

M.K.G. Tjepkema<sup>1</sup>

## 26 | **Wie moet oordelen over evenredigheid?**

*Enkele karakteristieken van het civiele en  
bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht*

### 1. Een publiekrechtelijk beginsel in een civielrechtelijk landschap

Toen de Hoge Raad het arrest *Noordwijkerhout/Guldemon*d wees, zullen weinigen hebben gedacht dat de onrechtmatige daad op termijn ook aan de basis zou liggen van een type aansprakelijkheid dat destijds, begin twintigste eeuw, nog voornamelijk het domein was van de wetgever: de aansprakelijkheid voor op zichzelf rechtmatige overheidsdaden. Over de vraag of dit type aansprakelijkheid met de arresten *Haagse Duinwaterleiding*<sup>2</sup> en *Voorste Stroom*<sup>3</sup> daadwerkelijk werd erkend, verschillen de meningen. Er kwam, zoals bekend, een debat in de literatuur op gang waarbij sommigen meenden dat de arresten goed verklaard konden worden aan de hand van privaatrechtelijke leerstukken (Bregstein) en anderen (Drion, Van den Bergh) stelden dat de arresten een begin vormden van de *égalité*aansprakelijkheid. Hoewel de Hoge Raad de term ‘*égalité*’ destijds niet in de mond nam, is duidelijk dat deze arresten het startschot vormden van de ontwikkeling van het buitenwettelijke nadeelcompensatierecht.

Het debat tussen Bregstein, Drion en Van den Bergh is inmiddels op tal van plekken beschreven,<sup>4</sup> zodat ik zal nalaten daar opnieuw op in te gaan. In plaats daarvan wil ik ingaan op enige karakteristieken van het civielrechtelijke nadeelcompensatierecht en deze op onderdelen vergelijken met het bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht. Daartoe is alle aanleiding in het licht van de plannen van de wetgever in de Wet nadeelcompensatie. Deze wet beoogt immers een aanzienlijke verschuiving van de rechtsmacht in nadeelcompensatiezaken, wat vooral ten koste zal gaan van de bevoegdheid van de civiele rechter. Diens bevoegdheid zal, zodra de wet in werking is getreden, hoofdzakelijk beperkt zijn tot wetgeving in formele zin en strafvorderlijk overheidsoptreden. Voor overige nadeelcompensatiegeschillen heeft de wetgever beoogd deze tot de exclusieve rechtsmacht van de bestuursrechter te laten behoren.

<sup>1</sup> Michiel Tjepkema is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

<sup>2</sup> HR 18 februari 1944, *NJ*1943/312.

<sup>3</sup> HR 20 december 1940, *NJ*1941/366 (V), HR 19 maart 1943, *NJ*1944/226 (VI) en HR 19 december 1952, *NJ*1953/642 (VII).

<sup>4</sup> Zie meest recentelijk, met verwijzingen, E.L. de Jongh, *De rechtsgronden voor nadeelcompensatie in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 203 e.v.

Voor die concentratie van rechtsmacht bij de bestuursrechter valt vooral vanuit een procedureel oogpunt veel te zeggen: met name in die gevallen waarin schade voortvloeit uit feitelijke handelingen en appellabele besluiten is in de toekomst een dubbele rechtsgang niet meer nodig.<sup>5</sup> Ook de lagere procesrisico's in het bestuursrecht zijn een belangrijk argument voor deze herverkaveling.<sup>6</sup> Maar verliezen we niet ook iets wanneer de bestuursrechter exclusief bevoegd wordt in de meest courante gevallen *de* nadeelcompensatierechter wordt? Vallen uit de civiele rechtspraak ook lessen te trekken? Die vraag wil ik in deze bijdrage bespreken door in te gaan op enkele karakteristieken van het civielrechtelijke nadeelcompensatierecht. Daarbij kan ik niet heen om wat algemeen als een gebrek van het civielrechtelijke nadeelcompensatierecht wordt beschouwd, namelijk het feit dat de civiele rechter het *égalité*beginsel nog steeds moet toepassen in het kader van art. 6:162 BW. Over de moeizame band tussen de *égalité* en de onrechtmatige daad gaat paragraaf 2. Vervolgens ga ik in op de rol van de rechter in nadeelcompensatiezaken. In de Afdelingsrechtspraak is een tendens bespeurbaar waarbij de Afdeling nadeelcompensatiebesluiten van bestuursorganen steeds voller toetst.<sup>7</sup> De civiele rechter – die immers niet werkt binnen de kaders van het besluitmodel – is al jarenlang gewoon om zelf een oordeel te geven over aanspraken op nadeelcompensatie. Kan de bestuursrechtspraak hieruit lessen trekken en zo ja, hoe moeten we het in dit verband waarderen dat onder de Wet nadeelcompensatie steeds meer nadeelcompensatiegeschillen binnen het besluitmodel zullen worden beslecht? Die vragen bespreek ik door – vanzelfsprekend op hoofdlijnen – achtereenvolgens enige belangrijke kenmerken te bespreken van de nadeelcompensatierechtspraak van de civiele rechter (paragraaf 3) en de bestuursrechter (paragraaf 4). Tot slot ga ik in op de vraag of het besluitmodel toekomst heeft voor de beslechting van nadeelcompensatiegeschillen (paragraaf 5).

## 2. De verzelfstandiging van het *égalité*beginsel in de jurisprudentie

Nadeelcompensatie wordt tegenwoordig gezien als een leerstuk dat vooral in de bestuursrechtspraak tot ontwikkeling moet komen. Dat neemt niet weg dat het bestuursrechtelijke nadeelcompensatierecht op tal van plekken invloed door het civiele recht ondervindt. Daarvan getuigt ook de Wet nadeelcompensatie, die heeft gekozen voor een – overigens wat selectieve – codificatie van in het civiele recht ontwikkelde figuren als 'eigen schuld' (art. 4:126 lid 2 sub c; vgl. art. 6:101 BW) en voordeeltorekening (art. 4:126 lid 3 Awb; vgl. art. 6:100 BW). Ook voor belangrijke vragen als de te vergoeden schade (6:95 en 6:96 BW), de vaststelling

<sup>5</sup> Zie nader B.J. van Ettekoven, B.P.M. van Ravels & M.K.G. Tjepkema, 'Waarom makkelijk als het moeilijk kan? De eis van processuele connexiteit in de Wet nadeelcompensatie', *O&A* 2011/36.

<sup>6</sup> B.J. Schueler, 'Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht en de nieuwe regeling van overheidsaansprakelijkheid in de Awb', *MvV* 2013, p. 198.

<sup>7</sup> Zie bijv. ABRvS 19 februari 2014, *AB* 2015/183, m.nt. Tjepkema.

van het causaal verband (art. 6:98 BW) en de vergoeding van deskundigenkosten (art. 4:129 Awb; vgl. art. 6:96 BW) zijn de bepalingen uit het BW een belangrijk punt van oriëntatie.

Deze wisselwerking tussen het civiele recht en het bestuursrecht zien we niet alleen bij de criteria aan de hand waarvan de (omvang van de) vergoedingsplicht wordt bepaald maar ook in de wijze waarop de civiele rechter en de bestuursrechter het recht op nadeelcompensatie in de loop der decennia hebben ‘geconstrueerd’. Zo gaven de *Paul Krugerbrug*-uitspraken van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State blijk van een vergelijkbare verplichting van de op zichzelf rechtmatig handelende overheid om zich reeds voordat tot het litigieuze handelen wordt beslist, over te gaan tot compensatie van onevenredig nadeel.<sup>8</sup> Een paar jaar later trekt het *Leffers*-arrest veel aandacht als een exemplarische toepassing van het égalitébeginsel. Dit arrest is ook een impuls voor de wetgever om het égalitébeginsel te noemen als grondslag voor nadeelcompensatie in de parlementaire geschiedenis bij art. 3:4 lid 2 Awb.<sup>9</sup> Die passage inspireerde de Afdeling bestuursrechtspraak op haar beurt om het égalitébeginsel expliciet te erkennen als grondslag voor besluiten over nadeelcompensatie in de uitspraken *Beurskens* en *Van Vlodrop*.<sup>10</sup> Toen de bestuursrechter die stap eenmaal gezet had, maakte de Hoge Raad in het arrest *Lavrijsen* de cirkel rond door het égalitébeginsel eveneens te erkennen en ten grondslag te leggen aan de aansprakelijkheid van de Staat bij de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden. Zo bezien is er bij de ontwikkeling van het nadeelcompensatierecht voortdurend sprake van een wisselwerking tussen bestuursrecht en privaatrecht.

Hoewel de bijdrage die het civiele recht aan het nadeelcompensatierecht dus belangrijk was en is, kunnen we er niet omheen dat het égalitébeginsel de civiele rechter niet bepaald als gegoten zit. Dat heeft vooral te maken met het feit dat de Hoge Raad altijd heeft geweigerd de rechtmatige overheidsdaad als bron van verbintenissen tot nadeelcompensatie te erkennen. Hier scheiden zich de wegen van de civiele rechter en de bestuursrechter. De Afdelingsuitspraken *Beurskens* en *Van Vlodrop* vormden de opmaat voor de in de uitspraak *Heerlen* gezette stap waarbij het égalitébeginsel volledig werd ‘verzelfstandigd’.<sup>11</sup> Het égalitébeginsel komt in de huidige rechtspraak van de Afdeling pas voor toepassing in aanmerking als er sprake is van een *rechtmatig* schadeveroorzakend handelen.

<sup>8</sup> Onder meer Schoordijk wees op de gelijkenis tussen de leer van Bregstein en deze koers van de Afdeling rechtspraak (H.C.F. Schoordijk, ‘Bestuursrecht en privaatrecht. Een interne rechtsvergelijking’, in: J.M. van Dunné e.a. (red.), *Verspreid werk van prof. mr. H.C.F. Schoordijk*, Deventer: Kluwer 1991, p. 463-499). Vgl. voorts P.J.J. van Buuren, ‘Nadeelcompensatie en het onzuivere schadebesluit’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 98.

<sup>9</sup> PG Awb I, p. 211-212.

<sup>10</sup> Zie resp. ABRvS 18 februari 1997, *AB* 1997/143 (*Beurskens*), ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997/229 (*Van Vlodrop*).

<sup>11</sup> ABRvS 12 november 2003, *AB* 2004/95, m.nt. Neerhof (*Heerlen*).

Daarmee brengt de Afdeling tot uitdrukking dat de rechtsplicht tot nadeelcompensatie veronderstelt dat het schadeveroorzakende handelen niet in strijd is met enige rechtsnorm, ook niet met het in art. 3:4 lid 2 Awb neergelegde beginsel dat een overheidshandeling dient uit te gaan van een evenredige verhouding tussen het doel van die handeling en de nadelige gevolgen voor een of meer belanghebbenden.<sup>12</sup>

De Hoge Raad heeft die stap nooit gezet. Pas vanaf 1991 is het *égalité*beginsel duidelijk in de civiele rechtspraak in beeld gekomen; de *Voorste Stroom*-uitspraken geven weinig aanleiding te vermoeden dat de Hoge Raad het *égalité*-beginsel impliciet zou willen hebben erkennen.<sup>13</sup> Met *Leffers* neemt de Hoge Raad echter afstand van de Bregstein-leer, en met *Lavrijsen* gaat hij nog een stap verder door de schending van de *égalité* niet te zien als een aspect dat in de aan het besluit voorafgaande belangenafweging aan de orde moet komen. Het arrest *Lavrijsen* liet zien dat ook in de civiele rechtspraak inmiddels sprake is van een vergaande ont koppeling van het ‘op zichzelf rechtmatige’ schadeveroorzakende handelen en de schadelijke gevolgen van dat handelen. Om deze laatste stap goed te kunnen duiden is het zinvol op een rij te zetten waarin de onrechtmatigheid van het handelen van de overheid in de context van het nadeelcompensatierecht in de loop der decennia was/is gelegen. Mijns inziens vallen in de rechtspraak van de civiele rechter drie ‘lijnen’ te ontwaren:

1. De *Voorste Stroom*-lijn (1948-1991)<sup>14</sup>: de schadeveroorzakende handeling is op zichzelf, vanwege de schending van subjectieve rechten, onrechtmatig. Deze handeling kan rechtmatig worden door een aanbod tot schadevergoeding in het vooruitzicht te stellen. De onrechtmatigheid ligt niet in het nalaten schadevergoeding te verschaffen, maar een aanbod tot schadevergoeding is een onrechtmatigheid opheffende factor; het biedt volgens Bregstein een ‘rechtvaardigingsgrond-in-wording’. Zonder een dergelijk aanbod kan de gelaedeerde een verbod vorderen van het schadeveroorzakende overheidshandelen.
2. De *Leffers*-lijn (1991-2001): de schadeveroorzakende handeling is onrechtmatig vanwege het ontbreken van een regeling tot nadeelcompensatie (Drion-leer). Wanneer de overheid gevallen van onevenredig nadeel (in de zin van het *égalité*beginsel) voorziet, vereist een zorgvuldige belangenafweging dat zij voorziet in een compensatieregeling (al dan niet in de schadeveroorzakende

<sup>12</sup> De Wet nadeelcompensatie bepaalt in dit verband dat een bestuursorgaan zijn beslissing op een verzoek om nadeelcompensatie kan aanhouden totdat het schadeveroorzakende besluit onherroepelijk is geworden (art. 4:130 lid 3 Awb).

<sup>13</sup> Zie uitvoeriger over mijn lezing van deze rechtspraak M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 64-68; vgl. ook B.P.M. van Ravels, ‘M.H. Bregstein, de Hoge Raad en nadeelcompensatie’, *NTB* 2009/42.

<sup>14</sup> Niet alleen herkenbaar in de *Voorste Stroom*-arresten maar bijvoorbeeld ook in HR 15 februari 1991, *NJ*1992/639 (Aalscholvers).

handeling zelf). Een verbodsactie is mogelijk, maar de rechter kan de gelaedeerde een vordering tot verbod van het handelen ontzeggen op basis van art. 6:168 BW.

3. De *Lavrijsen*-lijn (2001-heden): de schadeveroorzakende handeling is ‘op zichzelf rechtmatig’. Het *toebrengen* van onevenredige schade leidt echter tot een schending van het *égalité*beginsel en is relatief onrechtmatig, zodat de overheid jegens de onevenredig benadeelde(n) gehouden is tot toekenning van nadeelcompensatie. Een verbodsactie is uitgesloten, nu de onrechtmatigheid louter in de schending van de *égalité* wordt gezocht.

Of er met het arrest *Lavrijsen* nu een ont koppeling van het *égalité*beginsel en de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende handelen heeft plaatsgevonden, is overigens voorwerp van debat. Sommige auteurs suggereren dat de Hoge Raad ook nu nog vasthoudt aan de *Leffers*-lijn. Scheltema en Scheltema bijvoorbeeld stellen dat de constructie op basis van onrechtmatige daad inhoudt dat het overheidsoptreden onrechtmatig is indien daarbij geen schadevergoeding wordt aangeboden. Het vergoeden van schade uiteindelijk leidt tot een adequate belangenafweging, waardoor de gedraging van de overheid rechtmatig kan worden geacht.<sup>15</sup> In een commentaar op *Lavrijsen* concludeert ook Van Maanen dat het niet aanbieden van compensatie het *totale gedrag* onrechtmatig maakt. Hij constateert een discrepantie tussen *Lavrijsen* en het daarna gewezen arrest *Harrida*, nu de Hoge Raad in *Harrida* het uitblijven van een compensatieregeling als onrechtmatige daad aanmerkt, maar in *Lavrijsen* een dergelijke overweging ontbreekt.<sup>16</sup> Damen e.a. menen eveneens dat ook na *Lavrijsen* de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende handelen zelf afhankelijk is van de vergoeding van onevenredig nadeel.<sup>17</sup> Andere auteurs lezen het arrest *Lavrijsen* zo dat bij een aansprakelijkheid op grond van de *égalité* naar huidig civiel recht de rechtmatigheid van de belangenafweging als zodanig niet meer ter discussie staat en dat de onrechtmatigheid louter wordt gezocht in een schending van het *égalité*beginsel.<sup>18</sup>

Heeft de Hoge Raad het *égalité*beginsel nu ont koppeld van de aan het overheidshandelen voorafgaande belangenafweging of niet? De jurisprudentie

<sup>15</sup> M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 472 (noot 670)-474.

<sup>16</sup> G.E. van Maanen, ‘*Égalité*-beginsel als grondslag voor nadeelcompensatie’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *JB Select* 2009, p. 429.

<sup>17</sup> L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht*, Den Haag: BJu 2013, p. 514: ‘Vergoeding van de onevenredige schade kan ervoor zorgen dat de handeling alsnog rechtmatig wordt.’

<sup>18</sup> Zie bijv. R.J.N. Schlössels, ‘Nadeelcompensatie en het *égalité*beginsel: chaos of *ius commune*? (II),’ *Gst.* 2002, p. 188; vgl. ook B.P.M. van Ravels, ‘Het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 77.

van de Hoge Raad geeft daarvoor wel én geen steun. Zo ging de Hoge Raad in het arrest *Pannenkoekenhuis De Kabouter* mee in het oordeel van het Hof, dat uit de formele rechtskracht van een appellabel verkeersbesluit afleidde dat dit besluit voor rechtmatig moet worden gehouden in de zin van art. 3:4 lid 2 Awb. Dit impliceerde volgens Hof en Hoge Raad ook dat in dat besluit voldoende aandacht is geschonken aan de schadelijke effecten die het besluit had voor het pannenkoekenhuis.<sup>19</sup> Het égalitébeginsel is in deze visie een principe dat toepassing vindt in het kader van de aan het besluit voorafgaande belangenafweging.

Wordt de schade echter – anders dan in het *Pannenkoekenhuis*-arrest – veroorzaakt door niet appellabel overheidshandelen, dan houdt art. 6:162 BW nog wel stand maar fungeert dit artikel slechts als ‘kapstok’ voor de toewijzing van een vordering die louter wordt bepaald door de vraag of de betrokkene een speciale en abnormale last is opgelegd. De Hoge Raad beziet in die gevallen enkel of het *toebrengen* van onevenredig nadeel bij een ‘op zichzelf rechtmatige’ overheidshandeling jegens de getroffen onrechtmatig is. Ik lees die rechtspraak zo dat zij op de overheid geen verplichting legt om in het kader van de aan het besluit voorafgaande belangenafweging een compensatie toe te kennen, bij gebreke waarvan het schadeveroorzakende handelen zelf onrechtmatig is, maar om dit nadeel te vergoeden zodra de gelaedeerde aannemelijk heeft gemaakt onevenredig nadeel in de zin van het égalitébeginsel te lijden. Steun voor die lezing kan bijvoorbeeld worden gevonden in het arrest *Wherestad*, waarin het Hof – door de Hoge Raad niet bestreden – aannam dat ‘het strafvorderlijk optreden ook jegens Wherestad als rechtmatig moet worden aangemerkt, maar dat dit niet in de weg staat aan het oordeel dat het daarbij toebrengen van schade onrechtmatig kan zijn’.<sup>20</sup> Te wijzen valt ook op een arrest over een inval van politie in een huis waar zich iemand ophield die verdacht werd van terroristische activiteiten. De Hoge Raad stelde, met het Hof, voorop dat ‘de huiszoeking en de inzet van het arrestatieteam – hoe belastend ook voor de in de woning aanwezige personen – rechtmatig [zijn], terwijl van veronachtzaming van fundamentele beginselen geen sprake is’. Los daarvan kwam de vraag aan bod of de schade tot het normaal maatschappelijk risico kon worden gerekend.<sup>21</sup> Naar mijn idee is deze wijze van redeneren ook toepasbaar op schade ten gevolge van op zichzelf rechtmatige regelgeving en beleidsregels, waarbij de gelaedeerde zou moeten aanvoeren dat het toebrengen van onevenredig nadeel jegens hem onrechtmatig is, zonder dat de vergoeding daarvan de schadeveroorzakende handeling zelf rechtmatig maakt. Ik deel dan ook de lezing van Schutgens, die

---

<sup>19</sup> HR 6 december 2002, *NJ*2003/616, m.nt. MS (*Pannenkoekenhuis De Kabouter*). Zie ook HR 28 maart 2008, *NJ*2008/475 (*Asha/Amersfoort*).

<sup>20</sup> HR 2 oktober 2009, *AB*2010/2, m.nt. Tjepkema (*Wherestad*).

<sup>21</sup> HR 13 september 2013, *NJ*2014/467. Zie voor een ander treffend voorbeeld Hof Leeuwarden 15 september 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AT6858.

helder uiteen heeft gezet dat de in *Harrida* toegepaste lijn verschilt van die uit het *Leffers*-arrest.<sup>22</sup>

*Procedurele consequenties van de ont koppeling van belangenafweging en égalité*

Door het wat technische karakter van deze discussie, blijft soms onderbelicht wat de praktische consequenties zijn van de ont koppeling van de égalité en de belangenafweging in zowel de bestuurs- als de privaatrechtelijke rechtspraak. Naar mijn idee heeft zij in elk geval consequenties voor de op de benadeelde rustende bewijslast.<sup>23</sup> Wanneer immers de vraag of een recht op nadeelcompensatie bestaat wordt gezien als een element dat tot uitdrukking moet komen in de zorgvuldige afweging van alle betrokken belangen, ligt het in eerste instantie op de weg van het bestuursorgaan om onderzoek te doen naar de vraag welke ‘speciale en abnormale gevallen’ een mogelijke aanspraak op compensatie hebben. Een mooie illustratie biedt een bestuursrechtelijke zaak waarin de rechtbank Breda zich moest buigen over een onzuiver schadebesluit naar aanleiding van de inwerkingtreding van nieuwe veertarieven, waardoor sommige weggebruikers voortaan zouden moeten betalen voor het gebruik van een aantal veren. Een van de twistpunten was of het bestuursorgaan voldoende onderzoek had gedaan naar de vraag of er onder de gelaedeerden mogelijk ‘speciale’ gevallen waren. De rechtbank overwoog: ‘Verder signaleert de rechtbank dat [art. 3:4 lid 2 Awb] niet alleen verplicht tot een onderzoek naar de omvang van de schade van belanghebbenden die daarom vragen, maar ook tot een vergelijking van deze schade met die van anderen die zich in een vergelijkbare positie als de gelaedeerde belanghebbenden bevinden, en — indien blijkt dat nadeelcompensatie aan de orde kan zijn — tot een beschouwing over de vraag of het aan gevallen besluit desondanks onverkort wordt gehandhaafd.’<sup>24</sup> Deze uitspraak laat zien dat de koppeling van art. 3:4 lid 2 Awb aan het égalitébeginsel een onderzoeksplicht op het bestuursorgaan legt, die ten aanzien van (soms tamelijk onbepaalde) groepen getroffen inzicht moet verschaffen in de vraag of zij een recht op nadeelcompensatie hebben.

Wanneer het schadeveroorzakende handelen echter wordt losgekoppeld van de schending van de égalité wordt het beeld anders. Dan ligt het op de weg van de gelaedeerde om aan te tonen dat het toebrengen van schade in zijn geval onevenredig was. Op hem rust de stelplicht, zodat hij concrete feiten en omstandigheden moet stellen die het oordeel kunnen dragen dat hij onevenredig getroffen is. Uit de civiele rechtspraak valt in dit verband af te leiden dat de getroffene in beginsel wordt vergeleken met anderen die *ook* door de

<sup>22</sup> R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 203.

<sup>23</sup> Zie tevens Tjepkema 2010, p. 580-589.

<sup>24</sup> Rb. Breda 15 oktober 2003, ECLI:NL:RBBRE:2003:BM3073, *Gst.* 2004/34, m.nt. Schlössels.

betreffende maatregel getroffen werden.<sup>25</sup> Maar waar de overheid in de ‘gekoppelde’ benadering aan de slag moest met die informatie, geldt dat in de ‘ontkoppelde’ benadering voor de burger. Hij moet laten blijken ‘welk specifiek onderscheid bestaat tussen de situatie van de zojuist bedoelde ondernemingen en die van andere getroffen ondernemingen’.<sup>26</sup> Het is aan hem om aan te tonen ‘dat het een beperkte groep betreft – en door welke factoren deze groep wordt begrensd.’<sup>27</sup> Het enkele overleggen van de eigen schadeberekening is niet meer voldoende; hij moet *ook* aandacht besteden aan de vraag hoe zijn nadeel zich tot dat van anderen verhoudt. Doet hij dat niet dan voldoet hij niet aanzien stelplicht: ‘Weliswaar heeft [appellant] in eerste aanleg een schadeberekening overgelegd, welke hij in hoger beroep verder heeft uitgewerkt, maar die schadeberekening geeft noch door vergelijking met de schade van andere agrariërs, noch door referentie aan het exploitatieresultaat van [appellant], het hof enig aanknopingspunt voor het oordeel dat de schade van [appellant] onevenredig is.’<sup>28</sup> In elk geval één uitspraak van de Afdeling geeft blijk van een vergelijkbare bewijsverplichting van de getroffene.<sup>29</sup>

Het zal voor de getroffene niet altijd eenvoudig zijn om aan deze stelplicht te voldoen. Het komt er immers op neer dat de getroffene niet alleen inzicht geeft in zijn eigen schade, maar ook in de schade van andere gelaedeerden. De vraag is of hij eenvoudig over die gegevens zal kunnen beschikken. Het enkel aanduiden van hun omzetsdalingen is daartoe niet voldoende; om te weten wat de *schade* is zullen bijvoorbeeld ook kostenbesparingen van hem, maar *ook* van die van andere ondernemingen moeten worden overlegd. Kan van een onderneming worden verwacht dat hij zulke gegevens zonder deskundige bijstand kan interpreteren? Zullen andere ondernemingen bereid zijn die gegevens te verschaffen? Van hoeveel andere getroffenen moeten deze gegevens worden verschaft vooraleer van een enigszins betrouwbaar inzicht in de ‘vergelijkende onevenredigheid’ van diens schade kan worden uitgegaan?

Er is een genuanceerder benadering denkbaar, zoals blijkt uit de uitvoerig gemotiveerde uitspraak van de rechtbank Breda over de veertarieven. De rechtbank stelde dat het primair op de weg van degene die het égalitébeginsel inroept ligt om ‘tot op zekere hoogte aannemelijk te maken dat in zijn specifieke

<sup>25</sup> Rb. Den Haag 3 februari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL6467. Zie voor andere voorbeelden Rb. Den Haag 29 juli 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BL3864, Rb. Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5858, Hof Den Haag 1 maart 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA0878, Hof Amsterdam 22 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BQ6054 (r.o. 4.39). Zie voor een afwijkend geluid Hof Leeuwarden 15 september 2004, ECLINL:GHLEE:2004:AT6858 (‘alle overige ondernemers in Heerenveen’).

<sup>26</sup> Rb. Den Haag 14 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5878.

<sup>27</sup> Hof Amsterdam 22 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:BQ6054.

<sup>28</sup> Hof Amsterdam 1 maart 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA0878. Zie ook Rb. Den Haag 3 februari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL6467, waarin eiseres werd tegen-  
geworpen dat zij had nagelaten inzicht te geven ‘in de financiële situatie van die andere bedrijven in vergelijking tot die van haarzelf.’

<sup>29</sup> ABRvS 30 juli 2013, AB 2014/362, m.nt. Tjepkema (Audio Design).

geval sprake is van onevenredigheid' in die zin dat hij meer structurele schade zal lijden dan een andere persoon of bedrijf wiens positie vergelijkbaar is met die van hem. Dat kan zonder gedetailleerde schadeberekeningen van zichzelf of van andere over te leggen, maar zal bijvoorbeeld betekenen dat hij aantoonbaar dat zijn bedrijf naar zijn aard vatbaarder is om zwaarder te worden getroffen dan nabij gelegen collega-ondernemers. Slaagt hij daarin reeds niet, dan is het bestuursorgaan tot een verdergaande beoordeling van zijn claim niet gehouden. Slaagt hij daarin wél, dan is het aan het bestuursorgaan om in detail na te gaan of zijn positie inderdaad – in vergelijking met andere getroffen – zo uitzonderlijk is dat van een speciale last sprake is. Op die wijze wordt een billijker verdeling van de bewijslast gevonden dan door de getroffene te vragen gegevens over te leggen van vergelijkbare schades bij andere bedrijven.

### 3. De civiele nadeelcompensatierechtspraak: terughoudendheid troef

#### *Accentverschillen bij de toepassing van het égalitébeginsel*

Voor wat betreft de grondslagen van het nadeelcompensatierecht zien we derhalve de tendens dat de bestuursrechtspraak en de civiele rechtspraak tot op grote hoogte convergeren. Kan hetzelfde worden gezegd van de vraag *wanneer* een recht op nadeelcompensatie bestaat? Dit is alleen al vanuit het perspectief van de justitiabele bezien een belangrijke vraag, nu het niet redelijk voorkomt dat hij eerder of juist minder snel recht op nadeelcompensatie heeft al naar gelang de ene of de andere rechter bevoegd is. Een vergelijking van de rechtspraak van de verschillende rechters levert soms inderdaad accentverschillen op:

- De Hoge Raad stelt dat aan het 'gewicht van het met de overheidshandeling gediende belang' zelfstandige betekenis toekomt,<sup>30</sup> terwijl de Afdeling deze factor niet noemt en deze factor in de bestuursrechtspraak geen rol speelt;<sup>31</sup>
- De Hoge Raad oordeelt dat het égalitébeginsel niet van toepassing is op onevenredige schade die voor de overheid onvoorzienbaar was, terwijl de Afdeling meent dat ook voor de overheid onvoorzienbare onevenredige schade voor nadeelcompensatie in aanmerking komt;<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> HR 17 september 2004, *AB* 2006/41, m.nt. Van Ravels. De vraag is of het om een wezenlijk verschil gaat, aangezien kan worden betoogd dat het gediende algemene belang een rol speelt bij de vraag wat de gelaedeerde aan maatregelen dient te voorzien. Vgl. het Hof in de zaak Cagemax: 'Daarbij merkt het hof nog op dat Cagemax niet alleen rekening had moeten houden met maatregelen als de Beschikking of de Regeling, maar ook met de omstandigheid dat dergelijke maatregelen wel eens op zeer korte termijn in werking zouden kunnen treden, nu het immers gaat om maatregelen die de volksgezondheid betreffen.'

<sup>31</sup> ABRvS 18 maart 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH6353, ABRvS 9 april 2014, *AB* 2015/84.

<sup>32</sup> Zie resp. HR 28 mei 2004, *NJ* 2006/430, m.nt. JBMV (TBS) en ABRvS 28 juni 2006, *AB* 2007/20, m.nt. BPMvR en voor een bespreking Tjepkema 2010, p. 263-265.

- De Hoge Raad meent dat de verhuurder die schade ondervindt door rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden in beginsel *niet* tot diens ondernemersrisico behoort. De Afdeling echter is van oordeel dat schade die een verhuurder ondervindt door rechtmatig handhavend optreden (de sluiting van een overlastpand) tot het normale ondernemersrisico behoort.<sup>33</sup>
- De Hoge Raad houdt (waarschijnlijk omdat hij de *égalité* moet toepassen in het kader van art. 6:162 BW) vast aan het onderscheid tussen vestiging en omvang van de aansprakelijkheid.<sup>34</sup> Dit onderscheid is in de bestuursrechtspraak als regel minder goed zichtbaar.<sup>35</sup>

Wereldschokkend is deze opsomming niet. Het gaat om relatieve details, om ‘momenten’ waarop de rechtspraak van de onderscheiden rechters niet helemaal op elkaar lijken aan te sluiten, zonder dat dit tot zodanige ongelijkheid leidt dat onmiddellijk rechtseenheidsoverleg geboden is.

In het restant van deze bijdrage wil ik stilstaan bij een heel ander verschil, namelijk het feit dat de civiele rechter als regel zelf oordeelt over de vraag of een aanspraak op compensatie bestaat, terwijl de bestuursrechter oordeelt over een beslissing van een bestuursorgaan waarin deze al dan niet een compensatieplicht heeft aanvaard. In het ene geval is het dus de rechter zelf die, aan de hand van hetgeen partijen naar voren brengen, zich een beeld moet vormen van de vraag of de overheid aansprakelijk is. In het andere geval oordeelt de rechter over de redelijkheid van een beslissing van een bestuursorgaan waarin deze over zijn eigen aansprakelijkheid heeft moeten oordelen. Dit procedurele verschil heeft grote materiële gevolgen. Laat ik dat om te beginnen illustreren aan de hand van een arrest van het Hof Den Bosch.<sup>36</sup>

#### *Een casus: de veerdienst tussen Megen en Appeltern*

Stichting De Maasveren exploiteert sinds 1983 vijf veerdiensten in de provincies Gelderland en Noord-Brabant. De veerdienst tussen Megen en Appeltern was van 14 januari tot 17 april 2008 verminderd bereikbaar in verband met werkzaamheden aan een gedeelte van de N329. Deze weg was gedeeltelijk in beheer en eigendom van de gemeente en voor een deel bij de provincie. Beide delen van de weg waren in 2008 gelijktijdig afgesloten geweest. De veerdienst derfde in de genoemde periode omzet. Het feitelijke karakter van de werkzaamheden leverde

<sup>33</sup> Zie resp. ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1976, AB 2015/282, m.nt. Tjepkema (Belwinkel Maastricht) en HR 2 oktober 2009, AB 2011/2, m.nt. Tjepkema (Wherestad) en Rb. Dordrecht 12 mei 2011, AB 2011/311, m.nt. Tjepkema.

<sup>34</sup> HR 2 oktober 2011, AB 2011/2, m.nt. Tjepkema (Wherestad).

<sup>35</sup> Vgl. M.K.G. Tjepkema, ‘Het normaal maatschappelijk risico: de allesreiniger van het nadeelcompensatierecht?’, in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak* (Van Ravelsbundel), Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 123-125. Anders: M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 483.

<sup>36</sup> Hof Den Bosch 7 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1264, AB 2015/283, m.nt. Tjepkema.

geen probleem op voor wat betreft de claim aan het adres van de Provincie, die voor dit soort schades kan terugvallen op de Regeling Nadeelcompensatie Infrastructurele Voorzieningen provincie Noord-Brabant 2006. Deze regeling heeft een ruime reikwijdte; zij ziet op schade die voortvloeit ‘uit de rechtmatige uitoefening door de Provincie Noord-Brabant of een van haar bestuursorganen van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid of taak betreffende het in stand houden, wijzigen en zo nodig uitbreiden van het stelsel van infrastructurale voorzieningen’. De provincie vroeg de Stichting Advisering Onroerende Zaken (SAOZ) om advies. De SAOZ meende dat het aandeel van de provincie in de omzetzaling *ex aequo et bono* op 50% zou moeten worden bepaald. Op basis van dit advies, en na toepassing van een korting uit hoofde van het normale ondernemersrisico van 25%, kende de provincie een nadeelcompensatie toe van € 21.391.

Voor het gemeentelijke aandeel in de schade had De Maasveren nog geen compensatie gekregen. De gemeente Oss had niet een met de voornoemde Regeling vergelijkbare beleidsregel of verordening. Voorts weigerde zij om nadeelcompensatie toe te kennen, nu zij meende dat het égalitébeginsel niet geschonden was. Voor de veerdienst zat er niets anders op dan om voor de resterende 50% een civiele procedure te starten. De kantonrechter wees de eis van de veerdienst toe, maar in hoger beroep trok de gemeente alsnog aan het langste eind. De schade van de veerdienst diende, voor wat betreft het gemeentelijk aandeel in die schade, in de visie van het Hof geheel tot het normaal maatschappelijk risico te worden gerekend. Daarbij woog het Hof mee dat het voor De Maasveren te verwachten was dat op enig moment werkzaamheden aan de wegen naar haar veerdiensten zouden plaatsvinden die tijdelijk zouden leiden tot een verminderde bereikbaarheid. Voorts was de duur van de wegfsluiting beperkt tot ongeveer drie maanden, terwijl in een omleidingsroute was voorzien, en waren de financiële gevolgen voor de Maasveren beperkt gebleven tot een omzetzaling van 3,5% vergeleken met de gemiddelde jaaromzet over de vier voorafgaande jaren. Aan het eerder aan de provincie gerichte SAOZ-advies achtte het Hof zich op geen enkele wijze gebonden. Het enkele feit dat de civiele rechtsgang een zo ander resultaat had dan de bestuursrechtelijke weg, was voor het Hof evenmin aanleiding om anders te oordelen: ‘Voor wat betreft de provincie bestond er een wettelijke nadeelcompensatieregeling en is de aanvraag bestuursrechtelijk afgedaan. Wat betreft de gemeente is de zaak civielrechtelijk uitgeprocedeerd. Dit kan tot verschillende uitkomsten leiden, mede afhankelijk van wat de verschillende partijen in de onderscheidenlijke procedures over en weer naar voren brengen, hetgeen in dit geval blijkt.’

Vanuit een procedureel oogpunt kan men betogen dat het ongelukkig is dat een ondernemer als deze twee procedures moet starten om zijn schade zoveel als mogelijk vergoed te krijgen. Dat probleem wordt met de Wet nadeelcompensatie overigens niet verholpen, aangezien ook dan twee nadeelcompensatiebesluiten bij twee bestuursorganen moeten worden aangevraagd. Maar mij interesseert nu vooral het frappante verschil bloot tussen de coulante bestuurs-

rechtelijke afdoening van het geschil en de veel strengere lijn van het Hof, en dat in een casus die ziet op exact dezelfde schade, ten gevolge van exact dezelfde schadeoorzaak. Hoe moet dit verschil verklaard en geduid worden? In het restant van deze paragraaf zal ik betogen dat het arrest van het Hof goed aansluit op de algemene lijn van de civiele rechter in nadeelcompensatiezaken, die over het algemeen streng is.

### *De hoge drempels voor nadeelcompensatie bij de civiele rechter*

Bovenstaande casus raakt aan een punt dat de laatste tijd volop in de belangstelling staat: wie is het beste in staat om te bepalen of schade onevenredig is? Ligt hier een taak voor het bestuur of vooral voor de rechter? Wat is in dit verband de rol van de deskundige? Wat men ook moge vinden van het feit dat burgers en ondernemers soms de – als burgeronvriendelijk ervaren – weg naar de burgerlijke rechter moeten bewandelen, feit is dat de civiele rechtspraak bij uitstek recht doet aan de aard van het égalitébeginsel als een principe dat slechts in *uitzonderingsgevallen* geschonden wordt. Het is wat dat betreft veelzeggend dat ruim zeventig jaar civiele nadeelcompensatierechtspraak een relatief compact en te overzien corpus aan schendingen van het égalitébeginsel laat zien.

Neem de *Leffers*-doctrine: gevallen die zien op schade ten gevolge van op zichzelf rechtmatige maatregelen die een – veelal structurele – beperking opleveren van een (deel van de) bedrijfsvoering. Het *Leffers*-arrest blijft het meest aansprekende voorbeeld; maar er zijn veel latere gevallen, bijvoorbeeld over exploitanten van gokhallen,<sup>37</sup> importeurs van rundvlees,<sup>38</sup> handelaren in diervoeder,<sup>39</sup> voormalig dierverloskundigen,<sup>40</sup> melkveehouders<sup>41</sup> en exploitanten van paddo- en growshops.<sup>42</sup> Op dit belangrijke deel van de civiele nadeelcompensatiejurisprudentie werpen de speciale en de abnormale last serieuze drempels op. Zelfs vijftieng jaar na dato blijft het *Leffers*-arrest de maat waarlangs de nadeelcompensatieplicht bij schade ten gevolge van regelgeving wordt gelegd. De gelaedeerde zal aannemelijk moeten maken dat hij voldoet aan twee cumulatieve eisen: de handeling dient ‘plotseling opgelegd’ te zijn en ‘drastische’ gevolgen hebben, zoals de Hoge Raad het in *Leffers* formuleerde.<sup>43</sup>

Het *Harrida*-arrest uit 2003 laat zien dat de uitgangspunten uit het *Leffers*-arrest niet aan relevantie hebben ingeboet. In *Harrida* speelde mee dat het importverbod werd uitgevaardigd nadat het Nederlandse bewindslieden plotseling duidelijk was geworden dat consumptie van met BSE besmet rund-

<sup>37</sup> HR 21 oktober 1994, *NJ*1996/231 (Krijco) en HR 5 januari 2001, *JOL* 2001/4 (Arrosel).

<sup>38</sup> HR 20 juni 2003, *AB* 2004/84, m.nt. PvB (Harrida).

<sup>39</sup> HR 11 september 2009, *AB* 2010/13, m.nt. BPMvR (Cagemax).

<sup>40</sup> HR 15 oktober 2004, *NJ*2005/67, m.nt. Koopmans (Dierenartsassistenten).

<sup>41</sup> HR 18 april 1997, *NJ*1997/456 (De Waal/Staat).

<sup>42</sup> Hof Den Haag 14 april 2009, *NJF*2009/180 (Paddoverbod).

<sup>43</sup> HR 18 januari 1991, *NJ*1992/638 (Leffers): ‘Niet kan worden gezegd dat een 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’.

vlees kon leiden tot de bij mensen dodelijke aandoening Creutzfeldt-Jakob.<sup>44</sup> Gaat het – anders dan in de *Harrida*-casus – om *bekende* risico's, dan wordt van de ondernemer een hoge mate van alertheid verwacht. Hij dient dan bijvoorbeeld ook rekening te houden met de omstandigheid dat maatregelen ter bescherming van de volksgezondheid op zeer korte termijn worden genomen, zo oordeelden Hof en Hoge Raad in het *Cagemax*-arrest. Dat het nationale verbod tot het verwerken van dierlijke eiwitten in diervoeders voor landbouwhuisdieren in werking trad vier dagen (!) na een door de Europese Raad van Ministers genomen beschikking, was nog geen reden om de *égalité* geschonden te achten, net zo min als het feit dat de schade vrij groot was (€ 1.5 miljoen aan onverkoopbare voorraden). *Cagemax* had er nu eenmaal verstandiger aan gedaan om niet zulke grote voorraden aan te leggen. Ook in alle andere zojuist genoemde gevallen werd geen schending van de *égalité* aangenomen.

Op deze terughoudende interpretatie van het *égalité*-beginsel in de civiele jurisprudentie zijn uitzonderingen, zoals de vrij ruime bescherming die onschuldige derden bij rechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden aan de jurisprudentie van de Hoge Raad kunnen ontlenen.<sup>45</sup> Als hoofdregel zien we echter dat de civiele rechter niet snel aanneemt dat de *égalité* tot vergoeding dwingt; ook buiten de *Leffers*-doctrine zijn schendingen van de *égalité* schaars.<sup>46</sup> De civiele jurisprudentie leert, om nog iets preciezer te zijn, dat de rechter een vrij natuurlijke neiging heeft om primair te bezien of de schadeveroorzakende maatregel en haar gevolgen *in abstracto* voorzienbaar waren en aan die factor vervolgens een zwaar gewicht toe te kennen. Het enkele feit dat de schade vrij groot is, zal in dat licht niet snel doorslaggevend zijn, nu de ondernemer immers met de schade rekening diende te houden. Wat de jurisprudentie verder laat zien is dat de civiele rechter er geen enkele moeite mee heeft om de vraag of nadeel onevenredig zelf te beantwoorden. Met dat beeld in het achterhoofd wil ik nu enkele lijnen schetsen in de rechtspraak van de bestuursrechter.

#### 4. De twee gezichten van de bestuursrechtelijke nadeelcompensatie

##### *De hoge drempels voor nadeelcompensatie bij de bestuursrechter*

Er is een duidelijke parallel tussen de civiel- en de bestuursrechtelijke jurisprudentie in die zin dat ook in bestuursrechtelijke procedures het normaal maat-

---

<sup>44</sup> Ook in de jurisprudentie van het CBB is een dergelijke 'escape' overigens aanvaard bij een ziekte waarvan voorheen niet bekend was dat deze zich ook bij kuitplanten kon voordoen (CBB 16 april 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI4350 (Vernietiging kuitplanten)).

<sup>45</sup> Zie de recente toepassing van de *Lavrijsen*-regel in HR 13 september 2013, *AB* 2013/393, m.nt. FvO.

<sup>46</sup> Voorbeelden zijn er natuurlijk wel. Zie bijv. Rb. Den Haag 21 februari 2007, *Gst.* 2007/74, m.nt. Schutgens (XS4all), Rb. Den Haag 13 november 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15364 (Swill), Hof Den Haag 8 april 2004, *NJF*2004/456 (Vrije heroïneverstrekking naast sportschool).

schappelijk risico een hoge drempel aan justitiabelen opwerpt. Daarbij laat de bestuursrechter soms niet na om in abstracto te overwegen dat een bepaald type schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort. Standaardvoorbeeld is de jurisprudentie over de schade ten gevolge van rechtmatige verkeersmaatregelen, die in beginsel, bijzondere omstandigheden daargelaten, tot het normaal maatschappelijk risico wordt gerekend.<sup>47</sup> Voor schade ten gevolge van de aanwezigheid van bomen geldt hetzelfde.<sup>48</sup> Bij planschade geldt voorts dat schade ten gevolge van de inbreiding van woning in een bestaande dorpskern als een normale maatschappelijke ontwikkeling moet worden aangemerkt.<sup>49</sup> Ook neemt de Afdeling, net als de civiele rechter, aan dat de schadelijke gevolgen van handelingen snel tot het normale ondernemersrisico moeten worden gerekend wanneer het voor een onderneming objectief voorzienbaar is dat maatregelen kunnen worden genomen. Zo wierp de Afdeling kokkelvissers wier vergunning werd ingetrokken onder meer tegen dat in andere landen al vergelijkbare beperkende maatregelen waren getroffen.<sup>50</sup>

Vermelding verdient in dit verband ook dat de bestuursrechter weliswaar niet zelf, 'vol' oordeelt over het bestaan van een recht op nadeelcompensatie, maar in de bestuursrechtspraak wel een duidelijke tendens bespeurbaar is naar een steeds indringender toets van zelfstandige nadeelcompensatiebesluiten. Dat zien we bijvoorbeeld in de jurisprudentie over door het bestuursorgaan toegepaste drempelpercentages, die het bestuursorgaan goed moet motiveren. Zoals de Afdeling het stelde in de uitspraak *De Wouwse Tol*: '[d]e vaststelling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico of normaal ondernemersrisico [is] in de eerste plaats aan het bestuursorgaan. Deze komt daarbij beoordelingsvrijheid toe. Het bestuursorgaan zal zijn vaststelling naar behoren moeten onderbouwen. De bestuursrechter toetst de besluitvorming op rechtmatigheid en daarmee dus ook aan het *égalité*beginsel.'<sup>51</sup> Hoewel de Afdeling in *De Wouwse Tol* overwoog dat het niet aan de bestuursrechter is om zelf een percentage vast te stellen, kan dit anders zijn wanneer het bestuursorgaan in staat is gesteld een percentage toe te passen, maar de rechter oordeelt dat dit percentage onjuist is vastgesteld. Hij kan het percentage dan naar beneden bijstellen<sup>52</sup> of, wanneer een draagplichtige derde tegen het besluit (meestal een planschadebesluit) is opgekomen, naar boven.<sup>53</sup> Zo zien we dat zowel bij planschade als bij nadeelcompensatie consensus bestaat over de mogelijkheid om soms een 5%-waardedrempel toe te passen. In de planschadezaak *Mook en Middelaar* stelde de Afdeling deze drempel zelf vast, gelet op het feit dat de

<sup>47</sup> ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2005/214, m.nt. Bitter en voor meer verwijzingen B.P.M. van Ravels, 'Hoe groot is het normale maatschappelijke risico?', *NTB* 2014/1, p. 6.

<sup>48</sup> ABRvS 24 september 2003, *AB* 2004/21, m.nt. Bitter.

<sup>49</sup> ABRvS 29 februari 2012, *AB* 2013/78, m.nt. Tjepkema.

<sup>50</sup> ABRvS 27 april 2011, *AB* 2011/150, m.nt. Van Ravels.

<sup>51</sup> ABRvS 5 december 2012, *AB* 2013/222, m.nt. Tjepkema.

<sup>52</sup> Zie ABRvS 19 februari 2014, *AB* 2015/183 (Kustversterking Noordwijk).

<sup>53</sup> ABRvS 1 juli 2015, *BR* 2015/83, m.nt. Franssen (Planschade Mook en Middelaar).

betreffende planologische ontwikkeling in sterke mate in de lijn der verwachtingen lag.<sup>54</sup> Deze jurisprudentie laat heel treffend zien dat de bestuursrechter een waardevolle bijdrage kan leveren aan de bepaling van de omvang van het normaal maatschappelijk risico, en daarmee ook een belangrijke bijdrage kan leveren aan de rechtszekerheid. Gelet op deze steeds minder terughoudende toetsing aan het égalitébeginsel heeft de Afdeling in een recente uitspraak geoordeeld dat bestuursorganen beoordelingsruimte (en dus niet, zoals in *De Wouwse Tol I* nog werd opgemerkt, beoordelingsvrijheid) toekomt bij de toepassing van het égalitébeginsel.<sup>55</sup> Dat is een duidelijk signaal dat een te terughoudende toepassing van het égalitébeginsel op een steeds vollere rechterlijke toets kan rekenen, waarbij over de band van de eis van een goede motivering aan het bestuurlijk oordeel steeds hogere eisen worden gesteld. Kortom, voor de in de literatuur lange tijd verdedigde stelling dat de bestuursrechter terughoudend moet toetsen aan het normaal maatschappelijk risico, omdat het bij dat criterium gaat om de politieke vraag hoe diep het bestuur in de belangen van burgers mag ingrijpen,<sup>56</sup> biedt de bestuursrechtspraak zeker niet meer onverkort steun.

#### *De lage drempels voor nadeelcompensatie bij de bestuursrechter*

Toch is het vaak ook lastig om een helder antwoord te formuleren op de vraag in welke gevallen de bestuursrechter van oordeel is dat schade onevenredig is. Anders dan de civiele rechter is het primaire oordeel over het bestaan van aansprakelijkheid immers niet het oordeel van de rechter, maar van een bestuursorgaan. De bestuursrechter oordeelt over de rechtmatigheid van een schadebesluit van een bestuursorgaan waarin dit orgaan als eerst heeft bepaald of het aansprakelijk is. Daarbij trekt de bestuursrechter wel grenzen, en hij doet dat zelfs in toenemende mate, maar dat is nog altijd niet hetzelfde als *zelf* oordelen over de vraag of het nadeel onevenredig is. De vraag of het bestuursorgaan een juiste interpretatie aan het égalitébeginsel heeft gegeven betreft een vraag die de bestuursrechter primair zal moeten toetsen over de band van het motiveringsbeginsel.

In dat licht heeft de genoemde intensievere toets aan het normaal maatschappelijk risico ook een keerzijde. Want waar de bestuursrechter de motivering van nadeelcompensatiebesluiten steeds kritischer beziet, kan dit voor bestuursorganen aanleiding zijn om aan de veilige kant te gaan zitten en wat coulanter te compenseren. Ook kunnen er andere redenen zijn, zoals de wens om te voorkomen dat grote groepen ondernemingen ten gevolge van

<sup>54</sup> ABRvS 19 februari 2014, AB 2015/183, m.nt. Tjepkema (*Schiphol*) en ABRvS 1 juli 2015 TBR 2015/132, m.nt. T.W. Franssen (Planschade Mook en Middelaar).

<sup>55</sup> ABRvS 24 december 2014, AB 2015/117, m.nt. Lam.

<sup>56</sup> B.J. Schueler, 'Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht', in: J.E. Hoitink e.a. (red.), *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (VAR-Reeks 128), Den Haag: BJu 2002, p. 138, en N. Verheij, 'Overheidsaansprakelijkheid in de Awb. Vragen voor de wetgever', *O&A* 2002, p. 125.

rechtmatige overheidsmaatregelen in financieel (te) zwaar weer terecht komen, om wat ruimhartiger te compenseren. Van Ravels wijst op een ontwikkeling waarbij soms meer compensatie wordt toegekend dan waartoe het gehouden is, bijvoorbeeld om een vlotte gang van zaken te bevorderen, maatschappelijke of politieke goodwill te behouden of te bevorderen of om lastige procedures te vermijden. Dat gaat gepaard met een rekkelijke interpretatie van het begrippenpaar ‘speciaal en abnormaal’, zodat ook relatief grote groepen ondernemers soms een aanspraak op compensatie hebben.<sup>57</sup> Een voorbeeld is de groot-scheepse wijziging van de Vlissingse binnenstad (het project ‘Fonteyne’), waarvoor bij de berekening van het normale ondernemersrisico werd uitgegaan van kortingen van 25%, daar waar voor vergelijkbare projecten ook – minder ondernemersvriendelijke maar door de rechter ook goedgekeurde – drempels zijn toegepast.<sup>58</sup> Door een dergelijke coulante praktijk zal de bestuursrechter niet snel een streep halen. Wat de bestuursrechter kan, is ingrijpen wanneer het bestuursorgaan het normaal maatschappelijk risico te hoog stelt is, zoals is gebeurd in de zaak *Hollandse Brug*.<sup>59</sup> Wat hij niet kan en zal doen is zijn eigen, voor de burger minder gunstige interpretatie van het normaal maatschappelijk risico in de plaats stellen van de gunstiger interpretatie door het bestuursorgaan, bijvoorbeeld door de (als regel voor de burger strengere) drempelmethode voor te schrijven wanneer het bestuursorgaan voor de kortingsmethode heeft gekozen. Daarom denk ik dat vooral in die coulantere compensatiepraktijk het beste naar voren komt dat het normaal maatschappelijk risico niet een zuivere juridische, maar mede een politieke norm is, die bestuursorganen in enige mate zelf naar hun hand kunnen zetten. De steeds vollere toets aan het égalitébeginsel gaat vanzelfsprekend niet zo ver dat de bestuursrechter een zelfstandig schadebesluit waarbij weliswaar enige, doch een in de visie van de gelaedeerde te geringe compensatie wordt verstrekt, ambtshalve vernietigt omdat het bestuursorgaan überhaupt geen nadeelcompensatie had moeten toekennen. Zou hij dat wel doen, dan handelt hij in strijd met het verbod van *reformatio in peius*, aangezien de getroffenere er dan slechter vanaf komt door van zijn rechtsbeschermingsmogelijkheden gebruik te maken.

Ook de rol die deskundigen spelen moet in dit verband niet worden onderschat. Bestuursorganen hebben als regel niet de kennis in huis om de gedegen motivering te leveren die de bestuursrechter van hen vraagt. Dat is koren op de molen voor deskundigenbureaus, die bij adviezen om planschade zelfs *moeten* worden ingeschakeld om een oordeel te geven over de omvang van de schade en de vergoedbaarheid daarvan (art. 6.1.3.4 Besluit ruimtelijke ordening). Bij die toets aan de vergoedbaarheid van het nadeel is de deskundige

<sup>57</sup> B.P.M. van Ravels, ‘“Harde” en “snelle” regels bij de afbakening van het normale maatschappelijke risico?’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren?*, Deventer: Kluwer 2012, p. 371.

<sup>58</sup> Zie nader M.A.E. Planken & M.K.G. Tjepkema, ‘Drempels en kortingen bij nadeelcompensatie na *De Wouwse Tol*, *O&A* 2015, p. 4.

<sup>59</sup> ABRvS 5 juni 2013, *AB* 2013/222, m.nt. Tjepkema (*Hollandse Brug*).

soms opmerkelijk coulant. Typerend is de nog steeds tamelijk terughoudende planschaderechtspraak. Het normaal maatschappelijk risico lijkt in de huidige planschaderechtspraak vooral te fungeren als een standaardafreepost, waarbij 2% van de waarde van de onroerende zaak weliswaar voor eigen rekening blijft, maar het bestuursorgaan, daarin verplicht bijgestaan door een deskundige, nog tamelijk terughoudend is met het verkennen of er factoren aanwezig zijn die rechtvaardigen dat een hoger percentage dan 2% voor rekening van de betrokkene wordt gelaten.<sup>60</sup> De vraag is of daarmee voldoende recht wordt gedaan aan de wil van de wetgever, die immers bepaalde dat *in ieder geval* twee procent van de waarde van een onroerende zaak tot het normaal maatschappelijk risico kan worden gerekend.

De aangehaalde casus over De Maasveren laat die rol van de deskundige goed zien. In haar advies had de SAOZ vrij summier gemotiveerd waarom zij – anders dan het Hof – van oordeel was dat de schade van Stichting De Maasveren onevenredig was. Gesteld werd slechts dat ‘de uitgevoerde werkzaamheden, gegeven de aard, omvang en duur ervan en gelet op de afhankelijkheid van [de Maasveren] per saldo het normale verwachtingspatroon van verzoeker heeft overstegen, zodat wij in beginsel aanleiding zien nader te onderzoeken of de werkzaamheden hebben geleid tot een concrete overschrijding van het normale maatschappelijk risico van verzoeker’. Dat nader onderzoek leidde tot een korting van 25%. De SAOZ adviseerde niet de toepassing van de drempelmethode, waarschijnlijk omdat dat – gelet op het lage percentage van 3,5% – niet tot toekenning van nadeelcompensatie zou hebben geleid. En stel dat de Stichting dit schadebesluit zou hebben aangevochten omdat de korting in haar visie te hoog was, dan zou de Afdeling hoogstens hebben kunnen oordelen – wat in deze casus overigens niet aannemelijk is – dat de toegepaste korting te hoog was en zelf de correcte hoogte hebben kunnen vaststellen.<sup>61</sup>

Deze voorbeelden kunnen met andere worden aangevuld. Het voorbeeld van de compensatie aan de kokkelvisserij is reeds uitvoerig besproken.<sup>62</sup> Ook op gemeentelijk niveau zien we voorbeelden van ‘poldercompensatie’. Neem de casus over enkele nachtzaken in Arnhem, die schade leden ten gevolge van de verruiming van de openingstijden van andere horecagelegenheden. De civiele rechter oordeelde dat binnen de gemeente vanaf midden jaren 80 stemmen

---

<sup>60</sup> Zie bijv. ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1251, ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:845, ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:176. Dit was reeds voorspeld door W. Dijkshoorn, ‘Over de problemen die “in ieder geval” en “twee procent” in artikel 6.2 Wro met zich brengen en hoe deze problemen kunnen worden opgelost’, *Gst.* 2011/93. Deze jurisprudentie wordt nader uitgewerkt in een preadvies dat ik samen met Berthy van den Broek schreef voor de Vereniging voor Bouwrecht en dat eind 2015 in de jaarvergadering zal worden besproken.

<sup>61</sup> Zie bijv. ABRvS 25 september 2013, *Gst.* 2014/7, m.nt. Lagerweij-Duits, ABRvS 24 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI9694, ABRvS 15 mei 2002, ECLI:NL:RVS:AF2594.

<sup>62</sup> J.E. Hoitink & Ch.W. Backes, ‘Financiële compensatie mechanische kokkelvisserij: politieke keuze of juridische noodzaak?’, *O&A* 2006/4.

opgingen voor een verruiming van de openingstijden van horeca-inrichtingen. Die inrichtingen konden dus niet gerechtvaardigd vertrouwen dat het beleid ongewijzigd zou blijven.<sup>63</sup> Hoe moeten we in dat licht nu denken over het feit dat de gemeente, op advies van een nadeelcompensatiecommissie, aan een niet langer rendabele discotheek alsnog een compensatie toekende?<sup>64</sup> Zou een civiele rechter ooit hebben geoordeeld dat de schade die deze discotheek ondervond door toegenomen concurrentie (over ondernemersrisico gesproken) zelfs na het verstrijken van de overgangstermijn zo ernstig en onvoorzienbaar was dat de gemeenschap daarvoor de rekening moet betalen? Ik kan die vraag niet met zekerheid beantwoorden, maar heb zo mijn vermoedens. Opmerkelijk is in elk geval dat, waar de civiele rechter een natuurlijke neiging laat zien om aan de voorzienbaarheid *in abstracto* te toetsen, deze factor bij dit soort coulante compensaties geen rol van betekenis lijkt te spelen.

##### 5. Dringend gewenst: een debat over het besluitmodel bij nadeelcompensatie

Ik heb in het voorgaande getracht enige karakteristieken van het civiel- en het bestuursrechtelijke nadeelcompensatie in kaart te brengen. Mijn conclusie is dat de civiele rechter zeer restrictief is bij het aannemen van schendingen van het *égalité*beginsel. Een schending van de *égalité* is hoe dan ook een ‘gunst’ die in de loop der decennia slechts aan enkelingen is voorbehouden. Hoewel er veel bestuursrechtspraak is die ook recht doet aan dit uitgangspunt van terughoudendheid, is in de bestuurs*praktijk* geregeld een veel coulantere benadering van het recht op nadeelcompensatie te ontwaren, die laat zien dat het bestuursorgaan nog altijd een belangrijke voortrekkersrol heeft bij de vraag of nadeel als onevenredig moet worden beschouwd.

De functie die nadeelcompensatie heeft als ‘smeerolie’ van omstreden maatschappelijke trajecten is voor die coulante benadering een belangrijke verklaring. Voor wat betreft de gunstige interpretatie die deskundigen soms aan de dag leggen bij het oordelen over onevenredigheid moet bovendien worden bedacht dat zij veelal nog steeds het ‘denkraam’ toepassen van art. 49 WRO, op basis waarvan planschade vrij ruimhartig werd gecompenseerd. Zonder twijfel speelt verder een rol dat deskundigen hun broodwinning danken aan het feit *dat* het nadeelcompensatierecht in de bestuursrechtelijke praktijk zo alomtegenwoordig is. Zij hebben geen enkel financieel belang bij een brede toepassing van de voorzienbaarheid *in abstracto* of hoge drempelpercentages. Zelfs wanneer het bestuursorgaan het advies van de deskundige te vriendelijk voor de ondernemer of burger zou vinden, dan nog speelt zijn kennisgebrek hem parten. Want wil het bestuursorgaan van het advies afwijken, dan zal hij dat gemotiveerd moeten doen (vgl. art. 3:49/50 Awb).<sup>65</sup> Betoogt het bestuursorgaan voorts

<sup>63</sup> Rb. Arnhem 26 april 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AW4053.

<sup>64</sup> Rb. Oost-Nederland 12 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ2620.

<sup>65</sup> Zie over deze bepalingen ook D.A. Lubach, ‘Advisering inzake nadeelcompensatie: wisselwerking tussen adviescommissie, bestuur en verzoeker’, in: T.W. Franssen e.a.

pas ten overstaan van de rechter dat hij het normaal maatschappelijk risico liever iets minder coulant zou hebben willen interpreteren, dan is het te laat. Zo overwoog het college van B&W van Maastricht in een planschadezaak dat het normaal maatschappelijk risico op een hoger percentage had moeten worden gesteld en dat het in zoverre dus ten onrechte het SAOZ-advies had gevolgd.<sup>66</sup> De Afdeling zag geen aanleiding om het college te volgen, aangezien het college er zelf voor had gekozen om te besluiten in overeenstemming met het SAOZ-advies en dit besluit bij de rechtbank ter toetsing had voorgelegd. Een begrijpelijk oordeel van de Afdeling, dat echter wel laat zien dat het besluitmodel de mogelijkheden om nog voor de rechter te debatteren over de omvang van het normaal maatschappelijk risico in sterke mate beperkt.

Ik wil de rol van deskundigen zeker niet bagatelliseren. Bij het taxeren van de schade is hun expertise zeer welkom, zeker op het terrein van het planschade-recht. Ik zie echter niet in dat hetzelfde geldt voor de bepaling van de vraag of op de gelaedeerde een onevenredige last rust. Geconstateerd moet worden dat de Afdeling hier een wat onvaste koers vaart. Enerzijds heeft het bestuursorgaan ‘beoordelingsruimte’ bij de interpretatie van het normaal maatschappelijk risico, wat impliceert dat de rechter zijn eigen oordeel voor dat van het bestuursorgaan in de plaats kan stellen. Anderzijds zien we in uitspraken soms nog een tamelijk formalistische toets: ook als de Afdeling zelf een knoop zou kunnen doorhakken, laat zij dit om niet altijd duidelijke redenen na. Typerend is een overweging in een recente Afdelingsuitspraak waarin een projectontwikkelaar werd tegengeworpen dat hij niet ‘*met het rapport van een andere deskundige aannemelijk gemaakt*’ dat de schade ten gevolge van een planologische ontwikkeling in de lijn der verwachtingen zou liggen.<sup>67</sup> Waarom, zo kan men zich afvragen, bepaalt de Afdeling niet zelf of de schade ‘in de lijn der verwachtingen’ ligt, zeker nu dit de rechtszekerheid voor ook andere planschadegeschillen alleen maar kan dienen? Wat is de zin van een nieuwe ‘rondje deskundigen’ om een oordeel te geven over het normaal maatschappelijk risico als de bestuursrechter hierover ook zelf kan oordelen? Mijns inziens zou de bestuursrechter hier een voorbeeld kunnen nemen aan de civiele rechter, die laat zien dat de aan het normaal maatschappelijk risico verbonden subcriteria ook bij de rechter in uitstekende handen zijn.

De in de titel van deze bijdrage gestelde vraag – wie moet oordelen over onevenredigheid? – zou ik dan ook willen beantwoorden met: de rechter, meer in het bijzonder de bestuursrechter. Dat antwoord vergt mijns inziens ook een bezinning op het besluitmodel als noodzakelijke rechtsingang voor verzoeken

---

(red.), *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel), Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 73 e.v.

<sup>66</sup> ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3796.

<sup>67</sup> ABRvS 8 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3636. Dat het normaal maatschappelijk risico tot het domein van de deskundige zou behoren zien we ook in ABRvS 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1408, sub 13 en ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1539, sub 10.3.

om nadeelcompensatie. Dat model heeft zeker voordelen. Het zorgt ervoor dat geschillen over nadeelcompensatie ook zonder rechterlijke bemoeienis kunnen worden afgedaan. Voor de wetgever speelt verder mee dat wanneer een groot (meestal infrastructuureel) project tot veel nadeelcompensatieaanvragen leidt, het bestuursorgaan de aanvragen in onderlinge samenhang beoordelen. Ook meent de wetgever dat het bestuursorgaan het beste in staat is om een eerste beoordeling te geven van de gegrondheid van het verzoek, gelet op diens betrokkenheid bij het schadeveroorzakende complex van besluiten of handelingen.<sup>68</sup> Met name door dit laatste argument ben ik niet overtuigd – gelet op het feit dat ook bestuursorganen nog vaak moeten terugvallen op deskundigenadviezen – maar het is duidelijk: er zijn enige voordelen aan het besluitmodel verbonden.

Nadelen zijn er ook. Schlössels heeft bijvoorbeeld gewezen op de stroperigheid van het besluitmodel.<sup>69</sup> In mijn proefschrift heb ik dit uitgewerkt voor de casus waarin een gelaedeerde primair de rechtmatigheid van het besluit betwist en subsidiair nadeelcompensatie wenst. Wanneer de primaire vordering strandt, valt er vanuit een oogpunt van proceseconomie veel voor te zeggen dat de rechter in dezelfde procedure een oordeel kan geven over een eventuele aanspraak op nadeelcompensatie. De noodzaak om daarover eerst het bestuursorgaan te laten beslissen levert onnodige vertraging op, terwijl de rechter in zo'n geval bekend is met het schadecomplex en (als het goed is) ook met de omvang van de schade.<sup>70</sup> Ook de Raad van State lijkt hierin wat te zien. Zij heeft gesteld dat een verzoekschriftprocedure hangende de procedure tegen een schadeveroorzakend besluit toepassing zou kunnen vinden (voor het geval geen vernietiging volgt). Op die manier kan de benadeelde zijn schadeclaim op een snelle en eenvoudige wijze, onafhankelijk van de procedure tegen het schadeveroorzakende besluit, bij de rechter aanhangig maken en krijgt hij relatief snel een definitief rechterlijk oordeel over zijn schadevergoedingsverzoek.<sup>71</sup> De door de regering aangedragen overwegingen om dit niet te doen – omdat de rechter 'rauwelijks' zou worden overvallen met vragen die aan bestuursorganen zijn voorbehouden – kunnen zeker in het licht van de huidige stand van zaken in de jurisprudentie niet overtuigen. Ook Polak heeft dit voorstel recentelijk ondersteund.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 3 (MvT), p. 20.

<sup>69</sup> R.J.N. Schlössels, 'Nadeelcompensatie en het égalité-beginsel: chaos of ius commune?', *Gst.* 2002-7161, p. 181-190. Zie ook zijn 'Discretionair aansprakelijkheidsrecht? Overheidsaansprakelijkheid en trias, in het bijzonder bij rechtmatige overheidsdaad', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren. Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 29-47.

<sup>70</sup> Tjepkema 2010, p. 596-601.

<sup>71</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nr. 4 (Advies Raad van State en nader rapport).

<sup>72</sup> J.E.M. Polak, 'De verzoekschriftprocedure bij onrechtmatige besluiten als begin van tweede weg in het bestuursprocesrecht?', in: T.W. Franssen e.a. (red.), *Op het grensvlak* (Van Ravels-bundel), Den Haag: Stichting instituut voor Bouwrecht 2014, p. 173-174.

Uit deze bijdrage kunnen nog meer nadelen worden gedestilleerd. De steeds vollere bestuursrechtelijke toets aan het *égalité*beginsel ten spijt, zijn er veel gevallen waarin de rechter moet oordelen over beweerdelijke schendingen van het *égalité*beginsel zonder dat we over een principiële rechterlijk oordeel beschikken over de vraag of van zo'n schending werkelijk sprake was. De vraag is derhalve of het besluitmodel wel bijdraagt aan een verantwoorde besteding van gemeenschapsmiddelen. Een nadeel is verder dat dit model een geringe bijdrage levert aan rechtszekerheid, gelet op de zeer uiteenlopende wijze waarop bestuursorganen (daarin deskundig bijgestaan) invulling geven aan het begrip 'onevenredig nadeel'. Die rechtsonzekerheid is een voedingsbodem voor node-loze procedures, waarbij ik in het bijzonder denk aan de willekeur van kortingspercentages en de treurigstemmende procedures die naar aanleiding daarvan geregeld worden gevoerd. Tot slot, en dat is een argument waarvoor de wetgever in elk geval gevoelig zou moeten zijn, kan de vraag worden gesteld of de verdere voortschrijding van het besluitmodel – dat onder de Wet nadeelcompensatie immers ook zal zien op schade ten gevolge van algemeen verbindende voorschriften, beleidsregels en feitelijke handelingen – wel 'budgetneutraal' kan worden uitgevoerd, zoals minister Opstelten in de Tweede Kamer heeft beweerd.<sup>73</sup> De laagdrempeliger toegang tot de bestuursrechter zal immers waarschijnlijk leiden tot meer aanvragen, een waarschijnlijk nog prominenter rol van deskundigen en mogelijk nog meer 'veilige' toekenningen van nadeelcompensatie, daar waar het vooruitzicht een civiele procedure te moeten voeren thans soms niet eens tot een aanvraag leidt. Dat is geen argument om de zaken te laten zoals ze nu zijn, maar wel een aansporing om beter te doordenken hoe ook bij procedures bij de bestuursrechter aan deze bezwaren kan worden tegemoetgekomen.

Een aspect dat in deze discussie tevens aandacht verdient is welke *functie* van het *égalité*beginsel de wetgever zou moeten voorstaan. Zien we dit beginsel vooral als een principe waarop in crepeergevallen compensatie kan worden gebaseerd of moet het ook een solide basis bieden voor 'smeerolie, die moet helpen [omstreden] maatregelen maatschappelijk aanvaardbaar te maken'?<sup>74</sup> Ik ontken die laatste functie van nadeelcompensatie niet, maar wil ook waarschuwen voor een doorgeschoten compensatiecultuur en alle uitwassen die daarbij horen: advisering op haast industriële schaal, hoge transactiekosten en hooggespannen verwachtingen van burgers, die hun weg richting overheid onder de nieuwe Wet nog makkelijker zullen weten te vinden. Ik heb de stellige indruk dat Nederland hier, ook binnen Europa, een voortrekkersrol vervult waarvan we ons moeten afvragen of we die ook moeten willen vervullen.

Het voorgaande roept tal van vragen op, waarbij verschillende scenario's denkbaar zijn. Een verzoekschriftprocedure *in aanvulling* op het besluitmodel, zoals de Raad van State heeft voorgesteld, zou een mooi begin zijn. Denkbaar zou ook zijn om in beginsel de verzoekschriftprocedure voor te schrijven, maar

<sup>73</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 32 450, nr. 17, p. 33.

<sup>74</sup> Schueler 2013, p. 198.

dat de Awb de mogelijkheid openhoudt om voor grote projecten wets-interpreterende beleidsregels te blijven vaststellen, op basis waarvan het betrokken bestuursorgaan schadebesluiten kan nemen. Dat zou de noodzaak wegnemen voor de rechter om grote aantallen (soms, zoals in het geval van het Schadeschap Schiphol, duizenden) claims te moeten verwerken. Dit is overigens een probleem dat veel breder speelt dan enkel bij nadeelcompensatie; als de Awb beter is ingericht op de efficiënte afdoening van massale geschillen, zou deze optie wellicht niet nodig zijn.<sup>75</sup> Al met al spreek ik de hoop uit dat de civielrechtelijke nadeelcompensatierechtspraak in elk geval één erfenis nalaat: een herwaardering van de rol van de rechter.

---

<sup>75</sup> Zie hierover Y.E. Schuurmans, 'Massale procedures in het bestuursrecht, *NJB* 88, p. 1314-1323.