daarmee was een echte aansprakelijkheid uit rechtmatige daad nog niet aanvaard, nu het *égalité*-beginsel alleen toepassing kon vinden in het kader van de doel-middel-toets van art. 3:4 lid 2 Awb. Burgers waren hierdoor gedwongen om, zelfs al hadden zij met het overheidshandelen zelf geen problemen maar wilden zij alleen hun schade vergoed krijgen, het op zichzelf rechtmatige besluit aan te vechten om schadevergoeding te verkrijgen. Dat stond op gespannen voet met de in de *Van Vlodrop*-uitspraak aanvaarde mogelijkheid om over de schadevraag los van het rechtmatige besluit zelf te procederen door op basis van het *égalité*-beginsel een zelfstandig schadebesluit aan te vragen.²⁵ In deze uitspraak legde de Afdeling nog

15. HR 19 maart 1943, NJ 1943, 312 (Voorste Stroom VI) en HR 18 februari 1944, NJ 1944, 226 (Haagse Duinwaterleiding).

16. Zie in dit blad M.H. Bregstein, 'De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad', *RMThemis* 1951, p. 273-305 en, onder dezelfde titel, G. van den Bergh, *RMThemis* 1952, p. 498-564.

17. Zie de onder zijn redactie tot stand gekomen losbladige *Onteigening en schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad. Een verkenning op het terrein van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad waarin onteigenen centraal staat*. Den Haag: VUGA (z.j.), band 2, p. I-11 en I-12. Het gelijkheidsbeginsel zou volgens hem niet alleen dwingen tot het compenseren van nadelen, maar ook tot het afkomen van voordelen en het zou niet geschikt zijn vanwege de grote ingewikkeldheid van onze moderne maatschappij. Bovendien zou het dwingen tot het ongedaan maken van elke ongelijkheid in de lastenverdeling en daarmee tot een te ruime overheidsaansprakelijkheid leiden.

18. Meer specifiek zoekt de Hoge Raad de onrechtmatigheid in het *toebrengen* van onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling (vgl. *Staat/Lavrijsen* (30 maart 2001, AB 2001, 412, m.nt. ThGD) en *Staat/Harrida* (20 juni 2003, AB 2004, 84, m.nt. PvB)).

19. Voor schade door feitelijke handelingen kan de bestuursrechter toch bevoegd zijn indien voor die schade een wettelijke regeling of een beleidsregel is opgesteld (ARRvS 14 mei 1986, AB 1986, 568, m.nt. PCEvW).

20. HR 6 december 2002, AB 2004, 17, m.nt. PvB (*Pannenkoekenhuis De Kabouter*). De exploitant van een pannenkoekenhuis stelde een verkeersmaatregel (waardoor zijn restaurant ruim vier maanden vanuit één richting slechts via een, parallel aan de afgesloten hoofdweg gelegen, fietspad te bereiken was) op zichzelf rechtmatig te vinden, maar hij wilde op grond van de *égalité* wel zijn schade vergoed zien. De Hoge Raad interpreteerde zijn beroep op de *égalité* zo dat deze 'in wezen hierop is gebaseerd dat het verkeersbesluit onrechtmatig is, omdat bij het tot stand brengen ervan het in art. 3:4 lid 2 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel niet in acht is genomen [doordat de economische belangen van de exploitant onvoldoende zijn meegewogen – TB/MT]'.²¹

21. Vgl. J. Drion, 'Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad', in: *Verzamelde geschriften van J. Drion*, Deventer 1968, p. 55 e.v.: het *complex* van het overheidshandelen en het nalaten schadevergoeding aan te bieden kan een op zichzelf rechtmatige overheidsdaad onrechtmatig maken.

22. Zie bijv. KB 8 april 1970, AB 1970, p. 577 (*Tweemanspolder*) en KB 19 december 1969 (*Hazerswoude*), AB 1970, p. 318.

23. Zie vooral de Paul Krugerbrug-uitspraken: ARRvS 12 januari 1982, AB 1982, 299, m.nt. PCEvW en ARRvS 22 november 1983, AB 1984, 154, m.nt. JHWdP.

24. Zie o.m. AGRvS 23 maart 1989, AB 1989, 428, m.nt. PCEvW (*Erven Beekhof*), AGRvS 31 december 1990, AB 1991, 424, m.nt. JJIV (*De Groote Waard*) en ABRvS 26 oktober 1995, JB 1996, 13, m.nt. RJNS.

25. ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, m.nt. PvB. Uit de in deze uitspraak geformuleerde eis van processuele connectiviteit vloeit voort dat een zelfstandig schadebesluit alleen ingang biedt bij de bestuursrechter indien deze ook bevoegd was ter zake van het schadeveroorzakende besluit zelf.

steeds een link tussen art. 3:4 lid 2 Awb en het égalité-beginsel, maar dat lag juist bij besluiten die alleen maar op schadevergoeding zien, niet langer voor de hand.

Inmiddels heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zich de kritiek op de koppeling van het égalité-beginsel aan het evenredigheidsbeginsel aangeetrokken. Vaste jurisprudentie is nu dat een claim tot nadeelcompensatie niet moet worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel, maar louter aan het égalité-beginsel.²⁶ Door de ont koppeling van evenredigheid en égalité kunnen burgers ook nadat een besluit rechtens onaantastbaar is geworden, aanvoeren dat zij onevenredig nadeel lijden.²⁷ Deze van het evenredigheidsbeginsel losgezongen benadering lijkt volgens de ABRvS uitzondering indien er sprake is van zodanig ernstige schade dat de maatregel slechts onder gelijktijdige toekenning van compensatie (dus op grond van art. 3:4 lid 2 Awb) kan worden genomen.²⁸ Dat zijn in elk geval de gevallen die in het regime van art. 1 EP onder de ontnemingsparagraaf zouden worden behandeld, daaronder begrepen de *de facto*-ontneming, waarover we hierna komen te spreken.²⁹

26. ABRvS 12 november 2003, AB 2004, 95, m.nt. ARN.

27. Zie voor een duidelijke toepassing Rb. Almelo 7 oktober 2003, AB 2004, 16, m.nt. BJS.

28. ABRvS 9 juli 2003, BR 2004, p. 686, m.nt. BPMvR en ABRvS 8 december 2004, LJN AR7061, AR7064, AR7059.

29. Gedacht kan worden aan het in noot 23 genoemde geval van de scheepswerf die door de (rechtmatige) verlening van een vergunning voor een vaste brug (de Paul Krugerbrug) over het Merwedekanaal zijn achter die brug gelegen bedrijf niet meer kon uitoefenen, nu de schepen zijn werf niet meer konden bereiken. Weliswaar werd aan de werf nog wel een zeker bedrijfsrisico tegengeworpen, maar de inbreuk op het eigendomsrecht had in dit geval veel weg van een *de facto*-ontneming van zijn eigendomsrecht. Zie over het verband tussen het égalité-beginsel en art. 3:4 lid 2 Awb verder B.J. Schueller, 'Proportionaliteit en gelijkheid voor de publieke lasten', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueller & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer 2005, p. 176-177 (verder Schueller 2005a).

30. Vgl. ABRvS 21 december 2005, AB 2006, 252, m.nt. BPMvR: '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.'

31. ABRvS 16 november 2005, LJN AU6201. Vgl. ook CBB 6 december 2005, LJN AU8308 (niet tijdig nemen van besluiten).

32. De Hoge Raad spreekt in *Staat/Lavrijsen* van een 'overheidshandeling of een overheidsbesluit'.

33. Zie bijv. CBB 24 juli 2001, LJN AB6580, over de nalatigheid maatregelen te nemen ter bestrijding van de verspreiding van een plantenziekte, waarvoor de Plantenziektewet volgens het college geen grondslag bood.

34. Rb. Den Haag 9 november 2005, LJN AU5877, JA 2006, 3. De verzekeraars voerden aan dat de Staat op grond van de égalité aansprakelijk was voor 'de beleidskeuze (...) om geen prioriteit toe te kennen aan de veiligheid bij de opslag van vuurwerk en in dat verband een risico te lopen'. De rechtbank maakte met deze redenering korte metten door te stellen dat de verzekeraars aldus hadden nagelaten duidelijk te maken op welk rechtmatig besluit of andere rechtmatige overheidshandeling de verzekeraars precies doelden. W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, p. 1680 zien meer ruimte voor de égalité in Enschede- en Volendam-achtige gevallen.

35. Rb. Den Haag 26 juli 2006, LJN AY5099.

2.1.2 Voorwaarden voor een geslaagd beroep op het égalité-beginsel

Met de ont koppeling van de evenredigheid van art. 3:4 lid 2 Awb en de égalité, is thans onomwonden aanvaard dat op Nederlandse overheden onder omstandigheden een rechtsplicht rust om door rechtmatige overheidsdaaden ontstaan nadeel te compenseren en dat de onaantastbaarheid van een besluit niet in de weg kan staan aan een eventuele nadeelcompensatieclaim. Het overheids-handelen zal dus *rechtmatig* moeten zijn en niet in strijd mogen zijn met een rechtsregel of enig rechtsbeginsel (inclusief art. 3:4 lid 2 Awb). Daarbij wordt thans aangenomen dat ook aanwending van publiekrechtelijke bevoegdheden die materieel vooral ten voordeel strekken van een bepaalde particulier wordt geacht het algemeen belang te dienen.³⁰ Toen een burger vergoeding wilde voor het nadeel dat hij leed door de overschrijding van wettelijke geluidsnormen, werd hem door de Afdeling dan ook tegengeworpen dat de nadeelcompensatieverordening voor deze, als *onrechtmatig* aan te merken schade, niet het juiste toetsingskader was.³¹ Een tweede voorwaarde hangt daar sterk mee samen: voor égalité-aansprakelijkheid lijkt sprake te moeten zijn van schade die voortvloeit uit een overheids*handelen*.³² Voorzover schade ontstaat door overheids*nalaten* is de onrechtmatige overheidsdaad veelal het geëigende kader.³³ Gedacht kan worden aan schade door falend toezicht, zoals de Enschede- en Volendam-achtige gevallen; het égalité-beginsel lijkt in dergelijke gevallen niet tot aansprakelijkheid te kunnen leiden.³⁴ Enige voorzichtigheid is op dit punt echter geboden, omdat denkbaar is dat de overheid welbewust en rechtmatig besluit na te laten en hierdoor schade ontstaat. Een dergelijk geval deed zich recentelijk voor in een uitspraak over de ongewenste effecten van een wet die een koppeling aanbracht tussen illegaal verblijf in Nederland en de (on)mogelijkheid om een beroep te doen op de (verzekerde) gezondheidszorg.³⁵ Het kort geding was aangespannen door een instelling die zich gedwongen zag psychische hulp te bieden aan illegalen, maar voor de daartoe gemaakte kosten geen vergoeding kreeg. De Staat zag welbewust van deze vergoeding af, maar stelde anderzijds niets in het werk om de betreffende illegalen uit te zetten, terwijl deze illegalen ook niet eigener beweging het land verlieten. Voor de gevolgen van dit wettelijke regime in combinatie met de nalatigheid om tot uitzetting over te gaan, hield de rechtbank de Staat op grond van het égalité-beginsel aansprakelijk.

Is voldaan aan deze eerste twee voorwaarden, dan dient te worden vastgesteld of een voldoende mate van *causaal verband* bestaat tussen die handeling en het daardoor ontstane nadeel. Staat ook dat vast, dan komt de vraag of er sprake is van onevenredig nadeel dat voor vergoeding in aanmerking komt neer op een toets of er sprake is van een *speciale* en *abnormale* last, criteria die we hierna aan de hand van enkele vuistregels zullen behandelen. Dit zijn, althans in theorie, cumulatieve

criteria.³⁶ De in beginsel voor *wettelijke* verplichtingen tot schadevergoeding geschreven regels van afdeling 6.1.10 BW (voornamelijk die over causaal verband (de leer van de 'redelijke toerekening' van art. 6:98 BW), voordeelverrekening (art. 6:100 BW) en eigen schuld (6:101 BW)) vervullen daarnaast een corrigerende rol en kunnen zorgen voor het verminderen of geheel vervallen van de compensatieplicht.³⁷ Bij de toepassing van die afdeling dient men overigens te bedenken dat aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad een andersoortig karakter heeft dan die uit *onrechtmatige* overheidsdaad. Bij die laatste aansprakelijkheid komt men aan de toepassing van afdeling 6.1.10 BW in de regel pas toe nadat is vastgesteld *dat* onrechtmatig is gehandeld. Dit onderscheid tussen de aansprakelijkheidsvraag en de vraag naar de omvang van de aansprakelijkheid is bij de rechtmatige overheidsdaad niet altijd goed te maken. Zo kan een notie als 'eigen schuld' een rol spelen als grond voor vermindering van aansprakelijkheid van de overheid,³⁸ maar ook al eerder in het kader van de vraag of er überhaupt sprake is van 'onevenredig nadeel'. Een ondernemer die een sportschool begint in de buurt van een opvangcentrum voor verslaafden, aanvaardt daarmee het risico dat zijn sportschool minder frequent zal worden bezocht.³⁹ Die 'eigen schuld' aan het intreden van schade kan een grond zijn om aan te nemen dat van een 'abnormaal nadeel' geen sprake is, zodat men aan de vraag naar de omvang van de schade niet meer toekomt. Voor civilisten vergt dit, ook bij de interpretatie van onderstaande vuistregels, een wat andere kijk op de aansprakelijkheidsvraag dan zij wellicht gewend zijn.

2.2 Art. 1 Eerste Protocol EVRM

2.2.1 Systeem en eigendomsbegrip van art. 1 EP

De Europese eigendomsbescherming van art. 1 Eerste Protocol EVRM neemt tegenwoordig een niet meer weg te denken plaats in naast de nationale stelsels van eigendomsbescherming. Dit artikel heeft een breed bereik en bestrijkt zowel de situatie waarin de eigendom aan een burger wordt *ontnomen* ('deprivation') als die waarin de eigendom wordt *gereguleerd* ('control of use'). In het kader van deze bijdrage zullen we ons concentreren op de jurisprudentie ten aanzien van de regulering van eigendom, nu die situatie het beste te vergelijken is met die waarin naar nationaal recht van een mogelijke schending van het *égalité*-beginsel kan worden gesproken. Voor een vergelijking tussen de toepassing van art. 1 EP en het nationale *égalité*-regime lijkt het minder zinvol tevens stil te staan bij de invulling van de 'fair balance'-toets bij *ontnemings* ('deprivation') van eigendom. In dat geval verliest de burger immers de gehele beschikkingsmacht over een goed, wat in het licht van art. 1 EP in beginsel slechts is toegestaan onder vergoeding van de gehele schade.⁴⁰ Die situatie is te vergelijken met de vereiste rechtsbescherming onder het nationale onteigeningsregime. In situaties waarin het *égalité*-beginsel wordt geschonden – en dus ook in situaties waarin van een 'control of use' sprake is – behoudt de burger meestal nog mogelijkhe-

den tot het gebruik van het eigendomsrecht. Hierbij dient wel te worden aangetekend dat het onderscheid tussen ontneming en regulering van eigendom niet altijd helder is. Ook het EHRM zelf laat dit onderscheid soms in het midden en pleegt dan te toetsen aan de in de eerste zin van het eerste lid van art. 1 EP geformuleerde 'regel' dat iedere natuurlijke of rechtspersoon recht heeft op het ongestoord genot van zijn eigendom.⁴¹

De bescherming die aan art. 1 EP kan worden ontleend is in beginsel ruim. Het Hof hanteert een 'autonoom' eigendomsbegrip en abstraheert dus van de wijze waarop de inmenging naar nationaal recht is gekwalificeerd.⁴² Het Europeesrechtelijke eigendomsbegrip beschermt bovendien veel meer dan het op een 'zaak' gerichte eigendomsbegrip uit art. 5:1 van het Burgerlijk Wetboek; het gaat ook om 'other rights and interests constituting assets'.⁴³ Een belangrijke beperking op het brede bereik van het eigendomsrecht is de eis dat het recht of belang met voldoende zekerheid moet vaststaan. Het moet in de woorden van het Hof 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'.⁴⁴

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: verdragsstaten zijn tot op zekere hoogte vrij om in het algemeen belang beperkingen te stellen aan eigendomsrechten. Dit geldt in het bijzonder indien het gaat om inmengingen in de eigendom op terreinen die typisch tot het terrein van de verdragsstaten moeten worden gerekend, zoals proble-

36. In gelijke zin B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb*, Deventer: Kluwer 2005, p. 197 (2005b).

37. Zie E. van der Schans, 'Schadevergoeding, redelijkheid en billijkheid', in: *Vergelijkend schadevergoedingsrecht*, Preadvies voor de vereniging voor Bouwrecht 1988, nr. 16, p. 52 e.v.; J.A.M. van den Berk, *Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid* (diss. UU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991 en M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 363.

38. In die gevallen staat dus vast dat er sprake is van onevenredig nadeel en is de 'eigen schuld' een factor die van belang is bij het bepalen van de hoogte van de schadeplicht. Zie bijv. HR 17 september 2004, AB 2006, 41, m.nt. BPMvR.

39. Rb. Leeuwarden 27 februari 2002, L/JN AD9649; vgl. ook Hof Den Bosch 13 december 2005, L/JN AV0386. Schueler 2005b, p. 205 noemt risico-aanvaarding een 'variant' van eigen schuld. Zie over de verhouding tussen beide figuren ook HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622, HR 11 december 1992, NJ 1993, 175 en HR 15 november 1996, NJ 1997, 152.

40. EHRM 21 februari 1986, appl.no. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Van dit uitgangspunt mag in geringe mate worden afgeweken (EHRM 25 maart 1999, appl.no. 31423/96 (*Papachelas t. Griekenland*)).

41. 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*).

42. 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 (*Malbous t. Tsjechië*).

43. EHRM 5 januari 2000, appl.no. 33202/96 (*Beyeler t. Italië*).

44. EHRM 12 juli 2001, appl.no. 42527/98 (*Hans-Adam II van Liechtenstein t. Duitsland*).

men ten aanzien van woningverdeling,⁴⁵ ruimtelijke ordening,⁴⁶ de interpretatie en toepassing van nationale wetten,⁴⁷ of indien het, meer in het algemeen, discretionaire bevoegdheden betreft bij het gebruik waarvan verschillende belangen moeten worden gewogen.⁴⁸ Deze *margin* geldt zowel ten aanzien van de middelen die gekozen worden om het doel te bereiken als ten aanzien van de consequenties van die maatregel,⁴⁹ of, zoals het Hof het soms ook stelt, zowel ten aanzien van het bestaan van een probleem van algemeen belang dat om ingrijpen vraagt als voor de keuze voor de precieze regels ter implementatie van die maatregelen.⁵⁰ Een en

ander betekent dat de hogere kosten die zijn gemoeid met een alternatieve maatregel (zoals een verkeersmaatregel) voor de nationale autoriteiten een legitiem argument kunnen zijn om die maatregel niet te kiezen, zelfs al brengt dit voor een getroffen burger meer nadelen met zich. Het beginsel van de minste pijn geldt, met andere woorden, niet onverkort, maar afhankelijk van de ernst van de inbreuk.⁵¹ Meer in het algemeen kan worden vastgesteld dat in het kader van art. 1 EP geen verplichte subsidiariteitstoets geldt. Het enkele feit dat er minder belastende middelen beschikbaar zijn waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt, maakt een maatregel op zichzelf dus nog niet onrechtmatig tenzij de toepassing van de betwiste maatregel in deze context duidelijk geen redelijke grond heeft. Dit gegeven weegt natuurlijk wel mee in het kader van de bredere 'fair balance'-toets en kan een reden zijn om eerder een schadevergoedingsverplichting aan te nemen.⁵² De ruimte die deze margin of appreciation biedt, wordt door het Hof soms wel weer ingeperkt waar het benadrukt dat het EVRM ertoe dient om te waarborgen dat rechten 'practical en effective' zijn; het Hof 'must look behind appearances and investigate the realities of the situation complained of'.⁵³

2.2.2 Aspecten van toetsing aan art. 1 EP

Aan art. 1 EP wordt door het Hof meestal volgens eenzelfde stramien getoetst. Eerst wordt gezien of er sprake is van een 'possession' in de zin van art. 1 EP. Als eenmaal wordt aangenomen dat een eigendomsrecht in het geding is, wordt vervolgens gezien of sprake is van een inbreuk op c.q. inmenging in het eigendomsrecht (de 'interference'-test). Is van een inmenging wel sprake, dan wordt via een drietal stappen gezien of deze inmenging voldoet aan de eisen van art. 1 EP en daarmee gerechtvaardigd (rechtmatig) is:⁵⁴

1. Is de inbreuk rechtmatig, d.w.z. bij wet voorzien (de 'lawfulness'-test)?⁵⁵
2. Zo ja, heeft de inbreuk een legitieme doelstelling in het algemeen belang (de 'general interest'-test)?⁵⁶
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'-test)?

Deze verschillende stappen zijn ieder voor zich noodzakelijke voorwaarden; aan de 'fair balance'-toets zal in beginsel niet worden toegekomen indien een van de voorgaande vragen reeds negatief is beantwoord.⁵⁷

Enige elementen uit dit schema verdienen wat nadere aandacht, met name in het licht van de mogelijke verschillen met de toepassing van het *égalité*-beginsel. Allereerst de vraag wanneer van een inbreuk (een 'interference') op het eigendomsrecht kan worden gesproken. Ten aanzien daarvan heeft het Hof onder meer bepaald dat een louter immateriële aantasting van het woongenot door geluidshinder in beginsel niet beschouwd

45. 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*).
46. ECieRM 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*) en EHRM 8 november 2005, appl.no. 4251/02, EHRC 2006, 1 (*Saliba t. Malta*).
47. EHRM 5 december 2002, appl.no. 53871/00 (*Islamische Religionsgemeinschaft e.V. t. Duitsland*), EHRM 24 mei 2005, appl.no. 61302/00 (*Buzescu t. Roemenië*), § 92 en EHRM 15 november 2001, appl.no. 54999/00, 53991/00 (*Honecker e.a. t. Duitsland*).
48. EHRM 28 september 1999, appl.no. 37538/97 (*Van Nus t. Nederland*): 'Town and country planning schemes involve the exercise of discretionary judgment in the implementation of policies adopted in the interest of the community. (...) In 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.'
49. EHRM 5 december 2002, appl.no. 53871/00 (*Islamische Religionsgemeinschaft e.V. t. Duitsland*): '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.' Zie ook EHRM 28 juli 1999, appl.no. 22774/93 (*Immobiliare Saffi t. Italië*), EHRM 15 november 2001, appl.no. 54999/00, 53991/00 (*Honecker e.a. t. Duitsland*) en EHRM 28 juli 2005, appl.no. 25088/94 e.a. (*Chassagnou t. Frankrijk*), § 75.
50. EHRM 21 september 2004, appl.no. 68880/01 (*Schirmer t. Polen*), § 34 en EHRM 7 maart 2002, appl.no. 53320/99 (*Trajkovski t. Macedonië*). Zie eerder EHRM 18 oktober 1995, appl.no. 25679/94 (*Borg t. Malta*).
51. ECieRM 16 oktober 1996, appl.no. 21073/92 (*S.J., B.J. en G.J. t. Zweden*).
52. EHRM 3 mei 2001, appl.no. 39343/98 e.a., (*Kleyn e.a. t. Nederland* (ontv.besl.)) en EHRM 19 december 1989, appl.no. 10522/83 (*Mellaicher t. Oostenrijk*), § 53.
53. Zie bijv. EHRM 22 februari 2005 en 19 juni 2006 (*Grote Kamer*), appl.no. 35014/97 (*Hutten-Czapska t. Polen*), § 151 resp. § 168. Zie ook EHRM 8 november 2005, appl.no. 4251/02 (*Saliba t. Malta*), § 31.
54. J.G.C. Schokkenbroek, 'Het Eerste Protocol – Artikel 1 Eigendom', *EVRM Rechtspraak & Commentaar* (losbl.), 4.1 – 11.
55. Deze test veronderstelt dat de toepasselijke nationale wettelijke voorschriften voldoende 'toegankelijk, precies en voorzienbaar' zijn of dat de inmenging anderszins een kenbare basis heeft, bijvoorbeeld in beleidsegels of vaste jurisprudentie (zie EHRM 24 mei 2005, appl.no. 45214/99 (*Sildedzis t. Polen*)).
56. Ten aanzien van deze eis laat het Hof aan de verdragsstaten een ruime beoordelingsmarge, zodat daaraan in verreweg de meeste gevallen is voldaan. Een geval waarin het Hof niet inzag dat enig algemeen belang werd gediend is EHRM 19 juni 2001, appl.no. 34049/96 (*Zwierzynski t. Polen*), waarin het een weigering betrof van de regionale politie in Polen om een bepaald gebouw niet langer in gebruik te houden, zelfs nadat de hogere autoriteiten de eigendom van dat pand aan klager hadden toegewezen.
57. EHRM 8 november 2005, appl.no. 4251/02 (*Saliba t. Malta*), § 37.

wordt als een inmenging in het eigendomsrecht.⁵⁸ Of de inbreuk ontstaat door een handelen of een nalaten, maakt – anders dan bij het égalité-beginsel – niet uit. Zo heeft het Hof in de uitspraak van het Hof inzake *Öneryildiz* geconcludeerd dat Turkije had gehandeld in strijd met art. 1 EP doordat veiligheidsvoorschriften door de Turkse regering niet werden nageleefd, ten gevolge waarvan bij een methaanexplosie op een vuilnisbelt doden vielen.⁵⁹

Een ander belangrijk kenmerk van schadevergoeding onder art. 1 EP is dat het Hof het overheidshandelen *integraal* beschouwt. Is, met andere woorden, de 'fair balance' geschonden doordat te weinig of geen schadevergoeding is aangeboden voor de eigendomsinbreuk, dan heeft dat tot gevolg dat de handeling – hoezeer deze aanvankelijk ook als rechtmatig moest worden aangemerkt – als onrechtmatig en dus in de rechtsorde ongewenst moet worden beschouwd.⁶⁰ Indien strijd met art. 1 EP wordt aangevoerd kan het bestuursorgaan zich dus niet verweren met de stelling dat over de schadevergoedingsvraag later kan worden geprocedeerd. Een aanbod tot schadevergoeding is in de benadering van het Hof immers een voorwaarde voor rechtmatigheid. Hiervoor zagen we dat in de bestuursrechtelijke égalité-leer juist een ontkoppeling heeft plaatsgevonden van de rechtmatigheid van het besluit zelf en de actie tot nadeelcompensatie. Bestuursorganen zijn niet gedwongen om, op straffe van onrechtmatigheid, al tijdens de belangenafweging met de geschade belangen van één of enkele burgers rekening te houden. Met die belangen kan immers in een afzonderlijke procedure – door op grond van het ongeschreven égalité-beginsel of een wettelijke nadeelcompensatieregeling een zelfstandig schadebesluit aan te vragen – rekening worden gehouden. Omdat het op deze wijze doorschuiven van de schadevergoeding naar een afzonderlijke procedure, terwijl het schadeveroorzakende besluit wel reeds mag worden geïmplementeerd, in het licht van de integrale beoordeling van art. 1 EP eigenlijk onrechtmatig is, moet in de opvolgende schadevergoedingsprocedure de vergoeding van de schade wel voldoende verzekerd zijn en moet deze ook conform de eisen van art. 1 EP zijn.⁶¹ Is dat het geval, dan zal het EHRM een dergelijke 'loskoppeling' waarschijnlijk wel accepteren.

Na deze meer rechtssystematische opmerkingen zal in de komende paragrafen, eerst voor het égalité-beginsel en daarna voor art. 1 EP, worden gezien welke materiële criteria relevant zijn bij de beoordeling van de vraag of er aanleiding is tot aansprakelijkheid van de overheid.

3. Égalité: het 'onevenredig nadeel' in enkele vuistregels

3.1 *Vuistregel 1: wordt een burger ten opzichte van anderen die zich in een vergelijkbare positie bevinden, gelijkelijk getroffen, dan wordt het nadeel niet vergoed*

Uit het vereiste van een 'speciale last' vloeit voort dat schade, om voor vergoeding in aanmerking te komen,

een gelijke behandeling van de rechtsgenoten moet verstoren doordat zij een enkele burger of een kleine groep burgers treft en vergelijkbare anderen niet of in mindere mate.⁶² De ratio van dit criterium is erin gelegen dat het juist bij de aansprakelijkheid voor *rechtmatig* optreden nodig is een beperking aan te brengen in de mogelijkheden om de overheid aansprakelijk te houden; zou dit criterium niet gelden, dan zouden zelfs zeer grote groepen burgers snel aanspraak kunnen maken op compensatie, wat de staatskas niet ten goede zou komen. Dat is overigens ook de reden dat aan de redelijkheid van dit criterium veelal wordt getwijfeld, omdat het een getroffen burger vaak onverschillig zal zijn of er anderen zijn aan te wijzen die eveneens getroffen zijn.⁶³ Die kritiek laat onverlet dat het bij de toepassing van het égalité-beginsel rechtens relevant is of de burger zich wel voldoende onderscheidt van anderen die ook door een schadeveroorzakend besluit getroffen worden. Een in de jurisprudentie algemeen te herkennen lijn, met name bij besluiten van algemene strekking, is dat de grotere groep (ten opzichte van wie het onevenredige nadeel wordt geleden; men spreekt ook wel van de *referentiegroep*) wordt gevormd door de door het betreffende besluit getroffen burgers. Tot hen richt de maatregel zich en in zoverre is er geen sprake van een verstoring van de gelijkheid ten opzichte van andere rechtsgenoten; er bestaat alleen onevenredig nadeel voor degene die zich ten opzichte van die groep weet te onderscheiden.⁶⁴ Zo'n onderscheid kan bijvoorbeeld gelegen zijn in het feit dat die kleinere groep

58. Zie ECieRM 17 mei 1990, appl.no. 13728/88 (*S. t. Frankrijk*) en ECieRM 16 juli 1986, appl.no. 9310/81 (*Powell en Rayner t. Verenigd Koninkrijk*).

59. EHRM 30 november 2004, appl.no. 48939/99; zie T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving. Nadere lessen uit de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM inzake *Öneryildiz* tegen Turkije?', *O&A* 2005, p. 76 e.v.

60. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid', *O&A* 2002, p. 114. De strijd met art. 1 EP als een ieder verbindende bepaling in de zin van art. 93 en 94 Grondwet moet immers worden beschouwd als een strijd met een wettelijke plicht in de zin van art. 6:162 BW (M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten* (diss. UL), Leiden: Stichting NJCM Boekerij 1997, p. 316).

61. In gelijke zin Schueler 2005a, p. 172-173.

62. Zie P.J.J. van Buuren, noot onder 'Varkensmester', in: P.J.J. van Buuren, J.E.M. Polak & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek*, Deventer 2003, p. 245.

63. Zie bijv. A-G Spier in zijn conclusie bij HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84, m.nt. PvB (*Harrida*) onder 4.18 sub b.

64. Zie bijv. HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638, m.nt. CJHB (*Leffers*), Rb. Den Haag 20 maart 2002, *LJN* AE7271 en verder M.K.G. Tjepkema, 'Het referentiekader van het égalité-beginsel. Over de vergelijking met andere burgers in égalité-situaties', *O&A* 2004, p. 15-16.

anders dan de referentiegroep uitsluitend op één bepaalde wijze van bedrijfsvoering is aangewezen en dus zeer zwaar in zijn bedrijfsvoering getroffen wordt,⁶⁵ doordat die subgroep ten opzichte van de grotere groep ongunstig is gelegen⁶⁶ of doordat die kleinere groep, in tegenstelling tot de referentiegroep, voor de rechten om zijn bedrijf te voeren heeft moeten betalen.⁶⁷

Bij de toepassing van deze vuistregel dienen bestuur c.q. rechter zich te realiseren dat zij zich niet te makkelijk 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 de grotere groep van getroffenen. Met de stelling dat 'allen gelijkelijk getroffen worden' kan dus niet zonder nader onderzoek naar specifieke rechtsposities worden volstaan.⁶⁸

3.2 Vuistregel 2: schade die valt binnen het 'normaal maatschappelijk risico' of het 'normaal bedrijfsrisico' wordt niet vergoed

De eerste vuistregel wordt in de rechtspraak lang niet altijd toegepast: in het gros van de uitspraken ontbreekt een concrete vergelijking tussen het nadeel dat een

burger lijdt ten opzichte van een grotere 'referentiegroep'. Dit roept de vraag op hoe de speciale en de abnormale last zich tot elkaar verhouden. Uit de jurisprudentie kan worden opgemaakt dat ook indien een concrete benadeling ten opzichte van te onderscheiden burgers ontbreekt, er toch sprake kan zijn van onevenredig nadeel doordat het nadeel uitstijgt boven de tweede 'pijler' van het *égalité*-beginsel: het 'normaal maatschappelijk risico' of het 'normaal bedrijfsrisico'. Ter rechtvaardiging van dit criterium wordt veelal de voorzienbaarheid van abstracte maatschappelijke ontwikkelingen benadrukt; gesteld wordt dan dat het leven in een geordende samenleving, helemaal in een dichtbevolkt land als Nederland, voor eenieder onafwendbaar bepaalde voor- en nadelen met zich brengt, dat die normale nadelen voor eenieder voorzienbaar zijn en dus niet op de overheid kunnen worden afgewenteld.⁶⁹ In de rechtspraak is inmiddels echter gebleken dat niet alleen abstracte ontwikkelingen bepalend kunnen zijn, maar ook concrete omstandigheden, zoals eigen schuld aan het ontstane nadeel. Uit een vrij recent arrest van de Hoge Raad blijkt zelfs dat rekening moet worden gehouden met *alle* van belang zijnde omstandigheden van het geval. Daarbij kunnen volgens de Hoge Raad van belang 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'.⁷⁰ De ABRvS heeft dit inmiddels bevestigd.⁷¹ Deze verschillende factoren dienen onderling tegen elkaar te worden afgewogen. Zo kan men van een verkeersmaatregel in abstracto stellen dat deze voorzienbaar is, maar indien deze een schade van een enorme omvang tot gevolg heeft, is die abstracte voorzienbaarheid niet louter doorslaggevend. De voorzienbaarheid in abstracto kan dan betekenen dat een deel van de schade voor rekening van de getroffene blijft, maar dat de schade voor het overige, gelet op de omvang daarvan, moet worden vergoed.

Hierna zullen wij in vijf subregels nader ingaan op de in dit verband relevante factoren. Bij deze poging om de notie van het 'onevenredig nadeel' in juridische termen te beschrijven, dient men zich ervan bewust te zijn dat de vraag wat tot het 'normaal maatschappelijk risico' van burgers kan worden gerekend tot op zekere hoogte een kwestie is van politiek, van bestuurlijke belangenafweging.⁷² Dogmatisch dient hier een onderscheid te worden gemaakt tussen de vraag of het *égalité*-beginsel geschonden is (dat wil zeggen is er sprake van een last die op één of enkele burgers drukt en van onvoorzienbaar nadeel?) en de in het verband van de toetsing daaraan als een subvraag aan te merken vraag, of c.q. in welke mate een eenmaal vastgesteld nadeel voor rekening van de betrokkene dient te blijven. Ten aanzien van de eerste vraag moet worden aangenomen dat bestuursorganen geen discretie toekomt. De rechter dient dus vol te toetsen of een rechtmatige overheidsdaad in een concrete situatie een abnormale en speciale last tot gevolg heeft en kan niet volstaan met het oordeel

65. Zie de arresten *Leffers* (betreffende een swillvoerdersverbod; *Leffers* was uitsluitend aangewezen op deze swillvervoeding en werd ten opzichte van de andere, ook getroffen varkensmesters (die ook op andere wijzen vervoerden) dus onevenredig hard getroffen) en *Harrida* (ten opzichte van alle voedselimporteurs (zowel van dood als van levend vee) werd importeur *Harrida* door een vervoersverbod van vlees (ter bestrijding van BSE) onevenredig getroffen, omdat hij zich louter had toegelegd op import van vlees uit Noord-Ierland; zie sub 3.7.2 en 3.7.3).

66. Zie bijv. Pres. Rb. Middelburg 21 november 1990, *KG* 1990, 403.

67. HR 16 november 2001, *AB* 2002, 25, m.nt. PvB (*Wet Herstructurering Varkenshouderij*); een toepassing van de speciale last weliswaar in het kader van art. 1 EP, maar sterk gelijkend op een *égalité*-toets; zie § 5.3 van deze bijdrage.

68. De toepassing van het *égalité*-beginsel is in dat opzicht te vergelijken met de toepassing van art. 91 Gezondheids- en welzijnswet voor dieren, op grond waarvan voor bijzondere gevallen ook een tegemoetkoming kan worden gegeven voor schade door maatregelen ter bestrijding van dierziekten die niet op grond van art. 86 of 90 van die wet kan worden vergoed. Om te zien of zich zo'n bijzonder geval voordoet, kan het bestuursorgaan volgens een uitspraak van het CBB van 17 april 2003 (*AB* 2003, 257, m.nt. JHvdV) niet volstaan met de constatering dat dit geval reeds niet bijzonder is omdat de betrokkene net zo goed als anderen schade lijdt door de maatregelen.

69. In de woorden van B.J. Schueler: 'Veel heb je te slikken en vaak moet je indikken, omdat je in een complexe maatschappij samenleeft' ('Onvermijdelijke schade bij rechtmatige overheidsdaad', in: N.F. van Manen & R.H. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid*, Nijmegen: AAL 1999, p. 65). Zie voorts R.P.J.L. Tjittes, *Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaansprakelijkheid*, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 1997, p. 43 en B.P.M. van Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005 (2005a).

70. HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR.

71. ABRvS 21 juni 2006, *LJN* AX9047.

72. De meningen in de literatuur verschillen hierover. Schueler 2005a, p. 183-184 en Verheij 2002, p. 125 menen dat de rechter bij het toetsen van *égalité*-aanspraken enige discretionaire ruimte moet respecteren, maar dit wordt ontkend door R.J.N. Schlössels, 'Nadeelcompensatie en het *égalité*-beginsel: chaos of ius commune? (II)', *Gst.* 7161 (2002), p. 184.

dat het bestuur redelijkerwijs kon menen dat zich geen *égalité*-geval voordeed. Uit de jurisprudentie blijkt dat dit anders ligt ten aanzien van de tweede vraag, die er in de praktijk op neer zal komen *in hoeverre* bepaalde schade nog tot het normaal maatschappelijk risico moet worden gerekend. Verdedigd kan worden dat hierbij aan bestuursorganen enige mate van discretie toekomt. Uit de jurisprudentie komt naar voren dat een percentage van 15% van het totaal geleden nadeel⁷³ of van de omzet op jaarbasis⁷⁴ dat vanwege het 'normaal maatschappelijk risico' voor eigen rekening moet komen, niet ongebruikelijk is. Daarvan kan, indachtig die beoordelingsruimte, worden afgeweken. Wel zal het bestuursorgaan voldoende aannemelijk moeten kunnen maken hoe en waarom het tot zijn oordeel over de invulling van het *égalité*-beginsel is gekomen en op dit punt een helder, consistent en kenbaar beleid moeten voeren.⁷⁵ Beslissingen over de toekenning van nadeelcompensatie onderscheiden zich op dat punt niet van andere besluiten waar de marginale toets van de rechter ten aanzien van de belangenafweging niet wegneemt dat deze ('vol' toetsend) nagaat of deze beslissing voldoet aan de eisen van zorgvuldigheid, motivering en gelijke behandeling. Is het besluit in die opzichten zorgvuldig, dan komt aan het bestuursorgaan bij de precieze vaststelling van het normaal maatschappelijk risico enige ruimte toe.⁷⁶ In een dergelijk geval zal de rechter niet zelf, in plaats van het bestuursorgaan, een percentage kunnen vaststellen, nu ook voor hem aanknopingspunten in het recht ontbreken ten aanzien van welk percentage het redelijkst is. Op dit punt past dus ook een *caveat* voor de lezer: onderstaande regels zijn eerder mogelijke ijkpunten ter invulling van het normaal maatschappelijk risico dan harde rechtsnormen.

3.2.1 Subregel 1: sommige overheidsmaatregelen zijn zo normaal dat het daardoor ontstane nadeel per definitie voorzienbaar is en in beginsel tot het normaal maatschappelijk risico behoort

Deze subregel doet zich bijvoorbeeld gelden in de gevallen waarin het overheidshandelen niet meer is dan een reactie op normale maatschappelijke ontwikkelingen, die voor elke burger voorzienbaar zijn en waarvan de schade dus in beginsel tot het normaal maatschappelijk risico behoort. In die gevallen wordt geabstraheerd van de concrete voorzienbaarheid; het is niet relevant of de burger de maatregel heeft of had moeten voorzien, nu uit de aard van het overheidshandelen voortvloeit dat dit per definitie voor eenieder 'normaal', liggend in de lijn der verwachtingen en dus voorzienbaar is. Het treffen van verkeersmaatregelen als uiting van normale, infrastructurele ontwikkelingen ter tegemoetkoming aan toegenomen verkeersstromen en ter bevordering van de doorstroming van het verkeer en de veiligheid daarvan, is zo'n ontwikkeling. Werd in oude jurisprudentie nog nagegaan of de concrete voorzienbaarheid van zo'n maatregel aan de getroffen kon worden tegengeworpen,⁷⁷ thans is het standaardjurisprudentie dat verkeersmaatregelen kunnen worden beschouwd als een normale maatschappelijke ontwikkeling, waarmee

eenieder kan worden geconfronteerd en waarvan de nadelige gevolgen derhalve *in beginsel* niet worden vergoed.⁷⁸ Ook van in het kader van verkeersmaatregelen te verrichten reconstructiewerkzaamheden,⁷⁹ het na verloop van tijd vernieuwen of verleggen van leidingen in en nabij waterkeringen,⁸⁰ het versterken van dijken langs grote rivieren⁸¹ en schade ten gevolge van de aanwezigheid van bommen⁸² kan in abstracto worden gesteld dat de daardoor geleden schade onder het normaal maatschappelijk risico valt.

Een gevaar dat in deze meer abstracte benadering schuilt, is dat daardoor onvoldoende recht wordt gedaan aan de omstandigheden van het geval. Ten aanzien van 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.⁸³ Dit zal het geval kunnen zijn indien de maatregel een substantiële verminderde bereikbaarheid tot gevolg heeft⁸⁴ of men gedurende een langere periode ver moet omrijden. Een

73. Rb. Utrecht 15 oktober 2003, *LJN* AM2622 en ABRvS 6 maart 2003, *LJN* AE0350.

74. ABRvS 5 september 2001, *BR* 2002, 877, m.nt. BPMvR.

75. Zie Schueler 2005a, p. 184. Vgl. ook Rb. Breda 9 maart 2000, *LJN* AA6444.

76. Vgl. ABRvS 26 april 2006, *JB* 2006, 171, een uitspraak over een ondernemer wiens vergunning voor een verkoopwagen op de Zandkreekdam werd ingetrokken. Volgens de Afdeling was sprake van een *verhoogd* ondernemersrisico, nu de verkoopwagen een wezensvreemd element was in een waterstaatswerk en derhalve vergunningplichtig was. Ook de aard van het besluit was daarbij van belang: volgens de minister zou vanaf het moment dat een vergunning was verleend met het verstrijken van de jaren het risico dat deze wordt gewijzigd of ingetrokken vanwege waterstaatsbelangen toenemen. De Afdeling nam daarom aan dat betrokkene een naar ons idee vrij hoog percentage van 40% van de schade voor eigen rekening moest nemen wegens normaal ondernemersrisico.

77. Zie bijv. KB 29 december 1988, *AB* 1989, 90, m.nt. PJS.

78. 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.

79. Rb. Arnhem 21 maart 2002, *LJN* AE0810 en Hof Leeuwarden 22 maart 2006, *JA* 2006, 69. In Rb. Leeuwarden 4 december 2002, *LJN* AF1506 wordt ook beargumenteerd dat dat anders kan zijn indien de werkzaamheden *plotseling* worden vervroegd en de getroffene daardoor geen tijd meer heeft om schadebeperkende maatregelen te nemen.

80. ABRvS 6 oktober 1998, *AB* 1999, 7, m.nt. AvH en AGRvS 28 november 1991, *AB* 1992, 531, m.nt. JJIV.

81. ABRvS 23 september 1996, *AB* 1996, 494, m.nt. AvH ('reeds geruime tijd van algemene bekendheid is dat de dijken langs de grote rivieren moeten worden aangepast') en Rb. Dordrecht 4 april 2002, *LJN* AE1704.

82. ABRvS 24 september 2003, *AB* 2004, 21, m.nt. CMB.

83. Zie o.m. ABRvS 19 mei 1995, *AB* 1995, 444, m.nt. PJS, ABRvS 29 september 2004, *AB* 2005, 46, m.nt. KJdG en ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2005, 214, m.nt. CMB. Merk op dat ook dan dus niet de (on)voorzienbaarheid, maar de ernst van de gevolgen van de maatregel bepalend is om nadeelcompensatie toe te kennen.

84. ABRvS 16 maart 2005, *LJN* AT0570, ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 268, m.nt. NV en ABRvS 28 mei 2003, *LJN* AF9421.

afstand van 800 meter omrijden⁸⁵ of de ligging van een huis op een 600 meter langere afstand van een dorp⁸⁶ kan in dit verband niet als uitzonderlijk worden gekwalificeerd. Overigens mag rekening 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 6,3 kilometer extra moet afleggen zal de schade niet tot het normaal maatschappelijk risico kunnen worden gerekend,⁸⁷ maar dit is anders voor een vrachtwagenonderneming waarvoor het gedurende 12 maanden 4 kilometer omrijden een relatief geringe afstand is op de grote afstanden die zij toch al in binnen- en buitenland aflegt.⁸⁸

3.2.2 Subregel 2: burgers en bedrijven kunnen door welbewust risicovol te handelen of stil te zitten, de kans vergroten dat de schade normaal moet worden geacht

Een tweede bron van voorzienbaarheid kan gelegen zijn in het gegeven dat de burger zelf welbewust risicovol handelt en aldus de kans vergroot dat hij met rechtmatig

toegebrachte schade te maken zal krijgen.⁸⁹ In het planschaderecht hanteert men in dit verband de termen actieve en passieve risico-aanvaarding. In het nadeelcompensatierecht zijn deze termen minder gebruikelijk, hoewel de gedachte van de actieve risico-aanvaarding ook in nadeelcompensatiezaken wel is aanvaard. Zo overwoog de Afdeling in een zaak over de verlegging van het Kanaal door Zuid-Beveland, waardoor scheepsbevoorradersbedrijf Dagevos schade leed, dat pas sprake is van risico-aanvaarding indien 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.⁹⁰ De figuur van de passieve risico-aanvaarding lijkt in het nadeelcompensatierecht minder courant te zijn. Duidelijk is in elk geval dat het stilzitten door geen bezwaar of beroep in te stellen tegen het schadeveroorzakende besluit zelf volgens de huidige bestuursrechtelijke jurisprudentie niet als een riskant stilzitten kan worden tegengeworpen; voor die gevallen biedt in het bestuursrecht de figuur van het zelfstandig schadebesluit immers de mogelijkheid om het schade-aspect los te koppelen van het schadeveroorzakende handelen zelf.⁹¹

3.2.2.1 Omgevingsfactoren

Het aanvaarden van het risico van schade kan samenhangen met omgevingsfactoren. Wie in een stedelijke omgeving woont, zal er rekening mee moeten houden dat bouwplannen in enige mate een inbreuk kunnen plegen op uitzicht of het genot van zonlicht,⁹² of dat men met de plaatsing van een woonwagencentrum verband houdende privacy-aantastingen moet dulden.⁹³ Omgekeerd kan het feit dat een omgeving voorheen rustig was, betekenen dat eerder sprake is van een abnormaal risico.⁹⁴ Voor exploitanten van gronden aan en nabij de oevers van De Dommel behoren overstromingen en de nadelige gevolgen daarvan van oudsher tot de normale risico's,⁹⁵ terwijl bewoners van lage delen van het land geregeld te maken krijgen met daling van het maaiveld ten gevolge van natuurlijke 'klink', zodat de herziening van een peilbesluit in die regio's gebruikelijk is.⁹⁶ Ook ondernemingen dienen zich welbewust te zijn van de structuur van hun omgeving. Aan de vestiging in of nabij het centrum van een stad zijn laad- en losproblemen inherent,⁹⁷ voor varkenshouders die zich vestigen in een gebied met een hoge concentratie varkenshouders is voorzienbaar dat daar varkenspest kan uitbreken en een vervoersverbod dus noodzakelijk is⁹⁸ en wie zijn café aan een plein vestigt voordat dit volledig is ingericht, aanvaardt het risico dat de passantenstroom – en daarmee de omzet – kleiner kan zijn dan begroot.⁹⁹

3.2.2.2 Ondernemingen

Volgens het gezegde is ondernemen risico nemen; in beginsel zijn ondernemers zelf verantwoordelijk voor de keuzes die zij maken voor een bepaald type bedrijfsvoering.¹⁰⁰ Degenen die zich bezighouden met naar hun aard risicovolle ondernemingen als bedrijfsmatige projectontwikkeling¹⁰¹ of commerciële radiostations,¹⁰²

85. ABRvS 29 juni 2005, *LJN* AT8421. Vgl. ABRvS 19 mei 2004, *LJN* AO9689 en ABRvS 28 december 2005, *LJN* AU8782.

86. ABRvS 16 maart 2005, *LJN* AT0570.

87. ABRvS 16 maart 2005, *LJN* AT0571 (onvoldoende was althans gemotiveerd waarom die schade tot het normaal maatschappelijk risico was gerekend).

88. ABRvS 21 juni 2006, *LJN* AX9047.

89. R.J.N. Schlössels, 'De Achilleshiel van de égalité: nadeelcompensatie en het draagkrachtbeginsel', *Nederlands Juristenblad* 1998, p. 1387. Hij noemt het Logister-arrest (HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 164) als voorbeeld: campinghouder Logister had zich kunnen realiseren dat het in de buurt gelegen 'slapende' vliegveld, mede gelet op de van toepassing zijnde regelingen, zou kunnen worden gereactiveerd. Vgl. ook Rb. Assen 19 juli 2001, *LJN* AB2744: nadelen door een moeizaam verlopende procedure tot uitbreiding van een monumentaal pand (en dus geen regulier kantoorpand) behoren tot het normale ondernemersrisico.

90. ABRvS 1 augustus 1997, *AB* 1998, 38, m.nt. PvB.

91. Neemt het bestuursorgaan dus wel een expliciet besluit omtrent de schade tegelijk met het 'echte' rechtmatige besluit (een vergunning o.i.d.) dan zal toch in bezwaar en beroep moeten worden gekomen, op straffe van het onherroepelijk worden van het schadebesluit (ARRvS 20 december 1982, *AB* 1983, 409, m.nt. ThGD).

92. ABRvS 7 december 2005, *LJN* AU7589: 'een beperkt verlies aan vrij uitzicht, privacy, lichttoetreding en/of bewegingsvrijheid in een stedelijke omgeving behoort tot de normale maatschappelijke risico's'.

93. AGRvS 10 maart 1992, *AB* 1992, 652.

94. ABRvS 16 maart 2005, *LJN* AT0572, waarin naast de aard en de duur van de hinder van belang werd geacht dat een en ander plaatsvindt in een voorheen rustige en landelijke omgeving.

95. HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 234, m.nt. ARB. Zie ook ABRvS 26 april 2001, *JB* 2006, 171 en Rb. Dordrecht 4 april 2002, *LJN* AE1704.

96. ABRvS 9 augustus 1996, *AB* 1996, 434, m.nt. AvH.

97. Zie KB 26 oktober 1990, *AB* 1991, 437, m.nt. PJS.

98. ABRvS 30 maart 1995, *AB* 1995, 375.

99. Rb. Zwolle 22 mei 2003, *LJN* AF9040. Zie ABRvS 5 juli 2006, *LJN* AY0388 t.a.v. de aankoop van een frietpand vóór de inwerkingtreding van een wegafsluiting.

100. Zo zijn omzetschommelingen in elke bedrijfstak een gebruikelijk fenomeen; zie ABRvS 13 april 2005, *LJN* AT3757.

101. ABRvS 16 maart 2005, *LJN* AT0554.

102. Rb. Rotterdam 13 mei 2003, *LJN* AF8574.

nemen daarmee een zeker risico, dat in hun nadeel zal kunnen werken zodra zij met door de overheid toegebracht nadeel te maken krijgen. Zij dienen zich in elk geval op de hoogte te stellen van ontwikkelingen in hun regio of bedrijfstak en kunnen naarmate die ontwikkelingen meer in de lijn der verwachtingen lagen een groter 'normaal bedrijfsrisico' tegengeworpen krijgen. Dit blijkt onder meer uit jurisprudentie over het aanpassen van een kanaalprofiel ten gevolge van ontwikkelingen in de scheepvaart,¹⁰³ de opkomst van weg- en treinverkeer ten koste van scheepverkeer,¹⁰⁴ en maatregelen ter regulering van het verspuiten van bestrijdingsmiddelen in de landbouwluchtvaart.¹⁰⁵

Niet zelden hebben rechtmatige maatregelen ten aanzien van bepaalde omstreden beroepsgroepen tamelijk ernstige gevolgen: denk aan gokhalexploitanten die op steeds meer plekken in Nederland te maken krijgen met beleid dat erop gericht is gokhallen uit de stad te weren,¹⁰⁶ de exploitant van een coffeeshop tegen wie na een gedoogperiode bestuursdwang werd aangezegd en ter plekke geen bedrijf meer kon exploiteren¹⁰⁷ of de bordeelhouder die zijn geliefde plek in het Arnhemse Spijkerkwartier verloren ziet gaan.¹⁰⁸ In al deze gevallen – en het is niet moeilijk nog meer voorbeelden te bedenken¹⁰⁹ – luidde het rechterlijk oordeel dat geen compensatie diende te worden verstrekt en daaraan zal het ontbreken van maatschappelijk draagvlak sterk hebben bijgedragen. De rechtspraak tendeeft ernaar om 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) dus minder waarde te hechten. Bovenstaande 'subregel' kan men dan ook verder nuanceren in die zin dat de voorzienbaarheid van de maatregel veel gewicht in de schaal legt indien de aard van de onderneming in sterke mate aanleiding is tot de schadetoebrengende overheidsmaatregel. Factoren aan de andere kant van de weegschaal, waarbij vooral moet worden gedacht aan de ernst en de omvang van het nadeel, zullen er in dat licht niet snel toe leiden dat de schade toch onevenredig moet worden geacht. Dit kan anders liggen indien het nadeel plotseling wordt toegebracht en de ondernemer geen tijd wordt gegund om zich voor te bereiden op de nieuwe situatie;¹¹⁰ die subregel wordt hierna besproken.

Een min of meer identieke lijn wordt gevolgd in de jurisprudentie over maatregelen tegen besmettelijke dier- en plantenziekten. Voor ondernemingen in agrarische sectoren geldt dat zij uit de aard van hun bedrijf een groot risico lopen dat zij met rechtmatige bestrijdingsmaatregelen te maken zullen krijgen. Uit het *Harrida*-arrest van de Hoge Raad volgt dat bij economische activiteiten met betrekking tot dierlijke producten eerder sprake zal zijn van 'een objectief voorzienbaar risico van ziekten en van in verband daarmee al dan niet met het oog op de volksgezondheid getroffen overheidsmaatregelen'.¹¹¹ 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 nade-

lige gevolgen zo veel 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.¹¹² Voor verschillende dier-¹¹³ en plantenziekten¹¹⁴ is dan ook vaste jurisprudentie van het CBB dat de door ziekte en daaropvolgende bestrijdingsmaatregelen ontstane schade niet abnormaal is. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat de ondernemer in kwestie de relevante vakbladen, waarin voor zulke risico's wordt gewaarschuwd, raadpleegt.¹¹⁵ Dat grote bedrijven door hun omvang meer schade zullen lijden door bestrijdingsmaatregelen, doet niet ter zake: ook die schade is 'normaal'.¹¹⁶

3.2.3 Subregel 3: schade die wordt veroorzaakt door plotselinge dan wel zeer ongebruikelijke maatregelen, is niet snel 'normaal'

3.2.3.1 Plotselinge maatregelen

Deze derde subregel kan men zien als een nuancering van de vorige subregel. De ratio van de centrale positie die het begrip 'voorzienbaarheid' inneemt bij de invulling van de normaal te aanvaarden maatschappelijke of bedrijfsrisico's is erin gelegen 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

103. ARRvS 10 januari 1985, *AB* 1985, 256, m.nt. PCEvW.

104. ARRvS 22 november 1983, *AB* 1984, 154, m.nt. JHwDP (*Paul Krugerbrug II*): 'Genoemde appellanten hebben naar het oordeel van de Afd. moeten, althans kunnen, beseffen dat de scheepvaartfunctie van het Merwedekanaal geleidelijk aan betekenis inboette, terwijl de drang van weg- en railverkeer allengs toenam.'

105. Rb. Den Haag 20 maart 2002, *LJN* AE7271.

106. Pres. CBB 26 juni 2001, *LJN* AB2492. Vgl. HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 231, m.nt. MS (*Krijco/Hilversum*), Hof Arnhem 24 januari 1995, *NJ* 1996, 242 (*Zutphen/Double Fun*) en HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 78 (*Arrosel/Alkmaar*).

107. ABRvS 4 september 2002, *LJN* AE7204 en ABRvS 15 januari 2001, *AB* 2001, 155.

108. Hof Arnhem 21 februari 2006, *LJN* AV2754.

109. Denk aan maatregelen tegen de nerts-handel (Rb. Den Haag 20 juli 2000, *LJN* AA6588) of de fabricage van en handel in tabak (conclusie van A-G Langemeijer bij HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR (sub 3.8)).

110. Vgl. Rb. Leeuwarden 4 december 2002, *LJN* AF1506.

111. HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84, m.nt. PvB (*Harrida*).

112. Voor sommige bestrijdingsmaatregelen heeft de wetgever een tegemoetkomingsplicht op zich genomen met de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren. Deze wet gaat uit van een gesloten stelsel. Ten aanzien van gevallen die buiten het bereik van deze wet vallen en dus op een tegemoetkoming geen wettelijke aanspraak kunnen maken, past ook het CBB de *Harrida*-lijn toe en rekent die schade dus tot het normaal bedrijfsrisico (zie bijv. CBB 28 augustus 2001, *LJN* AD3426 en CBB 21 augustus 2001, *LJN* AD2849).

113. Bijv. vogelgriep (CBB 29 december 2004, *LJN* AS2004), varkenspest (zie onder veel meer CBB 17 juni 2004, *LJN* AQ7401) en salmonella (CBB 28 februari 2002, *LJN* AE0420).

114. Zie t.a.v. besmetting met tripsen in de ficusteelt CBB 8 juni 2000, *LJN* AU1256 en CBB 24 juli 2001, *LJN* AB6580 en voor een besmetting van aardappelen met bruinrot CBB 19 juli 2001, *LJN* AB3261.

115. CBB 19 juli 2001, *LJN* AB3261.

116. CBB 17 juli 2001, *LJN* AB3005 en van diezelfde datum *LJN* AB3000 en AB2990.

bedrijfsvoering aan de te nemen maatregelen aan te passen¹¹⁷ of inkomsten uit andere bronnen te verwerken.¹¹⁸ Zelfs indien een onderneming naar haar aard risicovol is, wil dit echter nog niet zeggen dat zij ermee rekening dient te houden dat zij van de ene op de andere dag met een maatregel wordt geconfronteerd die de bedrijfsvoering vergaand of zelfs geheel beperkt. Ontstaat aanmerkelijke schade doordat op zichzelf rechtmatige maatregelen van de ene op de andere dag worden ingevoerd, dan zal de schade niet snel 'normaal' zijn.¹¹⁹ De objectieve voorzienbaarheid van bestrijdingsmaatregelen tegen dierziekten brengt volgens de Hoge Raad in een zaak over importeur Harrida niet met zich dat ondernemers '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'.¹²⁰ Omdat dat (het verloren gaan van winstgevendheid) in essentie het gevolg was van de maatregel – een importverbod op Iers rundvlees – waarmee Harrida werd geconfronteerd, kon deze daarom nog wel aanspraak maken op nadeelcompensatie. Het *Harrida*-arrest vormt dan ook een bevestiging van het *Leffers*-arrest, waarin het plotselinge karakter van de bestrijdingsmaatregel mede¹²¹ aanleiding was om de Staat tot compensatie te verplichten.¹²² Anderzijds kan juist het ontbreken van enig plotseling karakter ertoe leiden dat de door appellanten bepleite analogie met het *Leffers*-arrest niet opgaat.¹²³

Men kan op dit punt een verband leggen met de mogelijkheid om schadebeperkende maatregelen te nemen. De mogelijkheid daartoe wordt vanzelfsprekend minder groot als aan de getroffen onvoldoende tijd wordt gegund om zich voor te bereiden op de nieuwe situatie. In een uitspraak van de Rechtbank Arnhem werd daarom veel waarde gehecht aan het feit dat busmaatschappij Novio aanvankelijk in de veronderstelling verkeerde dat zij door reconstructiewerkzaamheden weliswaar niet van de gebruikelijke route over de Nijmeegsebaan, maar wél 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, zal tevens hebben bijgedragen aan het oordeel van de rechtbank dat deze kosten niet tot het normale ondernemersrisico behoorden.¹²⁴ Deze schadebeperkingsplicht heeft twee kanten: niet alleen zal van een burger verwacht mogen worden dat hij, binnen redelijke grenzen, ertoe bijdraagt dat de aansprakelijkheid van de overheid beperkt blijft, ook van de overheid zelf mag verwacht worden dat deze, om schade te voorkomen, pogingen doet om de schade niet erger te laten zijn dan nodig.¹²⁵

3.2.3.2 Ongebruikelijke maatregelen

Een maatregel kan tevens abnormale schade veroorzaken doordat zij naar haar aard ongebruikelijk is en in zoverre niet in de lijn der verwachtingen ligt, zodat men zich daarop niet kan voorbereiden. Daarover is niet veel rechtspraak.¹²⁶ In een recente uitspraak van de Rechtbank Groningen lijkt deze vorm van onvoorzienbaarheid echter een belangrijke rol te hebben gespeeld.¹²⁷ 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 getroffen 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 ruimte-

117. CBB 8 juni 2000, *LJN* AU1256: 'Immers, in de ficusteelt is een besmetting met tripsen een risico dat in ieder geval reeds (...) sinds 1992 bekend was. Derhalve had de bedrijfsvoering kunnen worden gericht op het weren en bestrijden van besmetting en het beperken van schade, voorvloeiend uit besmetting.' Zie ook Rb. Den Haag 20 maart 2002, *LJN* AE7271, Rb. Rotterdam 13 mei 2003, *LJN* AF8574, ABRvS 21 mei 2003, *LJN* AF8955 en Rb. Den Haag 2 juni 2004, *LJN* AP0470.

118. Zie ABRvS 15 januari 2001, *AB* 2001, 155, m.nt. JGB en AES waarin de Afdeling overweegt dat er geen reden was een exploitant van een softdrugszaak te compenseren omdat hij door een ruime overgangsperiode genoeg tijd had om op een andere wijze in zijn inkomsten te voorzien.

119. Denkbaar is dat voor ondernemers voorzienbaar is dat bij de uitbraak van bijv. een besmettelijke dierziekte ook op zeer korte termijn ingrijpende maatregelen kunnen worden genomen en dat ook die schade daarom voorzienbaar en 'normaal' is. A-G Spier lijkt van die benadering een voorstander en betoogt in zijn conclusie onder het *Harrida*-arrest (*AB* 2004, 84, noot 28) dat het resultaat in het *Leffers*-arrest zijns inziens anders had moeten zijn indien in dat arrest de vraag naar de voorzienbaarheid van de schade door de Staat aan de orde zou zijn gesteld.

120. HR 20 juni 2003, *AB* 2004, 84, m.nt. PvB (*Harrida*).

121. Uit de arresten *Leffers* en *Harrida* blijkt dat de abnormaliteit van de schade niet alleen moet worden gezocht in de plotselinge invoer van de maatregel in kwestie, maar tevens in de omvang van de schade (de winstgevendheid kwam immers aan de bedrijven te ontvallen). Deze combinatie van 'subregels' drie en vier is ook te zien in Arr.-Rb. Haarlem 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 423: de gemeente handelde onrechtmatig door de schade, ontstaan door de plotselinge invoer van een noodverordening om explosieven uit de Tweede Wereldoorlog op te ruimen, niet te vergoeden, waardoor eisers van de ene op de andere dag hun exploitatie van een niet onaanzienlijk stuk strand gedurende twee maanden geheel moesten staken.

122. HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638, m.nt. CJHB: '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.'

123. Zo blijkt uit de afgewezen beroepen op het *Leffers*-arrest in ABRvS 30 maart 1995, *AB* 1995, 375, HR 18 april 1997, *NJ* 1997, 456 (*De Waal*), HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 231, m.nt. MS (*Krijco*), HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 67, m.nt. TK (*Dierenartsen*) en CBB 5 april 2005, *LJN* AT4971.

124. Rb. Arnhem 21 maart 2002, *LJN* AE0810.

125. Zie bijv. Rb. Arnhem 19 juni 2003, *LJN* AG9390.

126. Van Ravels 2005a, p. 39 noemt ABRvS 14 april 2004, *JB* 2004, 207 (in afwijking van het vaste waterbeleid werd een maatregel genomen die het land niet extra maar juist minder beschermde tegen extreme waterbewegingen). Zie ook Arr.-Rb. Haarlem 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 423: de gemeente had 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'.

127. Rb. Groningen 3 mei 2006, *LJN* AX4137, een vervolg van ABRvS 23 juli 2003, *AB* 2004, 275, m.nt. NV.

lijke maatregelen in het waterbeleid nog relatief jong is.¹²⁸ Opmerkelijk aan de uitspraak is voorts dat volgens de rechtbank de schade redelijkerwijs *volledig* voor vergoeding in aanmerking kwam. Kennelijk laat het *égalité*-beginsel ruimte om bij volstrekt ongebruikelijke en daarmee geheel onvoorziene maatregelen *alle* schade te vergoeden omdat *alle* schade als onevenredig moet worden aangemerkt.¹²⁹

3.2.4 Subregel 4: schade dient een zekere ernst en omvang te hebben om voor vergoeding in aanmerking te komen

De ernst en de omvang van het nadeel is een factor die veelal in combinatie met een van de overige regels wordt toegepast. Schade kan zeer ernstig zijn, maar tevens voor de betrokkene, bijvoorbeeld vanwege de aard van zijn bedrijf, zodanig voorzienbaar dat zij geheel niet voor vergoeding in aanmerking komt. Anderzijds kan schade voortvloeien uit een normale maatschappelijke ontwikkeling maar toch in een concreet geval zo ernstig uitvallen dat zij in meer of mindere mate abnormaal moet worden gevonden. Welke rol aan de ernst van het nadeel toekomt kan dus vaak niet los worden gezien van de vraag of dit nadeel in enige mate voorzienbaar was. Een bedrag van f 8030 voor het treffen van voorzieningen tegen trillinghinder en het maken van accountantskosten is in elk geval op zichzelf al (absoluut) te laag om als abnormaal te kunnen gelden.¹³⁰ Ook voor nadeel dat niet ingrijpend van aard is, zoals het tijdelijk verlies van uitzicht op een met bomen begroeid talud,¹³¹ een tijdelijke verkeersmaatregel,¹³² tijdelijke geluids- en trillingshinder¹³³ of een tijdelijk vervoersverbod van varkens,¹³⁴ geldt dat dit reeds vanwege het ontbreken van enig ingrijpend karakter nog binnen het normaal maatschappelijk risico valt.¹³⁵ Dit betekent evenwel niet dat bestuursorganen een vaste beleidslijn kunnen hanteren dat zij schade die gedurende de eerste zes weken van een infrastructureel project ontstaat, per definitie kunnen afwijzen als 'tijdelijk' en daarom 'normaal', nu de 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.¹³⁶ Dat sluit ook 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.¹³⁷ De duur van de hinder is dus niet louter doorslaggevend.

De ernst van de schade kan dus ook verband houden met de aard van de schade. Volgens de Hoge Raad kan 'enig ongemak of gering tijdverlies' door strafvorderlijk optreden niet als onevenredig gelden, maar ligt dit anders bij eventuele materiële schade, die in beginsel moet worden vergoed.¹³⁸ Ook hier is echter een aftrek op grond van 'eigen schuld' denkbaar. Zo bepaalde de Hoge Raad dat 50% van de schade voor rekening diende te blijven van het familielid dat onderdak bood aan een verdachte die tot een huiszoeking aanleiding gaf.¹³⁹ Indien strafvorderlijk optreden letselschade bij een derde tot gevolg heeft valt ook dit buiten het normaal maatschappelijk risico.¹⁴⁰

3.2.5 Subregel 5: houd rekening met alle omstandigheden van het geval

Volgens de Hoge Raad dient, om vast te stellen of van een abnormale last sprake is, rekening te worden gehouden met 'alle van belang zijnde omstandigheden van het geval'. Tot slot noemen wij, in aanvulling op het voorgaande, nog twee factoren die blijkens de jurisprudentie soms ook een rol kunnen spelen.

3.2.5.1 Voordeelverrekening

Indien één en dezelfde maatregel zowel voor- als nadelen met zich brengt, kan dit betekenen dat de aansprakelijkheid van de overheid wordt verminderd of geheel komt te vervallen. Dit volgt uit art. 6:100 BW.¹⁴¹ Toepassing van deze regel kan ertoe leiden dat een groter deel van de schade tot het normaal maatschappelijk risico van de getroffen burger moet worden gerekend.¹⁴² Niet elk voordeel kan tegen elk nadeel worden

128. 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, p. 29.

129. In die zin ook 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. 26.

130. ABRvS 5 juni 2000, *JB* 2000, 214.

131. Rb. Amsterdam 18 januari 2006, *LJN* AV1546.

132. 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. Annotator De Graaf merkt naar ons idee terecht op dat de uitspraak van de Afdeling nauwelijks inzicht biedt in de vraag waarom haar oordeel van dat van de rechtbank afweek.

133. Rb. Zutphen 1 april 2004, *LJN* AO7291 en Rb. Arnhem 19 juni 2003, *LJN* AG9390 en AH9171.

134. CBB 11 september 2001, *LJN* AD3526 en CBB 21 augustus 2001, *LJN* AD2849.

135. Denkbaar is dat daarbij rekening wordt gehouden met de hoogte van het schadebedrag in relatie tot de gedane investeringen: zo verweerde Rijkswaterstaat zich met de stelling dat f 450 000 schade op een totale investering van 8 miljoen gulden relatief gering is en dus niet abnormaal. De Afdeling ging op dit verweer niet in (ARRvS 10 januari 1985, *AB* 1985, 256, m.nt. PCEvW).

136. Rb. Arnhem 14 december 2004, *LJN* AR8060.

137. 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)).

138. HR 21 maart 2003, *LJN* AF2292 (*Xenos*) en Rb. Haarlem 9 maart 2006, *LJN* AV4563. Zie ook N.J.M. Kwakman, *Schadecompensatie in het strafprocesrecht* (diss. RUG 2003).

139. HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR.

140. Rb. Assen 13 februari 2001, *LJN* AA9980 (*C1000*).

141. Zie voorts art. 40e Onteigeningswet, art. 9 Regeling Nademaalcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 en voor het planschaderecht ABRvS 12 augustus 1999, *AB* 2000, 65, m.nt. GMvdB.

142. Zie bijv. ABRvS 1 augustus 1997, *AB* 1998, 38, m.nt. PvB (*CZV*). Zie ook CBB 14 juli 1993, *AB* 1994, 245, m.nt. JHvdV en Rb. Amsterdam 18 januari 2006, *LJN* AV1546.

'weggestreept',¹⁴³ maar uit de rechtspraak valt af te leiden dat het niet per definitie hoeft te gaan om een voordeel met een voor de betrokkene concreet karakter. Zo verweerde een burger wiens huis door dijkversterkingsmaatregelen beweerdelijk in waarde was gedaald zich vergeefs met de stelling dat de voordelen van de dijkversterking (een vergroting van de veiligheid van het wonen langs de dijk, een verbetering van de verkeersveiligheid voor en nabij de woning, en de parkeervoorzieningen nabij de woning) niet alleen hem betroffen en dus een algemeen karakter hadden. Volgens de Afdeling hadden deze voordelen een positief effect op de woonsituatie en de waarde van de voormalige woning van appellanten en was het voordeel voor hen in zoverre ook individueel.¹⁴⁴ Indien algemene voordelen ook een gunstig effect hebben voor de benadeelde, kan daar in zoverre dus rekening mee worden gehouden. Nog een stap verder gaat de situatie dat van dezelfde soort maatregelen ook voordelen (op macroniveau) worden ondervonden en dat er daarom geen sprake is van onevenredig nadeel. Ook met dat gegeven kan rekening worden gehouden, zo blijkt uit een zaak waarin een (in verband met een nadelige verkeersmaatregel ingediende) compensatieclaim van een benzinestation niet alleen werd afgewezen omdat het benzinestation van de ontwikkeling van een nabijgelegen woonwijk ook had geprofiteerd, maar ook omdat het als gevolg van voortschrijdende inzichten ten aanzien van de infrastructuur 'enerzijds regelmatig te maken [zal] 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 oliemaatschap-

pijen zijn verbonden.' Bovendien was volgens de rechtbank relevant dat 'eiseres als een van de grotere oliemaatschappijen in Nederland vele afzetmogelijkheden heeft'.¹⁴⁵ Een kanttekening daarbij is dat op die manier het door de Hoge Raad in het *Meiland*-arrest¹⁴⁶ verworpen draagkrachtbeginsel lijkt te worden betrokken bij de beoordeling of er plaats moet zijn voor nadeelcompensatie.

3.2.5.2 Aard van de overheidshandeling

Ook de aard van een overheidshandeling kan met zich brengen dat eerder van een normaal maatschappelijk risico kan worden gesproken. Daarbij moet niet zozeer worden gedacht aan overheidshandelingen (punitieve besluiten bijvoorbeeld)¹⁴⁷ die naar hun aard een ongelijke verdeling van lasten verlangen. In die gevallen volgt uit de aard van het overheidshandelen strikt genomen immers niet dat de schade binnen het normaal maatschappelijk risico valt, als wel dat het *égalité*-beginsel in die gevallen überhaupt niet tot nadeelcompensatie kan leiden, omdat de ongelijke verdeling nu juist gewild is. Veeleer kan worden gedacht aan de voor betrokkenen nadelige wijziging van begunstigende overheidshandelingen. Uit de aard van dergelijke handelingen – bijvoorbeeld een vergunning of een ontheffing – kan volgen dat zij slechts een beperkte looptijd hebben en dat de activiteit die wordt toegestaan dus wellicht ooit weer zal worden verboden. Zo dienen vergunninghouders er rekening mee te houden dat de kans dat een vergunning wordt ingetrokken toeneemt naarmate de looptijd van de vergunning verstrijkt.¹⁴⁸ Volgt die intrekking daadwerkelijk, dan zal de daardoor optredende schade afhankelijk van de omstandigheden geheel of deels als 'normaal' kunnen worden aangemerkt.¹⁴⁹ Volgt de intrekking kort op de verlening dan zal (mede gelet op het vertrouwensbeginsel) nadeelcompensatie geboden kunnen zijn.¹⁵⁰

Duidelijk zal zijn dat de hiervoor genoemde regels zich veelal slechts in onderling verband laten toepassen. Zo hangt de mate van vertrouwen dat men kan ontleen aan de aard van een overheidshandeling (subregel 5) mede af van normale maatschappelijke ontwikkelingen (subregel 1) of het risico dat men als burger of onderneming geacht wordt te hebben aanvaard (subregel 2), en zal van een plotseling ingevoerde maatregel (subregel 3) die slechts lichte schade toebrengt (subregel 4) ook niet gezegd kunnen worden dat de schade abnormaal is. Deze onderlinge afhankelijkheid van de verschillende factoren ziet men ook in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg, zoals we thans zullen illustreren.

4. Compensatie van nadeel onder art. 1 EP: enkele vuistregels

4.1 Inleiding: het vereiste van een 'fair balance' bij regulering van eigendom

De eis van een redelijk evenwicht ('fair balance') tussen de eisen van het algemeen belang van de samenleving en

143. 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 (in beperkte mate) verminderde geluidsbelasting.

144. ABRvS 4 december 2002, *AB* 2003, 91, m.nt. AvH. Zie ook ABRvS 19 juli 2006, *LJN* AY4261: hoewel de verkeerssituatie ter plekke was verslechterd, was de Provincie Friesland door de aanleg van een autosnelweg op regionaal, provinciaal en landelijk niveau beter ontsloten. Het nadeel mocht met dat (algemene) voordeel worden verrekend.

145. Rb. Utrecht 29 januari 2002, *LJN* AD9421. Zie ook ABRvS 5 september 2001, *BR* 2002, 877, m.nt. BPMvR.

146. HR 3 april 1998, *AB* 1998, 256, m.nt. ThGD.

147. ABRvS 26 juni 2002, *AB* 2003, 232, m.nt. BJS. Zie ook 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 2005, p. 78-79.

148. Vgl. Scheltema & Scheltema 2003, p. 371: 'Denkbaar is derhalve de voorzienbaarheid van de intrekking van een vergunning aan de levensduur van die vergunning te koppelen.'

149. ABRvS 26 april 2006, *JB* 2006, 171. Zie ook Rb. Rotterdam 13 mei 2003, *LJN* AF8574.

150. M.A.M. Dieperink, *Omtrekken van een algemene regeling voor intrekken. Over een algemene regeling voor intrekking en wijziging van beschikkingen in de Awb*, Preadvies Jonge VAR, Den Haag: BJu 2002, p. 71.

de bescherming van de fundamentele rechten van het individu, geldt voor elke toepassing van art. 1 EP, dus zowel ten aanzien van ontnemings- als reguleringsgevallen.¹⁵¹ In elk van die gevallen is voor het bestaan van een 'fair balance' bepalend of op de betrokkene een 'individual and excessive burden' rust: als dat zo is, kan de inmenging in het eigendomsrecht niet als gerechtvaardigd worden beschouwd. In deze paragraaf zullen wij, opnieuw in de vorm van enkele vuistregels,¹⁵² trachten te komen tot een nadere omlijning van de 'fair balance' bij de *regulering* ('control of use') van eigendom. Een kanttekening daarbij is dat – nog meer dan ten aanzien van de *égalité* – een combinatie van deze vuistregels in veel gevallen doorslaggevend is in het kader van de fair balance-toets. Het onderzoek naar deze jurisprudentie laat een zeer grote diversiteit aan casusposities zien. De hierna geformuleerde vuistregels pretenderen dan ook niet voor alle casus een precieze uitkomst te genereren.

Om deze vuistregels goed te kunnen plaatsen is het verder van belang kennis te nemen van het algemene beeld dat uit de Straatsburgse jurisprudentie naar voren komt. Het EHRM laat verdragsstaten in geval van inmenging in het eigendomsrecht in het algemeen een ruime beoordelingsmarge en constateert niet snel een schending van art. 1 EP. 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 inmenging in het eigendomsrecht.¹⁵³

4.2 *Vuistregel 1: hoe ernstiger de aantasting van het eigendomsrecht, hoe eerder bij ontbrekende of ontoereikende schadevergoeding een schending van art. 1 EP zal kunnen worden aangenomen*

4.2.1 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, en of, en zo ja in hoeverre, in schadevergoeding is voorzien. Illustratief is de recente '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; één van de betrokken huurwetten 'impaired the very essence of her right to property', zoals het Hof stelde.¹⁵⁴ In dit verband kan tevens genoemd worden een Griekse onteigeningszaak – behandeld onder het uitgangspunt van ongestoord genot van eigendom – waar een schending van art. 1 EP werd aangenomen omdat elk woongenot van een huis onmogelijk werd gemaakt doordat een spoorlijn was aangelegd op een afstand van minder dan vijf meter van dat huis en de Griekse rechters volgens een vaste lijn in de Griekse rechtspraak geen enkele schadevergoeding hadden toegekend.¹⁵⁵

4.2.2 Voldoende mogelijkheden tot gebruik van de eigendom

Uit deze eerste vuistregel kan men tevens (a contrario) afleiden dat, indien voldaan is aan de 'interference'-test en de inmenging in het eigendomsrecht zelf dus voldoende vaststaat, een beroep op art. 1 EP niettemin kan worden afgewezen omdat de inbreuk gering is.¹⁵⁶ In een zaak over de opheffing van een verbod op 'hand held tackle' (handmatig vissen volgens een bepaalde techniek) heeft het Hof overwogen dat het voor de proportionaliteit van de inbreuk onder meer van belang is of de gevolgen van de maatregel door schadevergoeding verzacht worden (zie ook vuistregel 4 hierna) en tot op welke hoogte deze wetgeving economisch verlies tot

151. EHRM 19 december 1989, appl.no. 10522/83; 11011/84; 11070/84 (*Mellacher t. Oostenrijk*), § 48: 'The search for this balance is reflected in the structure of Article 1 as a whole, and therefore also in the second paragraph thereof.'

152. Ten aanzien van de toepassing van art. 1 EP zijn voorts enige 'vuistregels' geformuleerd door Th.G. Drupsteen, 'Government and ownership 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. 110-111.

153. Zie verder T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief*, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2005, p. 69-70 (2005a).

154. 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 ECieRM 1 oktober 1990, appl.no. 12836/87 (*Konsument-finans Karlsson & Linden AB t. Zweden*).

155. EHRM 9 februari 2006, appl.no. 2531/02 (*Athanasidou t. Griekenland*).

156. ECieRM 1 juli 1991, appl.no. 16239/90 (*R. t. Zweden*).

gevolg had.¹⁵⁷ Is de inbreuk slechts tijdelijk van aard, dan zal het Hof in de regel niet snel aannemen dat de 'fair balance' geschonden is.¹⁵⁸ Dat geldt ook indien weliswaar aan het gebruik van het eigendomsrecht beperkende voorwaarden worden gesteld, maar er nog voldoende mogelijkheden tot het gebruik van de eigendom overblijven, zoals de mogelijkheid om delen van een bij een nationale bank gestort bedrag in buitenlands geld nog te kunnen opnemen,¹⁵⁹ het nog op beperkte schaal toestaan van de uitoefening van het recht om te vissen¹⁶⁰ of te jagen.¹⁶¹ Ook indien gebruik van de eigendommen voor andere doeleinden nog mogelijk is, kan dit de getroffen burger worden tegengeworpen.¹⁶²

157. 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.'

158. ECieRM 17 mei 1995, appl.no. 23193/94 (*Kosek t. Oostenrijk*): 'Moreover, the seizure [beslag op een gestolen auto] is a provisional measure (...)' Zie ook EHRM 24 november 2005, appl.no. 16153/03 (*Lazarev en Lazarev t. Rusland*): 'Finally, it is also relevant for the assessment of proportionality that the impugned restriction was not of unlimited duration and that the clearance requirement applied only until the second applicant reached the age of fourteen.' Vgl. ECieRM 11 september 1997, appl.no. 31967/96 (*Hagen t. Duitsland*; voorlopig plaatsing onder bewind van curator) 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).

159. EHRM 7 maart 2002, appl.no. 53320/99 (*Trajkovski t. Macedonië*).

160. 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.

161. ECieRM 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.

162. EHRM 25 januari 2000, appl.no. 37683/97 (*Ian Edgar (Liverpool) Limited t. Verenigd Koninkrijk*): de winkelpanden van appellanten konden weliswaar niet meer worden gebruikt voor handel in wapens, maar wel voor andere zaken. Vaststond bovendien dat de handel in wapens slechts 30% van omzet van appellant vertegenwoordigde. Zie ook EHRM 21 oktober 1998, appl.no. 33298/96 (*Pinnacle Meat Processors Company e.a. t. Verenigd Koninkrijk*): 'Whilst it is true that some of the applicants have now ceased their businesses as cattle head deboners, the Commission notes that they remain owners of all their tangible assets, and that those assets can either be used in new or related businesses, or they can be sold.'

163. EHRM 22 februari 2005 (§ 151) en 19 juni 2006 (Grote Kamer; § 168), appl.no. 35014/97 (*Hutten-Czapska t. Polen*).

164. EHRC 5 januari 2000, appl.no. 33202/96 (*Beyeler t. Italië*).

165. 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 het standaardarrest EHRM 23 september 1982, appl.no. 7151/75 en 7152/75 (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*), § 70 e.v.

166. 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.

167. Zo ook B.J. Schueler, *Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht*, Preadvies VAR, Den Haag: BJu 2002, p. 134-135.

4.3 *Vuistregel 2: grote rechtsonzekerheid of schending van gerechtvaardigde (en dus niet-voorzienbare) verwachtingen ten aanzien van het gebruik van eigendom is bij ontbrekende of ontoereikende schadevergoeding in strijd met art. 1 EP*

4.3.1 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.'¹⁶³ In veel arresten gaat het dan om de vraag of art. 1 EP is geschonden doordat de klagers lange tijd in onzekerheid verkeerden ten aanzien van de vraag of zij van hun eigendom gebruik zouden kunnen maken. Een bekend arrest in dat verband is *Beyeler*. Daarin concludeerde het Hof kort gezegd dat er geen rechtvaardiging was voor het feit dat de Italiaanse staat, zelfs nadat bekend was geworden wie de rechtmatige eigenaar van een schilderij van Van Gogh was, nog vijf jaar had gewacht met de toe-eigening van dit schilderij om het belang van het culturele en artistieke erfgoed van Italië te dienen.¹⁶⁴ Ook tegen de Italiaanse staat gericht was een stroom aan zaken over de daar bestaande praktijk dat voor de ontruiming van huurwoningen stevast 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.¹⁶⁵ De zaak is één van vele voorbeelden uit de rechtspraak van het Hof waaruit blijkt dat het niet veel op heeft met treuzelende autoriteiten.¹⁶⁶

4.3.2 Schending van gerechtvaardigde verwachtingen en voorzienbaarheid

Een factor van belang in het kader van de vraag of er aan de zijde van de getroffen sprake was van *gerechtvaardigde* verwachtingen, is of de schadeveroorzakende maatregel voorzienbaar was. In de jurisprudentie van het Hof wordt deze eis niet fundamenteel anders dan naar Nederlands recht ingevuld.¹⁶⁷ Ook hier kunnen zowel abstracte als concrete aanwijzingen aanleiding zijn om een beroep op art. 1 EP te doen stranden. In meer abstracte zin wordt, net als in de Nederlandse jurisprudentie af en toe het geval is, ook op Europees niveau aan ondernemingen tegengeworpen dat zij reeds uit de aard van hun zaak een risico lopen met schade te worden geconfronteerd. Zo overwoog het Hof in het arrest *Pine Valley Developments* dat aan een commer-

ciële onderneming commerciële risico's inherent zijn.¹⁶⁸ Dit geldt temeer indien men ondernemer is in omstreden branches, zoals blijkt uit uitspraken over wetgeving die de exploitatie van gokhallen¹⁶⁹ of de handel in handvuurwapens¹⁷⁰ onmogelijk maakte. Ook in het kader van rechtmatige uitoefening van bestuursdwang werd aan de burger tegengeworpen dat deze wist dat hij zijn woonwagen illegaal bewoonde en niet voor legalisatie in aanmerking kwam.¹⁷¹ Kan de burger geheel niets verweten worden en wordt zijn vertrouwen geschonden, dan kan het anders liggen. Zo was art. 1 EP volgens het Hof wel geschonden in een geval waarin een burger geheel te goeder trouw was bij de aanschaf van een auto op een door de nationale autoriteiten georganiseerde veiling en hij daarna niettemin van de auto geen gebruik mocht maken omdat deze gestolen bleek te zijn.¹⁷²

Net als in de Nederlandse égalité-rechtspraak is de voorzienbaarheid in de jurisprudentie van het Hof geobjectiveerd. Het gaat er dus niet om of de getroffen de maatregel en de daaruit voortvloeiende schade daadwerkelijk heeft voorzien, maar of hij deze redelijkerwijs had moeten voorzien.¹⁷³ Van burgers wordt in dit verband onder meer verlangd dat zij alert zijn en de toepasselijke nationale wetgeving raadplegen.¹⁷⁴ Volgt daaruit dat men had kunnen weten dat er mogelijk een beperking bestond ten aanzien van het gewenste gebruik van de eigendom, dan kan dit aan de getroffen worden tegengeworpen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit jurisprudentie van het Hof ten aanzien van de weigering van een vergunning op basis van de Nederlandse Wet op de ruimtelijke ordening,¹⁷⁵ de weigering toestemming te geven voor de verkoop van een flat in het belang van een minderjarige mede-eigenaar daarvan,¹⁷⁶ de wettelijke beperking om auto's van onbekende herkomst te laten registreren¹⁷⁷ en de intrekking van een vergunning voor de exploitatie van grindgronden.¹⁷⁸ De jurisprudentie van het Hof kan 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.¹⁷⁹ Schrijnend was ook het geval van ene Olbertz, die, zelf van West-Duitse origine, besloot om na de val van de muur maar vóór de officiële vereniging van de twee Duitslanden, een belastingadvieskantoor in de DDR op te zetten. De autoriteiten waren ervan op de hoogte dat hij niet het daartoe benodigde examen had afgelegd maar verleenden hem niettemin de vergunning. In 1993, ná de vereniging, werd zijn vergunning alsnog ingetrokken omdat Olbertz niet voldeed aan de eis dat hij 15 jaar ervaring als belastingadviseur in de DDR had; zijn ervaring in de BRD telde daarbij niet mee. Volgens het Hof was er weliswaar sprake van een 'heavy burden' (in 1995 had het kantoor een omzet van 1,6 miljoen DM en zeventien employees; door de intrekking verloor Olbertz zijn bron van inkomen), maar het stelde tevens vast dat Olbertz, toen hij naar de DDR verhuisde en daar zijn advieskantoor opzette, wist of had moeten weten dat hij niet voldeed aan de eisen van het Oost-

Duitse regime en dat hij dus een risico nam toen hij onder die omstandigheden een kantoor begon.¹⁸⁰ Tegelijkertijd stelde het Hof vast dat de schade erg groot was. Uiteindelijk gaven echter de doorslag de uitzonderlijke (maar kennelijk voorzienbaar geachte) omstandigheden in het verenigde Duitsland. Gelet daarop hanteerde het Hof een zeer ruime margin of apprecia-

168. 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.' In gelijke zin ECieRM 26 februari 1997, appl.no. 28911/95 (*Titterrell t. Verenigd Koninkrijk*), EHRM 23 februari 1995, appl.no. 15375/89 (*Gasus Dosier- und Fordertechnik GmbH t. Nederland*), § 70 en EHRM 11 oktober 2005, appl.no. 73049/01 (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*), § 51.
169. ECieRM 17 oktober 1991, appl.no. 16221/90 (*McKenna t. Ierland*): 'The applicant must also have been aware that part of public opinion had been adverse to the continuation of these types of businesses in the area and that individual councillors and pressure groups had campaigned for rescission under Section 13.'
170. EHRM 25 januari 2000, appl.no. 37683/97 (*Ian Edgar (Liverpool) Limited t. Verenigd Koninkrijk*): overwogen werd dat de eerste restricties op het gebruik van handvuurwapens al van 1962 dateerden; derhalve was het betwiste totaalverbod niet onvoorzienbaar. Zie ook Rb. Den Haag 2 februari 2000, *LJN AA4654*: de getroffen taxi-ondernemers hadden de inhoud van de omstreden Taxiwet (die een eind maakte aan een stelsel van tegen hoge prijzen verhandelbare vergunningen) reeds jaren 'moeten hebben zien aankomen': geen strijd met art. 1 EP.
171. ECieRM 25 februari 1991, appl.no. 12344/86 (*Beckers t. Nederland*).
172. EHRM 24 mei 2005, appl.no. 45214/99 (*Sildedzis t. Polen*).
173. Zie bijv. EHRM 18 februari 1991, appl.no. 12033/86 (*Fredin t. Verenigd Koninkrijk*), ECieRM 1 oktober 1990, appl.no. 12836/87 (*Konsument-finans Karlsson & Linden 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*).
174. EHRM 25 oktober 1989, appl.no. 10842/84 (*Allan Jacobsson t. Zweden*): 'Like the Commission, the Court considers that the applicant cannot reasonably have been unaware of the state of the law when he bought the property.'
175. EHRM 28 september 1999, appl.no. 37538/97 (*Van Nus t. Nederland*). Vgl. ook ECieRM 1 oktober 1990, appl.no. 12836/87 (*Konsument-finans Karlsson & Linden AB t. Zweden*) en ECieRM 3 december 1990, appl.no. 17176/90 (*Walker-Bow t. Verenigd Koninkrijk*).
176. EHRM 24 november 2005, appl.no. 16153/03 (*Lazarev en Lazarev t. Rusland*).
177. EHRM 2 december 2004, appl.no. 42138/02 (*Yaroslavtsev t. Rusland*), § 35: 'As regards the proportionality of the interference, the Court observes that at the moment of acquisition the applicant should have been aware of the regulations preventing registration of vehicles of unknown origin. Nevertheless, he proceeded with the purchase of the car from an unidentified vendor, relying on the latter's oral representations, without verifying their accuracy. In these circumstances the applicant should have reasonably foreseen possible problems with the registration of the vehicle.'
178. EHRM 18 februari 1991, appl.no. 12033/86 (*Fredin t. Zweden*): 'The applicants initiated their investments seven years after the entry into force of the 1973 amendment to section 18 of the 1964 Act which clearly provided for the potential revocation of existing permits after the expiry of the 10-year period that started to run on 1 July 1973. They must therefore reasonably have been aware of the possibility that they might lose their permit after 1 July 1983.' Meer in het algemeen valt uit dit arrest op te maken dat burgers niet snel de gerechtvaardigde verwachting zullen mogen hebben dat zij gedurende zeer lange tijd de exploitatie zullen kunnen continueren.
179. ECieRM 15 februari 1990, appl.no. 15434/89 (*Antoniades t. Verenigd Koninkrijk*): 'However, the agreement entered into by the applicant must be regarded in the light of a long history of attempts on the part

→

tion, waardoor het ondanks de 'heavy burden' voor Olbertz niet tot een schending concludeerde.

4.4 *Vuistregel 3: het ontbreken van mogelijkheden om tegen de eigendomsinbreuk rechtsmiddelen aan te wenden, kan een schending van de 'fair balance' met zich brengen*

Uit de bewoordingen 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 ongestoord genot van 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.¹⁸¹ Deze mogelijkheid is in het bijzonder van belang indien er een zware inbreuk op het eigendomsrecht wordt gemaakt.¹⁸² 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 burger moet, binnen redelijke grenzen, gebruikmaken van de mogelijkheden die hem ten dienste staan om de schade die uit het overheidshandelen voortvloeide, te beperken.¹⁸³

Een duidelijk voorbeeld van het belang van procesuele 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?) en – dat is hier met name relevant – 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.¹⁸⁴

4.5 *Vuistregel 4: 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*

Voor ontneming van eigendom geldt in beginsel als voorwaarde dat de burger een algehele schadevergoeding wordt aangeboden. Voor de 'control of use of property' geldt deze eis niet, hoewel het Hof soms overweegt dat een aanbod tot schadevergoeding 'material' is bij het bepalen of er sprake is van een 'fair balance'.¹⁸⁵ Relevant kan dus zijn of de 'control of use of property' vergezeld ging van een aanbod tot schadevergoeding ter tegemoetkoming in de inbreuk op het eigendomsrecht,¹⁸⁶ al dan niet in natura.¹⁸⁷ Indien op nationaal niveau reeds een schadevergoedingsregeling tot stand is gekomen, laat het Hof aan de verdragsstaten enige ruimte bij de invulling die op dat nationale niveau wordt gegeven; ook die keuze kan immers afhankelijk zijn van een in belangrijke mate politiek en specifieke deskundigheid vragend oordeel dat bepaalde schade wel en andere niet voor vergoeding in aanmerking dient te komen. Zo stelde het Hof in de zaak *Denimark*, een van vele zaken over een Brits wettelijk verbod op handvuurwapens:

→ of landlords to avoid the operation of the Rent Acts. If the applicant had taken appropriate advice, he may well have been told, even before the House of Lords decision in *Street v. Mountford*, that there was no certainty that *Somma v. Hazlehurst* would remain good law indefinitely. The applicant must therefore be regarded as having accepted a certain risk when entering into his agreements.'

180. EHRM 25 mei 1999, appl.no. 37592/97 (*Olbertz t. Duitsland*).

181. EHRM 24 november 2005, appl.no. 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*), § 134 (met verwijzingen), ECieRM 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.

182. EHRM 28 juli 1999, appl.no. 22774/93 (*Immobiliare Saffi t. Italië*): 'However, such a system carries with it the risk of imposing on landlords an excessive burden in terms of their ability to dispose of their property and must accordingly provide certain procedural safeguards so as to ensure that the operation of the system and its impact on a landlord's property rights are neither arbitrary nor unforeseeable.'

183. Zie bijv. EHRM 1 december 2005, appl.no. 61093/00 (*SCEA Ferme de Fresnoy t. Frankrijk*): nalaten op te komen tegen verleende vergunningen. Zie ook EHRM 2 maart 2006, appl.no. 49908/99 (*S.T. Ansay e.a. t. Turkije*): niet opkomen tegen bouwvergunning. Ook voor het Nederlands recht geldt deze eis (Schueller 2005b, p. 207-208).

184. EHRM 10 april 2003, appl.no. 38602/02 (*Yildirim t. Italië*): 'It must be ascertained whether the procedure in the domestic legal system afforded the applicant, in the light of the severity of the measure to which he was liable, an adequate opportunity to put his case to the responsible authorities, pleading, as the case might be, illegality or arbitrary and unreasonable conduct.'

185. ECieRM 6 april 1994, appl.no. 22245/92 (*M.J.C. en J.E.C. t. Verenigd Koninkrijk*): 'Under the second sentence of the first paragraph of Article 1, Article 1 (Art. 1-1) 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.' Vgl. EHRM 28 juli 1999, appl.no. 22774/93 (*Immobiliare Saffi t. Italië*): 'Likewise, the applicant company has no prospect of obtaining compensation through the Italian courts for its protracted wait.'

186. EHRM 24 september 2002, appl.no. 27824/95 (*Posti en Rahko t. Finland*), § 77, EHRM 25 januari 2000, appl.no. 37683/97 (*Ian Edgar (Liverpool) Limited t. Verenigd Koninkrijk*): appellanten werden gecompenseerd voor het verbod op vuurwapens. Zie ook EHRM 28 juli 2005, appl.no. 33538/96 (*Alatulkila e.a. t. Finland*): bepaalde verliezen werden door een visverbod gecompenseerd en EHRM 21 oktober 1998, appl.no. 33298/96 (*Pinnacle Meat Processors Company e.a. t. Verenigd Koninkrijk*): i.v.m. een verbod op ontbotting van koeienhoofden vanwege BSE-besmettingsgevaar ontvingen appellanten al 430 000 pond schadevergoeding.

187. EHRM 25 maart 2004, appl.no. 24077/02 (*Natalya Gerasimova t. Rusland*): appellante stelde dat de haar aangeboden vervangende woonruimte minder waard was dan haar oude appartement, maar had nagelaten daarvoor enig bewijs aan te dragen, zoals een deskundigenrapport.

'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.'¹⁸⁸

Het Hof kent de verdragsstaten dus een ruime beoordelingsmarge toe waar het betreft de vormgeving van nationale schadevergoedingsregelingen. Tevens neemt het pas een schending van art. 1 EP aan wanneer er sprake is van excessieve schade. Daaruit vloeit ook voor de nationale autoriteiten de nodige ruimte voort die de nationale rechter – zij het niet direct op basis van de in Straatsburg gehanteerde margin maar op basis van de nationaalrechtelijke invulling van zijn positie ten opzichte van rechter en bestuur – moet respecteren. De Straatsburgse wijze van toetsing geldt echter wel als minimumstandaard voor de nationale rechter.

5. Een vergelijking van de vuistregels onder het égalité-beginsel en art. 1 EP

5.1 Inleiding

Uit het voorgaande komt het beeld naar voren van twee regimes van schadevergoeding die tot op grote hoogte met elkaar vergelijkbaar zijn. In beide gevallen gaat het immers om inbreuken op eigendomsrechten of daarmee verband houdende belangen en kan op de overheid een plicht rusten om de daardoor ontstane schade deels of geheel te vergoeden. Of tot schadevergoeding aanleiding bestaat, wordt in beide regimes bovendien aan de hand van sterk vergelijkbare criteria getoetst. Zowel bij het égalité- als het art. 1 EP-regime betreft de rechter in zijn toetsing een veelheid aan factoren. In § 2 zijn al enkele verschillen ter sprake gekomen ten aanzien van de wijze waarop beide schadevergoedingsregimes 'werken' en welke voordelen dan wel beperkingen aan beide normen (in het bijzonder ten aanzien van de rechtsbescherming) verbonden zijn. In deze paragraaf zullen we ons concentreren op een vergelijking ten aanzien van de materiële criteria aan de hand waarvan wordt beoordeeld of de schadevergoedingsclaim succes heeft. We concentreren ons op drie elementen: de rol van 'het algemeen belang' in beide schadevergoedingsregimes (§ 5.2), de speciale c.q. individuele last (§ 5.3) en de eis van voorzienbaarheid (§ 5.4).

5.2 Rol van het algemeen belang

Wij hechten eraan hier nog kort stil te staan bij de rol van 'het algemeen belang' onder beide schadevergoedingsregimes, omdat uiteenlopend wordt gedacht over de vraag welk gewicht hieraan toekomt bij de toepassing van de vuistregels onder het égalité-beginsel en art. 1 EP. Zo is volgens de Hoge Raad één van de omstandigheden die moet worden meegewogen bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico 'het gewicht van het met besluit te dienen belang'.¹⁸⁹ Welk gewicht de Hoge Raad hieraan precies wenst toe te kennen, is onduidelijk. In algemene zin lijkt het ons onjuist dat naarmate een zwaarder algemeen belang met het overheidshandelen gediend wordt, de schade ook eerder tot het normaal maatschappelijk risico kan worden gerekend. Ook in de jurisprudentie blijkt van een dergelijke benadering niet. Bij toepassing van de égalité wordt meestal niet afzonderlijk nagegaan welk algemeen belang precies gediend wordt met het overheidshandelen; als vaststaat dat het besluit rechtmatig is en dientengevolge nadeel is ontstaan, is verder nog slechts relevant of de behartiging van het algemeen belang een speciale en abnormale last tot gevolg heeft.

Het is de vraag of het algemeen belang onder art. 1 EP een andere rol speelt. Het is inherent aan de structuur van art. 1 EP dat het algemeen belang aanwezig moet zijn op zowel het niveau van de evenredigheid *in abstracto* (bestaat een redelijke verhouding tussen het algemeen belang dat met de maatregel wordt gediend en de daartoe aangewende middelen?) als *in concreto* (heeft de behartiging van het algemeen belang tot gevolg dat burgers daardoor disproportioneel worden benadeeld?). Maar betekent dit nu ook dat afhankelijk van het gewicht van het algemeen belang sneller of minder snel schadevergoeding moet worden gegeven? Hoitink lijkt te verdedigen dat dit inderdaad zo is. Naar aanleiding van de weigering van de Staat nog langer vergunningen te verlenen voor de mechanische kokkelvisserij in de Waddenzee stelt zij dat het algemeen belang dat is gemoeid met de beëindiging van de kokkelvisserij 'bijzonder groot' is en dat het daarom, mede in het licht van de voorzienbaarheid van die beëindiging, niet waarschijnlijk is dat er een Europeesrechtelijke verplichting tot compensatie bestaat.¹⁹⁰ Uit de jurisprudentie van het Hof valt echter af te leiden dat het juist ten aanzien van

188. EHRM 26 september 2000, appl.no. 37660/97 (*Denimark Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), EHRM 8 juli 1986, appl.no. 9006/80 e.a. (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 28 juli 2005, appl.no. 33538/96 (*Alatulkkila e.a. t. Finland*). Zie voor een indringender toets EHRM 29 april 1999, appl.no. 25088/94 e.a. (*Chassagnou e.a. t. Frankrijk*), § 82.

189. HR 17 september 2004, AB 2006, 41, m.nt. BPMvR. De Afdeling noemt in haar aansluiting bij de definitie van de Hoge Raad van het normaal maatschappelijk risico (ABRvS 21 juni 2006, L/JN AX9047) anders dan de Hoge Raad niet 'het gewicht van het met het overheidshandelen gediende belang'.

190. J.E. Hoitink, *De ontbrekende schakel. Een beschouwing over eigendomsbescherming als fundament voor schadevergoeding* (oratie EUR, 14 oktober 2005, zie <www.saoz.nl>), p. 14. Volgens haar wordt met de sluiting van kerncentrale Borssele een minder duidelijk algemeen belang gediend, zodat die sluiting wél tot compensatie aanleiding zou

de vraag wat in het algemeen belang is en de keus van de middelen om dit belang te dienen, aan de lidstaat een ruime beoordelingsmarge laat. Het is in dit licht de vraag hoe (de zwaarte van) het algemeen belang dan toch een zelfstandige factor zou kunnen zijn ten aanzien van de vraag of art. 1 EP tot schadevergoeding dwingt, nog afgezien van het feit dat het veelal niet goed mogelijk zal zijn om een rangorde aan te brengen in het gewicht van algemene belangen. Is aan de 'general interest'-test wél voldaan, dan beperkt het Hof zich in zijn jurisprudentie bij de beoordeling van de proportionaliteit van de maatregel (gegeven dat die in abstracto aan de 'fair balance' voldoet) vrij eenzijdig tot de vraag hoe diep de maatregel ingrijpt in de rechten en belangen van de burger en welke mogelijkheden hem ten dienste (hebben ge)staan om die aantasting op nationaal niveau aan te vechten (inclusief de mogelijkheden tot schadevergoeding). Denkbaar zou wel kunnen zijn dat het algemeen belang in dit verband een rol speelt wanneer het bedrag dat aan schadevergoeding zou moeten worden betaald dermate hoog is, dat een maatregel die in het algemeen belang bijzonder noodzakelijk is, niet genomen zou kunnen worden omdat de middelen ontbreken om de vereiste vergoedingen te betalen. Voorbeelden van een dergelijke 'prohibitieve werking' van de schadevergoedingsverplichting op grond van art. 1 EP ten aanzien van een maatregel die gelet op het algemeen belang bijzonder noodzakelijk is, zijn ons echter niet bekend.

5.3 'Speciale last' = 'individual burden'?

Een duidelijk verschil tussen het égalité- en het art. 1 EP-regime ligt in het hiervoor gememoreerde onderscheid tussen de 'horizontale' notie van lastenverdeling

tussen onderlinge burgers op grond van de égalité en de 'verticale' verhouding tussen het overheidsoptreden en de aantasting van de rechten van het individu. Uit dat onderscheid vloeit namelijk voort dat het feit dat ook vergelijkbare andere burgers door een maatregel worden getroffen, soms aan toekenning van compensatie op grond van de égalité in de weg kan staan. Met name bij schade door algemeen verbindende voorschriften of andere besluiten van algemene strekking wil de Nederlandse rechter nog wel eens overwegen dat de getroffene zich niet van de anderen tot wie de maatregel zich richt, onderscheidt. In situaties waarin zulke algemeen verbindende voorschriften een inbreuk maken op het eigendomsrecht,¹⁹¹ is de vraag of er ten opzichte van vergelijkbare anderen een bijzonder nadeel wordt geleden voor het EHRM echter niet relevant; de vraag of de last 'individual' is, heeft in de jurisprudentie van het Hof geen invulling gekregen.¹⁹² Voorzover in de jurisprudentie van het Hof soms wel een 'speciale last' lijkt te worden verlangd, heeft deze bij nadere beschouwing betrekking op de ernst van de inbreuk. Een goede illustratie daarvan is de ontvankelijkheidsbeslissing *Braunerhielm* over de introductie van vergunningvrij handmatig vissen, waardoor veel Zweedse vergunninghouders hun exclusieve rechten op het viswater verloren. De Commissie overwoog dat de appellant waarschijnlijk zwaarder werd getroffen dan anderen door deze opheffing van het verbod, nu hij, anders dan veel anderen, veel viswaters in zijn eigendom had. De Commissie zag echter aanleiding die 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'.¹⁹³ De afwijzing van de schadeclaim is, zo blijkt uit deze uitspraak, niet uitsluitend gelegen in het feit dat ook anderen door de betreffende wet werden getroffen, maar in het feit 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 voor het Hof de ernst van de inbreuk op het eigendomsrecht de voornaamste maatstaf is in het kader van de 'fair balance'.¹⁹⁴

Het égalité-beginsel lijkt ten aanzien van deze eis tot minder gunstige uitkomsten dan art. 1 EP te kunnen dwingen. Toch is dat wellicht een te gemakkelijke conclusie, nu met evenveel recht kan worden gesteld dat het égalité-beginsel omgekeerd 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. Illustratief is het arrest over de Wet herstructurering varkenshouderij,¹⁹⁵ waarin de Hoge Raad meende dat door

→ kunnen geven. Vgl. M.W. Scheltema, *Onrechtmatige daad* (losbl.), V-D-64.66 en J. Spier, 'Aansprakelijkheid ter zake van rechtmatige overheidsdaad', *WPNR* 1991-6074, p. 989, die ook menen dat met het gewicht van het algemene belang rekening moet worden gehouden. Anders: A-G Langemeijer in zijn conclusie bij HR 17 september 2004, *AB* 2006, 41, m.nt. BPMvR, sub 2.11.

191. Zie bijv. EHRM 21 oktober 1998, appl.no. 33298/96 (*Pinnacle Meat Processors Company e.a. t. Verenigd Koninkrijk*): i.v.m. BSE opgelegd wettelijk verbod op het ontbotten van hoofden van geslacht vee. Zie ook EHRM 25 januari 2000, appl.no. 37683/97 (*Ian Edgar (Liverpool) Limited t. Verenigd Koninkrijk*): één van vele zaken over een wettelijk verbod op handvuurwapens en EHRM 24 september 2002, appl.no. 27824/95 (*Posti en Rahko t. Finland*): bij wet ('decree') opgelegde beperking om in bepaalde wateren te vissen.

192. Aldus ook Barkhuysen & Van Emmerik 2002, p. 114. Dit laat onverlet dat een ongelijke behandeling tussen verschillende (groepen) burgers in de zin van art. 14 EVRM (non-discriminatie) een argument kan zijn om een schending van de 'fair balance' van art. 1 EP aan te nemen; zie bijv. EHRM 12 oktober 2004, appl.no. 60669/00 (*Ásmundsson t. IJsland*), § 43.

193. ECieRM 9 maart 1989, appl.no. 11764/85 (*Braunerhielm t. Zweden*). In gelijke zin ECieRM 9 maart 1989 appl.no. 11765/85 (*Nilsson t. Zweden*).

194. De Commissie overweegt dan ook in de zaak *Braunerhielm*: 'Nevertheless, the Commission accepts the opinion of the Swedish Parliament that the interference created by the introduction of free fishing with hand-held tackle may in general be regarded as a comparatively minor interference.'

195. HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469, m.nt. EAA.

het gerechtshof nader moest worden onderzocht in hoeverre er voor sommige varkenshouders in verband met bijzondere, *niet voor alle varkenshouders geldende*, feiten en omstandigheden sprake was van een 'individual and excessive burden' die zou moeten leiden tot niet toepassing van de Whv totdat was voorzien in een adequate financiële compensatie. Deze opdracht aan het gerechtshof bewijst dat een vergelijking met andere burgers ook een voor de burger gunstiger uitkomst kan hebben, met name nu het Straatsburgse Hof algemeen verbindende voorschriften vrij marginaal pleegt te toetsen.¹⁹⁶

5.4 Loopt de nationale voorzienbaarheidseis in de pas met art. 1 EP?

5.4.1 Voorzienbaarheid van schade voor de getroffen burger

Zowel bij het égalité- als bij het art. 1 EP-regime komt aan het doorbreken van gerechtvaardigde verwachtingen een prominente rol toe. Nu is hiervoor betoogd dat de nationale voorzienbaarheidseis tamelijk 'hard' kan uitwerken; uitgangspunt is dat ook wanneer excessieve schade geheel voorzienbaar was, deze tot het normaal maatschappelijk risico kan worden gerekend, zij het dat in bepaalde extreme omstandigheden toch soms een vergoeding wordt voorgeschreven.¹⁹⁷ Bij het Straatsburgse Hof geldt een ander uitgangspunt. De 'fair balance'-toets doet zich volgens vaste jurisprudentie van het Hof gelden in de hele structuur van art. 1 EP, dus zowel bij ontneming, *de facto*-ontneming en regulering van eigendom als in gevallen waarin anderszins sprake is van een inbreuk op het ongestoord genot van eigendom. Voorts valt uit de jurisprudentie op te maken dat naarmate de inmenging zwaardere negatieve gevolgen heeft, een ruimere compensatie moet worden geboden, wil er sprake zijn van een 'fair balance'.¹⁹⁸ Ook het in het midden laten van het precieze karakter van de inmenging en het alsdan uitvoeren van een algemene 'fair balance'-toets kan worden gezien als een bevestiging van het feit dat het Hof veel waarde hecht aan de ernst van de inbreuk op het eigendomsrecht en dat de precieze kwalificatie van de inmenging geen noodzakelijke voorwaarde is voor de toepassing van art. 1 EP. Onder art. 1 EP staat dus de ernst van de inbreuk centraal en niet de voorzienbaarheid, zij het dat ook de jurisprudentie van het Hof, hoewel dat dus niet het uitgangspunt is, soms blijkt geeft van een 'harde' voorzienbaarheidseis, met name indien ook de 'margin of appreciation' daartoe aanleiding geeft. Door deze uiteenlopende uitgangspunten bestaat het risico dat het nationale égalité-regime uit de pas loopt met dat van art. 1 EP.

Verdragsstaten dienen, zo valt uit de jurisprudentie van het Hof op te maken, op te passen bij het in het leven roepen van een schadevergoedingsregime dat geen ruimte laat om rekening te houden met de ernst van de inbreuk op de eigendom. Zelfs indien een ingrijpende beperking voortvloeit uit een wettelijk voorschrift of een vaste lijn in de rechtspraak, schroomt het Hof soms

niet om in te grijpen. Ook de 'margin of appreciation' die het Hof traditioneel aan de lidstaat laat, wordt in extreme gevallen soms verlaten voor een indringender toets. Zo heeft het Hof in een Griekse onteigeningszaak de vaste jurisprudentie van de Griekse rechter dat schade die wordt geleden ten gevolge van het gebruik van een goed ten behoeve waarvan werd onteigend (in dit geval treinen die op minder dan vijf meter afstand van een huis een aantal keer per uur voorbij raasden) in strijd met art. 1 EP geacht.¹⁹⁹ Voor het Nederlandse recht is deze discussie met name gevoerd rond het wetsontwerp voor een nieuwe Wet op de ruimtelijke ordening. De huidige Wet op de Ruimtelijke Ordening gaat ervan uit dat voor voorzienbare planschade, ongeacht de hoogte van het schadebedrag, geen schadevergoeding wordt toegekend. De vrij 'open' Straatsburgse toets kan in een concreet geval dwingen tot een meer flexibele en graduele benadering, waarbij rekening wordt gehouden met de ernst van de eigendomsaantasting. Van Ravels heeft in dit verband gesteld dat het niet voor de hand ligt om de niet-onteigende (zoals degene ten aanzien van wie een bestemmingsplan is gewijzigd) gelijk te behandelen met de onteigende, nu eerstgenoemde het vrije gebruiksrecht over zijn land behoudt en dat voor de tweede niet geldt. Tegen die opvatting kan worden ingebracht dat dit 'vrije gebruiksrecht' weinig voorstelt indien men geplande gebruiksmogelijkheden totaal verloren ziet gaan.²⁰⁰ De regulering van eigendom nadert dan de *de facto*-onteigening en het is niet voor niets dat het Hof de bescherming die kan worden ontleend aan de eerste paragraaf van art. 1 EP heeft uitgebreid tot de gevallen van *de facto*-onteigening, waarbij weliswaar (formeel) geen onteigening plaatsvindt, maar geen noemenswaardig gebruik van de eigendom overblijft. Op dit punt kan de vraag worden opgeworpen of met dit gegeven niet meer rekening moet worden gehouden bij het vormgeven van de diverse nationale compensatieregimes, temeer nu de gemeenschap net zozeer kan profiteren van een bestemmingswijziging als van een onteigening en er in bepaal-

196. Zie de noot van Alkema, genoemd in de vorige voetnoot. Hij 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.'

197. Vgl. de in § 3.2.1 van deze bijdrage genoemde jurisprudentie t.a.v. verkeersmaatregelen.

198. Barkhuysen & Van Emmerik 2002, p. 106.

199. EHRM 9 februari 2006, appl.no. 2531/02 (*Athanasiou t. Griekenland*). In een aantal andere tegen Griekenland gerichte (ontnemings)zaken (o.m. EHRM 10 juli 2003, appl.no. 55794/00 (*Efstathiou en Michailidis & Cie Motel Amerika*)) achtte het Hof een Griekse wet in strijd met art. 1 EP, nu volgens deze wet geen vergoeding noodzakelijk was voor de onteigening van percelen gelegen nabij een nationale snelweg, omdat de eigenaren van die percelen geacht werden een voordeel van de weg te genieten, dat tegen de nadelen opwoog.

200. Zie bijv. ABRvS 28 september 2005, *LJN AU3404*; een geval waarin de bestemming van een perceel grond van 'hotel- en landbouwhuis' werd gewijzigd in 'gebied met hoge landschappelijke en/of cultureel historische waarden'. Dat dit, naar appellanten stelden, voor hen excessieve schade tot gevolg had, was volgens de ABRvS niet relevant.

de gevallen ook een keuze kan worden gemaakt tussen deze beide instrumenten om algemene belangen te verwezenlijken. De kans dat de nieuwe Wet op de ruimtelijke ordening op dit punt in strijd zou kunnen zijn met art. 1 EP, is inmiddels overigens afgenomen. In het voorontwerp was nog een tamelijk hard normaal maatschappelijk risico opgenomen in de vorm van een 'forfaitair' bedrag van 5% van de waarde van de onroerende zaak onmiddellijk voor het ontstaan van de schade.²⁰¹ Hierdoor sloot dit ontwerp het uit om, ongeacht de ernst van de eigendomsinbreuk, een volledige schadevergoeding toe te kennen. Inmiddels is dit percentage door aanneming van het amendement-Lenards echter tot 2% verlaagd.²⁰²

5.4.2 Voorzienbaarheid van de schade voor de overheid

Van de zojuist besproken voorzienbaarheid – die de voorzienbaarheid van een maatregel of ontwikkeling voor de getroffen burger betreft – moet worden onderscheiden de voorzienbaarheid van schade voor de overheid. Die voorzienbaarheid is hiervoor nog niet ter sprake gekomen, maar ook zij kan in de weg staan aan een succesvol beroep op het égalité-beginsel, zo blijkt uit het arrest over een tbs'er die op proefverlof werd gelaten en tijdens dat verlof twee vrouwen gijzelde, aanrandde en hen geld afperste. Zelfs al was de verlening van het proefverlof op zichzelf niet onrechtmatig, dan nog – zo stelden de vrouwen – handelde de Staat onrechtmatig door het daardoor ontstane onevenredige nadeel niet te vergoeden. De Hoge Raad wees dit beroep op het égalité-beginsel af, nu dit beginsel slechts van toepassing is op schade die voor de overheid 'redelijkerwijs voorzienbaar' is, wat de Hoge Raad niet wenste aan te nemen.²⁰³ Zou het EVRM (en mogelijk ook art. 1 EP, voorzover vaststaat dat een inbreuk op het eigendomsrecht plaatsvindt) in dit soort situaties

een toegevoegde waarde kunnen hebben? Daarbij zou kunnen worden gedacht aan de leer van de positieve verplichtingen: op de Staat kan een verplichting rusten om 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.²⁰⁴ Voor wat betreft art. 1 EP valt te wijzen op het al genoemde arrest *Öneryildiz*, waarin het Hof stelt dat nationale autoriteiten onder omstandigheden zelf positieve maatregelen moeten nemen om schade aan eigendom te voorkomen. 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 onjuiste 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. 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 tóch levensbedreigend blijkt. Voor die gevallen wordt in de jurisprudentie een positieve verplichting niet aanvaard.²⁰⁵ Wij concluderen dat ook art. 1 EP de betrokken slachtoffers van de tbs'er op proefverlof weinig zou hebben kunnen bieden.

6. Conclusie

Een belangrijke conclusie van deze bijdrage is dat hoewel de beide hier verkende schadevergoedingsregimes op grond van het égalité-beginsel en art. 1 EP zich los van elkaar hebben ontwikkeld, er vooral overeenkomsten kunnen worden geconstateerd in hun uitwerking en toepassing. Beide hebben betrekking op beperkingen ten aanzien van eigendom in ruime zin. De verwevenheid tussen beide regimes moet positief worden gewaardeerd, omdat een uiteenlopen daarvan aanleiding zou kunnen vormen voor aanvullende schadevergoedingsacties op grond van hetzij art. 1 EP hetzij de égalité. Toch zijn er ook verschillen. De verhouding tussen beide regimes kan dan ook het best worden getypeerd als voor een deel overlappend en voor een deel complementair.

Wat betreft de overeenkomsten tussen beide regimes, springt een aantal punten in het oog. In beide regimes geldt dat de drempel voor schadevergoeding relatief hoog is. De materiële criteria stemmen tot op grote hoogte met elkaar overeen. Zowel bij het égalité-als bij het art. 1 EP-regime komt aan het doorbreken van gerechtvaardigde verwachtingen een prominente rol toe. Bij het égalité-beginsel vindt de toets aan die doorbreking vooral plaats bij de vraag of de schade nog tot het normaal maatschappelijk (of bedrijfs)risico kan worden gerekend, terwijl die toets zich in de jurisprudentie rond art. 1 EP lijkt te concentreren rond het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel, al dan niet

201. Daarover kritisch: G.M. van den Broek, 'Het wetsontwerp voor een nieuwe planschaderegeling', *Bouwrecht* 2004, p. 649.

202. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 916, nr. 17 (amendement Lenards) en *Kamerstukken I* 2005/06, 28 916, nr. A (gewijzigd voorstel van wet).

203. HR 28 mei 2004, *NJ* 2006, 430, m.nt. JBMV. Annotator Vranken toont zich over de door de Hoge Raad gehanteerde argumentatie kritisch, evenals G.E. van Maanen in zijn noot bij dit arrest in *AV&S* 2004, p. 214 e.v.

204. Barkhuysen & Van Emmerik 2005a, p. 53-55 en M.K. Bulterman, *Het economisch bestuursrecht en het EVRM*, Preadvies VAR, Den Haag: BJu 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*) 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 EVRM (EHRM 2 oktober 2001, appl.no. 36022/97 (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*; schending)).

205. 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.

uitgewerkt in de vorm van een Europeesrechtelijk voorzienbaarheids criterium. Ten slotte bestaat er zowel onder art. 1 EP als onder de *égalité* voor de betrokken bestuursorganen enige discretionaire ruimte bij het bepalen van de plicht tot en de hoogte van de schadevergoeding.

Ook zijn er verschillen, waaruit het complementaire karakter van beide regimes volgt. Als eerste valt op dat art. 1 EP, anders dan de *égalité*, een vergoedingsgrondslag biedt bij schade in situaties waarin niet zozeer een overheidshandelen, maar eerder een nalaten deze schade veroorzaakt. Opvallend is verder dat onder art. 1 EP de eis van een speciale last – ondanks het gebruik van het criterium 'individual burdens' – in de praktijk (tot nu toe) geen rol speelt. Onder de *égalité* kunnen claims juist op basis van dit vereiste worden afgewezen. Anderzijds biedt de *égalité* als gevolg van dit criterium mogelijk ook weer extra bescherming ten opzichte van art. 1 EP. De vraag of er een verstoring is in de gelijke behandeling tussen rechtsgenoten noopt immers tot een precieze beoordeling of er zich tussen de gevallen die door een maatregel worden getroffen bevinden die zich objectief zodanig van andere gevallen onderscheiden dat hun wel een vergoeding toekomt voor schade als gevolg van dezelfde maatregel. Daar komt bij dat aan het criterium van de voorzienbaarheid weliswaar in beide regimes een belangrijke rol toekomt, maar dat art. 1 EP eerder zou kunnen impliceren dat bij voorzienbare, maar bijzonder zware eigendomsaantastingen toch een vergoeding moet plaatsvinden teneinde een 'fair balance' te waarborgen, voorzover althans de specifieke nationale omstandigheden geen aanleiding vormen om een ruime margin of appreciation aan te nemen. Art. 1 EP kan voorts complementair werken daar waar (een) nationale compensatie(regeling) op basis van *égalité* mogelijk tot een te geringe vergoeding of het afzien daarvan leidt. Art. 1 EP geeft minimumnormen voor de vergoeding van schade als gevolg van eigendomsinbreuken, die zich niets aantrekken van eventueel exclusief bedoelde nationale regelingen. Deze waarborg is des te krachtiger waar het *égalité*-beginsel vanwege het toetsingsverbod geen rol kan spelen ten aanzien van door formele wetgeving veroorzaakte schade, terwijl art. 1 EP dat wel kan. Art. 1 EP biedt ook een extra waarborg dat schade daadwerkelijk wordt vergoed daar waar in de huidige jurisprudentie van de bestuursrechter de vergoeding van *égalité*-schade is losgeknipt van de beoordeling van de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit (het zogenoemde doorschuiven).

Afrondend kan worden geconstateerd dat art. 1 EP en het *égalité*-beginsel zo nauw met elkaar in verband staan dat er sprake is (en ook zou moeten zijn) van samenspel. Daarmee dienen alle bij de schadevergoeding op grond van – zoals we gebruikelijk zijn dat te noemen – 'rechtmatige' overheidsdaad betrokken actoren rekening te houden. Zou dit uit het oog worden verloren, dan is het risico groot op aanvullende claims en daarmee extra procedures. Dit geldt in het bijzonder nu er wordt nagedacht over het exclusief bij de be-

stuursrechter onderbrengen van *égalité*-claims. Zou dit doorgaan en zou deze rechter bij de beoordeling van een dergelijke claim onder de maat van art. 1 EP zakken, dan ligt het voor de hand dat de burgerlijke rechter op grond van art. 1 EP aanvullende rechtsbescherming biedt in een actie uit onrechtmatige daad dan wel dat het EHRM er aan te pas moet komen. Een dergelijk samenspel kan echter beter worden vermeden.