



Universiteit
Leiden
The Netherlands

North Sea Port. Nadeelcompensatie, Planschade, égalitébeginsel, Eigendomsrecht, Schaduwschade, art. 6.3 Wet natuurbescherming, art. 1 EP EVRM, afd. 6.1 Wro, en afd. 15.1 Omgevingswet
Huijts, J.H.M.

Citation

Huijts, J. H. M. (2020). North Sea Port. Nadeelcompensatie, Planschade, égalitébeginsel, Eigendomsrecht, Schaduwschade, art. 6.3 Wet natuurbescherming, art. 1 EP EVRM, afd. 6.1 Wro, en afd. 15.1 Omgevingswet. *Overheid & Aansprakelijkheid*, 2020(3), 127-133. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3141692>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3141692>

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

O&A 2020/47

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 29 april 2020, nr. 201810157/1/A2
(J.E.M. Polak (voorzitter), G.T.J.M. Jurgens en C.C.W. Lange)
m.nt. J.H.M. (Jonathan) Huijts¹

O&A 2020/32
Milieurecht Totaal 2020/7140
NJB 2020/1217
ABkort 2020/239
ECLI:NL:RVS:2020:1166

Nadeelcompensatie, Planschade, égalitébeginsel, Eigendomsrecht, Schaduwschade, art. 6.3 Wet natuurbescherming, art. 1 EP EVRM, afd. 6.1 Wro, en afd. 15.1 Omgevingswet

Op 29 april 2020 deed de Afdeling uitspraak in het nadeelcompensatiegeschil tussen North Sea Port N.V. en de minister van Economische Zaken. De minister zag in het nationaalrechtelijke schadevergoedingsregime – art. 6.3, eerste lid, Wnb – terecht geen grond voor toekenning van nadeelcompensatie. De minister heeft echter onvoldoende gemotiveerd waarom North Sea Port onterecht zou hebben aangevoerd dat de in art. 6.3, eerste lid, Wnb vervatte uitsluiting van de mogelijkheid van vergoeding van schade ten gevolge van een aanwijzingsbesluit als bedoeld in art. 2, eerste lid, Wnb, in strijd zou zijn met art. 1 EP EVRM. Wanneer daadwerkelijk sprake zou zijn van strijd met art. 1 EP EVRM, dient de in art. 6.3, eerste lid, Wnb vervatte uitsluiting in dit geval buiten toepassing te worden gelaten. J.H.M. Huijts onderzoekt welke gevolgen deze uitspraak heeft voor het overige nadeelcompensatierecht, en in hoeverre zij een oplossing kan bieden voor de hedendaagse en toekomstige schaduw-schadeproblematiek.

Overwegingen van de Afdeling

6.4 (...) In art. 6.3 van de Wnb is dan ook een schaderegeling opgenomen, waarbij de mogelijkheid om schadevergoeding te vragen op grond van een aanwijzingsbesluit als bedoeld in art. 2, eerste lid, (*Red.*: hier is bedoeld art. 2.1, eerste lid) van die wet uitdrukkelijk is uitgesloten. Zoals North Sea Port ter zitting heeft erkend, is de tekst van art. 6.3 van de Wnb duidelijk en biedt dit artikel geen grondslag voor tegemoetkoming in schade zoals door haar is verzocht.

Gelet hierop heeft de rechtbank in de Wnb terecht geen grondslag gezien voor toekenning van de door North Sea Port verzochte schade ten gevolge van het aanwijzingsbesluit, waarbij de rechtbank in zoverre terecht steun heeft gevonden in de uitspraken van de Afdeling van

28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582 en van 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1698, die zien op afdeling 6.1 van de Wet ruimtelijke ordening. De rechtbank heeft derhalve in zoverre terecht geoordeeld dat de keuze van de wetgever om uitsluitend schade te vergoeden eerst nadat de nadere besluiten, als in de vorige alinea vermeld, zijn genomen, in de weg staat aan nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel.

7.1 De verplichting van de Staat om eigendomsrechten te respecteren, geldt ingevolge art. 1 EP ten aanzien van zowel natuurlijke personen als rechtspersonen. Voor een uitzondering daarop is slechts plaats indien de rechtspersoon van publiekrechtelijke aard is en/of als een (in de staatsstructuur ingebedde) overheidsdienst moet worden aangemerkt. Ter zitting heeft de Afdeling daarom aan de orde gesteld of North Sea Port zich wel op art. 1 van het EP bij het EVRM kan beroepen, omdat haar aandeelhouders decentrale overheden zijn en het daarom de vraag is of zij kan worden aangemerkt als een niet-gouvernementele organisatie in de zin van art. 34 van het EVRM.

Uit de jurisprudentie van het EHRM (bijvoorbeeld EHRM 30 maart 2004, Radio France e.a. tegen Frankrijk, appl. nr. 53984/00, par. 38) kunnen vier criteria worden afgeleid, die relevant zijn om te beoordelen of een bedrijf als overheidsorganisatie moet worden aangemerkt:

- de juridische status van de rechtspersoon (privaat- of publiekrechtelijk) en, waar noodzakelijk, de rechten die daaraan verbonden zijn;
- het karakter van zijn activiteiten (publieke taak of een commerciële doelstelling);
- de context waarin deze activiteiten worden uitgevoerd (wel of geen monopolie, al dan niet een strikt gereguleerde sector);
- de mate van institutionele en operationele onafhankelijkheid ten aanzien van de overheden (de mate van afstand tot de overheid, de reikwijdte van het toezicht en de controle door de overheid).

7.2 Uit de door North Sea Port bij brief van 23 december 2019 overgelegde stukken blijkt dat zij een rechtspersoon naar civiel recht is, met een eigen verantwoordelijkheid en eigen bevoegdheden en met belangen die niet geheel samenvallen met die van haar aandeelhouders. Zij ontplooit activiteiten in een op concurrentie gerichte omgeving en beschikt als naamloze vennootschap over institutionele en operationele onafhankelijkheid tegenover haar aandeelhouders. Niet gebleken is verder dat de aandeelhouders als overheden effectieve controle uitoefenen op de dagelijkse werking van de onderneming. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat North Sea Port is aan te merken als een niet-gouvernementele organisatie in de zin van art. 34 van het EVRM (vgl. het arrest van het Hof Amsterdam van 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4285, over Eneco Holding N.V.).

¹ J.H.M. (Jonathan) Huijts is universitair docent aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en onafhankelijk wetenschappelijk adviseur bij Corten De Geer Advocaten. Hij promoveerde 20 mei 2020 op het proefschrift: *Nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade. Titel 4.5 Awb en afdeling 15.1 Omgevingswet: tussen eenheid en verscheidenheid* (diss. UM), Den Haag: IBR 2020.

De Afdeling heeft bij dit oordeel meegewogen dat binnen het verband van North Sea Port ook publiekrechtelijke (havenmeesters)bevoegdheden worden uitgeoefend en dat dit haar in zoverre onderscheidt van een bedrijf als Eneco. De Afdeling ziet daarin echter, gelet op het voorgaande, onvoldoende grond voor het oordeel dat North Sea Port een overheidsorganisatie is die geen beroep op art 1 van het EP bij het EVRM toekomt. Daarbij neemt zij ook nog in aanmerking dat North Sea Port daarnaast naar voren heeft gebracht dat het verzoek om schadevergoeding betrekking heeft op de commerciële activiteiten die zij niet langer kan verrichten, en dat dit verzoek los staat van haar publieke taken. De minister heeft dit niet betwist.

Gelet op het voorgaande, komt North Sea Port een beroep toe op het bepaalde in art. 1 van het EP bij het EVRM.

7.4 Art. 6.3, eerste lid, van de Wnb behelst wetgeving in formele zin. De rechter kan een dergelijke bepaling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing laten als zij in strijd komt met een ieder verbindende bepaling van internationaal recht zoals bedoeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Art. 1 van het EP bij het EVRM is een zodanige bepaling, die onder omstandigheden kan verplichten tot schadevergoeding (vergelijk onder meer de Hoge Raad, arrest van 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9951). Dat kan derhalve zelfs het geval zijn, als de wetgever, zoals hier, de mogelijkheid van vergoeding van schade ten gevolge van het aanwijzingsbesluit, heeft uitgesloten, als aan de voorwaarden van de toepasselijkheid van die bepaling is voldaan. Gelet op de keuze van de wetgever voor een bestuursrechtelijke rechtsgang tegen besluiten op grond van art. 6.3 van de Wnb, ligt het daarbij uit oogpunt van efficiënte en behoorlijke rechtsbescherming voor de hand om in die procedure te beoordelen of aan de eisen van art. 1 van het EP is voldaan, als daarop, zoals in deze zaak, een gemotiveerd beroep wordt gedaan, en indien dat niet het geval is, de in art. 6.3 gemaakte uitzondering in dat geval buiten toepassing te laten.

7.6 (...) De vraag die moet worden beantwoord is of de vereiste 'fair balance' tussen het algemeen belang en de belangen van North Sea Port rechtvaardigt dat door deze regulering veroorzaakte schade niet nu al voor vergoeding in aanmerking komt.

7.9 De minister is in de besluitvorming in het geheel niet ingegaan op het beroep van North Sea Port op art. 1 van het EP. Gelet op het hiervoor overwogene in 7.4, 7.5 en 7.6, had de minister moeten beoordelen of er een 'fair balance' is getroffen tussen het algemeen belang enerzijds en de bescherming van individuele rechten, in dit geval van North Sea Port, anderzijds. In dat kader had de minister moeten ingaan op het betoog van North Sea Port, dat op haar een individuele, buitensporige last rust, en moeten ingaan op haar standpunt, dat de schade in dit geval rechtstreeks voortvloeit uit het wijzigingsbesluit en dat het aanvragen van een vergunning bij voorbaat kansloos is, in verband waarmee er geen belangstellende bedrijven meer zouden zijn en het

wijzigingsbesluit dus met zich zou brengen dat van haar, ook vanwege de kosten van een vergunningaanvraag, redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat zij daartoe overgaat.

De enkele, niet nader toegelichte stellingen van de minister, zoals gehandhaafd ter zitting, dat het aanwijzingsbesluit niet betekent dat geen enkele ontwikkeling meer mogelijk is en dat schade eerst intreedt na een concreet besluit, zoals een vergunning of een beheerplan, is in dit geval een onvoldoende concrete weerlegging. De omstandigheid dat de Wnb voorziet in de mogelijkheid van tegemoetkoming in schade die het gestelde gevolg is van een aanwijzingsbesluit als bedoeld in art. 2.1, eerste lid, van de Wnb, zal in het algemeen kunnen bijdragen aan het oordeel dat een 'fair balance' in vorenbedoelde zin kan worden aangenomen. Dit betekent echter niet dat de minister in dit bijzondere geval het betoog van North Sea Port mocht afdoen met de hiervoor vermelde motivering, zonder in te gaan op het betoog van North Sea Port waarom in dit geval niet van haar gevergd kan worden dat zij een vergunning als bedoeld in art. 2.7 van de Wnb aanvraagt, dan wel de beslissing op deze eventuele aanvraag afwacht voordat zij een verzoek om tegemoetkoming in schade kan indienen. De Afdeling neemt daarbij ook in aanmerking dat niet zonder meer valt in te zien dat, zoals de minister stelt, schade als gevolg van een aanwijzingsbesluit eerst zou intreden na een concreet besluit omtrent bijvoorbeeld vergunningverlening, of na vaststelling van een beheersplan. Dat schade als gevolg van een aanwijzingsbesluit mogelijk beperkt kan worden door een op aanvraag genomen besluit tot vergunningverlening, betekent niet zonder meer dat schade als gevolg van het aanwijzingsbesluit eerst intreedt na het besluit tot vergunningverlening. Daarbij neemt de Afdeling bovendien in aanmerking dat de minister geen aandacht heeft besteed aan het bijzondere, in art. 2.8 van de Wnb neergelegde, beoordelingskader voor aanvragen om vergunning als bedoeld in art. 2.7, tweede lid, van de Wnb, en de consequenties daarvan in dit bijzondere geval voor de ontwikkelingsmogelijkheden van het aangewezen gebied, gegeven de concrete inhoud van het aanwijzingsbesluit. Het besluit op bezwaar is daarom onvoldoende gemotiveerd.

8. (...) De minister zal opnieuw op het bezwaar van North Sea Port tegen het besluit van 8 februari 2017 moeten beslissen met inachtneming van deze uitspraak. Daarbij zal de minister alsnog moeten beoordelen of op North Sea Port een individuele, buitensporige last rust. Hiertoe zal hij moeten ingaan op wat North Sea Port hierover heeft aangevoerd (...).

Noot

1. Deze uitspraak is potentieel van groot belang voor de ontwikkeling van het nadeelcompensatierecht, omdat zij de basis kan zijn voor een doorbreking van de impasse waarin de Afdeling en de formele wetgever zich reeds decennia bevinden als het aankomt op de (on)vergoedbaarheid van schaduw schade. Hierna zal ik onder 2 en 3 eerst stilstaan bij deze impasse, waarbij ook op hoofdlijnen wordt

besproken wat schaduwshade is en waarom zij (soms) niet voor vergoeding in aanmerking komt. Onder 4 ga ik in op de feiten van het onderhavige geschil en waarom de daarin ondervonden schade niet voor vergoeding in aanmerking komt onder het toepasselijke nationaalrechtelijke nadeelcompensatieregime (art. 6.3, eerste lid, Wnb). Onder 5 t/m 10 bespreek ik hoe deze uitspraak leert dat deze wettelijke uitsluiting van schadevergoeding potentieel kan worden omzeild via de band van art. 1 EP EVRM. Onder 11 t/m 14 filosofer ik ten slotte over de vraag of deze art. 1 EP EVRM-uitweg ook in bredere zin als oplossing voor de schaduwshadeproblematiek kan dienen, en waarom de Afdeling juist nu bereid lijkt te zijn geweest een dergelijke oplossing te bieden. In deze annotatie zal niet worden ingegaan op perikelen van overgangsrecht die waren verbonden aan de overgang van de Natuurbeschermingswet 1998 naar de thans geldende Wet natuurbescherming (Wnb).

2. De onder 1 genoemde impasse tussen Afdeling en formele wetgever doet zich het nadrukkelijkst voor onder afd. 6.1 Wro. De wetgever heeft in art. 6.1, tweede lid, Wro namelijk een limitatieve opsomming gegeven van schadeoorzaken die aanleiding kunnen geven tot toekenning van tegemoetkoming in planschade. Het betreft steeds besluiten die zowel het bestuur als de burger binden en/of inhoudelijk al dermate concreet zijn dat de gevolgen van het besluit en het moment van inwerkingtreding voldoende bepaalbaar zijn. Waarschijnlijk heeft de wetgever hiermee de risico's op over- en ondercompensatie willen beperken,² en het getrapte besluitvormingsproces dat het ruimtelijk orderingsrecht kenmerkt niet te veel willen frustreren met een continu doorlopend aansprakelijkheidsrisico voor het bestuur. De in de limitatieve opsomming genoemde, definitieve besluiten ontstaan echter niet vanuit het niets. Zij 'werpen hun schaduw vooruit' doordat zij worden voorafgegaan door indicatieve besluitvorming zoals een structuurvisie (art. 2.1 e.v. Wro), voorbereidingsbesluit (art. 3.7 e.v. Wro), of ontwerpbesluit (3.9a e.v. Wro). Ook kondigt het bestuur vaak in informele publicaties aan dat het voornemens is een bepaalde planologische maatregel te treffen. Al dit indicatieve overheidshandelen kan reeds tot de waardedaling van onroerende zaken leiden. Deze schade komt echter niet voor vergoeding in aanmerking op grond van de Wro.³ Zij ontstaat immers voordat de bindende, in de limitatieve opsomming genoemde besluiten in werking treden, en kan dus niet als gevolg daarvan aan het bestuur worden toegerekend. Een aanvullend beroep op het ongeschreven égalitébeginsel biedt geen soelaas, omdat de Afdeling ervan

uitgaat dat afd. 6.1 Wro exclusief van aard is: de keuze van de wetgever om schadeclaims pas af te handelen naar aanleiding van de definitieve, in de limitatieve opsomming opgenomen besluitvorming zou anders worden doorkruist. Erkennende dat dit in de praktijk tot onbillijkheden kan leiden, overweegt de Afdeling steevast dat "het aan de wetgever is om zo nodig te overwegen en te beslissen of hierin, door wetswijziging, verandering dient te worden gebracht."⁴

3. Deze 'traditionele'⁵ schaduwshadeproblematiek is uitgebreid bij de overgang van WRO naar Wro. De wetgever koos er namelijk voor om flexibiliteitsbepalingen uit bestemmingsplannen niet langer aan te merken als schadeoorzaken die aanleiding kunnen geven tot toekenning van tegemoetkoming in planschade. De besluiten waarmee uitvoering wordt gegeven aan dergelijke flexibiliteitsbepalingen worden wel genoemd als een dusdanige schadeoorzaak.⁶ Dit heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat een in het nieuwe bestemmingsplan opgenomen binnenplanse afwijkingsbevoegdheid om een omgevingsvergunning voor een activiteit als bedoeld in art. 2.1, eerste lid, aanhef en onder b, c of g Wabo te verlenen, niet tot schadevergoeding kan leiden, maar de daadwerkelijke verlening van die vergunning wel. De wetgever beoogt op deze manier slechts de "werkelijke schade" in plaats van "theoretische schade" te vergoeden.⁷ Ook afd. 15.1 Ow zal de traditionele schaduwshadeproblematiek vergroten. Bij indirecte schade zal het schademoment namelijk worden verschoven van de inwerkingtreding van het omgevingsplan naar het moment waarop het bestuur kennisgeeft van het besluit tot verlening van een omgevingsvergunning, óf het moment waarop het bevoegd gezag kennis heeft gegeven van de informatie die degene die vergunningvrij een activiteit gaat verrichten aan het bevoegd gezag over die activiteit heeft verstrekt, of het tijdstip waarop met deze activiteit is begonnen als deze informatie niet is verstrekt.⁸ Ook bij directe schade zal het schademoment soms worden verschoven naar het moment waarop het bestuur kennisgeeft van het besluit tot verlening van een omgevingsvergunning, waarover meer onder 11.

4. Hoe verhoudt het voorafgaande zich tot de onderhavige uitspraak? North Sea Port stelt in haar aanvraag om nadeelcompensatie d.d. 8 november 2016 ongeveer 19 miljoen euro aan schade te ondervinden doordat de staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie bij besluit van 7 augustus 2012 de begrenzing van het Natura 2000-gebied 'Westerschelde & Saeftinghe' heeft gewijzigd. De schade is volgens North Sea Port tweeledig. Ten eerste kan zij een van haar in dit gebied gelegen percelen

2 De nadelen van overcompensatie spreken tot de verbeelding. Ook ondercompensatie kan problematisch zijn, doordat benadeelden meerdere aanvragen om compensatie moeten indienen om het onevenredige deel van de uiteindelijk in totaal geleden schade vergoed te krijgen. Dit trekt zijn wissel op de bestuurslasten en is in strijd met wat Kortmann het 'integratieprincipe' noemt. Zie C.N.J. Kortmann, 'Schaduwshade, een conceptuele verkenning. Naar een oplossing voor de problematiek van schaduwshade door middel van een zaaksgebonden voorschot', *O&A* 2017/90, p. 191.

3 De onvergoedbaarheid van schaduwshade wordt vooral problematisch als de eigenaar van een onroerende zaak "activiteiten onderneemt waarvoor de (markt)waarde van zijn eigendom relevant is." Zie C.N.J. Kortmann, *O&A* 2017/90, p. 192.

4 Zie voor dit soort overwegingen o.a.: ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1698, r.o. 5.1; ABRvS 24 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL5383, r.o. 2.4.1 en ABRvS 17 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE5405, r.o. 2.6.2. Zie ter verdere onderbouwing van deze alinea ook Huijts 2020, p. 86-101.

5 Hiermee doel ik op problemen door de onvergoedbaarheid van schade door *indicatief* overheidshandelen als beschreven onder 2.

6 Zie art. 6.1 tweede lid, aanhef en onder a Wro, respectievelijk art. 6.1, tweede lid, aanhef en onder b en c Wro jo. art. 6.1, zesde lid, Wro.

7 *Kamerstukken II* 2011/12, 33135, nr. 3, p. 14 (MvT, Wet tot wijziging van de Crisis- en herstelwet).

8 Zie art. 15.3, eerste lid, Ow en art. 15.4, eerste lid, Ow.

verminderd ontwikkelen. Ten tweede kan zij op dit perceel geen nieuwe natte ontsluiting van het havengebied aanleggen ten behoeve van twee van haar nabijgelegen percelen. North Sea Port stak haar vordering in via art. 31, eerste lid, Natuurbeschermingswet 1998 en het ongeschreven égalitébeginsel. Haar schade viel ook onder de reikwijdte van deze wettelijke regeling – een algemene redelijkerwijsformule. Zij heeft echter de pech dat haar aanvraag vanwege de onmiddellijke inwerkingtreding van de Wnb op 1 januari 2017, moest worden afgedaan onder art. 6.3, eerste lid, Wnb. Ook dit betreft een algemene redelijkerwijsformule. Zij is van toepassing op schade veroorzaakt door besluiten genomen op grond van de Wnb, met uitzondering van aanwijzingsbesluiten in de zin van art. 2.1, eerste lid, Wnb. U raadt het al: het door North Sea Port als schadeoorzaak aangewezen wijzigingsbesluit betreft een dergelijk aanwijzingsbesluit. Dat vormt voor de staatssecretaris reden om de aanvraag om nadeelcompensatie af te wijzen – een beslissing die in bezwaar wordt gehandhaafd door de minister van Economische zaken. Ook vormt dit reden voor de Afdeling om in hoger beroep te oordelen dat de rechtbank terecht geen grondslag heeft gezien voor toekenning van de door North Sea Port verzochte vergoeding wegens schade ten gevolge van het wijzigingsbesluit. Analoog aan de Afdelingsjurisprudentie inzake het uitputtende en exclusieve karakter van afd. 6.1 Wro, wordt geoordeeld dat het ongeschreven égalitébeginsel hier eveneens geen soelaas kan bieden, omdat anders de keuze van de wetgever om geen schadevergoeding toe te kennen naar aanleiding van aanwijzingsbesluiten zou worden doorkruist. Net als onder de Wro, lijkt deze keuze onder andere te zijn ingegeven door de wens om onder- en overcompensatie te voorkomen: een aanvraag om nadeelcompensatie wegens schade die het gestelde gevolg is van een aanwijzingsbesluit als bedoeld in art. 2.1, eerste lid, Wnb, komt in het stelsel van de Wnb eerst voor toewijzing in aanmerking, nadat een besluit is genomen op een aanvraag voor een vergunning die als gevolg van het besluit tot aanwijzing van een gebied als Natura 2000-gebied, in samenhang met het verbod, zoals bedoeld in art. 2.7, tweede lid, Wnb, vereist is voor realisering van een bepaald project en dit besluit vervolgens onherroepelijk is geworden en ook aan de overige vereisten voor toewijzing daarvan is voldaan.

5. Tot zover is er niets nieuws onder de zon, dus waaruit bestaat dan de onder 1 aangekondigde uitweg? North Sea Port blijkt niet voor één gat te vangen en voert aan dat de in art. 6.3, eerste lid, Wnb vervatte uitsluiting van vergoeding van schade veroorzaakt door een aanwijzingsbesluit als bedoeld in art. 2.1, eerste lid, Wnb, in strijd is met art. 1 EP EVRM en art. 17, eerste lid, Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Onder verwijzing naar eerdere uitspraken oordeelt de Afdeling dat kan worden volstaan met bespreking van het beroep op art. 1 EP EVRM, omdat de bepaling uit het Handvest eenzelfde inhoud en reikwijdte heeft. In r.o. 7.4 stelt de Afdeling vast dat art. 1 EP EVRM een verdragsbepaling is die naar haar inhoud een ieder kan verbinden als bedoeld in art. 93 en 94 GW. De formele wetgever heeft een bestuursrechtelijke rechtsgang opengesteld tegen besluiten op grond van art. 6.3, eerste

lid, Wnb. Volgens de Afdeling ligt het daarom vanuit oogpunt van efficiënte en behoorlijke rechtsbescherming voor de hand om in deze bestuursrechtelijke procedure te beoordelen of aan de eisen van art. 1 EP EVRM is voldaan, als daarop, zoals in deze zaak, een gemotiveerd beroep wordt gedaan, en indien dat niet het geval is de in art. 6.3, eerste lid, Wnb gemaakte uitzondering ten aanzien van aanwijzingsbesluiten in de zin van art. 2.1, eerste lid, Wnb, buiten toepassing te laten.

6. Voordat een beroep op art. 1 EP EVRM inhoudelijk kan worden behandeld, moet worden nagegaan of de benadeelde wel een beroep op deze bepaling toekomt. Daartoe is relevant dat deze bepaling burgers beoogt te beschermen tegen ongeoorloofde inbreuken op hun eigendomsrecht door de overheid. Zij kan dus in principe door zowel natuurlijke personen als rechtspersonen worden ingeroepen. Zij biedt echter geen bescherming aan een rechtspersoon die van publiekrechtelijke aard is en/of als een (in de staatsstructuur ingebedde) overheidsdienst moet worden aangemerkt.⁹ Of daarvan sprake is, moet volgens de Afdeling worden vastgesteld conform vier aan de EHRM-jurisprudentie ontleende factoren: (1) de juridische status van de rechtspersoon (privaat- of publiekrechtelijk) en, waar noodzakelijk, de rechten die daaraan zijn verbonden; (2) het karakter van zijn activiteiten (publieke taak of een commerciële doelstelling); (3) de context waarin deze activiteiten worden uitgevoerd (wel of geen monopolie, al dan niet een strikt gereguleerde sector); en (4) de mate van institutionele en operationele onafhankelijkheid ten aanzien van de overheden (de mate van afstand tot de overheid, de reikwijdte van het toezicht en de controle door de overheid). In het licht van deze factoren had het problematisch kunnen zijn dat de aandeelhouders van North Sea Port decentrale overheden zijn. Bovendien worden binnen het verband van North Sea Port ook publiekrechtelijke (havenmeesters)bevoegdheden uitgeoefend. Hoewel dat North Sea Port onderscheidt van een regulier bedrijf als Eneco, ziet de Afdeling onvoldoende grond voor het oordeel dat North Sea Port een overheidsorganisatie is die geen beroep op art. 1 EP EVRM toekomt. Daartoe acht zij onder andere relevant dat North Sea Port rechtspersoon naar civiel recht is, met een eigen verantwoordelijkheid en eigen bevoegdheden en met belangen die niet geheel samenvallen met die van haar aandeelhouders. Bovendien ontplooit North Sea Port activiteiten in een op concurrentie gerichte omgeving en beschikt zij als naamloze vennootschap over institutionele en operationele onafhankelijkheid tegenover haar aandeelhouders. Verder is niet gebleken dat de aandeelhouders als overheden effectieve controle uitoefenen op de dagelijkse werking van de onderneming. Ten slotte is relevant dat North Sea Port onbetwist heeft gesteld dat haar aanvraag om schadevergoeding betrekking heeft op de commerciële activiteiten die zij niet langer kan verrichten, en losstaat van haar publieke taken.

7. Nu deze formele horde is genomen, dient het beroep op art. 1 EP EVRM inhoudelijk te worden beoordeeld. Daartoe is van belang dat een inbreuk op het eigendomsrecht

⁹ Dat is ook logisch aangezien het gaat om een klassiek grondrecht.

slechts is toegestaan als een 'fair balance' is getroffen tussen het algemeen belang enerzijds en de bescherming van individuele rechten anderzijds. Dit vereist een redelijke mate van evenredigheid tussen de gebruikte middelen en het doel dat ermee wordt nagestreefd. Er is geen sprake van een 'fair balance' als sprake is van een 'individuele en buitensporige last' voor de getroffen burger. De verdragsluitende staat komt een 'wide margin of appreciation' toe bij deze 'fair balance'-toets, en waar het gaat om de beoordeling van wat in het algemeen belang is en de keus van de middelen om dit belang te dienen. Bij de uitvoering van deze toets speelt onder andere een rol of de maatregel in strijd is met eerder door de overheid gewekte verwachtingen.¹⁰

8. De vraag die in casu moet worden beantwoord, is dus of de vereiste 'fair balance' tussen het algemeen belang en de belangen van North Sea Port rechtvaardigt dat de door het wijzigingsbesluit veroorzaakte schade niet nu al voor vergoeding in aanmerking komt. De Afdeling stelt in r.o. 7.9 vast dat de minister geenszins is ingegaan op het beroep van North Sea Port op art. 1 EP EVRM, terwijl hij naar aanleiding hiervan juist een 'fair balance'-toets had moeten verrichten. Daarbij had hij moeten ingaan op het betoog van North Sea Port dat op haar een individuele en buitensporige last rust, en moeten ingaan op haar standpunt dat de schade in dit geval rechtstreeks voortvloeit uit het wijzigingsbesluit en dat het aanvragen van een vergunning bij voorbaat kansloos is in verband waarmee er geen belangstellende bedrijven meer zouden zijn en het wijzigingsbesluit dus met zich zou brengen dat van haar, ook vanwege de kosten van een vergunningaanvraag, redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat zij daartoe overgaat. Nu de minister dit heeft nagelaten, komt de Afdeling tot het oordeel dat het besluit op bezwaar onvoldoende is gemotiveerd en dus wegens strijd met art. 7:12, eerste lid, Awb dient te worden vernietigd. De minister krijgt daarom de opdracht om een nieuw besluit op bezwaar te nemen waarin hij alsnog een 'fair balance'-toets verricht.

9. Hoe dient de minister invulling te geven aan deze opdracht? Die vraag laat zich niet per se eenvoudig beantwoorden, omdat de Afdeling vrij weinig algemene sturing biedt. Die sturing had bijvoorbeeld kunnen bestaan uit verwijzingen naar de vaste jurisprudentielijnen dat bij regulering van eigendom geen aanspraak op een volledige schadeloosstelling bestaat, en de wet die het gebruik van de eigendom reguleert (in dit geval de Wnb) niet noodzakelijkerwijs een recht op compensatie hoeft te bevatten. Dat laat overigens onverlet dat de beschikbaarheid van schadevergoeding wel een rol kan spelen in de 'fair balance'-toets die

dient te worden verricht.¹¹ Wellicht doelt de Afdeling ook daarop als zij in r.o. 7.9 overweegt dat "de omstandigheid dat de Wnb voorziet in de mogelijkheid van tegemoetkoming in schade die het gestelde gevolg is van een aanwijzingsbesluit als bedoeld in art. 2.1., eerste lid, van de Wnb, (...) in het algemeen [zal] kunnen bijdragen aan het oordeel dat een <<fair balance>> in vorenbedoelde zin kan worden aangenomen." Dit citaat is echter lastig te plaatsen, omdat art. 6.3, eerste lid, Wnb nu juist *niet* voorziet in de vergoeding van schade door een aanwijzingsbesluit als bedoeld in art. 2.1, eerste lid, Wnb. Dat was immers de reden dat North Sea Port van mening was dat het nationaalrechtelijk kader niet volstond en een beroep deed op art. 1 EP EVRM. Hoewel dat enigszins gissen is, sluit ik niet uit dat de Afdeling met deze overweging heeft willen aangeven dat belang mag worden gehecht aan de omstandigheid dat het nationaalrechtelijke compensatieregime op een later moment wel in vergoeding voorziet, bijvoorbeeld na een besluit tot afwijzing of verlening van een vergunning.¹² Uit de uitspraak lijkt verder voorzichtig te kunnen worden afgeleid dat een rol kunnen spelen: (1) bijzondere omstandigheden waardoor het niet redelijk is te verlangen dat de burger een dergelijke vergunning aanvraagt (en de besluitvorming daarover afwacht); (2) het beoordelingskader voor deze besluitvorming omtrent vergunningverlening én de consequenties daarvan in het bijzondere geval voor de beweerdelijk getroffen ontwikkelingsmogelijkheden van (het gebied waarin) de onroerende zaak van aanvrager (is gelegen); en (3) het moment waarop de schade intreedt – in casu: direct na inwerkingtreding van het aanwijzingsbesluit, óf toch pas na de afwijzing van een eventueel nog door North Sea Port aan te vragen vergunning? Ten slotte lijkt het voor de hand te liggen dat ook de omvang van de schade wordt meegewogen in de 'fair balance'-toets.¹³

10. Enerzijds is het mogelijk dat de minister aan de hand van deze factoren voldoende weet te motiveren dat art. 1 EP EVRM niet wordt geschonden door van North Sea Port te verlangen dat zij eerst een vergunning aanvraagt, en naar aanleiding van die besluitvorming een aanvraag om schadevergoeding als bedoeld in art. 6.3, eerste lid, Wnb indient. Anderzijds is denkbaar dat de minister aan de hand van deze factoren tot de conclusie komt dat dit, gelet op art. 1 EP EVRM, niet in redelijkheid van North Sea Port kan worden verlangd. In dat geval zal het schadegeschil conform art. 6.3, eerste lid, Wnb moeten worden afgedaan, waarbij het aanwijzingsbesluit in

10 De Afdeling verwijst in r.o. 7.5 naar EHRM 5 januari 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296 (*Beyeler/Italië*); EHRM 29 april 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0429JUD002508894 (*Chassagnou en anderen/Frankrijk*); EHRM 23 september 1982, ECLI:CE:ECHR:1982:0923JUD000715175 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*); EHRM 19 juni 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497 (*Hutten-Czapska/Polen*); EHRM 19 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1019JUD003122796 (*Ambruosi/Italië*). Zie over de inhoudelijke toets aan art. 1 EP EVRM bijvoorbeeld ook M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2010, p. 609 e.v.

11 Zie hierover ook J.H.M. Huijts & M.K.G. Tjepkema, 'Nadeelcompensatie in het schemergebied tussen rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 199-201.

12 Deze uitleg lijkt ook verenigbaar met de overweging dat de door de Afdeling benoemde omstandigheid niet betekent "dat de minister in dit bijzondere geval het betoog van North Sea Port mocht afdoen met de hiervoor vermelde motivering, zonder in te gaan op het betoog van North Sea Port waarom in dit geval niet van haar gevergd kan worden dat zij een vergunning als bedoeld in artikel 2.7 van de Wnb aanvraagt, dan wel de beslissing op deze eventuele aanvraag afwacht voordat zij een verzoek om tegemoetkoming in schade kan indienen".

13 In Tjepkema 2010, p. 703-704 wordt betoogd dat "het relevante gezichtspunt van waaruit het Hof standaard bekijkt of art. 1 EP is geschonden, (...) primair [is] hoe ernstig de inbreuk op het eigendomsrecht is geweest".

weerwil van de tekst van deze bepaling wordt aangemerkt als schadeoorzaak die aanleiding kan geven tot toekenning van nadeelcompensatie. Daarbij dient onder andere een antwoord te worden gegeven op de vragen (1) of de gestelde schade daadwerkelijk als gevolg van dit aanwijzingsbesluit in redelijkheid aan de staatssecretaris kan worden toegerekend; (2) wat de daadwerkelijke omvang van de schade is; en (3) in hoeverre deze schade het normaal maatschappelijk risico van North Sea Port overstijgt. Voor beantwoording van de eerste vraag zou onder andere houvast kunnen worden gevonden in de tien vuistregels omtrent causaliteit bij schade door rechtmatig overheidshandelen die ik in 2017 met Tjepkema formuleerde.¹⁴ De tweede vraag is een vraag van schadebegroting en wordt in de praktijk vrijwel altijd beantwoord met behulp van deskundigenadvisering.¹⁵ Voor beantwoording van de derde vraag lijkt het, mede gelet op de vergelijkbare aard van de schade en schadeoorzaak, voor de hand te liggen dat aansluiting wordt gezocht bij de toepassing van de *Heiloo*-factoren (op gevallen van directe planschade).¹⁶

11. Wat betekent de onderhavige uitspraak nu voor het overige nadeelcompensatierecht? Zij lijkt in ieder geval van belang voor gevallen van (ernstige) directe schade waarin beperkingen die voortvloeien uit een bindend (en appellabel) planologisch besluit, al dan niet kunnen worden weggenomen door middel van een nog aan te vragen vergunning. Een voorbeeld daarvan betreft de situatie waarin in een omgevingsplan het verbod wordt opgenomen om op eigen perceel bepaalde werkzaamheden uit te voeren zonder aanlegvergunning. Volgens art. 15.1, tweede lid, Ow vormt de weigering van de aanlegvergunning dan de exclusieve schadeoorzaak. De wetgever heeft daarvoor gekozen, omdat het besluit omtrent de vergunningverlening nog een nader afwegingsmoment inhoudt.¹⁷ Indien de benadeelde perceeleigenaar desondanks naar aanleiding van het desbetreffende omgevingsplan een aanvraag om compensatie als bedoeld in art. 4:126 Awb jo. 15.1 Ow indient, en daarin onder verwijzing naar art. 1 EP EVRM betoogt dat niet in redelijkheid van hem kan worden verlangd dat hij het schadetraject insteekt via een eventueel nog aan te vragen omgevingsvergunning, zal het bestuur aan de hand van de onder 9 genoemde factoren moeten motiveren waarom dat niet het geval is, óf de aanvraag inhoudelijk in behandeling moeten nemen waarbij het omgevingsplan in weerwil van art. 15.1, tweede lid, Ow wordt gezien als schadeoorzaak die aanleiding kan geven tot nadeelcompensatie.

12. Ook zou de onderhavige uitspraak relevant kunnen zijn voor andere keuzes van de wetgever om het schademoment door te schuiven. Daarbij denk ik allereerst aan de onder 3 besproken, in de Omgevingswet gemaakte keuze om het schademoment bij indirecte schade door te schuiven van inwerkingtreding van het omgevingsplan naar kennisgeving van verlening van een omgevingsvergunning of

informatie omtrent de uitvoering van een vergunningvrije activiteit. Met de onderhavige uitspraak kunnen dergelijke situaties gemeen hebben dat reeds sprake is van (ernstige) aantoonbare schade naar aanleiding van een appellabel en bindend planologisch besluit, terwijl de schade op het desbetreffende moment nog niet voor vergoeding in aanmerking komt door de keuze van de wetgever om het schademoment door te schuiven. Een verschil is dat het in deze gevallen gaat om schade door wijziging van planregels die geen betrekking hebben op het eigen perceel van de aanvrager. Ten slotte denk ik aan de onder 2 besproken 'traditionele' schaduwshadegevallen: situaties waarin (ernstige) schade wordt geleden door indicatief overheidshandelen dat niet wordt opgesomd in art. 15.1, eerste lid, Ow.¹⁸ Anders dan in de onderhavige uitspraak, is er daarin nog geen sprake van een appellabel en bindend planologisch besluit dat ingrijpt in de gebruiksmogelijkheden van het eigen perceel. Dat doet er echter niet aan af dat dergelijk indicatief overheidshandelen wel serieuze gevolgen kan hebben voor de wijzen waarop de eigenaar zijn perceel kan benutten, bijvoorbeeld doordat het niet of slechts tegen een mindere prijs kan worden verkocht, óf niet of verminderd als onderpand kan dienen ter verkrijging van financiering.

13. Mijns inziens zou het positief zijn als de Afdeling deze jurisprudentielijn doortrekt naar beide onder 12 beschreven gevallen. Dat zal overigens lang niet altijd tot de conclusie leiden dat sprake is van strijd met art. 1 EP EVRM. Wel zou dit in algemene zin duidelijk maken dat bestuursorganen ook bij toepassing van een uitputtend en exclusief bedoeld nationaalrechtelijk compensatieregime – en dus ook bij toepassing van afd. 6.1 Wro of afd. 15.1 Ow – verplicht zijn om een gemotiveerd beroep van de aanvrager op art. 1 EP EVRM, inhoudende dat van hem niet in redelijkheid kan worden verlangd zijn schadeverhaal uit te stellen tot het eerst mogelijke moment waarop dat regime wel grondslag biedt voor schadevergoeding, serieus te onderzoeken en een dergelijk beroep slechts gemotiveerd kunnen afwijzen. Met andere woorden: de formeelwettelijke uitsluiting van vergoeding van schade (door indicatief overheidshandelen) betekent niet automatisch dat deze schade nooit (deels) dient te worden vergoed.

14. Zou de Afdeling hiermee de ultieme oplossing bieden voor de in deze annotatie beschreven vormen van schaduwshadeproblematiek? Nee, en waarschijnlijk was dat ook niet mogelijk in slechts één uitspraak, die bovendien ziet op één specifiek wettelijk schadevergoedingsregime.¹⁹ Waarom zou de Afdeling dan toch deze potentiële uitweg hebben geboden aan schaduwshadelijders, en waarom doet zij dat juist nu? Ik sluit niet uit dat daarbij een rol speelt dat de wetgever de schaduwshadeproblematiek – en dus ook de waarschuwingen van de Afdeling – al meer dan een halve eeuw niet serieus neemt. Illustratief daarvoor is dat de eerste

14 J.H.M. Huijts & M.K.G. Tjepkema, 'Meervoudige causaliteit bij nadeelcompensatie en tegemoetkoming in planschade', *JBplus* 2017, afl. 4, p. 288-304.

15 Een bespreking van (twee) veelgebruikte taxatiemethoden is te vinden in Huijts 2020, p. 227-230.

16 Zie daarover Huijts 2020, p. 264-274.

17 Zie hierover *Kamerstukken II* 2018/19, 34 986, nr. 3, p. 232 (MvT, IOW) en Huijts 2020, p. 110.

18 Dat dit soort schade zich daadwerkelijk voordoet, blijkt o.a. uit *Gevangenen van een Tracé. Rapport betreffende klachten over de minister van Infrastructuur en Milieu te Den Haag* (rapportnummer 2013/144), Den Haag: Nationale ombudsman 2013.

19 In Huijts 2020, p. 121-129 en 423-427 inventariseer ik (voorstellen voor) andere oplossingen.

uitspraak van een verantwoordelijk minister over dit onderwerp luidde dat schaduwshade een “bijzonder woord” is dat “moeilijk” wordt “als je dit vier keer achter elkaar zegt”.²⁰ Meer inhoudelijk relevant, is dat deze problematiek bij de overgang van WRO naar Wro werd, en bij de overgang van Wro naar Ow zal worden vergroot, zonder dat daarvoor een structurele oplossing is getroffen. Was voor de Afdeling nu de maat vol en zag zij haar kans schoon in een geschil waarin bruikbare beroepsgronden werden aangevoerd? Het beroep op art. 1 EP EVRM was in ieder geval een uitgelezen kans, omdat het toetsingsverbod van art. 120 GW daarmee buitenspel werd gezet; dat toetsingsverbod maakt immers dat de Afdeling niet kan oordelen dat het op voorhand beperken van het schadevergoedingsrecht tot vergoeding van schade veroorzaakt door bepaalde schadeoorzaken, in strijd zou zijn met het égalitébeginsel en/of overige ongeschreven materiële rechtsbeginselen.²¹ Hoewel zij vanuit staatsrechtelijk perspectief dus goed is te verklaren, is het wat karig dat de oplossing voor de nationaalrechtelijke schaduwshadeproblematiek nu lijkt te moeten worden gevonden in een internationaal grondrecht. Dat valt echter niet de Afdeling, maar de (grond)wetgever aan te rekenen.

20 *Handelingen II* 1983/84, p. 3821.

21 Zie G.M. van den Broek & M.K.G. Tjepkema, *De reikwijdte en rechtsgrondslag van nadeelcompensatie in het omgevingsrecht* (VBR preadvies, nr. 43), IBR 2015, p. 45-48 voor een bespreking van publicaties waaruit blijkt dat in de literatuur al langer rekening werd gehouden met een oplossing via de band van art. 1 EP EVRM.