



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kustbeschermingsmaatregelen, Bouwverbod, Individuele last, Niet benutten van bouwmogelijkheden.

Tjepkema, M.K.G.

Citation

Tjepkema, M. K. G. (2017). Kustbeschermingsmaatregelen, Bouwverbod, Individuele last, Niet benutten van bouwmogelijkheden. *European Human Rights Cases*, 18(1), 33-37.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/58235>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/58235>

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

EHRC 2017/6, EHRM, 06-10-2016, 40886/06, 51946/07 (annotatie)

Gegevens

Instantie	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
Datum uitspraak	06-10-2016
Publicatie	EHRC 2017/6 (Sdu European Human Rights Cases), aflevering 1, 2017
Annotator	mr. dr. M.K.G. Tjepkema
Zaaknummer	40886/06, 51946/07
Rechtsgebied	Mensenrechten (EVRM)
Rubriek	Uitspraken EHRM
Rechters	Nußberger (President) Hajiyev Møse Potocki Grozev O'Leary Ranzoni
Partijen	Malfatto en Mieille tegen Frankrijk
Regelgeving	EVRM Eerste Protocol - 1

Inhoudsindicatie

Kustbeschermingsmaatregelen, Bouwverbod, Individuele last, Niet benutten van bouw mogelijkheden

Ga direct naar

[Samenvatting](#)

[Uitspraak](#)

[Beslissing/besluit](#)

[Noot](#)

Samenvatting

De eerste klager, Henri Malfatto, was eigenaar van een stuk land aan de Franse kust in het departement van Bouches-du-Rhône. In 1964 verkreeg klager een verkavelingsvergunning van de prefect van het departement en schonk hij zijn zonen, klagers Jean-Michel en Alain Malfatto, drie percelen. Ook verkocht hij een perceel, in de notariële akte aangewezen als bouwgrond, aan klager Meille. In 1982 publiceerde de prefect een bestemmingsplan waaruit volgde dat

bouwen op grond gelegen binnen de 100-meter kuststrook is verboden. De rechtbank liet in 1984 het bestemmingsplan buiten toepassing in een procedure gestart door Henri Malfatto. Vervolgens werden alle nieuwe bouwwerken binnen de 100-meter kuststrook verboden, als gevolg van de inwerkingtreding van een in 1986 aangenomen wet ter bescherming, ontwikkeling en verbetering van de kuststrook. In 1989 werd de aanvraag van een bouwvergunning van Henri Malfatto door de burgemeester van de gemeente afgewezen. Beroepen hiertegen werden verworpen. In 1995 publiceerde de burgemeester opnieuw een bestemmingsplan. Hieruit volgde dat alle percelen waar volgens de wet van 1986 niet op gebouwd mag worden, werden aangemerkt als behorend bij een natuurgebied. In 1998 en 1999 stelden klagers in beroep en hoger beroep dat hun verworven rechten volgend uit de verkavelingsvergunning waren geschonden als gevolg van het bouwverbod, zodat de Staat klagers schadeloos diende te stellen. Zowel de rechtbank als de Conseil d'État verwierpen de beroepen. Het bouwverbod was namelijk landelijk van toepassing op alle grond gelegen binnen 100 meter van de Franse kust. Daarmee hadden klagers niet aannemelijk gemaakt dat de invoering van het verbod een 'individual and excessive burden' veroorzaakte die niet in verhouding stond tot het algemeen belang.

Klagers stellen voor het EHRM dat het weigeren van hun verzoeken tot nadeelcompensatie in strijd is met art. 1 EP EVRM. Tevens beroepen klagers zich op art. 6 lid 1 EVRM wegens gebrekkige motivering en partijdigheid van de Conseil d'État en een kennelijke beoordelingsfout van de nationale rechters. Tot slot stellen zij dat zij ongelijk zijn behandeld op grond van art. 14 EVRM, gelezen in samenhang met art. 6 lid 1 en 1 EP EVRM.

Het Hof overweegt dat de inmenging van het recht van klagers op het ongestoord genot van hun eigendom deel uitmaakt van een algemeen beleid voor ruimtelijke ordening en milieubescherming. Uit eerdere rechtspraak (Depalle t. Frankrijk, EHRM 29 maart 2010 (GK), nr. 34044/02) blijkt dat de kustbescherming een legitiem doel is van algemeen belang. Bovendien wordt bij ruimtelijke ordening en milieubeleid, waar het algemeen belang bij uitstek wordt gediend, een ruime beoordelingsvrijheid toegekend. Bijgevolg kan de Staat opgeroepen worden om in te grijpen in het publiek domein en zelfs schadevergoeding uit te sluiten in bepaalde situaties betreffende de regulering van het gebruik van eigendom.

Het Hof overweegt verder dat art. L 160-5 van de Code de l'urbanisme eigenaars aanspraak geeft op het vorderen van schadevergoeding in uitzonderlijke gevallen waarin zij een 'individual and excessive burden' moeten dragen die niet in verhouding staat tot het met het algemeen belang nagestreefde doel. Het Hof oordeelt dat dit systeem een evenwicht mogelijk maakt tussen de belangen van eigenaars en de gemeenschap. Het Hof merkt hierbij op dat er geen gronden zijn om aan te nemen dat de nationale rechters willekeurig of kennelijk onredelijk hebben geoordeeld betreffende de beslissing dat de geleden schade klagers geen recht op vergoeding geeft, in het bijzonder gelet op het feit dat het verbod wordt toegepast op de gehele Franse kuststrook.

Met betrekking tot klager Henri Malfatto overweegt het Hof dat klager heeft afgezien van het gebruikmaken van zijn eigendom, omdat hij geen actie heeft ondernomen tussen 1972 en 1989, toen klager geen bouwvergunning werd verleend, om zijn verworven rechten af te dwingen als gevolg van de verkregen verkavelingsvergunning in 1964, ondanks het treffen van voorbereiding en het verrichten van werk op het land tussen 1965 en 1972. Met betrekking tot de andere klagers oordeelt het Hof dat de nationale rechters terecht hebben geoordeeld dat zij niet persoonlijk de kosten van het werk hebben gedragen en merkt op dat een verkavelingsvergunning niet automatisch tot een recht leidt om op het betrokken land te bouwen.

Het Hof concludeert dat de balans tussen de rechten van klagers en het algemeen belang niet verstoord is en dat geen sprake is van een schending van art. 1 EP EVRM. Betreffende de vermeende schending van art. 6 lid 1 jo. 14 EVRM verwijst het Hof naar de bovengenoemde overwegingen en concludeert dat er geen schending van deze rechten kan worden geconstateerd.

Uitspraak

1. Sur la jonction des requetes

38. La Cour décide de joindre les requêtes, qui posent des questions similaires et ont fait l'objet d'une instruction

commune (article 42 § 1 du Règlement).

II. Sur la qualité pour agir des héritiers d'Henri Malfatto

39. La Cour constate que MM. Jean-Michel et Alain Malfatto, héritiers de M. Henri Malfatto, ont manifesté leur souhait de poursuivre la requête au nom de leur père et leur reconnaît qualité pour se substituer désormais à lui. Le présent arrêt continuera à désigner Henri Malfatto comme requérant, bien qu'il faille désormais attribuer cette qualité à ses héritiers (voir notamment *Dalban c. Roumanie* [GC], no 28114/95, § 1, CEDH 1999-VI et *Malhous c République tchèque* (déc.) [GC], no 33071/96, CEDH 2000-XII).

III. Sur la violation alléguée de l'article 1 du Protocole no 1

40. Les requérants allèguent que le rejet de leurs demandes d'indemnisation a constitué une violation de l'article 1 du Protocole no 1, ainsi libellé:

"Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes."

41. Le Gouvernement s'oppose à cette thèse.

A. Sur la recevabilité

42. Le Gouvernement soutient à titre principal que les requérants n'auraient pas épuisé les voies de recours internes, au sens de l'article 35 § 1 de la Convention. Il fait valoir qu'ils ont fondé leur demande d'indemnisation exclusivement sur le droit national tel qu'interprété par l'arrêt *Bitouzet* du Conseil d'État et que, s'ils ont mentionné l'article 1 précité dans leurs écritures devant la cour administrative d'appel, ils n'ont pas pour autant invoqué expressément ou en substance la violation de leur droit au respect de leurs biens.

43. Les requérants soulignent que leurs demandes préalables d'indemnisation au préfet et leurs recours devant le tribunal administratif se fondaient expressément sur l'article 1 du Protocole no 1, que cet article figurait dans les visas des jugements du tribunal et des arrêts de la cour administrative d'appel et qu'ils l'ont invoqué, avec la jurisprudence de la Cour, dans leurs mémoires de cassation devant le Conseil d'État.

44. La Cour relève que, dès leurs demandes préalables d'indemnisation et tout au long de la procédure devant les juridictions internes, les requérants ont invoqué l'article 1 du Protocole no 1. Même s'ils n'ont pas expressément fondé sur cet article les moyens qu'ils ont développés devant la cour administrative d'appel, il n'en reste pas moins qu'en se plaignant du rejet de leurs demandes d'indemnisation à la lumière de l'arrêt *Bitouzet* du Conseil d'État (paragraphe 37 ci-dessus), ils ont invoqué, au moins en substance, l'atteinte au droit au respect de leurs biens dont ils ont ensuite saisi la Cour.

45. Il s'ensuit que l'exception du Gouvernement doit être rejetée.

46. La Cour constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé, au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte par ailleurs à aucun autre motif d'irrecevabilité. Elle le déclare donc recevable.

B. Sur le fond

1. Arguments des parties

a) Les requérants

47. Les requérants considèrent que l'ingérence dans leur droit au respect de leurs biens relève, non seulement de la réglementation de l'usage des biens, mais aussi de l'atteinte à la substance de leur droit de propriété, au sens de la première phrase de l'article 1 du Protocole no 1. Ils citent à cet égard l'arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède* (23 septembre 1982, §§ 58-60, série A no 52). Ils précisent qu'il s'agit de terrains qui, hormis la construction, désormais interdite, ne peuvent faire l'objet d'aucune activité, commerciale ou agricole, ce qui explique leur très faible valeur actuelle.

48. Quelle que soit l'analyse de la Cour sur ce point, les requérants soutiennent qu'en tout état de cause l'exigence d'un juste équilibre doit s'appliquer et qu'en l'espèce elle a été gravement méconnue. Ils soulignent en effet que la restriction à leur droit de propriété est totale et définitive et qu'en dépit de l'autorisation de lotir et des importantes dépenses engagées, ils se trouvent confrontés à l'interdiction de construire leurs biens, ce qui entraîne leur dévalorisation. Ils se réfèrent à cet égard à un rapport d'expertise qu'ils ont fait établir.

49. Les requérants considèrent avoir subi un préjudice spécial et exorbitant. Selon eux, le caractère exorbitant résulte, d'une part, des dépenses réalisées en vain et, d'autre part, de la perte de valeur résultant de l'inconstructibilité. Quant à son caractère spécial, il tient à ce que la situation des requérants est singulière par rapport à celle des autres propriétaires de terrains en bande littorale, puisque M. Henri Malfatto bénéficiait d'une autorisation de lotir et qu'il a engagé des dépenses considérables.

50. Les requérants contestent l'argument du Gouvernement selon lequel les trois autres requérants n'auraient pas personnellement supporté la charge de ces dépenses. Ils soulignent que, dans le cadre de la réalisation d'un lotissement, la valeur d'un lot représente à la fois la valeur du terrain correspondant à l'assiette foncière d'un lot et la quote-part des coûts de viabilisation afférente à ce lot. Pour le cas où la Cour estimerait qu'ils n'ont pas directement participé à ces dépenses, ils sollicitent que M. Henri Malfatto soit seul indemnisé de la totalité de la valeur des travaux.

b) Le Gouvernement

51. Le Gouvernement ne conteste pas qu'il y ait eu ingérence dans le droit au respect de la propriété des requérants. Contrairement à eux, il considère que cette ingérence consiste en une réglementation de l'usage des biens, domaine dans lequel la Cour laisse une importante marge d'appréciation aux États. Il souligne en effet que les requérants peuvent disposer librement de leurs biens, les louer ou les affecter à divers usages autorisés (culture, boisement, élevage, etc.).

52. Le Gouvernement soutient tout d'abord que la servitude d'inconstructibilité qui a affecté les terrains était prévue par la loi et accessible aux requérants, tel que l'exige la jurisprudence de la Cour. Cette servitude, édictée par le plan d'occupation des sols de la commune, a été prise sur le fondement de la directive d'aménagement national du 25 août 1979 puis, dans un second temps, sur celui de la "loi littoral" du 3 janvier 1986, qui a codifié à l'article L. 146-4 du code de l'urbanisme la règle de l'inconstructibilité du littoral.

53. Le Gouvernement souligne que cette règle poursuit un objectif fondamental d'intérêt général, à savoir la protection de l'environnement et notamment la préservation du littoral, conformément à plusieurs instruments européens et internationaux.

54. Rappelant que l'appréciation du respect du "juste équilibre" doit se faire au regard de l'importance des enjeux en présence et de l'intérêt général poursuivi, le Gouvernement fait valoir que la politique d'aménagement et de protection du littoral revêt un intérêt incontestablement supérieur aux intérêts économiques et commerciaux des requérants qui, par ailleurs, gardent la propriété de leurs biens, dont il souligne qu'il ne s'agissait pas de terrains accueillant leur domicile ou acquis dans cette intention.

55. Le Gouvernement estime en conséquence que l'exigence de proportionnalité a été respectée et que la charge que

doivent supporter les requérants n'est ni exorbitante, ni spéciale, comme les juges du fond l'ont souverainement constaté. S'agissant du caractère exorbitant, M. Henri Malfatto n'a fourni, pour établir son préjudice, que des devis datant pour la plupart de 1997 et n'a pas démontré le lien de causalité entre le préjudice allégué et la servitude, dès lors qu'il disposait, entre 1964 et 1982 (date du premier POS) de dix-huit ans pour faire construire ses terrains sans qu'elle puisse lui être opposée. Pour leur part, MM. Jean-Michel et Alain Malfatto et M. Mieille n'ont pas justifié de l'existence d'un préjudice personnel, puisqu'ils n'ont pas supporté les dépenses de viabilisation du terrain et que, comme l'ont rappelé les juges, la délivrance d'une autorisation de lotir n'emporte pas, par elle-même, le droit de construire.

56. Le Gouvernement considère par ailleurs que les requérants n'ont pas démontré le caractère spécial de leur préjudice, puisque la servitude prévue par l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme est applicable sur l'ensemble du territoire et qu'elle concerne plus de 3 400 km de littoral et des dizaines de milliers, voire des centaines de milliers de propriétaires.

57. Le Gouvernement conclut que le juste équilibre a été respecté en l'espèce et que le grief des requérants doit être rejeté comme manifestement mal fondé.

2. Appréciation de la Cour

58. La Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle l'article 1 du Protocole no 1, qui garantit en substance le droit de propriété, contient trois normes distinctes (voir, notamment, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 37, série A no 98): la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux États contractants le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. Les deuxième et troisième normes, qui ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété, doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première (*Broniowski c. Pologne* [GC], no 31443/96, § 134, CEDH 2004-V).

59. La Cour relève que les terrains des requérants, classés comme constructibles, avaient fait l'objet d'une autorisation de lotir, et qu'en vertu de l'adoption de deux textes successifs (la directive d'aménagement national du 25 août 1979 et la "loi littoral" du 3 janvier 1986), ils ont été frappés d'une interdiction absolue de construire en raison de ce qu'ils étaient situés dans la bande de cent mètres du littoral.

60. Le Gouvernement reconnaît qu'il s'agit d'une ingérence dans le droit des requérants au respect de leurs biens. La Cour observe que ces derniers n'ont pas été privés de leur propriété et que leurs droits réels sur leurs biens restent intacts, même si leur valeur a été affectée. Elle considère en conséquence que cette ingérence relève de la réglementation de l'usage des biens, au sens du deuxième alinéa de l'article 1 du Protocole no 1 (*Sporrong et Lönnroth*, précité, § 64, *Longobardi et autres c. Italie* (déc.), no 7670/03, 26 juin 2007, *Depalle*, précité, § 80 et *Antunes Rodrigues c. Portugal*, no 18070/08, § 27, 26 avril 2011).

61. Selon une jurisprudence bien établie, cet alinéa doit se lire à la lumière du principe consacré par la première phrase de l'article 1. En conséquence, une mesure d'ingérence doit respecter le principe de légalité et ménager un "juste équilibre" entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. Cet équilibre est rompu si la personne concernée a eu à subir une charge spéciale et exorbitante (*Depalle*, précité, § 83 et *Perdigão c. Portugal* [GC], no 24768/06, § 67, 16 novembre 2010).

62. En l'espèce, les requérants ne contestent pas la légalité de l'ingérence. La Cour doit donc déterminer si le "juste équilibre" a été respecté.

63. S'agissant en premier lieu de la finalité de l'ingérence, la Cour constate qu'elle relevait d'une politique générale d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement et rappelle avoir dit en particulier que la protection du rivage de la mer constitue un but légitime dans l'intérêt général (*Depalle*, précité, § 81).

64. La Cour a par ailleurs souvent rappelé que les politiques d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement, où l'intérêt général de la communauté occupe une place prééminente, laissent à l'État une marge d'appréciation plus grande que lorsque sont en jeu des droits exclusivement civils. Dans la mise en œuvre de ces politiques, l'État peut notamment être amené à intervenir dans le domaine public et même à prévoir, dans certaines circonstances, l'absence d'indemnisation dans plusieurs situations relevant de la réglementation de l'usage des biens (*Antunes Rodrigues*, précité, § 32 et la jurisprudence citée). En effet, dans de telles situations, l'absence d'indemnisation est l'un des facteurs à prendre en compte pour établir si un juste équilibre a été respecté, mais elle ne saurait, à elle seule, être constitutive d'une violation de l'article 1 du Protocole no 1 (*Depalle*, précité, § 91).

65. La Cour observe que, tel qu'il a été interprété par le Conseil d'État, l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme permet au propriétaire dont le bien est frappé d'une servitude de prétendre à une indemnisation devant la juridiction administrative "dans le cas exceptionnel où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la servitude a été instituée et mise en œuvre, ainsi que de son contenu, que ce propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi" (paragraphe 37 ci-dessus).

66. La Cour estime qu'il s'agit là d'un système qui permet de mettre en balance les intérêts de l'intéressé et ceux de la communauté (*Antunes Rodrigues*, précité, § 35).

67. En l'espèce, les juridictions françaises ont estimé, après avoir entendu contradictoirement les arguments des parties et examiné tous les éléments pertinents, que le préjudice subi par les requérants n'ouvrait pas droit à indemnisation. La Cour ne décèle aucun élément permettant de conclure que leurs décisions seraient entachées d'arbitraire ou manifestement déraisonnables (*Antunes Rodrigues*, précité, § 36), compte tenu notamment de ce que la servitude d'inconstructibilité s'applique à la totalité du littoral français.

68. La Cour relève en particulier que la cour administrative d'appel a estimé que M. Henri Malfatto n'établissait pas un lien de causalité direct entre la servitude et son préjudice: elle a noté que s'il avait effectué, entre 1965 et 1972 des travaux préparatoires et de viabilisation du lotissement, il n'avait engagé, entre 1972 et 1989, date à laquelle il s'était vu opposer un refus de permis de construire (soit pendant quinze ans), aucune action tendant à la mise en œuvre des droits qu'il détenait de l'autorisation de lotir dont il bénéficiait depuis 1964.

69. Dès lors, la Cour observe que M. Henri Malfatto s'est abstenu pendant de nombreuses années d'exploiter son bien (*mutatis mutandis* décision *Longobardi et autres* précitée et *Sinan Yildiz et autres c. Turquie*, no 37959/04, 12 janvier 2010). Elle relève d'ailleurs que, pendant cette période, le seul lot qui a été vendu en 1972 à un tiers a pu être construit (paragraphe 12 ci-dessus).

70. S'agissant des autres requérants, la Cour estime également raisonnable la conclusion des juridictions internes qui ont considéré qu'ils n'avaient pas personnellement supporté le coût des travaux et rappelé qu'une autorisation de lotir n'impliquait pas automatiquement le droit de construire. La Cour estime que la baisse de la valeur des terrains en cause ne saurait suffire, en tant que telle et en l'absence d'autres éléments, à mettre en cause ces conclusions.

71. Au vu de l'ensemble des considérations ci-dessus, la Cour estime qu'il n'y a pas eu rupture de l'équilibre entre les droits des requérants et l'intérêt général de la communauté.

72. Dès lors, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 1 du Protocole no 1.

IV. Sur les autres violations alléguées

73. Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, les consorts Malfatto se plaignent de ce que le Conseil d'État aurait manqué à son obligation de motivation et d'impartialité en déclarant non admis leurs pourvois en cassation et considèrent que les juridictions nationales auraient commis une erreur manifeste d'appréciation. Ils estiment avoir fait l'objet d'une différence de traitement injustifié quant au sort de leurs pourvois et citent l'article 14 de la Convention combiné avec les articles 6 § 1 et 1 du Protocole no 1.

74. Pour autant que la Cour n'ait pas déjà examiné ces griefs sous l'angle de l'article 1 du Protocole no 1, elle ne décèle aucune apparence de violation des dispositions citées.

75. Il s'ensuit que ces griefs sont manifestement mal fondés et doivent être rejetés en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

1. *Décide* de joindre les requêtes nos **40886/06 et 51946/07**;
2. *Dit* que MM. Jean-Michel et Alain Malfatto ont qualité pour poursuivre la requête au nom de M. Henri Malfatto;
3. *Déclare* les requêtes recevables quant au grief tiré de l'article 1 du Protocole no 1 et irrecevables pour le surplus;
4. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 1 du Protocole no 1 à la Convention;

Noot

1. Maatregelen ter bescherming van de natuur hebben met grote regelmaat ernstige economische gevolgen voor individuele burgers en zijn daarmee eveneens een voortdurende bron van jurisprudentie van het EHRM. Dit arrest ziet op schade ten gevolge van de wettelijke bescherming van de kuststrook in Frankrijk, ten gevolge waarvan klagers Malfatto en Mieille worden beperkt in de uitoefening van het eigendomsrecht. Het arrest is voornamelijk een bevestiging van eerdere rechtspraak van het Hof, die al liet zien dat de kansen van burgers om met een beroep op art. 1 EP EVRM schadevergoeding te verkrijgen niet groot zijn, wanneer op nationaal niveau een nadeelcompensatieregime bestaat, maar de toetsing daarvan niet tot het gewenste resultaat heeft geleid. Interessant is wel hoe het Hof tot dat resultaat komt, want het toetst daarbij aan twee criteria die ook in het Nederlandse recht relevant kunnen zijn bij de toetsing van vergelijkbare claims: de speciale last en de passieve risicoaanvaarding. In deze noot ga ik op de criteria nader in, na een bespreking van de wettelijke achtergrond van de zaak, zowel voor wat betreft de beschermingsmaatregelen als het nadeelcompensatieregime.

2. Als klager Malfatto in 1964 een vergunning verkrijgt om een aan de kust van Zuid-Frankrijk gelegen terrein van 63.000 m² te verkavelen, ziet zijn economische toekomst er nog rooskleurig uit. Er gelden nauwelijks wettelijke bouwbeperkingen, en aangezien het bezit van dure bouwgrond nooit kwaad kan, schenkt hij enkele delen van zijn terrein aan zijn zoons en verkoopt hij een ander deel aan Mieille, ook klager in deze zaak. Om redenen die uit de uitspraak niet naar voren komen, laten zij in de jaren na het verkrijgen van de grond na om vergunningen aan te vragen om hun bouwplannen daadwerkelijk te effectueren. Het blijft bij werkzaamheden tot het aanleggen van enige infrastructuur, wateraansluitingen en verlichting. Pas in 1989 vraagt Malfatto voor het eerst een bouwvergunning aan, maar tegen die tijd is het bebouwen van de kuststrook aan strenge regels gebonden. De *Loi littoral*, aangenomen in 1986, beoogt zeldzame en kwetsbare gebieden te behouden en ruimtelijke ordening en toestroom van toerisme zoveel mogelijk te reguleren; zo moeten bij het toegankelijk maken van de kust voor het publiek nieuwe activiteiten zoveel mogelijk aansluiten op de functie van de omgeving (zie nader *Depalle t. Frankrijk*, EHRM 29 maart 2010 (GK), nr. 34044/02, «EHRC» 2010/69 m.nt. Schutte, par. 45). Voor Malfatto c.s. zit de pijn vooral in een wettelijk verbod om buiten stedelijke zones binnen honderd meter van de kust te bouwen. Dat neemt niet weg dat deze wet voor hen niet als een volslagen verrassing kan zijn gekomen. De uitgangspunten van de *Loi littoral* zijn al zichtbaar in een ministerieel besluit uit 1976, en ook nadien zijn diverse maatregelen, waaronder de bekende richtlijn 'Ornano', getroffen om een eind te maken aan de 'verstening' (*bétonnage*) van de kustgebieden. Deze was met name in de jaren '60 en begin jaren '70 uit de hand gelopen. Probleem was dat die maatregelen geen wettelijke status hadden en lokale overheden daarvan in bijvoorbeeld bestemmingsplannen konden afwijken, zodat hun effectiviteit beperkt was. Met de wettelijke codificatie van de strenge kustregels in de *Loi littoral* veranderde dat.

3. Als in 1999 de procedures om de besluiten tot weigering van een bouwvergunning vernietigd te krijgen, op niets zijn uitgelopen, start Malfatto zijn procedures om schadevergoeding te verkrijgen. Ook hier komt hij van een koude kermis

thuis. Frankrijk moge nog zozeer de bakermat van de 'égalité devant les charges publiques' zijn, op het terrein van de ruimtelijke ordening stelt dit beginsel weinig voor. Het beruchte art. L. 160-5 van de *Code de l'urbanisme* codificeert het uitgangspunt dat lasten ten gevolge van rechtmatige maatregelen op het terrein van de ruimtelijke ordening in beginsel door de burger zelf moeten worden gedragen. Deze politieke keuze voor *non-indemnisation* valt terug te voeren op de Tweede Wereldoorlog, toen er veel steun was voor de opvatting dat schadevergoedingen voor rechtmatige ruimtelijke maatregelen niet goed vielen te verenigen met de noodzaak tot wederopbouw (zie nader V.A. Renard, 'France', in: R. Alterman (red.), *Takings International*, American Bar Association 2010, p. 140). Op dit uitgangspunt is de Franse wetgever ook na die naoorlogse jaren nooit teruggekomen, al bevat art. L. 160-5 wel enige mogelijkheid tot schadevergoeding, onder meer wanneer er sprake is van een 'verworven recht' (*droit acquis*). Daaronder moet volgens vaste rechtspraak een verleende bouwvergunning worden verstaan, en daarover beschikte Malfatto niet. De strenge voorwaarden van dit regime zijn in verschillende ontvankelijkheidsbeslissingen in Straatsburg aan de orde geweest, maar tot vaststelling van een schending van art. 1 EP EVRM heeft dat nooit geleid (zie nader M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2010, p. 677-680). Vermeldenswaard is wel dat dit strenge wettelijke regime in Frankrijk zelf nog is aangevuld met een rechterlijke uitzonderingsclausule. Het betreft de uitspraak van de Conseil d'Etat inzake *Bitouzet* van 3 juli 1998, die zich daarbij liet inspireren door de rechtspraak inzake art. 1 EP EVRM. In het uitzonderlijke geval waarin door een 'bijzondere samenloop van omstandigheden' op de aanvrager een speciale en abnormale last rust, die niet in verhouding staat tot het algemeen belang dat met die maatregel wordt gediend, dient een vergoeding te worden toegekend, zo bepaalde de Conseil d'Etat. Inmiddels is gebleken dat burgers ook van deze uitzonderingsmogelijkheid weinig moeten verwachten. Hoewel vaak ingeroepen is pas afgelopen zomer voor het eerst een succesvol beroep op de *Bitouzet*-clausule gedaan (Conseil d'Etat 29 juni 2016, nr. 375020 (*Société d'aménagement du domaine de Château Barrault et la société Château Barrault*)).

4. Na een niet succesvol doorlopen nationale procedure, waarin het verzoek om schadevergoeding in drie instanties op vergelijkbare gronden is afgewezen, moet het Hof zich buigen over de vraag of het opleggen van een absoluut bouwverbod op gronden die zijn gelegen binnen een straal van honderd meter van de kust zonder enige compensatie zich verdraagt met art. 1 EP EVRM. Het Hof overweegt dat er sprake is van een regulering van eigendom en vervolgt traditiegetrouw met een verwijzing naar de ruime *margin* op het terrein van de ruimtelijke ordening. Deze *margin* ziet niet alleen op de vraag wat voor soort maatregelen gepast zijn en welke algemene belangen de nationale autoriteiten willen dienen, maar ook op de vraag of en zo ja, in hoeverre, die autoriteiten het gepast achten om een compensatie te geven in geval eigendom wordt gereguleerd. Uitgaande van het feit dat er 'slechts' sprake is van regulering van eigendom is de vraag of en, zo ja, onder welke voorwaarden een recht op compensatie bestaat, afgaand op de jurisprudentie van het Hof, in essentie een beleidsmatige vraag – een vraag dus die het beste door de nationale autoriteiten kan worden beantwoord. Wanneer zij bij het nemen van hun ingrijpende maatregelen telkens uitdrukkelijk vermelden dat geen recht op compensatie bestaat, oordeelt het Hof dat de *fair balance* niet is geschonden omdat de klager van dit gebrek aan compensatie op de hoogte had kunnen zijn (zie de reeds genoemde zaak *Depalle t. Frankrijk*, par. 91). Bestaat wel een compensatieregime, zoals in deze zaak, dan beperkt het Hof zich tot een procedurele toets uit en beziet het vooral of het wettelijke systeem het toelaat om de betrokken belangen af te wegen en of de oordelen van de nationale rechters niet willekeurig of manifest onredelijk waren. Deze uitspraak sluit wat dat betreft naadloos aan op eerdere zaken waarin het Hof moest oordelen over de vraag of op nationaal niveau terecht een nadeelcompensatie was geweigerd (zie met name *Antunes Rodrigues t. Portugal*, EHRM 26 april 2011, nr. 18070/08).

5. Is de uitspraak in dit opzicht wellicht niet opzienbarend, interessant is wel dat het Hof in zijn oordeel dat van rechterlijke willekeur niet is gebleken, onder meer wijst op het feit dat het bouwverbod zich uitstreckte tot de totaliteit van de Franse kuststreek. Dit argument was in de nationale procedures in alle rechterlijke instanties naar voren gedragen ten bewijze van het feit dat Malfatto en Mieille geen *charge spéciale* droegen (zie resp. par. 25, 29, 31). Dit criterium van de 'speciale last' kennen we uit de rechtspraak over het égalitébeginsel en houdt in dat de benadeelde moet laten zien dat hij ten opzichte van anderen (de 'referentiegroep') onevenredig zwaar getroffen wordt. De parallel tussen dit criterium en de *individual burdens* is evident. Maar waar de speciale last in de rechtspraak van de nationale rechters vrij frequent voorkomt, heeft het in de *fair balance*-rechtspraak van het EHRM een slapend bestaan geleid. Eerder toetste het Hof wel aan dit voorbeeld in de zaak *Lohuis t. Nederland* (EHRM 30 april 2013, nr. 37265/10, «**EHRC**» **2013/201** m.nt. De Kam), waarin het overwoog dat een maatregel die beoogde het mestoverschot terug te dringen door

varkenshouders te dwingen minder varkens te houden voor *alle* varkenshouders negatieve gevolgen had, zodat klagers geen *special treatment* ten deel was gevallen.

6. Bij deze invulling van de speciale last, die vooral oog heeft voor het doel dat de wetgever wil bereiken door een grote groep burgers aan eenzelfde schadeveroorzakend regime te onderwerpen, kunnen overigens kanttekeningen worden geplaatst. Zij heeft als gevaar dat de rechter zich vooral richt op de formele gelijkheid in behandeling, zonder oog te hebben voor mogelijke verschillen bij de toepassing van de wetgeving in het concrete geval. Ook de overweging dat het bouwverbod een generiek, voor een ieder geldend verbod betrof, heeft weinig oog voor mogelijke bijzondere omstandigheden aan de kant van Malfatto c.s., terwijl die wel waren aangevoerd: Malfatto had gesteld dat hij, anders dan andere getroffen en, over een verkavelingsvergunning beschikte, terwijl hij eveneens omvangrijke, vergeefse investeringen had gedaan (par. 49). Het is jammer dat het Hof niet de moeite neemt om op deze argumenten in te gaan. Mogelijk speelt mee dat een indringende toets aan de individuele last zich moeilijk verdraagt met de afstandelijkheid die het Hof bij de toetsing van nadeelcompensatieregimes aan de dag legt. Feit is wel dat er op die manier weinig overblijft van de toets aan de vraag of in het voorliggende geval de *fair balance* is geschonden. Naar mijn idee zijn er overigens goede argumenten om Malfatto's stelling dat zijn positie ten opzichte van de overige getroffen en bijzonder was, te weerleggen. Feit is immers dat de vergeefsheid van zijn investeringen met name haar oorzaak had in het feit dat hij deze niet heeft laten volgen door tijdig bouwvergunningen aan te vragen. Voorts is het waar dat hij beschikte over een verkavelingsvergunning, maar op basis van art. L. 160-5 van de *Code de l'urbanisme* zou een *droit acquis* uit een *bouwvergunning* moeten bestaan. Een erkenning dat ook een verkavelingsvergunning klagers al in een uitzonderlijke positie zou brengen, zou een forse correctie betekenen van het strikte regime van art. L. 160-5, die met het uitgangspunt van een terughoudende toets moeilijk te verenigen zou zijn. Wat hiervan zij, het is teleurstellend dat het Hof niet iets uitvoeriger ingaat op de gestelde specialiteit van de last.

7. Het tweede argument om de claim van Malfatto van de hand te wijzen, ligt in het feit dat hij, zoals dat heet, lange tijd 'riskant heeft stilgezeten'. In de nationale literatuur is dat een argument dat wordt gezien als een variant op het leerstuk van de eigen schuld; de gelaedeerde heeft het immers in overwegende mate aan zijn eigen passiviteit te wijten dat hij van zijn bouwmogelijkheden geen gebruik meer mag maken. Het Hof ziet het als een bewijs dat er geen causaal verband bestaat tussen het bouwverbod en de schade: die schade heeft zijn oorzaak in het eigen nalaten van Malfatto c.s. Dit weinig substantiële kwalificatieverschil daargelaten, laat het Hof in elk geval zien dat het criterium van passieve risicoaanvaarding ook relevant is in het kader van de toets aan art. 1 EP EVRM (zie reeds de noot van Barkhuysen en Tjepkema bij de ontvankelijkheidsbeslissing *Frijns t. Nederland*, EHRM 13 november 2008, nr. 11838/06, AB 2009/7). De Nederlandse jurisprudentie over dit criterium is vrij genuanceerd. Zij kent vrij korte termijnen (ook na 28 weken niet benutten van bouwmogelijkheden kan risicoaanvaarding al worden tegengeworpen; zie ABRvS 25 mei 2016, **ECLI:NL:RVS:2016:1395**), maar stelt ook eisen aan de 'concreetheid' van de poging om bouw- en gebruiksmogelijkheden te benutten. Van belang is verder dat een klager een risico alleen passief heeft aanvaard als de voortekenen van een planologische wijziging voorzienbaar waren en hij in weerwil daarvan geen concrete pogingen heeft gedaan. Die koppeling aan de voorzienbaarheid lijkt te ontbreken in de Straatsburgse variant van deze leer; bij het EHRM kan passieve risicoaanvaarding al worden tegengeworpen bij het enkele nalaten om vergunningen aan te vragen om bouw- en gebruiksmogelijkheden te realiseren.

8. Onder (vergeleken met de jurisprudentie van het EHRM dus strengere) voorwaarden zal ook in een toekomstige Omgevingswet een bepaling worden opgenomen die het mogelijk maakt om onbenutte bouw- of gebruiksmogelijkheden zonder recht op compensatie weg te bestemmen. In de Omgevingswet zal daartoe waarschijnlijk worden bepaald dat planschade als 'voorzienbaar' (en dus niet vergoedbaar) wordt aangemerkt als een herziening van een bestemmingsplan drie jaar voor de vaststelling van een bestemmingsplan is aangekondigd, daarvan kennis is gegeven aan de eigenaren en gedurende deze termijn de mogelijkheid bestond de bouw- of gebruiksmogelijkheden te realiseren, maar dit niet is gebeurd (zie de Kamerbrief over de Invoeringswet Omgevingswet van minister Schultz-van Haegen van 19 mei 2016, p. 4). Een vergelijkbare regeling is opgenomen in art. 7c sub 8 Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet. Het onderhavige arrest leert dat zelfs veel strengere nationale compensatieregelingen het in Straatsburg 'droog houden', waarmee eens te meer is geïllustreerd dat burgers die schade ten gevolge van rechtmatige maatregelen ter regulering van eigendom vergoed willen zien, primair afhankelijk zijn van de keuzes die ter zake op nationaal niveau

zijn gemaakt.

mr. dr. M.K.G. Tjepkema, Universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden
