VAR-reeks
128

Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad

Preadviezen uitgebracht door

Mr. J.E. Hoitink
Prof. mr. G.E. van Maanen
Mr. drs. B.P.M. van Ravels
Prof. mr. B.J. Schueler

Voor de algemene vergadering
van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht
op 17 mei 2002

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2002

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 128

© 2002 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90 5454 195 4

www.bju.nl

Inhoud

De onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter: zoektocht naar de kwadratuur van de cirkel **7**
Prof. mr. G.E. van Maanen

Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht **91**
Prof. mr. B.J. Schueler

Schadevergoeding in het omgevingsrecht: speurtocht naar 'verklarende principes' **201**
Mr. J.E. Hoitink

Nadeelcompensatie en andere vergoedingen in de waterstaatszorg **261**
Materiële aspecten van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad
Mr. drs. B.P.M. van Ravels

Bestuur en ereleden **425**

Overzicht van de preadviezen uitgebracht door de VAR **427**

De onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter: zoektocht naar de kwadratuur van de cirkel

*Prof. mr. G.E. van Maanen**

1	**Inleiding: het schip van Staat**	**11**
1.1	Zeeworp	11
1.2	De Purmer	12
1.3	Varkens met zere klauwen	13
2	**Alle kaarten op tafel; grote schoonmaak**	**15**
2.1	Inleiding	15
2.2	Uitgangspunt: onderscheid tussen handelingen die intrinsiek onrechtmatig zijn en rechtmatige handelingen	16
2.3	Mijn oplossing	18
2.4	Égalité devant les charges publiques	20
2.5	Het redengevend principe	21
2.6	Twee te onderscheiden evenredigheidsprincipes	22
2.7	Solidariteit	23
2.8	Onevenredig benadeeld ten opzichte van wie?	24
2.9	Grote schoonmaak en plan de campagne	25
3	**De Voorste Stroom-constructie; op zoek naar de kwadratuur van de cirkel...**	**27**
3.1	De onrechtmatige rechtmatige daad	27
3.2	De opvatting van de Hoge Raad	28
3.3	Wat heeft de Hoge Raad nu precies gezegd?	30
3.4	Het debat in de jaren vijftig: Bregstein, Drion en Van den Bergh	31
3.5	Latere rechtspraak: aalscholvers en varkensmesters	34
3.6	De zwakte van de Leffers-constructie	36
3.7	Een wereldse vorm van transsubstantiatie	37

---

* Gerrit van Maanen is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht. Met dank aan Esther Engelhard, Pim de Kuijer en Jan Reijntjes.

3.8 Na vijftig jaar nog steeds dezelfde – inconsistente – constructie 39
3.9 Consequenties van de koppeling van de égalité-onevenredigheid aan de doel-middelonevenredigheid in bestuursrechtelijke context 40
3.10 Ook de bestuursrechtelijke constructie tot nadeelcompensatie is gebaseerd op de Voorste Stroom-constructie 41
3.11 Weg met de Voorste Stroom-constructie 42

4 Strafrechtelijke gevallen van schadevergoeding bij rechtmatige daad 45
4.1 Inleiding; eigen opvatting 45
4.2 Achteraf ongegronde verdenkingen bij politieoptreden 46
4.3 Strengere criteria bij schadevergoeding wegens ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis 48
4.4 Wettelijke regeling van achteraf ongegronde vrijheidsbeneming 51
4.5 Evaluatie van de rechtspraak 52
4.6 Een voorbeeld: de Begaclaim van Joep van den Nieuwenhuyzen 55
4.7 Wat rechtmatig tot stand is gekomen, kan niet achteraf onrechtmatig worden 58
4.8 Schadevergoeding voor voorlopige hechtenis in Frankrijk 59
4.9 Schadevergoeding bij preventieve hechtenis in Duitsland 60
4.10 Recht op schadevergoeding bij achteraf ongefundeerde hechtenis en andere strafvorderlijke maatregelen 62
4.11 Niet-verdachten die in hun belang worden getroffen 62
4.12 Toevallig in de weg lopende burgers 63
4.13 Evaluatie van de rechtspraak ten aanzien van niet-verdachten 64
4.14 Verschil tussen strafvorderlijke situaties en égalité-situaties 66
4.15 Uitzonderlijke risico's; responsabilité pour risque 67
4.16 Conclusie: drie categorieën van rechtmatig overheidsoptreden waar compensatie geboden is 68

5 Normaal maatschappelijk risico, onevenredige benadeling en schadevergoeding 71
5.1 Inleiding 71
5.2 Verschillen tussen de Voorste Stroom-constructie en rechtmatige daad 72
5.2.1 Grondslag vorderingsrecht 72
5.2.2 Bijzondere aard van de schade 73
5.2.3 Causaal verband en eigen schuld en schadebeperkingsplicht 73
5.2.4 Mogelijkheid van verbod 74
5.3 Bijzondere omvang-vragen bij strafvorderlijke bevoegdheden 75
5.4 De omvang van de schade wegens het achterwege blijven van nadeelcompensatie 75
5.5 Conclusies ten aanzien van schadevergoeding 76

6 Algemene conclusies en aanbevelingen 77
6.1 Conclusies 77
6.1.1 Afscheid van de Voorste Stroom-constructie 77
6.1.2 Solidariteit als algemene grondslag 78
6.1.3 Bestuursrechter – uiteindelijk – bevoegd 78
6.1.4 Wettelijke regeling is gewenst 79
6.2 Aanbevelingen 79
6.2.1 Voorstel voor een algemene regeling 79
6.2.2 Schade na gestrande strafvervolging 80

6.2.3 Risicovol overheidsoptreden 81
6.3 Nawoord 82

Stellingen **83**

Literatuur **85**

1 Inleiding: het schip van Staat

In deze inleiding wordt een anekdotische introductie geboden op de vraag naar de fundering van de vergoedingsplicht bij rechtmatig (overheids)handelen. De lezer maakt kennis met Griekse zeelieden, achttiende-eeuwse polderbewoners en hedendaagse MKZ-boeren.

1.1 Zeeworp

De zon gaat al ter kimme als schipper Cerberus op 28 augustus 344 voor Christus koers zet naar Rhodos. De wind wakkert aan, zware donderwolken trekken samen en dan breekt het noodweer los. Het grootzeil wordt gestreken, de golven slaan over het dek en de lading begint te schuiven. Cerberus beveelt Xerxes, zijn trouwe knecht die hem al vele jaren vergezelt, om de deklading overboord te zetten.

Uitgeput bereiken ze de haven van Rhodos. Aan de kade staan Athanathos, Berikos, Certos en Dimitri om hun deel van de lading in ontvangst te nemen. Dan blijkt dat de lading toebehorend aan Athanathos en Berikos aan de golven is prijsgegeven, teneinde – zo verzekert Cerberus de twee mannen – het schip met z'n bemanning te behoeden voor een zeemansgraf. Certos en Dimitri zijn blij dat hun deel van de lading behouden is gebleven.

Athanathos en Berikos willen zich echter niet zonder meer neerleggen bij het feit dat ongelukkigerwijs juist het aan hen toebehorende deel van de lading is opgeofferd om het schip met bemanning en de rest van de lading voor de ondergang te behoeden. Op de kade zit, zoals altijd rond deze tijd van de dag, de oude rechtsgeleerde Aristoteles Onassis op z'n vaste stek het binnenlopen van de schepen gade te slaan. Op verzoek van Athanathos en Berikos legt hij aan Certos en Dimitri uit dat krachtens de regels van de oude Lex Rhodia de iactu de waarde van dat deel van de lading dat aan de zee is prijsgegeven teneinde het schip van de ondergang te redden, vergoed moet worden door de eigenaren van de lading die daardoor gered kon worden. 'Samen uit, samen thuis', dat is het oude maxime van de wet van de zee, zo vat hij de kern samen. 'Wij moeten solidair met elkaar zijn', vervolgt hij na een korte pauze zijn betoog, 'het is dankzij deze opoffering – die ook jullie had kunnen treffen – dat het schip met z'n lading behouden thuis is gekomen.' 'Daarom zegt de wet dat jullie gezamenlijk de schade, die Athanathos en Berikos lijden, moeten dragen.' 'Zo zijn de wetten van dit eiland en dat is in overeenstemming met het natuurrecht dat de Goden ons mensen hebben geschonken.' Het is daarom dat Paulus in D.14,2,1 (libro

secundo sententiarum) schrijft: 'Door de Rhodische wet wordt gewaarborgd dat, indien er waren overboord zijn gezet om het schip lichter te maken, door een bijdrage van allen wordt vergoed wat ten behoeve van allen is prijsgegeven.' 'Hetzelfde geldt trouwens', zo deelde Aristoteles mee, 'als de mast of een ander scheepswerktuig overboord wordt gezet om een gemeenschappelijk gevaar af te wenden. Ook dan is een omslag verschuldigd.' 'Ook dat vinden we al in de oude bronnen, reeds de grote Papinianus wees daarop in D. 14,2,3 (libro nono decimo responsorum).[1]

1.2 De Purmer

Het is 28 augustus 1744 als Dijkgraaf Gerberus Gerbertzoon het waterpeil in de ringvaart om de Purmerpolder controleert. Er staat te weinig wind om de molens in gang te zetten en de dijk dreigt het te begeven. Hij opent de noodsluis. Daardoor overstroomt het land waarop Adriaan Adriaanszoon zijn koeien laat grazen. Ook het eveneens laag gelegen stuk van Bertus Bertuszoon loopt onder. Gelukkig draaien de molens de volgende dag weer en kan verdere schade worden voorkomen. Twee koeien blijken verdronken en de volledige oogst op het land van Bertus blijkt verloren. De andere boeren uit de polder komen bijeen in het huis van Dijkgraaf Gerberus en overleggen wat te doen. Men is het erover eens dat de beslissing van Gerberus om de sluizen te openen de enig juiste was. Maar wat te doen met de schade van Adriaan en Bertus? Is het niet dankzij het feit dat hun land is opgeofferd dat de rest van de polder behouden kon worden? Gerberus wijst erop dat het onevenredig nadeel dat nu door deze twee geleden wordt volgens het aloude principe van solidariteit, hoofdelijk omgeslagen zou moeten worden over alle ingelanden.[2] Zoals de oude Papinianus al zei: 'Omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.' 'Het is toch in ons aller belang dat we zoveel mogelijk droge voeten houden?'[3]

---

1. Lokin (1989), nr. 53.
2. Lokin (1989), nr. 53, wijst erop dat de Rhodische wet later ten grondslag is gelegd aan de regeling die we nu rechtmatige overheidsdaad noemen. Hij geeft daarbij het voorbeeld dat de schade veroorzaakt in het algemeen belang ter verdediging van een stad, volgens de formule van de Rhodische wet over de stedelingen werd omgeslagen.
3. Deze gedachte is ook terug te vinden in het Ontwerp 1804 dat een soort algemeen deel van de geplande codificatie beoogde te zijn. In art. 21 staat: 'In die enkele gevallen, waar de wetgever zulke geboden, uit dringende oorzaken, tot algemeen heil, zoude uitvaardigen, komt aan hem, wiens recht daar door verkort is, vergoeding van schade toe.' In de toelichting daarop wordt verwezen naar de 'standvastige practijck' om in geval iemands land gebruikt wordt om overvloedig water af te voeren, daar ook een vergoeding voor te geven (AA 1968, p. 286 en 288).

1.3 Varkens met zere klauwen

Het is april 2001. Op de Veluwe wordt mond- en klauwzeer geconstateerd. Minister Brinkhorst beveelt dat in een straal van 3 kilometer om de besmettingshaard heen alle dieren moeten worden afgemaakt: varkens, koeien, paarden, schapen.[4] Boeren, burgers en buitenlui, zij allen zijn het slachtoffer van deze rigoreuze maatregel die in het algemeen belang – althans in het belang van alle veehouders – genomen wordt. Wat doen we dan? Zeggen we dat de omwonenden van de besmettingshaard pech hebben gehad en laten we ze verder in de kou staan, of geldt ook hier de aloude Rhodische wet die zegt dat we solidair moeten zijn ingeval de belangen van een enkeling worden opgeofferd voor het grotere algemeen belang? Moeten we dan niet ook met z'n allen bijdragen teneinde de schade aan de opgeofferde belangen te compenseren: Omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est? De Nederlandse samenleving offert de belangen van enkelen op teneinde het algemeen belang te dienen. Wij zitten met z'n allen in hetzelfde schuitje. Het schip van Staat is daarbij een adequate metafoor, die duidelijk maakt dat het beginsel van de Lex Rhodia nog steeds opgeld doet. Het principe van de avarij-grosse,[5] dat we solidair moeten zijn als de belangen van de enkeling worden geofferd ten behoeve van het gemeenschappelijke belang, is een principe van *solidariteit*.

4. De Hoog (2001).
5. Art. 8:610-612 BW: een 'buitengewone opoffering of uitgave, opzettelijk en redelijkerwijs (...) verricht voor de gemeenschappelijke veiligheid met het doel de goederen, betrokken bij een gemeenschappelijke (...) onderneming, voor gevaar (...) te behoeden'.

2 Alle kaarten op tafel; grote schoonmaak

In dit onderdeel leg ik mijn kaarten op tafel. Dat maakt de rest van mijn verhaal wellicht beter te volgen en het is bovendien in overeenstemming met de nieuwe regels van het civiele procesrecht, waardoor het niet langer toegestaan is om wat kaarten in de mouw te houden en pas bij dupliek op tafel te leggen. Ik geef ook aan dat wat mij betreft de vraag naar de onrechtmatigheid van bepaald handelen een zwart-witkwestie is: het is onrechtmatig of niet. Een beetje onrechtmatig (of rechtmatig 'in wording') bestaat niet voor mij.

Voorts zal duidelijk worden dat ik opteer – in navolging trouwens van zeer velen – voor een expliciete erkenning van een algemene schadevergoedingsverplichting van de overheid voor bepaalde vormen van rechtmatig handelen. De grondslag daarvoor zoek ik in het beginsel van solidariteit.

2.1 Inleiding

Over het onderwerp 'schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad' is reeds ongelooflijk veel geschreven.[6] Het is een 'mer à boire' en in de zee kun je verdrinken. Daarom heb ik ervoor gekozen om vóór het lezen van al die geschriften van generaties knappe juristen, eerst maar gewoon voor mijzelf – fietsend in Frankrijk – te bedenken wat mij nu een goede grondslag lijkt voor een dergelijke algemene verplichting. In de omgeving van Sarlat kwam ik uit bij de *Lex Rhodia de iactu* en het principe van de solidariteit. Later bleek dat dit helemaal niet zo nieuw was, maar zo had ik toch een eigen uitgangspunt. De opzet en strekking van dit preadvies heeft dan ook méér het karakter van het verslag van mijn queeste naar de fundamentele vragen rond deze problematiek, dan een complete analyse van bestaande rechtspraak en literatuur.

Over dit onderwerp zijn al vele preadviezen geschreven, voor de NJV, voor de Calvinistische Juristenvereniging en ook – zelfs al vaker – voor de VAR.[7] Ik trof daar

6. Zelfs als men zich beperkt tot het Nederlandse recht (zoals ik hoofdzakelijk doe). Zie voor schadevergoeding bij rechtmatig EG-optreden: Van Casteren (1997), waarin overigens ook uitstekende overzichten van het Nederlandse, Franse, Duitse en Spaanse recht.
7. Verpaalen (1969) en Beunke (1969); Koeman (1989) en De Planque (1989), deze laatsten overigens meer op onrechtmatige daad gericht.

nuttige ideeën aan, maar wat opviel is dat er sprake is van een duidelijke vooruitgang in de rechtsontwikkeling. Niet alleen is het aantal speciale regelingen ter zake van bestuurscompensatie enorm toegenomen, maar ook lijkt zowel in het bestuursrecht als in het civiele recht het principe van een recht op vergoeding van schade door – bepaalde gevallen van – rechtmatig overheidsoptreden algemeen geaccepteerd. Dat maakt tevens dat veel van deze oude preadviezen gedateerd zijn en ik het dus zelf zal moeten bedenken...

2.2 Uitgangspunt: onderscheid tussen handelingen die intrinsiek onrechtmatig zijn en rechtmatige handelingen

We moeten een *principieel* onderscheid maken tussen gedragingen (of: rechtshandelingen) van de overheid die (ab initio) intrinsiek *on*rechtmatig zijn (en blijven) en gedragingen/rechtshandelingen die in beginsel rechtmatig zijn, maar die wel op één of andere wijze tot flankerende verplichtingen (van financieel of ander karakter) van de overheid aanleiding geven. Van beide categorieën zijn talloze voorbeelden te geven.

Ab initio onrechtmatig zijn al die handelingen van de overheid waarbij zonder wettelijke of deugdelijke grondslag inbreuk gemaakt wordt op de rechten van burgers, of waarbij in de uitvoering van wettelijke taken (nodeloos) onzorgvuldig te werk wordt gegaan. Ook vernietigde besluiten vallen in principe binnen deze categorie. Uiteraard is het mogelijk dat naast het gebruik van een (rechtmatig) dwangmiddel op grond van een bestaande verdenking, op andere wijze onrechtmatig jegens een betrokkene wordt gehandeld. Is dat het geval, dan kan ook dat aansprakelijkheid van de Staat opleveren. De Hoge Raad noemt als zodanig: gebruik van een dwangmiddel in strijd met de regels van geschreven of ongeschreven recht, disproportionaliteit in het gebruik van het dwangmiddel in de gegeven omstandigheden en gedragingen die in het geheel niet als het gebruikmaken van een dwangmiddel kunnen worden opgevat.[8]

In beginsel rechtmatig zijn al die handelingen/besluiten van de overheid/bestuursorganen die op grond van en blijvend binnen de wettelijke kaders in het algemeen belang verricht worden. Die handelingen en besluiten *zélf* blijven in beginsel rechtmatig, zelfs als daarbij bepaalde flankerende verplichtingen geschonden worden. De burger kan de overheid dan uiteraard wel aanspreken tot *nakoming* van die verplichtingen. Deze vordering tot nakoming kan in bepaalde gevallen ook vergezeld gaan van een vordering tot aanvullende schadevergoeding. Met name ingeval de verplichting tot compensatie niet op een specifieke wettelijke grondslag berust, zal de burger veelal zijn toevlucht moeten nemen tot een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad. In dat geval zal de grond voor de onrechtmatigheid gezocht worden in het feit

8. HR 23 december 1994, NJ 1995, 512 en HR 12 juni 1998, NJ 1999, 99.

dat de overheid verzuimd heeft de nodige flankerende maatregelen te nemen, hetgeen meebrengt dat het totale gedrag als onrechtmatig dient te worden aangemerkt. Een voorbeeld van deze redenering kan gevonden worden in het Leffers-arrest.[9] Daar ging het om

> 'een naar verhouding kleine groep van varkensmesters die, anders dan het overgrote deel van hun concurrenten, hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoedering van swill en niet van de ene dag op de andere op een ander vervoederingsstelsel hebben kunnen overschakelen, zonder dat daardoor de winstgevendheid van hun bedrijf verloren zou gaan, in onevenredige mate in haar belangen [is] getroffen'.

De Hoge Raad oordeelt dat een plotseling opgelegd verbod in dit geval niet behoort tot de normale bedrijfsrisico's die voor rekening van de ondernemer behoren te blijven. Onder deze omstandigheden is het *onrechtmatig* de regeling uit te vaardigen

> zonder dat daarbij tevens voor de hiervoor bedoelde varkensmesters een regeling wordt getroffen 'die het hun financieel mogelijk maakte hun bedrijf aan te passen of, zo zulks onmogelijk zou blijken, hun op andere wijze in hun economische belangen tegemoet' te komen.

Deze vordering uit onrechtmatige daad is *niet* identiek aan die voortvloeiende uit de verplichting tot nadeelcompensatie. Het *niet voldoen* aan de verplichting tot nadeelcompensatie is een *onderdeel* van het totale gedrag van de overheid dat beoordeeld wordt in het kader van een vordering tot schadevergoeding op grond van *on*rechtmatige daad.

De grondslag van (deze verplichting tot nakoming van) de verplichting tot nadeelcompensatie dient echter *buiten* de sfeer van de onrechtmatige daad gezocht te worden. De redeneerfout in de constructie van de Voorste Stroom-arresten en in navolging daarvan ook Bregstein (zie hierna deel 3) is dat de grondslag van de verplichting tot nadeelcompensatie binnen de onrechtmatige daad wordt gezocht. Dit alles brengt mee dat deze twee (principieel) te onderscheiden categorieën – rechtmatig/onrechtmatig – in uitkomst heel dicht bij elkaar kunnen komen te liggen. Dat kan het zicht op het principieel verschillende karakter van beide situaties natuurlijk vertroebelen.

Mijn standpunt is dat concreet gedrag *civielrechtelijk* ofwel rechtmatig ofwel onrechtmatig is; 'een beetje onrechtmatig' bestaat dus niet.[10] Dit laat onverlet dat de beslissing om bepaald gedrag *on*rechtmatig te noemen soms arbitrair kan zijn en laat voorts onverlet dat aanvankelijk rechtmatig gedrag met een zekere duur door nieuwe feiten of omstandigheden onrechtmatig kan worden.[11] Het laat ten slotte eveneens

---

9. HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638.
10. Anders Haak (1997), p. 143. Haak is raadsheer in de Hoge Raad en heeft meegewerkt aan diverse uitspraken die voor deze problematiek van belang zijn.
11. Let wel, het aanvankelijk rechtmatige gedrag wordt niet retroactief onrechtmatig, maar de voortzetting van dat gedrag kan wel onder nieuwe omstandigheden – vanaf dat moment – onrechtmatig worden.

onverlet de mogelijkheid dat een bepaald overheidsbesluit publiekrechtelijk rechtmatig is, maar privaatrechtelijk als onrechtmatig ten opzichte van een bepaald individu kan worden aangemerkt.[12]

Ten slotte, voor alle duidelijkheid: bepaald gedrag kan niet (ten opzichte van één en dezelfde persoon en op één moment) zowel rechtmatig als onrechtmatig zijn.[13] Dat lijkt een open deur, maar in mijn visie is dat uiteindelijk wel het geval in de redenering van de Hoge Raad inzake Staat/Lavrijsen. Ik kom hier later op terug.

In het verdere verloop van dit betoog zal ik mij richten op feitelijke handelingen en besluiten die in beginsel *rechtmatig* zijn en dit in de kern ook blijven, maar waar op grond van bijvoorbeeld de égalité/solidariteitsgedachte een compensatie ten opzichte van één of meer burgers op zijn plaats is. De 'gewone' – echte – onrechtmatige overheidsdaad blijft dus buiten beschouwing.

2.3 Mijn oplossing

In mijn visie is de enige weg uit de Voorste Stroom-problematiek de erkenning van de redelijkheid en billijkheid als bron van nieuwe, ongeschreven verbintenissen tot schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden (een besluit of een feitelijk handelen). Civielrechtelijk betekent dit dat een verbintenis tot schadevergoeding op grond van *rechtmatig* handelen kan ontstaan als dit past in het stelsel van de wet en aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen.[14]

Dat *lijkt* bij eerste en oppervlakkige beschouwing een 'gevaarlijke' want heel open regel te zijn, maar net zoals bij de nu gecodificeerde regel inzake ongerechtvaardigde verrijking het geval is, zal blijken dat dit bij nadere beschouwing niet zo is.[15] Met name door de relatering aan reeds bij de wet geregelde gevallen van nadeelcompensatie wordt een vrij strak kader aangebracht.

Sinds het arrest Quint-Te Poel (NJ 1959, 548) weten we dat het systeem van verbintenissen niet gesloten is. Een korte schets van de achtergrond van deze belangrijke beslissing.

---

12. Het niet onderscheiden tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke onrechtmatigheid is mijns inziens de grondfout van de opvatting van Van Maarseveen (1954) en van Teunissen (1994).
13. Gedrag kan natuurlijk wel jegens de één onrechtmatig zijn en tegenover een ander niet. Dat is de essentie van het beginsel van relatieve onrechtmatigheid waarop ons art. 6:162 BW is gebaseerd en wat in art. 6:163 BW nader wordt uitgewerkt.
14. Dit is reeds door velen bepleit, ik vermeld hier slechts Bloembergen (1992) en Van der Meulen (1995), p. 407. Spier (1990), p. 54, lijkt dit beperkter op te vatten, hij gaat slechts in op de mogelijkheid om op grond van een verbintenis uit ongerechtvaardige verrijking tot een oplossing te komen voor de problematiek van schadevergoeding bij rechtmatig handelen.
15. Van Maanen (2001).

Hubertus te Poel heeft met het bouwbedijf Quint een aannemingsovereenkomst gesloten betreffende de bouw van twee winkelhuizen met bovenwoningen op een terrein aan de Geleenstraat te Heerlen. Quint weet dat Hubertus een geldlening heeft afgesloten waarbij op het terrein aan de Geleenstraat hypotheek was verleend. Het geleende bedrag – althans een deel daarvan – is reeds gestort op een bouwdepotrekening waaruit de kosten van de bouw betaald zouden kunnen worden.
Op een gegeven moment kan of wil Hubertus niet meer aan zijn betalingsverplichtingen voldoen. Als Quint zich tot de bank wendt, blijkt echter dat de hypotheek niet verleend is door Hubertus, maar door zijn broer Heinrich die ook als eigenaar van het perceel in de openbare registers stond vermeld. Al snel blijkt dat Hubertus slechts voor de helft gerechtigd was tot het bedrag van het bouwdepot en dat zijn helft 'op' is. De bank weigert (uiteraard) om het deel van Heinrich aan Quint uit te betalen. Quint zit dus met onbetaalde rekeningen die hij niet kan verhalen op Hubertus, omdat die geen geld en geen andere bezittingen heeft, terwijl de gebouwde woningen – door middel van natrekking[16] – eigendom van Heinrich zijn geworden, met wie hij evenwel geen overeenkomst heeft. Heinrich is dus verrijkt ten koste van Quint.

De zaak speelt onder het oude recht, waarin een wettelijke regeling voor de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking ontbrak. Onduidelijk was of het systeem van verbintenissen als 'gesloten' moest worden beschouwd of dat het mogelijk was om ook rechten en verplichtingen te laten ontstaan uit de redelijkheid en billijkheid, zoals nu expliciet mogelijk wordt geacht in artikel 6:1 jo. artikel 6:2 BW. In welke situaties is dat mogelijk? De Hoge Raad[17] is van oordeel dat:

> 'in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard die in het stelsel der wet past en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen;'

Het belang van deze uitspraak voor ons, is dus vooral dat de billijkheid meebrengt dat *in principe* een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking mogelijk is, maar wel blijkt dat de Hoge Raad met de concrete toepassing daarvan terughoudend is.[18] Zelfs in een casus die als het ware schreeuwt om toewijzing van de vordering, laat de raad de aan het stelsel van de wet ten grondslag liggende principes (geen bescherming huurder, geen bescherming als men door raadpleging van de openbare registers op de hoogte had kunnen zijn) prevaleren.[19]

---

16. Art. 5:20 onder e BW.
17. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.nt. DJV (Quint/Te Poel).
18. De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking van de aannemer Quint werd in dit concrete geval echter *niet* toegewezen. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van de vraag of in dit geval een dergelijke vordering past in het stelsel van de wet, dat nu de wet aan de eigenaar/verhuurder geen verplichting oplegt om de huurder een vergoeding te geven, omdat deze laatste werken heeft aangelegd op de grond van de eigenaar, het onaannemelijk zou zijn dat een dergelijke verplichting wel zou gelden jegens de aannemer. Bovendien kent de wet voorzover aan een bezitter bescherming wordt toegekend, deze bescherming slechts toe bij goede trouw en dat gaat niet op voor Quint, omdat hij door raadpleging van de registers had kunnen weten dat degene met wie hij contracteerde, niet de eigenaar van de grond was.
19. In een veel latere beslissing wordt in een vergelijkbare situatie de vordering, gebaseerd op ongerechtvaardigde verrijking, in beginsel wel toewijsbaar geacht (HR 29 januari 1993, NJ 1994, 172 (Vermobo/Van Rijswijk)).

In de lijn van deze uitspraak en hetgeen daarover is opgemerkt tijdens de parlementaire behandeling[20] van artikel 6:1 BW, past ook het accepteren van een verplichting tot schadevergoeding *wegens rechtmatig handelen*. Wat betreft de inhoud moet dan aangesloten worden bij de in de wet geregelde gevallen. In het bestuursrecht zijn we al heel lang vertrouwd met wettelijke verplichtingen tot nadeelcompensatie (bijvoorbeeld artikel 49 WRO, artikel 41 Grondwaterwet, artikelen 22-29 Monumentenwet). Bloembergen heeft hiervoor al in 1992 gepleit in de opstellenbundel 'Als een goed huisvader' én daarvoor reeds in zijn schitterende conclusie inzake Staat/B.[21] Dat pleidooi heeft nog steeds niets van zijn kracht verloren.[22] Bloembergen laat met kracht van argumenten zien dat juist door de aansluiting bij de 'wel in de wet geregelde gevallen' voldoende waarborg verkregen wordt om ervoor te zorgen dat de erkenning van een vergoedingsverplichting op deze grond, niet betekent dat er geen grenzen meer zijn. Een plicht die los staat van de onrechtmatige daad en die niet alleen in het bestuursrecht geldt maar ook in het civiele schadevergoedingsrecht.

2.4 Égalité devant les charges publiques

Het is duidelijk dat de Nederlandse discussie over nadeelcompensatie in hoge mate beïnvloed is door het Franse voorbeeld.[23] Wat is de achtergrond daarvan?[24] In artikel 13 van de *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* werd het beginsel van de gelijkheid van de belastingbetalers neergelegd.[25] In de bekende Couitéas-uitspraak erkende de Conseil d'État het meer specifieke beginsel van de 'égalité devant les charges publiques' in haar rechtspraak.[26] Het land van Couitéas was bezet door een groot aantal nomaden. De koloniale Franse autoriteiten in Tunesië weigerden het vonnis dat uitzetting beval, te executeren, omdat de openbare orde daardoor ernstig gevaar liep. Dat was volgens de Conseil d'État op zich een juiste beslissing. Het égalité-beginsel brengt echter mee dat deze landeigenaar recht heeft op vergoeding.

De grondgedachte bij dit beginsel is dat de publieke lasten evenredig over de burgers verdeeld moeten worden. Schendt de overheid dit beginsel, dan dient ze de schade te vergoeden, mits aan een aantal vereisten is voldaan. Het eerste vereiste is dat een individuele burger of een relatief klein aantal burgers schade ondervindt die de overige betrokkenen niet ondervinden (*spécialité*). Verder is nodig dat de schade buitengewoon hoog is (*anormalité*).

---

20. Parl. Gesch. Boek 6, Deventer 1981, p. 39 e.v.
21. HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 m.nt. CJHB.
22. Hij is daarin onder meer bijgevallen door De Wijkerslooth (1993).
23. Zie voor meer algemene beschouwingen Konijnenbelt (1971), Kortmann (1971) en Van Casteren (1997).
24. Zie in dit verband Roozendaal (1998) en Kortmann (1971).
25. Interessant is dat in de constitutie van 1958 een ruimere formulering voorkomt: De natie proclameert de solidariteit van alle Fransen voor de lasten die voortvloeien uit nationale rampen. Geciteerd bij Konijnenbelt (1971), p. 268.
26. CE 30 november 1923, Rec. Lebon 789.

Dát de publieke lasten soms ongelijk verdeeld mogen worden, volgt niet met zoveel woorden uit het beginsel van de égalité, maar is in de rechtspraak aanvaard op grond van het algemeen belang.[27]

2.5 Het redengevend principe

Wat is binnen de Nederlandse context het fundament voor deze verplichting tot vergoeding van schade op grond van rechtmatig handelen? Het *beginsel* dat onevenredig nadeel toegebracht uit hoofde van het algemeen belang, vergoed dient te worden, ligt ten grondslag aan diverse wettelijke regelingen. In de Onteigeningswet (en de Grondwet, artikel 14) is bepaald dat onteigening mogelijk is als het algemeen belang dat noodzakelijk maakt, op voorwaarde dat het nadeel wordt vergoed.[28] In tientallen specifieke bestuurswetten treffen we vergelijkbare voorzieningen aan. Maar *waarom* moet onevenredig nadeel vergoed worden? Traditioneel wordt dan al snel verwezen naar de égalité en naar artikel 3:4 Awb. Ik ben daar evenwel niet zo enthousiast over. Ten eerste niet, omdat, zoals Van Ommeren[29] al eerder heeft opgemerkt, de égalité juist dwingt tot gelijke behandeling; het algemeen belang kan/mag deze verplichting tot égalité kennelijk doorbreken.[30] Dat kan een verplichting tot bestuurscompensatie meebrengen. Deze verplichting dient op een afzonderlijke rechtsgrond gebaseerd te worden. Niet verdelende rechtvaardigheid, maar correctieve rechtvaardigheid.[31]

Ten tweede is het zeer de vraag of artikel 3:4 Awb wel een grondslag biedt voor nadeelcompensatie. In de tekst van deze bepaling wordt uitsluitend verwezen naar de evenredigheid tussen doel en middel bij de totstandkoming van een bestuurlijk besluit. In de parlementaire stukken is op enkele plaatsen evenwel ook een verwijzing terechtgekomen naar de égalité en de schadevergoeding bij rechtmatige daad.[32]

---

27. Konijnenbelt (1971), p. 273.
28. Dat gaat terug op een oude traditie. Zie bijvoorbeeld de negentiende-eeuwse dissertatie van Olivier (1847), p. 14, die als rechtsgrond voor onteigening noemt 'de billijkheid, opdat een publieke last niet uitsluitend ten laste dier eigenaars zou gebragt worden, wier eigendommen juist in de rigting van het aan te leggen werk liggen'. Let overigens op de term 'publieke last' die overeenkomt met de term 'charges publiques' uit het bekende adagium.
29. Van Ommeren (1990), p. 684.
30. Dit zeer algemene principe volgt evenwel niet uit de égalité-gedachte zélf. Indirect blijkt dit natuurlijk wel bijvoorbeeld uit de mogelijkheid tot onteigening in het algemeen belang onder voorwaarde van schadevergoeding (art. 14 GW). Maar waar dit zeer algemene principe – dat het algemeen belang ongelijke behandeling kan legitimeren – zelf op terug te voeren is of op gebaseerd is, is mij niet duidelijk.
31. Vergelijk ook Roef/De Roos (1996), p. 241 en Nieuwenhuis, die eveneens stelt dat de rechtsgrond ligt in de vergeldende rechtvaardigheid (Nieuwenhuis (1989), p. 123-125.
32. Zie Hennekens (2000), p. 573 e.v.

2.6 Twee te onderscheiden evenredigheidsprincipes

Hennekens heeft – wat mij betreft – op overtuigende wijze uiteengezet dat deze verwijzing op een misverstaan berust.[33] Er is met andere woorden sprake van twee fundamenteel te onderscheiden evenredigheidsprincipes. Het eerste, dat zijn neerslag gevonden heeft in artikel 3:4 lid 2 Awb, houdt in dat er een redelijke verhouding ('proportionaliteit') moet zijn tussen doel en middel bij een bepaald besluit. Het heeft geen zin, het bestuur 'mag' dit zelfs niet, met een kanon op een mug te schieten; dat is disproportioneel. Is een bepaald besluit disproportioneel in het kader van artikel 3:4 lid 2 Awb, dan zal het besluit vernietigd moeten worden en is het in beginsel ook onrechtmatig in civielrechtelijke zin en kan er op die grond schadevergoeding gevorderd worden.

Het tweede evenredigheidsbeginsel, bekend onder de slagzin 'égalité devant les charges publiques', noemde ik al in paragraaf 2.4. Het houdt in dat de burgers gelijkelijk de lasten moeten dragen die het algemeen belang meebrengt en dat indien individuele burgers veel meer dan hun deel moeten dragen, de overheid gehouden is om dat nadeel te compenseren. Dat laatste is een (neven)verplichting op grond van (overigens en op zichzelf genomen) rechtmatig overheidshandelen, die, zoals gezegd, anders dan veelal wordt aangenomen *niet* in artikel 3:4 Awb is neergelegd.[34] Het kán zijn dat het niet voldoen aan deze nevenverplichting tot compensatie, betekent dat het gedrag als geheel onrechtmatig wordt, maar dat hoeft niet het geval te zijn, bijvoorbeeld indien eerst later duidelijk wordt dat de rechtmatige overheidshandeling bepaalde individuen meer dan evenredig – in verhouding tot andere burgers! – belast.[35] Van Buuren legt het helder uit in zijn noot onder Van Vlodrop (AB 1997, 229):

> 'Art. 3:4 lid 2 kan wel een kapstok zijn om bestuurscompensatie aan op te hangen. Het bedoelde beginsel [van gelijkheid voor de openbare lasten, GvM] krijgt dan een – ietwat gezocht – fundament in de wet. Het verband tussen art. 3:4 lid 2 Awb en het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten is niet anders dan dat indien op grond van laatstgenoemd beginsel belanghebbende recht heeft op bestuurscompensatie, de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid waarbij geen bestuurscompensatie is toegekend, reeds daarom in strijd is met een evenwichtige belangenafweging zoals verwoord in art. 3:4 lid 2 Awb.'

Het niet onderscheiden tussen deze twee fundamenteel verschillende contexten waarbinnen het evenredigheidsprincipe een rol speelt, heeft in veel rechtspraak[36] én literatuur[37] tot verwarring geleid.[38]

---

33. Hennekens (2000), met name p. 575 en Hennekens (2001a), p. 318 e.v.
34. Zie Hennekens (2000) en bestuursrechtelijke rechtspraak zoals Beurskens (ABRvS 18 februari 1997, AB 1997, 143) en de uitspraak van de Afdeling inzake Van Vlodrop van 6 mei 1997, AB 1997, 229.
35. Of indien er voorzien is in een specifieke bestuurscompensatieregeling. Zie Van den Berk (1997), p. 126 e.v.
36. Het arrest Lavrijsen (HR 30 maart 2001, RvdW 2001, 71) is daar een voorbeeld van.
37. Bijv. Haak (1997), p. 143, noot 7.
38. In deze zin ook Schlössels (2002), par. 7.2, die overigens vindt dat Hennekens te ver doorschiet in zijn kritiek.

2.7 Solidariteit

In de situatie waar de belangen van de enkeling worden geofferd, worden de burgers immers juist *niet* op gelijke wijze behandeld ten overstaan van de *charges publiques*. Uitgangspunt is kennelijk dat deze niet-gelijke behandeling geboden en gerechtvaardigd is.[39] De vraag is dan vervolgens of de – toevallige – slachtoffers van deze ongelijke behandeling aanspraak kunnen maken op compensatie, met name bij de burgerlijke rechter, en op welke grondslag dat gebaseerd kan worden. Solidariteit lijkt mij een betere legitimatie voor schadevergoedingsverplichtingen op grond van 'bestuurscompensatie' c.q. 'rechtmatige daad', dan de traditionele verwijzing naar de *égalité devant les charges publiques* of het gelijkheidsbeginsel.[40]

De relevantie hiervan blijkt ook bij de zoektocht naar een schadevergoedingsplicht van de overheid bij rampen (Enschede, Volendam).[41] Ook daar kan het principe van solidariteit meebrengen dat de overheid een deel van de schade voor zijn rekening neemt, maar dat is niet vanwege een welbewuste en gerechtvaardigde opoffering van de belangen van enkelen ten behoeve van het algemeen belang. Dat sluit niet uit dat de overheid op andere grond politiek/maatschappelijk gehouden is tot compensatie.[42]

Zelf zie ik een belangrijke parallel met het civielrechtelijke leerstuk van de averij grosse, zoals reeds uit mijn anekdotische inleiding bleek. Dit leerstuk, ook bekend als de *lex Rhodia de iactu*, is mijns inziens eveneens gebaseerd op het principe van de solidariteit. Dat houdt in dat indien van bepaalde individuen opofferingen worden gevraagd in het belang van de gemeenschap (het algemeen belang), de gemeenschap solidair moet zijn met die individuen. Dit beginsel van solidariteit speelt bij situaties waarin aan bepaalde burgers onevenredig nadeel is toegebracht, maar ook bijvoorbeeld bij juistgenoemde rampschade of bij situaties die gelijkenis vertonen met onteigening. Voorzover ik hierna toch van 'égalité' of 'égalité-situaties' spreek, is dat als kortschrift ter aanduiding van situaties waarin de overheid in het kader van het algemeen belang aan bijzondere particuliere belangen onevenredig nadeel toebrengt. Ik gebruik die terminologie, omdat deze zo ingeburgerd is, maar daarmee is dus niet gezegd dat ik instem met de gebruikelijke fundering daarvan in het gelijkheidsbeginsel.

In verband met de klassieke égalité-situaties is met name lastig wat in een bepaalde situatie als een normaal maatschappelijk risico kan worden gezien en de vraag met welke categorie(en) van gevallen een vergelijking moet worden gemaakt. Voor een antwoord op de vraag wat als een normaal maatschappelijk risico geldt en wanneer er sprake is van onevenredige benadeling, kan voor een belangrijk deel aangesloten

---

39. Dat blijkt evenwel niet uit égalité-principe zelf. In de regeling van de avarij-grosse is dat wel onderdeel van de gedachtegang.
40. In deze lijn ook Damen (1996), p. 27.
41. Daarover Van Boom & Giesen (2001), p. 1680.
42. Zie hierover verder de conclusies.

worden bij de bestaande wetgeving waarin de criteria voor nadeelcompensatie veelal nauwkeurig zijn uitgewerkt. Ik verwijs daarvoor naar de uiteenzettingen van de mede-preadviseurs Van Ravels, Schueler en Hoitink. In de civielrechtelijke rechtspraak zijn aanzetten te vinden voor het antwoord op deze vraag.

2.8 Onevenredig benadeeld ten opzichte van wie?

In de civielrechtelijke rechtspraak wordt geworsteld met de vraag wat als referentiegroep moet worden genomen om te bezien of er in een bepaald geval sprake is van onevenredige benadeling en wat in dat verband als een normaal maatschappelijk risico heeft te gelden. In het Meiland-arrest is daar het een en ander over te vinden. Net als Leffers was ook Meiland getroffen door het plotseling uitgevaardigde swillverbod. Anders dan Leffers bestond zijn bedrijf niet uitsluitend uit een varkensmesterij, maar dreef hij ook een handel in pallets, die zelfs het merendeel (meer dan 70%) van zijn totale bedrijfswinst opleverde. Dat was voor de overheid dan ook de reden om aan hem geen compensatie toe te kennen; men vond dat Meiland niet 'onevenredig' was getroffen.[43]

Hier wordt zichtbaar wat het grote probleem is bij het vaststellen van de aanspraak op nadeelcompensatie (en de consequenties van het – onrechtmatig – achterwege laten van de betaling ervan). Wanneer is iemand immers 'onevenredig' benadeeld? Ten opzichte van wie geldt die onevenredigheid? Alle Nederlanders? Alle boeren? Alle varkensmesters? Varkensmesters die uitsluitend van swill gebruik maakten? Alle varkensmesters die – meer algemeen – financieel onevenredig werden benadeeld? Gaat men van dit laatste uit, dan wordt impliciet ook het aspect van de individuele draagkracht binnengehaald als relevante factor. Het is zeer de vraag of dat wel juist is.[44] Op de achtergrond speelt de vraag 'wat is het normaal maatschappelijk risico dat iedereen, bijvoorbeeld iedereen die een bedrijf uitoefent, heeft te dragen'? Als het om méér gaat dan het normale bedrijfsrisico (wederom, in verhouding tot anderen), kan er sprake zijn van een verplichting tot nadeelcompensatie. Dat gold *niet* voor de melkveehouder De Waal, die stelde schade te hebben geleden als gevolg van bepaalde maatregelen in verband met het melkquoteringsstelsel.[45] Dat behoorde kennelijk tot het normale bedrijfsrisico van alle melkveehouders.

Al dit soort vragen zijn in de civiele rechtspraak nog niet erg uitgekristalliseerd, voorzover daarvoor al algemene richtlijnen zijn op te stellen.[46] In het algemeen zal gelden, dat naarmate de groep getroffenen kleiner is in verhouding tot de gehele (beroeps)groep, er sneller sprake zal zijn van 'onevenredigheid'. In de zaak van

---

43. HR 3 april 1998, NJ 1998, 726, m.nt. TK, AB 1998, 256, JB 1998, 128.
44. Schlössels (1998), p. 1388 e.v., idem Nieuwenhuis (1989).
45. HR 18 april 1997, NJ 1997, 456.
46. Ik denk dat de burgerlijke rechter hier zijn voordeel kan doen met de in het bestuursrecht ontwikkelde criteria, zoals de Regeling Nadeelscompensatie Rijkswaterstaat. Van den Berk (1997), p. 138 e.v.

Meiland had het hof de persoonlijke situatie van Meiland, namelijk dat hij naast zijn op swill-voedering gebaseerde varkensmesterij ook nog het merendeel van zijn inkomen haalde uit een andere handel, beslissend geacht om hem niet als 'onevenredig' benadeeld te zien. De Hoge Raad is het daar niet mee eens en beschouwt die omstandigheid als iets dat niets te maken heeft met de kwestie zelf:[47]

> 'Het gaat hier om de vraag ten aanzien van welke varkensmesters heeft te gelden dat het onderhavige swill-verbod niet behoort tot de *normale bedrijfsrisico's* die voor hun rekening horen te blijven. Buiten de eigen risicosfeer van de varkensmesterij gelegen omstandigheden, zoals de vermogenspositie van de varkensmester en zijn mogelijkheden om uit andersoortige bedrijfsmatige activiteiten inkomsten te behalen, behoren bij de beantwoording van die vraag buiten beschouwing te blijven. Zou in dat kader wel met dergelijke persoonlijke omstandigheden rekening worden gehouden, dan zou dit leiden tot een niet naar objectieve criteria te rechtvaardigen, slechts op individuele draagkrachtverschillen berustend, onderscheid binnen de groep van ondernemers die hun varkensmesterijbedrijf geheel op vervoedering van swill hadden ingericht en in zoverre in gelijke mate door het plotselinge swill-verbod werden getroffen.'

In feite gaat het hier dus om de *gelijke* behandeling van al diegenen die op onevenredige wijze zijn getroffen; terecht oordeelt de Hoge Raad dat daarbij de individuele vermogenspositie – in beginsel – buiten beschouwing dient te blijven.

2.9 Grote schoonmaak en plan de campagne

Alvorens we nader terzake kunnen komen, moeten we eerst nog wat schoonmaakwerk verrichten op de dogmatische rommelzolder van de (on)rechtmatige overheidsdaad. Het verleden heeft ons opgezadeld met een aantal onzalige constructies. Vanuit de beperkte mogelijkheden die de burgerlijke rechter halverwege de vorige eeuw dacht te hebben, hebben knappe civilisten als Bregstein en Jan Drion constructies verzonnen die het mogelijk maakten om, binnen de kaders van de onrechtmatige daad, een vergoedingsmogelijkheid te creëren voor in feite rechtmatige overheidshandelingen. De Hoge Raad is daar in de Voorste Stroom-kwestie in voorgegaan. In z'n verschillende varianten komt deze constructie erop neer dat een bepaalde handeling tegelijkertijd zowel rechtmatig als onrechtmatig is. Het gaat dan om een rechtvaardigingsgrond in wording of iets dat al van het begin af aan onrechtmatig is, maar waarvan de onrechtmatigheid weer kan worden opgeheven als (schade)vergoeding wordt betaald. Het gaat om een constructie waarin de gedraging rechtmatig is, maar het niet betalen van schadevergoeding onrechtmatig. Op deze constructies is in de literatuur veel kritiek.[48] De – niet erg expliciete – bestuursrechtelijke grondslag – zie hiervoor onder 2.5 – wordt tegenwoordig meestal gezocht in artikel 3:4 Awb: *'De voor*

47. HR 3 april 1998, NJ 1998, 726.
48. Onrechtmatige daad, V.D., 402 e.v. (Scheltema).

een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doeleinden.'

Niet slechts bij deze 'klassieke' égalité-situaties, maar ook bij het zoeken naar het principe dat ten grondslag ligt aan de verplichting tot compensatie bij, naar achteraf gebleken, ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis gaan we ons te buiten aan constructies die meebrengen dat iets aanvankelijk wel rechtmatig is, dat achteraf niet meer blijkt te zijn. Maar ook dat levert op de keper beschouwd onzalige consequenties op. Dat is gewoon met elkaar in tegenspraak: iets kan niet tegelijk rechtmatig en onrechtmatig zijn. Iets kan niet a en tegelijk niet-a zijn.[49] Ik denk dat het in een beschaafde samenleving onvermijdelijk is, dat de risico's die nu eenmaal inherent zijn aan het instellen van strafvorderlijk onderzoek, niet op de verdachte rusten in geval van een achteraf niet hard te maken verdenking. Mijn standpunt is dat in beginsel alle niet-veroordeelde verdachten recht hebben op volledige schadevergoeding. Ik kom daar later meer uitvoerig op terug.

Ik zal betogen dat we de hiervoor genoemde constructies bij moeten zetten op de mestvaalt van de rechtsgeschiedenis en dat we met een schone lei moeten beginnen. Daarbij wil ik analyseren welke situaties we zouden moeten onderscheiden en vervolgens zoeken naar een redengevend principe voor die compensatie. De daaropvolgende stap is dan om te bezien of we deze compensatieregels kunnen onderbrengen in de bestaande juridische kaders of dat het wellicht aan te bevelen is om de wet aan te passen. Laten we echter beginnen met een grondige analyse van de constructie die nog steeds de basis vormt voor de Hoge Raad: de Voorste Stroom-constructie. Wat is daar nu precies mis mee?

---

49. Zie – onder zeer veel meer – De Wijkerslooth (1993) die aansluiting zoekt bij Bloembergens pleidooi in diens conclusie voor Staat/B. (NJ 1990, 794) en Bloembergen (1992).

3 De Voorste Stroom-constructie; op zoek naar de kwadratuur van de cirkel...

In dit deel analyseer ik de Voorste Stroom-jurisprudentie en de daarop aansluitende rechtspraak van de Hoge Raad en toets die op logische houdbaarheid. Ik betoog dat de grondfout in die jurisprudentie is, dat uiteindelijk geen verklaring wordt geboden voor het standpunt dat de overheid bij noodzakelijk en rechtmatig handelen schade moet vergoeden op basis van onrechtmatige daad.

3.1 De onrechtmatige rechtmatige daad

De erkenning van een zelfstandige bestuursrechtelijke verplichting tot nadeelcompensatie is betrekkelijk recent; in het verleden werd de vordering tot schadevergoeding in situaties van onevenredige benadeling altijd gebaseerd op onrechtmatige daad en niet op nakoming van die bestuursrechtelijke verplichting.[50] Wel was er op specifieke deelterreinen sprake van een wettelijke erkenning van een bestuursrechtelijke compensatieverplichting, zoals artikel 49 WRO, artikel 41 Grondwaterwet, artikelen 22-29 Monumentenwet. In die gevallen waar er geen wettelijk regeling was, bleef het onduidelijk waarop een verplichting tot nadeelcompensatie gebaseerd zou kunnen worden. In die situaties werd de weg van de onrechtmatigedaadsactie bij de burgerlijke rechter gekozen.

In de literatuur bestaat nog steeds onduidelijkheid over de vraag of de door de burgerlijke rechter geaccepteerde schadevergoedingsverplichting, die in bepaalde situaties op de overheid rust, nu 'eigenlijk' op *rechtmatige* dan wel op *onrechtmatige* daad is gebaseerd. Met name indien de overheid volkomen terecht bepaalde – al dan niet wettelijke – maatregelen treft, kan het zijn dat specifieke burgers daardoor – onevenredig – benadeeld worden. Hebben zij dan recht op schadevergoeding en, zo ja, op welke grondslag is dat recht gebaseerd en hoe kan dat recht worden geëffectueerd? De burgerlijke rechter heeft – binnen het keurslijf van de onrechtmatige daad

50. Zie voor een algemeen overzicht Tak (1997), par. 6.5 e.v.

– getracht daar een oplossing voor te vinden. In de bekende Voorste Stroom-jurisprudentie is een bijzondere constructie bedacht.

3.2 De opvatting van de Hoge Raad

We kennen de feiten: de gemeente Tilburg had er om haar moverende (financiële) redenenen voor gekozen om ongezuiverd rioolwater af te voeren via de Voorste Stroom. Dat kan – gewoon – onrechtmatig zijn ten opzichte van de bewoners van het aan dat water gelegen pand, met name als de overlast onaanvaardbare proporties aanneemt. Het feit dat de overheid daarbij handelt in het openbaar belang, sluit dat geenszins uit. In het vijfde Voorste Stroom-arrest[51] was dat het geval en oordeelde de Hoge Raad, in 1940, dan ook dat rechtbank en hof de gemeente terecht aansprakelijk hadden gehouden voor de schade die de bewoners leden. In het volgende Voorste Stroom-arrest – het zesde, van 1943[52] – komt voor het eerst de gedachte naar voren dat het kiezen van een goedkopere reinigingsmethode

> 'uit het oogpunt der te behartigen gemeentebelangen, (...) heel goed gerechtvaardigd en geboden [kan] zijn, maar dit sluit niet uit, dat tegenover den eigenaar van een bedreigd perceel de eventuele nadelige gevolgen, die daaruit voor dezen mochten voortvloeien, voor rekening van de gemeente behooren te komen.'

Daarbij wordt – blijkens de volgende alinea – niet uitsluitend aan een geldelijke tegemoetkoming gedacht, want daarna overweegt de Hoge Raad dat

> 'indien de gekozen maatregel faalt', de gemeente niet 'met vrucht kan beweren' aan haar verplichting om tegenover de eigenaar de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt in acht te nemen, te hebben voldaan. Nu een dergelijke maatregel destijds niet getroffen is, kan de gemeente zich thans niet meer op later gerezen moeilijkheden beroepen.

Het verontreinigen zonder nadeelcompensatie was en blijft dus onrechtmatig.

In het Jochems-arrest[53] van 1944 inzake de onttrekking van duinwater aan het terrein van Jochems wordt de hiervoor geformuleerde gedachte herhaald dat een bepaalde gedragslijn

> 'uit het oogpunt van de gemeentelijke belangen volkomen gerechtvaardigd of zelfs geboden kon zijn', maar dat dit wel de verplichting kan meebrengen om 'tegenover de eigenaren der bedreigde perceelen eventueele nadeelige gevolgen, die daaruit voor deze mochten voortvloeien voor hare rekening behoorde te nemen'.

---

51. HR 20 december 1940, NJ 1941, 366.
52. HR 19 maart 1943, NJ 1943, 312.
53. HR 18 februari 1944, NJ 1944, 226.

In casu heeft de gemeente dat niet gedaan en daarom handelt zij tegenover Jochems onrechtmatig.

In het zevende (en laatste) Voorste Stroom-arrest[54] vordert een zekere Van Roesel dat de gemeente op straffe van een dwangsom bevolen wordt om een einde te maken aan ondraaglijke stank die wordt veroorzaakt door het lozen van de riolering op dit riviertje. Rechtbank en hof wijzen deze vordering toe.[55] De Hoge Raad verwerpt eind 1952 het hiertegen gerichte cassatieberoep. Daarbij overweegt de Hoge Raad onder meer het volgende:

> 'Het Hof heeft, na een onderzoek van de omstandigheden van het geval, de vraag of de gemeente door haar handelwijze de grens van hetgeen oirbaar is overschrijdt, bevestigend beantwoord, doch heeft geoordeeld, dat, nu de handelwijze van de gemeente uit het oogpunt van door haar te behartigen gemeentebelangen gerechtvaardigd of geboden is, zij door een bijkomende omstandigheid – waarbij met name gedacht kan worden aan het betalen of aanbieden van een redelijke schadevergoeding – haar onrechtmatig karakter zou verliezen.'

Aan dat laatste oordeel, zo vervolgt de Hoge Raad, ligt kennelijk ten grondslag,

> 'dat het belang van de gemeente bij de handhaving van den afvoer van rioolwater door de Voortste Stroom tegenover het subjectieve recht van van Roesel zo zwaar weegt, dat van Roesel, indien de gemeente zich – bijvoorbeeld door aanbieding van een schadevergoeding – op behoorlijke wijze zijn belangen aantrekt, onredelijk zou handelen door zodanig aanbod te weigeren en op staking van de afvoer van het rioolwater door de Voorste Stroom te blijven aandringen.'

Betekent dit nu dat het behartigen van het algemeen belang beslissend is voor de vraag of in casu onrechtmatig is gehandeld? Zeker niet!

> 'De stelling, dat de gedragslijn der gemeente uit het oogpunt van de door haar te behartigen gemeentebelangen gerechtvaardigd en zelfs geboden is, kan de gemeente niet baten, omdat deze stelling niet méér inhoudt dan dat de gedragslijn van de gemeente, indien zij uitsluitend vanuit het gezichtspunt van die belangen werd beoordeeld, als de aangewezene zou moeten worden beschouwd; het hof heeft terecht geoordeeld, dat deze enkele omstandigheid niet uitsluit, dat de gemeente, deze gedragslijn volgende, onrechtmatig handelt.'

Het hof heeft wel aangenomen dat de gemeente onder bepaalde omstandigheden

> 'bij voorbaat aan de handelingen, die zij zich voorneemt te verrichten, het onrechtmatig karakter kan ontnemen door schadevergoeding aan te bieden of te betalen', maar daarmee is niet beslist dat de gemeente daardoor 'aan een op haar jegens van Roesel rustende rechtsplicht voldoet'.

---

54. HR 19 december 1952, NJ 1953, 642.
55. HR 20 mei 1952, NJ 1952, 618.

Met betrekking tot het verbod op straffe van een dwangsom wordt door de gemeente gesteld dat door het hof geen voorbehoud is gemaakt voor het geval dat de gemeente zich alsnog de belangen van Van Roesel aantrekt. Dat verwijt acht de Hoge Raad ongegrond:

> 'Bij het vorderen van een verbod wordt er immers van uitgegaan, dat het verbod zal vervallen voor zover na het vonnis een rechtvaardigingsgrond ontstaat, welke aan de onder dat verbod vallende handelingen de onrechtmatigheid ontneemt; dat, mocht er later tussen partijen verschil van mening ontstaan over de vraag of zodanige rechtvaardigingsgrond, zich heeft voorgedaan, daarover door den rechter in een executiegeschil kan worden beslist.'

3.3 Wat heeft de Hoge Raad nu precies gezegd?

1. In de drie hier besproken Voorste Stroom-uitspraken, evenals in Jochems, is beslist dat het hof terecht de handelwijze van de Gemeente in de concrete omstandigheden van het geval, als *onrechtmatig* kon aanmerken.
2. Ook een zonder voorbehoud gegeven verbod kan daarop gebaseerd worden. Indien en voorzover aan de onrechtmatige toestand een einde komt ('een rechtvaardigingsgrond ontstaat'), kan daarover in een executiegeschil beslist worden.
3. Het enkele feit dat bepaald gedrag vanuit het oogpunt van de gemeentebelangen gerechtvaardigd en geboden is, staat er op zich niet aan in de weg dat dit gedrag (ten opzichte van bepaalde personen) onrechtmatig is.
4. Als een handelwijze van de overheid uit het oogpunt van door haar te behartigen belangen gerechtvaardigd of geboden is, kan zij door een bijkomende omstandigheid – waarbij met name gedacht kan worden aan het betalen of aanbieden van een redelijke schadevergoeding – haar onrechtmatig karakter verliezen.
5. De burger zou 'onredelijk' handelen door een zodanig aanbod te weigeren door toch op staking van het (schadeveroorzakende) gedrag aan te dringen.
6. De overheid kan reeds 'bij voorbaat' de onrechtmatigheid aan het gedrag ontnemen, maar dat kan ook achteraf, waardoor er een rechtvaardigingsgrond ontstaat, die aan de handelingen de onrechtmatigheid ontneemt.

Tot zover mijn zakelijke weergave van de kern van de reeks beslissingen van de Hoge Raad over een periode van twaalf jaar.[56] Is hier nu sprake van een – impliciete of expliciete – erkenning van een schadevergoedingsplicht op grond van rechtmatig overheidshandelen? Niet expliciet, maar misschien wel impliciet. Samengenomen behelzen de hiervoor door mij opgesomde regels/principes toch wel een bijzondere positie voor de overheid. Hoewel de Hoge Raad het overheidshandelen jegens eisers onrechtmatig noemt, blijkt met name uit (een combinatie van) de laatste drie regels

56. Zie voor een vrijwel compleet overzicht van de rechtspraak tot 1983, Van Netburg (1984).

dat de overheid een door haar te behartigen (algemeen) belang ten uitvoer mág leggen, ook als daarbij bepaalde belangen van burgers benadeeld worden. Die burgers hebben wel recht op – met name – financiële compensatie, maar moeten daar onder omstandigheden dan ook genoegen mee nemen (regel 5). De Hoge Raad aarzelt evenwel om hier van een 'rechtsplicht' tot compensatie te spreken en wijst erop dat het hof dat in het midden heeft gelaten. Hij zegt ook niet dat er geen rechtsplicht is...

Zoveel is zeker dat als de overheid zich niets aan de belangen van de schadelijdende burger gelegen laat liggen, de overheid 'gewoon' onrechtmatig handelt, met alle – gewone – consequenties van dien, inclusief schadevergoeding en verbod. Als de overheid wél bereid is om het nadeel te compenseren, is er geen sprake meer van onrechtmatigheid en vervalt dus ook de mogelijkheid van een verbod.

3.4 Het debat in de jaren vijftig: Bregstein, Drion en Van den Bergh

Bregstein en Drion begroeten de nieuwe koers van de Hoge Raad met enthousiasme. Van den Bergh is zeer kritisch.[57] Voor een juiste waardering van de posities is het van belang dat we het debat in deze periode situeren: de onrechtmatige overheidsdaad was nog niet volledig geaccepteerd en er speelden nog allerlei discussies omtrent de plaats en betekenis van de verschillende elementen uit het leerstuk van de onrechtmatige daad. Alle nuances evenwel weglatend, komen de standpunten van Drion en Bregstein erop neer dat een overheidshandelen enerzijds noodzakelijk en geboden kan zijn en dus rechtmatig, maar dat er toch een plicht tot schadevergoeding bestaat die bij niet-nakoming tot gevolg heeft dat de overheid onrechtmatig handelt.

Bij Drion is de constructie deze:

> 'In eerste instantie is de dader hier verplicht de schade te vergoeden niet op grond van een civiele verbintenis ex art. 1401, maar van een ongeschreven betamelijkheidsnorm; het niet bereid of in staat zijn de schade voor zijn rekening te nemen is immers zelf een constitutief element van de onrechtmatigheid van de gedraging. Met een actie tot schadevergoeding ex art. 1401 vordert men dus in deze gevallen in zekere zin vergoeding van de schade, die men lijdt doordat de gedaagde weigerde de schade te vergoeden.'[58]

De zwakte en het tautologische van deze opvatting komt in dit citaat duidelijk naar voren: Drion stelt hier dat de plicht tot schadevergoeding zelf *niet* berust op artikel 1401, maar dat deze verplichting berust op een 'ongeschreven betamelijkheidsnorm'. Maar die ongeschreven rechtsplicht vloeit kennelijk voort uit artikel 1401. Daarbij blijft onbeantwoord de vraag *waarom* deze ongeschreven betamelijkheidsnorm dit

57. Bregstein (1951), Drion (1952), Van den Bergh (1952).
58. Drion (1952), p. 86.

eist. Het antwoord van Drion is dat men schade moet vergoeden, omdat men weigerde de schade te vergoeden. Dat brengt voor hem mee dat

> 'in de gevallen, waartoe de nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie zich uitstrekt, *is* inderdaad de schadevergoeding het tarief waartegen de handeling verricht mag worden. Wanneer immers de dader de schade vergoedt, heeft hij geen zorgvuldigheidsnorm overtreden.'[59]

Op een andere plaats stelt hij dat deze gedachtegang op twee wijzen geformuleerd kan worden:

1. De enige inhoud van de zorgvuldigheidsnorm is het (niet) vergoeden van de schade.
2. Het complex van handeling en niet-vergoeden der schade is de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm.

Drion geeft de voorkeur aan de laatste constructie, omdat in het eerste geval de gedraging nooit verboden kan worden (immers slechts het niet voldoen van de schadevergoeding is onzorgvuldig), in het tweede geval wordt door het niet voldoen aan de schadevergoedingsverplichting het hele complex van gedragingen onzorgvuldig en dus verbiedbaar.[60]

Uit de eerdere citaten blijkt evenwel dat het *enige* element dat bepalend is voor de onzorgvuldigheid, het niet betalen van schadevergoeding is: Baron von Münchhausen in juridicis. Dat betekent eveneens dat in de tweede formulering een onzuiverheid binnensluipt, namelijk de vage suggestie dat het gedrag als zodanig (los van de schadevergoedingsplicht) eigenlijk niet helemaal rechtmatig is. Mijn conclusie is dat deze opvatting innerlijk tegenstrijdig en tautologisch is, en om die reden dus verworpen moet worden.

De opvatting van Bregstein komt in essentie op hetzelfde neer. Bij deze is er evenwel sprake van een 'rechtvaardigingsgrond in wording'. Zijn stelling is dat als een handeling ter uitoefening van een zeer respectabel belang onvermijdbare schade meebrengt, dit handelen onrechtmatig zal zijn. Maar, zo voegt hij daar onmiddellijk aan toe:

> 'Er is echter een rechtvaardigingsgrond in wording: het recht op uitoefenen van eigen subjectief recht, met name als dit dient ten bate van het algemeen belang; deze grond wordt door het betalen der schadevergoeding volledig.'[61]

Door het betalen van de schadevergoeding valt dus de onrechtmatigheid weg. Onbeantwoord blijft dan echter de vraag waarom deze schadevergoeding dan betaald

---

59. Drion (1952), p. 86.
60. Drion (1952), p. 85.
61. Bregstein (1951), p. 302.

moet worden. Het impliciete antwoord is: omdat het gedrag eigenlijk een beetje onrechtmatig was...

Beide constructies trachten – evenals de Hoge Raad – de kwadratuur van de cirkel te vinden. In essentie komen deze constructies erop neer dat getracht wordt een vergoedingsplicht te baseren op de onrechtmatigedaadsactie van artikel 1401 (oud) BW, terwijl tegelijk het standpunt wordt ingenomen dat het gedrag van de overheid noodzakelijk en geboden is, en dus *rechtmatig* is. Dat kan dus niet, ik zei het al vaker, één en dezelfde gedraging kan niet rechtmatig en onrechtmatig tegelijk zijn.[62] De uitweg uit dit dilemma kan slechts gevonden worden door de grondslag van de vergoedingsplicht *buiten* de sfeer van de onrechtmatige daad te zoeken. Bijvoorbeeld in de billijkheid of de égalité. Daarover later meer.

Ik ben zeker niet de enige en vooral niet de eerste die op de logische contradictie in deze opvattingen heeft gewezen.[63] Hier dient een ereplaats ingeruimd te worden voor G. van den Bergh, die snel heeft gereageerd op de uiteenzetting van zijn 'collega en vriend Bregstein', mederedacteur van het Rechtsgeleerd Magazijn Themis en op het stuk van Drion dat hij 'van een verbluffende geleerdheid en eruditie' acht.[64] Hij wijst erop dat een '*geboden* handelen' tevens een *plichtmatig* handelen is en dus ex hypothesi nimmer onrechtmatig kan zijn.

> 'Een "uit het oogpunt der door de gemeente te behartighen gemeentebelangen *geboden* handelen, dat echter om andere redenen tòch onrechtmatig is", lijdt aan een innerlijke tegenspraak.'[65]

Hoe komt men nu tot al deze gewrongen constructies, zo vraagt Van den Bergh zich af.

> 'Zij vinden, zie ik het wel, hun grondslag in het feit, dat men niet erkennen wil, dat, wanneer de daad geboden en de schade onvermijdelijk is, we ons buiten het bereik van art. 1401 bevinden, buiten het terrein van de onrechtmatige daad, ook al zijn door deze daad subjectieve rechten aangetast.'[66]

Wat is dan wel de oplossing?

---

62. Huijgen (1991) blijft ook steken in dit dilemma, waar hij enerzijds stelt dat het lozen van afvalwater op een rivier, privaatrechtelijk 'zonder twijfel' onrechtmatig is (waarom eigenlijk?, GvM), en anderzijds van oordeel is dat er publiekrechtelijk in het geheel geen sprake is van onrechtmatigheid (p. 141). Het probleem is nu juist *hoe* het ene oordeel met het andere verenigbaar is.
63. Zie – naast zeer veel anderen – met name Bloembergen (1992), p. 130.
64. Van den Bergh (1952), p. 498-528.
65. Van den Bergh (1952), p. 503.
66. Van den Bergh (1952), p. 508.

> ‘Ons billijkheidsgevoel, de “égalité devant les charges publiques” verlangt echter, dat deze schaden uit de openbare kas zullen worden vergoed. Volkomen juist: wij hebben hier dan ook een prachtvoorbeeld van de billijkheid en noodzakelijkheid van vergoeding van schade, door rechtmatige daad veroorzaakt.’[67]

Ik zal de verleiding weerstaan om nog meer uit dit prachtige opstel te citeren. Ik denk dat ook zo voldoende duidelijk is geworden dat vrijwel onmiddellijk na de ‘uitvinding’ van deze constructie door de Hoge Raad er al krachtig stelling is genomen in de literatuur en – wat mij betreft – overtuigend is aangetoond dat de constructie innerlijk tegenstrijdig is en derhalve verworpen dient te worden.

3.5 Latere rechtspraak: aalscholvers en varkensmesters

Uit de rechtspraak na de Voortse Stroom-arresten blijkt dat de Hoge Raad vasthoudt aan deze – zwakke – constructie.[68] In het *Aalscholvers*-arrest bijvoorbeeld komt de vraag aan de orde of de Staat verantwoordelijk was voor de (onrechtmatige) hinder die veroorzaakt werd door de vestiging van een aalscholverskolonie in de Oostvaardersplassen in Flevoland.[69] Deze aalscholvers die zich in groten getale in dit door de Staat in stand gehouden en gestimuleerde natuurgebied hadden gevestigd, deden zich namelijk te goed aan de paling die op dertien kilometer afstand werd gekweekt in de visvijvers van de Organisatie ter Verbetering van de Binnenvisserij (OVB). Het probleem is hier dat op zich het creëren van een natuurgebied natuurlijk niet als onrechtmatig kan worden gezien (mits uiteraard de juiste procedures zijn gevolgd). Hoe kan dan toch compensatie worden geboden voor de overlast die het OVB ondervond? Wat is er dan onrechtmatig? Naar het oordeel van de Hoge Raad hangt de beantwoording van de vraag of hier sprake is van onrechtmatige hinder af van:

> ‘de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waarbij onder meer moet worden rekening gehouden met het gewicht van de belangen die door de hinder toebrengende activiteit worden gediend, en de mogelijkheid, mede gelet op de daaraan verbonden kosten, en de bereidheid om maatregelen ter voorkoming van schade te nemen.’

Met name vanwege dit laatste aspect, dat de Staat zich te weinig heeft aangetrokken van de belangen van de OVB, komt het hof tot het oordeel dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld. Het is de hinder die de OVB ondervond *in combinatie met* het feit dat de Staat geen maatregelen had getroffen, die maken dat de Staat aansprakelijk is. Wat duister blijft in deze beslissing, is de reden waarom de overheid in geval van vol-

---

67. Van den Bergh (1952), p. 509.
68. Zie bijvoorbeeld Tak (1997), p. 450 e.v.
69. HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639 m.nt. CJHB.

strekt rechtmatig handelen toch genoodzaakt is om schadevergoeding te betalen. Dat kan slechts op grond van rechtmatige daad zijn.

In het *Varkensmester*-arrest ging het om de vraag of de overheid die in het belang van de volksgezondheid met onmiddellijke ingang het gebruik van slachtafval ('swill') had verboden, gehouden is schadevergoeding te betalen aan die varkensmesters die daardoor *onevenredig* werden benadeeld. Het gaat dan niet om de vraag of het uitvaardigen van dat verbod – op zich – onrechtmatig was. De procespartijen waren het eens dat dat wel rechtmatig was. Het betreft dus in beginsel *rechtmatig* overheidshandelen, waardoor enkele individuele varkensmesters, waaronder Leffers, onevenredig werden getroffen. Schadevergoeding op deze grond was echter niet mogelijk, omdat er geen bijzondere wettelijke grondslag voor viel aan te wijzen. Bij de civiele rechter moest de gedupeerde varkensmester om vergoeding te krijgen, een aanspraak op grond van artikel 6:162 BW construeren. De Hoge Raad:[70]

> 'De voormelde Regeling strekt ertoe de belangen te beschermen van al diegenen die zich bezig houden met het fokken, verhandelen en exporteren van varkens, waarbij in het bijzonder het mesten soms bedrijfsmatig (...) geschiedt. Juist door deze bescherming wordt evenwel (...), een naar verhouding kleine groep van varkensmesters die, anders dan het overgrote deel van hun concurrenten, hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoedering van swill en niet van de ene dag op de andere op een ander vervoederingsstelsel hebben kunnen overschakelen, zonder dat daardoor de winstgevendheid van hun bedrijf verloren zou gaan, in onevenredige mate in haar belangen getroffen.'

De Hoge Raad oordeelt dat dit plotseling opgelegde drastische verbod in dit geval niet behoort tot de normale bedrijfsrisico's die voor rekening van de ondernemer behoren te blijven. Onder deze omstandigheden is het *onrechtmatig* de regeling uit te vaardigen

> zonder dat daarbij tevens voor de hiervoor bedoelde varkensmesters een regeling wordt getroffen 'die het hun financieel mogelijk maakte hun bedrijf aan te passen of, zo zulks onmogelijk zou blijken, hun op andere wijze in hun economische belangen tegemoet' te komen.

Dat uitblijven van die bijkomende verplichting maakt het geheél dus onrechtmatig. Dat is op zich genomen een terechte conclusie. Tot zover dus nog geen dogmatische problemen. Die ontstaan wel als men de vraag stelt *waarom* de overheid gehouden was om tegelijk met het uitvaardigen van het betreffende (rechtmatige) swill-verbod, aan Leffers een zekere compensatie aan te bieden. Indien men daarop als antwoord geeft 'omdat de overheid onrechtmatig zou handelen door die schadevergoeding niet aan te bieden', is men verstrikt geraakt in de Voorste Stroomse-tautologie à la

70. HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638.

Von Münchausen. Dan zegt men namelijk niet meer dan dat men schadevergoeding moet betalen, omdat men schadevergoeding moet betalen.

3.6 De zwakte van de Leffers-constructie

De juridische zwakte van de Leffers en Aalscholvers-constructie is derhalve dat het redengevend principe voor de *primaire* vergoedingsplicht tot nadeelcompensatie in de lucht blijft hangen: wat ligt ten grondslag aan deze primaire verplichting tot compensatie van de (onevenredig) nadelige gevolgen van het swill-verbod jegens Leffers? De *on*rechtmatigheid als basis wordt door de Hoge Raad in Leffers impliciet 'geconstrueerd', doordat het niet nemen van compenserende maatregelen door de overheid onzorgvuldig wordt genoemd tegenover de varkensmester (conform ook de opvatting van Jan Drion). Deze constructie is vergelijkbaar met de in de Voorste Stroom-arresten ontwikkelde constructie.[71]

Omdat enerzijds het uitgangspunt is dat het uitvaardigen van het swill-verbod rechtmatig en geboden was, maar anderzijds het uitvaardigen ervan zonder compenserende maatregelen onrechtmatig is,[72] lijkt toch het feit dat Leffers in onevenredige mate is getroffen de bepalende factor te zijn die het optreden van de overheid in casu onrechtmatig maakt. In deze zaak wordt nergens expliciet gewezen op een grondslag buiten de sfeer van de onrechtmatige daad voor deze verplichting tot compensatie van het onevenredige nadeel dat Leffers heeft getroffen. In wezen lijdt ook deze uitspraak net als zijn illustere Voorste Stroom-voorgangers aan de daar uiteengezette dogmatische zwakte.[73] Deze zwakte komt ook bloot te liggen in de noot van Brunner onder deze uitspraak in de NJ.[74] Hij stelt voorop dat wij *geen* recht op schadevergoeding uit rechtmatigeoverheidsdaad kennen (behalve in de bij wet geregelde gevallen). Verder stelt hij dat in Leffers (en Aalscholvers) geen verkapte verplichting tot schadevergoeding uit rechtmatige daad is aanvaard. Hij concludeert:

> 'De onrechtmatigheid berust niet op een cirkelredenering dat de overheid onrechtmatig handelt indien zij rechtmatig toegebrachte schade niet vergoedt, maar op de allerwege aanvaarde plicht van de overheid om zich de belangen van derden die door het overheidsbeleid onevenredige schade dreigen te lijden, aan te trekken.'

---

71. Zie ook – in kritische zin – De Wijkerslooth (1993), p. 321 e.v. over deze rechtspraak.
72. Anders dan De Wijkerslooth (1993), p. 323, meen ik niet dat daarmee gezegd is dat deze wetgeving niet onverbindend, maar wel onrechtmatig is. De wetgeving zelf is en blijft verbindend én rechtmatig, slechts het uitvaardigen ervan is jegens Leffers onrechtmatig. De strekking van het betoog van De Wijkerslooth onderschrijf ik evenwel geheel.
73. Zo ook Koopmans in zijn noot onder het Meiland-arrest, verwijzend naar Leffers (NJ 1998, 726): 'de onrechtmatigheid is gelegen in het ontbreken van een vergoedingsregeling. De te vergoeden schade is de schade (...) die uit dat ontbreken voortvloeit. Dit lijkt mij een schoolvoorbeeld van een cirkelredenering.'
74. NJ 1992, 638/639.

Maar, wat is dan de grondslag voor deze 'allerwege aanvaarde plicht'? Ik begrijp best dat je kunt zeggen dat het uitvaardigen van die maatregel zonder daarbij de belangen van Leffers aan te trekken, onrechtmatig is, maar dat is niet de kernvraag; de kernvraag is waarom de overheid zich de belangen van Leffers moet aantrekken in het kader van de volstrekt legitieme uitoefening van de overheidstaak. Daarop geeft Brunner (en de Hoge Raad) geen antwoord; dat blijft in de lucht hangen. In de hierna te bespreken zaak Staat/Lavrijsen komt de Hoge Raad wel een stapje dichter bij de aanvaarding van een grondslag buiten de onrechtmatige daad, maar geraakt desondanks toch weer in het dogmatische moeras... En we weten sinds het *sprookje* van Von Münchausen dat je je daaruit niet aan je eigen haren omhoog kunt trekken.

3.7 Een wereldse vorm van transsubstantiatie

Ook in zijn meer recente rechtspraak houdt de Hoge Raad in essentie vast aan deze mijns inziens ongelukkige constructie, zoals blijkt uit de zaak Staat/Lavrijsen.[75] Eerst kort de relevante feiten.

> Lavrijsen heeft in 1990 varkensstallen gehuurd van een van drugshandel verdachte persoon, een zekere L. Zij exploiteerde in de stallen, die deel uitmaakten van een aan de verdachte in eigendom toebehorend bedrijfsterrein met opstallen, een mestvarkensbedrijf. Op 14 juni 1993 heeft de raadkamer van de rechtbank te Breda in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek tegen de verdachte verlof verleend aan de rechter-commissaris tot het doen van huiszoeking ter inbeslagneming in het pand. Tegen de verdachte bestond de verdenking van overtreding van de Opiumwet. Rond 25 juni 1993 heeft de rechter-commissaris, bijgestaan door het Regionaal Recherche Team en de Algemene Inspectiedienst, de huiszoeking verricht. Daarbij zijn ook de door Lavrijsen gehuurde stallen doorzocht, maar daar is niets in beslag genomen. Lavrijsen is in de zaak *nooit als verdachte aangemerkt*. De verdachte is ter zake van overtreding van de Opiumwet veroordeeld tot zes jaar gevangenisstraf.

Aan de vordering tot schadevergoeding, welke grotendeels betrekking heeft op schade ten gevolge van groeivertraging en schade ten gevolge van slechtere voedselconversie (tezamen *f* 8784,39) en voor een bedrag van *f* 3801,45 op veterinaire kosten, heeft Lavrijsen *primair* ten grondslag gelegd dat ambtenaren voor wier handelen de Staat aansprakelijk is, bij het doorzoeken van de stallen *schade hebben toegebracht welke niet is vergoed* (dus aanhakend bij de Leffers-constructie). Naar haar opvatting is dit onrechtmatig, nu zij niet als verdachte werd aangemerkt en overigens niets te maken had met de verdenking die tegen de verdachte bestond. *Subsidiair* stelt zij zich op het standpunt dat het optreden van de bedoelde ambtenaren onrechtmatig is geweest, omdat zij bij de huiszoeking onzorgvuldig te werk zijn gegaan, in het bijzonder doordat zij een of meer deuren, essentieel voor het ventilatiesysteem, enige tijd hebben laten openstaan, hetgeen nadelige gevolgen heeft gehad voor de

75. HR 30 maart 2001, RvdW 2001, 71; TVP 2001, p. 38, m.nt. G.E. van Maanen; Van Ravels (2001).

gezondheid en daardoor voor de groei van de mestvarkens. Deze laatste – subsidiaire – stelling komt verder niet meer aan de orde, omdat zowel rechtbank als hof de schadevergoeding op basis van het primaire grondslag (kort gezegd 'rechtmatige' daad) toewijsbaar achten. De Hoge Raad overweegt ten aanzien van het oordeel van het hof, dat de inval en het toebrengen van schade op zichzelf onrechtmatige inbreuken vormen op de subjectieve rechten van Lavrijsen, het volgende.

> 'Naar het onderdeel betoogt, zijn de inval en het toebrengen van schade rechtmatig nu het Hof – in cassatie onbestreden – heeft geoordeeld dat het onderhavige strafvorderlijk optreden in overeenstemming is met de toepasselijke regels van strafprocesrecht, en komt de rechter dan niet meer toe aan de vraag of Lavrijsen de inval en het toebrengen van schade behoorde te dulden op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen. Het onderdeel, dat met schade klaarblijkelijk niet "nodeloze schade" bedoeld op het oog heeft, is in zoverre terecht voorgesteld dat een huiszoeking die voldoet aan de voor dit dwangmiddel geldende geschreven en ongeschreven regels van strafprocesrecht ook jegens daarbij betrokken derden als Lavrijsen rechtmatig is.'

Maar zo gaat de Hoge Raad verder:

> 'Dit kan de Staat evenwel niet baten omdat die rechtmatigheid niet beslissend is voor het antwoord op de in dit geding aan de orde zijnde vraag of het bij een op zichzelf rechtmatige huiszoeking toebrengen van schade als die welke het onderdeel op het oog heeft rechtmatig is: het enkele feit dat een huiszoeking overeenkomstig de regels van strafvordering is geschied, staat niet in de weg aan het oordeel dat het daarbij toebrengen van zodanige schade onrechtmatig kan zijn. Onderdeel 1 treft derhalve geen doel.'

De andere onderdelen van het cassatiemiddel richten zich met rechts- en motiveringsklachten tegen de rechtsoverwegingen 5.3-5.5. Hetgeen het hof daar overweegt, komt erop neer dat het bij de huiszoeking toebrengen van onevenredig nadeel aan Lavrijsen jegens haar onrechtmatig is, dat van onevenredig nadeel sprake is nu het onvergoed blijven van schade die haar bij de in het kader van een strafrechtelijk onderzoek tegen de verdachte gedane huiszoeking is toegebracht, niet behoort tot het normale (bedrijfs)risico waarmee Lavrijsen in het maatschappelijk verkeer heeft rekening te houden, en dat derhalve alle schade waarvoor in dit geding vergoeding wordt gevorderd als onevenredig nadeel kan worden aangemerkt. De kernoverweging van de Hoge Raad is:

> 'Bij de beoordeling van deze beide onderdelen dient het volgende te worden vooropgesteld. Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredig nadelige, – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld (vgl. HR 8 januari 1991, nr. 14.096, NJ 1992, 638, ABRvS, 6 mei 1997, AB 1997, 229, alsmede art. 3:4 lid 2 Awb). Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zich zelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige huiszoeking jegens de

getroffene onrechtmatig is. In zoverre levert een door de rechtbank verleend verlof tot het doen van huiszoeking dus geen rechtvaardigingsgrond op voor het toebrengen van schade.'

De overige middelen worden door de Hoge Raad niet gegrond bevonden en het cassatieberoep wordt verworpen. Lavrijsen krijgt haar schade dus vergoed.

De uitspraak ligt in lijn met de Aalscholvers en Leffers-jurisprudentie. De Hoge Raad sluit in deze nieuwe uitspraak nadrukkelijker dan tot dusverre het geval is aan bij de bestuursrechtelijke grondslag van nadeelcompensatie bij rechtmatig overheidshandelen.[76] In de rechtspraak in gevallen van strafrechtelijk optreden wordt wel gewerkt met de constructie van het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond die er bij aanvang wel *leek* te zijn. Deze constructie wordt niet gevolgd in de hier besproken zaak. Het hof had iets vergelijkbaars gedaan, maar de Hoge Raad wil daar niet van weten ('het verlof tot het doen van huiszoeking levert geen rechtvaardigingsgrond op voor het toebrengen van schade') en fundeert de vergoedingsverplichting rechtstreeks op het toebrengen van onevenredig nadeel. Meer over deze uitspraak hierna.

3.8 Na vijftig jaar nog steeds dezelfde – inconsistente – constructie

Feit is dat de Hoge Raad meer dan vijftig jaar na de Voorste Stroom-arresten nog steeds[77] vasthoudt aan deze gedachtegang[78]..., terwijl toch niet gezegd kan worden dat hij niet gewaarschuwd is...[79] Onder veel meer dient in dit verband nogmaals naar Bloembergen verwezen te worden, met name zijn conclusie voor Staat/B. en naar het opstel van De Wijkerslooth, *Het recht gaat aan constructies ten onder*. Beiden laten zien dat deze constructie uiteindelijk leidt tot onaanvaardbare consequenties ten aanzien van de status van wetgeving; wetten – althans het toepassen ervan – kunnen in de visie van de Hoge Raad weliswaar verbindend, maar toch onrechtmatig zijn.[80]

---

76. Er is reeds een veelheid aan commentaar op deze uitspraak verschenen, met name ook uit bestuursrechtelijke hoek. Overwegend kritisch zijn Hennekens (2001a), Schlössels (JB 2001, 107) en – iets minder – Damen (AA 2001, p. 657 e.v.). Zie ook mijn noot in NTBR 2001, p. 321 e.v. en mijn stuk in TVP 2001, p. 38 e.v.
77. Vergelijk ook de recente uitspraak inzake de Wet herstructurering varkenshouderij (HR 16 november 2001, RvdW 2001, 183; NTBR 2002, p. 80 e.v., m.nt. G.E.van Maanen), waarin de raad opteert voor nadeelcompensatie in individuele gevallen in plaats van een gedeeltelijke buitentoepassingverklaring, zoals het hof had gedaan.
78. Haak (1997), raadsheer in de civiele kamer van de Hoge Raad, is wel tegen de constructie dat bepaald rechtmatig gedrag achteraf onrechtmatig wordt in met name strafvorderlijke gevallen van hechtenis en situaties van executie van kortgedingvonnissen, maar houdt ten principale toch de Bregstein-constructie overeind (een handeling kan ook 'meer of minder onrechtmatig zijn', p. 143).
79. In de recente uitspraak HR 16 november 2001, JB 2002, 1 m.nt R.J.N. S., komt het geval aan de orde waarin de rechtbank onder verwijzing naar art. 3:4 Awb, schadevergoeding heeft toegekend. De (impliciete) grondslag was daar evenwel *on*rechtmatige daad. Het hof wijst deze vordering af. Dat leidt niet tot cassatie. Voor de vragen die ons hier bezighouden levert deze uitspraak geen nieuwe gezichtspunten op.
80. De Wijkerslooth (1993), p. 323.

Ook een belangrijk handboek als dat van Konijnenbelt & Van Male blijft steken in de Voorste Stroom-constructie die – naar hun opvatting terecht – vertrekt van de onrechtmatigheid van het overheidshandelen die kan worden opgeheven door schadevergoeding aan te bieden. In hun visie moet de 'onrechtmatigheid gezocht worden in de onevenredige benadeling van bepaalde belangen'.[81] Dit onder verwijzing naar artikel 3:4 Awb en de *égalité devant les charges publiques*.[82] Strijd met artikel 3:4 Awb maakt dan dat het besluit *bestuursrechtelijk* vernietigbaar is (en dan ook civielrechtelijk als onrechtmatig kan worden gezien). Maar strijd met de égalité hoeft niet altijd te betekenen dat het besluit vernietigbaar (en dus onrechtmatig) is. Strijd met de égalité brengt – indien op voorhand bekend – naar algemeen wordt aangenomen een verplichting tot nadeelcompensatie mee; dat is op zich een verplichting uit rechtmatige daad. Bij Konijnenbelt & Van Male brengt evenwel reeds het feit van onevenredige benadeling de onrechtmatigheid voort, net als trouwens bij de Hoge Raad in Lavrijsen.[83] Hoe komt men nu tot een dergelijke opstelling?

3.9 Consequenties van de koppeling van de égalité-onevenredigheid aan de doel-middelonevenredigheid in bestuursrechtelijke context

Door de koppeling van de égalité- aan de doel-middelonevenredigheid van artikel 3:4 lid 2 Awb ontstaat de situatie dat het niet-aanbieden van schadevergoeding ter compensatie van de onevenredige benadeling leidt tot strijd met artikel 3:4 lid 2 Awb. Daardoor wordt het besluit vernietigbaar. Dat is een constructie die sterke gelijkenis vertoont met de klassieke Voorste Stroom-constructie. Het verschil is evenwel dat de grondslag voor de gehoudenheid tot nadeelcompensatie hier gebaseerd is op de égalité die verondersteld wordt mede aan artikel 3:4 Awb ten grondslag te liggen. Bij de Leffers-constructie hangt de verplichting tot nadeelcompensatie in de lucht en wordt vastgesteld dat het niet-aanbieden van vergoeding het (totale) gedrag van de overheid onrechtmatig maakt.

Men dient zorgvuldig te onderscheiden tussen situaties waarin er op de totstandkoming van het besluit iets valt aan te merken – bijvoorbeeld strijd met een van de beginselen van behoorlijk bestuur – en de situatie waarin het (kern)besluit – dit wil zeggen de beslissing zelf – volkomen juist is, maar er toch sprake is van onevenredige benadeling. Met name als die onevenredigheid pas achteraf blijkt, hebben we een situatie die niet reeds van begin af aan onrechtmatig genoemd kan worden.[84]

---

81. Konijnenbelt & Van Male (1999), p. 774.
82. Vergelijk mijn hiervoor onder 2.5 en 2.6 gegeven kritiek. Zie ook Van den Berk (1997), p. 99.
83. Ook Van den Berk komt tot een vergelijkbare stellingname (Van den Berk (1997), p. 99).
84. Zie in dit verband vooral het breed opgezette artikel van Schlössels (2002), par. 7.2.

De vraag is derhalve of het wel zo gelukkig is om in elke situatie waarin de overheid – bij nader inzien – een bepaalde belanghebbende (van te voren) een compensatie had moeten aanbieden, als consequentie te accepteren dat dan het gehele besluit vernietigd kan worden. Net zo min als het in de Voorste Stroom-casus of in het geval Leffers aanvaardbaar wordt geacht dat de betrokken burgers een verbod zouden kunnen vragen van de schadeveroorzakende handelingen, lijkt het mij ook niet juist om de betrokken burger de mogelijkheid te geven om een besluit – ook van algemene strekking – te kunnen laten vernietigen, uitsluitend vanwege het feit dat hem nog geen compensatie is aangeboden. Dat kan trouwens ook niet als er een specifieke bestuurscompensatieregeling tot stand is gebracht. Wel zou de burger *nadat* een dergelijk besluit is genomen, een verzoek tot nadeelcompensatie moeten kunnen indienen dat gebaseerd is op een bijzondere wettelijke regeling of op de algemene grondslag van de égalité c.q. artikel 3:4 Awb.

Door deze égalité los te koppelen van de doel-middelonevenredigheid van artikel 3:4 Awb voorkomt men dat het hele besluit vernietigd moet worden teneinde recht te doen aan de behoefte om één of meerdere burgers te compenseren. Daarmee bereikt men ook dat er geen verschil meer bestaat tussen situaties waarin er wel een specifieke bestuurscompensatieregeling in het leven was geroepen en situaties waarin dat niet het geval is.[85]

3.10 Ook de bestuursrechtelijke constructie tot nadeelcompensatie is gebaseerd op de Voorste Stroom-constructie

Het grote dogmatische bezwaar tegen het inlezen van de verplichting tot compensatie van onevenredig nadeel (ten opzichte van vergelijkbare anderen) in artikel 3:4 Awb, is dat er in wezen weer een soort Voorste Stroom-cirkelredenering wordt ingebouwd via deze extreem ruime interpretatie van artikel 3:4 lid 2 Awb.[86] Het resultaat is immers dat het nemen van een besluit (bestuursrechtelijk) onrechtmatig is, ook al is het in alle opzichten zorgvuldig totstandgekomen, indien geen compensatie wordt geboden aan diegenen die door dit besluit onevenredig zwaar getroffen worden (in vergelijking met anderen).

Wat er in wezen gebeurt, is dat we hier werken met twee besluitbegrippen, een besluit in enge zin en een besluit in ruime zin. Toegelicht aan de hand van de kwestie van de vervanging van de uitspraak Paul Krugerbrug II:[87] het (impliciete) 'besluit' in enge zin is dat de beweegbare brug vervangen moet worden door een vaste. Laten we ervan uitgaan dat deze beslissing op zich volkomen terecht is. Door het nemen

85. Van den Berk (1997), p. 126, wijst erop dat het grote voordeel van een bestuurscompensatieregeling is dat daarmee voorkomen wordt dat tegen het ('primaire') schadeveroorzakende besluit beroep wordt ingesteld.
86. In deze zin ook Schlössels (2002), par. 7.2 e.v.
87. ARRvS 22 november 1983, AB 1984, 154 m.nt. J.H.W. de Planque; AB Klassiek, derde druk, p. 167 (Van Buuren).

van een formeel besluit ontstaat de situatie dat de aldaar gevestigde scheepswerf schade lijdt. Die schade – gesteld dat er sprake is van égalité-onevenredigheid – is dan het *gevolg* van de kernbeslissing, het 'besluit' in enge zin. Zonder dat besluit zou er immers geen sprake zijn van een verandering in de toestand van de brug. Het nemen van dit besluit schept dus een verplichting om het onevenredige nadeel – stel 80% van de omzet – te vergoeden. Daarover zal al dan niet op verzoek een besluit moeten worden genomen. Dat betekent dat er twee afzonderlijke besluiten zouden moeten zijn, die weliswaar samenhangen, maar die wat betreft hun rechtmatigheid niet van elkaar afhankelijk zijn.

In de bestaande praktijk echter is er sprake van één besluit in ruime zin, omvattende a) de beslissing om de brug te vervangen, b) de (al dan niet impliciete) beslissing om wel of geen schadevergoeding aan de scheepswerf toe te kennen. Indien er nu geen of te weinig schadevergoeding is opgenomen in dit ruime besluit, kan dat besluit worden vernietigd.

De verplichting tot nadeelcompensatie kan dan pas ontstaan nadat eerst een (echt) besluit in de zin van de Awb is genomen tot vervanging van de brug. Pas dan staat juridisch vast dat er schade zal worden geleden door de werf. Door nu de verplichting tot nadeelcompensatie *onderdeel* te maken van het besluit (in ruime zin) komt de reden daarvoor in de lucht te hangen. Anders gezegd, het besluit om de brug te vervangen en wel of geen nadeelcompensatie toe te kennen is tevens de reden om nadeelcompensatie toe te kennen. Dat is dus de Voortse Stroom-constructie: er moet schadevergoeding betaald worden, omdat er geen schadevergoeding betaald is.

De verklaring waarom ook de bestuursrechter zijn toevlucht heeft gezocht tot een dergelijke constructie waarbij het gehele besluit vernietigd werd, net zoals zijn civielrechtelijke collega gebruik moest maken van de onrechtmatige daad, ligt wellicht in het feit dat ten tijde van de beslissing inzake de Paul Krugerbrug II, er nog niet gewerkt werd met het zelfstandig schadebesluit en men toch 'iets voor de benadeelde burger wilde doen'. Het zou immers meer voor de hand liggen om – bij gebreke aan een specifieke nadeelcompensatieregeling – een zuiver schadebesluit uit te lokken, indien er sprake is van onevenredig nadeel bij de scheepswerf. Het besluit tot vervanging van de brug leidt tot onevenredig nadeel voor de scheepswerf en daarmee tot de gehoudenheid tot compensatie van dat nadeel.[88]

3.11 Weg met de Voorste Stroom-constructie

Na het voorgaande moge duidelijk zijn dat de Voorste Stroom-constructie bijgezet moet worden op de mestvaalt van de rechtsgeschiedenis. Zij heeft wellicht haar ver-

88. Ook Van Buuren stelt in zijn noot in AB Klassiek (derde druk, p. 166) de vraag aan de orde of een zelfstandig schadebesluit (uitlokkken) niet een betere gang van zaken zou zijn. Ook wijst hij erop dat de belangenafweging van art. 3:4 lid 2 Awb een andere is dan de égalité-afweging. Hij spreekt in dit verband – mijns inziens terecht – van een 'geforceerde gedachtengang'. Ook Schlössels (2002) denkt in deze lijn.

diensten gehad in de vorige eeuw, maar in de éénentwintigste eeuw moeten we toch in staat zijn tot een meer transparante constructie, die niet laboreert aan de gebreken van die oude constructie. Mij lijkt het vruchtbaar om aan te knopen bij het principe van de lex Rhodia en het daaraan ten grondslag liggende solidariteitsbeginsel. Ik zal dat hierna nog wat nader uitwerken. Niet alle situaties die thans onder de noemer van de rechtmatige overheidsdaad gebracht worden, lenen zich voor eenzelfde behandeling. Met name de strafrechtelijke gevallen verdienen een eigen plaats. Laten we daar eens naar kijken.

4 Strafrechtelijke gevallen van schadevergoeding bij rechtmatige daad

Een belangrijk deelterrein van de gevallen van schadevergoedingsverplichtingen bij rechtmatige daad betreft de problematiek van de schadevergoeding bij achteraf niet-gefundeerd strafvorderlijk optreden (politie-inval, aanhouding, voorlopige hechtenis, e.d). We bevinden ons hier in het grensgebied van strafrecht, bestuursrecht en privaatrecht. Aangezien de belangrijkste rechtspraak van de Hoge Raad inzake schadeveroorzakend rechtmatig overheidsoptreden betrekking heeft op dit terrein, moeten we ons hierin verdiepen. Voor bestuursrechtbeoefenaren lijkt het wellicht een 'ver van mijn bed' show, maar ik hoop te laten zien dat het een zinvolle excursie is.

4.1 Inleiding; eigen opvatting

Alvorens de rechtspraak van de Hoge Raad te analyseren geef ik eerst mijn eigen opvatting over de meest wenselijke constructie om schadevergoeding toe te kennen in geval van strafvorderlijke maatregelen die achteraf ongegrond blijken te zijn. Mijn opvatting is dat in geval van schade als gevolg van een achteraf niet-gefundeerde verdenking de overheid verplicht is tot vergoeding, omdat zij bij de toepassing van die strafvorderlijke dwangmiddelen noodzakelijkerwijs het risico heeft genomen dat de *verdenking* (niet: de zekerheid) achteraf ongegrond geweest blijkt te zijn. Het gaat dus om een voorwaardelijke bevoegdheid,[89] namelijk onder de *bijkomende* voorwaarde dat de schade vergoed wordt als de verdenking achteraf ongegrond blijkt te zijn. Dogmatisch van belang is dat dit naar mijn mening *niet* betekent dat die huiszoeking achteraf gezien *onrechtmatig* (geweest) blijkt te zijn.[90] Het was rechtmatig en het blijft rechtmatig, maar omdat het een conditionele bevoegdheid was, geldt, nu de voorwaarde vervuld is, een gehoudenheid tot vergoeding van de schade. Dat is een schadevergoedingsverplichting die naast die uit onrechtmatige daad staat en die

89. Zo ook Franke (1991), p. 1029, die spreekt over een 'voorwaardelijke rechtvaardiging'.
90. In gelijke zin – onder meer – Haak (1997), p. 147 en Engelhard (2001), p. 515. Anders Van der Kwaak (1999) en Sieburgh (2000), p. 27 e.v., die wel tot onrechtmatigheid concluderen.

in principe kan ontstaan in alle gevallen waarin de verdachte – naar achteraf blijkt ten onrechte – schade ondervindt van strafvorderlijke dwangmaatregelen (preventieve hechtenis en huiszoeking).

Tot zover mijn eigen opvatting. De huidige praktijk wijkt daar echter van af. Laten we die praktijk analyseren. Hennekens[91] heeft terecht de aandacht gevraagd voor het feit dat we bij de analyse van deze problematiek (en rechtspraak) onderscheid moeten maken tussen situaties waarin dwangmiddelen worden aangewend jegens verdachte personen en situaties waarin derden slachtoffer worden van het aanwenden van dwangmiddelen als huiszoeking en dergelijke. Allereerst aandacht voor de positie van verdachten. Vooropgesteld zij dat er geen *algemene* wettelijke regeling bestaat voor vergoeding van de schade die het gevolg kan zijn van strafvorderlijk handelen. Er bestaan regelingen op deelgebieden, zoals ten aanzien van de voorlopige hechtenis artikel 89 e.v. Sv.[92] Ik kom daar in paragraaf 4.4 op terug. Eerst de Hoge Raad aan het woord.

4.2 Achteraf ongegronde verdenkingen bij politieoptreden

De rechtspraak is ingezet met het bekende Van der Valk-arrest van 26 januari 1990 in de zaak Staat/B.[93]

> In 1983 viel de politie met een arrestatieteam de woning van B. binnen, omdat hij verdacht werd van betrokkenheid bij ontvoering (van mevr. Van der Valk) en brandstichting. Naderhand bleek B., naar het hof vaststelde, onschuldig. Hij vorderde vergoeding van de aan zijn woning aangerichte schade. De Hoge Raad overwoog dat de beschadiging van de goederen van B. een onrechtmatige daad oplevert, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Die rechtvaardigingsgrond was gelegen in het zwaarwegend opsporingsbelang. Van belang is dat de Hoge Raad die rechtvaardiging koppelt aan het bestaan van een redelijk vermoeden van schuld in de zin van artikel 27 Sv. Nadat in rechte was vastgesteld dat B. onschuldig was, was daarmee ook de rechtvaardiging komen te vervallen. '3.4. Aldus verstaan komt 's hofs oordeel er op neer dat het achteraf ongefundeerd blijken van de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond voor het politieoptreden dat optreden *voor zover het schade toebracht* [curs. GvM] onrechtmatig doet zijn, met het gevolg dat de Staat verplicht is de door dat optreden veroorzaakte schade – die als door zijn schuld veroorzaakt moet worden aangemerkt omdat de Staat met de mogelijkheid van het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden – te vergoeden. Dit oordeel is juist, wat er zij van de overigens door het hof daarvoor gegeven motivering.'

De schuld van de overheid aan het onrechtmatige optreden was volgens de Hoge Raad in dit arrest hierin gelegen, dat zij met de mogelijkheid van het achteraf onge-

91. Hennekens (2001), p. 49.
92. Daarover zeer instructief De Kok (1993).
93. HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794.

fundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden. Dit oordeel is niet gekoppeld aan een beoordeling van de zwaarte van de aanwijzingen die er in dit geval toe leidden dat de politie optrad zoals zij deed. Praktisch gesproken zou dat kunnen leiden tot een omvangrijke aansprakelijkheid van de overheid, ware het niet dat een vermindering van de verplichting tot schadevergoeding kan worden aangenomen op grond van aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden (artikel 6:101 BW).

In het verlengde van HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 (Staat/B.) heeft de Hoge Raad in verschillende zaken schadevergoeding toegekend aan personen die door strafvorderlijk optreden waren benadeeld, hetzij als verdachte, hetzij in een andere hoedanigheid. Soms is de grens tussen verdachte en niet-verdachte uiterst dun, zoals in het geval Joemman.[94] Joemman jr. had met de op naam van zijn vader staande auto een dodelijk ongeluk begaan en was doorgereden. Op grond van de verdenking jegens Joemman sr. vond een politie-inval in diens woning plaats, met geldige lastgeving en met het nodige geweld. Het optreden was wel rechtmatig omdat er een verdenking was jegens hem en omdat binnen de grenzen van de bevoegdheid was opgetreden. Deze aanvankelijk bestaande verdenking bleek echter achteraf onjuist. Dat brengt mee – naar het oordeel van de Hoge Raad – dat er sprake is van onrechtmatig overheidsoptreden dat moet worden beschouwd als veroorzaakt door en toe te rekenen aan de Staat, die met 'het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond rekening had te houden'. Wel laat de Hoge Raad de mogelijkheid open dat er sprake is van omstandigheden die aan de aanvankelijk verdachte zijn toe te rekenen, hetgeen tot vermindering van de draagplicht van de Staat kan leiden. Na verwijzing stelde het Hof Den Haag feitelijk vast dat de omstandigheden van het geval zodanig waren – de vader had onvoldoende toezicht gehouden op zijn minderjarige zoon en was in ernstige mate tekortgeschoten in de op hem rustende verplichting om te voorkomen dat de jongen in zijn auto zou gaan rijden – dat de op de Staat rustende verplichting tot vergoeding van de schade op billijkheidsgronden geheel komt te vervallen. Het hiertegen ingestelde cassatieberoep waarin werd betoogd dat zulks niet de strekking van artikel 6:101 BW is, werd door de Hoge Raad verworpen.[95]

Zowel in Staat/B. als in Joemman I leidt het achteraf ongefundeerd blijken van de verdenking tot de conclusie dat de staat door aldus op te treden onrechtmatig heeft gehandeld. Door het wegvallen van de rechtvaardigingsgrond – de verdenking – wordt het gedrag alsnog en met terugwerkende kracht onrechtmatig (althans in de woorden van de Hoge Raad 'geacht moet worden onrechtmatig te zijn').[96] Wat daar ook dogmatisch van zij,[97] dit heeft in ieder geval als consequentie dat de geleden

94. HR 23 november 1990, NJ 1991, 92. Mijns inziens ten onrechte plaatst Hennekens (Hennekens (2001b), p. 49-50) deze zaak onder de categorie van niet-verdachte derden (zie hierna onder 4.11).
95. HR 1 oktober 1993, NJ 1993, 761.
96. Kritisch daarover – onder veel anderen – De Pree (1992), p. 11.
97. Hierna zal ik uiteenzetten waarom ik dit standpunt fundamenteel onjuist acht.

schade in beginsel volledig vergoed moet worden. Er is, nadat de onrechtmatigheid op deze wijze is geconstrueerd, verder sprake van een gewone op onrechtmatige daad – artikel 6:162 BW – gebaseerde schadevordering. De vaststelling van de *omvang* van die verplichting is vervolgens onderworpen aan de regels van afdeling 6.1.10 BW, met name eisen van causaal verband (artikel 6:98 BW) en eigen schuld (artikel 6:101 BW). Zoals uit Joemman II blijkt, kan toepassing van eigen schuld leiden tot het geheel wegvallen van de schadevergoedingsplicht. In principe zou deze rechtspraak ook van toepassing kunnen zijn in gevallen van voorlopige hechtenis die achteraf ongefundeerd blijkt te zijn.[98] De Hoge Raad blijkt daar evenwel niet toe bereid.

4.3 Strengere criteria bij schadevergoeding wegens ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis

De in dit arrest Staat/B. neergelegde benadering heeft de Hoge Raad in de jaren na 1990 in beginsel ook toegepast in situaties waar het ging om *andere* strafvorderlijke handelingen, zij het dat de criteria voor toekenning van schadevergoeding in de loop van de tijd behoorlijk lijken te zijn aangescherpt. Met betrekking tot hechtenis en inbeslagneming werd er door de Hoge Raad van uitgegaan dat er slechts sprake was van onrechtmatigheid *indien uit het strafdossier de onschuld van de verdachte was af te leiden*.

De Hoge Raad nam geen aansprakelijkheid aan in een zaak waarin de verdachte S. voorlopige hechtenis had ondergaan waarna uiteindelijk vrijspraak was gevolgd.[99] Omdat zijn verzoek ex artikel 89 Sv na een rechterlijke fout (waarvoor de Staat niet aansprakelijk werd gehouden omdat hij niet ernstig genoeg was om als onrechtmatig te worden gekwalificeerd) niet-ontvankelijk was verklaard, vorderde hij vergoeding uit onrechtmatige daad. In cassatie stelde hij daartoe onder andere dat voorlopige hechtenis in zo'n geval steeds en zonder meer onrechtmatig is. De Hoge Raad verwerpt dat uitgangspunt echter:

> 'Voorlopige hechtenis is onrechtmatig indien zij is ondergaan ingevolge een bevel dat is verleend in strijd met de wet (...) dan wel met verontachtzaming van fundamentele vereisten, zoals het horen van verdachten waar dat is voorgeschreven (...). Buiten deze gevallen is voorlopige hechtenis in beginsel rechtmatig, omdat zij wordt gerechtvaardigd door het bestaan van verdenking, dat wil zeggen dat uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig feit voortvloeit. Zulks is slechts anders indien achteraf uit het strafdossier – uit de einduitspraak of anderszins – *blijkt* dat de verdenking ten onrechte heeft bestaan (...). De

98. Dat was al voorspeld door De Wijkerslooth (1993), p. 320, die spreekt van een 'pikante vaststelling' dat bevelen tot voorlopige hechtenis 'lawful' zijn in de zin van het EVRM, maar onrechtmatig naar intern Nederlands recht.
99. HR 29 april 1994, NJ 1995, 727, m.nt. CJHB en EAA, AA 1994, p. 675, m.nt. Damen.

enkele omstandigheid dat de verdachte is vrijgesproken van het feit ter zake waarvan hij voorlopige hechtenis heeft ondergaan, is daartoe onvoldoende: alsdan blijkt immers in de regel (...) uit de veelal niet nader gemotiveerde einduitspraak niet dat de verdachte het feit niet heeft begaan, maar slechts dat niet wettig en overtuigend is bewezen dat hij het feit heeft begaan. Dit laatste geldt ook voor andere in art. 89 Sv bedoelde gevallen waarin de zaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel (...)'. 'Tenzij sprake is van onrechtmatige toepassing van verzekering of voorlopige hechtenis als (hiervoor) omschreven, beziet uitsluitend de strafrechter (op de voet van art. 89 Sv) of, indien de strafzaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel of met zodanige oplegging, doch op grond van een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegestaan, grond bestaat om aan de (voormalige) verdachte ten laste van de Staat een vergoeding toe te kennen.'

Weliswaar verwijst de Hoge Raad naar zijn eerdere arresten Staat/B. en Joemman, maar nu volgt de nadere precisering dat de voorlopige hechtenis slechts (achteraf) onrechtmatig wordt indien de onschuld van de verdachte uit het strafdossier blijkt. In dezelfde zin Hoge Raad 23 december 1994, NJ 1995, 512, m.nt. C. De consequentie van het een en ander is dat de verdachte alleen dan zijn vordering door de burgerlijke rechter toegewezen kan krijgen indien zijn onschuld uit het dossier of anderszins is komen vast te staan. Voor het overige is hij aangewezen op de artikelen 89-93, 591 en 591a Sv en de beoordeling van zijn verzoek door de strafrechter.

Tot veel discussie heeft geleid het arrest van de Hoge Raad van 23 december 1994, NJ 1995, 512, m.nt. C. Makelaar J. werd op verdenking van oplichting gearresteerd, en de boekhouding van zijn kantoor lange tijd in beslag genomen. Nadat de officier van justitie (OvJ) tot de conclusie was gekomen dat er onvoldoende bewijs tegen J. bestond, en een beklag ex artikel 12 Sv door het hof was verworpen, verkreeg J. een relatief klein bedrag aan schadevergoeding ex artikel 89 en 591a Sv. Vergoeding van de rest van door hem gestelde schade vorderde hij ex artikel 6:162 BW. In aansluiting bij het arrest Staat/B. oordeelt de Hoge Raad dat het oordeel of een aanvankelijk bestaande rechtvaardiging is blijven bestaan, uitsluitend kan worden gebaseerd op de stukken van het strafproces.

'Bij de beoordeling of de aanvankelijk aanwezige rechtvaardigingsgrond voor het optreden van politie en/of justitie achteraf ongefundeerd is, gaat het erom of uit de resultaten van het strafvorderlijk onderzoek – uit de einduitspraak of anderszins – blijkt dat de verdenking die ten tijde van het optreden dit optreden kan rechtvaardigen, ten onrechte heeft bestaan (HR 29 april 1994, NJ 1995, 727, m.nt. CJHB en EAA, r.o. 3.5.2). Het enkele feit dat het niet tot een bewezenverklaring is gekomen van het strafbare feit waarvan de verdenking was gerezen, is – anders dan het Hof heeft aangenomen – onvoldoende grondslag voor een vermoeden dat de verdenking die de rechtvaardiging voor het optreden van politie en justitie vormde, niet meer bestaat en dat de rechtvaardiging voor dit optreden aldus is vervallen, tenzij de Staat bewijst dat de verdenking van een strafbaar feit is blijven bestaan. Voorts is – anders dan het Hof in zijn rov. 14 heeft geoordeeld – niet in te zien dat de feiten en omstandigheden aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of de verdachte onschuldig is gebleken dan wel de tegen hem gerezen verdenking nog bestaat, niet kunnen worden ontleend aan de stukken waarmee de justitiële autoriteiten bekend waren op het tijdstip waarop zij tot het oordeel kwamen dat die bescheiden niet genoeg aanknopingspunten bevatten om een strafrechtelijke

bewezenverklaring te kunnen dragen. Uit het hiervoor overwogene volgt integendeel dat die feiten en omstandigheden uitsluitend uit het strafvorderlijk onderzoek zelf kunnen worden geput, zoals de Hoge Raad in zijn hiervoor aangehaalde arrest van 29 april 1994 tot uiting heeft gebracht.'

Hennekens is in zijn noot in de Gemeentestem kritisch, omdat hij meent dat de burgerlijke rechter een lijn heeft ingezet waarbij de aansluiting bij de rechtspraak van de strafkamer niet goed gewaarborgd is. Hij acht de constructie dat geen schadevergoeding wordt toegekend, tenzij de onschuld blijkt, twijfelachtig en gekunsteld.[100] In gelijke zin de kritiek van De Wijkerslooth (1993). Ook Corstens[101] acht de weg waarlangs de Hoge Raad tot een – zijns inziens aanvaardbaar – resultaat komt, 'weinig fraai' en bepleit ingrijpen van de wetgever.

Ook in HR 1 december 1995, NJ 1996, 180 wordt het criterium gehanteerd dat de onschuld van de verdachte moet blijken uit het strafdossier. Directeur B. was in België aangehouden na een internationaal opsporingsbevel wegens verdenking van onder andere bedrieglijke bankbreuk in Nederland. Na uitlevering volgt in Nederland geen veroordeling, de Hoge Raad oordeelt dat de Staat niet verplicht is om in plaats van de gewone uitleveringsprocedure de zogenaamde verkorte procedure te volgen (die tot bekorting van de in het buitenland ondergane uitleveringsdetentie leidt). Voor de vergoeding van de als gevolg van de uitleveringsdetentie geleden schade geldt hetzelfde als voor in Nederland ondergane hechtenis. Het niet bewezen verklaard zijn van een bestanddeel van het ten laste gelegde feit is niet voldoende. Het optreden van de Staat is daarom niet onrechtmatig.

De hiervoor beschreven lijn wordt voortgezet in Hoge Raad 12 juni 1999, NJ 1999, 99.[102] Daar gaat het om een tweetal personen (de gebroeders H.) die buiten vervolging zijn gesteld na een eerdere aanhouding en inverzekeringstelling op grond van een verdenking van oplichting en valsheid in geschrifte. In het kader van artikel 89 Sv was al een vergoeding toekend van *f* 500.000. Kennelijk bestond er meer schade en die werd gevorderd op basis van onrechtmatige daad. De Hoge Raad herhaalt zijn stelling dat degene die een daarop gebaseerde vordering instelt – uitgezonderd de situatie dat de onschuld uit het strafdossier blijkt – zijn vordering dient te baseren op andere feiten dan het enkele gebruik van een dwangmiddel op grond van een verdenking die achteraf ongefundeerd is gebleken. Wat zijn dan die andere feiten?

'Dergelijke andere feiten kunnen zijn gelegen zowel in het gebruik van het dwangmiddel in strijd met regels van geschreven of ongeschreven recht, waaronder begrepen het geval dat de toepassing van het dwangmiddel in de gegeven omstandigheden zo disproportioneel was dat zij daarom in strijd met de aan de Staat betamende zorgvuldigheid kwam, alsook in een gedraging die in het geheel niet als het gebruik van enig dwangmiddel kan worden opgevat.'

---

100. Hennekens (2001b), p. 57.
101. Noot NJ 1995, 512.
102. Met noot A.R. Bloembergen. Vergelijk ook HR 13 november 1998, NJ 1999, 100 (Granaria), waar in dezelfde lijn beslist wordt.

Dit verbod van disproportionaliteit ligt ook besloten in artikel 3:4 Awb lid 2.[103] Omdat de gebroeders H. in hoger beroep hadden aangevoerd dat er minder verstrekkende maatregelen genomen hadden kunnen worden en het hof niet op deze klacht is ingegaan, wordt het arrest gecasseerd.

De klacht dat de opvatting van het hof (en dus ook die van de Hoge Raad) in strijd komt met de onschuldpresumptie zoals die onder meer is neergelegd in artikel 6 lid 2 EVRM, wordt door de Hoge Raad afgedaan met de opmerking dat het feit dat op de gebroeders H. de bewijslast rust, niet gebaseerd is op een vermoeden van schuld waartegen zij tegenbewijs zouden moeten leveren, maar op de regel dat wie stelt dat iemand anders onrechtmatig heeft gehandeld, dat zal moeten bewijzen.[104]

4.4 Wettelijke regeling van achteraf ongegronde vrijheidsbeneming[105]

De wettelijke regeling van artikel 89 e.v. Sv inzake ongegronde vrijheidsbeneming voorziet niet in een *recht* op volledige schadevergoeding en er zijn nogal beperkte waarborgen.[106] Hoger beroep is soms en cassatie is altijd uitgesloten. De regeling is van toepassing indien de zaak zonder straf of maatregel is geëindigd. Toekenning van schadevergoeding heeft plaats 'indien en voorzover daartoe, naar het oordeel van de rechter, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gronden van billijkheid aanwezig zijn', aldus artikel 90 lid 1.[107] De regeling dekt derhalve niet alle gevallen waarin men in voorlopige hechtenis heeft gezeten: wanneer een gevangenisstraf wordt opgelegd die korter is dan de duur van de voorlopige hechtenis, bestaat voor het verschil aan dagen geen recht op compensatie. In enkele andere wetten is eveneens voorzien in de mogelijkheid van schadevergoeding ter zake van (rechtmatige) vrijheidsbeneming.[108] Volgens HR 7 april 1989, NJ 1989, 532 volgt uit de wetsgeschiedenis dat met de bepalingen van artikel 89 en 90 Sv, zoals die opnieuw zijn vastgesteld bij de Wet van 26 juni 1975, Stb. 341, niet méér is beoogd dan een *billijke* vergoeding te bieden ter zake van rechtmatige, maar achteraf niettemin onjuist gebleken vrijheidsbeneming. De grondslag waarop krachtens genoemde regelingen schade ver-

---

103. Zie ook Hennekens (2001b), p. 53 en 58.
104. Deze 'pro-staat' visie wordt ook aangehangen door Bitter (1999), werkzaam op het kantoor van de Landsadvocaat.
105. Dit onderdeel van het preadvies is gedeeltelijk gebaseerd op het boekje 'Onrechtmatige overheidsdaad', dat ik samen met De Lange schreef (Van Maanen & De Lange (2000)). Met dank aan Roel de Lange.
106. Zo is niet altijd hoger beroep mogelijk bij een art. 89 Sv procedure en is cassatie altijd uitgesloten. Zie daarover Brouns (1996), p. 231.
107. Zie voor een goed overzicht Brouns (1996) en voor wat betreft de historische achtergrond ook Borsboom (1983).
108. De Vreemdelingenwet (art. 34j), de Uitleveringswet (art. 59 lid 1) en de Wet Economische Delicten (art. 32) bieden hiervan voorbeelden.

goed wordt, is niet dat de overheid onrechtmatig gehandeld heeft, maar op grond van rechtmatige daad.[109]

Deze bepalingen staan er, 'daargelaten in hoeverre zij toepassing kunnen vinden in geval van onrechtmatige vrijheidsbeneming', 'in elk geval' niet aan in de weg dat iemand die meent slachtoffer te zijn van een *on*rechtmatige vrijheidsbeneming, terzake een voorziening vordert bij de burgerlijke rechter op de voet van artikel 6:162 BW. In overeenstemming met artikel 5 lid 5 EVRM zou hij aanspraak moeten kunnen maken op volledige schadevergoeding. Hoewel in de literatuur wel is verdedigd dat bij vrijspraak wegens onrechtmatig verkregen bewijs bijvoorbeeld, altijd schadevergoeding zou moeten volgen,[110] wordt deze lijn in de praktijk niet aangehouden. De actie uit onrechtmatige (overheids)daad geeft dus een *aanvullende* mogelijkheid: voor schade die niet (volledig) in het kader van de wettelijke compensatieregelingen vergoed wordt of kan worden, staat de weg naar de burgerlijke rechter open.

We kunnen derhalve drie typen situaties onderscheiden waarin thans bij ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis ruimte bestaat voor vergoeding:[111]

a. de voorlopige hechtenis die *ab initio* rechtmatig is, maar waarbij niet voldaan wordt aan de criteria voor een vergoeding ex artikel 89 Sv;
b. de voorlopige hechtenis die eveneens *ab initio* rechtmatig is, maar waarbij wel de mogelijkheid openstaat voor een artikel 89-actie. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij een vrijspraak;
c. de voorlopige hechtenis is *ab initio on*rechtmatig. Dan is – naast een artikel 89-actie – ook een (aanvullende) actie ex artikel 6:162 BW mogelijk. Die rechtspraak is in het voorgaande besproken.

4.5 Evaluatie van de rechtspraak

De techniek die de Hoge Raad hanteert, is duidelijk. Hij houdt vast aan het uitgangspunt dat als een verdenking achteraf ongefundeerd blijkt te zijn, daarmee vaststaat dat de daarop gebaseerde strafvorderlijke dwangmaatregelen achteraf bezien (en met terugwerkende kracht?) onrechtmatig waren. Maar anders dan in het geval van de politie-inval in de zaak van Van der Valk kan bij voorlopige hechtenis dit 'achteraf ongefundeerd blijken te zijn' slechts op specifieke wijze worden vastgesteld. Dat is met name indien de onschuld uit het strafdossier blijkt. Alleen dan valt de aanvankelijke rechtvaardigingsgrond voor de inbreuk op de lichamelijke integriteit (habeas corpus) weg en wordt de vrijheidsbeneming onrechtmatig. Wel kan de vrijheidsbeneming op ándere gronden (disproportionaliteit van het middel) onrechtmatig zijn,

109. Dat blijkt met zovele woorden uit de memorie van toelichting, geciteerd bij De Kok (1993), p. 441.
110. Prakken (1989), p. 1577.
111. Zie advocaat-generaal Leijten in zijn Conclusie voor HR 29 april 1994, NJ 1995, 727.

maar dan zijn we in de sfeer van de 'gewone' onrechtmatige overheidsdaad. Het oordeel over deze constructie kan kort zijn. Het standpunt van de Hoge Raad veronderstelt dat bepaald gedrag op grond van *later* gebleken feiten onrechtmatig wordt. Dat lijkt mij fundamenteel onjuist, omdat het enige moment waarop het gedrag beoordeelt dient te worden, het moment is van het uitvaardigen van een bevel tot inhechtenisneming. Bestonden er op dat moment goede argumenten om tot voorlopige hechtenis te besluiten? Kennis die achteraf verkregen wordt is daarbij niet relevant. De technische constructie van de Hoge Raad is dus niet meer dan een constructie *pour besoin de la cause*. Dogmatisch deugt het niet.

Dat blijkt ook uit de worsteling van de Hoge Raad met de op correcte gronden totstandgekomen verdenking die achteraf niet gefundeerd blijkt te zijn. Vanuit strafrechtelijke[112] en internationaalrechtelijke hoek[113] wordt verwezen naar de Lutz-uitspraak van het EHRM[114] dat uit artikel 6 lid 2 EVRM afleidt dat een (civielrechtelijke) weigering tot vergoeding van de kosten aan de (ex-)verdachte, niet gebaseerd mag zijn op een impliciete schuldigverklaring van de verdachte. In zijn noot onder deze uitspraak schrijft Alkema:

> 'Onomstreden is, dat het onschuldvermoeden geweld wordt aangedaan, wanneer een rechterlijk vonnis door zijn motivering laat verstaan dat iemand schuldig is zonder dat zulks wettig is bewezen en – zo voegt dit arrest nu toe – wanneer een beslissing inzake de kosten neerkomt op een (verkapte) straf.'[115]

Hoewel uit deze uitspraak blijkt dat de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM niet – automatisch – een recht op schadevergoeding impliceert in geval van niet-veroordeling, kan de wijze waarop de weigering van schadevergoeding wordt gemotiveerd wel in strijd komen met deze onschuldpresumptie. Vraag is derhalve of de rechtspraak van de Hoge Raad waarin slechts na *gebleken onschuld* een aanspraak bestaat op schadevergoeding na voorlopige hechtenis wel in overeenstemming is met de eis van het EHRM.[116] Wat is in dit verband de legitimatie van de beperking dat dit slechts het geval is als de onschuld uit het dossier blijkt? Is die nadruk op 'onschuld' toch niet een impliciete schuldverklaring in alle gevallen dat die onschuld niet uit het dossier blijkt? Bakker Schut spreekt in dit verband over 'een vrijwel onmogelijke koers' die de Hoge Raad 'zal moeten varen om enerzijds de onschuldpresumptie te omzeilen en anderzijds niet vast te lopen op de Charybdis van de door de Hoge Raad ken-

112. Rozemond (1993), p. 130.
113. Van Dijk en Van Hoof (1990), p. 377, zoals geciteerd door Rozemond (1993), p. 130, nt. 13.
114. 25 augustus 1987, NJ 1988, 938, overweging 60.
115. Dat laatste geldt indien iemand bijvoorbeeld in de kosten van de wederpartij veroordeeld wordt.
116. De vraag naar de verenigbaarheid met art. 6 lid 2 EVRM speelt ook ten aanzien van de mogelijkheid van ontneming van wederrechtelijk voordeel (art. 36e lid 2 en 3 Sr). De Hoge Raad (22 mei 2001, NJ 2001, 575) vindt dat van onverenigbaarheid met lid 2 'niet zonder meer' en van onverenigbaarheid met lid 3 (waarvoor daderschap niet vereist is) in het geheel geen sprake is.

nelijk niet (meer) gewenste risico-aansprakelijkheid van de Staat.'[117] Van der Kwaak heeft in dit verband betoogd dat de Staat in een dergelijk geval in afwijking van artikel 177 Rv, in beginsel schuld heeft – en dus tegenbewijs moet/mag leveren – omdat er sprake is van wat hij noemt risicoaanvaarding door de laedens.[118] Indien de Staat, zich welbewust van de mogelijkheid dat iemand achteraf onschuldig blijkt te zijn, toch besluit tot strafvorderlijke maatregelen, dan is in zijn visie daarmee de schuld van de Staat gegeven.

Mijn opvatting is dat in alle gevallen waarin de verdenking – op welke grond dan ook – niet 'hard gemaakt' kan worden en vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging volgt, de conclusie getrokken moet worden dat de verdachte recht heeft op vergoeding.[119] Dat brengt mee dat bij een verzoek tot schadevergoeding de ex-verdachte kan volstaan met te wijzen op de niet-veroordeling en dat de Staat aan moet tonen dat de voorlopige hechtenis geheel of ten dele is te wijten aan de 'eigen schuld' van de ex-verdachte.[120] Het risico dat een verdenking niet bewaarheid wordt is een risico dat inherent is aan het strafrechtelijk systeem. De lasten die dat meebrengt behoren in beginsel voor rekening van de overheid te komen.

De tegenwerping tegen deze 'verdachte-vriendelijke' opstelling, is veelal niet van principiële, maar van pragmatische aard,[121] namelijk dat we dan gedwongen zijn om ook aan notoire 'boeven' (integrale) schadevergoeding uit 's Rijks kas toe te kennen.[122] Al in 1886 werd in dit verband door de latere president van de Hoge Raad, Coninck Liefsting, bepleit dat we 'de dubbeltjes, waaraan het zweet van het Nederlandse Volk kleeft niet zullen toewijzen – laat ik zeggen wegsmijten – aan boeven'.[123]

Maar is mijn conclusie – in beginsel volledige schadevergoeding in alle gevallen waarin de verdenking niet hard gemaakt kan worden – niet méér in overeenstemming met de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM dan de toch wat ongeloofwaardige technische tournure van de Hoge Raad daarover? De ratio is toch dat wie niet veroordeeld is voor onschuldig gehouden moet worden?[124] En als je niet veroordeeld bent, dan ben je toch in die zin onschuldig en dus ook onschuldig vastgehouden? Uiteraard kan wel – zoals in Joemman II het geval was – eigen schuld worden tegengeworpen aan het ontstaan van (een deel van) de schade. Dat zal echter maar in een beperkt aantal gevallen van voorlopige hechtenis het geval zijn.

---

117. Bakker Schut (1997), p. 157.
118. Van der Kwaak (1999), p. 403.
119. In deze zin ook Van Dijk (1999).
120. In deze zin ook Bakker Schut (1997), p. 158.
121. Zo ook Haak (1997).
122. Knijp (1998), p. 96, stelt dat strafvordering dan 'wel een heel kostbare aangelegenheid zou worden'.
123. Geciteerd bij De Kok (1993), p. 439.
124. Zie in dit verband ook Beijerse/Dane (1996).

4.6 Een voorbeeld: de Begaclaim van Joep van den Nieuwenhuyzen

Na zijn geruchtmakende vervolging voor het handelen in aandelen met misbruik van voorkennis en vrijspraak daarvan in 1995 heeft Van den Nieuwenhuyzen tezamen met het industriële bedrijf waarvan hij destijds president-directeur en grootaandeelhouder was, de Koninklijke Begemann Groep NV (Begemann), een schadeclaim ingesteld tegen de Staat en de Amsterdamse effectenbeurs (de toen geheten Vereniging voor de effectenhandel, VE). Beide vorderingen zijn ondergebracht bij (en overgedragen aan) de – beursgenoteerde – stichting Begaclaim (dit mede ter bescherming van het aandeel Begemann).

Van den Nieuwenhuyzen heeft op 30 juli 1991 als grootaandeelhouder van de op dat moment noodlijdende naamloze vennootschap HCS Technology (HCS) tezamen met de twee andere grootaandeelhouders van dat bedrijf tot deelname voor 60 miljoen gulden besloten in een onderhandse aandelenemissie tegen de slotkoers van dat moment (minus 10%). Een en ander als onderdeel van een reddingsplan in samenwerking met de betrokken banken. De koers van het aandeel HCS schommelde in die tijd rond de vier gulden. De dag na het overleg, op vrijdag 31 juli, heeft Van den Nieuwenhuyzen aan zijn bank de opdracht gegeven om massaal aandelen HCS op de markt te brengen met als (beoogd) gevolg een bijna gehalveerde slotkoers (aan de hand waarvan de nieuwe emissie zou plaatsvinden). De VE heeft echter vanwege de enorme koersschommelingen de koersen van die dag geschrapt en heeft aangekondigd dat een onderzoek gestart zou worden. Op 2 augustus is conform de afspraken met het Openbaar Ministerie (OM) melding gemaakt van de aanvang van een onderzoek. Voorafgaand aan de aangifte op 23 september 1991 is een vergadering belegd tussen de VE en Van den Nieuwenhuyzen die mede ten dienste stond van een onderzoek dat de controledienst van de VE naar de mogelijke misbruik van voorwetenschap heeft ingesteld. Het OM heeft daarna het onderzoek voortgezet, waarbij in latere instantie ook een onderzoek is betrokken naar de aankoop van aandelen in de Rotterdamse Droogdok Maatschappij (RDM). Uiteindelijk is Van den Nieuwenhuyzen, na aanvankelijk door het gerechtshof te zijn veroordeeld in de HCS-zaak, door het Haagse hof vrijgesproken. Ook in de RDM-zaak is hij vrijgesproken.

Begaclaim verwijt de Staat een onrechtmatige daad jegens Van den Nieuwenhuyzen en Begemann door de vervolging te zijn aangevangen en, hoewel grote vermogensrechtelijke belangen op het spel stonden, zonder de vereiste ervaring en deskundigheid te hebben doorgezet. Volgens Begaclaim moet men zich ervan bewust zijn geweest dat daardoor aan Van den Nieuwenhuyzen en Begemann grote schade werd berokkend en is het relaas 'zonder noodzaak en met veronachtzaming van de belangen' van beiden openbaar gemaakt. Subsidiair stelt Begaclaim dat, ook als de Staat *recht*matig heeft gehandeld, zij tot vergoeding gehouden is van de daardoor bij Van den Nieuwenhuyzen en Begemann veroorzaakte schade. De VE wordt eveneens verweten onrechtmatig jegens beiden te hebben gehandeld door 'op losse gronden' aangifte te doen en de verdachtmakingen in een aan de aangifte voorafgaande bespre-

king met Van den Nieuwenhuyzen te hebben verzwegen. Ook zou de VE daarmee haar noteringsovereenkomst met Begemann NV hebben geschonden.

Ten aanzien van de vordering tegen de VE in verband met de HCS-zaak concludeert de rechtbank dat er niet onrechtmatig is gehandeld jegens Van den Nieuwenhuyzen, kort gezegd omdat het tot de taak van de VE behoort om het OM bij de opsporing en de vervolging van strafbare voorkennis ter zijde te staan.[125] Voor wat betreft de Staat oordeelt de rechtbank dat uit de vrijspraak niet kan worden afgeleid dat Van den Nieuwenhuyzen zich *niet* heeft schuldig gemaakt aan hetgeen waarvan hij werd verdacht. Een uitvoerig citaat uit het (lange) vonnis van de rechtbank:

> '3.10. De rechtbank stelt voorop dat van het onrechtmatig instellen of voortzetten van een vervolging ten aanzien van Van den Nieuwenhuyzen als verdachte slechts sprake is in de volgende gevallen:
> a. als deze strafvervolging is ingesteld of voortgezet in strijd met de wet danwel met veronachtzaming van fundamentele vereisten;
> b. indien achteraf uit het strafvorderlijk onderzoek – uit de einduitspraak of anderszins – blijkt dat de verdenking op grond waarvan de strafvervolging is ingesteld ten onrechte heeft bestaan.
>
> De Staat heeft gesteld dat een dergelijke toetsing slechts geldt, indien jegens een verdachte een dwangmiddel is toegepast en niet in een geval – zoals hier –, waarin jegens Van den Nieuwenhuyzen geen enkel dwangmiddel is toegepast. De rechtbank verwerpt deze stelling van de Staat. In het thans in de rechtspraak gehanteerde systeem voor schadevergoeding ten gevolge van strafvorderlijk optreden door politie en justitie jegens een gewezen verdachte vormt de procedure voor de burgerlijke rechter een aanvulling op de regeling, neergelegd in de artikelen 89-93, 591 en 592a Sv, voor het geval dat optreden tevens geacht moet worden een onrechtmatige daad van de Staat te zijn. Op grond van de artikelen 591 en 591a Sv is het in de in die artikelen genoemde gevallen mogelijk aan de gewezen verdachte een vergoeding toe te kennen voor kosten indien een vervolging tegen die gewezen verdachte was ingesteld onafhankelijk van de vraag of er een dwangmiddel jegens die gewezen verdachte was toegepast en onafhankelijk van de vraag of er sprake was van een optreden door politie en justitie dat geacht moet worden een onrechtmatige daad van de Staat te zijn. In dat systeem past niet dat het optreden van politie en justitie ten aanzien van een gewezen verdachte die is vervolgd, maar jegens wie geen dwangmiddel is toegepast anders beoordeeld zou worden dan een dergelijk optreden ten aanzien van een gewezen verdachte die vervolgd is en jegens wie wel een dwangmiddel is toegepast.'

Vervolgens gaat de rechtbank in op de vraag of in casu uit de einduitspraak *blijkt* dat Van den Nieuwenhuyzen onschuldig was aan de hem ten laste gelegde feiten:

> '3.13. De rechtbank stelt vast dat hier geen sprake is van het onder 3.10.a. bedoelde geval, nu er zoals hiervoor onder 3.3. is overwogen bij de aanvang van de vervolging van de 336a-zaak een redelijk vermoeden van schuld aan dat strafbare feit bestond. Dat er een redelijk vermoeden van schuld bestond volgt ook uit het feit dat de rechter-commissaris belast met de behan-

125. Rb. 's-Gravenhage 4 april 2001, ELRO AB0850, zaaknr. 98.1358, NTBR 2001, p. 323-324 (Stichting Begaclaim/Staat en de Vereniging voor de effectenhandel).

deling van strafzaken in de arrondissementsrechtbank te Amsterdam aan de vordering van de officier van justitie tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek gevolg heeft gegeven. Met betrekking tot de 225-zaak is niet gesteld of gebleken dat er geen redelijk vermoeden van schuld bestond. Ook overigens is niet gesteld of gebleken dat de vervolging in strijd met de wet of met veronachtzaming van fundamentele vereisten heeft plaatsgevonden.

3.14. De rechtbank is van oordeel dat hier ook geen sprake is van een situatie zoals omschreven onder 3.10.b.: weliswaar is de HCS-zaak tegen Van den Nieuwenhuyzen geëindigd met vrijspraak, maar daaruit kan niet worden afgeleid dat hij zich niet heeft schuldig gemaakt aan hetgeen waarvan hij werd verdacht. Ook blijkt niet uit het aan de rechtbank overgelegde strafdossier dat Van den Nieuwenhuyzen die feiten niet heeft gepleegd en/of dat de gerezen verdenkingen dienaangaande anderszins zonder grond zijn geweest.

3.14.1. Ten aanzien van de 225-zaak blijkt in het bijzonder uit de tot de vrijspraak leidende overwegingen van het gerechtshof te Amsterdam niet dat Van den Nieuwenhuyzen zich niet heeft schuldig gemaakt aan valsheid in geschrift. Het hof overweegt immers dat het een groot aantal bestanddelen van het telastgelegde bewezen acht, maar dat er onvoldoende bewijs is voor het voor de telastgelegde feiten vereiste opzet. Het hof heeft daarbij bovendien nog het verweer van de verdediging dat de materiële wederrechtelijkheid zou hebben ontbroken verworpen. Er is echter niet vastgesteld dat het vereiste opzet niet aanwezig was.

3.14.2. Ten aanzien van de 336a-zaak blijkt evenmin uit de tot de vrijspraak leidende overwegingen van het gerechtshof te 's-Gravenhage dat Van den Nieuwenhuyzen zich niet heeft schuldig gemaakt aan het in artikel 336a (oud) Sr omschreven misdrijf. Het hof overweegt immers niet dat het de door hem opgesomde rapporten of de daarin vermelde conclusies overneemt en/of tot het zijne maakt. Het hof overweegt slechts dat gelet op de inhoud van die rapportage de vraag of openbaarmaking van de bedoelde feiten en omstandigheden naar redelijkerwijs te verwachten is invloed zal hebben op de koers van het aandeel HCS niet bevestigend beantwoord kan worden. Het hof heeft dus ook niet overwogen dat die vraag ontkennend beantwoord moet worden. Deze overwegingen wijzen in de richting dat het hof door de opgesomde rapportage slechts niet tot de overtuiging is kunnen komen dat de genoemde vraag bevestigend diende te worden beantwoord. De rechtbank merkt in dit verband bovendien op dat – zoals ook door Begaclaim zelf is gesteld – de rapportage van prof. T.J. Vermaelen in de richting van een bevestigende beantwoording van de vraag wijst.

3.15. Nu niet is gebleken van de ongefundeerdheid van de verdenking, was Van den Nieuwenhuyzen voor het verkrijgen van schadevergoeding ter zake van de vervolging in beginsel aangewezen op de mogelijkheden die de artikelen 89-93, 591 en 591a Sv hem boden en bestaat er voor hem overigens geen aanspraak op schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad. Feiten of omstandigheden waarom hier van voormeld beginsel zou moeten worden afgeweken zijn niet gesteld of gebleken. Ook acht de rechtbank hier geen geval aanwezig waarin een rechtmatige daad van de Staat niettemin zou moeten leiden tot vergoeding van schade; in het bijzonder is niet gebleken dat het hier een zogenaamd proefproces betrof.

3.16. De vorderingen van Begaclaim met betrekking tot de HCS-zaak moeten op grond van het hiervoor overwogene – en in aanmerking genomen dat, nu is vastgesteld dat er geen verplichting tot schadevergoeding jegens Van den Nieuwenhuyzen bestaat, voor het aannemen van een dergelijke verplichting jegens Begemann al in het geheel geen grond bestaat – worden afgewezen.'

Dat is anders ten aanzien van de vrijspraak in de RDM-zaak: uit de vrijspraak in die zaak blijkt wél dat Van den Nieuwenhuyzen zich niet schuldig heeft gemaakt aan het hem daarin ten laste gelegde. De rechtbank vindt niet dat er sprake is van 'vereenzelviging' van de persoon van Van den Nieuwenhuyzen en Begemann, zodanig dat ook jegens Begemann onrechtmatig is gehandeld. Alleen de vordering van Begaclaim tot een verklaring voor recht dat de Staat in de RDM-zaak jegens Van den Nieuwenhuyzen onrechtmatig heeft gehandeld is dus, in beginsel, toewijsbaar.

Uit eigen beweging gaat de rechtbank vervolgens in op de mogelijke eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW van Van den Nieuwenhuyzen aan deze zaak. De rechtbank neemt de vrijheid om op te merken dat dit punt wordt meegenomen in een eventueel hoger beroep (door wijziging van de eis) en wijst erop dat de deskundige heeft gesteld het gedrag van Van den Nieuwenhuyzen 'ongebruikelijk en onaanvaardbaar' te vinden. Voorts wijst de rechtbank erop dat de schade als gevolg van de RDM-zaak in vergelijking met de HCS-zaak relatief gering zal zijn, omdat die veel later in de publiciteit is gekomen. Ter zake van de omvang van de schade wordt bij partijen erop aangedrongen tot een vaststellingsovereenkomst te komen. Omdat Begaclaim in overwegende mate in het ongelijk is gesteld, wordt zij in dit geding veroordeeld in de proceskosten.

Ik denk niet dat gezegd kan worden dat Joep van den Nieuwenhuyzen eigen schuld verweten kan worden omdat hij verdachte is geweest van strafbare voorkennis. Ook al zou hij de grenzen hebben afgetast van de marges waarbinnen hij nog net wel mocht opereren en waarbij net niet meer, dan levert dat nog steeds geen strafbaar feit op indien hij uiteindelijk niet veroordeeld wordt.

Het voorgaande is mijns inziens de noodzakelijke consequentie van het systeem dat de Hoge Raad heeft ontwikkeld. Maar deugt het uitgangspunt wel? Ik denk van niet en zal uitleggen waarom.

4.7 Wat rechtmatig tot stand is gekomen, kan niet achteraf onrechtmatig worden

Het uitgangspunt dat ten grondslag ligt aan de door de Hoge Raad ontwikkelde jurisprudentie deugt mijn inziens niet.[126] Wat in alle opzichten zorgvuldig tot stand is gekomen kan en mag niet achteraf als onrechtmatig worden gekwalificeerd[127] (enkel en alleen met het oog op een bepaald resultaat: schadeplichtigheid).[128] Ik vrees dat

126. Zo ook Mevis (1993), p. 33. Boeiend in dit verband is voorts dat door de strafkamer van de Hoge Raad een andere lijn wordt aangehouden. Daar geldt dat wat ex tunc rechtmatig was, niet onrechtmatig wordt door nieuwe inzichten of feiten. Zie HR 8 december 1992, NJ 1991, 618 r.o. 5.4 en Haak (1997), p. 147-148, die als raadsheer meezat op dit arrest.

127. Zo ook (raadsheer) Haak (1997), p. 146: 'Een verdenking wordt achteraf niet onrechtmatig als de onschuld is gebleken.' Eveneens in deze zin – onder veel meer – Brouns (1996), p. 228; Dekker (1995).

we ook hier te maken hebben met de ongelukkige gevolgen van de – fundamenteel inconsistente – Voorste Stroom-doctrine. Slechts als we daar afstand van nemen, kunnen we beginnen met het opbouwen van een redelijk systeem van compensatie bij achteraf ongefundeerd gebleken voorlopige hechtenis.[129] Dat betekent dat ex-verdachten in beginsel recht hebben op volledige schadevergoeding.

Het is nuttig om mijn opvatting te toetsen aan enkele beschaafde buurlanden. Hoe is het bijvoorbeeld in Frankrijk en Duitsland geregeld?

4.8 Schadevergoeding voor voorlopige hechtenis in Frankrijk

Met de wet van 17 juli 1970[130] de artikelen 149, 149-1, 149-2 en 150 Code de Procedure Pénale (C.P.P.) werd een specifieke regeling geïntroduceerd met betrekking tot de mogelijkheid tot het verkrijgen van schadevergoeding. In artikel 149 staat dat

> 'une indemnité peut etre accordeé a la personne ayant fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée a son egard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'aquittement devenue définitive, lorsque cette détention lui a causé un préjudice manifestement anormale et d'une particulière gravité'.

De overige artikelen behandelen de procedure die gevolgd moet worden, en zeggen niet zoveel over de vastelling van de schadevergoeding zelf:

> 'L'indemnité prevue a l'article précédent est allouée par décision d'une commission qui statue souverainement.'

Deze artikelen, waaronder artikel 149, waren nogal restrictief en het recht op vergoeding was dan ook slechts in een beperkt aantal gevallen voorhanden.[131] Vandaar dat de roep om herziening van de wet van 1970 steeds groter werd. De wet van 30 december 1996 liet de zware eisen ten aanzien van de schade vallen. Artikel 149 behoudt weliswaar het vereiste van het bestaan van schade, maar voortaan is het genoeg om aan te tonen dat er schade ontstaan is en is het niet langer noodzakelijk aan te tonen dat deze abnormaal of ernstig is.[132] Hiermee is de weg vrij voor schadevergoeding elke keer dat er schade is opgelopen door de voorlopige hechtenis, zolang deze niet door de eiser zelf is veroorzaakt of deze aan het ontstaan ervan

---

128. In dit opzicht overtuigt het overigens wel interessante betoog van Van der Kwaak (1999) mij niet. Anders dan hij betoogt, meen ik dat er in dit verband wel een relevant verschil bestaat tussen enerzijds situaties waarin een burger de keuze heeft om – op eigen risico – beslag te leggen of een bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis ten uitvoer te leggen en, anderzijds, situaties zoals die bij strafvorderlijke maatregelen aan de orde zijn, waarin die overheid geen keus heeft om al dan niet op te treden (p. 403).
129. In deze zin ook De Kok (1993), p. 448 en 552.
130. J.O. 19 juli 1970, p. 6751.
131. Pradel (1997), p. 568-571.
132. Pradel (1997), p. 570.

mede schuld heeft. Nu kan er in artikel 149 C.P.P. wel een duidelijke overheidsaansprakelijkheid op grond van rechtmatige overheidsdaad worden gelezen. Niet langer is de overheid slechts bij uitzondering aansprakelijk. De regel is dat de overheid aansprakelijk is voor het op zichzelf rechtmatig voorlopig vastzetten van een persoon tegen wie een strafrechtelijk onderzoek is gestart. Een veroordeling 'rechtvaardigt' niet de voorlopige hechtenis, die is en blijft rechtmatig. Een veroordeling heeft tot gevolg dat niet is voldaan aan het eerste vereiste van artikel 149 C.P.P.[133]

De basis voor de schadevergoeding bij ten onrechte ondergane hechtenis in Frankrijk is omstreden. De parlementaire beraadslagingen geven aanleiding om de aanspraak op schadevergoeding te baseren op het principe van de 'égalite devant les charges publiques'. De kritiek op het gebruik van dit principe in het geval van schadevergoeding voor voorlopige hechtenis, spitst zich toe op het feit dat, anders dan bij 'gewone' overheidshandelingen, niet alle burgers of een groep van burgers, in beginsel in aanmerking komen voor, of de gevolgen ondervinden van, de voorlopige hechtenis.[134] Het Franse systeem van de schadevergoeding voor voorlopige hechtenis zou, volgens deze critici, eerder moeten worden beschouwd als een geheel apart en nieuw systeem.

4.9 Schadevergoeding bij preventieve hechtenis in Duitsland

Onvrede over de beperkte mogelijkheden voor de burger om de overheid aansprakelijk te stellen naar aanleiding van (onterechte) strafvervolging en de weerzin om hiervoor de onrechtmatigedaadsactie beschikbaar te stellen, heeft geleid tot de *Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen* van 8 maart 1971, de *StrEG*. Deze wet beoogt een toegankelijk rechtsmiddel voor die individuen te zijn die schade hebben geleden als gevolg van strafvervolging, onder andere als gevolg van voorlopige hechtenis waarna geen veroordeling is gevolgd.

De bepalingen uit deze wet zijn nog steeds van kracht, maar werden aangepast in wetten uit 1990 en 1992. De wet van 23 september 1990[135] sloot acties op grond van de StrEG ten aanzien van strafvervolging die had plaatsgevonden in de voormalige Deutschen Demokratischen Republik uit. De wet van 1992[136] veranderde slechts enkele procedurele elementen.

De belangrijkste bepalingen van de StrEG waar in deze tekst naar verwezen zal worden zijn te vinden in artikel 4, waarin wordt bepaald dat schadevergoeding op grond van artikel 2 slechts geëist kan worden 'soweit dies nach dem Umständen des Falles der Billigkeit entspricht', artikel 2 lid 2 sub 2, waarin is opgenomen dat deze regeling ook geldt bij 'die vorläufige Festnahme nach 127 Abs. 2 der Strafprozeßord-

133. Pradel (1997).
134. Bryon (1971).
135. www.dejure.org.
136. www.dejure.org.

nung' en ten slotte artikel 7 lid 1 dat de schadevergoeding zich doet gelden voor: 'durch die Strafverfolgungsmaßnahme verursachte Vermögensschaden, im Falle der Freiheitsentziehung auf Grund gerichtlicher Entscheidung auch der Schaden, der nicht Vermögensschade ist'.

De gedachte achter de wet van 1971 is die van de rechtmatige overheidsdaad, die *onrechtmatige* gevolgen heeft.[137] Dat wil zeggen dat strafvervolging door Justitie, het handelen, rechtmatig is, maar dat de gevolgen die daarna intreden onrechtmatig kunnen zijn wanneer zij inbreuk maken op de rechten van een individu. Een rechtmatig gevolg van de handeling zou bijvoorbeeld de veroordeling zijn; volgt die niet, dan wordt niet de gehele handeling ook onrechtmatig, maar kan men puur op grond van het onrechtmatige gevolg een beroep doen op artikel 2 lid 2 sub 2 StrEG. Dit is dan een beroep op de billijkheid, zie artikel 4 StrEG. De Duitse burger dient in het belang van de samenleving wel een zeker risico te aanvaarden dat zijn rechten beperkt kunnen worden in het algemeen belang, de *Aufopferung*. Dit in beginsel publiekrechtelijke begrip wordt ook gebruikt in verband met de voorlopige hechtenis en andere maatregelen van strafvervolging. De burger is in zulke gevallen gehouden zich op te offeren, tenzij de zogenaamde *Sonderopfergrenzen* hieraan in de weg staan.[138] Deze 'grenzen' van de te tolereren inbreuk op een recht van het individu zijn gecodificeerd in de wet van 1971 en zijn in artikel 2 limitatief opgesomd. De voorlopige hechtenis, ook opgenomen in dit artikel, zie hiervoor, wordt gezien als een zo ingrijpende inbreuk op het recht van een individu dat het onbillijk zou zijn hem in geval van onterechte voorlopige hechtenis niet zijn schade te vergoeden. De *Sonderopfergrenze* is overschreden en de billijkheid ex artikel 4 StrEG doet zich gelden. Dat artikel 2 de grenzen aan de *Aufopferung* limitatief opsomt, betekent dat voor alle overige inbreuken op het recht van een individu aangaande strafvervolging, tenminste voorzover zo'n inbreuk te wijten is aan de overheid, de schadevergoeding op grond van artikel 839 BGB en artikel 34 GG moet worden geëist.[139] Een actie uit (on)rechtmatige (overheids)daad is alleen mogelijk, indien het onderhavige geval niet via de StrEG kan worden afgehandeld.

De burger hoeft overigens niet te bewijzen dat hij een buitengewone en 'grensoverschrijdende' opoffering heeft moeten ondergaan. De Duitse rechter neemt aan dat wanneer geen veroordeling is gevolgd, de burger onterecht schade heeft geleden.[140] De onschuld is dan ook geen voorwaarde voor het verkrijgen van een schadevergoeding langs deze weg. De onschuldpresumptie ex artikel 6 van het EVRM wordt dan ook geen geweld aangedaan. De opoffering wordt ook verondersteld 'buitengewoon' te zijn wanneer de voorlopige hechtenis langer heeft geduurd dan het uiteindelijke vonnis aan straf bepaalt.

---

137. Schätzler (1982), p. 29.
138. Meyer (1997), p. 15 e.v.
139. Meyer (1975), p. 69 e.v.
140. Schätzler (1982), p. 31.

4.10 Recht op schadevergoeding bij achteraf ongefundeerde hechtenis en andere strafvorderlijke maatregelen

Net als in Nederland zien we dat ook in Frankrijk en Duitsland specifieke wettelijke regels bestaan die schadevergoeding in geval van achteraf ongefundeerde hechtenis mogelijk maken. Ook zagen we dat in Frankrijk geworsteld wordt met de grondslag voor deze schadevergoeding: is dat de fameuze 'égalité', of een zelfstandige categorie. In Duitsland worstelt men kennelijk ook met de vraag naar de grondslag, daar kan de voorlopige hechtenis zelf 'rechtmatig' zijn (en blijven), maar kunnen wel de gevolgen 'onrechtmatig' genoemd worden.

De Nederlandse constructie bevredigt nog minder, omdat in die gedachtegang de hechtenis die aanvankelijk rechtmatig was, verkleurt tot een onrechtmatige als de verdenking achteraf niet juist blijkt te zijn. Onbevredigend is voorts dat dit slechts vastgesteld kan worden indien de onschuld uit het strafdossier blijkt. Dat laatste staat, zoals gezegd, op gespannen voet met artikel 6 EVRM.

Uitgangspunt moet zijn dat zorgvuldig genomen dwangmaatregelen rechtmatig zijn en blijven. Vraag is wel wie het risico draagt van het realiteit worden van de kans op *ongefundeerd* gebleken verdenkingen. Mij lijkt het evident – ook in het licht van de onschuldpresumptie – dat dit risico voor rekening van de overheid dient te komen. Het gaat dan dus om schadevergoeding op basis van rechtmatig overheidshandelen.[141]

4.11 Niet-verdachten die in hun belang worden getroffen

Wat nog onze aandacht vraagt, is de positie van niet-verdachten die schade hebben geleden als gevolg van rechtmatig politieoptreden. Zoals hiervoor in verband met de zaak Joemman werd opgemerkt, is het niet altijd volstrekt helder of iemand als verdachte is aangemerkt of niet. Zo gaat Hennekens[142] er in die zaak kennelijk van uit dat Joemman jr. de verdachte is; hij is immers degene die een dodelijk ongeluk heeft begaan. Maar aanvankelijk wist de politie dat natuurlijk niet en ging het om de onbekende bestuurder van een motorrijtuig met een bepaald kenteken. Dat kenteken stond op naam van vader Joemman; dus was hij in die kwaliteit de verdachte. Anders gezegd, de verdenking richt zich veelal niet tot iemand met een bepaalde identiteit,

---

141. Vgl. ook HR 8 december 1992, NJ 1993, 618, waarin het recht op strafvervolging in stand blijft ook nadat de administratiefrechtelijke beschikking waarop de strafbaarheid van bepaald gedrag voortbouwde, werd vernietigd. De strafbaarheid van het gedrag blijft bestaan ook al wordt later vastgesteld dat de voorwaarden niet meer aanwezig zijn. Corstens is zijn noot zeer kritisch. Deze opvatting staat haaks op civielrechtelijke jurisprudentie inzake achteraf ongefundeerde voorlopige hechtenis. Hij wijst op de mogelijkheid om in een dergelijk geval wél schadevergoeding 'naar billijkheid' toe te kennen op grond van art. 32 WED. Dat lijkt dus ook een schadevergoedingsplicht gebaseerd op rechtmatig handelen. Zo ook Dekker (1995), p. 752.
142. Hennekens (2001b), p. 49.

maar juist tot iemand waarvan niet bekend is wie het is. Als deze verdenking zich dan toespitst op een persoon met een wel bekende identiteit, is dat nog steeds de verdachte, ook als dat later niet juist blijkt te zijn.

In de hiervoor reeds aan de orde gestelde zaak Lavrijsen is wél duidelijk sprake van schade toegebracht aan een niet-verdachte. Het complexe aan deze zaak is dat bij het verleende verlof tot huiszoeking vanwege de verdenking jegens Van L. in het midden is gebleven tot welke gebouwen dit verlof zich uitstrekte. Evemin blijkt dat vooraf rekening is gehouden met de belangen van de huurster Lavrijsen. Ik herhaal nog even de kernoverweging van de Hoge Raad:

> 'Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredig nadelige, – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld (vgl. HR 8 januari 1991, nr. 14.096, NJ 1992, 638, ABRvS, 6 mei 1997, AB 1997, 229, alsmede art. 3:4 lid 2 Awb). Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zich zelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige huiszoeking jegens de getroffene onrechtmatig is. In zoverre levert een door de rechtbank verleend verlof tot het doen van huiszoeking dus geen rechtvaardigingsgrond op voor het toebrengen van schade.'

Opvallend in deze uitspraak is dat de Hoge Raad kennelijk geen betekenis toekent aan het feit dat jegens Lavrijsen zelf nooit een verdenking heeft bestaan.[143] Dat verklaart mogelijk wel dat de Hoge Raad hier niet werkt met zijn constructie van het achteraf niet gerechtvaardigd zijn van de verdenking zoals in Staat/B. en Joemman.

4.12 Toevallig in de weg lopende burgers

Grenzend aan de categorie van de strafvorderlijke conditionele bevoegdheid om op te treden tegen *verdachte* personen, moeten we dus een andere categorie onderscheiden – waarin het gaat om (onder meer) gevallen als dat van Lavrijsen – die daar dicht tegenaan zit, maar niet goed is onder te brengen bij de égalité-situaties. Deze categorie ziet op schade die onschuldige derden lijden, soms als toevallige passanten, doordat de politie optreedt binnen de grenzen van haar bevoegdheid. Ik illustreer dit aan de hand van een recente beslissing van de Rechtbank Assen van 13 februari 2001.[144]

> Eerst kort de feiten en het procedureverloop bij de rechtbank. Nietsvermoedend arriveert eiser op een winkelplein kort nadat politieagenten ter plaatse voorbijgangers hebben gesommeerd het plein te verlaten, dit in verband met een gewapende overval op de C1000 in Hoo-

143. Hennekens (2001b), p. 52 wijst daar terecht op.
144. NTBR 2001, 5, JB 2001, 103, TVP 2001, p. 40 m.nt. G.E. van Maanen.

geveen. Zich bewust geworden van het dreigende gevaar fietst hij richting één van beide politieagenten, in de verwachting daar veilig te zijn. Beiden zien hem niet omdat zij het oog hebben op de uitgang van de C1000. Op dat moment verlaten de overvallers de C1000 en ontstaat een schietpartij met één van hen, waarna de andere dreigt te ontkomen. De kogel die de agent afvuurt mist de vluchtende overvaller, maar treft eiser in het bovenbeen. De Regiopolitie weigert vervolgens de schade die eiser dientengevolge claimt te vergoeden en wordt daarop, (mede) in zijn hoedanigheid van werkgever, door eiser aangesproken met een actie uit onrechtmatige daad daaruit bestaande dat de agent in kwestie niet had mogen schieten en onvoldoende getraind was. De Regiopolitie verweert zich op beide punten.
De rechtbank vindt nader onderzoek naar de (on)rechtmatigheid van het schieten en naar de schiettraining van de agent overbodig. Zij maakt gebruik van haar bevoegdheid de rechtsgronden van partijen aan te vullen (art. 48 Rv) en oordeelt dat in het gegeven dat de politie heeft geweigerd de schade van eiser voor haar rekening te nemen, voldoende grond ligt voor een toewijzing van de vordering op grond van onrechtmatige daad. Want zelfs als het schieten op zich gerechtvaardigd is geweest moet de politie de schade vergoeden die zij een toevallige passant in de uitoefening van haar overheidstaak heeft toegebracht. Van een normaal maatschappelijk risico is volgens de rechtbank geen sprake; eiser is door het overheidsoptreden in kwestie 'onevenredig benadeeld.' Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is onaanvaardbaar dat eiser de schade van dit overheidsoptreden zelf zou moeten dragen. Het gaat om de kosten van de uitoefening van een overheidstaak die door de overheid dienen te worden gedragen. Het onder die omstandigheden weigeren van vergoeding is in strijd met de zorgvuldigheid die ook door overheidsorganen zoals de politie in acht moet worden genomen. De Regiopolitie is aansprakelijk en de zaak wordt voor nadere conclusies verwezen naar de rol.

Het gaat hier om feitelijk handelen (het staande houden van verdachten) dat verondersteld moet worden *ook achteraf* volkomen rechtmatig te zijn geweest. Toch komt de rechtbank via een onrechtmatigedaadsredenering tot schadevergoeding.

4.13 Evaluatie van de rechtspraak ten aanzien van niet-verdachten

In Lavrijsen wordt nadrukkelijk naar het *égalité*-beginsel verwezen, nu – voor het eerst – als een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel. Het interessante aan dit arrest is dat de *égalité devant les charges publiques* nu – in de Nederlandse terminologie 'onevenredig nadeel' – tot grondslag van de schadevergoedingsverplichting lijkt te worden gemaakt. Dat is in de rechtspraak van de Hoge Raad een stap vooruit, hoewel ik meen dat in dit specifieke geval het juist niet de (schending van de) égalité is die hier de schadeplichtigheid kan funderen, maar veeleer het principe van de solidariteit en het daarop gebaseerde moeten instaan van de overheid voor dergelijke risico's.

Mijn intern-systematische kritiek op Lavrijsen is evenwel, dat de Hoge Raad verzuimt de beslissende stap te zetten naar een volmondige erkenning van een schadevergoedingsplicht op basis van rechtmatige (overheids)daad. De grondslag in de zaak Lavrijsen blijkt nog steeds de *on*rechtmatige daad te zijn. De *on*rechtmatigheid werd in Leffers 'geconstrueerd' doordat *het niet nemen van compenserende maatregelen door de overheid als onzorgvuldig wordt gezien* tegenover de varkensmester. In deze

Lavrijsen-uitspraak ontbreekt evenwel deze tussenschakel waarmee de verplichting tot het betalen van nadeelcompensatie naar een schadeplichtigheid uit onrechtmatige daad wordt getransformeerd. In Lavrijsen wordt immers zonder nadere toelichting betoogd ('Uit deze regel vloeit voort') dat het toebrengen van onevenredig nadeel *on*rechtmatig is. Maar dat is, zoals ik eerder aangaf, in strijd met het algemeen aanvaarde uitgangspunt van het *égalité*-beginsel, namelijk een schadevergoedingsverplichting op grond van in principe rechtmatig overheidshandelen!

Mogelijk heeft de Hoge Raad hier het oog gehad op het ándere evenredigheidsbeginsel dat in de tekst van artikel 3:4 lid 2 Awb met zoveel woorden tot uitdrukking wordt gebracht, namelijk de evenredigheid tussen doel en middel. Als dát evenwel bedoeld is, zou de consequentie moeten zijn dat het verlof tot huiszoeking – ab initio – onrechtmatig is geweest omdat niet voldaan is aan de in artikel 3:4 lid 2 Awb neergelegde eis van proportionaliteit.[145] Maar dat staat haaks op het in cassatie onbestreden uitgangspunt dat de huiszoeking in casu *rechtmatig* was.

De enig overblijvende mogelijkheid is dan nog dat door de Hoge Raad bedoeld wordt dat de huiszoeking als zodanig, met name jegens de verdachte, rechtmatig was, maar ten opzichte van Lavrijsen *on*rechtmatig.[146] We zouden daar nog wel een theoretische onderbouwing onder kunnen leggen, zoals de opvatting van Van Maarseveen uit 1954 dat een handeling publiekrechtelijk (objectief) rechtmatig kan zijn, maar in relatie tot een bepaalde persoon onrechtmatig.[147] Maar dat strookt weer niet met het uitgangspunt dat vaststaat dat in casu geen onnodige schade is toegebracht, met andere woorden: de overheid mocht en moest deze schade toebrengen omdat die schade een noodzakelijke en onvermijdelijke consequentie van de huiszoeking zou zijn.[148] Dat leidt dus weer tot de Voorste Stroom-contradictie: het mag, maar het is onrechtmatig.

Het is merkwaardig dat de Hoge Raad, zo dicht bij de juiste oplossing, de laatste stap niet zet. Hij geeft wel aan dat de grondslag voor het recht op schadevergoeding van Lavrijsen gezocht moet worden in de égalité, maar verzuimt dan de stap te zetten naar de erkenning dat het recht op schadevergoeding dus berust op rechtmatige daad. Door middel van een wonderbaarlijke transsubstantiatie wordt het rechtmatige gedrag van de Staat opeens *on*rechtmatig! Het ware beter volmondig te erkennen dat de schadeplichtigheid van de Staat berust op rechtmatige daad.

Uit deze zaak trek ik een aantal conclusies: ten eerste toont deze uitspraak wederom aan dat de gekozen (Voorste Stroom-)constructie innerlijk tegenstrijdig is.

---

145. Ook Schlössels wijst erop dat het hier niet om een toetsing van de proportionaliteitseis van art. 3:4 Awb gaat (par. 7.6).
146. Sieburgh (2002) lijkt het in deze hoek te zoeken met een onderscheid tussen strafrechtelijke en civielrechtelijke onrechtmatigheid. Haar constructie – misbruik van recht – overtuigt echter niet.
147. Van Maarseveen (1954) en Teunissen (1994).
148. Dekker (1995), p. 751, wijst erop dat de uitoefening van de strafvorderlijke bevoegdheid ook ten opzichte van derden gerechtvaardigd wordt, omdat deze plaatsvindt in het algemeen belang.

Immers, het gaat om een rechtmatige huiszoeking waarbij niet onnodig schade wordt toegebracht, maar het is toch onrechtmatig om die schade toe te brengen als het nadeel ten opzichte van anderen onevenredig is. Dat kan niet. Anders dan in Leffers loopt de zaak hier dogmatisch niet meer rond, omdat de tussenstap uit Leffers (het uitvaardigen van de regeling zonder tevens compensatie aan te bieden) achterwege blijft. Dat betekent dat we ook hier de aanspraak op vergoeding beter op rechtmatig overheidshandelen kunnen funderen.

Een tweede gevolgtrekking, die met de vorige samenhangt, is dat deze zaak waarschijnlijk niet goed past in de categorie van 'echte' nadeelcompensatiegevallen omdat het niet gaat om een weloverwogen beslissing een bepaalde overheidsmaatregel te treffen, maar eerder om toevallige, bijkomende schade van derden bij de uitvoering van (politionele) overheidstaken. Mij lijkt dit geval eerder thuis te horen in de categorie van exceptionele risico's, gelijk de zaak van de schietende agenten in Assen.

4.14 Verschil tussen strafvorderlijke situaties en égalité-situaties

Het verschil tussen deze (strafvorderlijke) situaties, zowel met betrekking tot verdachten als niet-verdachten, en égalité-situaties, is dat bij égalité-situaties de overheid niet een conditionele bevoegdheid, maar een onvoorwaardelijke bevoegdheid (weloverwogen) uitoefent. De overheid mag en moet een swill-verbod uitvaardigen. Daarbij wordt niet het risico ingecalculeerd dat de maatregel misschien ten onrechte wordt uitgevaardigd. Het is dus niet een voorwaardelijke bevoegdheid. Wél is het zo dat als gevolg van deze maatregelen een bepaalde (groep van) burgers onevenredig kan worden getroffen. Dat kan op het moment van het nemen en uitvaardigen van die maatregel al bekend zijn, maar het kan ook pas later blijken. In beide gevallen ontstaat een gehoudenheid tot het nemen van compenserende maatregelen, indien en voorzover er sprake is van schade die uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico. Deze verplichting tot het nemen van flankerende maatregelen kan ofwel van begin af aan reeds aanwezig zijn (zoals in Paul Krugerbrug II) of pas later duidelijk worden.

In het eerste geval kán dat ertoe leiden dat bestuurlijke en maatschappelijke zorgvuldigheid meebrengt dat de maatregel slechts genomen mag worden als ook tegelijkertijd aanvullende maatregelen (besluiten) worden genomen ter compensatie van de op dat moment reeds voorzienbare schade. De grondslag voor het nemen van deze aanvullende compenserende maatregelen is de gedachte dat onevenredige schade niet op één burger mag worden afgewenteld (en niet de onrechtmatige daad).

In het tweede geval, waarin eerst later duidelijk wordt dat er door bepaalde individuen onevenredige schade wordt geleden, zal de maatregel in alle opzichten – ook bestuursrechtelijk – rechtmatig zijn, maar ontstaat een gehoudenheid tot nadeelcompensatie op grond van het solidariteits/égalité-beginsel.

In geval van schade als gevolg van rechtmatig politieoptreden zowel jegens verdachten als niet-verdachten berust de schadevergoedingsplicht niet op het feit dat die verdachten of niet-verdachte derden onevenredig zijn benadeeld ten opzichte van

andere met hen vergelijkbare verdachten of derden.[149] Het is immers voorstelbaar dat *allen* die als verdachte schade hebben geleden als gevolg van een huiszoeking een bepaalde schade hebben opgelopen. Daarmee valt dus de *on*evenredigheid als grondslag weg.

4.15 Uitzonderlijke risico's; responsabilité pour risque

Ook in Frankrijk is men tot dit onderscheid geraakt.[150] De twee hoofdbeginselen welke in Frankrijk de voornaamste rol spelen, zijn de *responsabilité pour risque* en de *égalité devant les charges publiques*. Daarnaast bestaan er nog twee bijzondere rechtsvormen waarop de aansprakelijkheid voor rechtmatig handelen kan worden gebaseerd. Deze leerstukken staan bekend als de (*responsabilité pour) travaux publics* en de (*responsabilité pour) collaborateurs occassionnels*.

De door mij hiervoor onderscheiden categorie van gevallen waarin de overheid bij de uitoefening van haar taak bij de handhaving van de openbare orde of bij de uitvoering van strafvorderlijke maatregelen, onbedoeld en niet-noodzakelijk schade toebrengt aan toevallig in de weg lopende derden of andere betrokkenen (niet zijnde verdachten), vertoont interessante overeenkomsten met de in Frankrijk ontwikkelde categorie van aansprakelijkheid voor bepaalde overheidsrisico's. Dat maakt het de moeite waard om daar nog wat nader op in te gaan.

Aan de aansprakelijkheid voor gevaarzettend overheidshandelen liggen twee gedachten ten grondslag. Om te beginnen de grote maatschappelijke veranderingen door de noodzaak van het toepassen van nieuwe technieken met de daaraan inherente gevaren. Bovendien is – volgens de theorie van de *risque profit* – degene die extra risico creëert door het gebruik van bepaalde activiteiten (en dus van deze activiteiten het profijt heeft), gehouden de hieruit voortvloeiende schade te vergoeden. Voor aansprakelijkheid op deze grondslag (gevaarzetting) is slechts vereist dat de schade door de gevaarzettende activiteit werd veroorzaakt. Oorspronkelijk werd gevaarzetting in het kader van overheidsaansprakelijkheid slechts aangenomen voor schade ten gevolge van de opslag of verwerking van explosieven. De arresten *Cames (1895)*[151] en *Regnault-Desroziers (1919)*[152] zijn hier baanbrekend geweest. Daarna werd al snel erkend dat de aansprakelijkheid voor gevaarzetting een veel groter toepassingsbereik had. Zo wees de *Conseil d' Etat* in 1949 het arrest *Lecompte,*[153] waarin werd geoordeeld dat het gebruik van vuurwapens uitzonderlijke risico's meebrengt (*des risques exceptionnels*), die burgers zonder schadeloosstelling niet hoeven te dul-

149. Anders Schlössels, par. 7.6.
150. Voor een beknopt overzicht verwijs ik naar Van Maanen & De Lange (2000), hoofdstuk XI. Meer uitvoerig is Roozendaal (1998).
151. 21 juni 1895, GA no. 6 (Cames).
152. 28 maart 1919, GA no. 38 (Regnault-Desroziers).
153. 24 juni 1949, Rec. p. 307 (Lecompte).

den. Maar ontstaat de schade door het optreden van de politie bijvoorbeeld, op andere wijze – dus zonder dat daarbij gebruik werd gemaakt van vuurwapens – dan is voor aansprakelijkheid een gekwalificeerde onrechtmatige daad vereist (de '*faute lourde*'). Politieauto's worden weliswaar als risicovolle zaken beschouwd, maar toch dient deze aansprakelijkheid door de burgerlijke rechter te worden beoordeeld en niet door de administratieve.[154]

Het Franse voorbeeld laat zien dat – een enkele nuance daargelaten – men daar onderscheid maakt tussen verschillende typen van schadeloosstelling bij rechtmatig overheidsoptreden. Naast de klassieke égalité-situaties waarbij de overheid de belangen van de enkeling(en) (weloverwogen) opoffert aan het gemeenschappelijke, algemene belang, kent men de categorie van 'risques exceptionnels', ook wel 'théorie des risques' voor schade als gevolg van risicovol politieoptreden en dergelijke, naast de schade bij 'collaborateurs occassionnels'.[155] Specifieke regels zijn ontwikkeld voor schade als gevolg van voorlopige hechtenis. Duitsland laat een vergelijkbare onderverdeling zien.

4.16 Conclusie: drie categorieën van rechtmatig overheidsoptreden waar compensatie geboden is

Dit alles brengt mij tot de conclusie dat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen de situatie waarin de overheid in het algemeen belang bepaalde maatregelen neemt en waarbij derden onevenredig benadeeld kunnen worden en gevallen van strafvorderlijk optreden, waarbij ofwel de niet-veroordeelde verdachte ofwel derden schade lijden. Dat onderscheid is niet slechts van belang vanuit het gezichtspunt van dogmatische esthetiek, maar ook omdat – zoals hiervoor uiteengezet – de evenredigheidstoets niet opgaat voor deze laatste categorie. Dat laatste heeft voorts als consequentie dat dit ook leidt tot een verschillende berekening van de schadevergoeding. Bij de klassieke égalité-situaties hoeft slechts de onevenredige schade vergoed te worden, anders gezegd de schade die uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico, terwijl in de strafvorderlijke gevallen *in beginsel* alle schade vergoed moet worden (doch zie hoofdstuk 5). Welke gevallen moeten worden onderscheiden?

1. Gevallen waarin het noodzakelijk is dat de overheid – weloverwogen – optreedt en waarbij veelal onvermijdelijk bepaalde (groepen) van burgers onevenredig benadeeld worden. De overheid dient dan deze onevenredige benadeling te compenseren door financiële of andere maatregelen. Ingeval de onevenredige schade op het moment van het uitvaardigen van de noodzakelijke en dus rechtmatige

154. Waar letselschade het gevolg is van een aanrijding door een politieauto, kan een beroep worden gedaan op de Loi Badinter (1985) en zal het slachtoffer kunnen profiteren van deze vrijwel absolute risicoaansprakelijkheid.

155. In beide laatste categorieën gaat het ook deels om risicoaansprakelijkheid als grondslag, naast de égalité. Zie ook Konijnenbelt (1971), p. 294.

voorziening, bekend zou moeten zijn, kan de overheid onder omstandigheden onrechtmatig handelen door de maatregel door te zetten zonder het treffen van compenserende maatregelen. Ingeval dergelijke onevenredige schade niet te voorzien was, behoort de overheid alsnog maatregelen te treffen om die schade te vergoeden. De vordering zou, voorzover geen specifieke wettelijke grondslag aanwijsbaar is, in dat laatste geval rechtstreeks op de billijkheid (Quint-Te Poel) gebaseerd kunnen worden.

2. Gevallen waarin de overheid terecht bepaalde strafvorderlijke bevoegdheden uitoefent (huiszoeking, aanhouding, voorlopige hechtenis), maar waarin achteraf blijkt dat de verdenking niet gevolgd wordt door een strafrechtelijke veroordeling. In deze gevallen is de grondslag voor de verplichting tot vergoeding van het ten onrechte opgelopen nadeel te vinden in het feit dat de inherente onzekerheid die gepaard gaat met maatregelen gebaseerd op *verdenkingen,* meebrengt dat die maatregelen slechts gelegitimeerd zijn onder de *bijkomende* (niet: ontbindende) voorwaarde dat de overheid instaat voor de gevolgen van het niet bewaarheid worden van deze verdenking. Men kan het ook zo zeggen dat de overheid in dit soort gevallen welbewust het risico heeft aanvaard dat achteraf kan blijken dat de verdenking niet wordt bewaarheid.[156]
3. Gevallen waarin de overheid bij de uitoefening van haar – vaak risicovolle – taak tot handhaving van de openbare orde of bij de uitvoering van strafvorderlijke maatregelen, onbedoeld en niet-noodzakelijk schade toebrengt aan toevallig in de weg lopende derden of andere betrokkenen (niet zijnde verdachten). Men zou dit ook het 'waar gehakt wordt vallen spaanders'-beginsel kunnen noemen; dat is wel precies waar het om gaat, maar erg wetenschappelijk klinkt het niet.[157] Daarom maar liever 'risicobeginsel'.

156. Anders dan Van der Kwaak (1999) meen ik dat daaruit niet voortvloeit dat degene die dit risico welbewust aanvaardt, daarmee 'schuld' heeft in de zin dat daarmee de onrechtmatigheid van zijn handelen in beginsel gegeven is.
157. Beijerse/Dane (1996), p. 259, vangen hun stuk aan met deze spreuk.

5 Normaal maatschappelijk risico, onevenredige benadeling en schadevergoeding

In dit deel wordt – summierlijk – ingegaan op de vraag wat als een normaal maatschappelijk risico kan worden gezien voor een bepaalde categorie en hoe men vaststelt of er sprake is van een onevenredige benadeling. Betoogd wordt dat de omvang van de schade afhankelijk is van de specifieke categorie rechtmatige overheidsdaad: de klassieke égalité-situaties enerzijds en anderzijds de strafvorderlijke gevallen.

5.1 Inleiding

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat in de 'klassieke' égalité-situaties de omvang van de schadevergoeding bepaald wordt door de onevenredigheid van het nadeel dat de ene burger of groep van burgers lijdt, in verhouding tot het normale maatschappelijk risico dat wij allen dragen. In de andere situaties van achteraf ongefundeerd strafvorderlijk ingrijpen en schade als gevolg van riscovol overheidsoptreden geldt mijns inziens de gewone regel dat alle schade daardoor veroorzaakt, dient te worden vergoed. Uiteraard dienen dan wel de gewone regels inzake causaal verband en eigen schuld – afdeling 6.1.10 BW – te worden toegepast. Eigen schuld bij verdachten en niet-verdachten kan bijvoorbeeld leiden tot vermindering of zelfs verval van het recht op schadevergoeding.[158] In dat kader kan wellicht een benedengrens aanvaardbaar zijn van zeer geringe schade, die gezien kan worden als een zeker 'normaal maatschappelijk risico' waaronder geen recht op schadevergoeding ontstaat. Voorstelbaar is ook dat er gewerkt wordt met gestandaardiseerde of gefixeerde bedragen voor bepaalde vergoedingen.

Op deze plaats is het van belang om duidelijk te maken dat er – belangrijke – verschillende gevolgen zijn indien men de (civielrechtelijke) verplichting tot nadeelcompensatie rechtstreeks baseert op rechtmatige daad, dan wel indirect via de onrechtmatige daad. Dat blijkt geen lood om oud ijzer te zijn.

158. Zie bijv. Rb. Maastricht 6 augustus 1998, NJ 1999, 40.

5.2 Verschillen tussen de Voorste Stroom-constructie en rechtmatige daad

Het heeft nogal wat consequenties, met name ook voor de *omvang* van de schadevergoedingsplicht of de verplichting tot vergoeding is gebaseerd op rechtmatige dan wel onrechtmatige overheidsdaad.[159] Bloembergen gaat daar in zijn conclusie voor Staat/B.[160] uitvoerig op in. Door het dogmatische gerommel in Lavrijsen, waar de égalité als grondslag voor een vergoedingsplicht uit rechtmatige daad wordt aangeroepen, maar door middel van een wonderbaarlijke transsubstantiatie de onrechtmatige daad de grondslag blijft van aansprakelijkheid, heeft de gedupeerde burger daar recht op *volledige* vergoeding. Dat is in strijd met de eerder in dat arrest aangewezen grondslag van de égalité-verplichting, die immers beperkt is tot onevenredig nadeel.[161] Nadeel dat uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico. Alleen al in zoverre maakt het verschil wat men als grondslag kiest.[162] Binnen de categorie van schadevergoeding ten gevolge van rechtmatig overheidshandelen blijkt het, zoals gezegd, noodzakelijk te zijn om nader onderscheid te maken. Wat zijn de verschillen?

5.2.1 Grondslag vorderingsrecht

Belangrijkste verschil is uiteraard dat de constructie van een vordering gebaseerd op *on*rechtmatige daad (artikel 6:162 e.v. BW) gebaseerd is op – alles bijeen genomen – in resultaat onjuist gedrag van de overheid. De vordering op grond van *rechtmatig* overheidshandelen tegen de overheid is afhankelijk van de specifieke vorm van dit rechtmatig overheidshandelen. Ik heb daarbij onderscheid gemaakt tussen:

1. situaties waarin een burger bij weloverwogen overheidsoptreden (gedrag of besluit) onevenredig (ten opzichte van andere burgers) in zijn belangen wordt geschaad;
2. situaties waarin strafvorderlijke maatregelen achteraf beschouwd niet 'terecht' waren en waarbij de verdachte schade heeft geleden;
3. situaties waarin niet-verdachte derden als gevolg van overheidsoptreden – min of meer – toevallig schade oplopen.

In de eerste situatie ligt de grondslag in het beginsel van lex Rhodia, zo men wil (de consequenties van het schenden van) het égalité devant les charges publiques-beginsel. In de tweede en derde situatie ligt de grondslag in het beginsel dat de overheid het risico moet dragen (theorie des risques). Ook dat kan teruggevoerd worden op de solidariteitsgedachte, maar niet op het égalité-beginsel.[163]

---

159. Anders dan Spier (1990, p. 49) meen ik dat het hier niet gaat om een *schijnbaar* verschil.
160. HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794 m.nt. CJHB.
161. Ik laat hier even buiten beschouwing dat in mijn opvatting in dit soort situaties van schade in een strafvorderlijke context, de égalité niet de juiste grondslag biedt.
162. Anders Moltmaker (1991), p. 820.

5.2.2 *Bijzondere aard van de schade*

Bij een onrechtmatige (overheids)daad dient in beginsel volledige schadevergoeding betaald te worden.[164] Indien de vergoedingsplicht is gebaseerd op het égalité-beginsel c.q. de Lex Rhodia-gedachte, dient – wederom in beginsel – slechts de *onevenredig* veroorzaakte schade vergoed te worden. Met andere woorden, slechts dat deel van de schade dat gezien kan worden als een surplus op de schade die (de groep van) burgers waarmee deze burger vergeleken kan worden, als normaal maatschappelijk risico zelf zou moeten dragen. Dit is het *theoretische* uitgangspunt.

> Toegelicht aan de hand van het voorbeeld waarmee dit verhaal begon, komt het erop neer dat als de aan Athanathos en Berikos toebehorende lading wordt opgeofferd in het belang van het behoud van het schip, de andere ladingbelanghebbenden Certos en Dimitri zullen moeten bijdragen aan het onevenredig nadeel dat de eersten hebben geleden. Stel, de waarde van het aan ieder toebehorende deel is honderd (Griekse) euro, dan zullen Certos en Dimitri elk 50 euro aan Athanathos en Berikos moeten geven. Zij krijgen dan dus slechts 50% van hun schade vergoed. De schade is dan evenredig verdeeld. Het onevenredig nadeel is gecompenseerd.

Toegepast op grotere schaal in onze samenleving betekent dit, dat via de belastingheffing het collectief bijdraagt aan de compensatie van die burgers die onevenredige opofferingen in het algemeen belang hebben moeten gehengen en gedogen.

5.2.3 *Causaal verband en eigen schuld en schadebeperkingsplicht*

In beginsel zullen de normale regels inzake zowel causaal verband (artikel 6:98 BW) als eigen schuld (artikel 6:101 BW) zoals neergelegd in afdeling 6.1.10 van toepassing zijn op beide soorten actie, dus zowel uit rechtmatige als uit onrechtmatige daad.[165] Ook de andere bepalingen uit deze afdeling (bijvoorbeeld het matigingsrecht van artikel 6:109 BW) kunnen rechtstreeks toegepast worden op beide acties. In concrete situaties kunnen er echter wel verschillen optreden tussen op deze onderscheidene grondslagen gebaseerde verplichtingen tot nadeelcompensatie. Een voorbeeld van de – veelal complexe – causaalverbandsproblematiek bij rechtmatige daad is te vinden in de casus die aanleiding gaf tot een beslissing als die van de rechtbank te Rotterdam.[166] Daar was het probleem wie – causaal – verantwoordelijk was voor de verplichting tot nadeelcompensatie als gevolg van het doorgraven van een dam: de (feitelijk gravende) gemeente of de (vergunningverlenende) rijksoverheid.

---

163. Een hiermee samenhangend – minder belangrijk – verschil is dat art. 6:162 BW ook toerekening van de daad aan de dader vereist ('schuld'). Echter reeds vanwege de gevestigde rechtspraak (Van Gog/Nederweert) kan gesteld worden dat deze schuld in dit soort situaties als 'gegeven' moet worden verondersteld.
164. Bloembergen (1992), p. 128.
165. Wel kunnen – met name – het deels ontbreken van causaal verband (art. 6:98 BW) en eigen schuld (art. 6:101 BW) tot vermindering leiden. Meer uitvoerig Scheltema (1999). Zie voorts Spier e.a. (2000).
166. Rb. Rotterdam 9 juli 2001, JB 2001, 228, m.nt. R.J.N. Schlössels.

De beslissing inzake Joemman II[167] kan dienen als illustratie van de mogelijkheden tot correctie voor gevallen die dogmatisch als onrechtmatige daad geconstrueerd zijn. Ondanks het feit dat de Staat in beginsel onrechtmatig jegens Joemman heeft gehandeld door zijn woning binnen te vallen, krijgt Joemman wegens 100% eigen schuld, uiteindelijk toch geen schadevergoeding.

Net als bij de gewone schadevergoedingsaanspraken zal ook bij de aanspraak wegens rechtmatige daad de regel gelden dat de burger gehouden is om zijn schade te beperken, bijvoorbeeld door gebruik te maken van de mogelijkheid van tijdelijke voorzieningen. De uitwerking van deze schadebeperkingsplicht kan gebaseerd worden op artikel 6:101 BW: voorzover de schade had kunnen worden vermeden, wordt deze als eigen schuld gezien van de gelaedeerde.

5.2.4 Mogelijkheid van verbod

Een van de problemen waar men in de Voorste Stroom-kwestie mee worstelde, was de verbiedbaarheid van maatregelen die op zichzelf geboden waren, maar waar tegelijkertijd een schadevergoedingsplicht op grond van onrechtmatige daad aan verbonden zat. De uitkomst was dat als de overheid voldaan had aan haar schadevergoedingsverplichting, een verbodsvordering niet langer toewijsbaar was. Was niet aan die verplichting tot compensatie voldaan, dan was de vordering in principe wel verbiedbaar, maar kon de overheid de tenuitvoerlegging van een verbod door middel van een executiegeschil trachten te verhinderen onder aanbieding uiteraard van schadevergoeding.

Artikel 6:168 BW biedt thans – meer algemeen – de rechter de mogelijkheid om een verbodsvordering ter zake van een onrechtmatige daad af te wijzen, vanwege zwaarwegende maatschappelijke belangen, onder instandhouding van de eventuele plicht tot schadevergoeding. Dat laatste gaat dus verder dan de in de Voorste Stroom aanvaarde mogelijkheid.

Bij rechtmatige daad komt de mogelijkheid van een verbod niet aan de orde. Rechtmatig handelen kan immers niet verboden worden. Dat pleit bij geoorloofd overheidsoptreden uiteraard ten faveure van de erkenning van deze grondslag. Zelfs binnen de in het Lavrijsen-arrest gevolgde redenering dat de overheid onrechtmatig heeft gehandeld door aan Lavrijsen onevenredig nadeel toe te brengen, zou in beginsel een verbodsvordering denkbaar zijn: als de overheid immers onrechtmatig handelt door die onevenredige schade toe te brengen, dan zou dat toch verboden moeten kunnen worden.[168] Slechts door toevlucht te zoeken tot artikel 6:168 BW kan men aan deze niet gewenste consequentie ontsnappen.[169]

---

167. HR 1 oktober 1993, NJ 1993, 761.
168. Zo ook Hennekens (2001a), p. 319, sub 5.
169. Ook Sieburgh (2002) moet terugvallen op deze constructie.

5.3 Bijzondere omvang-vragen bij strafvorderlijke bevoegdheden

Aansluitend bij andere compensatieregelingen (artikel 89 Sv e.v., artikel 32 WED) kunnen we bij schadevergoeding na 'gestrande' voorlopige hechtenis uitgaan van een reële schadevergoeding, ook ter zake van immateriële schade.[170] Daarbij staat het wel in beginsel vrij om – aansluitend bij de in het kader van artikel 89 Sv ontwikkelde normen – uit te gaan van standaardvergoedingen die voor iedereen gelijk zijn (€ 70 per dag voor detentie in politiecel en € 90 voor huis van bewaring).[171] Aangezien het hier gaat om een ernstige – zij het door de rechtsorde gelegitimeerde – inbreuk op grondrechten (habeas corpus), dient wel zoveel mogelijk een reële compensatie geboden te worden voor andere eventuele schade. Dat kan ertoe leiden dat in bepaalde gevallen (Joep van den Nieuwenhuyzen?) méér dan de standaardvergoeding betaald zal moeten worden. In het licht van de Straatsburgse jurisprudentie dient de schadevergoedingsregeling wel een wettelijke basis te hebben, met name indien de schuld of onschuld van de gewezen verdachte daarbij nog een rol speelt.[172] Daarbij verdient nog aantekening dat criminele hashhandelaren – bijvoorbeeld – die dankzij de inzet van inventieve advocaten, als Spong en Mols, worden vrijgesproken, weliswaar op deze grond recht op schadevergoeding hebben, maar daartoe moet wel aangetoond worden dat die schade berust op het derven van *legale* inkomsten.[173]

5.4 De omvang van de schade wegens het achterwege blijven van nadeelcompensatie

Tussen de verplichting uit onrechtmatige daad en die uit rechtmatige daad (de verplichting tot nadeelcompensatie) bestaan, zoals gezegd, belangrijke verschillen. Het feit dat de Hoge Raad schadeplichtigheid van de Staat in het Meiland-arrest baseert op het *nalaten* om compensatie aan te bieden, is van belang voor het vaststellen van de omvang van de schade. Men dient namelijk te becijferen wat de gevolgen zijn geweest van deze nalatigheid (het achterwege blijven van die compensatie).[174] De omvang van de totale schade staat niet per definitie gelijk aan de schade als gevolg van het *besluit*; de overheid moet in beginsel immers (slechts) de *onevenredige* nadelen compenseren. De Hoge Raad in ditzelfde Meiland-arrest:

> 'de veronderstelde onrechtmatigheid van het handelen van de Staat jegens Meiland [is] niet gelegen (...) in het uitvaardigen en uitvoeren van de Regeling als zodanig, maar in dit uitvaar-

170. In deze zin ook Roef & De Roos (1996).
171. Vergelijk bij wijze van voorbeeld Rb. Middelburg 20 november 2001, NJ 2002, 21.
172. Zie ook Brouns (1996), p. 224.
173. Voorts kan de compensatie verminderd worden op grond van eigen schuld van de verdachte. Verdachten die zich willens en wetens ophouden in criminele milieus kunnen bijvoorbeeld gehouden zijn een deel van de schade zelf te dragen.
174. Zie ook Hartlief (1998), p. 85-86.

digen en uitvoeren in combinatie met het achterwege laten van een voorziening als evenbedoeld.'

De logica hiervan spreekt voor zich. Indien immers Meiland de schade *als gevolg van het swill-verbod* zonder meer vergoed zou krijgen, zou hij beter af zijn dan zijn collega's die slechts een compensatie hebben gekregen voorzover ze onevenredig waren benadeeld. Dat betekent dat de Hoge Raad zich bewust is van de – mogelijke – effecten van de constructie van de nadeelcompensatie door middel van de onrechtmatigedaadsactie. Door deze wijze van formuleren kan bereikt worden dat inderdaad niet de totale schade van Meiland vergoed behoeft te worden, maar alleen die schade die het gevolg is van het niet-aanbieden van een compensatie voor het *onevenredige* nadeel dat Meiland heeft geleden. Dat neemt niet weg dat door het niet-tijdig aanbieden van die nadeelcompensatie er méér schade – faillissement! – kan worden geleden dan bij tijdige vergoeding het geval zou zijn geweest. Dit laatste zou nog een extra – pragmatisch – argument kunnen geven ten faveure van de erkenning van een schadevergoedingsrecht gebaseerd op rechtmatige daad. Indien de burger immers in dergelijke gevallen (rechtstreeks) aanspraak kan maken op nadeelcompensatie, rust ook de verantwoordelijkheid voor het aanvragen daarvan in beginsel op die burger. Dat neemt niet weg dat in uitzonderlijke gevallen het niet spontaan aanbieden van deze compensatie door de overheid onbehoorlijk en dus onrechtmatig kan zijn. Ik denk dat dit in de eerste plaats een bestuursrechtelijke afweging zal moeten zijn, waarbij met name de beginselen van behoorlijk bestuur een rol zullen spelen.

5.5 Conclusies ten aanzien van schadevergoeding

Samenvattend blijkt dat de schadevergoeding bij 'zuivere' égalité-situaties bepaald dient te worden op basis van het onevenredige nadeel dat een (groep van) burger(s) lijdt als gevolg van een noodzakelijke overheidsmaatregel. De vergoeding van dat onevenredige nadeel zal bijna altijd beperkter zijn dan de totale schade die geleden wordt door die burger(s). Ik zou voor de vaststelling van de omvang daarvan aan willen sluiten bij de bestuursrechtelijke deelregels die daartoe voor specifieke situaties zijn ontwikkeld.

Het achterwege blijven van een redelijke nadeelcompensatie kan in gevallen waarin dat wel behoorlijk was geweest, aanleiding geven tot een vergoedingsplicht – op grond van *on*rechtmatige daad – van de extra schade die daarvan het gevolg is.

In situaties van schade bij verdachten die niet veroordeeld zijn en schade opgelopen door niet-verdachten bij risicovol politieoptreden, dient in beginsel volledige vergoeding geboden te worden conform de regels van afdeling 6.1.10 BW. Dat neemt, zoals gezegd, niet weg dat het verstandig kan zijn om te werken met gestandaardiseerde schadevergoedingsbedragen.

6 Algemene conclusies en aanbevelingen

In dit laatste deel worden enkele algemene gevolgtrekkingen gemaakt en wordt een aantal daarop gebaseerde aanbevelingen gedaan. Ten slotte wordt de lezer op de hoogte gesteld van de afloop van de lotgevallen van Certos en Dimitri in de Aegeïsche zee, van onze vrienden in de Purmer en de Nederlandse varkensboeren en maakt de lezer op de valreep kennis met de Graaf van Bijlandt.

6.1 Conclusies

6.1.1 Afscheid van de Voorste Stroom-constructie

Als de geschiedenis van de onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad iets heeft geleerd, dan is het wel het volgende. We moeten afscheid nemen van de ongelukkige erfenis van Bregstein en Drion. De Voorste Stroom-constructie is wellicht in de tijd van zijn ontstaan nog wel te billijken geweest, maar is bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling een onding.[175] Velen hebben dat met kracht van argumenten en gezag (Bloembergen, De Wijkerslooth) gesteld en uitgelegd. Het recht gaat aan deze constructie ten onder, omdat met die constructie gezondigd wordt tegen de meest elementaire eis die men aan een arrest mag stellen, namelijk dat de argumentatie consistent is en niet ingaat tegen de elementaire logische wet dat een bepaalde kwalificatie (het mag, het is geoorloofd) niet tevens een daarmee strijdige kwalificatie (onrechtmatig) kan verdragen. Die inconsistentie wordt zichtbaar in de Lavrijsenzaak. In Leffers is die inconsistentie vermeden door de tussenstap dat het niet-aanbieden van compensatie een bijkomende omstandigheid is die het gedrag van de Staat in z'n totaliteit onrechtmatig maakt. De zwakte blijft daar wel dat niet aangegeven wordt *waarom* in dat geval compensatie aangeboden had moeten worden. Dat kan alleen maar op grond van rechtmatige daad zijn. Zelfs in de bestuursrechtelijke con-

175. Anders nog Verpaalen (1969) in diens conclusie in zijn preadvies voor de VAR ruim dertig jaar geleden, p. 75. Hij bleek nog huiverig voor een erkenning van een algemene verplichting uit rechtmatige daad en zocht aansluiting bij de onrechtmatige daad.

structie van nadeelcompensatie opgenomen in het besluit dat daartoe aanleiding geeft (Paul Krugerbrug II), zit deze interne contradictie.

6.1.2 Solidariteit als algemene grondslag

De erkenning van de noodzaak van het aanvaarden in specifieke omstandigheden van een verplichting tot schadevergoeding gebaseerd op rechtmatig overheidshandelen, noopt tot het zoeken naar een dragend beginsel. De verwijzing in dit verband naar het égalité-beginsel is niet in alle opzichten bevredigend. Ik heb daarop in het voorafgaande kritiek geleverd. Enerzijds heb ik betoogd dat de égalité-gedachte niet *alle* situaties waarin er sprake is van een schadevergoedingsverplichting uit rechtmatige overheidsdaad kan funderen. Met name niet de gevallen van achteraf bezien onjuiste voorlopige hechtenis en gevallen van risicovol politieoptreden. Anderzijds heb ik erop gewezen dat het beginsel dat alle burgers gelijk behandeld moeten worden ten opzichte van de 'charges publiques', niet zonder meer duidelijk maakt waarom en in welke gevallen het algemeen belang een *ongelijke* behandeling kan rechtvaardigen en waarom die ongelijke behandeling dan vervolgens recht geeft op nadeelcompensatie. Ik begrijp wel dat dit wellicht impliciet in dit beginsel gelezen kan worden, maar erg bevredigend is het niet. Ten slotte lijkt ook de verankering van dit beginsel in artikel 3:4 Awb niet erg geslaagd. Zie hiervoor in paragraaf 2.5. Dit alles brengt mij ertoe om te zoeken naar een meer solide grondslag. Ik meen die te vinden in het beginsel van solidariteit en de daarop gebaseerde regeling van de lex Rhodia, de avarij-grosse.[176]

6.1.3 Bestuursrechter – uiteindelijk – bevoegd

De burgerlijke rechter moet – in navolging van de bestuursrechter – erkennen dat er onder omstandigheden sprake kan zijn van een plicht tot nadeelcompensatie voor de overheid (ook) in niet in de wet geregelde, maar wel binnen het systeem van de wet passende gevallen. Wat betreft de specifieke inhoud van deze plicht tot nadeelcompensatie dient aansluiting te worden gezocht bij de wel in de wet geregelde gevallen. Uiteindelijk zullen echter alle gevallen van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad via het bestuursrecht en de bestuursrechter moeten worden afgewikkeld.[177] Een uitzondering zou daarbij gemaakt moeten worden voor schadevergoeding wegens ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis en aanverwante zaken. Die zou bij de strafrechter gelegd moeten worden, mogelijk bij een speciale kamer waarin ook civilisten zitting hebben.

---

176. In deze zin – onder meer – ook Van Boom & Giesen (2001), p. 1680.
177. Ook hierin verschil van de conclusie in Verpaalens preadvies uit 1969, p. 75.

6.1.4 Wettelijke regeling is gewenst

Het bestaan van deze civielrechtelijke, op de billijkheid ('solidariteit') (artikel 6:2 BW) berustende ongeschreven verplichting tot nadeelcompensatie – naast in veel gevallen een bestuursrechtelijke gehoudenheid daartoe – sluit niet uit dat het aanbeveling verdient dat wetgeving tot stand wordt gebracht.[178] Daarbij kan gedacht worden aan enerzijds een algemene regel tot nadeelcompensatie als vangnet voor die gevallen waarin geen specifieke regelgeving bestaat, anderzijds lijkt het aangewezen om ook op deelterreinen – conform de huidige praktijk – meer specifieke wetgeving tot stand te brengen.[179]

Voor wat betreft de algemene regelgeving kan aangesloten worden bij eerdere voorstellen. Specifieke regelgeving zou met name nog tot stand gebracht moeten worden in verband met:

a. vergoeding na achteraf ongegronde verdenkingen; nadere uitwerking van artikel 89 Sv conform bijvoorbeeld het Franse model c.q. het rapport van de NVvR zoals gepubliceerd in Trema 1995;
b. vergoeding aan derden als gevolg van rechtmatig politieoptreden (huiszoeking, aanhouding, achtervolging, enzovoort).

6.2 Aanbevelingen

6.2.1 Voorstel voor een algemene regeling

Er zijn in de loop der tijd, met name in diverse preadviezen, al heel wat interessante voorstellen gedaan voor een wettelijke (algemene, bestuursrechtelijke) regeling van nadeelcompensatie. Een van de meer recente is van de hand van Van Buuren.[180] Ik zou dit voorstel met enige amendering willen overnemen en kom dan tot de navolgende bepaling:

1. Indien een besluit of handeling van een bestuursorgaan schade tot gevolg heeft die een of meer natuurlijke of rechtspersonen in vergelijking met andere *tot diezelfde groep behorende*

178. Zo bijv. ook reeds Moltmaker (1991).
179. Zie voor een overzicht van de bestaande specifieke bestuurscompensatieregelingen Van den Berk (1997), p. 126 e.v.
180. Van Buuren (1993), p. 107: '*Artikel 4.1*: 1. Indien een besluit of handeling van een bestuursorgaan schade tot gevolg heeft die een of meer natuurlijke of rechtspersonen in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan een getroffene op zijn verzoek een schadevergoeding toe.
2. Geen vergoeding wordt toegekend voor schade die moet worden beschouwd als het gevolg van een normale maatschappelijke ontwikkeling of die behoort tot het normaal maatschappelijk risico van de getroffene.
3. Geen vergoeding wordt toegekend voor zover de schade moet worden toegerekend aan het eigen handelen of nalaten van de getroffene.
4. Geen vergoeding wordt toegekend voor zover een vergoeding uit andere hoofde voldoende is verzekerd.' Zie ook Damen (1996), met name p. 33 e.v., die meent dat we met dit voorstel al aardig op streek zijn.

personen, onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan een getroffene op zijn verzoek een schadevergoeding toe.[181]
2. Geen vergoeding wordt toegekend voor schade die moet worden beschouwd als het gevolg van een normale maatschappelijke ontwikkeling of die behoort tot het normaal maatschappelijk risico van de getroffene.
3. Geen vergoeding wordt toegekend voor zover de schade moet worden toegerekend aan het eigen handelen of nalaten van de getroffene.

Toelichting: in lid 1 heb ik toegevoegd een nadere aanduiding van die 'anderen' met wie vergeleken moet worden. Het komt mij voor dat die vergelijking moet plaatsvinden met een relevante groep. Als alle varkenshouders te lijden hebben onder een bepaalde maatregel, worden zij in vergelijking met niet-varkenshouders wellicht onevenredig zwaar getroffen, maar dat rechtvaardigt nog niet een recht op vergoeding. Deze beperking zou wellicht ook impliciet voortvloeien uit de in lid 2 opgenomen verwijzing naar het 'normaal maatschappelijk risico' van de getroffene, maar het lijkt me de voorkeur hebben om hier zo helder mogelijk te zijn. De in lid 3 opgenomen beperking is niet strikt noodzakelijk (afdeling 6.1.10 BW voorziet daar reeds in), maar het kan geen kwaad om dit te expliciteren. Ik ga ervan uit dat afdeling 6.1.10 BW ook overigens van toepassing is, het betreft daar immers een algemene regeling betreffende de *wettelijke* verplichtingen tot schadevergoeding.[182]

Ik ben geen voorstander van slechts een subsidiaire vergoedingsaanspraak zoals uit lid 4 van het voorstel Van Buuren volgt.[183] Ik zie niet in waarom iemands recht op nadeelcompensatie afhankelijk is van de toevallige omstandigheid of hij niet elders zijn geld kan krijgen. Die regel laat ik dus weg.

6.2.2 Schade na gestrande[184] strafvervolging

Met betrekking tot voorlopige hechtenis zou ik de voorstellen van de werkgroep van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak willen overnemen.[185] Dit voorstel tot uitbreiding van de reikwijdte van artikel 89 Sv impliceert een bevoegdheid tot kennisname van dit soort geschillen bij de strafrechter. Ik stel in dat verband voor om daartoe een specifieke kamer in te stellen met voldoende (met name civielrechtelijke) kennis van het schadevergoedingsrecht, met de normale mogelijkheid van hoger beroep en cassatie. Met andere woorden: een rechtsgang die voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM. Deze rechter zou dan ook exclusief bevoegd moeten zijn. De

181. In zijn AB-Klassiek-annotatie onder het Varkensmester-arrest wijst Van Buuren overigens wel op de noodzaak om de vergelijking te maken met 'anderen in een min of meer gelijke positie' (Van Buuren (2000), p. 260).
182. Spier e.a (2000), nr. 198.
183. In zijn in de vorige noot vermelde AB-Klassiek-annotatie laat hij ook deze beperking weg.
184. Term van Bakker Schut (1997).
185. Rapport NVvR (1985).

werkgroep komt tot de volgende aanbevelingen met betrekking tot de wenselijk geachte nieuwe wettelijke regeling in het Wetboek van Strafvordering waarin:

> 'a. de mogelijkheid van vergoeding van schade uitgebreid wordt tot die betreffende alle schade door het strafvorderlijk optreden van de overheid;
> b. vrijheidsbeneming die langer heeft geduurd dan de uiteindelijk opgelegde straf ook binnen het bereik van de regeling valt;
> c. voldoening door verrekening met in andere zaken gegeven straf de voorrang verkrijgt;
> d. het geding in beginsel bij de rechtbank aanhangig wordt gemaakt en wel ook wanneer de zaak bij het hof is geëindigd, maar verzoeker in dit laatste geval een recht van prorogatie bij het hof wordt gegeven;
> e. hoger beroep van door de rechtbank genomen beslissingen en cassatie openstaan;
> f. ondertekening van het verzoekschrift door de raadsman voldoende is.'
>
> Voorts dient:
> Het billijkheidscriterium van artikel 90 lid 2 Sv te worden vervangen door een recht op volledige[186] schadevergoeding, tenzij de schade redelijkerwijze geheel of gedeeltelijk voor rekening van de verzoeker dient te blijven.

6.2.3 Risicovol overheidsoptreden

Wat betreft de categorie van schade als gevolg van risicovol overheidsoptreden sluit ik aan bij de in Frankrijk ontwikkelde principes. In het kader van de rechtspraak gebaseerd op onrechtmatige overheidsdaad zou deze categorie van risicoaansprakelijkheid voor risicovol overheidsoptreden erkend moeten worden als een zelfstandige categorie. Het gaat dan met name om schade als gevolg van politieoptreden toegebracht aan niet-verdachten (bijvoorbeeld Lavrijsen) en toevallige passanten als slachtoffer van politieoptreden bij aanhoudingen en dergelijke. Deze schadeclaims bij risicovol politieoptreden zouden bestuursrechtelijk afgehandeld kunnen worden. Na een verzoek tot schadevergoeding zou – bij voorkeur met achterwegelating van de bezwaarfase – beroep bij de (sector bestuursrecht van de) rechtbank mogelijk moeten zijn. Men zou in navolging van de voorstellen van de eerder vermelde werkgroep (onder a), beroep op de strafrechter ook voor dit soort situaties kunnen openstellen. Zelf heb ik een lichte voorkeur voor deze laatste oplossing, met name omdat zoals blijkt uit situaties à la Joemman, het niet altijd helder is wanneer er sprake is van een verdachte en een niet-verdachte (zie hiervoor in par. 4.11).

---

186. Zoals gezegd kan wel overwogen worden om te werken met gestandaardiseerde vergoedingen, met name ter zake van de dagen die ten onrechte in voorlopige hechtenis zijn doorgebracht. Deze bedragen zouden standaard toegewezen kunnen worden zonder bewijs van de daadwerkelijke schade. Of daarnaast nog méér schade geclaimd kan worden en in hoeverre maximering hier wenselijk/geoorloofd is, lijkt een politieke kwestie. Zelf acht ik het uitgangspunt van volledige schadevergoeding juist.

6.3 Nawoord

Hoe is het verder met Certos en Dimitri vergaan? Hebben zij inderdaad gelijkelijk moeten bijdragen aan de schade die Athanathos en Berikos hebben geleden, omdat het aan hen toebehorende deel van de lading overboord was gezet in die vliegende storm die op 28 augustus 344 v. Chr. over de Aegeïsche zee joeg? Jazeker! In de juridische procedure overwoog de iudex – in navolging overigens van datgene wat de oude Aristoteles al gezegd had – dat door de Rhodische wet gewaarborgd wordt dat, indien er waren overboord zijn gezet om het schip lichter te maken, door een bijdrage van allen wordt vergoed wat ten behoeve van allen is prijsgegeven. De rechter verwees daarbij naar Papinianus én naar het aan die gedachte ten grondslag liggende solidariteitsprincipe.

En heeft Adriaan Adriaanszoon de schade vergoed gekregen als gevolg van het verlies van twee van zijn koeien? En de verloren oogst van Bertus Bertuszoon? Moet het polderschap van Dijkgraaf Gerberus Gerbertzoon die schade vergoeden omdat hij – overigens terecht – op 28 augustus 1744 de noodsluis heeft geopend? Ook hier oordeelde de rechter (de Vierschaar uit Purmerend) dat de welbewuste opoffering van de belangen van enkele polderbewoners teneinde het grotere belang van de hele polder te dienen, noopt tot vergoeding van de onevenredige schade die zij hebben geleden. De solidariteit binnen de poldergemeenschap vereist dat, zo oordeelde de Vierschaar.

En de varkensboeren in Nederland? Ook zij hebben recht op vergoeding van hun schade als gevolg van het 'ruimen' van hun varkens wegens MKZ-verdenking.[187] Waarom? Omdat het feit dat we *solidair* moeten zijn als de belangen van de enkeling worden geofferd ten behoeve van het gemeenschappelijke belang dat vraagt. Dat is het eeuwenoude beginsel van de Rhodische wet, dat blijkt uit de 'standvastige practijck, zo hier als elders',[188] aldus reeds Cras in zijn commentaar op de (Nederlandse) codificatievoorstellen die rond 1800 zijn gemaakt.[189] Hij verwijst daarbij naar de volgende gebeurtenis:

> 'Voor enige jaren hadt de Republiek weerden of weilanden van den Graaf van Bijlandt nodig, ter doorsnijding om het overvloedige water van den Boven-Rhijn, door den IJssel in de Zuiderzee te brengen en den Beneden-Rhijn te ontlasten. Zo ongerijmd het zou geweest zijn, dat Van Bijlandt door halsstarrig zich op zijn onkreukbaar dominium te beroepen, de bewoners langs den Neder-Rhijn aan de ongelukkige overstromingen blootgesteld zou hebben, zo onregtmatig[190] zou het geweest zijn, indien het Land de prijs dier weerden niet vergoed hadt.'

---

187. De Hoog (2001), p. 803 bepleit een *volledige* vergoeding die het rechtstreeks en noodzakelijk gevolg is van de destructie. Hij trekt in dit verband een parallel met onteigening.
188. Meer specifiek: er bestond al in de Bataafse tijd een 'Veefonds' waaruit vergoedingen werden betaald, opgevolgd door nieuwe wetgeving met dezelfde strekking 'ter stuiting van de Runderpest'. Olivier (1847), p. 114, bepleit volledige schadevergoeding op basis van analogie met onteigening.
189. AA (1968), p. 288.
190. Het woord 'onregtmatig' moet in deze context worden begrepen als 'in strijd met het recht'.

Stellingen

1. Er dient een bepaling in de Awb te komen die voorziet in een algemene regeling voor nadeelcompensatie.
2. De bestuursrechter is exclusief bevoegd ter zake van vorderingen gebaseerd op nadeelcompensatie.
3. De wettelijke regeling van artikel 89 e.v. Sv dient vervangen te worden door een regeling die uitgaat van een recht op – in beginsel – volledige schadevergoeding na 'gestrande' voorlopige hechtenis, gebaseerd op rechtmatige daad, die voldoet aan de gebruikelijke rechtswaarborgen.
4. Schade van niet-verdachten als gevolg van risicovol politieoptreden dient op grond van rechtmatige daad voor vergoeding in aanmerking te komen.
5. De (schadevergoedingskamer van de) strafrechter dient exclusief bevoegd te zijn tot kennisname van vorderingen ter zake van schade als gevolg van gestrande hechtenis en schade als gevolg van risicovol politieoptreden.

Literatuur

AA (1968)
H. AA, Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798. Stukken van algemene aard. De gedrukte ontwerpen van 1804 en hun voorgeschiedenis, Utrecht (Kemink) 1968 (uitgegeven door J.Th. de Smidt en A.H. Huussen Jr.).

Bakker Schut (1997)
P.H. Bakker Schut, Schadeclaims na 'gestrande' strafvervolging, NJB 1997, p. 154-162.

Van den Bergh (1952)
G.C. van den Bergh, De arresten van de Hoge Raad van 19 Maart 1943 en 18 Februari 1944 en het Leerstuk van de onrechtmatige daad, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1952, p. 498-528.

Van den Berk (1997)
Bestuursschaderecht, Deventer 1997.

Beunke (1969)
O.A.C. Verpaalen & F.J. Beunke, Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad, Haarlem (Geschriften VAR, LXIIa) 1969, p. 1-45.

Beijerse/Dane (1996)
Schadevergoeding voor strafvorderlijk overheidsoptreden: de rol van verdenking, verklaringsvrijheid en onschuldpresumptie, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), Voor risico van de overheid?, Rotterdam/Deventer 1996, p. 259-288.

Bitter (1999)
C.M. Bitter, De onschuldige vervolgd in het civiele recht, in: De landsadvocaat, voor deze. Opstellen voor J.L. de Wijkerslooth, Den Haag 1999, p. 9-19.

Bloembergen (1990)
A.R. Bloembergen, Conclusie voor HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794, p. 3336-3343.

Bloembergen (1992)
A.R. Bloembergen, Centauren in 6.3? Iets over rechtmatige en onrechtmatige daden, in: Als een goed huisvader. Opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis, Deventer 1992, p. 121-132.

Van Boom & Giesen (2001)
W.H. van Boom en I. Giesen, Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen, NJB 2001, p. 1675-1685.

Borsboom (1983)
Schadevergoeding voor voorlopige hechtenis, Deventer 1983.

Bregstein (1951)
M.H. Bregstein, De arresten van de Hoge Raad van 19 Maart 1943 en 18 Februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1951, p. 273-305.

Bryon (1971)
Charles Bryon, Revue science criminelle, 1971, p. 577.

Brouns (1996)
P. Brouns, Schadevergoeding na toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), Voor risico van de overheid?, Rotterdam/Deventer 1996, p. 207-233.
Van Buuren 1991a
P.J.J. van Buuren, 'Het varkensmestersarrest', AA 1991, p. 656 e.v.
Van Buuren 1991b
P.J.J. van Buuren, Nawoord bij reactie van H. van den Berg op 'Het varkensmestersarrest', AA 1991, p. 1175 e.v.
Van Buuren (1993)
P.J.J. van Buuren, Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht, in: Aantrekkelijke gedachten, Deventer 1993, p. 91-108.
Van Buuren (2000)
P.J.J. van Buuren, Varkensmester, AB Klassiek, Deventer 2000, p. 253-261.
Van Casteren (1997)
M.J.W. van Casteren, Schadevergoeding bij rechtmatig EG-optreden, Deventer 1997.
Damen (1996)
L.J.A. Damen, Moet pech weg?, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), Voor risico van de overheid?, Rotterdam/Deventer 1996, p. 17-43.
Dekker (1995)
J. Dekker, De overheidsaansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door achteraf bezien ten onrechte toegepaste strafvorderlijke dwangmiddelen, Ars Aequi 1995, p. 748-754.
Van Dijk & Van Hoof (1990)
P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, De Europese conventie in theorie en praktijk, Nijmegen 1990.
Drion (1952)
J. Drion, Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad, in: Verzamelde geschriften van J. Drion, Leiden 1968, p. 55-98.
Dijk (1999)
Chr. van Dijk, noot onder HR 13 november 1998, NJ 1999, 100, A&V 1999, p. 48-49.
Engelhard (2001)
Bespreking van Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad, NTBR 2001, p. 514-520.
Franke (1991)
M.E. Franke, Schadevergoeding na het binnentreden van woningen: een reactie, Ars Aequi 1991, p. 1027-1032.
Haak 1997
W.E. Haak, Ode aan LAND (of: Een vroeg pleidooi voor schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad), in: J.L.P. Cahen-bundel, Deventer 1997, p. 139-149.
Hartlief (1998)
T. Hartlief, Aansprakelijkheid bij (on)rechtmatige overheidsdaad, A&V 1998, p. 79-86.
Hennekens (2000)
H.Ph.J.A.M. Hennekens, Nadeelcompensatie: wanneer en waarom?, De Gemeentestem (7130) 2000, p. 569-575.
Hennekens (2001a)
H.Ph.J.A.M. Hennekens, Naschrift bij Staat-Lavrijsen, De Gemeentestem (7143) 2001, p. 318-319.

Hennekens (2001b)
H.Ph.J.A.M. Hennekens, Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal, Deventer 2001.
De Hoog (2001)
P.A. de Hoog, Mond- en klauwzeer en het EVRM, NJB 2001, p. 798-803.
Huijgen 1991
W.G. Huijgen, Aansprakelijkheid van de overheid. Graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht, Deventer 1991.
Knijp (1998)
P.C. Knijp, Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid voor toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen, NbBW 1998, p. 94-96.
Koeman (1989)
N.S.J. Koeman, De mogelijkheden van de burgerlijke rechter om het bestuur uit onrechtmatige daad tot schadevergoeding te veroordelen, Preadvies VAR 102, Alphen a/d Rijn 1989, p. 161-231.
De Kok (1993)
H.G.F.M. de Kok, Haalt art. 89 Sv '99? Schadevergoeding wegens gebruik van dwangmiddelen bij strafvordering, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1993, p. 435-452.
Konijnenbelt (1971)
W. Konijnenbelt, De égalité devant les charges publiques in het Franse administratieve recht, Bestuurswetenschappen 1971, p. 263-298.
Konijnenbelt & Van Male (1999)
H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R. van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag 1999.
Kortmann (1971)
C.A.J.M. Kortmann, 'Égalité' et 'Defense' (diss. Nijmegen), Alphen a/d Rijn 1971.
Van der Kwaak (1997)
D.J. van der Kwaak, De variërende status van rechtsbetrekkingen in het privaatrecht, WPNR 6278 (1997), p. 481-486.
Van der Kwaak (1999)
D.J. van der Kwaak, Risicoaanvaarding in spiegelbeeld, WPNR 6358 (1999), p. 402-406.
Lokin (1989)
J.H.A. Lokin, Prota, Groningen 1989.
Van Maanen & De Lange (2000)
Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter, Deventer 2000.
Van Maanen (2001)
G.E. van Maanen, Ongerechtvaardigde verrijking, Nijmegen 2001.
Van Maarseveen (1954)
H.Th.J.F. van Maarseveen, Een opmerking over de onrechtmatige overheidsdaad, NJB 1954, p. 914-920.
Mevis (1993)
P.A.M. Mevis, Schadevergoeding: liever langs rechtmatige weg, NJCM-Bulletin 1993, p. 32-35.
Meyer (1997)
Dieter Meyer, Strafrechtentschädigung und Auslagenerstattung, 1997.
Moltmaker (1991)
J.K. Moltmaker, Schadeveroorzakend overheidshandelen, Bouwrecht 1991, p. 817-822.

Van der Meulen (1995)
R.J. van der Meulen, Bestuurskompensatie (rechtmatige overheidsdaad) en de Awb, De Gemeentestem 1995 (7014), p. 404-409.
Van Netburg (1984)
C.J. van Netburg, Schadevergoeding bij Rechtmatige Overheidsdaad. Deel 1: jurisprudentie 1900-1983, Ministerie van Financiën 1984.
Nieuwenhuis (1989)
J.H. Nieuwenhuis, De kunst van het gelijke, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1989, p. 123 e.v.
Olivier (1847)
W.C.D. Olivier, Proeve over de beperkingen van den eigendom door het politieregt, Leyden 1847.
Van Ommeren (1990)
F.J. van Ommeren, Bestuurscompensatie, draagkracht en rechtseconomie, Ars Aequi 1990 (Themanummer Rechtseconomie), p. 682-692.
Onrechtmatige Daad (naam bewerker, met artikelen en nummers)
Losbladige Onrechtmatige Daad, onder redactie van C.J.J.M. Stolker, Deventer z.j.
PG Boek 6
Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijke Wetboek, door C.J. van Zeben en J.W. Du Pon met medewerking van M.M. Olthof, Boek 6: Vermogensrecht in het algemeen, Deventer 1981.
De Planque (1989)
J.H.W. De Planque, De mogelijkheden van administratieve rechters en de Kroon om het bestuur tot schadevergoeding te veroordelen (Preadvies VAR 102), Alphen a/d Rijn 1989, p. 7-160.
Pradel (1997)
Jean Pradel, Procédure pénale, 9e edition, Parijs (Cujas) 1997.
Prakken (1989)
T. Prakken, Schadevergoeding na voorlopige hechtenis, NJB 1989, p. 1575-1577.
De Pree (1992)
J.K. de Pree, Algemeen belang en ongefundeerde rechtvaardigingsgronden, WPNR (6031) 1992, p. 4-11.
Rapport NVvR (1995)
Schadevergoeding na gebruik van dwangmiddelen (samenvatting rapport werkgroep NVvR), Trema 1995, p. 196-198.
Van Ravels (2001)
B.P.M. van Ravels, Aansprakelijkheid van de Staat bij rechtmatige overheidsdaad. HR 30 maart 2001, RvdW 2001, 71 (Staat/Lavrijsen), AV&S 2001, p. 154-158.
Roef/De Roos (1996)
D. Roef & Th. de Roos, Het verhaalsrecht van de gewezen verdachte, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), Voor risico van de overheid?, Rotterdam/Deventer 1996, p. 233-258.
Roozendaal (1998)
B.J.P.G. Roozendaal, Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland, Deventer 1998.
Rozemond (1993)
K. Rozemond, Schadevergoeding na strafvorderlijk overheidsoptreden, NJB 1993, p. 129-132.
Schätzler (1982)
Johan-Georg Schatzler, Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen, 1982.

Scheltema (1999)
M.W. Scheltema, Omvang van de schadevergoeding bij 'rechtmatige' overheidsdaad, in: De landsadvocaat, voor deze. Opstellen voor J.L. de Wijkerslooth, Den Haag 1999, p. 133-145.
Schlössels (1998)
R.J.N. Schlössels, De Achilleshiel van de égalité: nadeelcompensatie en het draagkrachtbeginsel, NJB 1998, p. 1383-1390.
Schlössels (2002)
R.J.N. Schlössels, Nadeelcompensatie en het égalité-beginsel: chaos of ius commune?, De Gemeentestem 2002 (000), p. 000 (nog niet gepubliceerd bij het afronden van dit preadvies).
Sieburgh (2000)
C.H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad, Deventer 2000.
Sieburgh (2002)
C.H. Sieburgh, Wat maakt strafrechtelijk gerechtvaardigd overheidsoptreden onrechtmatig?, WPNR 2002 (6473), p. 95-98.
Spier (1990)
J. Spier, Randverschijnselen van de (on)rechtmatige overheidsdaad, in: BW-krant Jaarboek 1990, Arnhem 1990, p. 43-58.
Spier e.a. (2000)
J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen & R.D. Vriesendorp, Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding, Deventer 2000.
Tak (1997)
A.Q.C. Tak, De overheid in het burgerlijk recht, 's-Gravenhage 1997.
Teunissen (1994)
J.M.H.F. Teunissen, Schadevergoeding wegens relatief onrechtmatige overheidsdaad, NJB 1994, p. 163-165.
Verpaalen (1969)
O.A.C. Verpaalen & F.J. Beunke, Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad (Geschriften VAR, LXII), Haarlem 1969, p. 1-75.
De Wijkerslooth (1993)
J.L. de Wijkerslooth, Het recht gaat aan constructies ten onder, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1993, p. 316-324.
Van Wijmen (1984)
P.C.E. van Wijmen, Buitenwettelijke schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, ook wel genaamd 'bestuurscompensatie', Bouwrecht 1984, p. 395-408.

Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeel-compensatie in het bestuursrecht

*Prof. mr. B.J. Schueler**

1	**Inleiding**	**95**
2	**Bestuurlijke belangenafweging en de verplichting tot nadeelcompensatie**	**97**
2.1	Wie draagt zijn eigen schade?	97
2.2	Het aanvaardingsprincipe en het gelijkheidsbeginsel	100
2.3	De onrechtmatigheid van het besluit	100
2.4	De rechtmatigheid van het besluit en de onaanvaardbaarheid van de gevolgen	103
2.5	De verhouding tussen nadeelcompensatie en artikel 3:4 lid 2 Awb	107
2.5.1	Het in de wetsgeschiedenis verwoorde verband	107
2.5.2	Als het doel belangrijker is dan de nadelige gevolgen	109
2.5.3	Als het doel niet opweegt tegen de nadelige gevolgen	114
2.5.4	Twijfelgevallen	114
2.5.5	Het beeld van de verhouding tussen nadeelcompensatie en artikel 3:4 lid 2 Awb	117
3	**De materieelrechtelijke grondslagen**	**119**
3.1	Inleiding	119
3.2	De evenredigheid tussen doel en nadelige gevolgen	120
3.2.1	De beperkte proportionaliteitseis	120
3.2.2	De ruime proportionaliteitseis	121
3.2.3	Onderzoeksplicht, feitenvaststelling en bewijslast	122
3.3	Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel	125
3.3.1	De verhouding tussen belangenafweging, vertrouwensbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel	125
3.3.2	Is er plaats voor rechtszekerheid en vertrouwen naast het égalité-beginsel?	126
3.3.3	Planschadevergoeding: van égalité naar rechtszekerheid	129

* Ben Schueler is hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat te Den Haag.
Hij dankt Rolf Verduyn en Joost van Spanje voor hun assistentie bij de voorbereiding van dit preadvies.

3.4 De gelijkheid voor de publieke lasten (het égalité-beginsel) 131
3.4.1 Inleiding 131
3.4.2 Speciale last 133
3.4.3 Het normaal maatschappelijk risico 135
3.4.4 Discretionaire ruimte? 138
3.4.5 Alleen als de last in het algemeen belang is opgelegd 139
3.4.6 Welke belangen worden meegewogen? 141
3.5 Eigendomsbescherming als grondslag voor nadeelcompensatie 144
3.5.1 Inhoud en strekking van artikel 1 Eerste Protocol EVRM 144
3.5.2 Proportionaliteit en schadevergoeding 145
3.5.3 Een vergelijking van grondslagen 148
3.5.4 Tussen ontneming en regulering 150
3.6 Het beeld van de rechtsgrondslagen 152

4 Het égalité-beginsel als zelfstandige rechtsgrond voor nadeelcompensatie 155
4.1 Het égalité-beginsel als zelfstandige rechtsgrond volgens de Afdeling bestuursrechtspraak 155
4.2 Het égalité-beginsel als zelfstandige rechtsgrond volgens de Hoge Raad 158
4.3 Gevolgen van de erkenning van het égalité-beginsel als zelfstandige grondslag 160
4.3.1 Voor het ontstaan van een verplichting tot nadeelcompensatie is niet vereist dat de belanghebbende tegen het schadeveroorzakende besluit in bezwaar of beroep gaat 160
4.3.2 De schadebeperkingsplicht van de benadeelde 163
4.3.3 Wettelijke bepalingen waarin een bevoegdheid tot nadeelcompensatie is toegekend, komen in een nieuwe context te staan 164

5 Andere zelfstandige rechtsgronden voor nadeelcompensatie? 169
5.1 Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel nadat het besluit onherroepelijk is geworden? 169
5.2 Eigendomsbescherming nadat het besluit onherroepelijk is geworden? 171
5.3 Geen beperkte proportionaliteitseis nadat het besluit onherroepelijk is geworden 173

6 De toekomst van het onzuivere schadebesluit 175

7 Op welk moment ontstaat de verplichting? 179
7.1 Het belang van het ontstaansmoment 179
7.2 Toch weer van belang: onrechtmatige of rechtmatige daad? 180
7.3 Kenbaarheid van de onevenredige nadelige gevolgen 181
7.4 Schaduwschade 183

8 Afwenteling van de nadeelcompensatieplicht 185

9 Conclusies 191
9.1 Ieder draagt zijn eigen schade 191
9.2 Grondslagen voor nadeelcompensatie 191
9.3 Eigendomsbescherming 192
9.4 Égalité-beginsel 192

9.5 Rechtszekerheid en vertrouwen 193
9.6 Beperkte en ruime proportionaliteitseis 193
9.7 Verhouding tussen nadeelcompensatie en artikel 3:4 lid 2 Awb 194
9.8 De toekomst van het onzuivere schadebesluit 194
9.9 Het moment van ontstaan van de verplichting tot nadeelcompensatie 195
9.10 Afwenteling van de nadeelcompensatieplicht 195
9.11 Een wettelijke regeling: waarvan eigenlijk? 196

Stellingen **199**

1 Inleiding

Wie het goede doet, zal waardering oogsten. Met deze gedachte in het achterhoofd zal menig bestuurder, ambtenaar en belastingbetaler zich de vraag stellen waar wij de figuur van de nadeelcompensatie aan te danken hebben. Nadeelcompensatie is immers schadevergoeding bij rechtmatige daad.

Ook al is de bestuursrechtjurist inmiddels met dit fenomeen vertrouwd geraakt, het is nog geenszins duidelijk hoever de verplichting tot nadeelcompensatie strekt. De afgelopen decennia hebben zich ingrijpende ontwikkelingen op dit vlak voltrokken, deels op processueel terrein en deels op materieelrechtelijk terrein. Onder de processuele ontwikkelingen valt vooral de jurisprudentie over zuivere schadebesluiten op. Daaraan is een groot deel van de door Verheij, De Moor-Van Vugt en De Wijkerslooth geschreven preadviezen voor de VAR in 1999 gewijd. Voor een processuele update over zuivere schadebesluiten, onzuivere schadebesluiten en rechtsmachtverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter kan daarnaar worden verwezen. De nu voorliggende preadviezen bouwen voort op de processuele uitgangspunten en leggen de nadruk op de grondslagen, de inhoud en de omvang van het recht op nadeelcompensatie. In het preadvies van Van Maanen staan de civielrechtelijke jurisprudentie en dogmatiek centraal en in het onderhavige preadvies de bestuursrechtelijke. Over en weer is wel aandacht besteed aan de ontwikkelingen in het andere rechtsgebied, omdat het recht nu eenmaal een min of meer samenhangend geheel is. In de preadviezen van Hoitink en Van Ravels wordt de nadeelcompensatie meer gedetailleerd geanalyseerd op het gebied van het omgevingsrecht en het waterstaatsrecht. Deze verdeling van onderwerpen biedt mij de mogelijkheid om in te zoomen om enkele algemene bestuursrechtelijke vragen rond nadeelcompensatie.

Tot nu toe werd de verplichting tot nadeelcompensatie als een uitvloeisel van de verplichting tot een evenwichtige belangenafweging van artikel 3:4 Awb gezien, tenzij zij afzonderlijk was geregeld in een bijzondere wet, een verordening of een beleidsregel. In hoofdstuk 2 wordt bepleit het verband tussen nadeelcompensatie en de belangenafweging van artikel 3:4 Awb zoveel mogelijk los te laten. Dit verband is in de jurisprudentie, de literatuur en de wetsgeschiedenis gelegd, maar de rechtsontwikkeling – met name die over zuivere schadebesluiten – wijst inmiddels in een andere richting. Deze ontwikkeling vormt het centrale thema van dit preadvies.

In hoofdstuk 3 worden vijf materieelrechtelijke grondslagen voor nadeelcompensatie onderscheiden: de proportionaliteitseis, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het beginsel van gelijkheid voor de publieke lasten (hier kortweg égalité-beginsel genoemd) en de eigendomsbescherming. Geen van deze grondslagen

kan als exclusieve grondslag voor nadeelcompensatie worden aangewezen. Zij hebben ieder voor zich en in onderling samenspel een functie bij de totstandkoming van verplichtingen tot nadeelcompensatie.

In de hoofdstukken 4 en 5 komt de vraag aan de orde welke van de onderscheiden grondslagen als een zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie zijn erkend. Daar zal blijken dat deze erkenning tot nu toe alleen het égalité-beginsel ten deel is gevallen.

In hoofdstuk 6 wordt de toekomst van het onzuivere schadebesluit voorspeld. Deze toekomst is onzeker, nu het verband tussen nadeelcompensatie en de belangenafweging van artikel 3:4 Awb ten dele wordt losgelaten.

In hoofdstuk 7 wordt een andere vraag gesteld naar aanleiding van het loslaten van dit verband: op welk moment ontstaat de verplichting tot nadeelcompensatie? Dit moment kan niet meer als vanzelf worden gelegd bij de belangenafweging voorafgaande aan het besluit.

Ten slotte komt in hoofdstuk 8 aan de orde of de nadeelcompensatie mag worden afgewenteld op de burger of instelling die door het schadetoebrengende besluit wordt begunstigd. Deze vraag staat los van het centrale thema, maar ik heb de vrijheid genomen haar toch te behandelen.

2 Bestuurlijke belangenafweging en de verplichting tot nadeelcompensatie

2.1 Wie draagt zijn eigen schade?

Schade blijft liggen bij wie erdoor getroffen wordt, tenzij er een grondslag is om een ander de schade te laten dragen. Hartlief noemt dit een onvermijdelijk en noodzakelijk uitgangspunt voor ieder aansprakelijkheidsrecht.[1] De vraag is niet of in beginsel een ieder zijn eigen schade draagt, maar wanneer er een grondslag is om de schade bij een ander te leggen. Critici stellen dat de schade in beginsel moet worden gedragen door de veroorzaker.[2]

De onrechtmatige daad is (buiten de contractuele relaties) de belangrijkste grondslag voor aansprakelijkheid. Lange tijd heeft het uitgangspunt gegolden dat rechtmatig handelen slechts bij in de wet geregelde uitzondering een verplichting tot schadevergoeding kan opleveren. Volgens velen behoort dat zelfs nog steeds het uitgangspunt te zijn, ook waar het de aansprakelijkheid van de overheid betreft.[3] In het bestuursrecht zou dit klassieke civielrechtelijke uitgangspunt erop neerkomen dat eenieder zelf de schade draagt die hij lijdt ten gevolge van een besluit van een bestuursorgaan, tenzij dat besluit onrechtmatig is. Gaat het om een besluit waartegen beroep op de bestuursrechter openstaat, dan is dit onrechtmatig indien het is vernietigd door de bestuursrechter of herroepen op rechtmatigheidsgronden in bezwaar. Een onherroepelijk besluit wordt immers geacht rechtmatig te zijn, zowel voor de burgerlijke rechter als voor de bestuursrechter. Op dit beginsel van formele rechtskracht zijn wel uitzonderingen gemaakt, waarbij vooral van belang is het geval waarin de onrechtmatigheid door het bestuursorgaan is erkend, al dan niet onder intrekking van het besluit. Gaat het om een besluit waartegen geen beroep openstaat

1. T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade. Enige opmerkingen over de fundamenten van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht, oratie Leiden 1997, Deventer 1997, p. 24.
2. Kritische benaderingen van het uitgangspunt treft men aan bij C. Drion, Grondslagen van de onrechtmatige overheidsdaad, Recht en Kritiek 1988-4, p. 333-363; K. Langelaar, In beginsel moet ieder de door hemzelf geleden schade dragen: waarom eigenlijk?, NJB 1997, p. 1581-1587.
3. A-G Hartkamp formuleert het uitgangspunt als geldend recht in zijn conclusie bij HR 19 november 1999, AB 2002, 21 m.nt. ThGD.

of heeft gestaan, dan wordt de onrechtmatigheid ervan beoordeeld door de burgerlijke rechter.

Het vereiste van toerekenbaarheid aan de dader (het oude schuldvereiste) is als voorwaarde voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad vanouds van essentieel belang, maar met de opkomst van de risicoaansprakelijkheden moet dit belang in toenemende mate worden gerelativeerd. Het element van culpa is als voorwaarde voor aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten van de overheid zover gerelativeerd, dat het nauwelijks nog enige betekenis toekomt. Volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad en de bestuursrechters staat met de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter vast dat het bestuursorgaan onrechtmatig heeft gehandeld en dat de onrechtmatige daad in beginsel aan het overheidslichaam kan worden toegerekend. Hetzelfde geldt indien een besluit in de bezwaarschriftprocedure wordt herroepen op de grond dat het bij nader inzien in strijd met het recht wordt bevonden.[4] Voor deze pseudo-risicoaansprakelijkheid is in de jurisprudentie van de Hoge Raad als ratio genoemd dat het redelijker is de schade die voor een individuele burger uit een onrechtmatig besluit voortvloeit, voor rekening te brengen van de collectiviteit, dan om die schade voor rekening te laten van de burger jegens wie dat rechtens onjuiste besluit werd genomen.[5] Als de burgerlijke rechter oordeelt over niet-appellabele besluiten, is de regel dat de toerekenbaarheid in beginsel met de vernietiging is gegeven niet toepasbaar. Maar dezelfde ratio gaat dan op en de eventueel door de burgerlijke rechter geconstateerde onrechtmatige daad zal in beginsel aan het overheidslichaam worden toegerekend.

Reeds door deze wegrelativering van het schuldvereiste drijft de aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van besluiten af van het klassieke, civielrechtelijk gefundeerde uitgangspunt. De bestuursrechters hebben zich daar min of meer bij aangesloten. Heel duidelijk is dat gedaan door de Centrale Raad van Beroep, die expliciet aansluiting heeft gezocht bij de jurisprudentie van de Hoge Raad over de toerekenbaarheid na vernietiging van een besluit.[6] Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft al vóór de Awb geoordeeld dat met de onrechtmatigheid van een besluit de schuld in beginsel is gegeven.[7]

Nu is het aannemen van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zonder dat sprake is van verwijtbaarheid in het civiele recht heel gangbaar. Ingevolge artikel 6:162 lid 3 BW kan een onrechtmatige daad aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Het bijzondere van

---

4. HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 m.nt. CJHB (Van Gog-Nederweert); CRvB 30 maart 1995, AB 1995, 334 m.nt. RMvM; CBB 12 april 1988, UCB 1988, 20 m.nt. HZ; HR 20 februari 1998, AB 1998, 231 m.nt. ThGD.
5. Aldus HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 m.nt. CJHB (BV-Boulogne) en HR 20 februari 1998, AB 1998, 231 m.nt. ThGD.
6. CRvB 30 maart 1995, AB 1995, 334 m.nt. RMvM, JB 1995, 99 m.nt. FAMS; CRvB 19 oktober 1995, JB 1995, 291 m.nt. FAMS; CRvB 8 november 1995, JB 1995, 296.
7. CBB 12 april 1988, UCB 1988, 20 m.nt. HZ.

de overheidsaansprakelijkheid is dan ook niet dat de verkeersopvattingen als criterium voor toerekenbaarheid worden gehanteerd. Bijzonder is wel dat dit categorisch gebeurt in alle gevallen waarin de onrechtmatige daad is gepleegd bij het nemen of voorbereiden van een besluit dat later door de bestuursrechter is vernietigd of in bezwaar op rechtmatigheidsgronden is herroepen. De aard van het besluit en het soort bestuursorgaan doen niet terzake. Bijzonder is ook de ratio die ter rechtvaardiging van deze pseudo-risicoaansprakelijkheid dient. Indien de overheid noch de burger een verwijt kan worden gemaakt, is het niet redelijk de schade voor rekening van de burger te laten, die er immers ook niets aan kon doen. De overheid kan immers de financiële schade spreiden over de gemeenschap. En de schade is een gevolg van een onvermijdelijk aan het openbaar bestuur verbonden risico. Dat risico is in het leven geroepen in het belang van de gemeenschap, die daarom ook op de onaanvaardbare gevolgen ervan moet kunnen worden aangesproken. De verantwoordelijkheid voor het ontstaan van de schade moet worden gelegd bij de overheid en de gemeenschap in wier belang het risico is genomen.[8] De grondslag kan in deze gevallen niet worden gezocht in het element van verwijtbaarheid maar, omdat het wel gaat om onrechtmatige besluiten, kan de reden voor de aansprakelijkheid nog wel worden gevonden in een tekortkoming.

De overheidsaansprakelijkheid is evenwel nog verder van het klassieke uitgangspunt verwijderd geraakt, omdat niet alleen het schuldvereiste categorisch is losgelaten, maar met de ontwikkeling van het leerstuk der nadeelcompensatie ook het onrechtmatigheidsvereiste op de helling is gegaan. Over de ratio daarvan bestaat inmiddels tot op grote hoogte overeenstemming: er zijn veel gevallen waarin het niet redelijk is om de nadelige gevolgen van een rechtmatig besluit voor rekening van de burger te laten. Die onredelijkheid wordt veelal gevonden in een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel. Men constateert dan dat een burger, in vergelijking met andere burgers, onevenredig wordt belast met de nadelige gevolgen van het openbaar bestuur. Deze verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel wordt aangeduid als het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten (égalité devant les charges publiques), hier verder kortweg égalité-beginsel genoemd. Daarnaast is ook de aan de burger te bieden zekerheid van belang. Nadeelcompensatie moet ook kunnen stoelen op de constatering dat een burger erop had mogen vertrouwen dat het nadeel hem niet zou worden aangedaan, dus op een inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel. De aansprakelijkheid voor nadeelcompensatie heeft zo een essentieel andere grondslag gekregen dan de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in de klassieke civielrechtelijke benadering. In plaats van onrechtmatigheid en culpa zijn gelijkheid, zekerheid en risicospreiding de fundamentele criteria voor aansprakelijkheid.

---

8. B.J. Schueler, Onvermijdelijke schade bij rechtmatige overheidsdaad, in: N.F. van Manen & R.H. Stutterheim (red.), Honderd jaar billijkheid, Nijmegen 1999, p. 57-68.

2.2 Het aanvaardingsprincipe en het gelijkheidsbeginsel

In beginsel wordt aanvaard dat de belangen van individuele burgers, voorzover die niet te verenigen zijn met het nagestreefde algemene belang, daarvoor moeten wijken. De veronderstelling is dat een besluit dat rechtmatig tot stand is gekomen, geaccepteerd moet worden door de burgers, ook al worden zij door dat besluit benadeeld. Dit aanvaardingsprincipe past in verschillende visies op bestuur en samenleving.

Het past in een samenleving waarin burgers vanaf hun geboorte een plaats hebben in de door God of de natuur bepaalde orde. In die orde krijgt iedere individu zijn van tevoren bepaalde plaats toegewezen, en als die plaats minder gunstig is dan de plaats van anderen, kan hij daar niemand op aanspreken. Het is anders als hem schade wordt toegebracht doordat een ander de orde verstoort door onrechtmatig te handelen. Dan moet de schade worden vergoed, zowel wanneer de fout is gemaakt door een andere burger als wanneer die is gemaakt door het bestuur. Maar zolang niemand iets fout doet, wordt de schade toegeschreven aan voorbestemming of noodlot. De orde is in deze visie statisch of ontwikkelt zich zeer geleidelijk en wordt geacht een langdurig evenwicht in de samenleving mogelijk te maken. Wie een besluit neemt, moet zorgen dat het in de maatschappelijke orde past. Als dat lukt, is het een goed besluit.

Het aanvaardingsprincipe past ook in moderne samenlevingen waarin de vooruitgang centraal staat. Het openbaar bestuur bepaalt langs democratische weg het beleid dat in het algemeen belang moet worden verwezenlijkt. Van alle burgers kan dat offers vragen. Dat is de prijs van de vooruitgang. Net als in de statisch geordende maatschappij is er een grens: als het bestuur zijn bevoegdheid te buiten gaat door ongelegitimeerd of onrechtmatig op te treden, is schadevergoeding op haar plaats. Maar er komt nog iets bij, wat in de statisch geordende maatschappij ontbreekt: alle burgers moeten als gelijkwaardig worden behandeld. Het gelijkheidsbeginsel brengt mee dat de vooruitgang geen individuele slachtoffers mag maken: de lasten moeten gelijk over de burgers worden verdeeld.

2.3 De onrechtmatigheid van het besluit

Deze toepassing van het gelijkheidsbeginsel vertoont gelijkenis met ontwikkelingen in het civiele recht. Ook daar komt men een gelijkheidsgedachte tegen. Ook in civiele relaties heeft de vooruitgang op technisch en maatschappelijk gebied een keerzijde in toegenomen risico's, bijvoorbeeld in het verkeer, bij medische behandeling of in het productieproces. Een reactie daarop is de slachtofferbescherming, die verklaarbaar is uit de gedachte dat de nadelen van de maatschappelijke vooruitgang niet ten laste behoren te komen van enkele toevallige individuen. Van Dam zegt het zo: 'terwijl iedereen min of meer van de toegenomen welvaart profiteert, is de verwezenlijking van de risico's min of meer willekeurig: de nadelen komen veelal ten laste

van een klein aantal toevallige individuen. Deze onevenwichtigheid behoort in beginsel te worden verevend: de dader moet daarom in beginsel betalen.'[9] Daarmee kan worden vermeden dat de met de maatschappelijke welvaart onlosmakelijk verbonden risico's ertoe leiden dat een willekeurig slachtoffer met de schade blijft zitten. Door de dader aansprakelijk te houden voor bij de verwezenlijking van de aan zijn handelen verbonden risico's ontstane schade, komen de kosten van diens handelen terecht op de plaats waar zij horen. Bovendien wordt het mogelijk deze schade te spreiden over de gemeenschap, of een groot deel daarvan, die ook van de voordelige effecten van het handelen de vruchten plukt. Zo kan bijvoorbeeld een producent de lasten verdelen door ze door te berekenen aan de consumenten. Aansprakelijkheidsverzekeringen vergroten de mogelijkheden voor het spreiden van onvermijdelijke risico's in het maatschappelijk verkeer.[10]

Reeds in 1899 wees Paul Scholten erop dat er een economisch motief is voor de aansprakelijkheid buiten contract en onrechtmatige daad.[11] Als de schade die het gevolg is van een onvermijdelijk risico, verbonden aan een rechtmatige handeling in het kader van een onderneming, niet door die onderneming wordt gedragen, ontstaat een onjuist beeld van de waarde en het nut van die onderneming. Een deel van de aan die onderneming verbonden lasten wordt dan gedragen door anderen. Als die anderen geen bijdrage hebben geleverd aan het ontstaan van de schade, is er meer reden deze voor rekening van de ondernemer te brengen dan haar te laten rusten bij degene die min of meer toevallig door de schade is getroffen.

In het civiele recht wordt allocatie van schade op basis van gelijkheid, risicospreiding en economische motieven geïncorporeerd in het leerstuk van de onrechtmatige daad. Een algemene grondslag voor aansprakelijkheid uit rechtmatige daad wordt door de Hoge Raad niet erkend.[12] Ook de verplichting tot compensatie op grond van het égalité-beginsel wordt in het kader van de onrechtmatige daad geplaatst.[13] De

---

9. C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, Den Haag 2000, p. 5.
10. Over het aspect van spreiding onder meer R.P.J.L. Tjittes, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, 1996, die zich hier kritisch opstelt tegenover de gedachte dat de spreidingsidee steeds leidt tot toerekening aan de overheid en niet bijvoorbeeld aan grote ondernemingen die in hun verhouding met de overheid ook voor toerekening in aanmerking zouden kunnen komen.
11. Paul Scholten, Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad, Amsterdam 1899, heruitgegeven door het Paul Scholten Instituut, Amsterdam 1999. Zie voor rechtseconomische aspecten ook C.C. van Dam, Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid, 1989, m.n. nrs. 154-156; F.J. van Ommeren, Bestuurscompensatie, draagkracht en rechtseconomie, AA 1990, p. 80 e.v.; Gerrit de Geest, Schuldloze aansprakelijkheid, Rechtseconomische en rechtstheoretische overwegingen, in: N.F. van Manen & R.H. Stutterheim, Honderd jaar billijkheid, Nijmegen 1999, p. 79-90. T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade, Deventer 1997, p. 21, legt een verband tussen kostenallocatie en preventie.
12. Aldus bijvoorbeeld HR 23 november 1990, NJ 1991, 92 r.o. 3.2 (Joemman/Staat): 'Niet als juist kan worden aanvaard de stelling dat een overheidslichaam onrechtmatig handelt wanneer het door een rechtmatig handelen bij de behartiging van de hem toevertrouwde publieke belangen schade toebrengt en niet bereid is deze schade voor zijn rekening te nemen.' Zie o.a. A.R. Bloembergen, Centauren in 6.3? Iets over rechtmatige en onrechtmatige daden, in: Als een goed huisvader, Opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis, Deventer 1992, p. 121-132.
13. Zie daarover het preadvies van Van Maanen.

verschillende varianten van fout- en risicoaansprakelijkheid bieden het instrumentarium waarmee de gelijkheidsgedachte, naast allerlei andere relevante uitgangspunten, kan worden toegepast.[14] Dat roept de vraag op welke handeling de onrechtmatige daad vormt. Is het de handeling (meestal het nemen van een besluit) die in het algemeen belang wordt verricht? Als men die vraag bevestigend beantwoordt, kan dan ook de handeling die in het algemeen belang nodig of wenselijk wordt geacht, worden verboden? De jurisprudentie van de Hoge Raad sluit het beste aan op het antwoord dat Bregstein gaf: het algemeen belang levert een begin van rechtvaardiging op, die volledig wordt door het aanbieden of betalen van schadevergoeding. Ook in het bekende Varkensmestersarrest wordt, in de kern van de zaak, deze benadering gevolgd.[15] Deze kern ligt in de aanwijzing van de onrechtmatige handeling: het nemen van het besluit zonder daarbij tegemoet te komen aan de onevenredige benadeling van één of enkele gedupeerden.

Van de burgerlijke rechter is het wel voor te stellen dat hij – die paar keer dat hij tegen een rechtmatige overheidsdaad aanloopt – genoegen neemt met de redenering dat de overheid soms tegen betaling een onrechtmatig besluit mag nemen, omdat zwaarwegende belangen een inbreuk op belangen of rechten van burgers noodzakelijk maken. Die benadering is zelfs neergelegd in artikel 6:168 BW. Zij maakt het mogelijk vast te houden aan het semi-gesloten systeem van verbintenissen, zoals dat sinds het arrest Quint/Te Poel in het burgerlijk recht vorm heeft gekregen. Maar vanuit de bestuursrechtelijke praktijk is de plaatsing in het kader van de onrechtmatige daad niet bevredigend, met name omdat nadeelcompensatie een alledaags verschijnsel is. Men kan niet tot recht verklaren dat de overheid dagelijks en op grote schaal onrechtmatig mag handelen zolang ze de schade maar vergoedt. Als men zich heeft begeven in constructies die tot die verklaring leiden, dan deugt de constructie niet.

Bloembergen heeft uiteengezet dat de constructie waarin het besluit onrechtmatig is als niet in compensatie voor onevenredige nadelen wordt voorzien, lijdt aan systematische onzuiverheid.[16] Zij dient om te komen tot een tot schadevergoeding verplichtende onrechtmatigheid zonder verbiedbaarheid, maar doet geen recht aan het wezenlijke onderscheid tussen rechtmatig en onrechtmatig handelen. Wat rechtmatig is, mag; wat onrechtmatig is, mag niet. In de genoemde constructie worden onrechtmatigheid en verbiedbaarheid uit elkaar gehaald.

Het onderscheid tussen onrechtmatige daden en rechtmatige daden moet niet worden verdoezeld. De aansprakelijkheid voor fouten dient als redres voor wat de een de ander niet had mogen aandoen. De aansprakelijkheid uit rechtmatige daad heeft een andere grondslag (gelijkheid, rechtszekerheid, vertrouwen). Die andere grondslag leidt ook tot een andere aard van de aansprakelijkheid. Bepaalde aspecten van de nadeelcompensatie zijn wezensvreemd aan de aansprakelijkheid uit onrechtmatige

---

14. Van Dam, a.w. 2000, m.n. p. 197-199.
15. HR 18 januari 1991, AB 1991, 241.
16. A.R. Bloembergen, Centauren in 6:3? Iets over rechtmatige en onrechtmatige daden, in: Als een goed huisvader, Opstellen aangeboden aan J.H. Nieuwenhuis, Deventer 1992, p. 122-132.

daad. Nadeelcompensatieregelingen hebben ten dele een politieke en pragmatische achtergrond. Zij dienen onder meer om de uitvoering van overheidsprojecten feitelijk uitvoerbaar te maken. Nadeelcompensatie is dan de smeerolie van de besluitvorming.[17] Weliswaar heeft men in de loop der tijd steeds meer aangenomen dat onevenredig benadeelde burgers een *recht op schadevergoeding* toekomt, maar het is blijkens jurisprudentie en wetgeving nog geen uitgemaakte zaak dat aan de toekenning van een aanspraak op nadeelcompensatie geen belangenafweging binnen een discretionaire ruimte ten grondslag ligt. In paragraaf 3.4.4 wordt uiteengezet dat een dergelijke bestuurlijke discretie uitstekend past bij de in het kader van het égalitébeginsel gehanteerde criteria, met name bij het normaal maatschappelijk risico.

Minstens even belangrijk is het behoud van het onderscheid tussen rechtmatig en onrechtmatig, omdat daarmee onrechtmatigheid en verbiedbaarheid weer kunnen worden gekoppeld. Het moet, zeker ook in de publieke besluitvorming, helder zijn welke besluiten wel of niet genomen mogen worden. Vernietiging of buiten toepassing laten van een besluit dat wel genomen mag worden, maar waar nog iets anders, nadeelcompensatie, *naast* had moeten plaatsvinden, is een verdraaiing van waar het om gaat. De constructie van het onzuivere schadebesluit is in veel gevallen zo'n verdraaiing. Alleen als de toekenning van schadevergoeding nodig is om te voorkomen dat de nadelige gevolgen onevenredig zijn in verhouding tot het doel van het besluit, is de toekenning een voorwaarde voor de rechtmatigheid.

Aan de gedachte dat het besluit zelf onrechtmatig is doordat het bestuursorgaan de nadelige gevolgen voor bepaalde belanghebbenden niet heeft gecompenseerd, liggen enkele wankele veronderstellingen ten grondslag. Als een burger, in vergelijking met andere burgers, onevenredig wordt benadeeld als gevolg van een besluit van een bestuursorgaan, dan is ten minste dat gevolg in strijd met het recht. Het lijkt voor de hand te liggen dat een besluit dat met het recht strijdige gevolgen heeft, zelf onrechtmatig is. Tegelijk moet worden erkend dat een noodzakelijk geacht besluit schadelijke gevolgen kan hebben die eigenlijk niet zouden mogen optreden, omdat zij inbreuk maken op het gelijkheidsbeginsel, de rechtszekerheid of het vertrouwensbeginsel. Zo stuit men op de paradox dat een noodzakelijk besluit onaanvaardbare gevolgen heeft en daarom niet genomen zou mogen worden.

2.4 De rechtmatigheid van het besluit en de onaanvaardbaarheid van de gevolgen

Die ongerijmdheid blijkt niet te bestaan als men de rechtmatigheid van het besluit onderscheidt van de aanvaardbaarheid van de gevolgen. Ook al is het besluit recht-

17. Met name Th.G. Drupsteen wijst op dit aspect in Government and ownership rights, in: J.P. Loof, H. Ploeger & A. van der Steur, The right to property, Maastricht 2000, p. 91-112 m.n. p. 101-102; Schadevergoeding bij waterconservering en -berging, Het Waterschap 2001/22, p. 1070-1075.

matig, de gevolgen kunnen in strijd zijn met het recht, bijvoorbeeld omdat zij een inbreuk plegen op de gelijkheid of de rechtszekerheid. Een verplichting tot nadeelcompensatie kan worden aangenomen op de grond dat de overheid verplicht is bepaalde met het recht strijdige situaties op te heffen. Voor het aannemen van die verplichting is het niet nodig dat een onrechtmatige daad kan worden aangewezen, want een verplichting kan voortvloeien uit het ongeschreven recht. Dit kan leiden tot het aannemen van een verplichting tot schadevergoeding direct op grond van ongeschreven recht. Het bestuursrecht biedt daarvoor de ruimte, omdat het geen (semi-) gesloten systeem van verbintenissen kent.

De rechtmatigheid van het besluit en de aanvaardbaarheid van de gevolgen moeten worden onderscheiden, omdat bij het nemen van een besluit niet alle gevolgen doorslaggevend (kunnen) zijn. Belangen moeten tegen elkaar worden afgewogen, maar uiteindelijk moet de knoop worden doorgehakt, ook als het dienen van het ene belang de schending van een ander belang oplevert. Vaak moeten belangen van de ene burger het afleggen tegen de belangen van een andere burger of tegen algemene belangen. Het is een illusie te menen dat het algemeen belang en de overwegend gunstige gevolgen van een besluit steeds een afdoende rechtvaardiging kunnen zijn voor de inbreuk op de belangen van benadeelde burgers.

Deze illusie berust op de veronderstelling dat de individuele benadeelde uiteindelijk deelt in de gunsten van het algemeen belang, waaraan hij zich als lid van de samenleving en tot behoud van zijn eigen vrijheid heeft gecommitteerd. Pure rationalisten zullen de benadeelde zelfs voorhouden dat hij, als redelijk mens, niet anders gewild kan hebben dan waartoe is besloten. Met behulp van de rede en de benodigde deskundigheid is het allerbeste besluit gevonden. Daar kan een redelijk mens zich niet tegen verzetten. 'Een wet die mij verbiedt datgene te doen wat ik mij als weldenkend wezen toch niet kon voorstellen te willen doen, is geen beperking van mijn vrijheid.'[18] Waar dit beleden wordt, ligt het autoritaire bestuur om de hoek. De gedachte dat de burger zijn eigen vrijheid dient door zich te committeren aan het algemeen belang, verkeert gemakkelijk in haar tegendeel zodra de een gaat uitmaken wat de ander als het algemeen belang dient te beschouwen.[19] Bevlogen bestuurders en ambtenaren gaan er – wellicht gedreven door het enthousiasme voor hun eigen beleidskeuzen – gemakkelijk van uit dat er één ware oplossing is. Maar ook zij hebben geen toegang tot een orde waarvan de regels rechtvaardige beslissingen mogelijk maken over alle belangen die zich aandienen.

Met de conclusie dat het ene belang meer gewicht toekomt dan het andere, is het bestuursorgaan dus nog niet klaar, zelfs als de belangenafweging zorgvuldig is geweest. Ook al mag het besluit al wel genomen worden, het bestuursorgaan zal moeten kijken naar de aanvaardbaarheid van de nadelige gevolgen van het besluit.

---

18. Deze formulering van het rationalistische gezichtspunt is ontleend aan Isaiah Berlin, Twee opvattingen van vrijheid, Amsterdam/Meppel 1996, p. 73 (vertaling T. Ausma), oorspronkelijk in Four Essays on Liberty, Oxford 1958.
19. Hierover geeft Isaiah Berlin in zijn in de vorige noot genoemde essay een heldere uiteenzetting.

In de praktijk komt het er vaak op neer dat een besluit noodzakelijk of dringend gewenst wordt geacht op basis van technische en wetenschappelijke inzichten. De vraag voor wie een besluit gunstig of ongunstig uitpakt, wordt gedeeltelijk verdrongen door het gevoel van noodzaak. Bij veel besluiten staat niet het behoud van vreedzame relaties in de samenleving voorop en ook niet de vraag wat 'goed' is in moreel of ideologisch-dogmatisch opzicht. Wat bij het nemen van deze besluiten als 'goed' wordt ervaren of gepresenteerd, valt veeleer samen met wat noodzakelijk wordt geoordeeld op basis van technische of wetenschappelijke inzichten. Deze verschuiving van politieke en morele afweging naar technische beoordeling is een gestaag voortgaande ontwikkeling. 'De deskundige vervangt de wijze als leverancier van hoogste doeleinden.'[20] Deze ontwikkeling heeft verstrekkende gevolgen voor de aanvaardbaarheid van besluiten en hun gevolgen.

Bij het nemen van een door technische deskundigheid ingegeven besluit worden de voor burgers nadelige gevolgen vaak wel meegewogen. De deskundigen zelf hebben er vaak geen oog voor, maar bestuurders en ambtenaren zien het belang er wel van in. Als de nadelen voor burgers niet onevenredig groot worden bevonden in verhouding tot het doel van het besluit, dan moet het besluit genomen kunnen worden. Het doel van zo'n besluit is een door specifieke deskundigheid ingegeven oogmerk. Dat is altijd een beperkt doel, op het bepalen waarvan niet alle geraakte belangen van invloed zijn geweest. Integendeel: een deel van de belangen heeft voor het doel moeten wijken. Daardoor blijft de vraag liggen of voldoende recht gedaan is aan de belangen van de benadeelde burgers. Zo doet zich regelmatig de situatie voor waarin moet worden geoordeeld dat de nadelige gevolgen van het rechtmatig en noodzakelijk geacht besluit in strijd zijn met het recht, met name indien een inbreuk wordt gemaakt op het gelijkheidsbeginsel, de rechtszekerheid of gewekte verwachtingen. Om de met het recht strijdige situatie op te heffen, wordt compensatie verlangd, maar op het besluit zelf valt niets aan te merken. De rechtmatigheid van een besluit moet niet worden vereenzelvigd met de aanvaardbaarheid van al zijn gevolgen.

Dat geldt niet alleen bij besluiten waaraan technische motieven ten grondslag liggen. Als aan een besluit ethische motieven ten grondslag liggen, kan het toch onaanvaardbare gevolgen hebben. Hebben deze motieven een zeer breed draagvlak in de maatschappij, zoals het geval is bij de bestrijding van wapenhandel, dan vinden we geen aanleiding om de adressaten van de maatregel (de handelaren) schadeloos te stellen. Andere benadeelden, van wie een uitzonderlijk offer wordt gevraagd om de maatregel bijvoorbeeld in de sfeer van de opsporing uitvoerbaar te maken, kunnen wellicht aanspraak maken op compensatie.[21] Anders liggen de verhoudingen als de morele motieven wankel zijn, of door grote groepen uit de bevolking niet worden gedeeld. De opvattingen over goed en kwaad lopen zo ver uiteen, dat rechtvaardig

---

20. Cit. Tzvetan Todorov, De onvoltooide tuin. Het humanistische denken in Frankrijk, vertaald door Frans de Haan, Amsterdam/Antwerpen 2001, p. 44. Todorov beschrijft de 'sciëntistische ideologie' als een van de moderne reacties op de overwinning van de burgerlijke vrijheid op de statisch geordende samenleving.
21. Zie voor een geval van drugshandel: HR 30 maart 2001, AB 2001, 412 m.nt. ThGD (Lavrijsen/Staat).

en doelmatig bestuur op veel terreinen niet meer mogelijk is zonder de keerzijde van het eigen gelijk te erkennen. Daarbij moet worden bedacht dat wetgever en bestuur zich op het ethische vlak nogal wat permitteren. Het doel dat gediend wordt met een verbod op het fokken van pelsdieren,[22] het voorkomen van dierenleed, heeft een keerzijde waar de overheid niet aan voorbij mag gaan. Men kan medelijden hebben met de dieren, maar dat neemt het leed van de fokkers niet weg. Als het goed is, eist de overheid in dergelijke gevallen niet eenzijdig haar gelijk op, maar heeft zij een zorgvuldige inschatting gemaakt van veranderende maatschappelijke opvattingen.[23] Het ligt daarom voor de hand om de compensatie primair te zoeken in een overgangsregeling, zodat de benadeelden de tijd krijgen om zich aan te passen aan de geleidelijk veranderende omstandigheden. Die vorm van compensatie is bijvoorbeeld toegepast bij maatregelen ter beperking van het gebruik van speelautomaten[24] en wordt ook voorgesteld bij het verbod op het fokken van pelsdieren. Uiteraard moet die overgangsregeling voldoende tegemoetkomen aan de onevenredige benadeling. Dat betekent op zich nog niet dat de benadeelden altijd in de financiële positie moeten worden gebracht die zij zouden hebben ingenomen als de maatregel niet was genomen. Men kan de overheid niet aansprakelijk houden voor veranderende maatschappelijke opvattingen, wel voor het zorgvuldig en proportioneel reageren daarop. Ook nadat het besluit en de overgangsregeling in werking zijn getreden, kan nog blijken dat het besluit gevolgen heeft die om compensatie vragen. Eén of enkele benadeelden kunnen onevenredig zwaar getroffen zijn in vergelijking met de overige benadeelden. Aan de rechtmatigheid van het besluit en de overgangsregeling behoeft dat niets af te doen.

Zo wordt zichtbaar dat er ten minste drie noties zijn die tot nadeelcompensatie kunnen leiden: gelijkheid, zekerheid en vertrouwen. In hoofdstuk 3 zal aan deze materieelrechtelijke grondslagen meer aandacht worden besteed en daar zal ook blijken dat er nog een derde grondslag te onderscheiden is: de eigendomsbescherming.

Tot zover ging het over besluiten met een hoog technisch-wetenschappelijk gehalte of met juist een door ethische motieven ingegeven doel. Tussen deze twee uitersten liggen allerlei andere soorten besluiten. In het algemeen kan men stellen dat gevallen waarin de gevolgen van een besluit ten dele onaanvaardbaar blijken te zijn, zich vooral voordoen als het bestuursorgaan bij het voorbereiden van het besluit is geconfronteerd met onverenigbare belangen. Vooral bij besluiten waar veel verschillende belanghebbenden betrokken zijn, zoals de aanleg van de hogesnelheidslijn, de uitbreiding van de Maasvlakte of van Schiphol, is dit onvermijdelijk. Het bestuursorgaan kan belangen afwegen totdat het zelf een ons weegt, maar bij onverenigbaarheid van rechtens te respecteren belangen is het onvermijdelijk dat er nadelige gevolgen optre-

22. Wetsvoorstel Verbod op pelsdierhouderij, TK 2001-2002, 28 048.
23. Of de regering dat zorgvuldig heeft onderzocht in het voorbeeld van het verbod op pelsdierhouderij valt ernstig te betwijfelen.
24. HR 21 oktober 1994, NJ 1996, 231 (Krijco-Hilversum); HR 5 januari 2001, RvdW 2001, 20 (Arrosel).

den die zoveel mogelijk gecompenseerd moeten worden. Als die compensatie achterwege blijft, wil dat nog niet zeggen dat het besluit onrechtmatig is.

Het hier bepleite onderscheid tussen de rechtmatigheid van het besluit en de aanvaardbaarheid van de gevolgen betekent niet dat het bestuursorgaan zich niets meer van de gevolgen behoeft aan te trekken voordat een besluit wordt genomen. Het onderscheid is slechts bedoeld om aan te geven dat met de nadelige gevolgen van het besluit nog niet is afgerekend als geoordeeld wordt dat het besluit rechtmatig is.

2.5 De verhouding tussen nadeelcompensatie en artikel 3:4 lid 2 Awb

2.5.1 Het in de wetsgeschiedenis verwoorde verband

In de vorige paragraaf is de vraag naar de rechtmatigheid van het besluit onderscheiden van de vraag of de gevolgen van het besluit aanleiding geven tot nadeelcompensatie. Dit onderscheid past in de Awb, zij het dat enkele uitlatingen die de regering deed bij de gedachtewisseling over nadeelcompensatie, ons voor een probleem plaatsen. De regering heeft namelijk artikel 3:4 lid 2 Awb willen gebruiken als een kapstok voor nadeelcompensatie, zoals Van Buuren het noemde. Deze kapstok staat inmiddels als gevolg van de rechtsontwikkeling in een sterk veranderde omgeving.

De belangenafweging kan in overeenstemming zijn met artikel 3:4 Awb, terwijl er nog niet is voldaan aan een verplichting om in nadeelcompensatie te voorzien. Dat blijkt duidelijk in gevallen waarin het égalité-beginsel tot nadeelcompensatie noopt. De onevenredigheid die in artikel 3:4 lid 2 Awb wordt bedoeld, is een andere dan die waarover het gaat bij de toepassing van het égalité-beginsel. In artikel 3:4 lid 2 Awb gaat het om de onevenredigheid tussen de nadelige gevolgen van het besluit en de met het besluit te dienen doelen. Bij het égalité-beginsel gaat het om de onevenredige benadeling van de ene burger in vergelijking met andere burgers. Dat het gaat om twee verschillende normen, is in de literatuur al door verschillende schrijvers onder de aandacht gebracht.[25]

Toch wordt er vaak van uitgegaan dat het égalité-beginsel mede aan artikel 3:4 lid 2 Awb ten grondslag ligt en dat zou betekenen dat de toepassing van het égalité-beginsel nodig is om te voorkomen dat het besluit onrechtmatig is. Deze koppeling

25. G.M. van den Broek, Nadeelcompensatieregelingen: bevoegdheid of verplichting?, BR 1999, p. 1-12; H.Ph.J.A.M. Hennekens, Nadeelcompensatie: wanneer en waarom?, Gst. 7130, p. 569-575; P.J.J. van Buuren, annotatie bij ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 en AB Klassiek 2000, nr. 40; J.E.M. Polak, Schadevergoeding bij rechtmatige daad in het algemeen en de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 in het bijzonder, Bouwrecht 2002 (verschijningsdatum na afronding van dit preadvies); Th.G. Drupsteen in zijn annotatie bij Lavrijsen/Staat, HR 30 maart 2001, AB 2001, 412 en L.J.A. Damen in zijn annotatie bij datzelfde arrest in Ars Aequi (AA 50 (2001) 9).

van het égalité-beginsel aan artikel 3:4 lid 2 Awb treft men aan in de rechtspraak[26] en in de wetsgeschiedenis van de Awb.[27] De regering legde het volgende verband.

> 'Het verband tussen de onevenredigheid in de lastenverdeling tussen de verschillende burgers die in een gelijke of vergelijkbare positie verkeren en de regel die in artikel [3:4] tweede lid is verwoord, is, dat bij het niet aanbieden van schadevergoeding aan de onevenredig zwaar (in vergelijking met anderen) getroffen burgers, tevens gesproken moet worden van een voor de gedupeerde belanghebbende nadelig gevolg dat (door het uitblijven van vergoeding) als onevenredig moet worden beschouwd in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.'[28]

Van Buuren heeft geconstateerd dat de wetgever ervan is uitgegaan dat de belangenafweging en de evenredigheidstoets op twee niveaus moeten worden verricht. Het eerste niveau is dat van de evenredigheid tussen het met het besluit beoogde doel en de nadelige gevolgen. Dat is het criterium waarvan zeker is dat het wordt voorgeschreven in artikel 3:4 lid 2 Awb. De zojuist geciteerde opvatting van de regering brengt nog een tweede niveau aan, waarop een verband wordt gelegd met het égalité-beginsel. Dit verband is hooguit indirect want, zoals Van Buuren ook benadrukt, het égalité-beginsel is niet in artikel 3:4 lid 2 Awb neergelegd. Indien een belanghebbende op grond van het égalité-beginsel recht heeft op nadeelcompensatie, is in de opvatting van de regering het nemen van het besluit zonder nadeelcompensatie reeds daarom in strijd met de eis van een evenwichtige belangenafweging. Van Buuren sluit zich hierbij aan, maar hij wijst er wel op dat artikel 3:4 lid 2 Awb niet meer is dan een 'kapstok waaraan het langs andere wegen te vinden (en verder te ontwikkelen) recht op nadeelcompensatie kan worden opgehangen.'[29]

In deze benadering moet het bestuursorgaan voldoen aan een verplichting tot nadeelcompensatie op het moment waarop het besluit wordt genomen, tenzij in een bijzonder wettelijk voorschrift of in een beleidsregel een afzonderlijke grondslag voor nadeelcompensatie is opgenomen. In de niet geregelde gevallen komt het er in deze visie dus op neer dat het schadeveroorzakende besluit, als ten onrechte geen nadeelcompensatie wordt toegekend bij wege van een onzuiver schadebesluit, voor vernietiging vatbaar is. Zo wordt in artikel 3:4 lid 2 Awb gelezen wat bekend is uit de jurisprudentie van de bestuursrechters, ooit ingezet met de Paul Krügerbrug-uitspraken: in de belangenafweging die voorafgaat aan het nemen van het besluit, moet ook een beslissing worden genomen over de nadeelcompensatie.

---

26. In de rechtspraak: ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB (Van Vlodrop); HR 30 maart 2001, AB 2001, 412 m.nt. ThGD (Lavrijsen-Staat).
27. In de memorie van toelichting bij art. 3.2.3 wordt verwezen naar de Paul Krügerbrug-uitspraken van de Afdeling rechtspraak, waarin de constructie van het onzuivere schadebesluit werd toegepast: TK 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 70. Voorts: MvA II, TK 1990-1991, 21 221, nr. 5, p. 56-58.
28. MvA II, TK 1990-1991, 21 221, nr. 5.
29. P.J.J. van Buuren, Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht, in: J.L. Boxum & L.J.A. Damen (red.), Aantrekkelijke gedachten. Beschouwingen over de Algemene wet bestuursrecht, Deventer 1993, p. 91-10 en in zijn noot onder ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229.

De constructie van het onzuivere schadebesluit biedt dus onder de Awb nog steeds een rechtsingang aan belanghebbenden die onevenredig zijn benadeeld en nadeelcompensatie vragen. Maar er is inmiddels meer gebeurd. Er is nu de mogelijkheid om in beroep te gaan tegen een zuiver schadebesluit dat niet op een wet of een beleidsregel behoeft te zijn gebaseerd. Daarmee is het niet meer noodzakelijk het schadeveroorzakende besluit aan te vechten, stellende dat bij de belangenafweging van artikel 3:4 Awb onderzocht had moeten worden of er reden was voor de toekenning van nadeelcompensatie.[30] Deze ingrijpende verandering heeft belangrijke consequenties voor het materiële recht. We kunnen nu immers niet meer volhouden dat het bestuursorgaan verplicht is om bij wege van een onzuiver schadebesluit over nadeelcompensatie te beslissen als de nadelige gevolgen van een rechtmatig besluit onaanvaardbaar zijn. Het bestuursorgaan is immers bevoegd om een zuiver schadebesluit te nemen. Dat impliceert dat het bij de belangenafweging voorafgaande aan het schadeveroorzakende besluit voorbij mag gaan aan de vraag naar de aansprakelijkheid voor nadeelcompensatie, althans dat er gevallen zijn waarin het dat mag.

2.5.2 Als het doel belangrijker is dan de nadelige gevolgen

In alle gevallen waarin ervan uitgegaan mag worden dat het besluit genomen zal worden omdat het beoogde doel belangrijker is dan de nadelige gevolgen, is het niet nodig de belangenafweging bij het nemen van dat besluit uit te breiden met de vraag of deze nadelige gevolgen moeten worden gecompenseerd.

Deze loskoppeling heeft voor het bestuursorgaan het belangrijke praktische voordeel dat de besluitvorming niet onnodig wordt belast en vertraagd met allerlei aansprakelijkheidsvragen, die vaak wel ingewikkeld zijn maar geen verandering brengen in de mogelijkheid (en vaak ook de noodzaak) om het besluit te nemen.Voor de benadeelde burger kan de gedeeltelijke loskoppeling ook voordelen hebben. Hij behoeft niet te procederen tegen het schadeveroorzakende besluit, indien hij inziet dat dit uiteindelijk in stand zal blijven. Hij kan volstaan met een zelfstandig verzoek om nadeelcompensatie en zonodig een bezwaar- en beroepsprocedure volgen tegen het zuivere schadebesluit. De kans dat het tot een procedure komt, is natuurlijk relatief groot omdat het om schadevergoeding draait, maar in de constructie van het onzuivere schadebesluit wordt er welhaast een noodzaak tot procederen gecreëerd. Binnen een paar weken tijd moeten de belanghebbende en het bestuursorgaan, ieder voor zich en in hun onderhandelingen, standpunten innemen over de aansprakelijkheid. Het bestuursorgaan geeft niet meteen toe, en – terecht – ook niet zomaar in de

30. Een van de ongerijmdheden in het nadeelcompensatierecht betreft de situatie nadat het schadeveroorzakende besluit onherroepelijk is geworden zonder dat een onzuiver schadebesluit is genomen. Staat dan de formele rechtskracht van het schadeveroorzakende besluit aan de toekenning van nadeelcompensatie bij zuiver schadebesluit in de weg? Naar mijn mening volgt uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak dat dit niet het geval is (zie daarover hoofdstuk 4). Ook R.L. Vucsán gaat op deze kwestie in: Het zelfstandige schadebesluit: nadeelcompensatiebesluiten na Van Vlodrop, JBplus 2000, afl. 3, p. 125-135.

hoop dat een procedure kan worden vermeden. De belanghebbende geeft vaak niet meteen op als zijn verzoek wordt afgewezen. Onder druk van de termijnen komt de procedure als vanzelf op gang.

Daar komt bij dat de schade, of een deel daarvan, vaak pas na verloop van tijd aan het licht komt. Het is niet erg rationeel om de mogelijkheid een besluit te nemen afhankelijk te stellen van schade die nog niet voorzienbaar of nog niet goed te begroten is. Men moet hier denken aan bijvoorbeeld de effecten van een verkeersmaatregel op de klandizie van een winkelbedrijf of aan de ecologische effecten van vergunde milieubedreigende activiteiten. Als later de exacte schade blijkt, kan men ter afwering van een verzoek om nadeelcompensatie niet beweren dat het bestuursorgaan daar geen rekening mee kon houden toen het besluit werd genomen. Want als eenmaal vaststaat dat onevenredig nadeel is toegebracht als gevolg van het besluit, dan verplicht het égalité-beginsel in principe tot nadeelcompensatie. Dat men het bestuursorgaan niet kan verwijten dat het met onvoorzienbare schade geen rekening heeft gehouden, doet daar niet aan af want verwijtbaarheid is geen voorwaarde voor een verplichting tot nadeelcompensatie. Deze gevallen brengen aan het licht dat nadeelcompensatie niet moet worden geplaatst in het kader van de onvolledige of onrechtmatige belangenafweging bij het nemen van het besluit. De grondslag voor nadeelcompensatie manifesteert zich weliswaar in de tijd vaak – maar niet altijd – op het moment waarop de belangenafweging van artikel 3:4 lid 2 Awb wordt verricht, maar inhoudelijk gaat het om iets wezenlijk anders.

Als het doel belangrijker is dan de nadelige gevolgen, bewijzen de regelingen voor nadeelcompensatie in bijzondere wettelijke voorschriften of in beleidsregels hun praktische nut doordat het bestuursorgaan gedupeerden kan verwijzen naar de regeling. Ook zonder die regeling staan gedupeerden niet met lege handen, want zij kunnen een beroep doen op het ongeschreven égalité-beginsel. Het voordeel van een regeling is evenwel dat deze duidelijkheid verschaft, onder meer voor wat betreft de besluitvorming en de rechtsgang.

Aan deze mogelijkheid van verwijzing naar een nadeelcompensatieregeling is in de jurisprudentie de voorwaarde gesteld dat de regeling voldoende garantie moet bieden voor een adequate vergoeding van schade. In haar uitspraak over de Noord-Zuidlijn in Amsterdam oordeelde de Afdeling dat de verwijzing naar de nadeelcompensatieregeling (een ontwerp voor een gemeentelijke nadeelcompensatieverordening) niet adequaat was omdat in het ontwerp al op voorhand de mogelijkheid van een volledige schadevergoeding werd uitgesloten, nu daarin voor ondernemers een maximum was gesteld van 75% van de geleden schade. Bovendien was de mogelijkheid opengelaten dat bepaalde schadeposten van vergoeding zouden worden uitgesloten.[31]

31. ABRvS 20 februari 2001, JB 2001, 89.

> De Afdeling overwoog 'dat verweerders op zichzelf aan de belangen die door de aanleg worden gediend een groter gewicht hebben kunnen toekennen dan aan de belangen die daardoor worden aangetast. Dit laat echter onverlet dat de nadelige gevolgen van het bestreden besluit voor appellanten niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. In dit verband is van belang dat de aantasting van individuele belangen zoveel mogelijk dient te worden beperkt en dat, voorzover dat niet mogelijk is, de eventueel optredende schade dient te worden vergoed.'

Hier worden – althans in mijn visie – twee dingen door elkaar gehaald. Uit de als eerste aangehaalde zin blijkt, dat aan de proportionaliteitseis van artikel 3:4 lid 2 Awb is voldaan. Maar de Afdeling slaat een andere weg in. Zij overweegt dat de aantasting van individuele belangen zoveel mogelijk dient te worden beperkt. Voorts overweegt de Afdeling dat, voorzover dat niet mogelijk is, de eventueel optredende schade dient te worden vergoed. Dit gaat wel erg ver. Als de aantasting van individuele belangen niet verder kan worden beperkt, moet dan een verplichting tot schadevergoeding worden aangenomen, zonder dat daaraan verdere voorwaarden worden gesteld? De overweging van de Afdeling komt er, letterlijk gelezen, op neer dat niemand er als gevolg van een besluit financieel op achteruit mag gaan. Dat is natuurlijk niet bedoeld. Uiteindelijk oordeelt de Afdeling dat in strijd is gehandeld met artikel 3:4 lid 2 Awb. Blijkbaar vindt zij, althans in dit geval van de Noord-Zuidlijn, dat de proportionaliteitseis niet alleen verlangt dat aan het doel meer gewicht kan worden toegekend dan aan de nadelige gevolgen, maar ook dat die nadelige gevolgen zoveel mogelijk gecompenseerd moeten worden. Dat is een veel te ruime, algemene schadevergoedingsplicht. Er zal toch iets meer aan de hand moeten zijn om aansprakelijkheid te kunnen aannemen, zoals een situatie waar het égalité-beginsel op ziet of waarin een inbreuk op de rechtszekerheid of gewekte verwachtingen wordt gemaakt.

Niet is in te zien waarom deze juridisch en feitelijk vaak ingewikkelde aansprakelijkheidsvragen zouden moeten worden beantwoord voordat het besluit wordt genomen, terwijl al is geoordeeld dat aan de belangen die door de aanleg worden gediend een groter gewicht kan worden toegekend dan aan de belangen die daardoor worden aangetast. Nu is dat ook niet exact wat de Afdeling verlangt, want zij overweegt slechts dat, gelet op de beperking tot 75% en de mogelijke uitsluiting van bepaalde schadeposten, 'verweerders niet kunnen aannemen dat op aanvaardbare wijze tegemoet zal worden gekomen aan de belangen van hen die schade lijden als gevolg van de aanleg van de Noord-Zuidlijn'. Het is dus voldoende als het bestuursorgaan zich er tijdens de belangenafweging van vergewist dat de nadeelcompensatie voldoende is verzekerd. Het behoeft niet te onderzoeken of en, zo ja, welke schadevergoeding aan de verschillende getroffen belanghebbenden moet worden toegekend. Verwijzing naar een gebrekkig ontwerp voor een nadeelcompensatieregeling is in die visie niet voldoende en levert strijd op met artikel 3:4 lid 2 Awb.

De benadering van de Afdeling in de zaak over de Noord-Zuidlijn vertoont gelijkenis met die in een zaak over de afsluiting van een weg op een brug over de Zuid-Willemsvaart. Daarin werd van het bestuursorgaan verlangd dat het zelf op zoek gaat naar de onevenredig nadelige gevolgen van het besluit en zich er, voordat dit besluit

wordt genomen, van vergewist dat deze nadelen zullen worden gecompenseerd. Eerst overweegt de Afdeling dat aan een besluit tot onttrekking van een weg aan het openbaar verkeer een belangenafweging ten grondslag dient te liggen waarbij het financiële belang van onttrekking een van de mee te wegen belangen kan zijn. Dat moet worden afgewogen tegen de met het gebruik van de weg gemoeide belangen, waaronder financiële belangen. De Afdeling oordeelt dat het aan gedeputeerde staten is, 'als beslissend bestuursorgaan, om ervoor te zorgen, voorzover voorzienbare nadelige gevolgen niet bij voorbaat aan onttrekking in de weg staan, dat onevenredige nadelige gevolgen worden gecompenseerd. Daartoe dienen zij, alvorens tot onttrekking te besluiten, een goed inzicht te verkrijgen in de onevenredige nadelige gevolgen en op welke wijze deze door financiële en niet financiële middelen kunnen worden weggenomen.' Gedeputeerde staten mogen niet volstaan met een verwijzing naar de nadeelcompensatieregeling van Rijkswaterstaat. Zij hadden hun eigen verantwoordelijkheid moeten nemen en 'reeds bij de voorbereiding van het bestreden besluit' de onevenredige nadelige gevolgen moeten onderzoeken en op basis van een taxatie meer inzicht moeten verkrijgen in de bereidheid van de Minister van Verkeer en Waterstaat om daadwerkelijk tot compensatie over te gaan.[32] Ook deze uitspraak komt er dus op neer dat voorafgaand aan het nemen van het besluit moet worden onderzocht of de vergoeding van onevenredige nadelen voldoende is gegarandeerd, ook al wordt geoordeeld dat aan de belangen die door de aanleg worden gediend een groter gewicht kan worden toegekend dan aan de belangen die daardoor worden aangetast.

In de hier besproken jurisprudentie lijkt de Afdeling aansluiting te hebben gevonden bij de benadering die Van den Broek in haar artikel in Bouwrecht in 1999 voorstond. Zij leidde toen uit onder andere de Paul-Krugerbrug-uitspraken af, dat een bestuursorgaan de schadelijke gevolgen van een besluit eerst dan voldoende heeft meegewogen, indien aan de belanghebbenden duidelijkheid wordt geboden omtrent de wijze waarop de schadevergoeding wordt vastgesteld.[33]

Deze zorg voor de nadeelcompensatie ten tijde van de belangenafweging lijkt mij niet nodig. Het bestuursorgaan zal, als het zich afvraagt of de compensatie voor onevenredige nadelige gevolgen voldoende verzekerd is, een of ander criterium moeten hanteren. Het ligt voor de hand dat het dan veelal aansluiting zoekt bij het égalité-beginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Maar dat kan het bestuursorgaan ook doen als het besluit al is genomen en er een zelfstandig verzoek om schadevergoeding binnenkomt. Wordt bijvoorbeeld schade geleden die op grond van het égalité-beginsel voor vergoeding in aanmerking komt, dan kan daarover een apart

---

32. ABRvS 13 februari 2001, JB 2001, 87 m.nt. RJNS, welke uitspraak voortbouwt op een eerder gedane uitspraak in deze zaak, ABRvS 14 januari 1999, AB 1999, 203 m.nt. PJS, JB 1999, 30 m.nt. RJNS.
33. G.M. van den Broek, Nadeelcompensatieregelingen: bevoegdheid of verplichting?, BR 1999, p. 1-12. Zij wijst er terecht op dat haar benadering steun vindt in de jurisprudentie, met name in ARRvS 12 januari 1982, AB 1982, 299 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Paul Krugerbrug I) en tot op zekere hoogte ook in ABRvS 31 januari 1997, AB 1997, 210 m.nt. PvB (PKB Betuweroute).

besluit worden genomen. Als er een nadeelcompensatieregeling (een verordening of een beleidsregel) is vastgesteld, dan zal het schadebesluit daarop worden gebaseerd. Als die regeling onvoldoende te bieden heeft in het licht van het égalité-beginsel, kan zij in strijd worden geoordeeld met dat beginsel. Deze toetsing van de nadeelcompensatieregeling is mogelijk door middel van indirecte toetsing naar aanleiding van een beroep dat is ingesteld tegen een op de regeling gebaseerd schadebesluit.[34] Voorzover het gaat om planschade die onder artikel 49 WRO valt, moet daarnaast worden geoordeeld dat een nadeelcompensatieregeling (of het nu een beleidsregel of een verordening is) geen afbreuk kan doen aan een in de formele wet verankerd recht op vergoeding.

Dat de toetsing van de rechtmatigheid van het besluit duidelijk gescheiden moet worden van de vraag wat er moet gebeuren met de schadelijke gevolgen van het rechtmatige besluit, is al vaste jurisprudentie bij de toetsing van bestemmingsplannen. Appellanten die zich tegen een bestemmingsplan richten met als argument dat zij schade zullen lijden, worden verwezen naar artikel 49 WRO. Ook is het voorgekomen dat daarbij werd verwezen naar een speciaal voor een project vastgestelde nadeelcompensatieregeling.[35] Bij de toetsing van andere besluiten dan bestemmingsplannen kan een verwijzing naar een adequate schadevergoedingsregeling ook voldoende zijn.[36] Als de vraag rijst of zo'n regeling wel voldoende verzekering van nadeelcompensatie biedt, kan die vraag worden beantwoord naar aanleiding van een verzoek om een zuiver schadebesluit.

In de talrijke gevallen waarin helemaal geen nadeelcompensatieregeling bestaat, kan het bestuursorgaan verwijzen naar de mogelijkheid om een zuiver schadebesluit op grond van het égalité-beginsel aan te vragen. In deze gevallen, waarin de belanghebbende is aangewezen op het ongeschreven recht, vertoont de rechtsontwikkeling nog enkele onzekere factoren. De eerste is dat nog slechts schoorvoetend in de jurisprudentie is geoordeeld dat de formele rechtskracht van het schadeveroorzakende besluit niet kan worden tegengeworpen aan een belanghebbende die verzoekt om nadeelcompensatie.[37] De tweede onzekere factor is dat niet is erkend dat ook op basis van andere ongeschreven rechtsgronden dan het égalité-beginsel een zuiver schadebesluit tot toekenning van nadeelcompensatie kan worden genomen.[38]

Van den Broek wijst erop dat het voor de burger een probleem is dat het antwoord op de vraag, in welke gevallen de schade die hij lijdt vergoed moet worden op basis

---

34. Van indirecte toetsing is sprake als een besluit van algemene strekking wordt beoordeeld naar aanleiding van een beroep tegen een daarop gebaseerde beschikking. Ook B.P.M. van Ravels wijst hierop in zijn noot onder deze uitspraak in Bouwrecht 2002 (verschijningsdatum na afronding van dit preadvies), die daarbij verwijst naar ARRvS 10 mei 1993, AB 1993, 490 m.nt. P.C.E. van Wijmen, waarin de Afdeling rechtspraak overwoog dat bezwaren tegen de inhoud van de nadeelcompensatieregeling pas aan de orde kunnen komen naar aanleiding van een tegen een op de nadeelcompensatieregeling gebaseerd schadebesluit.
35. Een voorbeeld in KB 13 januari 1997, AB 1997, 405.
36. Zie bijv. ARRvS 10 mei 1993, AB 1993, 490 m.nt. P.C.E. van Wijmen.
37. Daarover hoofdstuk 4.
38. Daarover hoofdstuk 5.

van het égalité-beginsel, vooraf niet duidelijk te beantwoorden is.[39] Daar ben ik het geheel mee eens: in veel gevallen weet niemand met zekerheid te voorspellen welke schade onder het normaal maatschappelijk risico valt en welke schade in redelijkheid ten laste van de benadeelde moet blijven. Maar diezelfde onzekerheid bestaat bij de toepassing van nadeelcompensatieregelingen in de wet, verordeningen of beleidsregels, want daar spelen grotendeels dezelfde criteria een rol. Om die onzekerheid bij het nemen van het besluit weg te nemen, zou het bestuursorgaan de verzoeken om nadeelcompensatie volledig moeten afhandelen. Dan vallen we weer terug op de verplichting om een onzuiver schadebesluit te nemen.

2.5.3 Als het doel niet opweegt tegen de nadelige gevolgen

In gevallen waarin de nadelige gevolgen te groot zijn en niet toelaten dat het besluit wordt genomen, mag het besluit in beginsel niet genomen worden. Ook Polak neemt het standpunt in dat het besluit onrechtmatig is als de nadelige gevolgen onevenredig zijn in verhouding tot het doel van het besluit, terwijl het bij nadeelcompensatie gaat om andere gevallen, waarin er aanleiding voor nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel is.[40]

Als wordt geoordeeld dat strijd met artikel 3:4 lid 2 Awb bestaat omdat het doel van het besluit niet opweegt tegen de nadelige gevolgen, is een verwijzing naar een mogelijkheid van nadeelcompensatie onvoldoende om te voorkomen dat het besluit wordt vernietigd. In het verlengde daarvan moet het besluit ook vernietigbaar worden geacht als het bestuursorgaan onvoldoende heeft onderzocht welke mogelijk ernstige gevolgen het besluit teweeg zal brengen voor belanghebbenden. De onderzoeksplicht kan niet worden weggeschoven met een verwijzing naar een nadeelcompensatiemogelijkheid. Dit brengt Polak tot de constatering dat de verwijzing naar een schaderegeling niet opgaat 'wanneer door wijziging van het besluit een andere en veelal betere oplossing dan die in geld mogelijk is'. Het maakt wat dit betreft geen verschil of wordt verwezen naar een nadeelcompensatieregeling in de wet, een verordening of een beleidsregel, dan wel naar de mogelijkheid van een zuiver schadebesluit op grond van het ongeschreven recht. De verwijzing kan de disproportionaliteit tussen doel en nadelige gevolgen niet voorkomen.

2.5.4 Twijfelgevallen

Soms zijn er twijfelgevallen waarin de balans een gewenste kant op slaat indien de nadelige gevolgen geheel of gedeeltelijk worden gecompenseerd. In die gevallen kan nadeelcompensatie een manier zijn om twijfel weg te nemen en om te voorkomen

---

39. Van den Broek, a.w. 1999.
40. J.E.M. Polak, Schadevergoeding bij rechtmatige daad in het algemeen en de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 in het bijzonder, (par. 3), Bouwrecht 2002 (verschijningsdatum na afronding van dit preadvies).

dat het besluit onrechtmatig wordt bevonden wegens strijd met de eis van proportionaliteit tussen doel en nadelige gevolgen. Het bestuursorgaan probeert het besluit te redden door met toekenning van nadeelcompensatie zoveel mogelijk tegemoet te komen aan de bedreigde belangen.

Naar mijn mening is het onvermijdelijk dat in twijfelgevallen soms een noodgreep wordt gedaan naar het instrument van de nadeelcompensatie. Die twijfelgevallen doen zich onder meer voor bij besluiten rond handhaving en gedogen. De Afdeling neemt steeds duidelijker tot uitgangspunt dat 'alleen in bijzondere gevallen' van het bestuursorgaan kan worden verwacht dat het van handhavend optreden tegen een illegale situatie afziet, maar er doen zich uiteraard nog steeds situaties voor waarin het belang van de overtreder moet worden afgewogen tegen de belangen die gediend zijn met handhaving.[41] Die afweging kan veel weg hebben van een dilemma, waarin handhaving disproportioneel is ten opzichte van de overtreder en gedogen disproportioneel is ten opzichte van de derde-belanghebbende. Men moet dan vooral denken aan gevallen waarin de overtreder niet wist, en ook niet behoefde weten, dat hij in overtreding was, terwijl de derde-belanghebbende door het voortduren van die overtreding aanmerkelijk financieel nadeel ondervindt. Wat het bestuursorgaan ook beslist, het is altijd disproportioneel, althans de kans is aanzienlijk dat dit zal worden geoordeeld. In het ene geval wordt het vertrouwen van de vergunninghouder geschonden, in het andere geval wordt de rechtszekerheid van de derdebelanghebbende geschonden.

> De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde in zo'n twijfelgeval dat burgemeester en wethouders, 'nu zij onder de gegeven omstandigheden van mening waren dat bij afweging van alle betrokken belangen niet tot toepassing van bestuursdwang ter verwijdering van het gebouwde moest worden overgegaan, behoren te onderzoeken – hetgeen zij niet hebben gedaan – of de voor appellante uit de afwijkingen van het bestemmingsplan, mede gezien de situering van het onderhavige bijgebouw op enkele meters van haar zomerwoning, voortvloeiende nadelige gevolgen van de oprichting van het thans illegale gebouw van zodanige aard zijn, dat zij voor compensatie in aanmerking kwam en vervolgens behoren te overwegen of door zodanige compensatie aan appellante het rechtens vereiste evenwicht in de hun voor ogen staande gedoogbeslissing zou kunnen worden bereikt'.[42]

In het recht van de ruimtelijke ordening wordt de laatste jaren een beginselplicht tot handhaving aangenomen. Dit heeft tot gevolg dat dit soort twijfelgevallen vaak worden omzeild: in beginsel moet gewoon worden gehandhaafd. Deze beperking van de discretionaire bevoegdheid heeft een verharding van de werking van bestuursrechtelijke voorschriften tot gevolg, waar soms nadelen aan zitten omdat de ruimte voor nuances wordt beperkt. Voor de overheid heeft dit als belangrijk voordeel dat zij minder snel kan worden aangesproken op de door haar gemaakte keuze en daar ook minder genuanceerd verantwoording over behoeft af te leggen. Zij kan wijzen op de

---

41. Zie onder veel meer: ABRvS 18 juli 2001, Gst. 7147, 4 m.nt. HH.
42. ABRvS 16 juni 1995, AB 1996, 85. Vergelijk ook ARRvS 11 september 1991, NJB 1992, afl. 4, p. 30.

beginselplicht tot handhaving en op de afwezigheid van bijzondere omstandigheden die tot gedogen nopen. Zo doet zich minder gemakkelijk een twijfelgeval voor waarin nadeelcompensatie nodig is om het vereiste evenwicht in de belangenafweging tot stand te brengen. Maar er zullen altijd twijfelgevallen blijven bestaan. Dat is inmiddels ook al in de door de beginselplicht geïnfiltreerde jurisprudentie vertoond. Het is nu de verschoonbare overtreder die geld kan krijgen.[43]

Artikel 3:4 lid 2 Awb bevat geen objectieve maatstaf aan de hand waarvan kan worden bepaald of het met het besluit beoogde doel opweegt tegen de nadelige gevolgen.[44] De twijfelgevallen liggen dicht aan tegen de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, want de nadeelcompensatie wordt toegekend om te voorkomen dat de proportionaliteitseis wordt geschonden. Hennekens zegt het zo: 'schadevergoeding maakt een wezenlijk deel uit van en is noodzakelijk om het desbetreffende besluit aan de rechtmatigheidsnorm – i.c. de evenredigheidsnorm – te laten voldoen'.[45] Indien schadevergoeding wordt toegekend 'is dit vanwege het onrechtmatige deel dat het besluit aankleeft: te weten het gebrek in de redelijke verhouding tussen het besluit en het daarmee te dienen doel'. Daarom wil hij hier niet spreken van schadevergoeding naast een rechtmatig besluit.

Naar mijn mening moet men hier spreken van schadevergoeding ter voorkoming van een onrechtmatig besluit. In het bestuursrecht is dit geen cirkelredenering.[46] Het niet voldoen aan de proportionaliteitseis bij het voorbereiden van een besluit, maakt uiteraard het besluit vernietigbaar. Daarmee staat de onrechtmatigheid vast. Op dat moment kan de aansprakelijkheid worden gebaseerd op onrechtmatige daad. De redenering is dan niet dat er schadevergoeding moet worden betaald omdat het onrechtmatig is om dat niet te doen, maar dat het besluit onrechtmatig is omdat de nadelige gevolgen onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Wordt bij het nemen van het besluit in een adequate nadeelcompensatie voorzien, dan wordt het vereiste evenwicht tussen doel en nadelige gevolgen bereikt en is vernietiging niet aan de orde, zodat het besluit rechtmatig is.

Voorzichtigheid is geboden, want wie het sceptisch bekijkt, kan zeggen dat hier een onrechtmatige daad wordt afgekocht. Juist daarom moet de verplichting tot het meewegen van nadeelcompensatie in de belangenafweging worden beperkt tot gevallen waarin een besluit genomen dreigt te worden waarvan het doel onvoldoende opweegt tegen de nadelige gevolgen. Is er meer aan de hand, zoals een schending van een materieelrechtelijk voorschrift of een procedurele norm, waardoor belanghebbenden mogelijk zijn benadeeld, dan mogen zij verlangen dat het besluit

---

43. ABRvS 22 maart 2001, AB 2001, 195 m.nt. dG.
44. P. Nicolaï, Beginselen van behoorlijk bestuur, Deventer 1990, p. 325; R.M. van Male, Beredeneerd besluiten. Plaats, functie en betekenis van het motiveringsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht, NTB 1988, p. 73-79; B.J. Schueler, Vernietigen en opnieuw voorzien, Zwolle 1994, p. 209-214.
45. H.Ph.J.A.M. Hennekens, Nadeelcompensatie: wanneer en waarom?, Gst. 7130, p. 569-575, citaat p. 572.
46. Sommigen zullen dit wellicht vrezen met de civielrechtelijke discussie tussen Drion en Bregstein in het achterhoofd.

wordt vernietigd en hoeven zij zich niet tegen hun zin te laten afschepen met een schadevergoeding.

Voorzichtigheid is bovendien geboden omdat schadevergoeding geen manier mag worden om besluiten te kunnen nemen waarvan het doel in geen verhouding staat tot de nadelige gevolgen. Schadevergoeding ter voorkoming van disproportionaliteit moet daarom beperkt blijven tot twijfelgevallen. De rechter kan daarop toezien. Als de benadeelde geen genoegen wenst te nemen met een schadevergoeding, kan hij in bezwaar en beroep gaan en zal de rechter beoordelen of het bestuursorgaan in redelijkheid kon verlangen dat het nadeel – met compensatie – zou worden gedragen. Is de belangenaantasting groot in verhouding tot het met het besluit te dienen doel, dan moet daartegenover een zwaarwegend belang staan, zeker als het nadeel moeilijk in geld of in natura te compenseren valt. Ontbreekt een redelijke verhouding tussen doel en nadelige gevolgen, dan is er een grond voor vernietiging van het besluit. Die grond kan er bijvoorbeeld zijn als het bestuursorgaan onvoldoende aandacht heeft besteed aan de mogelijkheden van andere, minder bezwarende middelen om het beoogde doel te bereiken. Dat gebrek kan niet (tegen de zin van de benadeelde) worden geheeld door een financiële compensatie aan te bieden. Maar de rechter dient daarbij terughoudend te oordelen.[47] Het gemis van een objectieve maatstaf, aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of aan de proportionaliteitseis is voldaan, is groot in gevallen waarin aan de pro's en contra's ongeveer gelijk gewicht kan worden toegekend. Er kan voor de rechter voldoende reden zijn om het besluit in stand te laten als het bestuursorgaan alle mogelijkheden heeft onderzocht, maar het er steeds weer op uitkomt dat het ene belang wordt geschaad door het andere te dienen en omgekeerd. In deze wankele toestand kan nadeelcompensatie het verlangde evenwicht brengen.

2.5.5 Het beeld van de verhouding tussen nadeelcompensatie en artikel 3:4 lid 2 Awb

Samengevat kunnen drie soorten gevallen worden onderscheiden.

1. Besluiten waarvan de nadelige gevolgen belangrijker worden gevonden dan het met het besluit beoogde doel. Deze besluiten zijn in strijd met artikel 3:4 lid 2 Awb en moeten op die grond worden vernietigd. Eventuele aansprakelijkheid berust op onrechtmatige daad.
2. Besluiten waarvan het doel in evenwicht wordt gebracht met de nadelige gevolgen, doordat in een adequate compensatie wordt voorzien. In deze twijfelgevallen is het besluit (misschien) vernietigbaar, tenzij ten tijde van het nemen van het schadeveroorzakende besluit tevens in nadeelcompensatie is voorzien. Wordt vernietigd wegens disproportionaliteit, dan berust de aansprakelijkheid op onrechtmatige daad.

---

47. ABRvS 9 mei 1996, AB 1997, 67; ABRS 16 september 1996, AB 1997, 91.

3. Besluiten waarvan het doel belangrijker wordt gevonden dan de nadelige gevolgen. De vraag of nadeelcompensatie moet worden toegekend kan in theorie zelfstandig worden beantwoord. In de nadeelcompensatie kan worden voorzien door middel van een zuiver schadebesluit. In de praktijk dient men hierbij evenwel te bedenken dat de mogelijkheid om een buitenwettelijk zuiver schadebesluit te verzoeken tot nu toe alleen is erkend indien dat verzoek kan worden gebaseerd op het égalité-beginsel.[48] Als de benadeelde is aangewezen op een andere rechtsgrond, zoals het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel, dan moet hij dat naar geldend recht aan de orde stellen door middel van een beroep tegen het schadeveroorzakende besluit. Daardoor blijft het moeilijk om de beslissing over nadeelcompensatie los te koppelen van het schadeveroorzakende besluit. Die loskoppeling kan wel worden bereikt door een adequate nadeelcompensatieregeling op te nemen in een wet, verordening of beleidsregel.

48. Zie daarover de hoofdstukken 4 en 5.

3 De materieelrechtelijke grondslagen

3.1 Inleiding

De verplichting tot nadeelcompensatie kan direct voortvloeien uit geschreven of ongeschreven bestuursrechtelijke regels en beginselen. In het bestuursrecht behoeft de verplichting tot nadeelcompensatie niet te worden gebaseerd op de onrechtmatigheid van het besluit, noch op een of andere constructie waarin een onrechtmatige daad wordt gevonden in het handelingscomplex rondom het besluit. Alleen in de in paragraaf 2.5.4 beschreven twijfelgevallen komt de nadeelcompensatie dicht in de buurt van een schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.

Welke beginselen een grondslag voor nadeelcompensatie kunnen zijn, is naar geldend recht nog geen uitgemaakte zaak. In de jurisprudentie wordt regelmatig overwogen dat nadeelcompensatie *uitsluitend* kan worden gebaseerd op het égalité-beginsel. Dat heeft de Afdeling letterlijk overwogen.[49] Het CBB heeft naar aanleiding van een verzoek om nadeelcompensatie, dat was gedaan onder verwijzing naar artikel 3:4 lid 2 Awb, overwogen 'dat van een rechtsplicht tot het bieden van compensatie pas sprake zal kunnen zijn, indien de nadelen die voor een of meer belanghebbenden uit een besluit voortvloeien, buiten de normale maatschappelijke risico's vallen'.[50]

Maar uit deze jurisprudentie moet niet geconcludeerd worden dat alleen het égalité-beginsel een grondslag voor nadeelcompensatie kan zijn. Met grote regelmaat wordt voor de verplichting tot nadeelcompensatie houvast gezocht in het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 lid 2 Awb. Ook het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel zijn soms een reden voor nadeelcompensatie, zoals zal blijken in paragraaf 3.3. Temidden van deze beginselen is de eigendomsbescherming van artikel 1 Eerste protocol EVRM van fundamentele betekenis.

In het samenspel van de verschillende materieelrechtelijke grondslagen voor nadeelcompensatie bestaat behoefte aan enige ordening. Daarvoor wordt in deze paragraaf een kader gegeven. Daarbij is een volgorde van behandeling gekozen die aansluit bij de gedachtenvorming die van een bestuursorgaan wordt verlangd. Eerst

---

49. ABRvS 9 juni 2000, JB 2000, 243 m.nt. RJNS.
50. CBB 25 juni 1997, AB 1997, 406 m.nt. JHvdV.

moet het doel van een besluit worden afgewogen tegen de nadelige gevolgen (par. 3.2). In die afweging moet aandacht worden besteed aan eventueel gewekte verwachtingen of een inbreuk op de rechtszekerheid (par. 3.3). Als deze afweging de conclusie rechtvaardigt dat het besluit mag worden genomen, rijst de vraag of de nadelige gevolgen van het besluit op een eerlijke manier worden verdeeld over de burgers (par. 3.4). Het bestuursorgaan moet ten slotte steeds artikel 1 Eerste Protocol EVRM inachtnemen. Deze bepaling biedt een minimaal gegarandeerde bescherming tegen onevenredige benadeling bij inmenging in het eigendomsrecht (par. 3.5).

3.2 De evenredigheid tussen doel en nadelige gevolgen

3.2.1 De beperkte proportionaliteitseis

Voorop staat de vraag of het bestuursorgaan aan het met het besluit beoogde doel meer gewicht mag toekennen dan aan de nadelige gevolgen. In de paragrafen 2.4 en 2.5 is betoogd dat de proportionaliteitseis van artikel 3:4 lid 2 Awb geen betrekking heeft op de vraag of er een verplichting tot nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel bestaat. De beperkte proportionaliteitseis ziet op de evenredigheid tussen doel en nadelen. Bij het égalité-beginsel gaat het om de onevenredige benadeling van de ene burger in vergelijking met andere burgers. De vraag of het doel in een redelijke verhouding staat tot de nadelige gevolgen, moet dus worden onderscheiden van de vraag of er reden is voor nadeelcompensatie.

Maar een onderscheiding is geen waterscheiding. Er zijn wel situaties waarin het vereiste van evenredigheid tussen doel en nadelige gevolgen het aanknopingspunt voor nadeelcompensatie vormt. In paragraaf 2.5 bleek dat in twijfelgevallen het toekennen van schadevergoeding in de belangenafweging het gewenste evenwicht tussen voor- en nadelen kan bewerkstelligen. In situaties waarin het bestuursorgaan voor een dilemma staat, kan dat zelfs onvermijdelijk zijn. In die situaties is dus de beperkte proportionaliteitseis van artikel 3:4 lid 2 Awb het kader voor een beslissing over nadeelcompensatie. Die compensatie kan dienen om de nadelige gevolgen te verzachten, zodat het besluit toch kan worden genomen.

Naast de al in het vorenstaande genoemde gevallen, waarin de beperkte proportionaliteitseis aanleiding is tot nadeelcompensatie, biedt ook het ambtenarenrecht hiervan voorbeelden.[51] Het gaat dan om gevallen waarin een besluit ten aanzien van een ambtenaar wel had mogen worden genomen, maar alleen indien daarbij een voorziening ter compensatie van financieel nadeel zou zijn getroffen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij ontslag wegens verstoorde verhoudingen indien het bestuursorgaan mede verantwoordelijk wordt gehouden voor de onhoudbare situatie die op de werkvloer is ontstaan. De compensatie berust in die gevallen op de gedachte dat het

51. R.M. van Male, Nadeelcompensatie in het ambtenarenrecht, TAR 1990, p. 442-448.

ontslag, wanneer dat niet gepaard zou gaan met een adequate schadevergoeding, de nadelige gevolgen in onevenredige mate op de schouders van de ontslagen ambtenaar zou doen neerkomen.[52]

3.2.2 De ruime proportionaliteitseis

Tot zover ben ik uitgegaan van een beperkte proportionaliteitseis, die uitsluitend ziet op de verhouding tussen doel en nadelige gevolgen. Maar soms komt men een ruimere tegen. De ruime proportionaliteitseis is helder verwoord door De Planque. Een door een besluit te schaden belang kan, zo stelt hij in zijn VAR-preadvies van 1989, 'een zodanige beschermingskracht hebben dat het het nemen van een besluit dat per saldo een duidelijk positief effect zal sorteren, belet'.[53]

Bij toetsing aan de beperkte proportionaliteitseis is het besluit onrechtmatig als het een zo ernstige inbreuk pleegt op de belangen van de gedupeerde, dat het niet mag worden genomen. Bij toetsing aan de ruime proportionaliteitseis is het besluit ook onrechtmatig als aan het doel van het besluit meer gewicht mag worden toegekend dan aan de nadelige gevolgen voor de gedupeerde, maar er daarnaast toch reden is om de nadelen te compenseren. In deze ruime benadering wordt van het bestuursorgaan verlangd dat het in het kader van de belangenafweging van artikel 3:4 Awb de nadelige gevolgen van het besluit regelt voordat het besluit wordt genomen. Die benadering heb ik in de paragrafen 2.4 en 2.5 verworpen, omdat zij ertoe kan leiden dat een besluit wordt tegengehouden of vernietigd, terwijl al vaststaat dat het mag worden genomen, zodat onrechtmatigheid en verbiedbaarheid uit elkaar worden getrokken. Maar de ruime proportionaliteitseis wordt wel regelmatig in de jurisprudentie toegepast.

Een oud voorbeeld van het gebruik van de ruime proportionaliteitseis is het beroemde DOA-KB. Tussen de N.V. DOA en de Minister van Binnenlandse Zaken was jarenlang overleg gepleegd en in hoge mate overeenstemming bereikt over de mogelijkheid van verwerking van bevolkingsgegevens met behulp van magnetische banden. Maar als gevolg van een wijziging van de inzichten omtrent privacybescherming en het beleid betreffende het beheer van persoonsgegevens, moest de Minister besluiten daarop terug te komen. De Kroon overwoog dat 'niet in redelijkheid tot de bestreden beschikking kon worden gekomen' zonder dat een tegemoetkoming in de door DOA te lijden schade is toegezegd.[54] Waar het nu om gaat, is wat de gevolgen

---

52. CRvB 15 november 1984, TAR 1985, 27; CRvB 26 mei 1987, TAR 1987, 166; CRvB 11 februari 1988, TAR 1988, 76; CRvB 5 april 1990, TAR 1990, 130; CRvB 15 augustus 1996, TAR 1996, 171; CRvB 10 mei 1996, TAR 1996, 137; CRvB 30 oktober 1997, TAR 1998, 3. Zie ook de noot van B.J.M. van der Meulen onder CRvB 13 maart 1997, TAR 1997, 84 en C. Goorden in TAR 1997, p. 179.
53. J.H.W. de Planque, De mogelijkheden van de administratieve rechters en de Kroon om het bestuur tot schadevergoeding te veroordelen, VAR-reeks 102, Alphen a/d Rijn 1989, p. 13. Een verhelderende analyse treft men ook aan bij A. de Moor-van Vugt, Maten en gewichten, Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief (diss. Tilburg), 1994, m.n. p. 245 e.v.
54. KB 11 januari 1973, nr. 22, AA 1973, p. 353.

zijn als er in dit geval géén of onvoldoende schadevergoeding zou worden toegekend. Aangenomen mag worden dat de Kroon hier niet heeft bedoeld dat DOA in dat geval gewoon door zou mogen gaan op de voorheen ingeslagen weg en daarmee de bescherming van persoonsgegevens terzijde had mogen schuiven. Het belang van de gehele bevolking mag niet worden opgeofferd aan het financiële belang van één onderneming. Uit de strekking van het KB kan men afleiden dat het besluit van de Minister gerechtvaardigd was en dat *daarnaast* moest worden voorzien in een tegemoetkoming in de schade.

Maar ook tegenwoordig wordt de ruime proportionaliteitseis nog toegepast. In paragraaf 2.5.2 kwam al de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over de Noord-Zuidlijn in Amsterdam aan de orde. In dat geval had de oprekking van de belangenafweging van artikel 3:4 Awb het mijns inziens onnodige en ongewenste effect dat aansprakelijkheidsvragen al bij het nemen van een onafwendbaar besluit moeten worden opgelost, terwijl die oplossing ook daarna nog mogelijk is middels een zuiver schadebesluit. In de tijd van het DOA-KB (1973) bestond die mogelijkheid niet, hetgeen de ongelukkige constructie rechtvaardigde.

Ook in de zaak over de onttrekking van de weg aan het openbaar verkeer op de brug over de Zuid-Willemsvaart komt de ruime proportionaliteitseis tot uitdrukking in de overwegingen van de Afdeling. Zij overwoog dat het aan het aan gedeputeerde staten was 'om ervoor te zorgen, voorzover voorzienbare nadelige gevolgen niet bij voorbaat aan onttrekking in de weg staan, dat onevenredige nadelige gevolgen worden gecompenseerd'.[55] Als voorzienbare nadelige gevolgen al wel bij voorbaat aan onttrekking in de weg staan, mag het besluit niet worden genomen. Dat was de beperkte proportionaliteitstoets. Als die gevolgen niet bij voorbaat aan onttrekking in de weg staan, moet het bestuursorgaan ervoor zorgen dat zij gecompenseerd worden. Dat was de ruime proportionaliteitseis, die mijns inziens achterwege kan blijven voorzover er mogelijkheden zijn om een zelfstandig verzoek om nadeelcompensatie te doen en de daarbij geboden rechtsbescherming voldoende is.

3.2.3 Onderzoeksplicht, feitenvaststelling en bewijslast

De keuze tussen de ruime en de beperkte proportionaliteitseis heeft ook consequenties voor de vaststelling van de feiten en de bewijslast ten aanzien van de schade. Onderzoeksplicht en bewijslast moeten immers worden bezien in het kader van de artikelen 3:2, 3:4 en 4:2 Awb.

Als van het bestuursorgaan een ruime proportionaliteitstoets wordt verlangd, mag het zich niet beperken tot een onderzoek naar de vraag of er belangen zijn die zich tegen het nemen van het besluit verzetten. Het moet dan ook onderzoeken of er belangen worden getroffen die, ofschoon zij zich niet verzetten tegen het nemen van het besluit, aanleiding vormen voor nadeelcompensatie. Als dit – zoals de aanhangers

55. ABRvS 13 februari 2001, JB 2001, 87 m.nt. RJNS.

van de ruime proportionaliteitseis voorstellen – allemaal besloten ligt in artikel 3:4 Awb, dan moet ingevolge artikel 3:2 Awb onderzoek worden gedaan naar feiten en belangen die relevant zijn voor een beslissing over nadeelcompensatie. Daarmee wordt de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van feiten die voor de nadeelcompensatie relevant zijn, gelegd bij het bestuursorgaan. De bewijslast komt zo in eerste instantie bij het bestuursorgaan te liggen als de belanghebbende zich beroept op onevenredige benadeling en om nadeelcompensatie verzoekt in het kader van de voorbereiding van het schadeveroorzakende besluit. De bewijslast is immers in het bestuursprocesrecht een uitvloeisel van de verdeling van verantwoordelijkheden in de fase van de bestuurlijke besluitvorming, dus globaal gezegd de verdeling volgens de artikelen 3:2 en 4:2 Awb.[56] Voldoet het bestuursorgaan niet aan deze bewijslast, dan betekent dat uiteraard niet dat het verzoek om nadeelcompensatie moet worden toegewezen, maar dat het schadetoebrengende besluit vernietigbaar is wegens onvolledigheid of onzorgvuldigheid van het onderzoek naar feiten en belangen. Hoever deze verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan precies gaat, is onduidelijk. Het is immers moeilijk voor te stellen dat het bestuursorgaan, na uit het feitenonderzoek geconcludeerd te hebben dat een belanghebbende is benadeeld, ook moet onderzoeken wat de omvang van de schade is. Men moet bijvoorbeeld aannemen dat de omvang van omzetderving en de begroting van bovennormale productiekosten binnen het bewijsdomein van de belanghebbende vallen. Maar daarvoor is in de Awb geen aanknopingspunt te vinden. Vanuit het uitgangspunt van de ruime proportionaliteitseis komt men al snel terecht in de situatie dat het bestuursorgaan moet onderzoeken welke schade er wordt geleden. Dat kan natuurlijk door een deskundige te benoemen die de aard en de omvang van de schade vaststelt. Maar het zou te ver voeren om een onderzoeksplicht van deze omvang ook aan te nemen in alle gevallen waarin een belanghebbende beweert dat hem in het kader van de belangenafweging van artikel 3:4 Awb een beslissing over nadeelcompensatie toekomt.

Veel helderder is de verdeling van verantwoordelijkheden als wordt uitgegaan van de beperkte proportionaliteitseis. Dan behoeft het bestuursorgaan immers alleen te onderzoeken aan welke feiten en belangen meer gewicht toekomt dan het doel van het besluit. Als er daarnaast belanghebbenden zijn die in aanmerking wensen te komen voor nadeelcompensatie, maar wier belangen zich niet tegen het besluit verzetten, dan kunnen zij uiteraard een verzoek indienen. Daarmee doen zij dan een aanvraag, zodat ingevolge artikel 4:2 lid 2 Awb de voor de beslissing op de aanvraag relevante gegevens en bescheiden moeten worden overgelegd. Zij moeten dan dus aangeven waaruit hun schade bestaat en waarom die door het besluit wordt veroorzaakt. Het bestuursorgaan moet zich er dan van vergewissen of de aanvraag volledig is en zonodig toepassing geven aan artikel 4:5 Awb.

---

56. M. Schreuder-Vlasblom, Bestuursrechtelijk bewijsrecht; ontwikkelingen na de inwerkingtreding van de Awb, Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Dongen 1998; M. Schreuder-Vlasblom & E. Daalder, Balanceren boven nul, NTB 2000, p. 214-221; H.J. Simon, Bewijzen in het bestuursrecht, JBplus 1999, p. 25-39; B.J. Schueler, Het bewijs, in: D. Allewijn e.a. (red.), Bestuursprocesrecht, Deventer 1999, p. 605-624.

Deze tweede verdeling van verantwoordelijkheden is niet alleen helderder dan de eerste, maar doet ook meer recht aan de verhoudingen in gevallen waarin een eis tot schadevergoeding voorligt. Dat ook de Afdeling bestuursrechtspraak in deze richting denkt, leid ik af uit de uitspraak over het verkeersbesluit te Weert.

> Het Collegeplein te Weert was door burgemeester en wethouders tijdelijk gesloten voor alle bestuurders. In hoger beroep voerden winkeliers aan dat de rechtbank ten onrechte had geoordeeld dat burgemeester en wethouders konden aannemen, zonder alsnog nader onderzoek in te stellen, dat ten gevolge van het verkeersbesluit geen aanmerkelijke, buiten het normaal maatschappelijk risico vallende schade is geleden. De Afdeling acht het 'niet uitgesloten' dat de winkeliers schade hebben geleden die redelijkerwijs niet voor hun rekening dient te blijven. 'Ten tijde van het nemen van de beslissing op de bezwaarschriften waren appellanten, die niet veel meer dan een vermindering van de omzetten aannemelijk hebben gemaakt, er naar het oordeel van de Afdeling echter (nog) niet in geslaagd om voldoende bewijs aan te dragen om die gevolgtrekking te rechtvaardigen, zodat burgemeester en wethouders in redelijkheid alstoen het standpunt hebben kunnen innemen dat het verkeersbesluit, zonder nadeelcompensatie aan te bieden, kon worden gehandhaafd.'[57]

Het is heel gemakkelijk om wat schadeposten op te voeren, maar vaak veel moeilijker om de juistheid ervan te weerleggen. Natuurlijk heeft het toedelen van de bewijslast aan de burger het nadeel dat deze voor kosten kan komen te staan. Dit nadeel moet worden gerelativeerd. De in redelijkheid gemaakte kosten voor deskundige bijstand bij de vaststelling van de aansprakelijkheid en de schade moeten aan de schadevergoeding worden toegevoegd, althans indien de burger in redelijkheid kon besluiten een deskundige in de arm te nemen.[58] Voorzover men er desondanks moeite mee heeft de bewijslast bij de burger te leggen, moet worden bedacht dat het omgekeerde nog meer nadelen heeft: roep maar wat, dan moet het bestuursorgaan het uitzoeken. In gebieden waar ingrijpende overheidsprojecten worden uitgevoerd, worden regelmatig ronselaars aangetroffen die tamelijk lichtvaardig verzoeken om nadeelcompensatie indienen en zich lijken te laten leiden door het adagium 'nee heb je, ja kun je krijgen'.

In het verlengde van deze bewijsrechtelijke benadering is er ook aanleiding om opnieuw te bezien of het gerechtvaardigd is dat bijna standaard deskundigen worden ingeschakeld bij de afhandeling van nadeelcompensatieverzoeken in het kader van bijvoorbeeld artikel 49 WRO en de regelingen bij infrastructurele ingrepen zoals de Hogesnelheidslijn. Natuurlijk kan een bestuursorgaan daarvoor kiezen als het verwacht (of de ervaring heeft) dat deskundigenonderzoek de efficiëntie en zorgvuldig-

---

57. ABRvS 15 oktober 1998, JB 1998, 278 m.nt. RJNS.
58. ABRS 30 maart 1999, JB 1999, 108 (art. 15.20 Wm); ABRS 20 januari 1998, AB 1998, 143 (art. 49 WRO); ABRS 14 januari 2000, JB 2000, 50 m.nt. RJNS (art. 15.21); ABRS 30 november 1998, AB 1999, 90 m.nt. FM (deskundige bijstand bij de schadevaststelling redelijk); Rb. Den Haag 9 juli 1999, JB 1999, 234 m.nt. RJNS (nadeelcompensatie trillingshinder Koningstunnel – kosten accountant en juridische bijstand door verzoeker in een zo vroeg stadium gemaakt dat dit niet redelijk is).

heid van de besluitvorming ten goede komt. Maar in het systeem van de Awb wordt daarmee de burger van een flink deel van zijn eigen verantwoordelijkheid ontslagen.

Het door mij voorgestelde onderscheid tussen de belangenafweging van artikel 3:4 Awb en de vaststelling van de nadeelcompensatieplicht neemt niet weg dat de mogelijkheid van een onzuiver schadebesluit kan blijven bestaan (zie daarover hoofdstuk 6). Het gaat dan evenwel om een door het bestuursorgaan vrijwillig gekozen constructie. Wordt een onzuiver schadebesluit genomen, dan is het wenselijk bij de verdeling van de bewijslast uit te gaan van de verantwoordelijkheden die passen bij de beperkte proportionaliteitseis. Alleen wanneer het onzuivere schadebesluit wordt genomen om te *voldoen* aan deze beperkte proportionaliteitseis, komt de bewijslast bij het bestuursorgaan te liggen.

3.3 Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel

3.3.1 De verhouding tussen belangenafweging, vertrouwensbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel

Er bestaat een relatie tussen de verplichting tot een zorgvuldige belangenafweging en het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. In het voorafgaande is ervoor gekozen om artikel 3:4 lid 2 Awb strikt te interpreteren door er een beperkte en geen ruime proportionaliteitseis in te lezen. Daarbij is al gebleken dat die beperkte proportionaliteitseis een reden voor nadeelcompensatie kan opleveren, met name in de zogenoemde twijfelgevallen, waarin de nadelige gevolgen van een besluit moeten worden verzacht om een redelijke verhouding tot het beoogde doel te bereiken. In dit kader moet onder meer worden nagegaan of bestaande aanspraken of gewekte verwachtingen moeten worden gerespecteerd. Soms is er een goede reden voor een inbreuk op de rechtszekerheid of gewekte verwachtingen. Dan is er zelfs geen sprake van een twijfelgeval. Bestaande aanspraken of gerechtvaardigde verwachtingen moeten dan wijken voor een hoger doel of voor een conflicterend belang van een andere burger. Dan rijst de vraag welke consequenties het bestuursorgaan moet verbinden aan de (dreigende) schending van het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel.

Een oplossing kan liggen in een overgangsregeling of in een individuele uitzondering op de toepasselijkheid van het besluit. Als dat niet kan, maar het besluit toch genomen moet worden, dan moet wellicht nadeelcompensatie worden toegekend aan degenen wier aanspraak of gewekte verwachtingen geschonden zijn. De nadeelcompensatie vormt zo het sluitstuk van een vaak precaire afweging tussen het met het besluit beoogde doel en de inbreuk op de rechtszekerheid of gewekte verwachtingen.

Het is evenwel ook mogelijk dat een plotselinge en onverwachte maatregel in het algemeen moet worden geduld omdat zij behoort tot het normaal maatschappelijk risico. Als algemene belangen, bijvoorbeeld veiligheid of gezondheidsbelangen, zich in zo'n geval verzetten tegen een overgangsregeling, dan mag het besluit toch wor-

den genomen omdat het doel belangrijker is dan de nadelige gevolgen. Het verbod op vervoedering van swill, dat aan de orde was in het beroemde arrest Leffers, biedt daarvan een voorbeeld. Een dergelijke maatregel overvalt wellicht menige belanghebbende, maar het rechtszekerheidsbeginsel dwingt niet in alle gevallen tot nadeelcompensatie. De benadeling kan behoren tot het normaal maatschappelijk risico, zoals in het geval van het swill-verbod de nadelige gevolgen ten aanzien van varkensmesters onder normale omstandigheden werden geacht te behoren tot hun bedrijfsrisico. Deze nadelige gevolgen behoeven niet op grond van het rechtszekerheidsbeginsel te worden gecompenseerd. Maar het is wel mogelijk dat een (beperkte groep) belanghebbende(n) onevenredig wordt benadeeld in vergelijking met anderen. Het égalité-beginsel kan daarom alsnog aan belanghebbende(n) een recht op nadeelcompensatie verschaffen. Dit verloop van de belangenafweging, van proportionaliteit via rechtszekerheid naar égalité-beginsel, is in verschillende arresten van de Hoge Raad herkenbaar.[59] Uit deze jurisprudentie kan ook worden afgeleid dat de overgangstermijn voldoende mogelijkheden moet bieden om activiteiten af te bouwen of over te schakelen, wil zij als adequate compensatie dienst kunnen doen.

De toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel vindt dus primair plaats in het kader van de beoordeling of de belangenafweging evenwichtig is geweest.

3.3.2 Is er plaats voor rechtszekerheid en vertrouwen naast het égalité-beginsel?

Dat gewekte verwachtingen een reden tot nadeelcompensatie kunnen zijn, is onlangs nog gebleken in de gemeente Nunspeet.

> Door een ambtenaar van de gemeente waren verwachtingen over uitbreidingsmogelijkheden gewekt bij een campinghouder, op grond waarvan deze investeringen had gedaan. Hier ging het dus om het vertrouwensbeginsel. Maar aan burgemeester en wethouders werd door omwonenden verzocht om handhavend op te treden. De Afdeling overwoog dat het vertrouwensbeginsel niet zover gaat dat gerechtvaardigde verwachtingen altijd moeten worden nagekomen. In dit geval moest de bescherming van het vertrouwen van de campinghouder worden afgewogen tegen de belangen van omwonenden en de algemene belangen die met handhaving waren gediend. Aan die belangen komt veel gewicht toe in het licht van de beginselplicht tot handhaving. 'Een bijzonder geval als hiervoor bedoeld op grond waarvan B&W hadden moeten besluiten om van handhavend optreden af te zien, doet zich hier dan ook niet voor. Dat [de campinghouder] door het plegen van investeringen in een positie is geraakt dat hij nadeel zal ondervinden als de verwachtingen niet worden gehonoreerd, leidt niet tot een ander oordeel, reeds omdat daaraan tegemoet zou kunnen worden gekomen door het verlenen van nadeelcompensatie.'[60]

---

59. HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 (Leffers); HR 21 oktober 1994, NJ 1996, 231 (Krijco/Hilversum); HR 5 januari 2001, RvdW 2001, 20 (Arrosel).
60. ABRvS 22 maart 2001, AB 2001, 195 m.nt. dG. Van gelijke strekking was ARRvS 8 juni 1984, AB 1985, 188.

In recente jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is evenwel de gedachte dat een verplichting tot nadeelcompensatie haar oorzaak kan vinden in de bescherming van vertrouwen of rechtszekerheid, aan het wankelen gebracht. De Afdeling overwoog dat een verplichting tot nadeelcompensatie *uitsluitend* kan worden gebaseerd op het égalité-beginsel. Maar aan deze overweging blijkt, gegeven de uitspraak over de Nunspeetse camping, geen algemene strekking te moeten worden toegekend.

> In Brunssum was het rechtszekerheidsbeginsel in het geding. Een bakkerij overtrad de aan de milieuvergunning verbonden geluidvoorschriften. In afwachting van een op handen zijnde gedeeltelijke bedrijfsverplaatsing, werd de overtreding gedoogd en een verzoek om handhaving afgewezen. De Afdeling achtte dat redelijk en overwoog ten aanzien van een door omwonenden gedaan verzoek om nadeelcompensatie: 'Een verplichting tot nadeelcompensatie kan uitsluitend worden gebaseerd op het rechtsbeginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. Dit beginsel is echter, voorzover hier van belang, slechts van toepassing indien en voorzover de schadeveroorzakende activiteit wordt gedoogd ter behartiging van een openbaar belang.' Van dat laatste was in casu geen sprake.[61]

Aan de vraag of de omwonenden een beroep konden doen op het rechtszekerheidsbeginsel, wordt in deze uitspraak geen aandacht besteed. Toch is dat wel een interessante vraag, want de voor een bakkerij geldende geluidsnormen lijken toch vooral bedoeld om omwonenden een redelijke mate van zekerheid te bieden dat ze niet in de nacht of vroege ochtend worden gewekt door bakgeluiden. In de uitspraak blijft in het midden of het met het gedoogbesluit beoogde doel in een redelijke verhouding staat tot de nadelige gevolgen voor derde-belanghebbenden. Annotator Jurgens laat zien dat de Afdeling in de aangehaalde overweging onvoldoende recht doet aan de strekking van artikel 3:4 lid 2 Awb. Waarschijnlijk is de Afdeling in haar overweging uitgegaan van de vooronderstelling dat in het concrete geval geen verplichting tot nadeelcompensatie kon worden gebaseerd op het rechtszekerheidsbeginsel of op de beperkte proportionaliteitseis, zodat *in casu* alleen het égalité-beginsel als grondslag kon dienen. Iedere andere uitleg lijkt mij namelijk in strijd met de uitspraak over de Nunspeetse camping.

Ook het CBB heeft aan de twijfel omtrent andere grondslagen dan het égalité-beginsel een steentje bijgedragen door te overwegen dat van een rechtsplicht tot het bieden van compensatie pas sprake kan zijn, indien de nadelen die voor een of meer belanghebbenden uit een besluit voortvloeien, buiten de normale maatschappelijke risico's vallen.[62] Die formulering wijst op een toepassing van het égalité-beginsel.[63] Maar ook aan deze overweging moet niet de algemene strekking worden toegedicht dat nadeelcompensatie op grond van het vertrouwensbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel op voorhand zou zijn uitgesloten. Veeleer geeft deze uitspraak van het

61. ABRvS 9 juni 2000, JB 2000, 243 m.nt. RJNS, AB 2001, 222 m.nt. GJ.
62. CBB 25 juni 1997, AB 1997, 406 m.nt. JHvdV.
63. Zie par. 3.4.3.

CBB aanleiding om een verband te leggen tussen het rechtszekerheidsbeginsel en het normaal maatschappelijk risico.

> Aan de orde was een besluit waarbij een busverbinding over de Afsluitdijk kwam te vervallen en een duurder soort verbinding in het leven werd geroepen. De Vereniging Reizigers Openbaar Vervoer (Rover) kwam daartegen op. Het CBB overweegt dat 'van een rechtsplicht tot het bieden van compensatie pas sprake zal kunnen zijn, indien de nadelen die voor een of meer belanghebbenden uit een besluit voortvloeien, buiten de normale maatschappelijke risico's vallen. Mede in aanmerking nemend dat verweerder – in overleg met de Vaste Kamercommissie van Verkeer en Waterstaat – voor scholieren een aanvullende tariefmaatregel heeft genomen, ziet het College, gelet op hetgeen appellante dienaangaande naar voren heeft gebracht, geen plaats voor het oordeel dat een tariefsverhoging, als hier aan de orde, niet valt binnen de normale maatschappelijke risico's. Zij dient derhalve voor rekening van de belanghebbenden te blijven. Het bestreden besluit komt dus evenmin voor vernietiging in aanmerking wegens strijd met artikel 3:4 tweede lid Awb.'

Deze uitspraak laat zien dat het rechtszekerheidsbeginsel niet zover gaat, dat burgers mogen vertrouwen op ongewijzigd voortbestaan van het geldende regime. Regels zijn veranderlijk. Het uitgangspunt, dat geen compensatieplicht bestaat voor nadelen die vallen binnen het normaal maatschappelijk risico, wordt vaak beschouwd als een uitvloeisel van het égalité-beginsel. De gedachte is dan dat een benadeling die valt binnen het normaal maatschappelijk risico geen ongelijke behandeling in vergelijking met andere burgers oplevert. Want een risico dat normaal is, moet door eenieder worden aanvaard. Deze gedachte verdient een ruimere toepassing dan alleen in het kader van het égalité-beginsel. Ook een benadeelde die op grond van het rechtszekerheidsbeginsel verzoekt om nadeelcompensatie, kan worden tegengeworpen dat de wijziging van regels tot op zekere hoogte als een normaal maatschappelijk risico moet worden aanvaard. Alleen een wijziging waarmee de burger geen rekening behoefde te houden, leidt in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel tot een verplichting tot nadeelcompensatie.[64]

In gevallen waarin de burger met een wijziging van het regime geen rekening behoefde te houden, is doorgaans iets abnormaals aan de hand waarop de burger zelf geen invloed heeft gehad en wat hij ook niet in zijn eigen handelen behoorde te verdisconteren. Vaak zal er dan ook sprake zijn van een last waardoor die burger in vergelijking met andere burgers onevenredig wordt benadeeld. Daarom is in situaties, waarin het pijnpunt zit in de schending van rechtszekerheid, vaak tegelijk sprake van een speciale en abnormale last in de zin van het égalité-beginsel.

Hetzelfde kan worden geconstateerd in situaties waarin gewekte verwachtingen worden geschonden. Als door toezeggingen, inlichtingen, beleid of andere handelingen verwachtingen bij een burger zijn gewekt, en deze verwachtingen bij het nemen van een besluit niet kunnen worden gehonoreerd, dan onderscheidt deze burger zich van andere burgers alleen al doordat bij hem de verwachtingen zijn gewekt.

---

64. Zie hierover ook het preadvies van Hoitink, met name par. 3.2.

Dit verband tussen gewekte verwachtingen en rechtszekerheid enerzijds en het égalité-beginsel anderzijds komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in het recente arrest van de Hoge Raad over de Wet herstructurering varkenshouderij (Whv).

> Dit arrest komt in paragraaf 3.5 uitgebreider aan de orde. Nu gaat het om het volgende. De Hoge Raad overwoog dat na verwijzing naar het hof onderzocht dient te worden of de bestreden maatregel van de Whv voor een of meer eisers 'in verband met bijzondere, niet voor alle varkenshouders geldende, feiten en omstandigheden een "individual and excessive burden" vormen en of de desbetreffende bepalingen van de Whv om die reden voor hen buiten toepassing moeten worden gelaten, althans zolang niet is voorzien in een adequate financiële compensatie. In het bijzonder – maar niet uitsluitend – kan dit het geval zijn, wanneer een varkenshouder wordt getroffen in mestproductie-/varkensrechten die hij tegen betaling heeft verworven, waarbij met name van belang is in hoeverre de Staat verwachtingen heeft gecreëerd, die, bijvoorbeeld, tot uitdrukking zijn gekomen in de prijs waartegen de betrokken rechten zijn verworven.'[65]

Nu de toepassing van het égalité-beginsel regelmatig hand in hand gaat met de toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, rijst de vraag of er niet één grondslag van gemaakt kan worden. Die vraag beantwoord ik ontkennend. Weliswaar raken de beginselen elkaar, maar ze verschillen ook. Een besluit, waarbij een inbreuk wordt gemaakt op vertrouwen of rechtszekerheid, kan daardoor een speciale en abnormale last leggen op de schouders van een burger. Maar het égalité-beginsel leidt alleen tot nadeelcompensatie als het besluit is genomen ter behartiging van een algemeen belang.[66] Want dan gaat de ratio van het beginsel op: de gemeenschap moet de abnormale lasten dragen van wat in haar belang is verricht. Wordt het besluit genomen ter behartiging van een uitsluitend particulier belang, dan is er geen reden de lasten te verdelen over de gemeenschap. Maar dat laat onverlet dat een grondslag voor nadeelcompensatie nog kan worden gevonden in het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel.

3.3.3 Planschadevergoeding: van égalité naar rechtszekerheid

Bij de erkenning van het rechtszekerheidsbeginsel als grondslag voor nadeelcompensatie trekt de jurisprudentie over artikel 49 WRO de aandacht. Berust de verplichting tot nadeelcompensatie in die bepaling op het égalité-beginsel of op het rechtszekerheidsbeginsel?

Bij de totstandkoming van artikel 49 WRO (en oudere versies daarvan) is het égalité-beginsel als grondslag voor de aansprakelijkheid een inspiratiebron geweest. Zo werd in de memorie van toelichting van vijfenveertig jaar geleden gesteld, dat de vrijheidsbeperking ten gevolge van een bestemmingsplan geacht wordt alle burgers even zwaar te belasten, maar: 'het kan echter voorkomen dat een maatregel moet

---

65. HR 16 november 2001, AB 2002, 25 m.nt. PvB.
66. Zie daarover par. 3.4.5.

worden getroffen, die de vrijheid van een burger sterker aantast, dan met de algemene sociale situatie in overeenstemming is'.[67] In de literatuur[68] is veelvuldig aangenomen dat het égalité-beginsel de grondslag vormt. En die literatuur sloot aan bij tal van aanknopingspunten in de jurisprudentie in de jaren zeventig en tachtig.[69] Daar staat tegenover dat in de wetsgeschiedenis niet een duidelijke keuze voor het égalité-beginsel als grondslag voor de aansprakelijkheid is te vinden.[70] Van den Broek kiest daarom in haar recente proefschrift op basis van de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie voor een andere invalshoek.[71] De veranderende visie treft men ook aan bij Hoitink en Van Ravels, die in hun preadviezen constateren dat het égalité-beginsel niet (meer) als *de* grondslag voor planschadevergoeding kan gelden.

Van den Broek kiest het rechtszekerheidsbeginsel als de primaire grondslag voor planschadevergoeding. De wijziging van het planologische regime raakt de zekerheid omtrent de voor de burgers geldende voorschriften. In de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak zijn daar inderdaad sterke aanwijzingen voor te vinden. Het criterium of de burger door de wijziging van het planologische regime zwaarder is getroffen dan met 'de algemene sociale situatie' in overeenstemming is, werd geleidelijk aan verdrongen door het criterium of aan de burger al dan niet kan worden tegengeworpen of hij het risico van de effecten van een planologische wijziging heeft aanvaard.[72] Hoitink laat in haar preadvies – evenals van den Broek in haar proefschrift – zien, dat volgens recente jurisprudentie een beginselaanspraak op schadevergoeding bestaat bij een nadelige wijziging van het planologische regime. Op dat beginsel wordt een uitzondering gemaakt voorzover de schadeveroorzakende maatschappelijke ontwikkeling voorzienbaar was.

Hoewel ik mij wel bij deze lezing van de jurisprudentie aansluit, deins ik ervoor terug om nu het rechtszekerheidsbeginsel tot exclusieve grondslag voor planschadevergoeding aan te merken. In gevallen waarin een besluit wordt genomen dat typisch is ingegeven door een algemeen belang, en waar een enkeling of een beperkte groep onevenredig door wordt benadeeld in vergelijking met andere burgers, biedt het égalité-beginsel een grondslag voor aansprakelijkheid. Denk aan een artikel 19-vrijstelling ten behoeve van een afvalstortplaats. Verschillende grondslagen kunnen in het

---

67. TK 1955-1956, 4233, nr. 3, p. 18.
68. J.A.M. van den Berk, Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid, Zwolle 1991; G.J. de Groot, Vergoeding van planschade, Deventer 1982; N.S.J. Koeman, B.K. Olivier & H. Troostwijk, Bestemmingsplan en privaatrecht, Deventer 1989, p. 105; Th.G. Drupsteen, Vergelijkend schadevergoedingsrecht; vragen van aansprakelijkheid, preadvies Vereniging voor Bouwrecht, nr. 16, Deventer 1988, p. 22; E. van der Schans, Schadevergoeding, redelijkheid en billijkheid, preadvies Vereniging voor Bouwrecht, nr. 16, Deventer 1988, p. 76.
69. Zie Van den Broek, a.w. 2002, par. 6.1.2 en 5.3.6.
70. Daarover J.A.M. van den Berk, diss., p. 30-32.
71. Van den Broek, a.w. 2002, hoofdstuk 5. Zie over deze wetsgeschiedenis ook L.A. van Montfoort, Planschadevergoedingsrecht na twee jaar Tijdelijke wet Kroongeschillen, Zwolle 1990, hoofdstuk 3.
72. In AGvB 28 januari 1991, BR 1991, 464, AB 1991, 449 verdween het vereiste van een speciale last naar de achtergrond en in ABRvS 10 augustus 2000, BR 2001, 692 m.nt. P.C.E. van Wijmen staat de rechtszekerheid geheel centraal.

kader van artikel 49 WRO toepassing vinden en het is niet nodig – zelfs niet gewenst – te zoeken naar de ene ware grondslag. Voor wat betreft de wetsgeschiedenis: daarin is geen echte verwerping van het égalité-beginsel als grondslag te vinden, evenmin als een uitdrukkelijke keuze voor het rechtszekerheidsbeginsel. Dat is ook niet gebeurd bij gelegenheid van een van de latere wijzigingen van de WRO, terwijl toen toch al duidelijk was dat in rechtspraak en doctrine de grondslag in het égalité-beginsel werd gezocht.

Maar duidelijk is wel, dat de grondslag voor de schadevergoedingsplicht op grond van artikel 49 WRO vaak in iets anders gezocht moet worden dan het égalité-beginsel. Daar heb ik – los van de jurisprudentie – twee redenen voor. Ten eerste vermeldt artikel 49 WRO niet op welke materieelrechtelijke grondslag de aansprakelijkheid is gebaseerd. Daarmee is ruimte gelaten aan toekomstige rechtsontwikkeling, die zich inmiddels heeft voltrokken met de opkomst van het rechtszekerheidsbeginsel als grondslag voor planschadevergoeding. Ten tweede heeft de opvatting dat de toepassing van artikel 49 WRO wordt bepaald door het égalité-beginsel me nooit erg aangesproken, omdat de grondgedachte van dat beginsel in zeer veel gevallen helemaal niet aan de orde is. Het gaat immers in veel gevallen, waarin planschade op grond van artikel 49 WRO wordt vergoed, niet om compensatie van de nadelige gevolgen van een in het algemeen belang genomen besluit, maar om compensatie van de nadelige gevolgen die een planologisch besluit heeft voor de ene burger, terwijl dat besluit uitsluitend is genomen om tegemoet te komen aan een specifiek belang van een andere burger (of instelling). Het gaat dan niet om de gelijke verdeling van de lasten van in het belang der gemeenschap genomen beslissingen. Het gaat om een inbreuk op de aan het oude planologische regime ontleende zekerheid.

3.4 De gelijkheid voor de publieke lasten (het égalité-beginsel)

3.4.1 Inleiding

Het égalité-beginsel behoeft pas aan de orde te komen als duidelijk is dat het besluit genomen mag worden. De vraag rijst dan of de nadelige gevolgen van het besluit op een eerlijke manier worden verdeeld over de burgers. Iedere burger betaalt een deel van de prijs van de vooruitgang. Of voor wie het modernisme heeft losgelaten: iedere burger betaalt een deel van de prijs van een goed geordende samenleving. De overheid draagt er zorg voor dat deze prijs zo gelijk mogelijk wordt verdeeld.

Frankrijk wordt genoemd als het land van herkomst van dit beginsel. Deze verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel, zoals de Hoge Raad het noemt,[73] is in Nederland een eigen leven gaan leiden. Het kan in zijn huidige Nederlandse betekenis een rol spelen in situaties waarin handelingen van het bestuur die in het algemeen belang

73. HR 30 maart 2001, AB 2001, 412 m.nt. ThGD (Staat/Lavrijsen).

worden verricht, een inbreuk maken op de gelijkheid tussen burgers. In veel situaties is zo'n inbreuk toelaatbaar, met name als zij wordt beoogd omdat er goede redenen van algemeen belang voor zijn gevonden. Maar er zijn situaties waarin de inbreuk op de gelijkheid niet gerechtvaardigd wordt geacht.

In 1971 heeft Kortmann een verhelderend onderscheid gemaakt tussen twee soorten gevallen. In gevallen van de eerste soort eist het algemeen belang niet alleen het opleggen van een last, maar tevens een ongelijke verdeling van de last. Een voorbeeld daarvan is differentiatie bij belastingheffing. In het tweede geval eist het algemeen belang wel iets waarbij een last wordt opgelegd, maar eist het niet dat deze last gedragen wordt door één of enkele burgers. Een voorbeeld daarvan is het besluit om een hogesnelheidslijn aan te leggen. In het tweede geval wordt een inbreuk op de gelijkheid veroorzaakt die niet wordt gerechtvaardigd door het nagestreefde algemeen belang. 'De schade die toegebracht is moet dan, hoezeer ook gerechtvaardigd op het niveau der rechtmatigheid, worden vergoed om opnieuw een, financieel gezien, feitelijke gelijkheid tot stand te brengen.'[74]

Een verplichting tot nadeelcompensatie vloeit uit dit beginsel alleen voort als de last op de een of andere manier ongelijk is verdeeld en in het algemeen belang is opgelegd. De uitwerking daarvan in het Nederlandse recht vertoont tot op zekere hoogte gelijkenis met de Franse aanpak. De last moet speciaal en abnormaal zijn.[75] De formulering van het beginsel luidt in de jurisprudentie als volgt. Bestuursorganen zijn gehouden tot compensatie van onevenredige – buiten het normale maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade als gevolg van hun op de behartiging van het openbaar belang gerichte optreden.[76]

Voor het ontstaan van een verplichting tot nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel is een voorwaarde dat de schade in twee opzichten onevenredig is: de last moet op een beperkte groep burgers of instellingen drukken (een *speciale last*) en de last moet *abnormaal* zijn. Bovendien is het beginsel alleen toepasbaar als de schade is toegebracht door een handeling die is verricht in het *algemeen belang*. Zo blijkt de verplichting tot nadeelcompensatie in beginsel gebaseerd te zijn op deze drie pijlers. Daarmee is nog niet gezegd dat steeds als de drie elementen aanwezig zijn een verplichting tot nadeelcompensatie bestaat. Er zijn corrigerende factoren die tot gevolg kunnen hebben dat de schade voor rekening van de benadeelde moet worden gelaten.

---

74. C.A.J.M. Kortmann, Égalité en défense; een rechtsvergelijkend onderzoek naar enige algemene rechtsbeginselen (diss. Nijmegen), Alphen a/d Rijn 1971, p. 35.
75. Kortmann, a.w., p. 36-37 en B.P.J.G. Roozendaal, Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland (diss. Rotterdam), Arnhem 1998.
76. ABRvS 18 februari 1997, AB 1997, 143 m.nt. PvB. In ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB wordt het slot van de formulering iets aangepast, maar daarmee is niet bedoeld de inhoudelijke strekking van het beginsel te veranderen. Zie voorts de formulering van de Hoge Raad in HR 30 maart 2001, AB 2001, 412 m.nt. ThGD (Staat/Lavrijsen) en van de CRvB in de uitspraak van 27 september 2001, AB 2002, 26 m.nt. HH en van de Nationale ombudsman in No 6 april 2001, AB 2001, 179 m.nt. PJS, welke formuleringen op hetzelfde neerkomen.

De belangrijkste van deze factoren is de eigen schuld van de benadeelde, waarvan de civielrechtelijke pendant is te vinden in artikel 6:101 BW.[77] Bij nadeelcompensatie is een veel voorkomende variant van de eigen schuld de risicoaanvaarding. De verplichting tot nadeelcompensatie vervalt voorzover de schade gerekend kan worden tot een risico dat de gedupeerde uitdrukkelijk heeft of geacht moet worden te hebben aanvaard. Een belanghebbende kan door het doen van investeringen, zoals aankoop van grond, bedrijfsuitbreiding of wijziging van de productiemethode, op een moment waarop hij wist of had kunnen weten dat het nadeel zich zou voordoen, het risico actief aanvaarden. Ook passieve risicoaanvaarding, zoals het uitstellen van investeringen terwijl ze nog mogelijk zijn, beperkt de verplichting tot nadeelcompensatie. Hier raakt het égalité-beginsel aan het rechtszekerheidsbeginsel. Het normale wordt men geacht te hebben zien aankomen. Bepalend is of op het moment van de beslissing tot investeren aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de investering niet volledig zou kunnen worden terugverdiend.[78]

De corrigerende factoren worden verder behandeld in de preadviezen van Hoitink en Van Ravels. In hun preadviezen wordt ingegaan op de uitwerking die het égalité-beginsel heeft gekregen op enkele bijzondere rechtsgebieden.

3.4.2 Speciale last

De eis van een speciale last verlangt dat de kring van getroffenen beperkt en duidelijk bepaalbaar moet zijn. De ratio van het égalité-beginsel is immers dat de consequenties van de noodzaak om in het algemeen belang maatregelen te nemen, niet op één of enkele individuen mogen worden afgewenteld. Een belangrijk probleem dat de toepassing van deze specialiteitseis in de praktijk nogal ongrijpbaar maakt, is de bepaling van de referentiegroep. De benadeelden zullen zich onderscheiden van anderen doordat zij schade lijden, maar voor het overige moeten zij zich bevinden in een situatie die relevante gelijkenis vertoont met een grotere groep van burgers die geen, of veel minder, schade lijden. Deze grotere groep is de referentiegroep. Hoewel de keuze van de referentiegroep van doorslaggevende betekenis is voor het ontstaan van een verplichting tot nadeelcompensatie, wordt deze keuze meestal niet expliciet zichtbaar gemaakt in bestuurlijke beslissingen of rechterlijke uitspraken. Daardoor

77. Opmerking verdient dat Van Buuren vier corrigerende factoren onderscheidt als 'negatieve criteria' die de schadevergoedingsplicht beperken nadat is vastgesteld dat een inbreuk is gemaakt op de gelijkheidsnorm. Deze criteria zijn: het normaal maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico, voorzienbare maatschappelijke ontwikkelingen, eigen schuld en risicoaanvaarding. P.J.J. van Buuren, Varkensmester, in: AB-klassiek, Deventer 2000, p. 260.

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

leidt het vereiste van de speciale last een nogal schimmig bestaan.[79] Om hier enig zicht op te krijgen, geef ik eerst een paar korte voorbeelden.

Bij een verkeersmaatregel in een centrum leden modehuizen schade en zij werden vergeleken met 'andere winkels welke in het centrum of in de nabijheid van het centrum zijn gevestigd'.[80]

Met betrekking tot LPG-stations werd een algemene maatregel van bestuur uitgevaardigd, die voor alle LPG-stations nadelig uitwerkte. Deze vormen de referentiegroep. Maar er werden ook eisen gesteld die alleen golden voor binnen grondwaterbeschermingsgebieden gelegen stations. Op deze beperkte groep kwam dus een speciale last te rusten.[81]

Een beroemd voorbeeld is dat van de varkensmester Leffers, die werd getroffen door de gevolgen van een verbod op het voeren van voedsel- en slachtafval (swill) in verband met het uitbreken van de Afrikaanse varkenspest. Ook tot andere varkensboeren is deze maatregel gericht. Zij vormen de referentiegroep. Leffers behoort echter tot een nauwkeurig te omlijnen groep varkensboeren die onevenredige schade lijden, doordat zij hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoedering van swill. Zijn bedrijf moest worden geliquideerd.[82] De klap kwam bij hem dus onevenredig veel harder aan in vergelijking met de 'normale' varkensboeren in de referentiegroep.

Uitgangspunt dient te zijn dat de referentiegroep bestaat uit personen of instellingen met wie in het licht van het gelijkheidsbeginsel geen onderscheid mag worden gemaakt, dat wil zeggen ten aanzien van wie geen gegronde redenen voor ongelijke belasting in het algemeen belang bestaan. Dit criterium laat zich het best illustreren aan de hand van de gevallen waarin een algemene maatregel wordt gericht tot een bepaalde groep binnen de maatschappij. De referentiegroep wordt gevormd door iedereen tegen wie het verbod zich richt. Zij moeten de benadeling aanvaarden, aangenomen dat deze benadeling voor hen behoort tot het normaal maatschappelijk risico. Die aanname is doorgaans terecht indien de overheid zich bij het opleggen van het verbod heeft laten leiden door een breed gedragen maatschappelijke ontwikkeling.[83] De onevenredig benadeelde groep wordt gevormd door de personen die zich binnen die groep onderscheiden op een wijze waardoor ze zwaarder worden getroffen, terwijl in de factoren waarin ze zich onderscheiden geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor ongelijke belasting kan worden gevonden.

Wat geldt als een gegronde reden voor ongelijke belasting, behoort primair te worden bepaald aan de hand van het doel dat met de maatregel wordt nagestreefd. Als

---

79. In zijn conclusie bij het arrest Staat/Lavrijsen wijdt A-G Langemeijer er een lezenswaardige beschouwing aan, die geheel is toegespitst op schadevergoeding bij rechtmatig strafvorderlijk optreden, Conclusie bij HR 30 maart 2001, AB 2001, 412. J.E. Hoitink besteedt aandacht aan de wijze waarop in het milieurecht een vergelijking wordt gemaakt met een groep bedrijven: Bestaande rechten in het milieurecht, Deventer 1998, p. 176-178.
80. KB 26 oktober 1990, AB 1991, 437 m.nt. PJS.
81. AGRvS 20 december 1991, AB 1992, 285 m.nt. PvB respectievelijk ABRvS 13 juni 1994, AB 1994, 559 m.nt. PvB.
82. HR 18 januari 1991, AB 1991, 241, AB Klassiek 2000, 27 m.nt. PvB.
83. Hierbij moet wel, naast het égalité-beginsel, aandacht worden besteed aan het rechtszekerheidsbeginsel. Zie daarover par. 3.3.1.

het doel van de maatregel is het bestrijden van de varkenspest, kan een redelijke en objectieve rechtvaardiging voor differentiatie worden gevonden in omstandigheden die het gevaar van de varkenspest vergroten. Daarnaast moet evenwel ook rekening worden gehouden met het gedrag en de verantwoordelijkheden van de benadeelde zelf. Een ongelijke verdeling van lasten zal bijvoorbeeld gerechtvaardigd zijn als een varkensboer zich niet heeft gehouden aan de voor de te verbieden voedermethode geldende voorschriften ter voorkoming van varkenspest. Dan vloeit immers de noodzaak van de maatregel gedeeltelijk voort uit zijn eigen gedragingen.[84] Ook gevallen van actieve en passieve risicoaanvaarding kunnen worden aangemerkt als redelijke en objectieve rechtvaardiging. Want wie zich bijvoorbeeld vestigt in een gebied, terwijl hij kan weten dat daar een voor hem ongunstig besluit zal gaan gelden, kan zich daarna niet in redelijkheid beroepen op gelijke behandeling in vergelijking met mensen die dat risico niet hebben genomen. Zo blijkt dat de corrigerende factoren eigen schuld en risicoaanvaarding kunnen worden beschouwd als een uitwerking van de gelijkheidsnorm.

Moeilijk is de toepassing van de eis van de speciale last in gevallen waarin de referentiegroep niet kan samenvallen met de groep tot wie de maatregel zich richt. Dat is de situatie bij ingrepen die in het algemeen belang nodig worden geacht, maar die niemand in zijn achtertuin wenst. Wie de hogesnelheidslijn voor de deur krijgt, moet niet vergeleken worden met de andere bewoners die deze pech ook treft. In veel gevallen ontkomt men er niet aan de gedupeerde te vergelijken met de rest van Nederland. Maar als het daarbij zou blijven, dan zou er wel erg vaak recht op nadeelcompensatie ontstaan. Daarom is de tweede eis, dat de schade moet vallen buiten het normaal maatschappelijk risico, een belangrijke tweede voorwaarde.

3.4.3 Het normaal maatschappelijk risico

Vergelijkt men de getroffen individu of groep met 'de rest', dan heeft men niet een duidelijk criterium voorhanden, maar is er wel een goede benaderingswijze beschikbaar waaraan een belangrijke gedachte ten grondslag ligt. Wie aan het maatschappelijk verkeer deelneemt, heeft niet alleen profijt van het overheidsoptreden (infrastructuur, veiligheid, gezondheid, vrije mededinging), maar draagt er tot op zekere hoogte ook de lasten van. Tot op die hoogte is het risico normaal, omdat het inherent is aan deelname aan de maatschappij. Dit is een goed uitgangspunt, dat zich evenwel minder goed leent om tot *regel* te worden verheven omdat niemand kan zeggen wat 'normaal' is.

Voor de systematiek van het leerstuk van de nadeelcompensatie is het van belang het normaal maatschappelijk risico een plaats te geven temidden van de afwegingen en criteria die leiden tot het aannemen van een compensatieplicht. Die plaats is niet meteen duidelijk, omdat de figuur op allerlei plaatsen opduikt. Soms krijgt het de sta-

84. Hof Amsterdam 26 oktober 1995 en 2 januari 1997, nr. 921/94 (vervolg Leffers).

tus van een zelfstandig 'onderdeel van het égalité-beginsel'. Soms wordt zelfs gesproken van het 'risicobeginsel'.[85] Ook komt het normaal maatschappelijk risico tevoorschijn bij de toepassing van andere beginselen. Het stelt een grens aan de bescherming van rechtszekerheid, zoals hierboven in paragraaf 3.3.2 is gebleken. Men komt het idee, dat de gevolgen van een normaal maatschappelijk risico in redelijkheid ten laste van de benadeelde kunnen blijven, op het gehele terrein van de nadeelcompensatie tegen.[86] Door Van den Berk wordt het opgevoerd als invulling van het criterium dat het moet gaan om schade die redelijkerwijs niet ten laste van de benadeelde behoort te blijven. Daarmee wordt het normaal maatschappelijk risico een redengevende grondslag voor nadeelcompensatie.[87] Door Van Buuren wordt het gehanteerd als een correctie op de gelijkheidsnorm. Hij stelt voorop dat het moet gaan om schade die een gelijke behandeling van de rechtsgenoten verstoort en somt vervolgens vier negatieve criteria op.[88] Van Ravels plaatst het normaal maatschappelijk risico in het kader van het vereiste van een abnormale last,[89] en in zekere zin ook in het kader van het vereiste van een speciale last.[90] In beide kaders heeft het criterium vooral een corrigerende functie, in die zin dat schade die, gelet op de maatschappelijke ontwikkelingen en de daarbij behorende overheidsmaatregelen, als voorzienbaar moet worden aangemerkt, voor rekening van de benadeelde zelf mag worden gelaten.

Systematisch heeft het mijn voorkeur het concept van het normaal maatschappelijk risico zoveel mogelijk in verband te brengen met het vereiste van de abnormale last. Daardoor is het mogelijk vast te houden aan de drie pijlers van het égalité-beginsel: een *speciale* en *abnormale* last die in het *algemeen belang* wordt opgelegd, moet in beginsel door de gemeenschap worden gedragen. Deze verdeling over drie pijlers sluit ook aan bij de hierboven in paragraaf 3.4.1 weergegeven formulering van het égalité-beginsel in de jurisprudentie. Het normaal maatschappelijk risico heeft in deze driedeling vooral een belangrijke functie in de gevallen waarin het vereiste van een speciale last niet goed toepasbaar is omdat de referentiegroep niet duidelijk kan worden bepaald.

---

85. Zie daarover het preadvies van Hoitink, par. 3.5.1, die deze figuren signaleert en wijst op M.J.W. van Casteren, Schadevergoeding bij rechtmatig EG-optreden, Een Europeesrechtelijke en rechtsvergelijkende studie, Deventer 1997.
86. Dit is te danken aan de onovertrefbare vaagheid van het criterium van het normaal maatschappelijk risico. Er ligt welbeschouwd een holle redenering aan ten grondslag: schade die als normaal (dat is: 'volgens de regel') moet worden aanvaard, wordt niet vergoed. Maar de vraag is nu juist welke regel de schade 'normaal' maakt.
87. J.A.M. van den Berk, Bestuursschaderecht, Deventer 1997, p. 56 e.v. en p. 104 e.v.
88. Zie noot 77.
89. B.P.M. van Ravels, in: D.A. Lubach & P.C.E. van Wijmen (red.), Bestuursrechtelijke schadevergoeding, Den Haag 1992 (losbl.), p. F-10-25 en in: Bestuursrechtelijke schadevergoeding, Schriftelijke praktijkcursus, deel III, Nadeelcompensatie, Uitgeverij Euroforum 2001.
90. B.P.M. van Ravels, in: D.A. Lubach & P.C.E. van Wijmen (red.), Bestuursrechtelijke schadevergoeding, Den Haag 1992 (losbl.), p. F-10-50.

De toepassing van het criterium van het normaal maatschappelijk risico wordt in hoge mate bepaald door de omstandigheden van het geval. Daarbij kan als richtsnoer dienen dat de individuele (rechts)persoon de nadelige gevolgen van besluiten die een gevolg zijn van 'normale' maatschappelijke ontwikkelingen dient te aanvaarden. Als bijvoorbeeld een eigenaar van een onroerende zaak schade lijdt door ingrepen in de infrastructuur (verkeersbesluiten, verbetering van wegen), dan wordt dit in beginsel als een normale maatschappelijke ontwikkeling beschouwd. Het nadeel blijft voor de burger, tenzij hij aantoont dat er bijzondere omstandigheden zijn waaruit moet worden afgeleid dat de schade in zijn geval niet meer als een normaal risico kan worden gezien.[91]

Het maakt verschil wie de gedupeerde is. Aan ondernemers wordt niet alleen een normaal maatschappelijk risico tegengeworpen, maar ook een normaal bedrijfsrisico.[92] In de toepassing van de artikelen 15.20 en 15.21 van de Wet milieubeheer is aan dit begrip een op het milieurecht toegesneden uitwerking gegeven. Daarnaast speelt uiteraard ook het beginsel 'de vervuiler betaalt' een rol. Dat plaatst de nadeelcompensatie in het milieurecht in een wat ander perspectief dan bij strikte toepassing van het égalité-beginsel het geval zou zijn.[93] Voor deze milieurechtelijke materie verwijs ik naar het preadvies van Hoitink.

In dit preadvies wordt het normaal maatschappelijk risico zo opgevat dat het betrekking heeft op de verhouding tussen burgers onderling. Dat sluit naar mijn idee aan op de meest begrijpelijke invulling van het begrip 'normaal'. Een risico kan in de maatschappij als normaal worden aangemerkt, als het naar de ervaring van velen als zodanig moet worden gezien. Men kan daartoe een vergelijking maken met de risico's waarmee andere burgers worden geconfronteerd. Dat wil nog niet zeggen dat toepassing wordt gegeven aan een vorm van verdelende rechtvaardigheid. Nieuwenhuis ziet de compensatie op grond van het égalité-beginsel niet als een manier om de gelijkheid tussen burgers onderling te bewerkstelligen.[94] Dit is in zoverre terecht dat het draagkrachtbeginsel bij de compensatie volgens de heersende opvattingen geen rol behoort te spelen.[95] Er is niet zozeer sprake van verdelende rechtvaardigheid, maar veeleer van vergeldende rechtvaardigheid, waarbij de relatie tussen bestuur en individu centraal staat. Het gaat, zo parafraseer ik, om de vraag hoe intensief de aantasting van de belangen van een burger door het bestuur mag zijn. Die vraag kan mijns inziens evenwel het beste worden beantwoord door een vergelijking te maken met wat andere burgers van het bestuur moeten aanvaarden.

---

91. KB 19 mei 1995, AB 1995, 444 m.nt. PJS; AGvB 23 maart 1989, AB 1989, 428; ABRvS 15 oktober 1998, JB 1998, 278 m.nt. RJNS; ABRvS 23 september 1996, BR 1998, 308; ABRvS 30 november 1998, AB 1999, 90 m.nt. FM.
92. ARRvS 22 november 1983, AB 1984, 154 (Paul Krugerbrug III); HR 18 januari 1991, AB 1991, 241 (Leffers).
93. J.E. Hoitink, Bestaande rechten in het milieurecht (diss. Utrecht), Deventer 1998, hoofdstuk 6.
94. J.H. Nieuwenhuis, De kunst van het gelijke, RM Themis 1989/3.
95. R.J.N. Schlössels, De Achilleshiel van de égalité: nadeelcompensatie en het draagkrachtbeginsel, NJB 1998, p. 1383-1390; F.J. van Ommeren, a.w. 1990.

3.4.4 Discretionaire ruimte?

Deze vergelijking met het risico dat andere burgers moeten aanvaarden levert een zekere objectivering op van het criterium van het normaal maatschappelijk risico. Toch blijft de toepassing daarvan in concrete gevallen sterk afhankelijk van een beleidsmatige waardering van feiten en omstandigheden. Dat de eigendom van een onroerende zaak moet worden bezien in relatie tot de omgevingsfactoren en dat een vergunning geen eeuwigheidswaarde heeft, zijn uitgangspunten voor rechtsnormen. Maar de vraag wat de eigenaar te dulden heeft als zijn zaak in waarde daalt en de vraag naar de levensduur van een vergunning, zijn geen rechtsvragen zolang voor de beantwoording geen maatstaf is te vinden in het geschreven of ongeschreven recht. Het criterium van het normaal maatschappelijk risico is niet zo'n maatstaf. Heeft nu het bestuursorgaan discretionaire ruimte bij de toepassing van het égalité-beginsel en moet de rechter die ruimte respecteren?

Het gaat bij de toepassing van het égalité-beginsel om de vraag wat het bestuur van de burgers mag verlangen, met andere woorden: hoever het aanvaardingsprincipe strekt dat in paragraaf 2.2 voorop is gesteld. Waarom zou het bestuur de beantwoording van deze vraag aan de rechter moeten overlaten? De vraag hoe diep het bestuur mag ingrijpen in de belangen van burgers is in belangrijke mate een politieke vraag.[96]

Daarbij moet uiteraard een aantal fundamentele normen worden gerespecteerd. Daartoe behoort het égalité-beginsel. Het is daarom begrijpelijk dat in de literatuur vaak wordt aangenomen dat het bestuursorgaan geen discretionaire ruimte toekomt bij de toepassing van dit beginsel.[97] Voorzover het gaat om een typische toepassing van het gelijkheidsbeginsel, kan het égalité-beginsel inderdaad werken als een rechtsnorm. Daarvoor is evenwel nodig dat de positie van de benadeelde kan worden vergeleken met die van een referentiegroep. Hiervoor is uiteengezet dat de bepaling van de referentiegroep in veel gevallen niet goed mogelijk is. In die gevallen spitst de toepassing van het égalité-beginsel zich geheel toe op de vraag hoever het bestuur mag ingrijpen in de individuele belangen van een burger. Het element van gelijkheid blijft hier beperkt tot de norm dat het aanvaardingsprincipe ten opzichte van de ene burger niet harder mag worden toegepast dan ten opzichte van een andere burger onder soortgelijke omstandigheden. Het bestuur moet dit beginsel consistent toepassen. Maar hoever het bestuur gaat met deze consistente toepassing, is een andere vraag. Het ontbreekt de rechter aan een legitimatie om die toepassing geheel van het bestuur over te nemen.

---

96. Zo ook L.J.A. Damen, Moet pech weg?, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), Voor risico van de overheid?, Deventer 1996, p. 17-42.
97. H. Ph.J.A.M. Hennekens, Nadeelcompensatie: wanneer en waarom? Gst. 7130, p. 572; B. van den Berg, Gst. 7137, p. 136; N.S.J. Koeman, Binnen- en buitenwettelijke schadevergoeding in het milieurecht, in: Financiële instrumenten in het milieurecht, Zwolle 1993; Van den Broek, a.w. 1999, p. 7; J.G. de Vries Robbé, Nadeelcompensatie, kwestie van beleid? Gst. 7115, p. 152.

Uitspraken waarin rechters uitdrukking geven aan een tot op zekere hoogte terughoudende toetsing van beslissingen over nadeelcompensatie, acht ik op grond van het vorenstaande juist.[98] Dit neemt niet weg dat de rechter ver mag gaan in de beoordeling van deze beslissingen. Hij behoort van het bestuursorgaan een overtuigende verantwoording te verlangen van de in het concrete geval gegeven toepassing van het égalité-beginsel. Ook dient de rechter te onderzoeken of een door het bestuur opgestelde regeling voor nadeelcompensatie in overeenstemming is met de eisen die het égalité-beginsel stelt.[99] Maar dat is iets anders dan dat hij zijn oordeel over de mate waarin het bestuur mag ingrijpen in de belangen van de burger, geheel in de plaats mag stellen van dat van het bestuur.

3.4.5 Alleen als de last in het algemeen belang is opgelegd

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft de afgelopen jaren een aantal uitspraken gedaan waaruit kan worden afgeleid dat het égalité-beginsel slechts van toepassing is indien en voorzover de schadetoebrengende handeling wordt verricht in het algemeen belang.[100] Daarvan betrof het in drie gevallen een gedoogbesluit en in één geval een uitwegvergunning. De redenering die aan deze uitspraken ten grondslag lijkt te liggen is als volgt. Het égalité-beginsel strekt ertoe dat de lasten van wat wordt verricht in het belang van de gemeenschap, door die gemeenschap zelf worden gedragen. Het behoort dus niet te worden toegepast op de gevolgen van besluiten die een bestuursorgaan neemt ten behoeve van een individuele burger of instelling. Het égalité-beginsel is niet bedoeld om de gemeenschap te laten betalen voor de individuele belangen van een van haar leden.

Deze jurisprudentie strookt met hetgeen hierboven in paragraaf 3.4.1 is gesteld met betrekking tot de drie pijlers van het égalité-beginsel. Ik heb tegen deze jurisprudentie wel een ander bezwaar en dat is dat ten onrechte de indruk wordt gewekt dat er geen andere grondslag voor nadeelcompensatie kan bestaan dan het égalité-beginsel. Zie daarover paragraaf 3.3.

In de gevallen waarin de schade werd geleden door een gedoogde overtreding, is het buiten toepassing laten van het égalité-beginsel niet verbazingwekkend. Als de gemeenschap al moet opdraaien voor de schadelijke gevolgen van het gedogen, dan zou dat zijn op grond van het rechtszekerheidsbeginsel, maar niet op grond van het égalité-beginsel. Dat is alleen anders indien de gedoogde activiteit het algemeen belang dient of indien het gedogen als zodanig het algemeen belang dient. Bij dit

---

98. CBB 5 september 2000, AB 2001, 120 m.nt. JHvdV; ABRvS 14 november 2000, BR 2001, p. 234 m.nt. B.P.M. van Ravels; ABRvS 26 oktober 1995, JB 1996, 13 m.nt. RJNS, AB 1996, 297 m.nt. AFMB; ABRvS 16 september 1999, AB 1999, 449 m.nt. MSV. Hoitink, a.w. 1998, noemt ABRvS 28 maart 1994, Nieuwsbrief ABM 1994-17 en AGRvS 23 december 1993, BR 1994, 1027 m.nt. P.C.E. van Wijmen. Anders: ARRvS 22 november 1983, AB 1984, 154 m.nt. J.H.W. de Planque (Paul Krugerbrug III).
99. Daarover par. 2.5.2.
100. ABRvS 9 juni 2000, JB 2000, 243, AB 2001, 222 m.nt. GJ; ABRvS 10 juli 2000, Gst. 7128, 9; ABRvS 18 mei 2000, Gst. 7128, 3 m.nt. HH; ABRvS 9 maart 2000, Gst. 7128, 8 m.nt. JT.

laatste kan men bijvoorbeeld denken aan het gedogen van coffeeshops waar softdrugs worden verkocht. Deze verkoop geschiedt weliswaar niet in het algemeen belang, maar het gedogen ervan wel. Dat blijkt alleen al uit de bewuste politieke keuze die aan dit gedoogbeleid ten grondslag ligt.

In het geval van een verleende vergunning hangt het er maar van af met welk doel een vergunning wordt verleend. Is de vergunning verleend 'ter behartiging van enig openbaar belang' dan kán het égalité-beginsel een grondslag bieden voor nadeelcompensatie.[101] In het onderhavige geval werd de Afdeling meteen op de proef gesteld. Het betrof namelijk een uitwegvergunning voor een doveninstituut. Dat grenst toch aan een algemeen belang. De Afdeling keek echter naar de aard van de belangen die, uitgaande van het afwegingskader van het wettelijk voorschrift waarop de vergunning was gebaseerd, aan de verlening ten grondslag hadden kunnen liggen. Het betrof hier een gebonden beschikkingsbevoegdheid, waarbij de vergunning alleen kon worden geweigerd op grond van een aantal limitatief opgesomde gronden (bruikbaarheid van de weg, veiligheid, bescherming van groenvoorzieningen en dergelijke). Omdat de weigeringsgronden zich geen van alle voordeden, moest de vergunning worden verleend, omdat het algemeen belang zich daar niet tegen *verzet*. Maar de vergunning is niet ter behartiging van een algemeen belang verleend.

Hierin ligt een belangrijke beperking van de toepasselijkheid van het égalité-beginsel. In zeer veel gevallen wordt een besluit immers genomen, omdat het algemeen belang zich daar niet tegen verzet. Het toepassingsbereik van het égalité-beginsel is daarmee terecht teruggedrongen tot gevallen waarin het bestuur optreedt ter behartiging van een algemeen belang. Het zal daarbij doorgaans gaan om besluiten waarbij een beleid wordt ingezet of verwezenlijkt ter realisatie van een bepaald bewust gekozen en op politieke besluitvorming berustend doel.

Interessant is in dit verband het standpunt van de Centrale Raad van Beroep, die geconfronteerd werd met een beroep op het égalité-beginsel. De aanleiding tot het geschil was vermeende fraude die een ambtenaar zou hebben gepleegd, op grond waarvan zij voorlopig buiten dienst was gesteld. Toen Justitie besloot haar niet verder te vervolgen was de vertrouwensrelatie met de dienst waar zij werkte zodanig verstoord dat zij werd overgeplaatst naar een andere afdeling. Haar verzoek om vergoeding van schade op grond van het égalité-beginsel werd afgewezen omdat de gestelde schade niet het gevolg was van een op de behartiging van het algemeen belang gericht optreden 'en derhalve niet ziet op een individueel geval als het onderhavige.'[102]

---

101. ABRvS 10 juli 2000, Gst. 7128, 9, r.o. 2.6.4.
102. CRvB 27 september 2001, AB 2002, 26 m.nt. HH.

3.4.6 Welke belangen worden meegewogen?

Doordat de verplichting tot nadeelcompensatie jarenlang is opgehangen aan de eis van een evenwichtige belangenafweging als bedoeld in artikel 3:4 Awb, is men in de literatuur en de jurisprudentie regelmatig aangelopen tegen de grenzen van die belangenafweging. Het specialiteitsbeginsel brengt mee dat een bestuursorgaan alleen die belangen mag meewegen die vallen binnen het afwegingskader van het wettelijk voorschrift waarop het besluit wordt gebaseerd.[103] Een bestuursrechtelijke wet mag volgens dit beginsel uitsluitend op haar eigen afgebakende terrein worden toegepast. Bij een zeer strikte toepassing van dit beginsel zouden belangen van derden die niet vallen binnen het afwegingskader van de toegepaste wet, geen aanleiding kunnen geven tot een verplichting tot nadeelcompensatie. Daarom is het specialiteitsbeginsel, althans waar het betreft de vraag naar de noodzaak van nadeelcompensatie, enigszins rekkelijk toegepast. In 1984 overwoog de Afdeling rechtspraak dat het op de weg van het bestuursorgaan ligt om bij de afweging 'waar redelijkerwijs mogelijk te betrekken de vraag hoe kan worden voorkomen dat de belangen van derde-belanghebbenden ten gevolge van de uitvoering van een dergelijk werk worden geschaad'.[104] Onder meer Simon heeft de nuancering aangebracht dat dit uiteraard niet geldt voor belangen die door de wetgever van afweging zijn uitgesloten (vergelijk artikel 3:4 lid 1 Awb). Hij voegt bovendien toe, net als Van Hall, Helder en Jue, dat belangen van derden ondergeschikt dienen te blijven aan de wettelijke doelstelling die bij de bevoegdheidsuitoefening centraal staat.[105]

In deze genuanceerde benadering verzetten belangen van derden die buiten het wettelijke afwegingskader vallen, zich niet tegen het nemen van het besluit, maar kunnen zij wel aanleiding zijn voor nadeelcompensatie. Dit stelsel heeft tot gevolg dat belangen van derden die niet vallen binnen het wettelijk afwegingskader maar wel onevenredig zijn geschaad, in de afweging kunnen worden betrokken en aanleiding kunnen geven tot een onzuiver schadebesluit. Het legaliteitsbeginsel maakt twee beperkingen noodzakelijk. Belangen waarvoor een apart wettelijk beschermingsregime geldt, moeten buiten beschouwing blijven. En de wettelijke regeling waarop het besluit berust, kan grenzen aan de afweging stellen door limitatieve weigeringsgronden te noemen. Een voorbeeld kan worden ontleend aan het milieurecht.

> Volgens de Afdeling 'heeft de beroepsgrond dat in het bestreden besluit moest worden voorzien in compensatie voor schade geen betrekking op het belang van de bescherming van het milieu. Het stelsel van de Wm biedt geen grondslag voor de opvatting dat in bepaalde situaties een vergunning op grond van deze wet slechts zou mogen worden verleend onder het

---

103. R.J.N. Schlössels, Het specialiteitsbeginsel. Over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid, Den Haag 1998.
104. ARRvS 21 augustus 1984, AB 1984, 542. Hierover De Planque, a.w. 1989, p. 22 e.v.
105. H.J. Simon in zijn noot in AB 1992, 444; A. van Hall, Het specialiteitsbeginsel in het waterstaatsrecht. Over kringen van belangen (oratie Utrecht), Zwolle 1995; E. Helder en R.J. Jue, Belangenafweging in het bestuursrecht, Bestuurswetenschappen 1987, p. 25 e.v.

gelijktijdig bieden van compensatie voor het eventueel financieel nadeel dat door betrokkenen wordt geleden.'[106]

Uit de wettelijke bepaling waarop het schadeveroorzakende besluit berust en uit het stelsel van de toegepaste wet kan blijken dat de wetgever niet heeft bedoeld de compensatie van nadelige gevolgen onderdeel te doen zijn van de belangenafweging als bedoeld in artikel 3:4 Awb. Het eerste lid van die bepaling verzet zich er dan tegen de belangenafweging uit te breiden met vragen van nadeelcompensatie. Daarbij komt bijzondere betekenis toe aan aparte voorzieningen die de wetgever in bepaalde gevallen heeft getroffen voor compensatie van onevenredig nadeel of andere maatregelen ter beperking van ongewenste benadeling. Uit die aparte voorzieningen wordt afgeleid dat bij het schadetoebrengende besluit van nadeelcompensatie moet worden geabstraheerd.[107] Er zijn ook gevallen waarin de wetgever niet een aparte grondslag voor nadeelcompensatie heeft gecreëerd, maar uit de wet juist moet worden afgeleid dat er helemaal geen recht op nadeelcompensatie bestaat omdat de wetgever een bepaalde vorm van benadeling juist aanvaardbaar heeft geacht.[108]

In gevallen waarin een dergelijke beperking niet wordt afgeleid uit (het stelsel van) de wet, komt aan de concrete belangen van derden wel betekenis toe als deze derden zijn benadeeld, ook als deze belangen niet vallen binnen het doel waarvoor de uitgeoefende bevoegdheid aan het bestuursorgaan is toegekend.[109]

Deze stand van de rechtsontwikkeling is geen vaststaand gegeven meer. Nu de verplichting tot nadeelcompensatie op basis van het égalité-beginsel is bevrijd uit het keurslijf van artikel 3:4 Awb, is niet meer het afwegingskader van het schadeveroorzakende besluit doorslaggevend voor de kring van relevante belangen. Als verzocht wordt om een zuiver schadebesluit op grond van het égalité-beginsel, kan de verzoeker niet worden tegengeworpen dat zijn belangen vallen buiten het afwegingskader van de wettelijke bevoegdheid waarop het schadeveroorzakende besluit was gebaseerd. Het is immers heel goed mogelijk dat op hem een speciale en abnormale last is terechtgekomen als gevolg van een in het algemeen belang genomen besluit.

Het onderscheid tussen de (on)rechtmatigheid van het besluit en de aanvaardbaarheid van de gevolgen draagt dus bij aan een oplossing voor het probleem dat bestaat bij gebonden besluiten. Bij een gebonden besluit wordt door de toepasselijke voor-

---

106. ABRvS 2 november 2000, AB 2001, 44 m.nt. FM. Zie ook ABRS 4 februari 1999, JB 1999, 66 m.nt. RJNS: waardedaling van nabij gelegen woningen niet mee te wegen bij besluit tot verlening van revisivergunning Wm.
107. CBB 13 november 1997, UCB 1997, nr. 89 en CBB 12 december 1995, UCB 1995, 70 (beide met een beroep op het stelsel van de Plantenziektenwet). Zie ook par. 2.5.2.
108. CBB 8 november 1995, UCB 1995, 66 betrof de intrekking van een taxivergunning. Het is volgens deze uitspraak de bedoeling van de wetgever dat in deze sector grenzen, ook benedengrenzen, aan het vrije ondernemerschap kunnen worden gesteld. Voor het oordeel dat dit slechts mag door middel van een beleid dat betrokkene schadeloos stelt, 'valt geen aanknopingspunt te vinden'.
109. ARRvS 21 augustus 1984, AB 1984, 542 m.nt. Van Wijmen. Zie ook Vz. ARRvS 27 mei 1986, AB 1987, 267 m.nt. H.J. Simon en ABRvS 14 januari 1999, AB 1999, 203 m.nt. PJS: bij wegonttrekking ook de financiële belangen van aanwonenden meewegen.

schriften bindend bepaald aan de hand van welke criteria het besluit moet worden genomen. De gebondenheid is het sterkst als deze criteria geen ruimte laten voor een belangenafweging. Dan leidt de visie dat de verplichting tot nadeelcompensatie moet voortvloeien uit de verplichting tot zorgvuldige afweging van de bij een besluit betrokken belangen nergens toe.[110] Toch kunnen de gevolgen van een gebonden besluit in strijd zijn met het égalité-beginsel of een andere norm. De loskoppeling van nadeelcompensatie en belangenafweging brengt hier een oplossing. Als de gevolgen van een gebonden besluit in strijd zijn met het recht, kan dat, als aan de voorwaarden van het égalité-beginsel is voldaan, middels een zuiver schadebesluit worden gecompenseerd.[111] De rechtmatigheid van het besluit zelf neemt immers niet weg dat de gevolgen in strijd kunnen zijn met het recht. Het is dan wel gerechtvaardigd dat de oorzaak van de schade wordt gevonden in de hogere regeling waarop het gebonden besluit is gebaseerd. Het aansprakelijke overheidslichaam behoort te zijn het lichaam uit wiens gelederen de verbindende regeling afkomstig is.[112]

Doordat de belangenafweging van artikel 3:4 Awb niet langer het kader behoeft te zijn voor de beoordeling van de aanspraak op nadeelcompensatie, wordt ook de kring van belanghebbenden in het geschil over de nadeelcompensatie ruimer. Iemand die schade lijdt ten gevolge van een besluit, zal daardoor meestal een in artikel 1:2 Awb bedoelde belanghebbende zijn bij het schadeveroorzakende besluit. Maar dat is niet altijd het geval. Personen met een afgeleid belang, die bijvoorbeeld in een contractuele relatie staan tot de direct-belanghebbende bij het besluit, zijn zelf geen belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb. Deze personen kunnen uiteraard wel schade lijden ten gevolge van het besluit. Zij kunnen vervolgens een zuiver schadebesluit aanvragen en daartegen zonodig bezwaar en beroep instellen. Het staat niet op voorhand vast dat zij buiten de boot vallen.

---

110. ARRvS 19 juli 1988, Gst. 6876, 8. In Pres. CBB 9 juni 1999, UCB 1999, 40 stelt de president voorop dat bij de beoordeling in het kader van de Bestrijdingsmiddelenwet 1962 'een belangenafweging in beginsel niet in aanmerking kan komen'. Vervolgens wijst hij het verzoek om nadeelcompensatie af met als argument dat de schade valt onder het normale bedrijfsrisico. Deze ogenschijnlijke tegenstrijdigheid is waarschijnlijk te verklaren uit het feit dat verzoekers een beroep hadden gedaan op art. 1 Eerste Protocol EVRM, welk beroep, als het gegrond was geweest, het stelsel van de wet opzij had kunnen zetten.
111. Dit blijkt uit ABRvS 10 juli 2000, Gst. 7128, 9.
112. I.C. van der Vlies, Ongewenst aansprakelijk bij de uitvoering van regels, in: J.B.J.M. ten Berge, H.M. van de Kar, P.C.E. van Wijmen & M. Boogmans, Openbaar bestuur en aansprakelijkheid. Verkenning, vergelijking, voorkoming, Raad voor het binnenlands bestuur, Bestuur in beweging nr. 18, Den Haag 1995, p. 127-148.

3.5 Eigendomsbescherming als grondslag voor nadeelcompensatie

3.5.1 Inhoud en strekking van artikel 1 Eerste Protocol EVRM

Het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) bevat in het Eerste Protocol, artikel 1, een bepaling ter bescherming van het eigendomsrecht en het ongestoorde genot daarvan. Deze eigendomsbescherming is voor het nadeelcompensatierecht van belang, zowel waar het gaat om ontneming van eigendom, als waar het gaat om regulering van eigendom.

De bepaling kent een ruimer eigendomsbegrip dan onze eigen Grondwet en ons Burgerlijk Wetboek. Het heeft niet alleen betrekking op stoffelijke objecten, maar ook op rechten en belangen met een economische waarde.[113] Zo is een recht op een sociale zekerheidsuitkering of een bijstandsuitkering een 'possession'. In de zaak Tre Traktörer ging het om de intrekking van een drankvergunning van een restaurant in Zweden. Het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) merkte de economische belangen die gemoeid waren met de exploitatie van het bedrijf aan als 'possessions' in de zin van artikel 1 Eerste Protocol. Het behoud van de vergunning was een van de voorwaarden voor het instandhouden van het bedrijf en de intrekking ervan had negatieve effecten op de goodwill en de waarde van het restaurant. Daarom is de intrekking van de vergunning een inmenging in het ongestoord genot van de eigendom. Men mag aannemen dat van inmenging in de eigendom geen sprake is als de vergunninghouder zich begeeft buiten de reikwijdte van de verleende vergunning en deze daarom wordt ingetrokken. Dat doet zich bijvoorbeeld voor bij intrekking op grond van het niet naleven van vergunningvoorwaarden en bij intrekking in overeenstemming met de voorschriften die golden toen de vergunning werd verleend.[114]

Voor het nadeelcompensatierecht is deze eigendomsbescherming van belang doordat besluiten, hoewel op zich noodzakelijk in het algemeen belang, een inmenging in de eigendom tot gevolg kunnen hebben. In theorie doet zich dit steeds voor wanneer het genot van de eigendom (in de ruime zin als hiervoor aangegeven) wordt verstoord. In theorie, want in praktijk zal slechts in bijzondere gevallen een beroep op deze eigendomsbescherming worden gedaan. De mogelijkheden die het Nederlandse recht biedt voor nadeelcompensatie zijn, zoals hierna nog zal blijken, veel royaler dan die welke zijn af te leiden uit artikel 1 Eerste Protocol.

---

113. Aldus bijv. EHRM 23 februari 1995 (Gasus Dosier- und Fördertechnik), Series A, Vol. 306-B, par. 53: 'The Court recalls that the notion "possessions" (in French: biens) in Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is certainly not limited to ownership of physical goods: certain other rights and interests consituting assets can also be regarded as "property rights", and thus as "possessions", for the purposes of this provision.' Zie P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, B.P. Vermeulen, M.L.W.M. Viering & L.F. Zwaak, Theory and practice of the European Convention on Human Rights, 1998, p. 619-625.

114. P. van Dijk, G.J.H. van Hoof c.s., a.w. 1998, p. 624-625; A.W. Heringa, in: Eigendom in het milieurecht, Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS, Universiteit Utrecht, 2001, p. 21.

Artikel 1 Eerste Protocol EVRM luidt in de vertaling als volgt:

> '1. Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.
> 2. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.'

Aan deze bepaling heeft het EHRM drie regels ontleend. De eerste regel houdt in dat iedere persoon recht heeft op ongestoord genot van zijn eigendom. Daarin ligt besloten dat niet alleen bescherming wordt geboden tegen ontneming, maar ook tegen regulering van het gebruik van eigendom. De tweede regel biedt bescherming tegen ontneming van eigendom door te bepalen dat dit alleen mag geschieden in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. De derde regel, die is neergelegd in het tweede lid, bepaalt dat de staat bevoegd is om het gebruik van eigendom te reguleren in het algemeen belang.

3.5.2 Proportionaliteit en schadevergoeding

De grondslag voor nadeelcompensatie ingevolge artikel 1 EVRM vertoont een vrij grote mate van gelijkenis met die ingevolge het Nederlandse nadeelcompensatierecht. In deze paragraaf wordt die gelijkenis toegelicht.

Bij een *ontneming* van eigendom moet in het algemeen een verplichting tot schadevergoeding worden aangenomen. Deze verplichting vloeit voort uit de eis dat 'an interference with peaceful enjoyment of possessions must strike a "fair balance" between the demands of the general interests of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights'.[115] Die schadevergoeding moet in een redelijke verhouding staan tot de waarde van het onteigende goed, maar dat behoeft niet een volledige schadeloosstelling te zijn,[116] zoals dat wel is vereist in het Nederlandse onteigeningsrecht. Bij ontneming van eigendom zal vaak sprake zijn van een ingreep waarop de Onteigeningswet van toepassing is, zodat de daar gere-

---

115. EHRM 9 december 1994, Holy Monasteries/Griekenland, Series A, Vol. 301-A, NJ 1996, 374 m.nt. EAA en EHRM 23 september 1982, Sporrong and Lönnroth, A.52, NJ 1988, 290.
116. EHRM 9 december 1994, Holy Monasteries/Griekenland, Series A, Vol. 301-A, NJ 1996, 374 m.nt. EAA: normaal gesproken zal ontneming van eigendom zonder dat daar redelijke vergoeding tegenover staat, een disproportionele inmenging opleveren. Eigendomsontneming zonder enige compensatie kan in het licht van art. 1 Eerste Protocol slechts in zeer bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd zijn. Op grond van artikel 1 Eerste Protocol kan echter niet onder alle omstandigheden aanspraak worden gemaakt op volledige compensatie. Een vergoeding van minder dan de marktwaarde kan in het algemeen belang gerechtvaardigd zijn.

gelde waarborgen, met name de vooraf verzekerde schadeloosstelling, van toepassing zijn. Maar omdat het begrip eigendom in artikel 1 Eerste Protocol EVRM ruimer is dan in het Nederlandse recht, bestaan er ontnemingen in de zin van die bepaling, die niet een onteigening zijn waarop de Onteigeningswet betrekking heeft.

Is er geen sprake van ontneming van eigendom, dan kan er nog wel sprake zijn van de *regulering* van het gebruik van eigendom. In de jurisprudentie van het Hof worden ingrijpende maatregelen in de publiekrechtelijke sfeer, waar deze raken aan de eigendom maar geen ontneming zijn, in het licht geplaatst van het begrip regulering. Een inmenging in de eigendom door middel van regulering is alleen toelaatbaar als het algemeen belang dat vergt. Bij regulering van eigendom moet volgens de jurisprudentie van het Hof worden voorkomen dat disproportioneel nadeel ontstaat bij een individuele eigenaar. Die voorwaarde wordt door het EHRM geplaatst in het kader van de eis dat een 'fair balance' moet worden bereikt tussen de nagestreefde algemene belangen van de gemeenschap en de bescherming van de fundamentele rechten van individuele betrokkenen. Deze proportionaliteitseis geldt dus niet alleen bij ontneming, maar ook bij regulering van het gebruik van de eigendom.[117] Ook bij regulering kan een schadevergoedingsplicht voortvloeien uit de proportionaliteitseis. Maar die plicht wordt minder snel aangenomen dan bij ontneming van eigendom, omdat aan de overheid ruimte wordt gelaten bij het verrichten van een belangenafweging.

De 'fair balance', die artikel 1 Eerste Protocol verlangt bij ontneming of regulering van het gebruik van eigendom, wordt in de jurisprudentie van het EHRM vermoed afwezig te zijn wanneer een betrokkene 'has to bear an individual and excessive burden'.[118] Daarbij heeft de Hoge Raad aansluiting gezocht in het arrest over de Wet herstructurering varkenshouderij (Whv), waarin deze wet werd getoetst aan artikel 1 Eerste Protocol.

> Bij die wet was besloten tot korting op de eerder bij wet toegekende mestproductie-/varkensrechten. De Hoge Raad overwoog dat na verwijzing onderzocht zal moeten worden of de bestreden maatregelen voor één of meer van de getroffen varkenshouders 'in verband met bijzondere, niet voor alle varkenshouders geldende, feiten en omstandigheden een "individual and excessive burden" vormen en of de desbetreffende bepalingen van de Whv om die reden voor hen buiten toepassing moeten worden gelaten, althans zolang niet is voorzien in een adequate financiële compensatie'.[119]

In het bredere verband van de proportionaliteitstoets, waarin wordt gezocht naar een evenwicht tussen het nagestreefde algemene belang en de bescherming van het

---

117. EHRM 23 februari 1995 (Gasus Dosier- und Fördertechnik), Series A, Vol. 306-B, par. 62: 'The concern to achieve this balance is reflected in the structure of Article 1(P1-1) as a whole, including the second paragraph: there must therefore be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued.' Ook: EHRM 7 juli 1989 (Tre Traktörer), Series A, Vol. 159, par. 59.
118. In geval van ontneming: EHRM 21 februari 1986 (James and others), Series A, Vol. 98, par. 50. In geval van regulering van het gebruik: EHRM 23 februari 1995 (Gasus Dosier- und Fördertechnik), Series A, Vol. 306-B, par. 67.
119. HR 16 november 2001, AB 2002, 25 m.nt. PvB.

eigendomsrecht, kan de omstandigheid dat de eigenaar een individuele en onevenredig zware last draagt, meebrengen dat de overheid verplicht is om, in de woorden van A-G Mok, 'maatregelen te treffen die het ondervonden nadeel van betrokkenen opheft of zoveel mogelijk beperkt'.[120] Blijkens de overwegingen van de Hoge Raad kan zo'n maatregel bestaan uit een financiële compensatie. Het criterium van een 'individual and excessive burden' wijst erop dat de grondslag van het recht op schadevergoeding ingevolge artikel 1 Eerste Protocol gelijkenis vertoont met het égalité-beginsel volgens het Nederlandse recht.

Het EHRM heeft de proportionaliteitstoets niet beperkt tot een afweging van bepaalde soorten belangen. Uit de jurisprudentie blijkt dat alle omstandigheden van het geval kunnen worden meegewogen. Zowel aan de kant van de overheid als aan de kant van de eigenaar kunnen allerlei factoren een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of het vereiste evenwicht aanwezig is.

Deze ruimte in de belangenafweging wordt allereerst zichtbaar bij de toepassing van de regel dat de ingreep het algemeen belang moet dienen. Hierbij laat het EHRM een grote discretionaire ruimte aan de nationale overheden: 'a wide margin of appreciation'. Het EHRM respecteert het oordeel van de nationale wetgever over wat nodig is in het algemeen belang, tenzij dat oordeel duidelijk een redelijke onderbouwing mist.[121] Van Dijk en Van Hoof cum suis verwijzen naar jurisprudentie waarin een uiteenlopend scala aan algemene belangen als zodanig werd erkend: op het terrein van sociale en economische politiek, ruimtelijke ordening, milieu enzovoort.[122]

Aan de kant van de eigenaar spelen uiteenlopende factoren en belangen een rol. Zo werd in de zaak Gasus Dosier- und Fördertechnik en in de zaak Pine Valley Developments gewicht toegekend aan het feit dat de eigenaar een commerciële activiteit verrichtte, waaraan een zeker risico inherent is.[123] In de zaak Fredin werd de eigenaar voorgehouden dat hij met mogelijke overheidsmaatregelen rekening had moeten houden omdat zijn exploitatiemogelijkheden al langer door toenemende overheidsregulering werden beperkt. Ook in de zaak Tre Traktörer werd rekening gehouden met de voorzienbaarheid van de getroffen maatregel (een intrekking van een vergunning). Maar aan de andere kant werd meegewogen dat de autoriteiten ook drie positieve beslissingen ten aanzien van het bedrijf van de eigenaar hadden genomen, waardoor verwachtingen waren gewekt. In de zaak Sporrong en Lönnroth werd het evenwicht tussen de bescherming van het eigendomsrecht en het algemeen belang verstoord door de lange geldigheidsduur van de onteigeningsvergunningen die de Zweedse regering aan het gemeentebestuur van Stockholm verleend had, waardoor de eigenaars te lang in onzekerheid verkeerden. Alle omstandigheden van het geval kunnen een rol spelen, waarbij het opvalt dat aan het element van de voorzienbaar-

---

120. Conclusie A-G Mok bij HR 26 november 2001, AB 2002, 25 (sub 7.7.3).
121. EHRM 19 december 1989 (Mellacher and others), Series A, Vol. 169.
122. P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, B.P. Vermeulen, M.L.W.M. Viering & L.F. Zwaak, Theory and practice of the European Convention on Human Rights, 1998, p. 640.
123. EHRM 29 oktober 1991 (Pine Valley Developments), Series A, Vol. 222.

heid regelmatig en nadrukkelijk gewicht wordt toegekend. Dit wijst erop dat het recht op schadevergoeding ingevolge artikel 1 Eerste Protocol voor een belangrijk deel op dezelfde principes berust als het Nederlandse recht op nadeelcompensatie.

Er bestaat evenwel ook een belangrijk verschil tussen de schadevergoedingsplicht ingevolge artikel 1 en die ingevolge het Nederlandse nadeelcompensatierecht. Dat verschil heeft te maken met de terughoudendheid bij de toepassing van de proportionaliteitseis. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat zeer terughoudend wordt getoetst aan de proportionaliteitseis. In de zaak Tre Traktörer werd bijvoorbeeld overwogen dat de intrekking van de vergunning een zware last tot gevolg had en dat de autoriteiten minder ingrijpende maatregelen hadden kunnen nemen, maar dat er toch een 'fair balance' was bereikt tussen het algemeen belang (de Zweedse politiek met betrekking tot de consumptie van alcohol) en de economische belangen van de eigenaar.

3.5.3 Een vergelijking van grondslagen

Tegen de achtergrond van deze jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad richt ik de schijnwerper op het criterium van een 'individual and excessive burden', of wel een 'charge spéciale et exorbitante', ook te noemen een individuele en buitengewone last. Hoe verhoudt zich dit criterium tot de grondslagen voor nadeelcompensatie naar Nederlands recht?

Alkema heeft er al in 1988 op gewezen dat dit criterium doet denken aan de 'égalité devant les charges publiques'.[124] Hij stelt evenwel terecht dat het EHRM bij de toepassing van het criterium ook betekenis toekent aan de rechtszekerheid. Ook in de hiervoor aangehaalde overweging van de Hoge Raad in het arrest over de Whv is het égalité-beginsel herkenbaar. De Hoge Raad neemt een mogelijke schadevergoedingsplicht alleen in ogenschouw voor een speciale groep varkenshouders, die zich onderscheiden van de rest van de varkenshouders doordat er iets bijzonders met ze aan de hand is. Bijzonder kan onder meer zijn dat zij worden getroffen in rechten die zij tegen betaling hebben verworven, 'waarbij met name van belang is in hoeverre de Staat verwachtingen heeft gecreëerd, die bijvoorbeeld tot uitdrukking zijn gekomen in de prijs waartegen de betrokken rechten zijn verworven'. Daarin onderscheiden zich deze varkenshouders van de rest van de referentiegroep, dus van de groep normalen (om ze zo maar even te noemen) 'die door de bestreden maatregelen slechts getroffen zijn in mestproductierechten of varkensrechten die ingevolge de wet aan hen zijn toegekend en die zij niet op andere wijze tegen betaling hebben verworven'.[125] De Hoge Raad geeft met deze overwegingen aan dat de getroffen varkens-

---

124. E.A. Alkema in zijn annotatie bij het arrest in de zaak Sporrong en Lonnroth, EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290. Zie ook zijn beschouwing The Concept of property – In particular in the European Convention on Human Rights, in: J-P Loof, H. Ploeger & A. van der Steur (red.), The right to property, Maastricht 2000, p. 17-28.

125. HR 26 november 2001, AB 2002, 25 r.o. 7.3.

houders, die gebukt gaan onder een individuele en buitengewone last, kunnen worden opgespoord aan de hand van de richtinggevende uitgangspunten gelijkheid, rechtszekerheid en vertrouwen.

Uit dit arrest van de Hoge Raad blijkt dat de compensatieverplichtingen die kunnen voortvloeien uit artikel 1 Eerste Protocol ten dele overeenkomen met die welke kunnen voortvloeien uit de toepassing van het égalité-beginsel in het Nederlandse recht. Maar de beide bronnen vallen niet geheel samen. Het toetsingskader van artikel 1 Eerste Protocol is niet principieel beperkt tot het égalité-beginsel en omvat ook elementen van rechtszekerheid en vertrouwen. Alle omstandigheden van het geval kunnen worden meegewogen in de proportionaliteitstoets. Het is bijvoorbeeld niet uitgesloten dat een algemeen geldende maatregel in het licht van artikel 1 Eerste Protocol wordt aangemerkt als een disproportionele inmenging in de eigendom van (een grote meerderheid van) alle personen tot wie de maatregel is gericht. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen als een verbod wordt uitgevaardigd op bepaalde bedrijfsactiviteiten (of een hele bedrijfstak), waarvan kort tevoren nog uitdrukkelijk was besloten dat zij konden worden voortgezet.[126] Dat zou een disproportionele inbreuk op de rechtszekerheid van bedrijfseigenaren kunnen zijn. De aansprakelijkheid is dan niet zozeer gebaseerd op het égalité-beginsel maar veeleer op rechtszekerheid en gewekte verwachtingen.

Geeft artikel 1 Eerste Protocol de eigenaar nu meer mogelijkheden tot nadeelcompensatie dan het Nederlandse recht? De proportionaliteitsafweging in het kader van artikel 1 Eerste Protocol is principieel ruimer dan die volgens het égalité-beginsel, omdat zij ook elementen van rechtszekerheid en vertrouwen omvat. In het Nederlandse recht wordt de verplichting tot nadeelcompensatie meestal gebaseerd op het égalité-beginsel. Nu de Afdeling bestuursrechtspraak heeft overwogen dat een recht op nadeelcompensatie *uitsluitend* kan worden gebaseerd op het égalité-beginsel, rijst de vraag of de bescherming die artikel 1 Eerste Protocol biedt principieel ruimer is dan de bescherming die de Afdeling biedt. Die conclusie kan niet worden getrokken. In paragraaf 2.6.2 heb ik betoogd dat men uit de genoemde overweging van de Afdeling niet zo maar mag afleiden dat naar geldend Nederlands recht geen verplichting tot nadeelcompensatie meer kan worden ontleend aan het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel. Zou de Nederlandse rechtsontwikkeling evenwel die kant op gaan, dan *lijkt* de bescherming van artikel 1 Eerste Protocol een alternatieve grondslag te bieden voor nadeelcompensatie op grond van rechtszekerheid of vertrouwen. Maar het EHRM blijkt zo terughoudend te toetsen aan de proportionaliteitseis dat eigenaren daar niet veel van te verwachten hebben, tenzij hun eigendom (de facto) wordt *ontnomen*, want dan hebben ze in de regel recht op schadevergoeding. De bescherming die artikel 1 Eerste Protocol biedt, is natuurlijk wel van onmisbare betekenis voor inmenging in de eigendom bij formele wet, want de Nederlandse

126. Denk aan het in par. 2.4 al genoemde wetsvoorstel Verbod op pelsdierhouderij, TK 2001-2002, 28 048.

rechter mag de formele wet niet toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen of aan de Grondwet.

3.5.4 Tussen ontneming en regulering

Schadevergoedingsplichten vloeien uit artikel 1 Eerste Protocol vooral voort als eigendom wordt ontnomen in de zin van het eerste lid van deze bepaling. De proportionaliteitstoetsing die het EHRM verricht bij de beoordeling van ingrepen die het gebruik van eigendom slechts reguleren, blijkt zeer terughoudend te zijn. Het is dus voor gedupeerden van belang grondig de mogelijkheden te onderzoeken van een vordering gebaseerd op de stelling dat hun eigendom is ontnomen. Het is daarom goed er nog even bij stil te staan dat de grens tussen ontneming en regulering niet steeds scherp te trekken is. Dit heeft bijvoorbeeld in het kader van de Wet herstructurering varkenshouderij tot een fundamentele discussie geleid.[127] Inmiddels is duidelijk dat de intrekking van een vergunning of de ontneming van een mestproductierecht moet worden aangemerkt als de regulering van eigendom, waarbij niet de vergunning of het productierecht het object van de eigendomsbescherming vormt, maar het geëxploiteerde bedrijf zelf. Dit kwam aan de orde in het arrest van de Hoge Raad inzake de Wet herstructurering varkenshouderij (Whv).[128] In dat arrest wordt ervan uitgegaan dat een vergunning niet zelf het aanknopingspunt voor de eigendomsbescherming is, maar het met die vergunning uitgeoefende bedrijf. De Hoge Raad overwoog dat dit niet anders is als het gaat om zelfstandig, los van het bedrijf, overdraagbare rechten, zoals mestproductierechten en varkensrechten. Voor deze benadering is tot op zekere hoogte steun te vinden in de jurisprudentie van het EHRM[129] en het Hof van Justitie EG.[130] De ontneming van een vergunning wordt ingevolge deze jurisprudentie niet gezien als een ontneming van eigendom, omdat het bedrijf waarop de vergunning betrekking had in handen bleef van de eigenaar en ook na de overheidsmaatregel bruikbaar was voor enig doel en een economische waarde vertegenwoordigde (ook al was die waarde gedaald).

De Hoge Raad volgt dus de gangbare interpretatie van de jurisprudentie van het EHRM, maar hij heeft ook iets van zichzelf toegevoegd, want het gaat in het geval van

---

127. Zie daarover P. de Haan, G.M.F. Snijders & D.W. Bruil, Wet herstructurering varkenshouderij: onrechtmatig en ondoelmatig, NJB 1998, p. 260; J.E. Hoitink & Ch.W. Backes, Eigendom van 'milieuvervuilingsrechten, NJB 1999, p. 1759-163 en de discussie met P. de Haan, T. Barkhuysen en M. van Emmerik in NJB 1999, p. 2023-2026. En mede in het licht van de gezondheids- en welzijnswet voor dieren P.A. de Hoog, Mond- en klauwzeer en het EVRM, NJB 2001, p. 798-803.
128. HR 16 november 2001, AB 2002, 25 m.nt. PvB.
129. EHRM 7 juli 1989, Series A, Vol. 159 (Tre Traktörer), par. 53: 'The Court takes the view that the economic interests connected with the running of Le Cardinal were "possessions" for the purposes of Article 1 of the Protocol (P1-1)'; respectievelijk par. 55: 'The Court finds, however, that the withdrawal of TTA's licence to serve alcoholic beverages in Le Cardinal consituted a measure of control of the use of property, which falls to be considered under the second paragraph of Article 1 of the Protocol (P1-1).' Ook: EHRM 18 februari 1991, Series A, Vol. 192 (Fredin).
130. HvJ EG 15 april 1997, zaak C-22/94 (Irish Farmers).

de Whv om rechten die, los van het bedrijf waarop zij betrekking hebben, overdraagbaar en verhandelbaar zijn en daarom een economische waarde vertegenwoordigen. In de jurisprudentie van het EHRM is niet aan de orde geweest of dat een reden is om het ontnemen van deze rechten aan te merken als een ontneming van eigendom in de zin van artikel 1 lid 1 Eerste Protocol.[131] Annotator Van Buuren constateert dat de Hoge Raad eigenlijk niet motiveert waarom die overdraagbaarheid het niet anders maakt. Hij suggereert dat de verklaring erin kan liggen dat overdraagbaarheid van een recht nog niet alles zegt over de economische waarde ervan. Ook een bedrijfs- of persoonsgebonden vergunning kan economische waarde hebben, terwijl die niet zelfstandig overdraagbaar is. Zo bezien is de jurisprudentie van het EHRM over vergunningen in beginsel ook toepasbaar op zelfstandig overdraagbare rechten.

Nu ervan uitgegaan moet worden dat volgens de Hoge Raad en het EHRM de ontneming van een vergunning (of een vergelijkbaar recht) op zich nog geen formele ontneming van eigendom impliceert, moet dit ook als uitgangspunt worden genomen waar een algemeen verbod wordt uitgevaardigd op wat voorheen gewoon was toegestaan.[132] Een aanwijzing voor de juistheid van deze gevolgtrekking vormt ook het arrest van het EHRM in de zaak Van Marle. Daarin was aan de orde een weigering van inschrijving als accountant-administratieconsulent. Klagers betoogden dat hierdoor hun inkomen en de waarde van de door hen opgebouwde goodwill waren verminderd en dat hun eigendom hen gedeeltelijk was ontnomen. Het Hof beschouwde dit als een 'interference with their right to the peaceful enjoyment of their possessions'. Er was dus wel een inmenging in de eigendom, maar deze werd aangemerkt als een regulering van de eigendom en niet als een ontneming.[133]

Is de maatregel geen formele ontneming van eigendom, dan kan zij nog een de facto ontneming van eigendom zijn. De maatregel kan zulke ingrijpende gevolgen hebben dat een formeel nog bestaand eigendomsrecht praktisch geen betekenis meer heeft.[134] Uit het arrest van het EHRM in de zaak Fredin valt het een en ander op te maken over de criteria aan de hand waarvan kan worden bepaald of sprake is van de facto ontneming van eigendom.[135] Het ging om de intrekking van een vergunning voor de exploitatie van een kiezelgroeve. Het Hof onderzocht in die zaak of er na de maatregel nog een alternatieve vorm van gebruik overblijft en of de eigendom nog

---

131. In de zaak Tre Traktörer is expliciet gegeven dat het om een niet-overdraagbare vergunning ging (par. 17). In de zaak Fredin besteedt het EHRM geen aandacht aan het al dan niet overdraagbaar zijn.
132. Dat blijkt alleen al hieruit dat de intrekking van een vergunning in wezen neerkomt op het weer van kracht doen worden van een wettelijk verbod. Een vergunning is immers een uitzondering op een wettelijk verbod.
133. EHRM 26 juni 1986, Series A. 101 (Van Marle). Het Hof oordeelde dat de inmenging gerechtvaardigd werd door algemene belangen.
134. Ook in de zaak van de Wet varkenshouderij kwam dit aan de orde. Het hof had geoordeeld dat de effecten van de maatregel op de getroffen bedrijven niet zodanig ingrijpend zijn dat die maatregel als een ontneming van eigendom moet worden aangemerkt. Volgens de Hoge Raad was dit in cassatie niet bestreden (maar P.A. de Hoog betwijfelt of dat klopt: Varkensrechten en het EVRM, Agrarisch recht 2002, p. 80-84).
135. EHRM 18 februari 1991, Serie A, Vol. 192 (Fredin/Zweden), par. 43-47.

enige waarde behoudt.[136] Uit de wijze van beoordeling in deze zaak valt af te leiden dat het Hof zeer terughoudend toetst. Bij de vraag of er nog een zinvolle alternatieve vorm van gebruik overblijft, wordt – met inachtneming van de concrete omstandigheden van het geval – bezien of de overblijvende eigendommen nog gebruikt kunnen worden. Daarbij worden de specifieke kenmerken van het getroffen bedrijf en het geheel van alle aan het bedrijf toekomende percelen bekeken. Het onteigende perceel lag temidden van andere percelen, die aan dezelfde eigenaar toebehoorden en die door de intrekking van de vergunning niet werden getroffen. Bij de beantwoording van de vraag of de eigendom na de maatregel nog waarde behoudt, wordt betekenis gehecht aan het feit dat het eigendomsrecht niet wordt ontnomen. Daarnaast wordt benadrukt dat in een sector waar de overheidsregulering gaandeweg toeneemt, er rekening mee moet worden gehouden dat de exploitatiemogelijkheden op een gegeven moment onzeker kunnen worden. Zo kwam het Hof tot het oordeel dat er geen sprake was van (de facto) ontneming van eigendom, maar wel van regulering van eigendom. Daarbij werd blijkbaar mede van belang geacht in hoeverre de maatregel voorzienbaar was.

Van de facto ontneming van eigendom kan sprake zijn als er geen zinvolle alternatieve vorm van gebruik overblijft of de eigendom van elke waarde wordt beroofd. Dit wordt bevestigd in de zaak Pine Valley Developments, waarin het ging om een besluit dat gevolgen had voor de mogelijkheden om in een bepaald gebied te bouwen. Het EHRM overwoog dat 'the land was not left without any meaningful alternative use, for it could have been farmed or leased'. En over de resterende waarde overwoog het: 'although the value of the site was substantially reduced, it was not rendered worthless, as is evidenced by the fact that it was subsequently sold in the open market'.[137]

3.6 Het beeld van de rechtsgrondslagen

In dit hoofdstuk is gebleken dat een verplichting tot nadeelcompensatie kan voortvloeien uit verschillende grondslagen. Literatuur en jurisprudentie hebben voeding gegeven aan de suggestie dat alleen het égalité-beginsel die grondslag zou bieden. Of wellicht leeft de gedachte dat uiteindelijk alle grondslagen tot het égalité-beginsel te herleiden zijn. Op basis van de analyse in dit hoofdstuk concludeer ik evenwel dat de volgende afzonderlijke grondslagen moeten worden onderscheiden.

– De beperkte proportionaliteitseis is een reden tot nadeelcompensatie indien de nadelige gevolgen van een besluit moeten worden verzacht om te voorkomen dat het besluit onrechtmatig zal zijn. De ruime proportionaliteitseis heb ik verworpen.

136. Dit komt ook naar voren uit het arrest EHRM 16 september 1996, nr. 44/1995/550/636, Reports 1996-IV in de zaak Matos e Silva tegen Portugal.

137. EHRM 29 oktober 1991 (Pine Valley Developments), Series A, Vol. 222.

- Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel kunnen tot nadeelcompensatie leiden. Deze beginselen staan niet onder alle omstandigheden in de weg aan een wijziging van het rechtsregime of niet-nakoming van gewekte verwachtingen. Zij verplichten wel tot een zorgvuldige belangenafweging, aandacht voor overgangsmaatregelen en eventueel nadeelcompensatie.[138] De toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel vindt dus primair plaats in het kader van de beoordeling of de belangenafweging evenwichtig is geweest.
- Het égalité-beginsel komt aan de orde als de rechtmatigheid van het besluit een gegeven is. Dit is alleen toepasbaar als een speciale en abnormale benadeling ontstaat als gevolg van de behartiging van een algemeen belang. Dit beginsel interfereert met het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Een burger kan zich van andere burgers onderscheiden doordat bij hem verwachtingen zijn gewekt. Omgekeerd is er geen reden een burger (op kosten van de gemeenschap) tegen ongelijke belasting te beschermen indien hij zichzelf bewust in die nadelige positie heeft gebracht (eigen schuld en risicoaanvaarding). Maar de toepassing van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel gaat niet geheel in de toepassing van het égalité-beginsel op. Het verschil zit met name in de gevallen waarin het schadeveroorzakende besluit niet is verricht ter behartiging van een algemeen belang.
- De eigendomsbescherming ingevolge artikel 1 Eerste protocol EVRM biedt de minimaal gegarandeerde bescherming tegen onevenredige benadeling bij inmenging in de eigendom. De grondslagen voor nadeelcompensatie ingevolge deze bepaling vertonen veel gelijkenis met die van het Nederlandse nadeelcompensatierecht. Tot de richtinggevende uitgangspunten in de jurisprudentie van het EHRM behoren proportionaliteit, gelijkheid, rechtszekerheid en vertrouwen.

Uit deze schets blijkt dat de grondslagen onderling met elkaar in verbinding staan of, anders gezegd, zij interfereren met elkaar.[139] Een burger kan een speciale en abnormale last dragen omdat hij op basis van gewekte verwachtingen geen rekening behoefde te houden met de benadeling. Een inmenging in de eigendom kan disproportioneel zijn omdat een individuele en onevenredig zware last op de schouders van de eigenaar wordt gelegd. Maar het is geen lood om oud ijzer welke grondslag men kiest.

- Zoekt men de grondslag in het égalité-beginsel, dan moet het nadeel zijn toegebracht door een in het algemeen belang genomen besluit.

---

138. Daarover J.E. Hoitink, Bestaande rechten in het milieurecht, Deventer 1998, par. 4.2.2.
139. De term interferentie ontleen ik aan P. Nicolaï, Beginselen van behoorlijk bestuur, Deventer 1990, hoofdstuk 14.

- Kiest men voor het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel, dan komen ook nadelen in aanmerking die zijn veroorzaakt door een besluit dat uitsluitend in het belang van een particulier werd genomen.
- Een keuze voor de beperkte proportionaliteitseis past alleen in gevallen waarin het doel van een besluit net niet opweegt tegen de nadelige gevolgen. Door de gevolgen te verzachten wordt de verlangde proportionaliteit bereikt. Lukt dit niet, dan vertaalt zich die mislukking in een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.
- Met een beroep op de eigendomsbescherming van artikel 1 Eerste Protocol EVRM kan de wet in formele zin opzij worden gezet. Dit is met een beroep op de andere grondslagen niet mogelijk.

In de volgende twee hoofdstukken zal blijken dat er nog meer reden is om de verschillende grondslagen goed te onderscheiden, omdat alleen het égalité-beginsel is erkend als een *zelfstandige* grondslag voor nadeelcompensatie, dat wil zeggen een grondslag op basis waarvan een bestuursorgaan een zuiver schadebesluit kan nemen.

4 Het égalité-beginsel als zelfstandige rechtsgrond voor nadeelcompensatie

Uit het voorgaande blijkt dat de verplichting tot nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel *niet* berust op een onrechtmatige belangenafweging bij het nemen van het besluit. Het égalité-beginsel is een zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie. In de jurisprudentie van de Afdeling wordt het onderscheid tussen de rechtmatigheidstoetsing van het besluit en de vaststelling van een verplichting tot nadeelcompensatie geleidelijk aan zichtbaar. De jurisprudentie van de Hoge Raad hobbelt daar nog wat twijfelend achteraan, hetgeen begrijpelijk is omdat het burgerlijk recht een semi-gesloten systeem van verbintenissen tot schadevergoeding kent.

4.1 Het égalité-beginsel als zelfstandige rechtsgrond volgens de Afdeling bestuursrechtspraak

In de zaak Van Vlodrop overwoog de Afdeling:

> 'dat de bevoegdheid tot het nemen van een beslissing op een verzoek om schadevergoeding, voorzover het schade betreft die is ontstaan door de rechtmatige uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, berust op het – mede aan artikel 3:4, tweede lid, van de Awb ten grondslag liggende – rechtsbeginsel van "égalité devant les charges publiques" (gelijkheid voor de openbare lasten). Op grond van dit beginsel zijn bestuursorganen gehouden tot compensatie van onevenredige – buiten het normale maatschappelijk risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade die is ontstaan in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding.'[140]

Hiermee heeft de Afdeling een algemene, ongeschreven rechtsgrond voor nadeelcompensatie erkend. Uitdrukkelijk overweegt zij dat het hier gaat om schade ten gevolge van *rechtmatige* uitoefening van aan het publiekrecht ontleende bevoegd-

140. ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB, voorafgegaan door ABRvS 18 februari 1997, AB 1997, 143 m.nt. PvB.

heden. Bezwaar of beroep tegen het schadeveroorzakende besluit is dus geen absolute voorwaarde om aanspraak op nadeelcompensatie te kunnen maken. De formele rechtskracht van het schadeveroorzakende besluit kan niet worden tegengeworpen aan de benadeelde die om schadevergoeding verzoekt. Hij beroept zich immers niet op een onrechtmatige daad.

Het was na de uitspraak van de Afdeling in de zaak Van Vlodrop niet zeker of de Afdeling het zo bedoeld had. Het aanwezig achten van een verplichting tot nadeelcompensatie nadat het schadeveroorzakende besluit formele rechtskracht heeft verkregen, was moeilijk in overeenstemming te brengen met de gedachte dat het bestuursorgaan op grond van artikel 3:4 lid 2 Awb het égalité-beginsel moet toepassen in het kader van de belangenafweging voorafgaande aan het nemen van een besluit. Want als het besluit formele rechtskracht heeft verkregen, wordt het geacht rechtmatig te zijn, zowel voor wat betreft de inhoud als voor wat betreft de wijze van totstandkomen. Dat is althans vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. De formele rechtskracht van een besluit waarbij geen nadeelcompensatie is toegekend, brengt dan mee dat dit besluit, ook voor wat betreft het ontbreken van nadeelcompensatie, geacht wordt rechtmatig te zijn. Tegelijk bleek evenwel uit de uitspraak Van Vlodrop dat een buitenwettelijk zuiver schadebesluit mogelijk werd gemaakt en bovendien van een uitgebreide dogmatische fundering werd voorzien. Dat zou nauwelijks zin hebben als vervolgens de verzoeken om nadeelcompensatie zouden afketsen op de formele rechtskracht van het schadeveroorzakende besluit, behoudens de gevallen waarin een uitzondering op de formele rechtskracht moet worden gemaakt (dat zijn met name de gevallen waarin het bestuursorgaan erkent dat het besluit niet deugde).

In de literatuur was al vóór de uitspraak in de zaak Van Vlodrop het standpunt ingenomen dat het besluit over nadeelcompensatie losgekoppeld zou moeten worden van het schadeveroorzakende besluit zelf. Konijnenbelt bepleitte de mogelijkheid om in beroep te gaan tegen een zuiver schadebesluit zonder de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit aan te vechten. De constructie van beroep tegen een onzuiver schadebesluit heeft het belangrijke nadeel dat de rechtskracht van het besluit wordt bedreigd, waardoor onzeker is of het zal standhouden, terwijl er zwaarwegende maatschappelijke belangen gediend kunnen zijn met de uitvoering van het besluit.[141] Naar aanleiding van de nieuwe jurisprudentie heeft Verheij aangenomen dat de belanghebbende het nadeelveroorzakende besluit kan laten voor wat het is en later een zuiver schadebesluit kan uitlokken.[142]

Inmiddels is er – naast de al aangehaalde overweging uit de uitspraak in de zaak Van Vlodrop – goede reden om te verwachten dat de jurisprudentie van de Afdeling zich inderdaad zo ontwikkelt dat het niet meer nodig is het schadeveroorzakende besluit aan te vechten als men zich niet beroept op de onrechtmatigheid ervan en

141. W. Konijnenbelt, De administratieve rechter als schadevergoedingsrechter, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, 1996, p. 19.

142. N. Verheij, in: Verschuiving van de magische lijn, VAR-reeks 122, Alphen a/d Rijn 1999.

vervolgens nog wel om nadeelcompensatie kan vragen. In de uitspraak Kartonfabriek Britannia was een geval aan de orde waarin nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel werd gevorderd zonder dat het schadeveroorzakende besluit ooit was aangevochten. De uitspraak bevat de volgende passages.

> 'Het schadeveroorzakende besluit waarom het hier gaat is volgens appellanten de aan Britannia verleende vergunning krachtens de WVO van 27 september 1977. (...) Nadrukkelijk stellen appellanten dat het hier gaat om schade, geleden ten gevolge van een rechtmatige overheidsdaad. Het gaat volgens appellanten namelijk om schade die bij Britannia is terechtgekomen, terwijl anderen in een min of meer gelijke positie niet worden getroffen. Het gaat daarbij, nog steeds volgens appellanten, om schade die niet geacht kan worden te behoren tot het normaal maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico van Britannia en evenmin betreft het schade die een gevolg is van voorzienbare maatschappelijke ontwikkelingen. *Alle gevoerde verweren die zijn terug te voeren op de formele rechtskracht van de vergunning uit 1977 falen dan ook, aangezien appellanten zich niet beroepen op onrechtmatigheid van die vergunning.* Vervolgens overweegt de Afdeling dat het door Britannia geleden nadeel niet zijn oorzaak vindt in de vergunning uit 1977. 'Dit leidt tot het oordeel dat de gestelde oorzaak niet de oorzaak van de gestelde schade is.'[143]

In deze uitspraak wordt inhoudelijk geoordeeld over het gestelde recht op nadeelcompensatie, uitgaande van de rechtmatigheid van de in het verleden verleende vergunning die formele rechtskracht heeft verkregen. De eis stuit uiteindelijk af op het ontbreken van causaal verband tussen de gestelde oorzaak (de vergunning) en de gestelde schade.[144]

Uit deze jurisprudentie blijkt dat het égalité-beginsel, als algemene, ongeschreven rechtsgrond voor nadeelcompensatie, in rechte afdwingbare verplichtingen doet ontstaan, zonder dat daaraan de voorwaarde wordt verbonden dat het schadeveroorzakende besluit wordt aangevochten. Dit impliceert dat de verplichting tot nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel *niet* berust op een onrechtmatige belangenafweging bij het nemen van het besluit. Anders zou immers het beginsel van formele rechtskracht meebrengen dat er geen verplichting tot nadeelcompensatie bestaat als het schadeveroorzakende besluit niet is vernietigd of herroepen. Dit laatste zou de gehele Van Vlodrop-jurisprudentie onderuithalen, voorzover het betreft schade ten gevolge van rechtmatige besluiten. Het zou immers betekenen dat steeds ook het schadeveroorzakende besluit moet worden aangevochten, tenzij het bestuursorgaan zelf de onrechtmatigheid van de belangenafweging al erkent. Het is in dit licht de vraag waarom de Afdeling overweegt dat het égalité-beginsel mede ten

---

143. ABRvS 24 februari 2000, JB 2000, 97.

144. Ik heb mij nog afgevraagd of de in het hiervoor geplaatste citaat cursief gedrukte zin misschien het standpunt van appellanten bedoelt weer te geven in plaats van een oordeel van de Afdeling. Letterlijk gelezen is het een oordeel van de Afdeling. Die interpretatie strookt ook met het feit dat de Afdeling vervolgens ingaat op de inhoudelijke beoordeling van het causale verband, want dat zou geen zin hebben als de eis al af zou stuiten op de formele rechtskracht van de gestelde schadeoorzaak. Voor de perfectionisten: de beoordeling van het causaal verband in r.o. 2.9 van deze uitspraak kan niet bedoeld zijn als een oordeel over de materiële connexiteit, want die is door de Afdeling al aangenomen in de voorafgaande r.o. 2.8.

grondslag ligt aan artikel 3:4 lid 2 Awb. Misschien is er gezocht naar een wettelijk aanknopingspunt voor ingrijpende jurisprudentie. Enige voorzichtigheid heeft zij daarbij inachtgenomen door te overwegen dat het beginsel 'mede' aan die bepaling ten grondslag ligt. Als daarbij wordt betrokken dat de Afdeling algemene gelding aan het égalité-beginsel toekent, is het duidelijk dat de toepassing van dit beginsel niet beperkt blijft tot het kader van artikel 3:4 lid 2 Awb.

Er ligt een belangrijke processuele beperking besloten in de jurisprudentie over de zuivere schadebesluiten: de processuele connexiteitseis. Een zuiver schadebesluit is alleen vatbaar voor beroep bij de bestuursrechter indien de gestelde schadeoorzaak dat ook is (of was). Daardoor blijft de bestuursrechtelijke afdwingbaarheid beperkt tot gevallen waarin de schade is toegebracht door appellabele handelingen. Is de belanghebbende benadeeld door een niet-appellabel besluit of door feitelijk handelen of een rechtshandeling naar burgerlijk recht, dan is hij aangewezen op de civiele procedure.

4.2 Het égalité-beginsel als zelfstandige rechtsgrond volgens de Hoge Raad

Daarom is het van belang, wil men een compleet beeld krijgen van de nadeelcompensatie in het Nederlandse recht, of ook de burgerlijke rechter een algemene, ongeschreven grondslag voor nadeelcompensatie erkent. Dit is een heikel punt. De Hoge Raad erkent geen algemene grondslag voor schadevergoeding bij rechtmatige daad. De Hoge Raad erkent wel het égalité-beginsel, maar plaatst dat in het kader van de onrechtmatige daad, zoals blijkt uit het arrest Staat- Lavrijsen uit 2001.[145] Aan de orde was een huiszoeking die voldeed aan de geldende geschreven en ongeschreven rechtsregels van strafprocesrecht. Een dergelijke huiszoeking

> 'is ook jegens daarbij betrokken derden als Lavrijsen rechtmatig. Dit kan de Staat evenwel niet baten omdat die rechtmatigheid niet beslissend is voor het antwoord op de in dit geding aan de orde zijnde vraag of het bij een op zichzelf rechtmatige huiszoeking toebrengen van schade als die welke het onderdeel op het oog heeft, rechtmatig is: het enkele feit dat een huiszoeking overeenkomstig de regels van strafvordering is geschied, staat niet in de weg aan het oordeel dat het daarbij toebrengen van schade onrechtmatig kan zijn.'

De Hoge Raad ziet dus het toebrengen van schade – en niet de op zichzelf rechtmatige huiszoeking – als de onrechtmatige daad. De vraag is vervolgens welke norm is geschonden. Daarvoor wijst de Hoge Raad op het égalité-beginsel zoals dat in het arrest Leffers-Staat en in de Van Vlodrop-uitspraak is erkend als 'verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel'.

---

145. HR 30 maart 2001, AB 2001, 412 m.nt. ThGD.

> 'Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige huiszoeking jegens de getroffene onrechtmatig is.'

Het komt er dus op neer dat het in strijd met het égalité-beginsel toebrengen van schade een onrechtmatige daad is. Hoe moet dit worden begrepen? Welke 'daad' is onrechtmatig? Er zijn twee 'daden' (in juridische zin) aan te wijzen: de huiszoeking en het nalaten zich de belangen van de benadeelde aan te trekken. De eerste daad is rechtmatig, de tweede is onrechtmatig, zo mag men de Hoge Raad begrijpen.

Dit roept de vraag op of – als je het toepast op besluiten – het besluit rechtmatig kan zijn en het zich niet aantrekken van de belangen van de benadeelde onrechtmatig. In het Meiland-arrest[146] overwoog de Hoge Raad nog: 'de veronderstelde onrechtmatigheid van het handelen van de Staat jegens Meiland is niet gelegen (...) in het uitvaardigen en uitvoeren van de Regeling als zodanig, maar in dit uitvaardigen en uitvoeren in combinatie met het achterwege laten van een voorziening als evenbedoeld'. Daar werd dus de onrechtmatige daad gevonden in het besluit in combinatie met de nevenverplichting tot compensatie van onevenredig nadeel. Het was in deze benadering nogal vaag wat onder die 'combinatie' moest worden verstaan. Het meest plausibel is de uitleg dat het bestuursorgaan zich de belangen van onevenredig benadeelden behoort aan te trekken bij het nemen van het besluit en dat de rechtmatigheid van het besluit daarvan afhangt. De combinatie heeft dus een timingsaspect en een normatief aspect en die werden als onlosmakelijk verbonden beschouwd. Er werd aan voorbijgegaan dat aan de belangen van de benadeelden ook nog tegemoet kan worden gekomen nadat het besluit is genomen. Dat is alleen anders indien het voor het bereiken van een evenwicht tussen doel en nadelige gevolgen nodig is de nadelen te compenseren. Maar meestal is dat laatste niet het geval. Zo bleef dubieus wat er nu eigenlijk onrechtmatig was aan het besluit.

Is aan deze civielrechtelijke equivalent van de redenering die artikel 3:4 lid 2 Awb in verband brengt met het égalité-beginsel, nu een eind gemaakt? Uit het arrest Lavrijsen-Staat kan men afleiden dat de Hoge Raad de huiszoeking rechtmatig acht, ook al is er geen schadevergoeding toegekend, en dat hij alleen het toebrengen van de onevenredige schade als een onrechtmatige daad aanmerkt.[147] Het eerste (de rechtmatigheid van de huiszoeking) is een grote stap vooruit. De vraag is echter of de Hoge Raad deze benadering ook zal kiezen als de schade is toegebracht door een besluit. Want dan zou de Hoge Raad ervan uit moeten gaan dat de nadeelcompensatie niet behoeft te worden meegenomen in de belangenafweging die aan het besluit ten grondslag ligt. En of de Hoge Raad die opvatting zal aanhangen, is ongewis. Er is wel wat voor te zeggen: als het bij een huiszoeking kan, kan het ook bij een besluit. Maar het lijkt mij voorbarig om deze vergaande conclusie te baseren op alleen het typisch op strafvorderlijk optreden toegespitste arrest Staat-Lavrijsen. Deze terughou-

---

146. HR 3 april 1998, AB 1998, 256 m.nt. ThGD.
147. Zo ook Th.G. Drupsteen in zijn noot onder het arrest AB 2001, 412.

dendheid is temeer op haar plaats, nu de Hoge Raad in het hiervoor behandelde Whv-arrest wel van de onrechtmatigheid van de wet zelf is uitgegaan.

4.3 Gevolgen van de erkenning van het égalité-beginsel als zelfstandige grondslag

In de hier besproken jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft het égalité-beginsel een zelfstandige plaats als grondslag voor nadeelcompensatie gekregen. Waar tot voor kort wettelijke bepalingen (de wetsfamilie van artikel 49 WRO) of beleidsregels (van Rijkswaterstaat en vele andere) nodig waren om onevenredig benadeelde burgers een aanspraak op nadeelcompensatie en een rechtsingang te bieden, bevindt de benadeelde zich nu temidden van een veelheid van mogelijkheden. Hij kan vaak een beroep doen op zo'n wettelijke bepaling of beleidsregel, hij kan een buitenwettelijk zuiver schadebesluit aanvragen, hij kan vaak tegen een onzuiver schadebesluit opkomen en hij kan vaak naar de burgerlijke rechter. De nieuwe jurisprudentie heeft aanzienlijke gevolgen voor het wegennet van de nadeelcompensatie. Ik ga op drie belangrijke gevolgen in. Het is in beginsel niet meer nodig om tegen het schadeveroorzakende besluit in bezwaar of beroep te gaan (par. 4.3.1), maar dit kan wel gevolgen hebben als de schadebeperkingsplicht wordt geschonden (par. 4.3.2). Aparte aandacht verdient de relatie tussen het égalité-beginsel als algemene zelfstandige grondslag en de bijzondere grondslagen in afzonderlijke wettelijke bepalingen (par. 4.3.3).[148]

4.3.1 Voor het ontstaan van een verplichting tot nadeelcompensatie is niet vereist dat de belanghebbende tegen het schadeveroorzakende besluit in bezwaar of beroep gaat

Nu de onrechtmatigeid van de belangenafweging bij het nemen van het besluit niet meer de grondslag vormt voor de verplichting tot nadeelcompensatie, kan de verplichting worden vastgesteld nadat het besluit onherroepelijk is geworden. Dat kon tot voor kort alleen in de gevallen waarin de wet of een beleidsregel een uitdrukkelijke grondslag voor nadeelcompensatie bevat.

Verheij brengt terecht naar voren dat men de zaak niet kan omdraaien.[149] Als bij het schadeveroorzakende besluit wel een onzuiver schadebesluit is genomen, kan dat formele rechtskracht verkrijgen. Dat dwingt de belanghebbende om, als hij het met de inhoud van het onzuiver schadebesluit niet eens is, daartegen op te komen door het maken van bezwaar of beroep. Daarom moet de belanghebbende op zijn hoede zijn. Het bestuursorgaan kan ook ambtshalve een onzuiver schadebesluit nemen en

148. Daarnaast zou nog aandacht kunnen worden besteed aan de relatie tot beleidsregels en verordeningen over nadeelcompensatie, maar daarvoor verwijs ik naar par. 2.5.2.
149. Preadvies VAR 1999, p. 40.

daarbij beslissen dat het niets zal vergoeden. Zo kan de belanghebbende worden genoodzaakt om daartegen op te komen, ook al had hij er zelf de voorkeur aan gegeven om een zuiver schadebesluit te vragen.

In dit verband is van belang de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over een handel in ijzerwaren en gereedschappen in Nunspeet, die werd geconfronteerd met een voetgangerszone voor winkelend publiek. De eigenaar had tegen het verkeersbesluit beroep bij de Kroon ingesteld en onder meer aangevoerd dat hij onaanvaardbare bedrijfseconomische nadelen zou lijden als gevolg van een verminderde bereikbaarheid. De Kroon achtte deze vrees ongegrond. Later vraagt de eigenaar een zuiver schadebesluit aan. Burgemeester en wethouders en de rechtbank constateren dat deze aanvraag moet worden opgevat als een verzoek om nadeelcompensatie, nu de rechtmatigheid van het onherroepelijke verkeersbesluit een gegeven is.

> De Afdeling overweegt 'dat zich feiten en/of omstandigheden kunnen voordoen waardoor een individueel belang ten gevolge van een dergelijke maatregel zodanig zwaar wordt getroffen dat het uit die maatregel voortvloeiende nadeel redelijkerwijs niet ten laste van betrokkenen dient te blijven. Die situatie kan zich reeds ten tijde van het nemen van een verkeersbesluit voordoen. De rechtbank heeft terecht overwogen dat in dit geval, in tegenstelling tot hetgeen appellante heeft betoogd, gelet op vorengenoemd Koninklijk Besluit dient te worden uitgegaan van de rechtmatigheid van het verkeersbesluit. Bij dat verkeersbesluit werd nadeelcompensatie niet aan de orde geacht. Een situatie als hiervoor omschreven kan zich evenwel ook voordoen na het onherroepelijk worden van het verkeersbesluit, in welk geval om een zelfstandig schadebesluit kan worden gevraagd, zoals appellante ook heeft gedaan. Alsdan dienen de betrokkenen gewijzigde of onvoorziene omstandigheden aan te voeren en daarnaast onder meer het causaal verband tussen de schade en het verkeersbesluit in voldoende mate aan te tonen.'[150]

Uit deze overwegingen kan worden afgeleid dat een recht op nadeelcompensatie kan ontstaan nadat het schadeveroorzakende besluit formele rechtskracht heeft verkregen. Door middel van bezwaar en beroep tegen een zuiver schadebesluit kan daarover geprocedeerd worden. In het geval van deze handel in ijzerwaren en gereedschappen was een extra complicatie dat de Kroon bij de verwerping van het tegen het verkeersbesluit gerichte beroep al had geoordeeld dat de vrees voor onaanvaardbare bedrijfseconomische nadelen ongegrond was. Ik neem aan dat de Afdeling om die reden overweegt dat bij dat verkeersbesluit nadeelcompensatie niet aan de orde werd geacht. Met een beroep op de formele rechtskracht wordt de juistheid van dat oordeel *ex tunc* aangenomen. Dat sluit niet uit dat de omstandigheden kunnen wijzigen, waardoor alsnog onaanvaardbare nadelen optreden, terwijl die wijziging van omstandigheden niet voorzien was toen onherroepelijk werd vastgesteld dat er geen onaanvaardbare nadelen zouden optreden.[151]

---

150. ABRvS 26 september 2001, nr. 200005599/1.

151. Het is mij niet geheel duidelijk of de Afdeling, die spreekt van 'gewijzigde of onvoorziene omstandigheden' bedoeld heeft 'gewijzigde en onvoorziene omstandigheden'.

Deze uitspraak past in de door mij verdedigde benadering, waarin over de nadeelcompensatie nog kan worden beslist en geprocedeerd nadat het schadeveroorzakende besluit onherroepelijk is geworden en formele rechtskracht heeft verkregen. Uit de uitspraak zou men wellicht bij oppervlakkige lezing afleiden dat deze mogelijkheid alleen bestaat als er nieuwe omstandigheden zijn. Maar het ligt genuanceerder.

1. Als bij het schadeveroorzakende besluit geen beslissing over nadeelcompensatie is genomen, daarom ook niet is verzocht en geen bezwaar of beroep is ingesteld, kan daarna nog een verplichting tot nadeelcompensatie bestaan op grond van het égalité-beginsel. Die verplichting kan zowel betrekking hebben op onevenredige nadelige gevolgen die al bestonden op het moment waarop het schadeveroorzakende besluit werd genomen, als op onevenredige nadelige gevolgen die nadien zijn ontstaan.
2. Als tegen het schadeveroorzakende besluit wel bezwaar of beroep is ingesteld, maar daarbij niet is verzocht om nadeelcompensatie, behoort hetzelfde te gelden. Het verzoek om nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel staat immers geheel los van de rechtsstrijd over de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit.
3. Als tegen het schadeveroorzakende besluit wel bezwaar of beroep is ingesteld en daarbij een verzoek om nadeelcompensatie is gedaan dat bij wijze van onzuiver schadebesluit geheel of gedeeltelijk is afgewezen, is het voor de belanghebbende zaak om daartegen zo nodig op te komen. Doet hij dat niet, dan verkrijgt het afwijzende onzuivere schadebesluit formele rechtskracht. De afwijzing van nadeelcompensatie wordt dan geacht juist te zijn. Datzelfde effect treedt op als de belanghebbende wel opkomt, door beroep of hoger beroep in te stellen, en dit – voor wat betreft de verzochte nadeelcompensatie – ongegrond wordt verklaard. Treden na het ontstaan van de formele rechtskracht nieuwe en onvoorziene omstandigheden op, dan kan alsnog een verplichting tot nadeelcompensatie ontstaan.

Op deze derde situatie had de uitspraak in de zaak van de Nunspeetse handel in ijzerwaren en gereedschappen betrekking. De Afdeling overweegt het nogal ruim: 'gelet op vorengenoemd Koninklijk Besluit dient te worden uitgegaan van de rechtmatigheid van het verkeersbesluit. Bij dat verkeersbesluit werd nadeelcompensatie niet aan de orde geacht.' Dit sluit strikt genomen niet uit dat in alle gevallen waarin bij het schadeveroorzakende besluit geen nadeelcompensatie is toegekend ervan moet worden uitgegaan dat daar geen recht op bestaat, ongeacht of erom verzocht was door de belanghebbende en ongeacht of deze bezwaar of beroep heeft ingesteld. Bij die interpretatie zou ook in de gevallen 1 en 2 geen recht op nadeelcompensatie meer bestaan. Alleen bij gewijzigde of onvoorziene omstandigheden zou dan alsnog recht op nadeelcompensatie kunnen ontstaan. Deze interpretatie van de Nunspeetse uitspraak zou de rechtsontwikkeling weer terugdraaien tot in de prehistorie van de Paul Krugerbrug-uitspraken. Daarom ligt het meer voor de hand om aan te

nemen dat de Afdeling in het Nunspeetse geval de formele rechtskracht van de afwijzing van nadeelcompensatie heeft aangenomen, omdat bij de Kroon uitdrukkelijk de onaanvaardbare bedrijfseconomische nadelen aan de orde waren geweest en de vrees daarvoor door de Kroon ongegrond was verklaard.

4.3.2 De schadebeperkingsplicht van de benadeelde

De mogelijkheid om, nadat het schadeveroorzakende besluit onherroepelijk is geworden, een zelfstandige verplichting tot nadeelcompensatie aan te nemen, legt ook een eigen verantwoordelijkheid bij de belanghebbende die zich op deze mogelijkheid beroept. Deze eigen verantwoordelijkheid van de benadeelde kan ingevuld worden aan de hand van de figuur van de schadebeperkingsplicht. Als de benadeelde geen gebruik maakt van mogelijkheden om de voor hem ongunstige besluitvorming bij te sturen, kan dit zijn recht op nadeelcompensatie geheel of gedeeltelijk doen vervallen.

Het bestuursorgaan zal immers in een aantal gevallen kunnen aanvoeren dat het een ander besluit zou hebben genomen als het tijdig (bij de voorbereiding van het besluit of in bezwaar) kennis had kunnen nemen van de nadelige gevolgen en de omvang daarvan. Roozendaal heeft beschreven dat in Duitsland deze eigen verantwoordelijkheid van de benadeelde, om tijdig voor zijn belangen op te komen, tot beperking van de aansprakelijkheid kan leiden.[152] Ook uit het Nederlandse ambtenarenrecht is een dergelijke benadering bekend uit de tijd waarin (al sinds 1971) op dit rechtsgebied beroep mogelijk was tegen zuivere schadebesluiten.[153]

In deze benadering wordt dus niet de harde regel van de formele rechtskracht gebruikt om het bestuursorgaan te beschermen tegen een overval achteraf, maar het genuanceerdere instrument van de schadebeperkingsplicht. Bij de toepassing van dit instrument moet het uitgangspunt zijn dat de belanghebbende voor zijn belangen moet opkomen zodra hij zijn schade ziet aankomen of redelijkerwijs moet begrijpen dat hij schade zal gaan lijden. Hierbij moet rekening worden gehouden met de ingewikkeldheid en ondoorzichtigheid die de bestuurlijke besluitvorming vaak kenmerken. Die kunnen er gemakkelijk toe leiden dat het bestuursorgaan eerder dan de belanghebbende zelf op het idee behoort te komen dat deze schade zal lijden. Als het bestuursorgaan met die wetenschap niets doet, kan het zich later niet verweren door zich te beroepen op de schadebeperkingsplicht van de belanghebbende. Het kan dan immers niet meer met succes aanvoeren dat het een ander besluit met minder schadelijke gevolgen zou hebben genomen als het tijdig van de schade op de hoogte was gebracht, want het was zelf al op de hoogte en had zich zo nodig in de ernst van de schade moeten verdiepen.

---

152. B.J.P. Roozendaal, Een andere kijk op de formele rechtskracht, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), Voor risico van de overheid? Deventer 1996, p. 119-136.

153. CRvB 16 februari 1995, RAwb 1996, 3 m.a. Schueler; CRvB 28 april 1994, TAR 1994, 135; CRvB 15 december 1994, TAR 1995, 44. J.H.W. de Planque, De mogelijkheden van administratieve rechters en de Kroon om het bestuur tot schadevergoeding te veroordelen, VAR-reeks 102, Alphen a/d Rijn 1989, p. 72-74.

Het bestuursorgaan kan beslist niet volstaan met de bewering dat de schadebeperkingsplicht is geschonden door het enkele feit dat bij de voorbereiding van het besluit of in bezwaar niet tegen de schadeveroorzakende beslissing is opgekomen. Het moet aantonen dat het de schade geheel of gedeeltelijk zou hebben voorkomen, indien de benadeelde daarop tijdig had gewezen.

4.3.3 Wettelijke bepalingen waarin een bevoegdheid tot nadeelcompensatie is toegekend, komen in een nieuwe context te staan

In deze wettelijke bepalingen (waarvan artikel 49 WRO doorgaans als prototype wordt genoemd) is meestal bepaald dat een bestuursorgaan schadevergoeding kan toekennen indien een belanghebbende ten gevolge van bepaalde besluiten schade lijdt, 'die redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven'.[154] Bij de toepassing van dit zeer vage criterium is lange tijd het égalité-beginsel centraal gesteld. Dat neemt overigens niet weg dat op bepaalde terreinen ook andere beginselen in de afweging worden betrokken, zoals in het milieurecht het beginsel 'de vervuiler betaalt'. Daarnaast spelen bij de toepassing van deze bepalingen overwegingen van rechtszekerheid een belangrijke rol. In het kader van artikel 15.20 en 15.21 van de Wet milieubeheer (Wm) heeft Hoitink het égalité-beginsel als grondslag voor de vergoedingsplicht aangewezen en daarbij het rechtszekerheidsbeginsel een corrigerende functie toegedicht. Belangrijk is voorts de analyse van Van den Broek, die in haar recente proefschrift over artikel 49 WRO de grondslagen verlegt: zij acht het rechtszekerheidsbeginsel de primaire grondslag voor schadevergoeding op grond van die bepaling.

De vraag is nu wat het nog uitmaakt of een bijzondere wet een bepaling over nadeelcompensatie bevat. In gevallen waarin de wet daar *niets* over bepaalt, kan een recht op nadeelcompensatie voortvloeien uit het égalité-beginsel. De nieuwe jurisprudentie heeft tot gevolg dat dit recht steeds zelfstandig afdwingbaar is. Als de schade het gestelde gevolg is van een appellabele handeling, kan men in beroep bij de bestuursrechter. Is de schade niet het gestelde gevolg van een appellabele handeling, dan is de benadeelde aangewezen op de burgerlijke rechter. Die oordeelt weliswaar in het kader van de onrechtmatige daad, maar hij erkent dat uit het égalité-beginsel een schadevergoedingsplicht kan voortvloeien.[155]

Als de wet *wel* een bepaling bevat, rijst voorts de vraag hoe die zich verhoudt tot het ongeschreven recht. In een aantal van de wettelijke bepalingen is een reeks van besluiten opgesomd met de bedoeling een recht op nadeelcompensatie alleen te doen ontstaan als de schade aan een van die besluiten valt toe te rekenen. In artikel 49 WRO bijvoorbeeld worden bepaalde planologische besluiten aangewezen en in de

---

154. Enkele voorbeelden zijn de art. 49 WRO, 15.20 en 15.21 Wm, 22 Monumentenwet, 13 Boswet, 18 Natuurbeschermingswet en 31 Natuurbeschermingswet 1998.

155. De schadeoorzaak heeft hier geen formele rechtskracht, omdat er geen beroep heeft opengestaan.

artikelen 15.20 en 15.21 Wm bepaalde milieubesluiten. Nu een recht op nadeelcompensatie ook buiten de wet om kan ontstaan, komt de beperkte opsomming van schadeoorzaken in dergelijke wettelijke bepalingen in een andere context te staan. Kunnen belanghebbenden die onevenredig zijn benadeeld door andere dan de genoemde besluiten, een zuiver schadebesluit aanvragen en langs die weg compensatie afdwingen? Of moet de opsomming van schadeoorzaken worden gerespecteerd als een door de wetgever bedoelde beperking van het recht op nadeelcompensatie?

Naar mijn mening is dit niet voor alle wettelijke schadevergoedingsbepalingen in het algemeen te beantwoorden, maar moet per wet worden bekeken welke bedoeling de wetgever heeft gehad met de opsomming van besluiten. Daarbij moet men ervan uitgaan dat de wetgever die besluiten opsomt, dit niet doet met de gedachte dat alle andere besluiten ook een grondslag voor schadevergoeding kunnen bieden. Als de wet de strekking heeft om een limitatieve opsomming van schadeoorzaken te geven, moet de rechter dat in beginsel respecteren. De mogelijkheid om in beroep te gaan tegen een buitenwettelijk zuiver schadebesluit maakt dat niet anders. Wel kunnen er (uitzonderlijke) situaties zijn waarin een vergoedingsplicht buiten de wet om ontstaat, doordat artikel 1 Eerste Protocol EVRM daartoe dwingt.

Om te laten zien hoe een en ander in elkaar steekt, ga ik nader in op de verhouding tussen artikel 49 WRO en het égalité-beginsel. Die verhouding is praktisch gesproken vooral van belang als schade wordt veroorzaakt door een concrete beleidsbeslissing in een planologische kernbeslissing of een streekplan, waaraan nog geen invulling is gegeven in een bestemmingsplan. Van deze drie plannen wordt namelijk alleen het bestemmingsplan in artikel 49 WRO genoemd, maar schade kan ook ontstaan als gevolg van het streekplan of de planologische kernbeslissing. Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat bij de keuze om het streekplan en de planologische kernbeslissing niet in artikel 49 WRO op te nemen, een belangrijke rol heeft gespeeld dat deze plannen geen direct bindende werking ten aanzien van de burgers hebben en vaak een globaal en indicatief karakter hebben.[156] Dat niet-bindende karakter neemt niet weg dat deze plannen schade kunnen veroorzaken en dat werd al vroeg onderkend.[157] Van vergoedbare planschade wil de wetgever evenwel pas weten als het schadeveroorzakende besluit tot gevolg heeft het planologische regime daadwerkelijk wijzigt of zal wijzigen. Van den Broek kiest daarom als criterium dat een besluit in artikel 49 WRO moet worden opgenomen indien dat besluit 'zelfstandig de voorschriften van het planologische regime wijzigt dan wel een zodanige wijziging op bindende wijze bewerkstelligt'.[158]

---

156. Een heldere uiteenzetting over deze wetsgeschiedenis is te vinden in de recente dissertatie van G.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologische regime, Deventer 2002, par. 4.4.
157. TK 1960-1961, 4233, nr. 17; Handelingen II, 1960-1961, p. 4099 en 4171.
158. Van den Broek, a.w. 2002, p. 151.

Een streekplan of planologische kernbeslissing voldoet niet aan dit criterium, zelfs niet als het een concrete beleidsbeslissing bevat.[159]

De vraag is nu of men een vergoedingsplicht in die gevallen kan baseren op het égalité-beginsel, dat immers is erkend als algemene en zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie. Beroep op de bestuursrechter staat dan open voorzover de schade het gestelde gevolg is van appellabele (onderdelen van) planologische besluiten, ook al worden die besluiten niet genoemd in artikel 49 WRO. Van den Broek heeft deze oplossing onlangs verdedigd. Daarbij gaat zij ervan uit dat de aansprakelijkheid op grond van artikel 49 WRO moet worden geplaatst in het kader van het rechtszekerheidsbeginsel en niet moet worden gezien als een toepassing van het égalité-beginsel. Dat rechtvaardigt volgens haar ook dat buiten artikel 49 WRO om een beroep op het égalité-beginsel in de ruimtelijke ordening kan worden gedaan.[160]

Hiertegen is in te brengen dat de wetgever het recht op vergoeding van schade ten gevolge van rechtmatige planologische besluiten heeft willen beperken tot de gevallen waarin de wijziging van het planologische regime bindend is vastgesteld of waarin bindend besloten is dat dit moet gebeuren. De verandering in de interpretatie van artikel 49 WRO, waarin de rechtszekerheid het aan het winnen is van de égalité, betekent op zich nog niet dat nu het égalité-beginsel buiten de wet om mag worden toegepast. Van den Broek gaat ervan uit dat dit wel mag, juist omdat naar haar mening het égalité-beginsel niet ten grondslag ligt aan de aansprakelijkheid op basis van artikel 49 WRO.[161] Maar de wetgever heeft niet willen weten van schadevergoeding voor gevolgen van andere besluiten dan die waarnaar artikel 49 WRO uitdrukkelijk verwijst. Daarbij heeft de wetgever zich niet laten leiden door de vraag op welk rechtsbeginsel de aansprakelijkheid wordt gebaseerd, want die vraag heeft hij niet eens beantwoord. Daarom is nadeelcompensatie voor de gevolgen van niet in artikel 49 genoemde besluiten niet te verenigen met de meest voor de hand liggende strekking van artikel 49 WRO. Het probleem is evenwel dat men met deze rechttoe-rechtaan-redenering een moeilijk te rechtvaardigen resultaat bereikt. Op de algemene toepasbaarheid van het égalité-beginsel zou dan uitzondering worden gemaakt in de ruimtelijke ordening. Met de opsomming van besluiten in artikel 49 WRO zou de wetgever geen aansprakelijkheidsgrondslag hebben gecreëerd, maar een beperking van de aansprakelijkheid teweeg hebben gebracht. Daar komt dan nog bij dat de strekking van artikel 49 WRO steeds meer in het rechtszekerheidsbeginsel moet worden gezocht. Al met al wordt dan het égalité-beginsel op het terrein van de ruimtelijke ordening ver teruggedrongen, terwijl het daarbuiten juist breed aan invloed heeft gewonnen.

---

159. Een concrete beleidsbeslissing moet wel in acht worden genomen als een nieuw bestemmingsplan wordt vastgesteld, maar de gemeente is niet verplicht om ter uitvoering van de concrete beleidsbeslissing een nieuw bestemmingsplan vast te stellen. Een aanwijzing ex art. 37 WRO schept wel zo'n verplichting en voldoet dus wel aan het geformuleerde criterium (zie Van den Broek, a.w. 2002, p. 150-151).

160. Van den Broek, a.w. 2002, par. 4.4.4.

161. Idem.

Deze excursie naar de ruimtelijke ordening laat zien dat het veelvuldig toegepaste artikel 49 WRO een moeilijke relatie met het égalité-beginsel onderhoudt. De beperking van de schadeoorzaken in deze bepaling kan worden uitgelegd als een inperking van schadevergoedingsaanspraken die kunnen worden ontleend aan het ongeschreven recht (het rechtszekerheidsbeginsel en het égalité-beginsel). De bepaling noemt zelf geen enkel beginsel en uit haar geschiedenis is niet met zekerheid af te leiden in hoeverre het égalité-beginsel als grondslag moet worden gezien. Wel is duidelijk dat het recht op schadevergoeding domweg wordt beperkt tot de schadeoorzaken die de wet noemt. De wetgever mag veel. Wie vooruitkijkt, ziet in het voorontwerp voor een nieuwe WRO in artikel 5.1.1 dat de regering blijft bij de oude aanpak en een opsomming geeft van besluiten die tot planschadevergoeding aanleiding kunnen geven. Ook daar staan besluiten genoemd die zelfstandig het planologische regime wijzigen of zo'n wijziging op bindende wijze bewerkstelligen. Uit de daarop gegeven toelichting blijkt bovendien dat de regering de aansprakelijkheid min of meer in het licht van het égalité-beginsel plaatst. Ik concludeer dat het aanvaarden van de mogelijkheid dat buiten de planschadebepaling in de WRO om nadeelcompensatie moet worden toegekend, niet met de strekking van de wet te verenigen is.

Een uitweg uit de impasse tussen artikel 49 WRO en het égalité-beginsel biedt artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Deze bepaling biedt een minimumgarantie voor nadeelcompensatie bij planologische maatregelen, indien zij regulering van eigendom of zelfs de facto ontneming ervan tot gevolg hebben. Uit de zaak Sporrong en Lönnroth, die in paragraaf 3.5 al werd behandeld, leidt Drupsteen af dat artikel 1 Eerste Protocol een bijdrage kan leveren aan de ontwikkeling van aansprakelijkheid voor schaduwschade.[162] In die zaak was een situatie aan de orde waarin een onteigeningsvergunning gedurende vele jaren niet werd tenuitvoergelegd, maar daardoor toch het effect had alsof er al wel onteigend was. Meer in het algemeen moet worden geconstateerd dat artikel 1 Eerste Protocol een limitatieve opsomming van schadeoorzaken in de Nederlandse wet kan passeren. Maar vooralsnog is de toetsing aan de proportionaliteitseis, en daarmee de aanname van compensatieplichten, bij het EHRM zo terughoudend, dat Nederlandse eigenaren er slechts in uitzonderlijke gevallen hun voordeel mee kunnen doen.

Het is goed mogelijk dat uit (de strekking of het stelsel van) andere wetten moet worden afgeleid dat de opsomming van schadeveroorzakende besluiten niet limitatief is bedoeld. Ten aanzien van de artikelen 15.20 en 15.21 Wm stelt Hoitink in haar preadvies[163] dat blijkens de toelichting de opsomming van schadeoorzaken 'tamelijk willekeurig' is samengesteld. Dit zou kunnen verklaren waarom de Afdeling een beroep tegen een zuiver schadebesluit heeft verwelkomd in een geval waarin een milieubesluit was genomen dat niet wordt genoemd in deze bepalingen van de Wm.[164]

---

162. Th.G. Drupsteen, a.w. 2000, p. 105.
163. Par. 2.6.1.
164. ABRvS 18 februari 1997, AB 1997, 143 m.nt. PvB. Vervolg: Rb. Den Bosch 23 december 1997, BR 1998, 408 m.nt. B.P.M. van Ravels.

5 Andere zelfstandige rechtsgronden voor nadeelcompensatie?

5.1 Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel nadat het besluit onherroepelijk is geworden?

De Afdeling heeft alleen het égalité-beginsel erkend als een zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie. Voorzover zij al nadeelcompensatieplichten op grond van rechtszekerheid en vertrouwen aanneemt, doet zij dat in het kader van de beoordeling van de belangenafweging, in het bijzonder de toetsing daarvan aan artikel 3:4 lid 2 Awb.

Zoals in paragraaf 3.3 al bleek, mag in een aantal gevallen waarin een inbreuk wordt gemaakt op bestaande aanspraken of gewekte verwachtingen, de belanghebbende van het bestuursorgaan verlangen dat het over de nadeelcompensatie beslist tegelijk met het besluit. Het gaat dan immers om compensatie die nodig is om het door artikel 3:4 lid 2 Awb verlangde evenwicht in de afweging tussen doel en nadelen te brengen. Dit kan betekenen dat de belanghebbende een onzuiver schadebesluit mag verlangen van het bestuursorgaan of dat een adequate regeling wordt bekendgemaakt aan de gedupeerde belanghebbende(n).[165] Dit is zo in alle gevallen waarin de inbreuk op de rechtszekerheid of gewekte verwachtingen zo groot is, dat het besluit niet zonder nadeelcompensatie mag worden genomen.

Als de inbreuk minder groot is in verhouding tot het met het besluit beoogde doel, kan de situatie zich voordoen waarin het besluit genomen zou moeten kunnen worden zonder dat meteen ook een beslissing over nadeelcompensatie moet worden genomen. Twee voorbeelden kunnen het praktische belang hiervan verduidelijken.

Een besluit van het toezichthoudend bestuursorgaan op het gebied van de post en telecommunicatie, OPTA, wordt uitgesteld om een overtreder de gelegenheid te bieden praktische en organisatorische maatregelen te nemen ter voorbereiding van de naleving van het besluit. Het uitstel dreigt ernstige en onomkeerbare gevolgen te krijgen voor de positie van derde-belanghebbende bedrijven, hetgeen voor het

165. In deze gevallen schaar ik mij dus geheel achter de benadering die Van den Broek (a.w. 1999) voorstelt voor een veel ruimere groep van gevallen: aan belanghebbenden die onevenredig nadeel ondervinden, moet bij het nemen van het besluit worden duidelijk gemaakt op welke wijze hun nadeelcompensatie is verzekerd.

bestuursorgaan een reden is om onverwijld het beoogde besluit te nemen. De belangenafweging van artikel 3:4 Awb dwingt daartoe. De overtreder stelt nu schade te hebben geleden doordat hij in vertrouwen op het aanvankelijke uitstel investeringen heeft gedaan. Het is maar zeer de vraag of de overtreder voor nadeelcompensatie in aanmerking komt, maar een rechtsingang voor de strijd over deze vraag moet er natuurlijk wel zijn. Als daar eerst over gestreden moet worden voordat het besluit kan worden genomen, vervalt de zaak van kwaad tot erger. Nadat het besluit is genomen, zou een discussie over het gewekte vertrouwen moeten kunnen leiden tot een besluit over nadeelcompensatie. Natuurlijk moet het bestuursorgaan met het oog op de belangenafweging van artikel 3:4 Awb wel onderzoeken wat de mogelijke schadelijke gevolgen van onverwijld optreden zijn, maar dat is iets anders dan onderzoeken of die schade moet worden vergoed. Er is in theorie geen enkele reden om de vraag naar de aansprakelijkheid in dit geval in de belangenafweging te betrekken.

Het tweede voorbeeld heeft betrekking op een dwangsom in het milieurecht, die wordt opgelegd nadat langdurig is gecorrespondeerd en gediscussieerd over de vraag of de belanghebbende een vergunningvoorschrift overtrad. Zowel het voorschrift als het wettelijk stelsel zijn in dit geval ondoorgrondelijk. De overtreder stelt dat het bestuursorgaan verantwoordelijk is voor het ontstaan en voortbestaan van de overtreding, doordat het onduidelijke voorschriften heeft afgegeven en tegenstrijdige informatie daarover heeft doen uitgaan, waardoor de belanghebbende de verkeerde beslissingen heeft genomen. Als deze overtreder een oordeel wil over een verplichting tot nadeelcompensatie, moet hij – bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling – in bezwaar en beroep tegen het dwangsombesluit. Dat is niet handig. Zeker als achteraf duidelijk is geworden dat sprake was van een overtreding en aan de last onder dwangsom inmiddels gevolg is gegeven, zou de vraag naar de schade en aansprakelijkheid afzonderlijk aan de rechter moeten kunnen worden voorgelegd.

Het zou daarom mogelijk moeten zijn om de belanghebbende te verwijzen naar een procedure over een zuiver schadebesluit op grond van het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel. Zo ver is de rechtsontwikkeling evenwel nog niet, want deze beginselen zijn niet erkend als een *zelfstandige* grondslag voor nadeelcompensatie. Daardoor blijft de belanghebbende aangewezen op het aanvechten van het schadeveroorzakende besluit. Als de bezwaartermijn is verstreken, is hij daarmee te laat.

Hierin moet naar mijn mening verandering worden gebracht, indien men de loskoppeling van schadeoorzaak en schadebesluit een succes wil laten worden. Als rechtszekerheid en vertrouwen niet worden erkend als zelfstandige grondslag voor nadeelcompensatie (dus ook buiten het kader van artikel 3:4 lid 2 Awb), kan een belanghebbende die een rechtmatig besluit op zich af ziet komen, zich tegelijk op het égalité-beginsel en het rechtszekerheidsbeginsel beroepen. Die twee grondslagen liggen dicht tegen elkaar aan, zoals al bleek in paragraaf 4.3.3. Voor een gecombineerde grondslag van zijn verzoek kan dus zeker aanleiding zijn. Hij kan dan niet worden verwezen naar de weg van het zuivere schadebesluit.

5.2 Eigendomsbescherming nadat het besluit onherroepelijk is geworden?

Als uit artikel 1 Eerste Protocol een schadevergoedingsplicht voortvloeit, op welke wijze moet daarin dan worden voorzien? In het Whv-arrest overwoog de Hoge Raad dat 'de desbetreffende bepalingen van de Wet herstructurering varkenshouderij om die reden voor hen buiten toepassing moet worden gelaten, althans zolang niet is voorzien in een adequate financiële compensatie'.[166] Het bestuursorgaan of de wetgever kan dit voorkomen door de inmenging van de eigendom gepaard te doen gaan met nadeelcompensatie.

Bij ontneming van eigendom is allereerst van belang dat artikel 14 Grondwet en de Onteigeningswet een vooraf verzekerde schadeloosstelling als voorwaarde stellen, behoudens noodgevallen waarin onverwijlde onteigening geboden is. Moet nu in gevallen waarin 'possessions' in de zin van artikel 1 Eerste Protocol worden ontnomen, maar waarin niet wordt onteigend in de zin van de Onteigeningswet, in beginsel hetzelfde worden aangenomen? Het EHRM overweegt dat een ontneming van eigendom zonder betaling van een bedrag dat in een redelijke verhouding staat tot de waarde, onder omstandigheden een 'disproportionate burden' oplevert, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten.[167] Dit lijkt te impliceren dat een adequate compensatie ten minste moet zijn verzekerd op het moment waarop het besluit wordt genomen. Maar het zou ook voldoende kunnen zijn dat er een mogelijkheid bestaat om schadevergoeding te eisen. Dat dit laatste voldoende *kan* zijn, lijkt te volgen uit de bewoordingen in het arrest in de zaak Sporrong en Lönnroth.[168] In die zaak was het verklaarbaar waarom de schadevergoeding niet al bij het besluit behoefde te zijn verzekerd, omdat de disproportionaliteit van de inbreuk op het eigendomsrecht werd gezocht in het feit dat de eigenaren lange tijd in onzekerheid verkeerden als gevolg van het besluit. Daar was de schade dus pas waarneembaar na verloop van tijd.

Zowel bij ontneming als bij regulering van eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol kan het gebeuren dat pas na verloop van tijd schade waarneembaar wordt. In die gevallen moet de mogelijkheid bestaan om schadevergoeding te eisen op een moment waarop het besluit dat in de eigendom ingreep al een gegeven is. Vertaald naar de Nederlandse situatie: er moet een mogelijkheid zijn om bij de bestuursrechter of de burgerlijke rechter schadevergoeding te eisen nadat het schadeveroorzakende besluit formele rechtskracht heeft verkregen.

---

166. R.o. 7.3

167. Onder meer EHRM 9 december 1994, Series A, Vol. 301-A, Holy Monasteries, NJ 1996, 374 m.nt. EAA.

168. 'Ainsi combinées, les deux séries de mesures ont crée une situation qui a rompu le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général: la succession Sporrong et Mme Lönnroth ont supporté une charge spéciale et exorbitante que seules auraient pu rendre légitime la possibilité de réclamer l'abrégement des délais ou celle de demander réparation.' EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290 m.nt. EAA.

Dit een en ander leidt tot de constatering dat in het licht van artikel 1 Eerste Protocol de formele rechtskracht van een besluit niet mag worden tegengeworpen aan een eigenaar die op het moment waarop hij nog tegen het besluit in bezwaar of beroep kon komen, nog niet behoefde te weten dat een disproportionele inbreuk op zijn eigendomsrecht werd gemaakt. Daarmee is nog niet gezegd of hem de formele rechtskracht wel kan worden tegengeworpen in gevallen waarin de schade al voorzienbaar was op het moment waarop het besluit werd genomen. Artikel 1 Eerste Protocol verzet zich er niet tegen dat dan van de benadeelde eigenaar wordt verlangd dat hij in bezwaar of beroep gaat tegen het schadeveroorzakende besluit. Een voorzichtige aanwijzing voor dit standpunt vond ik in twee zaken, waarin het EHRM in de proportionaliteitsafweging aan de eigenaar voorhield dat een mogelijkheid van judicial review tegen het ingrijpende besluit had opengestaan.[169] Ik houd het daarom op het vereiste dat de schadevergoeding bij het nemen van het besluit moet zijn verzekerd, tenzij de schade toen nog niet waarneembaar of voorzienbaar was.

Een ander punt is, of een orgaan bij het nemen van een besluit waardoor ingevolge artikel 1 Eerste Protocol een schadevergoedingsplicht ontstaat, mag volstaan met een verwijzing naar een mogelijkheid om een zuiver schadebesluit aan te vragen. Als wordt verwezen naar een bestaande wettelijke regeling, zoals die van artikel 49 WRO, dan moet dit toelaatbaar worden geacht. De wettelijke regeling moet dan wel in overeenstemming zijn met de vereisten die uit artikel 1 Eerste Protocol voortvloeien. Voor nadeelcompensatieregelingen in lagere wetgeving of in beleidsregels geldt een dubbele toets. Zij moeten in overeenstemming zijn met de door de nationale rechter gehanteerde criteria van het égalité-beginsel én met de vereisten van artikel 1 Eerste Protocol.

Het is ook denkbaar dat het orgaan dat het besluit neemt, verwijst naar de mogelijkheid van een zuiver schadebesluit op basis van ongeschreven recht. Wordt daarmee voldaan aan het hiervoor geformuleerde vereiste dat de schadevergoeding in beginsel bij het nemen van het besluit moet zijn verzekerd, tenzij de schade toen nog niet waarneembaar of voorzienbaar was? Geheel zeker is dat bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling niet, want de Afdeling bestuursrechtspraak acht een zelfstandig besluit over nadeelcompensatie uitsluitend mogelijk als het égalité-beginsel daartoe verplicht. De proportionaliteitsafweging waartoe artikel 1 Eerste Protocol verplicht, is niet aan die beperking onderworpen.

---

169. EHRM 23 februari 1995, Series A, Vol. 306-B, r.o. 67 (Gasus) en EHRM 5 mei 1995, Series A, Vol. 316-A (Air Canada).

5.3 Geen beperkte proportionaliteitseis nadat het besluit onherroepelijk is geworden

Op diverse plaatsen is in het voorafgaande gebleken dat een reden tot nadeelcompensatie soms kan worden gevonden in een streven naar verzachting van de nadelige gevolgen van een besluit, teneinde het verlangde evenwicht in relatie tot het beoogde doel te bereiken. Deze afweging moet worden gemaakt voordat het besluit wordt genomen. Gaat het op dat moment mis, en wordt dit niet hersteld in bezwaar of beroep, dan wordt het besluit geacht rechtmatig te zijn, met name voor wat betreft de evenredigheid tussen doel en nadelige gevolgen. De belanghebbende kan niet met succes een verzoek doen tot nadeelcompensatie bij rechtmatige daad, want de stelling dat de beperkte proportionaliteitseis is geschonden impliceert de stelling dat het besluit onrechtmatig is. Deze verzoeker stuit op het beginsel van formele rechtskracht.[170]

170. Een voorbeeld uit het ambtenarenrecht is te vinden in CRvB 8 september 1994, TAR 1994, 215.

6 De toekomst van het onzuivere schadebesluit

Naarmate de verplichting tot nadeelcompensatie meer wordt losgemaakt uit het kader van de belangenafweging volgens artikel 3:4 Awb, wordt de toekomst van het onzuivere schadebesluit onzekerder. De twee mogelijkheden, zuivere en onzuivere schadebesluiten, bestaan nu naast elkaar.

In de voorafgaande hoofdstukken is herhaaldelijk naar voren gekomen dat een bestuursorgaan bij het nemen van het schadeveroorzakende besluit de belanghebbende die om nadeelcompensatie verzoekt, moet kunnen verwijzen naar een zelfstandige procedure daarover. Het is daar evenwel niet toe verplicht. Er is geen jurisprudentie waarin het bestuursorgaan wordt verboden om een onzuiver schadebesluit over nadeelcompensatie te nemen. De mogelijkheid blijft bestaan en dat plaatst het bestuursorgaan en de belanghebbende voor keuzes.

Een praktisch probleem wordt vaak veroorzaakt doordat de context een geschilsituatie is, waarin partijen het met elkaar oneens zijn over de rechtmatigheid van de belangenafweging. Wat de belanghebbende als een disproportionaliteit tussen doel en nadelen ervaart, is voor de andere partij hooguit een reden om, uitgaande van de rechtmatigheid van het besluit, nadeelcompensatie toe te kennen. Het loopt er dan vaak op uit dat de belanghebbende zal doorprocederen om de proportionaliteit van de belangenafweging te laten toetsen, terwijl het bestuursorgaan zich op het standpunt blijft stellen dat het doel de nadelen rechtvaardigt. Is het bestuursorgaan voldoende overtuigd van de redelijkheid van zijn eigen belangenafweging, dan dient het de bijbehorende verantwoordelijkheid te dragen en het besluit te nemen. Als het daarbij geen inhoudelijke beslissing neemt over de nadeelcompensatie, dient het de belanghebbende te wijzen op de mogelijkheid een zuiver schadebesluit aan te vragen.

Als de belanghebbende vervolgens toch in beroep gaat tegen het schadeveroorzakende besluit, is daar weinig aan te doen. De rechter dient zich oordelend op dat beroep te beperken tot de beoordeling van de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit, inclusief de toetsing van de evenredigheid tussen doel en nadelige gevolgen. Over schadevergoeding dient hij zich niet uit te laten in de procedure tegen het schadeveroorzakende besluit, tenzij hij tot het oordeel komt dat het besluit onrechtmatig is en daarom moet worden vernietigd. Het besluit zou niet moeten worden vernietigd om de reden dat het, hoewel het op zich rechtmatig was, vergezeld had moeten gaan van nadeelcompensatie. Voor die beoordeling is de procedure tegen het zuivere schadebesluit bedoeld. Door deze splitsing wordt zoveel mogelijk

voorkomen dat de rechtskracht van een besluit onnodig op de tocht staat, terwijl de 'gebruiker' van het besluit ervan afhankelijk is.

Natuurlijk kan het voorkomen dat het bestuursorgaan in de loop van de procedure over het zuivere schadebesluit spijt krijgt van zijn belangenafweging. Als het een forse compensatie moet betalen, had het achteraf bezien wellicht liever een ander besluit genomen en de belangen anders gewogen. In veel gevallen, met name in tweepartijengeschillen, kan een oplossing worden gevonden doordat het bestuursorgaan het belastende besluit ongedaan maakt. Waar dat niet kan, bijvoorbeeld omdat de belangen van een derde zich ertegen verzetten, blijft het bestuursorgaan met een compensatieplicht zitten. Dat lijkt zielig, maar dat is het niet. Het is een consequentie van de eerder gemaakte keuze om het besluit te nemen. De derde-belanghebbende is daarop afgegaan.

Anders ligt het als het bestuursorgaan bij het schadeveroorzakende besluit tevens beslist tot afwijzing van het verzoek om nadeelcompensatie. Wordt daartegen beroep ingesteld, dan kan dat leiden tot vernietiging van het gehele besluit op de grond dat de nadeelcompensatie is afgewezen. Is bijvoorbeeld vergunning verleend met gelijktijdige afwijzing van een verzoek om nadeelcompensatie van een derde-belanghebbende, dan biedt vernietiging verschillende opties. Het bestuursorgaan kan nadeelcompensatie toekennen en de vergunning in stand laten of geen nadeelcompensatie toekennen en de vergunning herroepen. Tegen die herroeping kan de vergunninghouder weliswaar weer in beroep – al dan niet met succes –, maar hij zit er voorlopig wel mee.

Zo blijkt het voor een derde-belanghebbende nog groot verschil te maken of het bestuursorgaan kiest voor een onzuiver schadebesluit, want hij kan daardoor in een onzekere situatie belanden. Die onzekerheid is een reden om de vraag te stellen of het onzuivere schadebesluit geheel moet worden afgeschaft. Het bestuursorgaan kan toch over nadeelcompensatie beslissen in een – desnoods tegelijk met het schadeveroorzakende besluit te nemen – zuiver schadebesluit? Waarom zou men het aan het bestuursorgaan overlaten te beslissen over de vraag of de rechtskracht van het schadeveroorzakende besluit in een concreet geval afhankelijk wordt gemaakt van de juistheid van de beslissing over nadeelcompensatie?

Terecht heeft Vucsán erop gewezen dat een negatief oordeel over een onzuiver schadebesluit in de kern een contradictie inhoudt: een rechtmatig besluit is onrechtmatig.[171] Hij constateert dat in de jurisprudentie het onzuivere schadebesluit nog steeds geacht wordt deel uit te maken van het schadeveroorzakende besluit.[172]

Deze juridische versmelting van schadeoorzaak en schadebesluit zal naar mijn mening voorlopig ook mogelijk moeten blijven, omdat er situaties zijn waarin zij niet kan worden gemist. Vucsán lijkt van mening dat de constructie van het onzuivere schadebesluit geheel naar de geschiedenis moet worden verwezen. Ik ben het daar

171. R.L. Vucsán, Het zelfstandige schadebesluit: nadeelcompensatie na Van Vlodrop, JBplus 2000, p. 125-135.
172. Hij wijst op ABRvS 14 januari 1999, JB 1999, 30 m.nt. RJNS en CBB 25 juni 1997, AB 1997, 406.

niet mee eens. Ten eerste omdat de mogelijkheden die het zuivere schadebesluit biedt nog niet volmaakt zijn. Daarbij denk ik aan de gevallen waarin het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel tot nadeelcompensatie nopen. In die gevallen kan geen zuiver schadebesluit worden genomen, tenzij de inbreuk kan worden vertaald in de termen van het égalité-beginsel. Ten tweede is het onzuivere schadebesluit nog altijd onmisbaar wanneer de reden voor nadeelcompensatie wordt gezocht in de beperkte proportionaliteitseis.[173] In die gevallen was de nadeelcompensatie nodig om een overtuigende balans te bereiken in de verhouding tussen het met het besluit beoogde doel en de nadelige gevolgen. Die gevallen kan men met een zuiver schadebesluit niet oplossen.[174]

Het onderscheid tussen de rechtmatigheid van het besluit en de aanvaardbaarheid van de gevolgen impliceert dat het ontbreken van een onzuiver schadebesluit in beginsel niet de onrechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit meebrengt. Een ontbrekend of afwijzend onzuiver schadebesluit maakt het schadeveroorzakende besluit mijns inziens slechts in twee gevallen onrechtmatig. Het eerste geval is dat waarin niet is voldaan aan artikel 3:4 lid 2 Awb, hetgeen wil zeggen aan de proportionaliteit tussen doel en nadelige gevolgen. Het tweede geval is dat waarin geen mogelijkheid bestaat om tegen een zuiver schadebesluit op te komen. Dat lijkt onder het huidige recht het geval bij inbreuken op het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel. Dan mag het bestuursorgaan de burger niet aan zijn lot overlaten.

Bij een beroep op het égalité-beginsel komt het erop neer dat het bestuursorgaan kan kiezen tussen de weg van het zuivere en die van het onzuivere schadebesluit. De belanghebbende kan tijdens de voorbereiding van het primaire besluit of in de bezwaarfase kiezen voor een verzoek om een onzuiver schadebesluit. Maar het bestuursorgaan kan hem verwijzen naar een procedure tegen een (door hemzelf aan te vragen) zuiver schadebesluit.

---

173. Daarbij moet men vooral denken aan de categorie van de twijfelgevallen, die ik in par. 2.5.4 heb onderscheiden.

174. De optie om het nemen van een onzuiver schadebesluit te 'verbieden' in alle gevallen waarin een zuiver schadebesluit kan worden genomen, is theoretisch wel sluitend, maar leidt praktisch vermoedelijk tot verschrikkelijke complicaties.

7 Op welk moment ontstaat de verplichting?

7.1 Het belang van het ontstaansmoment

Nu het verband tussen de belangenafweging van artikel 3:4 Awb en de verplichting tot nadeelcompensatie voor een belangrijk deel wordt losgelaten, kan men er niet meer van uitgaan dat de verplichting tot nadeelcompensatie ontstaat op het moment waarop het besluit (onherroepelijk) in werking is getreden.

Het moment waarop de verplichting tot nadeelcompensatie ontstaat, is om verschillende redenen van belang. Allereerst is het van belang, omdat de compensatie pas vanaf het ontstaan van de verplichting in rechte kan worden afgedwongen. Daar komt bij dat de omvang van de schadevergoeding mede afhankelijk is van het moment waarop de verplichting ontstaat. Het moment is onder meer van belang voor de aanvang van de verplichting tot rentevergoeding en de aanvang van de verjaringstermijn.

En wat omvat de schadevergoeding bijvoorbeeld als een onterechte afwijzing van nadeelcompensatie na verloop van tijd tot een ernstige daling van de bedrijfsresultaten van een onderneming leidt? Er zijn verschillende gevallen in de jurisprudentie naar voren gekomen, waarin het achterwege laten van nadeelcompensatie had geleid tot liquidatie of faillissement van een onderneming. Denk aan het geval waarin de uitbreiding van een vliegveld ertoe leidde dat de bank niet meer bereid was om een lening te verstrekken aan een agrarisch bedrijf dat noodzakelijke investeringen moest doen.[175] De daardoor ontstane schade is een gevolg van het feit dat het bestuursorgaan zich de belangen van de benadeelde niet (voldoende) heeft aangetrokken. Ik noem deze schade gevolgschade, omdat zij een gevolg is van het niet toekennen van nadeelcompensatie. Hartlief heeft erop gewezen dat het voor de aansprakelijkheid van dergelijke schade verschil maakt of men de aansprakelijkheid baseert op rechtmatige of onrechtmatige daad.[176]

175. HR 27 april 2001, JB 2001, 126 m.nt. FAMS (Leers/Staat).
176. T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade (oratie), Deventer 1997, p. 56.

7.2 Toch weer van belang: onrechtmatige of rechtmatige daad?

De verplichting tot compensatie voor de onaanvaardbare gevolgen van een rechtmatig besluit moet niet worden verward met de verbintenis uit onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 BW. In het bestuursrecht is toepasselijkheid van die bepaling niet nodig om tot een schadevergoedingsplicht te kunnen concluderen. Er kan een rechtsplicht bestaan om de onaanvaardbare gevolgen van een besluit ongedaan te maken of te compenseren. Die rechtsplicht kan voortvloeien uit ongeschreven beginselen, zoals het égalité-beginsel, het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel. Het is niet nodig dat een oorzaak wordt aangewezen in een onrechtmatig handelen of nalaten. Aan het ongeschreven recht kan in het bestuursrecht een afdwingbare verplichting tot schadevergoeding worden ontleend.

In het systeem van artikel 6:162 BW is het zich niet aantrekken van die belangen een nalaten in strijd met een wettelijke plicht, voorzover die plicht op artikel 3:4 Awb is terug te voeren, of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Schending van die plicht kan een verbintenis tot schadevergoeding doen ontstaan. De kwalificatie van de nadeelcompensatieplicht als rechtsplicht strookt zowel met het publiekrechtelijke open stelsel van verplichtingen als met het semi-gesloten stelsel van verbintenissen in het Burgerlijk Wetboek.

Het moment waarop de verplichting tot nadeelcompensatie ontstaat, is primair afhankelijk van de materiële grondslag die men kiest. Wordt de grondslag gevonden in de onrechtmatigheid van het nemen van het besluit zonder daarbij in een adequate nadeelcompensatie te voorzien, dan gaat men ervan uit dat die verplichting al bestaat op het moment waarop het besluit wordt genomen. Schending van die verplichting doet een verbintenis tot schadevergoeding ontstaan op het moment waarop de onevenredige nadelige gevolgen van het besluit zich manifesteren en daadwerkelijk schade tot gevolg hebben.

Dit zou de benadering moeten zijn in de gevallen waarin een besluit door de bestuursrechter wordt vernietigd wegens het ontbreken van een adequaat onzuiver schadebesluit. Ook in zo'n geval is immers onrechtmatig gehandeld door niet te voldoen aan een verplichting tot nadeelcompensatie. Dit betekent dat het systematisch zuiverder is om in zo'n geval de schadevergoeding toe te kennen wegens onrechtmatige daad.[177] Dat kan een reden zijn om bij schending van de nadeelcompensatieplicht toepassing te geven aan artikel 8:73 Awb.[178] In de praktijk van het bestuursrecht gebeurt dat evenwel niet, maar wordt het besluit vernietigd waarna het bestuursorgaan een nieuw besluit moet nemen. Men gaat er blijkbaar van uit dat het bij de toekenning van nadeelcompensatie na de vernietiging (bij wijze van een alsnog genomen onzuiver schadebesluit) wel goed komt met de vergoeding van rente en

177. Zo begrijp ik ook H.Ph.J.A.M. Hennekens, Nadeelcompensatie: wanneer en waarom?, Gst. 7130, p. 569-575.
178. De Hoge Raad veronderstelde deze toepasbaarheid van art. 8:73 Awb in geschillen over nadeelcompensatie in het arrest Leers/Staat, HR 27 april 2001, AB 2001, 361 m.nt. ThGD.

gevolgschade. Deze behoren voor vergoeding in aanmerking te komen vanaf het moment waarop het vernietigde besluit daadwerkelijk schade tot gevolg heeft gehad.

Wordt de grondslag voor de verplichting tot nadeelcompensatie niet gezocht in een onrechtmatig besluit, maar in het ongeschreven publiekrecht, uitgaande van een open stelsel van publiekrechtelijke verplichtingen, dan ligt de vraag voor op welk moment aan die verplichting moet zijn voldaan en op welk moment de schending daarvan een 'publiekrechtelijke verbintenis' tot schadevergoeding doet ontstaan. Naar mijn mening moet dat moment worden bepaald aan de hand van de vraag wanneer het bestuursorgaan de nadelige gevolgen kende of behoorde te kennen.

7.3 Kenbaarheid van de onevenredige nadelige gevolgen

Een verplichting tot nadeelcompensatie kan pas ontstaan als de onevenredige nadelige gevolgen kenbaar zijn voor het bestuursorgaan. Lang niet altijd is al ten tijde van het nemen van het besluit de schade te bepalen. In paragraaf 4.3.1 kwam al naar voren dat de Afdeling bestuursrechtspraak er oog voor heeft dat de schade soms pas ontstaat of waarneembaar is na verloop van enige tijd vanaf het moment waarop het besluit werd genomen. Dit is een belangrijk gegeven, want de schadelijke gevolgen van een besluit worden soms inderdaad pas na verloop van tijd zichtbaar. De loskoppeling van het schadeveroorzakende besluit en de verplichting tot nadeelcompensatie levert in dergelijke gevallen een rechtvaardiger resultaat op dan de constructie van het onzuivere schadebesluit. Denk aan het geval waarin het gebruik van bepaalde stoffen, bijvoorbeeld bestrijdingsmiddelen, pas na verloop van jaren een waarneembaar effect heeft op de kwaliteit van het grondwater of het oppervlaktewater. Ook bouw- en aanlegwerken kunnen gevolgen hebben die pas na jaren aantoonbaar zijn. Het verloop van klandizie van een winkelbedrijf door een verandering in de markt of in de fysieke omgeving kan na jaren in volle omvang schade aan het licht brengen.

En dan zijn er nog de gevallen waarin het causale verband tussen het besluit en de schade aanvankelijk niet te bewijzen valt, maar na verloop van tijd wel, bijvoorbeeld door de ontwikkeling van een speciale technische methode. In dat geval zal bij sommigen wellicht de gedachte opkomen dat het bestuursorgaan bij het nemen van een besluit geen rekening behoeft te houden met effecten die op het moment waarop het besluit wordt genomen niet kenbaar zijn. Dat is wel zo, maar het doet niet ter zake. De verplichting tot nadeelcompensatie is immers niet gebaseerd op een fout aan de kant van de overheid. De verwijtbaarheid is geen vereiste voor de aansprakelijkheid. Zodra de verplichting tot nadeelcompensatie is bevrijd uit het kader van artikel 3:4 lid 2 Awb, doet het voor haar ontstaan niet meer terzake of het bestuursorgaan bij het nemen van het besluit rekening had moeten houden met de nadelige gevolgen die de schade heeft veroorzaakt.

Onbekendheid bij het bestuursorgaan met de onevenredige nadelige gevolgen kan ook een gevolg zijn van nalatigheid aan de kant van de belanghebbende. Als hij zijn belangen niet kenbaar maakt aan het bestuursorgaan, en dit er zelf ook geen kennis

van heeft of behoort te hebben, is er geen reden om een nadeelcompensatieplicht aan te nemen. Bij de voorbereiding van het schadeveroorzakende besluit is het bestuursorgaan vaak al nadelige gevolgen tegengekomen in het door artikel 3:2 Awb verlangde onderzoek. Maar de burger heeft een eigen verantwoordelijkheid zodra hij zelf op de hoogte is geraakt van de voor hemzelf onevenredige nadelige gevolgen van het (voorgenomen of genomen) besluit. Op deze verantwoordelijkheid is al de aandacht gevestigd in paragraaf 4.3.2, waar het ging over de schadebeperkingsplicht van de benadeelde.

Op basis van het uitgangspunt dat een verplichting tot nadeelcompensatie pas kan ontstaan als de onevenredige nadelige gevolgen van het besluit kenbaar zijn voor het bestuursorgaan, behoort ten minste een deel van de verantwoordelijkheid voor het ontstaansmoment van de compensatieplicht bij de burger te worden gelegd. In gevallen waarin een burger het bestuursorgaan aanspreekt op nadeelcompensatie op basis van het égalité-beginsel, behoort het initiatief bij de burger te liggen. Die moet het bestuursorgaan op de hoogte stellen van de nadelen die hij als gevolg van het besluit ondervindt. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft dit in haar jurisprudentie verdisconteerd door in de definitie van een zuiver schadebesluit op te nemen dat het moet gaan om een op verzoek gegeven beslissing. Uitgangspunt moet zijn dat er geen verplichting bestaat om ambtshalve een zuiver schadebesluit te nemen. Dit acht ik ook redelijk, omdat het omgekeerde evident onredelijk is. Het zou niet goed te begrijpen zijn waarom de schadelijdende burger het bestuursorgaan zou mogen verwijten dat het niet tijdig in nadeelcompensatie heeft voorzien, terwijl die burger zelf heeft nagelaten om kenbaar te maken dat en waarom aan die compensatie behoefte bestond. Ik zie alleen reden om de verantwoordelijkheid primair bij het bestuursorgaan te leggen, indien dit zelf de nadelige gevolgen van het besluit al kent en ervan uit behoort te gaan dat de burger ze zelf nog niet kent. Deze verantwoordelijkheid dient zich echter te beperken tot het attenderen van de burger op de dreigende benadeling.

Is eenmaal aan de hand van de hier weergegeven benadering het moment bepaald waarop het bestuursorgaan bekend was of had moeten zijn met de nadelige gevolgen van het besluit, dan is nog niet het moment bepaald waarop de 'publiekrechtelijke verbintenis' tot nadeelcompensatie ontstaat. Voor dat ontstaan is immers ook nodig dat het nadeel zich daadwerkelijk manifesteert. In veel gevallen is dat het moment van daadwerkelijk inkomensverlies, waardedaling of verlies aan kredietwaardigheid. Zonder nadeel is er immers ook geen reden tot compensatie.

De verplichting tot toekenning van nadeelcompensatie ontstaat dus niet voordat een verzoek daartoe is gedaan en er daadwerkelijk schade wordt geleden.[179]

179. Dit laat uiteraard onverlet dat de vergoedingsplicht wel betrekking kan hebben op schade die een gevolg is van oorzaken die in de tijd voorafgaan aan het verzoek.

7.4 Schaduwschade

Onder schaduwschade wordt verstaan de schade die ontstaat voordat het besluit formele rechtskracht heeft verkregen. Besluiten werpen vaak hun schaduw vooruit, zeker als ze al genomen zijn maar nog niet onherroepelijk zijn, maar ook in de voorbereidingsfase. Dit komt doordat deelnemers aan het maatschappelijk verkeer, bijvoorbeeld marktpartijen, banken en beleggers, erop anticiperen. Deze schade komt volgens de jurisprudentie op het gebied van de wettelijk geregelde vormen van nadeelcompensatie niet voor vergoeding in aanmerking, met name volgens de jurisprudentie over artikel 49 WRO.[180] De gedachte is dat de gestelde schade niet is veroorzaakt door een rechtens onaantastbaar (en dus onherroepelijk rechtmatig te achten) besluit. Ook bij nadeelcompensatieregelingen in beleidsregels en verordeningen komt men een dergelijke beperking tegen. Slechts bij hoge uitzondering wordt wel eens schaduwschade voor vergoeding in aanmerking gebracht.[181] In deze paragraaf ga ik in op de vraag of nadeelcompensatie geboden kan zijn in de periode tussen het in werking treden van het besluit en het moment waarop het besluit formele rechtskracht verkrijgt.[182]

De redenering dat schaduwschade niet voor vergoeding in aanmerking komt omdat het schadeveroorzakende besluit nog geen formele rechtskracht heeft verkregen, lijkt vooral ingegeven door het streven geen aansprakelijkheid aan te nemen voordat onomstotelijk vaststaat dat de schadeoorzaak als rechtmatige daad stand zal houden. Dat streven is wel begrijpelijk omdat voorkomen moet worden dat uitbetaalde nadeelcompensatie later moet worden teruggevorderd als het schadeveroorzakende besluit wordt herroepen of vernietigd. Daarom is het in beginsel niet redelijk om bijvoorbeeld schade in de vorm van waardedaling al te vergoeden voordat het schadeveroorzakende besluit onherroepelijk is. Maar het ligt anders bij vormen van schade die zich al onomkeerbaar manifesteert voordat het besluit onherroepelijk is. Dan moet men denken aan uitvoeringsschade en aan schade die ontstaat bij een verkoop tijdens de periode waarin een ongunstig besluit al wel zijn werking heeft, maar nog niet onherroepelijk is. De vergoeding van die schade behoeft niet te worden teruggevorderd. Wel doet zich daarbij het probleem voor dat de grondslag voor de schadevergoeding ten gevolge van de vernietiging of herroeping met terugwerkende kracht verandert van rechtmatige daad in onrechtmatige daad.[183] Die verandering zal

---

180. M.E. Gelpke, Plan- en maatregelschade, in: D.A. Lubach & P.C.E. van Wijmen (red.), Bestuursrechtelijke schadevergoeding, Den Haag 1992 (losbl.), par. 4.6.3; B.P.M. van Ravels, Planologische schaduwschade, in: De staat van water, Lelystad 1999, p. 195-216.
181. ABRvS 14 december 2000, JB 2001, 29.
182. Voor de schade die ontstaat in de daaraan voorafgaande periode waarin het besluit nog niet is genomen, verwijs ik naar B.P.M. van Ravels, Planologische schaduwschade, in: De staat van water, Lelystad 1999, p. 195-216.
183. Wordt het besluit herroepen op andere gronden dan rechtmatigheidsgronden (dus op grond van beleidsoverwegingen of nieuwe omstandigheden), dan wordt het herroepen besluit niet onrechtmatig. De grondslag van de toegekende nadeelcompensatie voor reeds geleden schade blijft dan een rechtmatige daad.

vrijwel steeds gepaard gaan met een verruiming van de aansprakelijkheid en een vergroting van de schadevergoedingsplicht. De reeds toegekende nadeelcompensatie kan dan met de schadevergoeding uit onrechtmatige daad worden verrekend.

Het lijkt dus verstandig om onderscheid te maken tussen omkeerbare en onomkeerbare schade. Omkeerbare schade is dan schade die verdwijnt zodra het schadetoebrengende besluit wordt herroepen of vernietigd. Dit onderscheid zou grotendeels aansluiten bij het door Van der Schans gemaakte onderscheid tussen waardedaling en uitvoeringsschade. Waardedaling verdwijnt als het ongunstige besluit wegvalt. Maar is het besluit inmiddels geheel of gedeeltelijk uitgevoerd, dan kan als gevolg van die uitvoering onomkeerbare schade zijn ontstaan.[184]

De grondslagen voor nadeelcompensatie worden in hun werking zeker niet beperkt tot gevallen waarin nadeel is toegebracht door een onherroepelijk rechtmatig besluit. De verplichting tot nadeelcompensatie zou dus al kunnen worden aangenomen voordat het besluit formele rechtskracht heeft. Is het besluit al wel genomen maar nog niet onherroepelijk, dan kan op basis van het égalité-beginsel een zuiver schadebesluit worden genomen, want aan de processuele en de materiële connexiteitseis is voldaan. Bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling moet worden geconstateerd dat een verplichting tot nadeelcompensatie in principe wel kan ontstaan voordat het besluit formele rechtskracht heeft, maar dat er een aantal beperkingen aan de bruikbaarheid van die verplichting is gesteld.

De wet brengt soms een beperking aan door bepaalde besluiten limitatief als schadeoorzaken aan te wijzen, zoals is gebeurd in artikel 49 WRO. In paragraaf 4.3.3 is betoogd, dat deze beperking niet door het ongeschreven recht kan worden omzeild. In gevallen van extreem onevenredige benadeling door schaduwschade zal artikel 1 Eerste Protocol een rol kunnen spelen. Deze bepaling beperkt haar bescherming immers niet tot de gevolgen van besluiten met formele rechtskracht. Als een lagere regeling (verordening, beleidsregel) een poging doet om de schadeoorzaken limitatief op te sommen, kan dat de waarborgen van het ongeschreven recht (gelijkheid, rechtszekerheid, vertrouwen) en van artikel 1 Eerste Protocol niet opzij zetten.

Alleen als het schadeveroorzakende besluit al genomen is, is beroep tegen een zuiver schadebesluit op grond van het égalité-beginsel mogelijk. Dat beroep kan alleen succes hebben als de bestuursrechter niet verlangt dat het schadeveroorzakende besluit formele rechtskracht heeft. Naar mijn mening moet hij die eis niet stellen, omdat die uit het égalité-beginsel niet kan worden afgeleid. Ook voordat de formele rechtskracht van de schadeoorzaak intreedt, moet immers de vraag worden gesteld welk offer het bestuur van de burgers mag verlangen als 'normale' bijdrage aan de gemeenschap en het algemeen belang. Wel zou men daarbij onderscheid moeten maken tussen omkeerbare en onomkeerbare schade.

---

184. E. van der Schans tijdens een informeel onderhoud in 2002.

8 Afwenteling van de nadeelcompensatieplicht

Nadeelcompensatie is een vorm van overheidsaansprakelijkheid. Des te opmerkelijker is het dat regelmatig de middelen voor de betaling van de compensatie worden verstrekt door particulieren. Men moet dan denken aan bijvoorbeeld projectontwikkelaars of andere grote ondernemingen die medewerking van een gemeente nodig hebben, ter verkrijging waarvan zij bereid zijn om de nadeelcompensatie (vaak planschadevergoeding op basis van artikel 49 WRO) voor hun rekening te nemen. Meteen al in de beroemde startuitspraak over nadeelcompensatie (over de Paul Krugerbrug) was deze afwenteling aan de orde en werd zij toelaatbaar geacht.

Vaak is een vermogende direct-belanghebbende wel bereid om de nadeelcompensatielast op zich te nemen. Dat verhoogt de kans op medewerking van het bestuursorgaan en het verkleint de kans op vertraging door bezwaar- en beroepsprocedures. Daar is niets op tegen, zolang het vrijwillig geschiedt. In dit verband is het goed eraan te herinneren dat nadeelcompensatie vaak ook een smeeroliefunctie heeft. Maar als een tegenspeler van de overheid zich hiertegen wil verzetten, moet het recht hem daarin tegemoetkomen.

Damen spreekt in dit verband van burgercompensatie. Hij uitte in 1989 fundamentele kritiek op dit verschijnsel.[185] Zijn voornaamste probleem is, dat de afwenteling een vorm van Eingriffsverwaltung is en niet een vorm van Leistungsverwaltung. Is het bij de toekenning van nadeelcompensatie niet problematisch als een uitdrukkelijke wettelijke grondslag ontbreekt, bij de afwenteling ligt dat anders, want daar wordt een verplichting opgelegd waarvoor de wet geen basis biedt.[186] Ook Schlössels wijst hierop.[187]

In de jurisprudentie is de principiële vraag hoever een bestuursorgaan mag gaan met deze afwenteling niet echt hogerop gekomen. Dat is ook wel begrijpelijk, omdat het in veel gevallen gaat om afwenteling op de schouders van een professionele speler op de markt van het algemeen belang. Zo is het voor een projectontwikkelaar of een woningbouwvereniging doorgaans bezwaarlijk om de vertrouwensrelatie met de

185. L.J.A. Damen, Interventie in de VAR-vergadering 1989, in; Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter, Verslag van de Algemene Vergadering, VAR-reeks 103, Alphen a/d Rijn 1990, p. 54-59.

186. F.J. van Ommeren, De verplichting verankerd (diss. Amsterdam VU), Zwolle 1997 formuleert het legaliteitsbeginsel zo dat een wettelijk anker vereist is als aan burgers verplichtingen of verboden worden opgelegd.

187. R.J.N. Schlössels, Het specialiteitsbeginsel (diss. Maastricht), Den Haag 1998, p. 318-319.

overheid op het spel te zetten door een procedure in twee of drie instanties door te drukken. Bovendien kunnen deze belanghebbenden hun kosten op hun beurt verhalen op hun afnemers (kopers, huurders, exploitanten).

In enkele recente uitspraken van rechtbanken, kwam de toelaatbaarheid van de afwenteling van planschadevergoeding aan de orde.[188] Het betrof gevallen waarin aanvragers van een vergunning en vrijstelling met de gemeente een overeenkomst hadden gesloten waarin zij zich verbonden de kosten van de planschadevergoeding te zullen dragen. Later beriepen zij zich op de nietigheid van deze overeenkomsten. Daarbij werd met name aangevoerd dat de overeenkomsten een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht vormden in de zin van het Windmill-arrest,[189] détournement de pouvoir opleverden en misbruik van omstandigheden.[190] De rechtbanken oordeelden dat de afwenteling toelaatbaar was. Deze rechtbankuitspraken staan niet op zichzelf. Bij andere vormen van nadeelcompensatie hebben bestuursrechters de afwenteling aanvaardbaar geacht.[191] In de literatuur vindt de afwenteling instemming,[192] maar stuit zij ook op kritiek.[193] Ook wordt wel een nuancering aangebracht door te stellen dat een planschadeverplichting niet kan worden afgewenteld als zij dient ter compensatie van een in het algemeen belang verricht project, maar wel indien zij dient ter compensatie van een project waarmee uitsluitend een particulier belang wordt gediend.[194]

Bij deze stand van de rechtsontwikkeling kan niet anders worden geconstateerd dan dat zich een grondige verdraaiing van de rechtswerkelijkheid heeft voltrokken.

Het égalité-beginsel dient ertoe de publieke lasten voor rekening te brengen van de gemeenschap en dus niet ten laste van een particulier, indien een besluit wordt genomen ter behartiging van algemene belangen. Wordt besloten uitsluitend ter behartiging van particuliere belangen, dan is er geen reden om nadeelcompensatie op deze grondslag toe te kennen. In paragraaf 3.4.5 is al beschreven dat dit ook de opvatting van de Afdeling is. Mochten er desondanks bestuursorganen of rechters zijn die op grond van het égalité-beginsel nadeelcompensatie toekennen naar aanleiding van besluiten die alleen op de belangen van particulieren zien, dan zit daar de fout.

---

188. Rb. Almelo 20 oktober 1999, JB 1999, 292 m.nt. RJNS; Rb. Utrecht 4 augustus 1999, Gst. 7110, 4 m.nt. HH.
189. HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393.
190. Voor een stelselmatige behandeling van deze argumenten verwijs ik naar C.N.J. Kortmann, Verhaal van planschadekosten bij overeenkomst, Gst. 7129, p. 537-545.
191. ABRvS 10 mei 1995, RAwb 1995, 72 m.a. BdeW; Vz. ARRvS 29 oktober 1992, AB 1993, 183 m.nt. RMvM.
192. Zie het hiervoor genoemde artikel van Kortmann alsmede M.M. Verschuren, Plankosten en planschadevergoedingskosten overeengekomen, BR 1994, p. 194 e.v. en D.A. Lubach, JB-plus 2001, p. 61.
193. Daarover R.L. Vucsán, Het kind van de rekening: nadeelcompensatie en afwenteling in de Algemene wet bestuursrecht, in: In wederkerigheid, (Scheltema-bundel), p. 295-306; R.J.N. Schlössels, annotatie in JB 1999, 292; R.M. van Male, Marionette. Over het afwentelen van nadeelcompensatie bij beschikkingsvoorschrift, in: In de sfeer van administratief recht, Utrecht 1994; G.A. van der Veen, Openbare zaken, Zwolle 1997, p. 459-460.
194. J.W. van Zundert, Planschadevergoedingskostenverhaal, BR 1999, p. 200-203 en Planschaderegeling ter discussie, BR 2001, p. 278-285; A.R. Klijn, Afwenteling van planschade louter kostenverhaal of toepassing profijtbeginsel?, BR 2000, p. 1038-1045.

Dat is geen reden om die nadeelcompensatie af te wentelen op de begunstigde particulieren. Het bestuursorgaan heeft daartoe, zoals Damen al stelde, geen enkele bevoegdheid.

Meer ruimte voor afwenteling zie ik bij toekenning van nadeelcompensatie in verband met het rechtszekerheidsbeginsel. Dit beginsel verplicht tot nadeelcompensatie indien en voorzover de benadeelde op ongewijzigd voortbestaan van het voor hem geldende rechtsregime mocht vertrouwen. Wordt een vergunning, vrijstelling of ontheffing verleend, en is deze verlening rechtmatig, dan impliceert dit normaal gesproken dat de benadeelde er niet van uit mocht gaan dat het rechtsregime niet zou veranderen. Anders zou de verlening in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel. Alleen in bijzondere gevallen is er een reden voor nadeelcompensatie en dan gaat het met name om de zogenaamde twijfelgevallen, waarin de nadeelcompensatie nodig is om het vereiste evenwicht tussen doel en nadelige gevolgen te bereiken. Wordt een dergelijk besluit genomen, dan zou men kunnen zeggen dat er nog steeds geen reden is om de nadeelcompensatie af te wentelen op de begunstigde, die immers het geldende rechtsregime niet in het leven heeft geroepen. Ook hier zou men kunnen denken aan een verantwoordelijkheid van de gemeenschap: als het bestuur in het belang van de gemeenschap een bepaalde mate van rechtszekerheid wil bieden, dan moet die gemeenschap er ook voor opdraaien indien die zekerheid in een bepaald geval niet kan worden gestand gedaan. Dit lijkt mij echter geen *exclusieve* verantwoordelijkheid van de gemeenschap. Zo zie ik geen principiële bezwaren tegen afwenteling van nadeelcompensatie op een overtreder die profiteert van een ten aanzien van hem genomen gedoogbesluit.

Enige twijfel heb ik bij nadeelcompensatie op basis van het vertrouwensbeginsel. Dit beginsel leidt tot nadeelcompensatie indien de benadeelde heeft vertrouwd en heeft mogen vertrouwen op verwachtingen waarvan het ontstaan aan een bestuursorgaan kan worden toegerekend. Er is op het eerste gezicht geen reden waarom de ene burger moet instaan voor de gevolgen van het feit dat het bestuursorgaan een belofte aan een andere burger niet kan nakomen. Voorkomen moet worden dat het bestuursorgaan bij de ene burger goede sier kan maken met toezeggingen en andere beloftes, terwijl een andere burger, ten behoeve van wie die beloftes moeten worden verbroken, de schade moet vergoeden. Van belang lijkt daarom op welke wijze de verwachtingen door het bestuursorgaan zijn gewekt. Heeft het de verwachtingen gewekt om tegemoet te komen aan de belangen van de ene burger, dan mogen de gevolgen daarvan niet worden afgewenteld op een andere burger. Maar het ligt anders wanneer de gewekte verwachtingen zijn gewekt door handelingen die het bestuursorgaan heeft verricht in het algemeen belang, bijvoorbeeld doordat het een bewust gekozen vaste gedragslijn volgde. Wijkt het bestuursorgaan dan af van die gedragslijn op verzoek van een belanghebbende, en wordt daarmee een moeilijk te verantwoorden schade toegebracht aan een ander die op de gedragslijn mocht vertrouwen, dan kan een acceptabele oplossing worden gevonden in een afwenteling van nadeelcompensatie.

Er zijn dus wel goede redenen om in bepaalde gevallen een burger die een andere burger schade toebrengt, en daartoe in de gelegenheid wordt gesteld door een overheidsbesluit, daarvan de lasten te laten dragen. Een bestuursorgaan is echter, zolang het daar geen wettelijke bevoegdheid toe gekregen heeft, niet bevoegd om deze afwenteling dwingend op te leggen. Alleen al om deze reden dient een bij besluit opgelegd voorschrift, waarin afwenteling dwingend wordt opgelegd, te worden vernietigd door de bestuursrechter als daartegen beroep is ingesteld. Het bestuursorgaan begeeft zich met een afwenteling bovendien in civielrechtelijke sfeer, waarover de burgerlijke rechter op basis van het Burgerlijk Wetboek dient te oordelen. Terecht wijst Damen erop dat de tot op zekere hoogte legitimerende werking van een vergunning in de verhouding tussen burgers onderling[195] geen reden mag zijn voor het bestuur of de bestuursrechter om civielrechtelijke schadevergoedingsverplichtingen via een omweg tot stand te brengen.

In de gevallen waarin de afwenteling is overeengekomen in een privaatrechtelijke overeenkomst, is het aangaan van de overeenkomst in beginsel reden om ervan uit te gaan dat de partij die de nadeelcompensatie op zich heeft genomen, daartoe bereid was. Als die bereidheid er is, zie ik geen reden om aan te nemen dat dit niet toelaatbaar zou zijn. In de hiervoor aangegeven gevallen waarin afwenteling op gespannen voet staat met de grondslag voor nadeelcompensatie, is een vrijwillig overnemen van de lasten geen probleem. Een probleem ontstaat pas als de partij op wie de lasten bij overeenkomst worden afgewenteld, daar na het sluiten van de overeenkomst vanaf probeert te komen. Om van een dergelijke overeenkomst af te komen, is de belanghebbende vooralsnog aangewezen op de civielrechtelijke gronden, waarbij met name misbruik van omstandigheden in aanmerking kan komen.

Pogingen om de overeenkomst aan te tasten met een beroep op détournement de pouvoir of de doorkruisingsformule van het Windmill-arrest zijn tot nu toe niet erg succesvol, zoals blijkt uit de hiervoor genoemde rechtbankuitspraken. Klijn heeft verdedigd dat van een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht wel degelijk sprake is in de gevallen waarin planschadevergoeding ex artikel 49 WRO wordt toegekend voor de gevolgen van besluiten die *in het algemeen belang* zijn genomen. Daarvoor heeft de wetgever volgens haar de gemeenschap verantwoordelijk (en dus de overheid aansprakelijk) willen maken. Met deze opvatting moet, ten minste voorzover het égalité-beginsel in artikel 49 WRO herkenbaar is, worden ingestemd. De onaanvaardbare doorkruising zou naar mijn mening moeten worden vertaald in een (gedeeltelijke) nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst ingevolge artikel 3:40 BW. En daar ligt gelijk een probleem. Want het zou betekenen dat de afwentelingsovereenkomst niet gesloten *mag* worden. In relatief veel gevallen zal evenwel de aanvrager van een besluit liever een afwentelingsovereenkomst sluiten dan een afwijzing op zijn aanvraag ontvangen. En hierbij moet worden bedacht dat bestuursorga-

195. HR 14 juni 1963, NJ 1965, 82 (EZH/Bailey), HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 (Vermeulen/Lekkerkerker); HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 (Van Dam/Beukeboom).

nen de financiële effecten van een besluit vaak mogen of moeten meewegen (zie bijvoorbeeld artikel 9 lid 2 van het Besluit op de ruimtelijke ordening). Het zou jammer zijn als aanvragers niet meer vrijwillig mogen bijdragen aan de lasten van het algemeen belang. En in die vrijwilligheid moet de oplossing worden gezocht. Dit pleit ervoor aansluiting te zoeken bij de wilsgebreken van artikel 3:44 BW (met name misbruik van omstandigheden) en bij de figuur van misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW).

9 Conclusies

Uit de voorafgaande hoofdstukken kunnen de volgende centrale conclusies worden getrokken.

9.1 Ieder draagt zijn eigen schade

Het uitgangspunt is – en hoort te blijven – dat ieder zijn eigen schade draagt, tenzij er een rechtsgrond is op basis waarvan de schade voor rekening van een ander kan worden gebracht. In geval van nadeelcompensatie wordt die rechtsgrond gevonden in iets anders dan de onrechtmatigheid van de schadetoebrengende handeling. In het bestuursrecht is het mogelijk deze aansprakelijkheid buiten contract en onrechtmatige daad te aanvaarden, omdat dit rechtsgebied een open stelsel van verplichtingen kent en niet het semi-gesloten stelsel van verbintenissen van het burgerlijk recht.

9.2 Grondslagen voor nadeelcompensatie

Als grondslagen voor nadeelcompensatie kunnen naar geldend recht worden onderscheiden het égalité-beginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en de eigendomsbescherming van artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Ook het vereiste van evenredigheid tussen doel en nadelige gevolgen van het besluit kan een reden voor nadeelcompensatie zijn. Deze normen liggen ten grondslag aan de verplichtingen tot nadeelcompensatie die zijn verankerd in bijzondere wettelijke bepalingen, verordeningen en beleidsregels. Deze grondslagen behoeven geen strikt gescheiden toepassing. Zo worden in het kader van artikel 49 WRO het égalité-beginsel en het rechtszekerheidsbeginsel beide toegepast.[196]

196. Dat geldt ook voor de art. 15.20 en 15.21 Wm, bij de toepassing waarvan ook het beginsel 'de vervuiler betaalt' een rol speelt. Zie daarover het preadvies van Hoitink.

9.3 Eigendomsbescherming

Artikel 1 Eerste Protocol biedt de minimaal gegarandeerde bescherming tegen onevenredige benadeling bij inmenging in het eigendomsrecht. De wet noch de rechter kunnen die minimumstandaard aantasten. Het criterium van de 'individual and excessive burden' vertoont gelijkenis met de speciale en abnormale last in het kader van het égalité-beginsel. Maar er is geen reden om aan te nemen dat deze eigendomsbescherming zich niet mede uitstrekt tot bescherming van rechtszekerheid en vertrouwen.

Als zelfstandige rechtsgrond voor nadeelcompensatie heeft artikel 1 Eerste Protocol EVRM beperkte betekenis. De toetsing van het EHRM is zo terughoudend, dat het Nederlandse recht, met name het égalité-beginsel, de eigenaar meer te bieden heeft. Maar als het nodig is de wet in formele zin te toetsen, biedt deze bepaling uiteraard een belangrijke grondslag. Dat doet zich voor als de wet in formele zin een inbreuk maakt op de eigendom (in de ruime zin van dit artikel), maar ook als de wet beperkingen aanbrengt op het recht op nadeelcompensatie. Zo kan een beroep op deze bepaling helpen bij het creëren van aansprakelijkheid voor schade die wordt veroorzaakt door besluiten in de ruimtelijke ordening of het milieurecht die niet worden genoemd in artikel 49 WRO, respectievelijk artikel 15.20 en 15.21 Wm.

9.4 Égalité-beginsel

Het égalité-beginsel dient alleen toepassing te vinden indien het nadeel is toegebracht door een besluit dat ter behartiging van een algemeen belang is genomen. Is een besluit uitsluitend genomen om een belang van een burger of instelling te dienen, dan doet de ratio van dit beginsel zich niet gelden. Het gaat in de kern van het égalité-beginsel om de vraag welk offer het bestuur van de burgers mag verlangen als 'normale' bijdrage aan de gemeenschap en het algemeen belang. Bij de toepassing van het égalité-beginsel komt het bestuursorgaan daarom een zekere discretionaire ruimte toe, met name waar het gaat om de toepassing van het criterium van het normaal maatschappelijk risico.

Het égalité-beginsel heeft van alle grondslagen voor nadeelcompensatie de ruimste toepassing gekregen in de jurisprudentie. Het is bovendien erkend als een algemene grondslag voor besluiten over nadeelcompensatie.

Een belanghebbende die nadeelcompensatie vraagt in verband met een rechtmatig appellabel besluit, behoeft niet in bezwaar en beroep te gaan tegen dat besluit. De formele rechtskracht van het schadeveroorzakende besluit kan hem niet worden tegengeworpen, omdat hij zich niet beroept op de onrechtmatigheid van dat besluit. Wel kan hem eventueel worden tegengeworpen dat het bestuursorgaan een ander besluit zou hebben genomen als het met de onevenredige schade eerder bekend was geweest. Het is aan het bestuursorgaan om aan te tonen dat dit zou zijn gebeurd als

de belanghebbende bij de voorbereiding van het besluit of in bezwaar tijdig voor zijn belangen zou zijn opgekomen.

De algemene strekking van het égalité-beginsel gaat evenwel niet zover dat het beginsel de wet kan doorkruisen. Waar de wetgever beperkingen heeft aangebracht, bijvoorbeeld door limitatief op te sommen welke besluiten als schadeoorzaak kunnen worden aangemerkt, daar kan het égalité-beginsel die beperking niet ongedaan maken.

9.5 Rechtszekerheid en vertrouwen

Aan het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel komt een zelfstandige betekenis toe als grondslag voor nadeelcompensatie. Hoewel in de rechtspraak recent in een paar gevallen is overwogen dat uitsluitend aan het égalité-beginsel een verplichting tot nadeelcompensatie kan worden ontleend, worden ook gewekte verwachtingen nog als grondslag voor nadeelcompensatie erkend. Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel bieden evenwel niet een grondslag voor een buitenwettelijk zuiver schadebesluit, ook niet als de schade een gevolg is van een voor beroep vatbaar besluit. Het verdient aanbeveling het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel te erkennen als grondslagen voor zuivere schadebesluiten.

9.6 Beperkte en ruime proportionaliteitseis

Ook de beperkte proportionaliteitseis, die ziet op de verhouding tussen doel en nadelige gevolgen, biedt soms een grondslag voor nadeelcompensatie. Het gaat dan om gevallen waarin nadeelcompensatie wordt toegekend om te voorkomen dat het besluit onrechtmatig is.

Het verdient geen aanbeveling om de verplichting tot nadeelcompensatie af te leiden uit de ruime proportionaliteitseis. Deze ruime eis houdt er rekening mee dat een door een besluit te schaden belang een zodanige beschermingskracht kan hebben, dat het het nemen van een besluit dat per saldo een duidelijk positief effect zal sorteren, belet. Het belangrijkste nadeel van deze ruime proportionaliteitseis is, dat de besluitvorming kan worden opgehouden en de rechtskracht van het besluit in de lucht kan blijven hangen, uitsluitend omdat nog over de nadeelcompensatie moet worden gestreden. Een ander belangrijk nadeel is de vertroebeling van verantwoordelijkheden waar het gaat om de feitenvaststelling en de bewijslast. Ten slotte heeft het loslaten van de ruime proportionaliteitseis het voordeel dat – om met Bloembergen te spreken – verbiedbaarheid en onrechtmatigheid weer dichter bij elkaar komen, hetgeen een systematische helderheid teruggeeft.

9.7 Verhouding tussen nadeelcompensatie en artikel 3:4 lid 2 Awb

Tot voor kort werd de verplichting tot nadeelcompensatie als een uitvloeisel van de verplichting tot een evenwichtige belangenafweging van artikel 3:4 Awb gezien, tenzij zij afzonderlijk was geregeld in een bijzondere wet, een verordening of een beleidsregel. Als gevolg van de introductie van het zuivere schadebesluit, beweegt de nadeelcompensatieplicht zich in de richting van een zelfstandige verplichting, die voortvloeit uit geschreven of ongeschreven recht. Voor wat betreft het égalité-beginsel is dat stadium inmiddels bereikt. Een beroep op een van de overige grondslagen voor nadeelcompensatie dient nog te worden geplaatst in het kader van de belangenafweging van artikel 3:4 Awb (tenzij een beroep kan worden gedaan op een bijzondere wettelijke bepaling, een verordening of een beleidsregel).

De verhouding met de belangenafweging ziet er als volgt uit.

- Besluiten waarvan de nadelige gevolgen belangrijker worden gevonden dan het met het besluit beoogde doel. Deze besluiten zijn in strijd met artikel 3:4 lid 2 Awb en moeten op die grond worden vernietigd. Eventuele aansprakelijkheid berust op onrechtmatige daad.
- Besluiten waarvan het doel in evenwicht wordt gebracht met de nadelige gevolgen, doordat in een adequate compensatie wordt voorzien. In deze twijfelgevallen is het besluit (misschien) vernietigbaar, tenzij ten tijde van het nemen van het schadeveroorzakende besluit tevens in nadeelcompensatie is voorzien. Wordt er vernietigd wegens disproportionaliteit, dan berust de aansprakelijkheid op onrechtmatige daad.
- Besluiten waarvan het doel belangrijker wordt gevonden dan de nadelige gevolgen. De vraag of nadeelcompensatie moet worden toegekend kan zelfstandig worden beantwoord. In de nadeelcompensatie kan worden voorzien door middel van een zuiver schadebesluit of doordat verwezen wordt naar een adequate regeling in de wet of in een beleidsregel. Naar geldend recht is de mogelijkheid om een buitenwettelijk zuiver schadebesluit te verzoeken tot nu toe alleen erkend indien dat verzoek kan worden gebaseerd op het égalité-beginsel. Als de benadeelde is aangewezen op een andere rechtsgrond, zoals het rechtszekerheidsbeginsel of vertrouwensbeginsel, dan moet hij dat naar geldend recht aan de orde stellen door middel van een beroep tegen het schadeveroorzakende besluit.

9.8 De toekomst van het onzuivere schadebesluit

De juridische constructie van het onzuivere schadebesluit moet niet worden afgeschaft. Ten eerste omdat de mogelijkheden die het zuivere schadebesluit biedt nog niet volmaakt zijn. Het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel kan tot nadeelcompensatie nopen en in die gevallen is een zuiver schadebesluit niet moge-

lijk. Ten tweede is het onzuivere schadebesluit nog altijd onmisbaar in de categorie van de twijfelgevallen, waarin de nadeelcompensatie nodig is om een overtuigende balans te bereiken in de verhouding tussen het met het besluit beoogde doel en de nadelige gevolgen. Die gevallen kan men met een zuiver schadebesluit niet oplossen.

Het komt erop neer dat het bestuursorgaan kan kiezen tussen de weg van het zuivere en die van het onzuivere schadebesluit. De belanghebbende kan tijdens de voorbereiding van het primaire besluit of in de bezwaarfase wel een keuze maken voor het onzuivere schadebesluit, maar het bestuursorgaan kan hem verwijzen naar een procedure tegen een (door hemzelf aan te vragen) zuiver schadebesluit.

9.9 Het moment van ontstaan van de verplichting tot nadeelcompensatie

Als uitgangspunt is gekozen dat een verplichting tot nadeelcompensatie pas kan ontstaan als de onevenredige nadelige gevolgen van het besluit kenbaar zijn voor het bestuursorgaan. Het ontstaansmoment van de verplichting tot nadeelcompensatie moet daarom worden gekozen aan de hand van de vraag wanneer het bestuursorgaan de onevenredige nadelige gevolgen kende of behoorde te kennen. Onder normale omstandigheden is dat het moment waarop de belanghebbende een verzoek om nadeelcompensatie heeft gedaan. Daarnaast geldt als voorwaarde voor het ontstaan van de verplichting dat het te compenseren nadeel zich daadwerkelijk heeft gemanifesteerd.

De verplichting tot nadeelcompensatie ontstaat volgens de heersende opvattingen in het bestuursrecht niet voordat het schadeveroorzakende besluit formele rechtskracht heeft verkregen. Uit het égalité-beginsel is deze beperking niet af te leiden en uit de overige grondslagen ook niet. Verdedigd is daarom dat de schade die is veroorzaakt door een genomen besluit dat nog niet onherroepelijk is, voor compensatie in aanmerking behoort te komen.

9.10 Afwenteling van de nadeelcompensatieplicht

Het égalité-beginsel als grondslag voor nadeelcompensatie verdraagt zich niet met een gedwongen afwenteling op een particuliere persoon of onderneming, ook al wordt deze bevoordeeld door het schadeveroorzakende besluit. Dit neemt niet weg dat er goede redenen kunnen zijn om in bepaalde gevallen een burger die een andere burger schade toebrengt, en daartoe in de gelegenheid wordt gesteld door een overheidsbesluit, aansprakelijk te achten. Dit is evenwel een civielrechtelijke aangelegenheid, waarover de burgerlijke rechter op basis van het burgerlijk wetboek dient te oordelen. In het bestuursrecht *mag* dit zelfs niet worden geregeld, omdat daartoe een wettelijke grondslag ontbreekt. Een bij besluit opgelegde afwenteling is om die reden vernietigbaar.

Deze harde lijn kan afbreuk doen aan de belangen van de overheid en de gemeenschap in gevallen waarin het schadeveroorzakende besluit uitsluitend een particulier belang van een of enkele individuele burgers of instellingen dient. Dat is dan een reden om vraagtekens te plaatsen bij het oneigenlijk gebruik van het égalité-beginsel.

Is de reden voor nadeelcompensatie gevonden in het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel, dan kan onder omstandigheden de afwenteling gerechtvaardigd zijn. Maar ook voor deze afwenteling zou een wettelijke grondslag voorhanden moeten zijn.

Vrijwillige overname van de lasten van nadeelcompensatie moet anders worden beoordeeld. Voor vrijwillige overname van de lasten is geen wettelijke grondslag nodig. Een privaatrechtelijke afwentelingsovereenkomst is daarom in beginsel toelaatbaar. Bijzondere aandacht is evenwel nodig voor gevallen van misbruik van omstandigheden en misbruik van bevoegdheid.

9.11 Een wettelijke regeling: waarvan eigenlijk?

Regelmatig worden voorstellen gedaan om de nadeelcompensatie wettelijk te regelen. Onder die voorstellen vallen drie soorten op. Van den Berk heeft voorgesteld een bepaling in de wet op te nemen die sterke gelijkenis vertoont met de formule van artikel 49 WRO en soortgelijke bepalingen. De essentie is dat schade moet worden vergoed als een rechtmatig besluit of een rechtmatige handeling schade heeft veroorzaakt 'die redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet of niet voldoende anderszins is verzekerd'.[197] Daarmee is een grondslag voor schadebesluiten (en dus een toegang tot de bestuursrechter) gecreëerd en een zeer open norm ('redelijkheid') voor het recht op schadevergoeding vastgelegd. De praktische betekenis ervan was dan ook vooral processueel van aard. Verheij heeft een processuele verbetering in overweging gegeven waarmee hij wil zekerstellen dat geschillen over nadeelcompensatie ten gevolge van feitelijk handelen aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd.[198] Van Buuren heeft een voorstel gedaan voor een meer materieelrechtelijke regeling, gebaseerd op de grondslag van het égalité-beginsel.[199] Voorzover nadeelcompensatie te maken heeft met het égalité-beginsel, is dit een aantrekkelijke regeling. In dit preadvies heb ik verdedigd dat het égalité-beginsel weliswaar een belangrijke grondslag voor nadeelcompensatie is, maar dat er regelmatig gevallen zijn waarin de reden voor nadeelcompensatie gevonden moet worden in andere grondslagen. Op zich behoeft dat aan een codificatie van

197. J.A.M. van den Berk, Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid, Zwolle 1991.

198. N. Verheij, in: Verschuiving van de magische lijn, VAR-reeks 122, Alphen a/d Rijn 1999, p. 52.

199. P.J.J. van Buuren, Nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht, in: J.L. Boxum & L.J.A. Damen e.a. (red.), Aantrekkelijke gedachten, Deventer 1993, p. 91-108.

het égalité-beginsel niet in de weg te staan, als maar duidelijk is dat aan andere grondslagen voor nadeelcompensatie een volwaardige plaats toekomt.

Stellingen

1. Niet alleen het égalité-beginsel is een grondslag voor nadeelcompensatie.
2. Het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel zijn grondslagen voor nadeelcompensatie.
3. Het égalité-beginsel dient alleen toepassing te vinden indien het nadeel is veroorzaakt door een handeling die ter behartiging van een algemeen belang is verricht. Handelingen waarmee uitsluitend particuliere belangen worden gediend, geven geen aanleiding tot nadeelcompensatie op grond van het égalité-beginsel.
4. Handelingen waarmee uitsluitend particuliere belangen worden gediend, kunnen wel aanleiding geven tot nadeelcompensatie op grond van het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel of de proportionaliteitseis.
5. Bij de toepassing van het égalité-beginsel komt het bestuursorgaan een zekere discretionaire ruimte toe.
6. Een belanghebbende die nadeelcompensatie vraagt in verband met een rechtmatig appellabel besluit, behoeft niet in bezwaar en beroep te gaan tegen dat besluit. De formele rechtskracht van het schadeveroorzakende besluit kan hem niet worden tegengeworpen.
7. Het verdient aanbeveling het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel te erkennen als grondslagen voor zuivere schadebesluiten.
8. De juridische constructie van het onzuivere schadebesluit moet *niet* worden afgeschaft.
9. Schade die onomkeerbaar is veroorzaakt door een besluit dat nog niet onherroepelijk is, behoort in beginsel voor compensatie in aanmerking te komen.
10. Het égalité-beginsel als grondslag voor nadeelcompensatie verdraagt zich niet met een gedwongen afwenteling op een particuliere persoon of onderneming.

Schadevergoeding in het omgevingsrecht: speurtocht naar 'verklarende principes'

*Mr. J.E. Hoitink**

1	**Inleiding**	**203**
2	**Typering van een zestal schadevergoedingsregelingen op het gebied van het omgevingsrecht**	**205**
2.1	Inleiding	205
2.2	Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO)	205
2.2.1	Korte beschrijving van de regeling	205
2.2.2	Rechtsgrondslag en materiële criteria	207
2.3	Natuurbeschermingswet (Nb-wet)	211
2.3.1	Korte omschrijving van de regeling	211
2.3.2	Rechtsgrondslag en materiële criteria	212
2.4	Boswet	216
2.4.1	Korte omschrijving van de regeling	216
2.4.2	Rechtsgrondslag en materiële criteria	217
2.5	Ontgrondingenwet	219
2.5.1	Korte beschrijving van de regeling	219
2.5.2	Rechtsgrondslag en materiële criteria	220
2.6	Wet milieubeheer (Wm)	222
2.6.1	Korte beschrijving van de regeling	222
2.6.2	Rechtsgrondslag en materiële criteria	224
2.7	Wet verontreiniging oppervlaktewateren (Wvo)	229
2.7.1	Korte beschrijving van de regeling	229
2.7.2	Rechtsgrondslag en materiële criteria	230

* Jessica Hoitink is werkzaam bij de Directie Juridische Zaken van het ministerie van VROM en is tevens verbonden aan het Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS (UU). In deze bijdrage geeft zij haar persoonlijke opvattingen weer. Zij dankt Gerdy Jurgens voor haar waardevolle commentaar op een eerdere versie van dit stuk.

3 Uitgangspunten voor schadevergoeding in het omgevingsrecht 233
3.1 Algemeen 233
3.2 Rechtszekerheidsbeginsel 234
3.3 Egalité-beginsel 236
3.3.1 De wijziging van het rechtsregime treft (per definitie) een beperkte groep burgers 236
3.3.2 De wijziging treft iedereen, maar niet in dezelfde mate 239
3.3.3 Ook absolute omvang van de last van belang? 240
3.4 Evenredigheid als algemeen principe 241
3.5 Normaal maatschappelijk risico 243
3.5.1 De invulling van het normaal maatschappelijk risico 243
3.5.2 Het toepassen van algemene kortingen 245
3.6 Voorzienbaarheid in concreto 246
3.7 Beginsel 'de vervuiler betaalt' 247
3.8 Draagkrachtbeginsel 248
3.9 Eigendomsrecht 251

4 Conclusies 255

Stellingen 259

1 Inleiding

Het omgevingsrecht is een terrein waarop het schadevergoedingsrecht[1] zich al vroeg heeft ontwikkeld. In de jaren zestig en zeventig zijn de meeste schadevergoedingsregelingen in de wet terechtgekomen. Over sommige van die regelingen, zoals de planschadevergoeding, is heel veel geschreven, over andere regelingen is veel minder bekend. Tot nu toe heeft het materiële schadevergoedingsrecht zich op de afzonderlijke terreinen van het omgevingsrecht tamelijk gescheiden ontwikkeld. Dat de regelingen in samenhang worden bezien, is, voorzover ik weet, nog weinig gebeurd en er bestaat dan ook (nog) niet zoiets als een 'leerstuk' van de schadevergoeding in het omgevingsrecht. Deze aanduiding wordt hier dus in eerste instantie gebruikt als verzamelterm voor de verschillende schadevergoedingsregelingen die er zijn op het gebied van het omgevingsrecht. Onder omgevingsrecht wordt in deze bijdrage begrepen het milieurecht in ruime zin, dus inclusief het recht inzake water en het natuurbeschermingsrecht, en het ruimtelijke bestuursrecht.[2] In deze bijdrage worden zes verschillende regelingen tegen het licht gehouden, namelijk de schadevergoedingsregelingen in de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO), de Natuurbeschermingswet (Nb-wet), de Boswet, de Ontgrondingenwet, de Wet milieubeheer (Wm) en de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (Wvo). Bij de keuze is erop gelet dat de uiteenlopende terreinen van het omgevingsrecht zijn vertegenwoordigd.

Deze bijdrage heeft een beperkte invalshoek. De focus is gericht op de *materiële criteria* voor de toekenning van schadevergoeding. Daarbinnen zal de nadruk bovendien worden gelegd op de rechtsgrondslag(en) voor het toekennen van schadevergoeding en de inhoudelijke criteria die daarmee direct samenhangen. Dit betekent dat materiële criteria die afkomstig zijn uit het civiele recht, zoals eigen schuld, de plicht tot schadebeperking en voordeelsverrekening, buiten beschouwing zullen blijven, omdat deze worden gehanteerd *onafhankelijk* van de rechtsgrondslag.

Doel van deze bijdrage is niet alleen om een beeld te schetsen van de rechtsgrondslag(en) die er zijn voor de toekenning van schadevergoeding in het omgevingsrecht, en, hiermee samenhangend, de inhoudelijke criteria die worden gehanteerd, maar tevens om na te gaan in hoeverre eventuele verschillen *binnen het omgevingsrecht*

---

1. De term 'schadevergoeding' wordt in dit stuk gebruikt als synoniem voor nadeelcompensatie (schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad).
2. Deze omschrijving is ontleend aan Michiels: F.C.M.A. Michiels, Kleur in het omgevingsrecht (oratie), Den Haag 2001, p. 4. Omgevingsrecht in ruime zin omvat tevens landbouw en verkeer.

daaruit kunnen worden verklaard of juist moeten worden verworpen. Voorts wordt beoogd een bijdrage te leveren aan de discussie over de mogelijk inhoud van een algemene wettelijke regeling voor nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

De opzet van deze bijdrage is als volgt. Na deze inleiding worden in hoofdstuk 2 de onderzochte regelingen beschreven. Daarbij wordt een analyse van de rechtsgrondslag en de daarmee samenhangende materiële criteria steeds voorafgegaan door een korte beschrijving van de regeling. In hoofdstuk 3 wordt hierop voortgeborduurd door dieper in te gaan op de normatieve uitgangspunten die een rol spelen bij het toekennen van schadevergoeding in het omgevingsrecht. Daarbij worden de verschillende inhoudelijke 'noties' besproken die ten grondslag kunnen liggen aan het bestaan van een compensatieplicht, en wordt een poging gedaan om de besproken regelingen met behulp hiervan te classificeren. In hoofdstuk 4 worden de belangrijkste conclusies weergegeven. Omdat deze bijdrage het karakter heeft van een *discussiestuk*, wordt deze ten slotte afgesloten met enkele stellingen.

2 Typering van een zestal schadevergoedingsregelingen op het gebied van het omgevingsrecht

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal een aantal schadevergoedingsregelingen op de verschillende terreinen van het omgevingsrecht onder de loep worden genomen. Daarbij wordt steeds in kort bestek een beschrijving gegeven van de belangrijkste kenmerken van de regeling, waarna vervolgens nader wordt ingegaan op de rechtsgrondslag(en) voor het toekennen van schadevergoeding en de daaruit voortvloeiende materiële criteria. Achtereenvolgens zullen aan de orde komen de schadevergoedingsregelingen in de WRO (par. 2.2), de Nb-wet (par. 2.3), de Boswet (par. 2.4), de Ontgrondingenwet (par. 2.5), de Wm (par. 2.6) en ten slotte de Wvo (par. 2.7). Dit hoofdstuk wordt niet afgesloten met conclusies. Deze worden geïntegreerd in de analyse van hoofdstuk 3 en keren terug in de eindconclusies (hoofdstuk 4).

2.2 Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO)

2.2.1 Korte beschrijving van de regeling

In artikel 49 WRO is een regeling opgenomen voor de vergoeding van schade die is ontstaan door een nadelige wijziging van het planologische regime.[3] Deze regeling biedt belanghebbenden allereerst de mogelijkheid om vergoeding te vragen van schade ten gevolge van de vaststelling of herziening van een bestemmingsplan door de gemeenteraad. Op de mogelijkheid om vergoeding van planschade te vragen wordt veelvuldig en bovendien in toenemende mate[4] een beroep gedaan. Uit de

3. Bij het analyseren van de planschaderegeling heb ik veel profijt gehad van de dissertatie van Berthy van den Broek, die op een bijzonder inzichtelijke en nauwkeurige wijze in beeld brengt welke materiële normen (behoren te) gelden bij toepassing van de planschaderegeling; G.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime, Deventer 2002.
4. Van Zundert meldt dat in de afgelopen jaren 1500 tot 2000 verzoeken om planschade zijn ingediend en dit aantal in de periode 1999-2000 met circa 30% is toegenomen: J.W. van Zundert, Planschaderegeling ter discussie, BR 2001, p. 279.

jurisprudentie blijkt dat planschadeclaims met name betrekking hebben op de volgende factoren:

- het 'wegbestemmen' van een bouwmogelijkheid;
- beperking van woongenot en privacy als gevolg van een nieuwe ruimtelijke ontwikkeling in de nabije omgeving;
- beperking van uitzicht;
- aantasting van de ruimtelijke kwaliteit van de omgeving;
- schaduwwerking door nabije bebouwing;
- onevenredige verkeers- en parkeerhinder;
- verminderde bereikbaarheid;
- onevenredig nadeel door ruimtelijk relevante milieufactoren (geluid, geur, wateroverlast, afval, wind);
- inkomens-, winst- of omzetschade door belemmeringen van de beroeps- of bedrijfsuitoefening.[5]

Uit deze opsomming volgt dat de schade ex artikel 49 WRO zowel kan worden veroorzaakt door wijzigingen van de planvoorschriften ten aanzien van de eigen gronden als ten aanzien van nabijgelegen percelen. Bepalend voor de vraag of sprake is van schade in de zin van artikel 49 WRO is steeds of sprake is van op geld te waarderen nadeel, dat voortvloeit uit een gewijzigd planologisch regime.[6] Naast besluiten tot vaststelling of herziening van het bestemmingsplan worden in artikel 49 ook andere besluiten genoemd waardoor een vergelijkbare wijziging optreedt van het planologische regime, zoals besluiten tot het verlenen van vrijstelling op grond van de artikelen 17 en 19 WRO, de verlening van een vrijstelling ter verwezenlijking van de zogeheten Nimby-projecten en aanwijzingen van gedeputeerde staten of de minister.

Schade die wordt geleden vóórdat het besluit onherroepelijk is geworden, komt op grond van de jurisprudentie niet voor vergoeding in aanmerking. Een verzoek tot schadevergoeding kan daarom pas worden ingediend wanneer het schadeveroorzakende besluit in rechte onaantastbaar is geworden. De ratio daarvan is vermoedelijk dat pas op dat moment definitief kan worden vastgesteld of sprake is van een planologisch nadeliger situatie. Dat neemt niet weg dat het bestemmingsplan, maar ook bijvoorbeeld de vrijstelling ex artikel 19 WRO, al eerder rechtskracht kan krijgen. Vanaf dat moment treedt een ander regime in werking en kan dus ook al schade optreden. Dat dergelijke schade per definitie niet voor vergoeding in aanmerking komt, volgt niet dwingend uit de tekst van artikel 49 WRO, en de vraag is dan ook of de rechter de reikwijdte van deze bepaling hiermee niet te vergaand beperkt.[7]

---

5. J.W. van Zundert, Planschaderegeling ter discussie, BR 2001, p. 281-282.
6. G.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime, Deventer 2002, p. 28.
7. Zie G.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime, Deventer 2002, p. 10-11.

Het is denkbaar dat de gemeente de schade op andere wijze wil vergoeden dan via de toekenning van een financiële compensatie, bijvoorbeeld door compensatie aan te bieden in de vorm van een gunstige bestemmingswijziging van het eigen perceel. De voor- en nadelen kunnen in dat geval met elkaar worden verrekend.[8]

2.2.2 Rechtsgrondslag en materiële criteria

Egalité niet langer voorwaarde voor aansprakelijkheid

Planschade komt alleen voor vergoeding in aanmerking voorzover de schade niet redelijkerwijs ten laste van de belanghebbende dient te blijven. Deze redelijkheidsformule is pas later, bij amendement, in de wet terechtgekomen. Daarmee werd aangesloten bij de redactie van reeds eerder vastgestelde schadevergoedingsregelingen, zoals opgenomen in de Monumentenwet en de Boswet. Aanvankelijk stond in het ontwerp het criterium dat de zakelijk gerechtigde onevenredig moest zijn getroffen door een bestemming.[9] Met deze formulering beoogde de regering een vergoeding uit te sluiten in gevallen waarin de maatregelen slechts een concretisering vormen van de vrijheidsbeperkingen die voortvloeien uit het feit dat de burger samen met anderen op een beperkt territoir in een gemeenschap leeft. Deze gedachte was destijds gebaseerd op de opvattingen omtrent de sociale functie van de grondeigendom, waaruit voortvloeit dat de eigenaar bepaalde beperkingen moet dulden met het oog op andere belangen dan de zijne.[10] Van den Broek meent voorts dat, hoewel het égalité-beginsel niet expliciet wordt aangewezen als rechtsgrondslag voor de vergoeding van planschade, wel duidelijk is dat de wetgever zich destijds (mede) door het égalité-beginsel heeft laten inspireren.[11] Omdat de indieners van het amendement echter beoogden een ruimer criterium op te nemen dan de indieners van het wetsvoorstel, namelijk dat van de redelijkheid, verbindt Van den Broek hieraan de conclusie dat het égalité-beginsel niet als *voorwaarde* kan worden gehanteerd voor de vestiging van een recht op schadevergoeding als bedoeld in artikel 49 WRO.[12] De vraag is wel of met de aanvaarding van het amendement nu alleen de *mogelijkheid* is gecreëerd om ook vanwege andere gronden een recht op schadevergoeding te kunnen aannemen – het redelijkheidscriterium omvat immers meer dan alleen evenredigheid – of dat de wetgever daarmee expliciet heeft willen *uitsluiten* dat het égalité-beginsel een

---

8. ABRvS 22 juli 1999, AB 2000, 64 m.nt. G.M. van den Broek, BR 2000, p. 580 m.nt. P.C.E. van Wijmen, JB 1999, 244 m.nt. ARN en ABRvS 12 augustus 1999, AB 2000, 65 m.nt. G.M. van den Broek, BR 2000, p. 515, Gst. 7106, 3 m.nt. HH. Vereist is wel dat deze voor- en nadelen worden veroorzaakt door één en hetzelfde planologische regime.
9. TK 1955-1956, 4233, nr. 1-2.
10. G.J. de Groot, Vergoeding van planschade, Deventer 1982, p. 17-18 en G.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime, Deventer 2002, p. 233 e.v.
11. G.M. van den Broek, Planschadevergoeding, Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime, Deventer 2002, p. 4 (hoofdstuk 5).
12. Zie eveneens L.A. van Montfoort, Planschadevergoedingsrecht na twee jaar TwK, Zwolle 1990, p. 15-25.

rol kan spelen bij de nadere invulling van de redelijkheidsformule en het formuleren van criteria voor de toekenning van schadevergoeding. Deze laatste uitleg is naar mijn mening ook verdedigbaar. Door te kiezen voor een tamelijk vage en open norm als de redelijkheid heeft de wetgever, zo is verdedigbaar, *impliciet* de keuze gemaakt om de ontwikkeling van (nadere) inhoudelijke criteria voor de toekenning van schadevergoeding te 'delegeren' aan de rechter.

Beginselaanspraak op schadevergoeding bij nadelige wijziging van planologisch regime

In de loop van de tijd zijn de accenten in de jurisprudentie verschillend gelegd. Aanvankelijk vormde, in lijn met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever, een belangrijk criterium of de burger door de wijziging van het planologische regime zwaarder werd getroffen dan met de algemene sociale situatie in overeenstemming is.[13] Wanneer de bestemmingsplanherziening als een normale maatschappelijke ontwikkeling was aan te merken, werd de schade in beginsel voor rekening van de belanghebbende gebracht.[14] Daarmee leek de Kroon en later ook de bestuursrechter de redelijkheidsformule te interpreteren in het licht van het égalité-beginsel.

In de (meer recente) jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak wordt de geschetste lijn echter niet doorgetrokken.[15] De Afdeling stelt daarin voorop, dat wanneer eenmaal is vastgesteld dat schade is geleden ten gevolge van een wijziging van het planologische regime, in beginsel een aanspraak op schadevergoeding bestaat. De daaruit voortvloeiende verplichting tot vergoeding van de schade kan alleen worden beperkt door omstandigheden die zijn gelegen in de risicosfeer van de benadeelde, waarbij de nadruk ligt op het criterium van de *voorzienbaarheid*. Een treffende illustratie van deze benadering biedt ABRvS 10 augustus 2000, BR 2001, p. 692 m.nt. Van Wijmen. Bij de gemeenteraad was een verzoek ingediend om vergoeding van de schade als gevolg van de verlening van een vrijstelling voor de bouw van een bankfiliaal in de nabijheid van de woning van Van der Plassche. De gemeente stelde zich op het standpunt dat de inbreuk op het woongenot en de daarmee gepaard gaande waardevermindering in dit geval moest worden beschouwd als een normaal maatschappelijk risico, maar werd daarin door de rechtbank in het ongelijk gesteld. In hoger beroep overweegt de Afdeling dat:

> '(...) aan een bepaald planologisch regime (...) geen blijvende rechten kunnen worden ontleend. Het is een normaal maatschappelijke ontwikkeling dat ruimtelijke inzichten en, daaruit voortvloeiende, bestemmingsplannen in de loop der tijd wijzigen. De wetgever heeft met art. 49 van de WRO evenwel de schade die een belanghebbende lijdt als gevolg van een planologische wijziging die hem in een nadeliger positie brengt, in beginsel niet voor diens

13. O.a. KB 7 september 1971, BR 1971, p. 645; KB 4 mei 1973, BR 1973, p. 541; AGRvS 28 januari 1991, AB 1991, 449 en ABRvS 17 oktober 1994, BR 1995, 784 m.nt. P.C.E. van Wijmen.
14. Zie bijvoorbeeld AGRvS 5 december 1988, BR 1989, p. 278.
15. G.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime, Deventer 2002, p. 212 e.v.

rekening willen laten. De schade dient niettemin wel redelijkerwijs geheel of gedeeltelijk ten laste van de betrokkene te blijven indien de schadeveroorzakende maatschappelijke ontwikkeling voorzienbaar was. Die voorzienbaarheid dient reeds te kunnen worden vastgesteld op het moment van de koop van de desbetreffende onroerende zaak.'

Na te hebben beredeneerd dat de ontwikkeling 'noch in het algemeen, noch voor hem in het bijzonder' voorzienbaar was, voegt de Afdeling hieraan nog het volgende toe:

'De planologische ontwikkelingen die zich later hebben voorgedaan kunnen niet als maatschappelijk risico voor rekening van Van der Plassche worden gebracht, ook al gaat het om ontwikkelingen die op zichzelf genomen niet spectaculair zijn en die, zoals appellant heeft gesteld, een logische afronding vormen van de bestaande stedenbouwkundige structuur.
Nu in het onderhavige geval kan worden vastgesteld dat de gevolgen van de planologische wijziging op zichzelf niet voor rekening van Van der Plassche behoren te blijven, is, anders dan appellant heeft betoogd, in dat kader niet meer relevant of de manier waarop de bebouwing in dit geval is verwezenlijkt geen onevenredige inbreuk maakt op de bestaande situatie.'

In de redenering van de Afdeling bestaat er dus al een aanspraak op schadevergoeding vanwege het enkele feit dat sprake is van een wijziging van het planologische regime met nadelige gevolgen, omdat de wetgever dergelijke ontwikkelingen niet voor rekening van de benadeelde heeft willen laten. Deze compensatieplicht kan alleen worden beperkt door omstandigheden die zijn gelegen in de risicosfeer van de benadeelde. Alleen deze omstandigheden kunnen dus een rol spelen bij de invulling van het redelijkheidscriterium.

Planologisch regime verschaft geen blijvende rechten
Van belang is voorts de overweging dat aan een bepaald planologisch regime *geen blijvende rechten* kunnen worden ontleend. Volgens de Afdeling moet het als een 'normale maatschappelijke ontwikkeling' worden gezien dat ruimtelijke ontwikkelingen, en daarmee ook bestemmingsplannen, in de loop van de tijd wijzigen. De vraag is hoe dit zich verhoudt tot de redenering van de Afdeling dat aan een belanghebbende die schade lijdt als gevolg van een nadelige wijziging van het planologische regime *waarmee hij geen rekening had kunnen houden*, een recht op schadevergoeding wordt toegekend. Met normale ontwikkelingen moet immers, zo lijkt mij, in beginsel rekening worden gehouden. Dit is echter nadrukkelijk niet waar de Afdeling op doelt, zoals ook blijkt uit ABRvS 14 januari 1999, AB 1999, 209 m.nt. JSt. Daarin overweegt de Afdeling dat:

'de opvatting dat niemand blijvende rechten kan ontlenen aan vrij uitzicht niet rechtvaardigt, dat het vervallen van een vrij uitzicht zonder meer binnen het normaal maatschappelijk risico valt en derhalve niet voor vergoeding op de voet van artikel 49 WRO in aanmerking komt'.

Kennelijk bedoelt de Afdeling dat wijzigingen van het planologische regime met nadelige gevolgen geoorloofd zijn, maar dat artikel 49 WRO meebrengt dat dit in de regel wel met financiële compensatie gepaard dient te gaan.

Normaal maatschappelijk risico versus voorzienbaarheid

In het algemeen valt op dat de gedachte van het normaal maatschappelijk risico, vooral in recentere jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, nog slechts zelden tot afwijzing van een verzoek om planschadevergoeding leidt. Van den Broek ziet hierin een verschuiving van het criterium van het normaal maatschappelijk risico naar het criterium van de voorzienbaarheid en de risicoaanvaarding.[16] Zoals blijkt uit de eerder aangehaalde uitspraak van 10 augustus 2001 toetst de Afdeling echter niet alleen of de ontwikkelingen in kwestie voorzienbaar zijn *voor de benadeelde in het bijzonder*, maar ook of ze *in het algemeen* voorzienbaar zijn. Deze voorzienbaarheid in het algemeen lijkt wel beperkter te moeten worden opgevat dan het criterium van het normaal maatschappelijk risico. De Afdeling verwijst i.c. zowel naar het op schrift gestelde beleid van de gemeente als naar de structuur van het betrokken gebied, en concludeert daaruit dat van voorzienbaarheid geen sprake was. Ook in andere gevallen acht de Afdeling algemene stellingen doorgaans onvoldoende om te oordelen dat met de ontwikkelingen rekening moest worden gehouden. Wanneer de gemeente stelt dat bepaalde ontwikkelingen voorzienbaar waren, moet dit met concrete feiten en omstandigheden worden gestaafd.[17]

De Afdeling acht voorts bepalend of de ontwikkelingen *ten tijde van de aankoop* waren te voorzien. Het idee daarachter is vermoedelijk dat, wanneer de betrokkene ten tijde van de aankoop nog niet wist dat er iets zou gaan veranderen, maar die wetenschap pas daarna kreeg, hij geen mogelijkheid meer heeft om daarnaar te handelen. De investering is immers op het moment van aankoop reeds gedaan. Een uitzondering geldt alleen als er na de aankoop nog investeringsbeslissingen moeten worden genomen over het realiseren van bouw- of gebruiksmogelijkheden. Elke grondeigenaar moet alert zijn op aanwijzingen die duiden op een wijziging van de planologische inzichten ten aanzien van dergelijke bouw- of gebruiksmogelijkheden van zijn perceel. Wanneer het, gelet op de algemene maatschappelijke ontwikkelingen en ontwikkelingen in de directe omgeving, in de lijn der verwachtingen lag dat de planologische inzichten zich zouden wijzigen, maar de eigenaar nalaat hierop in te spelen, kan hij de schade als gevolg van het vervallen van de bouw- of gebruiksmogelijkheden niet op de overheid verhalen (zogeheten *passieve risicoaanvaarding*).[18]

---

16. G.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime, Deventer 2002, p. 178-179.
17. Onder meer ABRvS 11 april 1995, BR 1996, p. 584 m.nt. P.C.E. van Wijmen en ABRvS 12 oktober 1995, BR 1996, p. 664. Vgl. voorts G.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime, Deventer 2002, p. 36-37.
18. O.a. AGRvS 24 mei 1993, BR 1994, p. 508 m.nt. P.C.E. van Wijmen; ABRvS 25 januari 1994, BR 1995, p. 141 m.nt. P.C.E. van Wijmen en ABRvS 1 februari 2000, AB 2000, 444 m.nt. G.M. van den Broek.

Individuele vermogensposities mogen geen rol spelen
De Afdeling geschillen heeft geoordeeld dat bij de beantwoording van de vraag of planschade redelijkerwijs ten laste van de betrokkene hoort te blijven, geen betekenis toekomt aan de hoogte van de schade in verhouding tot de omvang van de winst of omzet.[19] In dat geval zou de individuele vermogenspositie van de benadeelde een rol gaan spelen bij de toekenning van schadevergoeding, ook wel aangeduid als het *draagkrachtbeginsel*. Bij de toetsing van verzoeken om planschadevergoeding mag het draagkrachtbeginsel, zo luidt de conclusie die aan deze jurisprudentie wordt verbonden, geen rol spelen.[20]

Ook geringe schade moet worden vergoed
Soms wordt er door het bestuursorgaan een beroep op gedaan dat de omvang van de schade op zichzelf bezien zo gering is dat dit een reden zou kunnen zijn om de schade niet te vergoeden. De rechter heeft verschillende keren uitgemaakt dat bij de beantwoording van de vraag of de schade redelijkerwijs ten laste van de benadeelde hoort te blijven in het kader van artikel 49 WRO, geen betekenis toekomt aan de beperkte omvang van de schade.[21] In de literatuur wordt er dan ook van uitgegaan dat ook bij relatief geringe schade een recht op planschadevergoeding kan bestaan.[22]

2.3 Natuurbeschermingswet (Nb-wet)

2.3.1 Korte omschrijving van de regeling

De regeling in artikel 18 Nb-wet voorziet in de vergoeding van schade als gevolg van een (voor)aanwijzing van een gebied tot beschermd natuurmonument, het weigeren van een vergunning of het verbinden van voorwaarden daaraan. Iedere belanghebbende kan daar om verzoeken.

In de oorspronkelijke regeling werd geen schade vergoed ten gevolge van de enkele aanwijzing, omdat deze vorm van eigendomsbeperking niet verder zou gaan dan bijvoorbeeld bij de Monumentenwet, op basis waarvan schade als gevolg van de enkele plaatsing op de lijst niet voor vergoeding in aanmerking komt. Bij amendement werd schadevergoeding bij de aanwijzing alsnog mogelijk gemaakt.[23] Om een te

---

19. AGRvS 12 oktober 1988, BR 1989, p. 534 m.nt. P.C.E. van Wijmen, AB 1989, 234 m.nt. J.A.M. van den Berk.
20. Aldus Van Wijmen in zijn noot bij de aangehaalde uitspraak. Idem A.R.G. van Dijk-Barkmeijer, Schadevergoeding in het milieurecht, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), Voor risico van de overheid?, Deventer 1996, p. 171-172.
21. Bijvoorbeeld AGRvS 22 mei 1989, AB 1989, 543 m.nt. J.A.M. van den Berk; ABRvS 20 augustus 1999, BR 2000, p. 675 m.nt. P.C.E. van Wijmen en ABRvS 14 januari 1999, AB 1999, 209 m.nt. JSt.
22. Onder meer A.R.G. van Dijk-Barkmeijer, Schadevergoeding in het milieurecht, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), Voor risico van de overheid?, Deventer 1996, p. 172 en G.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime, Deventer 2002, p. 48-49.
23. E.H. Bakker, De Natuurbeschermingswet, Publicatie Vereniging voor Milieurecht 1988-4, Zwolle 1989, p. 98-99.

ruime toekenning te voorkomen werd in de wet vervolgens de bepaling opgenomen dat wanneer schade als gevolg van de aanwijzing is vergoed, en deze door vergunningverlening geheel of ten dele wordt weggenomen, het bestuursorgaan teruggave kan eisen (artikel 18 lid 2). De indruk bestaat dat van deze bepaling niet of nauwelijks gebruik wordt gemaakt.[24] In de nieuwe Nb-wet keert deze dan ook niet terug.

In de jurisprudentie wordt steevast als eis gesteld dat het besluit tot aanwijzing rechtskracht moet hebben gekregen.[25] De eigenaar zal bovendien moeten aantonen of ten minste aannemelijk moeten maken dat hij als gevolg van de enkele aanwijzing schade heeft geleden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als hij op korte termijn van de grond af wil en kan aantonen dat deze in verband met de aanwijzing beduidend minder waard is dan voorheen. Bakker wijst erop dat schadeclaims zich in de regel pas zullen voordoen op het moment van de vergunningverlening. Hij is bovendien niet optimistisch over de kans van slagen om schade als gevolg van de aanwijzing vergoed te krijgen.[26]

Een aanwijzing wordt voorafgegaan door een beslissing dat in overweging wordt genomen om het gebied aan te wijzen, waarna allerlei belanghebbenden hun zienswijze kunnen geven. De minister kan ervoor kiezen het beschermingsregime onmiddellijk van kracht te laten worden. Om dit regime blijvend van toepassing te laten zijn moet binnen een jaar een definitieve aanwijzing volgen. Ook schade als gevolg van een onmiddellijk van kracht verklaarde voorlopige aanwijzing valt onder het bereik van artikel 18 Nb-wet.

Een vergoeding op basis van artikel 18 kan worden bepaald in geld of op andere wijze. De wetgever laat dus uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat de schadevergoeding in natura wordt uitbetaald. Een mogelijke vorm van compensatie in natura is bijvoorbeeld het ruilen van grond.

2.3.2 Rechtsgrondslag en materiële criteria

Onduidelijkheid over rechtsgrondslag

Wettelijk criterium voor de toekenning van schadevergoeding is ook hier dat sprake moet zijn van schade als gevolg van genoemde besluiten die 'redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste van de belanghebbende behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet of niet voldoende door aankoop, onteigening of anderszins is verzekerd'. Over de opname van dit criterium als zodanig is weinig discussie gevoerd; de regering volstond met een verwijzing naar de eerder in het kader van de Monumentenwet, Boswet en WRO gekozen redactie. De discussie spitste zich met name toe op de vraag welke besluiten aanleiding konden vormen voor schadevergoeding (zie par.

---

24. Ch.W. Backes, Juridische bescherming van ecologisch waardevolle gebieden, Zwolle 1993, p. 62.
25. AGRvS 21 maart 1990, AB 1991, 606 m.nt. Backes; AGRvS 11 april 1990, M en R 1990, 53 m.nt. Bakker en AGRvS 30 december 1992, M en R 1995, 53 m.nt. Bakker.
26. E.H. Bakker, De Natuurbeschermingswet, Publicatie Vereniging voor Milieurecht 1988-4, Zwolle 1989, p. 100.

2.3.1). Over de rechtsgrondslag voor toekenning van schadevergoeding valt dan ook weinig op te maken uit de parlementaire stukken.

Terwijl over artikel 49 WRO talrijke uitspraken zijn gewezen, zijn uitspraken met betrekking tot de schadevergoedingsbepaling in de Nb-wet tamelijk schaars. De indruk bestaat daarom dat niet heel veel gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid die artikel 18 biedt om een verzoek om schadevergoeding in te dienen.[27] De reden hiervoor is onder meer dat er andere instrumenten bestaan, zoals uitruil, aankoop en beheersovereenkomsten, waarmee de inzet van het instrument schadevergoeding doorgaans kan worden voorkomen.[28] Uit de jurisprudentie zijn geen gevallen bekend waarin het daadwerkelijk tot een schadevergoeding kwam. Daarmee is echter niet gezegd dat nauwelijks schadevergoeding wordt toegekend, omdat aannemelijk is dat de gevallen waarin wel met succes een beroep op de regeling wordt gedaan, minder vaak voor de rechter komen.

Gemist voordeel wordt niet vergoed

Evenals bij de toepassing van artikel 49 WRO het geval is, treedt door de aanwijzing een nieuw regime in werking. Alleen wanneer de gebruiks- of bebouwingsmogelijkheden zijn afgenomen en dit is te beschouwen als een direct gevolg van de aanwijzing, kan een recht op schadevergoeding bestaan.[29] Een dergelijk *gemist voordeel* wordt door de Afdeling niet gezien als schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Een goed voorbeeld hiervan biedt AGRvS 22 november 1993, BR 1994, p. 948 m.nt. Van Wijmen. Appellant stelt schade te lijden door verminderde beweidingsmogelijkheden als gevolg van de ontwikkeling van akkerdistelvegetatie. De akkerdistels mogen sinds de aanwijzing niet mechanisch worden bestreden – de daarvoor vereiste vergunning is geweigerd – behalve op een strook grond langs de voormalige zeedijk. Op deze strook doet zich in elk geval geen vermindering van de beweidingsmogelijkheden voor. Daarbuiten waren er voorheen ook nauwelijks beweidingsmogelijkheden, omdat de grond onder invloed stond van het getij (schorren- en slikkengebied). Pas na de sluiting van de Markiezaatsdam zijn de gronden blijvend drooggevallen. De Afdeling geschillen komt daarom tot de slotsom dat:

---

27. Zie onder meer Ch.W. Backes, Juridische bescherming van ecologisch waardevolle gebieden, Zwolle 1993, p. 62.
28. Advies van de Natuurbeschermingsraad over de mogelijke behoefte aan een (aanvullende) schadevergoedingsregeling voor het natuurbeleid, Utrecht, november 1992, p. 18-19.
29. Zie hierover onder meer AGRvS 29 juni 1992, BR 1993, p. 392 m.nt. Van Wijmen, waarin de Afdeling Geschillen oordeelde dat de ontstane wildschade geen gevolg was van de aanwijzing noch van de daardoor in het leven geroepen vergunningplicht. In ABRvS 9 april 1998, M en R 1998, 80 m.nt. Bakker, BR 1999, p. 234 m.nt. Van Wijmen overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak voorts dat appellant onvoldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat de verminderde inkomsten een gevolg zijn van de aanwijzing tot beschermd natuurmonument of de weigering om een vergunning te verlenen voor het spitten van zeeaas.

> '(...) in vergelijking met het ten tijde van voornoemde aanwijzing bestaande agrarische gebruik geen vermindering van de beweidingsmogelijkheden is opgetreden. Voorts is niet gebleken dat appellant als gevolg van de aanwijzing anderszins schade heeft geleden. Het gemiste voordeel, dat appellant niet volledig heeft kunnen profiteren van de verbeterde exploitatiemogelijkheden die de sluiting van de Markiezaatsdam teweegbracht, kan niet als zodanig worden aangemerkt.'

De Afdeling stelt dus vast dat de gebruiksmogelijkheden niet zijn afgenomen en er daarom geen schade is geleden. Als de aanwijzing wordt 'weggedacht', was appellant echter wel degelijk beter af geweest, omdat hij dan van de sluiting van de dam had kunnen profiteren. De wijziging van het regime heeft dus wel nadelige gevolgen, maar deze schade wordt niet veroorzaakt doordat de aanwijzing het bestaande gebruik nader inperkt, maar doordat deze een *verbetering* van de exploitatiemogelijkheden onmogelijk maakt. De vaststelling van de Afdeling dat er geen sprake is van schade, lijkt mij daarom niet juist. De vraag luidt veeleer of het gerechtvaardigd is om deze schade, die uitsluitend bestaat uit gederfde inkomsten, voor rekening van de overheid te brengen. Aangezien er geen goede reden is om gederfde inkomsten *a priori* niet voor vergoeding in aanmerking te laten komen, was een uitgebreidere motivering hier op zijn plaats geweest.

Geen schadevergoeding als met de ontwikkelingen rekening kon worden gehouden

Uit de jurisprudentie komt naar voren dat voor het antwoord op de vraag of een recht op schadevergoeding bestaat, evenals bij de toepassing van artikel 49 WRO, van groot belang is in hoeverre de eigenaar rekening kon houden met de toekomstige gebruiksbeperkingen. Een recht op schadevergoeding bestaat alleen bij nadelige consequenties van de aanwijzing waarmee de benadeelde geen rekening kon houden.

Wanneer het gebied ten tijde van de aankoop of investeringsbeslissing reeds was aangewezen en het aan de belanghebbende duidelijk had moeten zijn dat bepaalde beperkingen zouden gelden, kan in verband daarmee geen schadevergoeding worden verkregen. In een uitspraak van de Afdeling geschillen van 4 januari 1993 was sprake van een (voorgenomen) aanwijzing na de aankoop, namelijk in 1982. In 1984 werd het gebied door appellant in gebruik genomen. Omdat appellant er ten tijde van de aanwijzing mee bekend kon zijn dat een vergunning voor het betrokken gebruik zou worden geweigerd, maar zijn gronden daarna niettemin heeft ingezaaid, aanvaardde hij het risico dat hij later aangewezen zou zijn op mechanische verwijdering van het onkruid. Om die reden heeft hij geen recht op vergoeding van de door hem gemaakte kosten en gederfde winst.

Een ander voorbeeld biedt een uitspraak van 14 november 2001.[30] Het betrof daarin een bedrijf dat 50 meter buiten het beschermde gebied was gelegen. In verband met deze ligging en aangezien de vergunningplicht op grond van de Nb-wet zich ook uitstrekt tot activiteiten buiten het gebied die daarop een schadelijke invloed

30. Nr. 200100021/1 (wordt nog gepubliceerd in M en R).

hebben, had appellant kunnen weten dat zijn bedrijf aan beperkingen onderworpen zou zijn. De Afdeling voegt daaraan nog toe dat het bezit van een geldige milieuvergunning niet meebrengt dat de op grond daarvan toegestane activiteiten ook uit hoofde van de Nb-wet zijn toegestaan.

In een uitspraak van de Afdeling geschillen van 6 september 1989[31] ging het om buitendijkse gronden in het Haringvlietgebied, die tot aan de afsluiting werden geëxploiteerd als griet- en rietland. Later, door het verdwijnen van het getij, namen deze mogelijkheden sterk af. De provincie heeft er jarenlang bij de gemeente op aangedrongen het bestemmingsplan te herzien om de waardevol geachte slikken te beschermen, maar dit leidde niet tot resultaat. Toen de eigenaar in 1977 besloot de voormalige rietgorzen om te zetten in bouwland, werden deze gronden onmiddellijk na de start van de werkzaamheden aangewezen als beschermd natuurmonument. De Afdeling geschillen ziet hierin geen aanleiding voor schadevergoeding:

> 'Gezien de voortdurende inspanning van de provinciale overheid en in een later stadium de rijksoverheid de Blanke Slikken te behouden als natuurgebied, moet er evenwel vanuit worden gegaan, zoals ook verweerder in zijn verweerschrift nader heeft uiteengezet, dat de Blanke Slikken in het economisch verkeer niet de waarde van – potentieel – bouwland hebben gehad. Ondanks het feit dat eerst op 29 maart 1977 de voorlopige aanwijzing van de Blanke Slikken als beschermd natuurmonument werkelijk plaatsvond, is de aanwijzing van de Blanke Slikken tot beschermd natuurmonument, dan wel de bestemming van de Blanke Slikken tot natuurgebied in een bestemmingsplan sedert 1970 steeds een reële mogelijkheid geweest. Met name ook voor deze appellant moet het (...) voortdurend duidelijk zijn geweest, dat de toekomstige gebruiksmogelijkheden van de Blanke Slikken in feite beperkt waren tot gebruik als grasland.'

De Afdeling oordeelt dus dat er voor appellant nooit een reële mogelijkheid heeft bestaan om over te gaan tot ontginning. Vanaf het moment dat feitelijk gezien de mogelijkheid bestond om het gebied als bouwland in gebruik te nemen – aanvankelijk was het namelijk te nat – was ook duidelijk dat appellant daarvoor van de terzake bevoegde overheidsorganen geen medewerking zou krijgen. Het is dan ook niet ondenkbaar dat als appellant meteen actie had ondernomen, hij op dat moment met de aanwijzing was geconfronteerd. Hoe dan ook mocht appellant er niet op rekenen dat de omzetting in bouwland mogelijk zou zijn.

Ook door na te laten om bepaalde handelingen te verrichten kan de benadeelde zekere risico's hebben aanvaard. Een voorbeeld hiervan biedt een uitspraak van de Afdeling geschillen van 13 juni 1991.[32] Na de aankoop werd het gebied Zuiderheide en Laardermeer, dat op basis van een bestemmingsplan was bestemd voor 'actieve recreatie met bijbehorende wegen en parkeerruimte', aangewezen als natuurmonument. Het bestemmingsplan geldt nog steeds, maar in het in 1985 vastgestelde streekplan is het gebied aangeduid als natuurgebied (bos). Ten aanzien van de vraag of de

31. M en R 1990, 22 m.nt. Bakker.
32. M en R 1992, 77 m.nt. Bakker.

schade moet worden vergoed die is ontstaan doordat de mogelijkheid om het perceel ten behoeve van de bestemming actieve recreatie te benutten of te verkopen als gevolg van de aanwijzing is komen te vervallen, overweegt de Afdeling:

> 'Appellante heeft van tenminste 1966 tot 1987 de gelegenheid gehad de bestemming te realiseren, waarbij in ieder geval de aanduiding in het streekplan een aanwijzing vormde dat er niet op mocht worden gerekend dat deze gelegenheid nog lang zou bestaan. Vaststaat dat appellant vóór 1982 (vanaf dat tijdstip bood zij het perceel te koop aan) geen pogingen in het werk heeft gesteld om de bestemming op haar perceel te realiseren. (...) Het vorenstaande leidt de Afdeling tot het oordeel dat appellant door eigen handelen het risico heeft genomen van een voor haar nadelige verandering van de gebruiks- en bebouwingsmogelijkheden. Verweerder kon dan ook komen tot het oordeel dat de schade redelijkerwijs ten laste van appellante behoort te blijven.'

Het wegbestemmen van de mogelijkheden voor actieve recreatie lag hier dus in de lijn der verwachting en door na te laten om tijdig van de bestaande exploitatiemogelijkheden gebruik te maken heeft appellante het risico aanvaard dat die mogelijkheden wel eens zouden kunnen verdwijnen. Evenals bij de planschadevergoeding het geval is in het kader van de zogeheten *passieve risicoaanvaarding*, wordt appellante dus geacht alert te zijn op ontwikkelingen in het ruimtelijke beleid, i.c. het streekplan.

2.4 Boswet

2.4.1 Korte omschrijving van de regeling

In de Boswet is een schadevergoedingsregeling opgenomen ten behoeve van de eigenaar of gebruiker van grond waarop zich een houtopstand bevindt, die met een ministerieel, provinciaal of gemeentelijk kapverbod wordt geconfronteerd. Iedereen die voornemens is een houtopstand in de zin van de Boswet te vellen, moet dit melden (artikel 2 Boswet). Het ministeriële kapverbod wordt per beschikking opgelegd, telkens voor een periode van vijf jaar.

Een gemeentelijk of provinciaal kapverbod is vastgelegd in een verordening, waaraan een ontheffingenstelsel is gekoppeld. Naar de letterlijke tekst (zie artikel 13 jo. artikel 17 Boswet) geldt de regeling voor schade als gevolg van een ministerieel kapverbod, en voor schade als gevolg van een 'krachtens provinciale of gemeentelijke verordening genomen besluit, houdende een verbod tot het vellen van een houtopstand of een weigering tot ontheffing van een verbod (...)'. De weigering van een *kapvergunning* op basis van een verordening van provincie of gemeente wordt niet expliciet genoemd. Niettemin blijkt uit de jurisprudentie dat de rechter de regeling ook daarop van toepassing acht.[33] In praktijk komen zowel absolute als relatieve

kapverboden voor.[34] Bij een absoluut verbod is het in beginsel altijd verboden om een houtopstand te vellen, tenzij daarvoor een vergunning is verleend. Bij relatieve systemen geldt het kapverbod slechts voor bepaalde categorieën bomen. Uit de jurisprudentie blijkt dat pas een beslissing op het verzoek om schadevergoeding kan worden genomen, indien omtrent het verlenen van de gevraagde kapvergunning onherroepelijk is beslist.[35]

De redactie van de bepaling doet denken aan die van artikel 18 Nb-wet, maar wijkt op een aantal punten af. Zo is niet de mogelijkheid opgenomen van compensatie in natura en ontbreekt de clausule dat de vergoeding beperkt is tot schade die niet door aankoop, onteigening of anderszins is verzekerd. Een verschil is daarnaast dat niet elke belanghebbende, maar alleen de *eigenaar of gebruiker* van de grond een beroep op de regeling kan doen.

2.4.2 Rechtsgrondslag en materiële criteria

Schadevergoeding bij onevenredige benadeling

Eerder werd al aangegeven dat de bepalingen in de Monumentenwet en de Boswet model hebben gestaan voor de andere regelingen. Het redelijkheidscriterium vormt dus ook hier de leidraad. Uit de parlementaire stukken over de Boswet kan worden opgemaakt dat tussen de indieners van het wetsontwerp en de leden van de Tweede Kamer felle discussies zijn gevoerd.[36] Door een aantal leden werd gepleit voor een volledige schadevergoeding, vast te stellen door de burgerlijke rechter, parallel aan onteigening. Een amendement met die strekking werd echter verworpen. Wel leidde de kritiek van de Kamer ertoe dat het woord 'tegemoetkoming' werd vervangen door 'schadevergoeding', waarbij de regering tevens opmerkte dat een volledige vergoeding niet was uitgesloten. Uitgangspunt bleef volgens de staatssecretaris echter dat telkens als van een eigenaar meer wordt geëist dan van een redelijk mens, die zich bewust is van zijn verplichtingen jegens de gemeenschap, mag worden verwacht, het meerdere moet worden vergoed. Bij de behandeling in de Eerste Kamer werd dit standpunt, in nog wat scherpere bewoordingen, herhaald. Een groot aantal leden meende dat van een boseigenaar mag worden verlangd, dat hij 'oog heeft voor het algemene belang dat met een ongeschonden behoud van zijn bosbezit is gemoeid'. Van schadevergoeding kan in de opvatting van deze leden dan ook alleen sprake zijn bij een *onevenredige benadeling* van een bepaalde eigenaar.[37]

---

33. Zie onder meer KB 16 december 1977, AB 1978, 148 m.nt. J.R.St. en KB 18 april 1984, AB 1984, 444 m.nt. BJvdN.
34. Bas M. Visser, Bomen en wet, Utrecht 2001, p. 80.
35. KB 10 mei 1984, nr. 54, AB 1984, 494 m.nt. BJvdN.
36. Voor een uitvoerige weergave van deze discussies verwijs ik naar W.J.A. Vellekoop, Schadevergoeding ter zake van een beschikking, uitgave van de Stichting Cultuurfonds van de Bank voor Nederlandse Gemeenten, Den Haag 1981, p. 86-87.
37. EK 1960-1961, 5308, nr. 124a (MvA), p. 3.

Ook verschillende schrijvers hebben zich in het verleden op het standpunt gesteld dat het égalité-beginsel of het beginsel van de gelijkheid van burgers voor de verdeling van publieke lasten de grondslag vormt voor het toekennen van schadevergoeding op grond van de Boswet.

> Zo stelt annotator J.R.St. naar aanleiding van KB 16 december 1977, nr. 23, AB 1978, 148 dat een kapverbod een maatregel is die in het algemeen belang genomen wordt. 'Wanneer de eigenaar daarvan onevenredige schade ondervindt, is het recht, dat hem die schade vergoed wordt.' Nog explicieter is annotator V.d. N., die in reactie op het KB van 24 november 1978, nr. 14, AB 1979, 170 opmerkt: '(...) dat de rechtsgrond voor schadevergoeding bij een rechtmatige overheidsdaad als hier aan de orde eveneens ligt in het beginsel van de gelijkheid van de burgers t.o.v. de publieke lasten.' Hij verwijst daarbij onder meer naar jurisprudentie inzake artikel 49 WRO. In beide gevallen boden de Kroonbesluiten geen directe aanknopingspunten voor het betrekken van genoemde stellingen.

In de, overigens zeer schaarse, jurisprudentie ontbreekt een expliciete overweging op het punt van de rechtsgrondslag voor het toekennen van schadevergoeding. Wel kunnen hieruit negatieve criteria voor het toekennen van schadevergoeding worden afgeleid.

Geen vergoeding bij gemist voordeel

Ten eerste heeft de Kroon verschillende keren overwogen dat *gederfde winst, bestaande uit het gemis van opbrengst van de te kappen houtopstand of het niet volledig kunnen benutten van de exploitatiemogelijkheden van de grond*, moet worden gezien als schade ten gevolge van het enkele feit dat een kapvergunning is geweigerd of, in de andere aangehaalde uitspraak, een ministerieel kapverbod is opgelegd, en om die reden niet kan worden aangemerkt als schade die redelijkerwijs niet ten laste van de gebruiker of eigenaar dient te blijven.[38] Dit standpunt doet denken aan de overwegingen van de Afdeling in het kader van de Nb-wet, zij het dat de Kroon hier, mijns inziens terecht, niet stelt dat in het geheel geen sprake is van schade. De Kroon onderkent wel dat sprake is van schade, maar meent dat deze redelijkerwijs ten laste van de benadeelde dient te blijven. Ook hier ontbreekt een nadere motivering voor dit standpunt. Het standpunt van de Kroon dat gemist voordeel oftewel gederfde winst niet voor vergoeding in aanmerking komt, wijkt af van de jurisprudentie die in het kader van de meeste andere schadevergoedingsregelingen is gewezen, en is, alleen om die reden al, niet goed te verdedigen.

Geen vergoeding wanneer met beperkingen rekening kon worden gehouden

Ten tweede kan niet met succes een beroep op de regeling worden gedaan indien met de beperkingen die voortvloeien uit het kapverbod, rekening moest worden gehouden. In het KB van 24 november 1978, AB 1979, 170 m.nt. V.d. N. stelde appel-

38. Zie onder meer KB 15 juli 1980, M en R 1981, 39 en KB 29 juni 1984, nr. 14, AB 1984, 497.

lant schade te lijden omdat hem vergunning was geweigerd voor het kappen van elf eiken langs een veldweggetje dat aan hem was toebedeeld in het kader van een ruilverkaveling. Het nadeel dat hij hiervan ondervindt, bestaat uit het niet kunnen samenvoegen van de kavels die door het weggetje worden gescheiden en de beperking van de opbrengst van bouwland die optreedt als gevolg van schaduw- en wortelwerking van de bomen. De Kroon oordeelt dat:

> '(...) bij de toedeling van kavels en geldelijke verrekening daarvan uitgangspunt is geweest, dat de beide, op ongelijke hoogte gelegen stukken grond ter weerszijden van de rij eiken ook in de toekomst gescheiden zouden moeten worden bewerkt; dat appellant dan ook aan de ruilverkaveling redelijkerwijs geen verwachtingen in andere zin kon ontlenen; dat voor zover appellant stelt schade te lijden door schaduw- en wortelwerking van de eiken, in aanmerking moet worden genomen dat de huidige situatie steeds heeft bestaan en de schade derhalve moet worden geacht in de waarde van de grond te zijn verwerkt.'

In het KB van 4 mei 1979, nr. 10, AB 1979, 441 was eveneens sprake van het weigeren van een kapvergunning, waardoor appellant een gedeelte van de door hem gepachte grond niet kan bewerken en voor het overige minder economisch kan bewerken. De Kroon overweegt:

> '(...) dat de appellant de door hem gestelde schade bij het aangaan van de pachtovereenkomst heeft kunnen voorzien, zodat deze schade redelijkerwijze geheel te zijnen laste behoort te blijven.'

De voorzienbaarheid van de ontwikkelingen speelt dus ook hier een belangrijke rol. In beide KB's was de schade al te voorzien ten tijde van het verkrijgen of in gebruik nemen van de grond, en is dus sprake van een vorm van risicoaanvaarding.

2.5 Ontgrondingenwet

2.5.1 Korte beschrijving van de regeling

De Ontgrondingenwet kent sinds 1971 de mogelijkheid om schadevergoeding toe te kennen. Artikel 26 voorziet in de vergoeding van schade als gevolg van een beschikking inzake een ontgronding, waarbij wordt verwezen naar artikel 8. Deze bepaling kent bevoegdheden toe aan de verschillende bestuursorganen op lokaal en rijksniveau om een ontgrondingvergunning te verlenen, te wijzigen en in te trekken. De schadevergoeding wordt toegekend door het orgaan dat ook bevoegd was te beslissen ten aanzien van de vergunningverlening. Een beroep op de regeling kan worden gedaan door de aanvrager van de vergunning, de houder van de vergunning en door derdebelanghebbenden die eerder hun zienswijze naar voren hebben gebracht. Het idee achter dit laatste is dat derden die dreigen te worden getroffen door een ontgronding, hun bezwaren in een vroeg stadium naar voren moeten brengen, zodat daarmee tijdig rekening kan worden gehouden en eventuele schade zoveel mogelijk kan worden voorkomen.

Aanvankelijk was in artikel 28 van de Ontgrondingenwet de bepaling opgenomen dat een verzoek om schadevergoeding moest worden ingediend binnen drie maanden nadat het onderliggende besluit onherroepelijk was geworden. Deze bepaling is later uit de wet verdwenen.

2.5.2 Rechtsgrondslag en materiële criteria

Schadevergoeding uitsluitend als overgangsregeling

Onder de uiterst summiere jurisprudentie over artikel 26 bevinden zich nauwelijks uitspraken die enig zicht bieden op de inhoudelijke criteria die moeten worden gehanteerd bij de toepassing van deze schadevergoedingsregeling. Voor de materiële criteria moet dan ook grotendeels worden teruggevallen op de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling.[39] Van belang is dat aanvankelijk uitsluitend een vergoedingsmogelijkheid was opgenomen als overgangsmaatregel. Deze regeling hield in dat de aanvrager van een vergunning *voor een ontgronding die reeds in uitvoering was gebracht*, een vergoeding kon vragen wanneer hij door het besluit onevenredig zwaar zou worden getroffen. Volgens de minister leenden de gevallen waarin nog geen sprake was van een daadwerkelijk begonnen exploitatie, zich niet voor een vergoeding. Deze regeling werd echter door de Kamer, gelet ook op 'deze verdere beperking van het eigendomsrecht' te summier geacht. Daarbij werd een parallel getrokken met de regelingen zoals die in onder meer de Boswet en de WRO waren opgenomen. Dit leidde ertoe dat uiteindelijk werd gekozen voor aansluiting bij artikel 8. Dit betekent dat de mogelijkheid van schadevergoeding bestaat bij verlening, wijziging of intrekking van de vergunning. In aansluiting op de redactie van de genoemde wettelijke regelingen werd het criterium van de onevenredigheid voorts vervangen door de redelijkheidsformule.

Geen schadevergoeding bij weigering vergunning

In de jurisprudentie kwam de vraag aan de orde of ook een beroep op de regeling kan worden gedaan bij een beslissing om een ontgrondingvergunning te weigeren. In het KB van 19 juli 1980, nr. 110 (niet gepubliceerd)[40] overweegt de Kroon dat in artikel 8 uitsluitend sprake is van besluiten tot verlening, wijziging of intrekking van een vergunning, en besluiten tot weigering niet in deze bepaling worden genoemd. Mede onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis komt de Kroon vervolgens tot de conclusie dat bij weigering van de ontgrondingvergunning geen recht op schadevergoeding bestaat. Dit standpunt is in de literatuur bekritiseerd.[41] Het lijkt ook

---

39. W.J.A. Vellekoop, Schadevergoeding ter zake van een beschikking, uitgave van de Stichting Cultuurfonds van de Bank voor Nederlandse Gemeenten, Den Haag 1981, p. 87-88 en p. 109.
40. De uitspraak wordt wel uitvoerig besproken in de eerder aangehaalde bijdrage van Vellekoop, p. 104-109.
41. W.J.A. Vellekoop, Schadevergoeding ter zake van een beschikking, uitgave van de Stichting Cultuurfonds van de Bank voor Nederlandse Gemeenten, Den Haag 1981, p. 104 e.v.

mogelijk om artikel 26 zo te interpreteren dat de bevoegdheid om een vergunning te verlenen mede de bevoegdheid om te weigeren omvat, zodat ook het weigeringsbesluit een besluit is als wordt bedoeld in artikel 8.[42] De vraag is echter of dit in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever. Dat het besluit tot verlening in de wet wordt genoemd, heeft vermoedelijk in de eerste plaats te maken met de positie van derden die schade kunnen lijden door het gebruikmaken van een ontgrondingvergunning (scheuren, verzakkingen, e.d.). In de tweede plaats is het mogelijk dat de wetgever hiermee ruimte heeft willen geven om de eerdergenoemde overgangssituaties onder de regeling te laten vallen. Daarmee doel ik op de situatie waarin een eigenaar die reeds met de ontgrondingwerkzaamheden is gestart, met een nieuw vergunningstelsel om de oren wordt geslagen. Dergelijke situaties doen zich thans echter niet meer voor. Of de wetgever de weigering van een vergunning ook in andere situaties onder de werkingssfeer van de schadevergoedingsbepaling heeft willen brengen, waag ik te betwijfelen.

Weinig uitspraken over materiële criteria

Als gezegd zijn er nauwelijks uitspraken voorhanden waarin wordt ingegaan op de materiële criteria voor de toekenning van schadevergoeding. Soms werd het verzoek om schadevergoeding gedaan in het kader van het ingestelde beroep tegen het onderliggende besluit, en omdat van een ontgrondingvergunning enkel gebruik kan worden gemaakt nadat deze onherroepelijk is geworden, kan pas na dit tijdstip een verzoek om schadevergoeding worden ingediend en was het verzoek dus prematuur.[43] In diverse andere gevallen was het verzoek om schadevergoeding juist te laat ingediend – namelijk niet binnen de (destijds geldende) wettelijke termijn van drie maanden na het onherroepelijk worden van de vergunning – en kwam de rechter om die reden niet toe aan een inhoudelijke beoordeling.[44]

> Ten slotte is een uitspraak voorhanden waarin met name de causaliteitsvraag werd belicht. Het ging daarin om een besluit tot verlening van een ontgrondingvergunning aan een gemeente voor het doen van ontgravingen in verband met een ernstige bodemverontreiniging, waardoor derden schade meenden te lijden in de vorm van verzakking van de voor- en achtertuin en waardevermindering van de panden door (vrees voor) grondverschuivingen en verzettingen. Verweerders menen dat deze schade een gevolg is van de bemaling en niet van de ontgrondingwerkzaamheden. Nu uit de ambtsberichten blijkt dat bemaling noodzakelijk was om het opbarsten van het verontreinigde terrein tijdens het afgraven te voorkomen, en vaststaat dat bemaling niet zou hebben plaatsgevonden indien het betrokken terrein niet was afgegraven, is er volgens de Afdeling sprake van een rechtstreeks oorzakelijk verband.[45]

---

42. P.J.J. van Buuren, Beantwoording rechtsvraag 114, AA 1980, p. 193.
43. KB 25 januari 1982, M en R 1983, 45 m.nt. Jongmans.
44. AGRvS 25 juli 1989, BR 1990, p. 41 en AGRvS 23 maart 1992, BR 1993, p. 71 m.nt. Van Wijmen.
45. AGRvS 27 november 1989, AB 1990, 203, BR 1990, p. 285 m.nt. P.C.E. van Wijmen.

Schade geleden door derden
Opvallend is dat artikel 26 ook ziet op de vergoeding van schade die derden lijden in verband met het verlenen van een ontgrondingvergunning. In mijn opvatting is de schade in een dergelijk geval geen gevolg van een besluit van de overheid. De verlening op zichzelf veroorzaakt immers geen schade voor derden. Dat schade optreedt, heeft te maken met de wijze waarop van de vergunning gebruik wordt gemaakt. Het kader waarbinnen dergelijke schade moet worden beoordeeld, is dan ook wezenlijk anders dan het geval is bij de hiervoor besproken situatie. Het handelt dan ook niet meer om overheidsaansprakelijkheid, maar om de aansprakelijkheid van de vergunninghouder. Vragen die daarbij spelen, zijn onder meer in hoeverre een publiekrechtelijke vergunning vrijwaart van aansprakelijkheid bij onrechtmatige daad. Door deze verschillende vormen van aansprakelijkheid in één bepaling onder te brengen wordt op zijn minst de suggestie gewekt dat daarvoor dezelfde materiële normen hebben te gelden. Dit is in mijn ogen verwarrend en zou dan ook moeten worden vermeden.

2.6 Wet milieubeheer (Wm)

2.6.1 Korte beschrijving van de regeling

In de artikelen 15.20 en 15.21 Wm is een regeling opgenomen voor de vergoeding van schade veroorzaakt door bepaalde maatregelen van de overheid ter bescherming van het milieu. Het gaat daarbij hoofdzakelijk om nadeel dat bedrijven lijden ten gevolge van aanscherpingen van de milieunormen. De aard van de maatregel is bepalend voor de vraag welke bepaling van toepassing is. Artikel 15.20 Wm voorziet in de vergoeding van schade als gevolg van bepaalde, met name genoemde beschikkingen. Het betreft daarbij hoofdzakelijk besluiten tot wijziging en intrekking van diverse milieuvergunningen. Het weigeren van een milieuvergunning kan in beginsel geen aanleiding vormen voor schadevergoeding. Een uitzondering geldt voor inrichtingen waarvoor de vergunningplicht op een later tijdstip is gaan gelden en die dus aanvankelijk vergunningvrij waren.[46] De ratio daarvan is mijns inziens dat door de vergunninghouder in de bewuste situatie investeringen zijn verricht in de veronderstelling dat het bedrijf ook in de toekomst (legaal) zou kunnen worden geëxploiteerd. Met een eventueel later intredende vergunningplicht kon hij destijds geen rekening houden. Materieel gezien kan deze situatie dan ook op één lijn worden gesteld met een wijziging of intrekking van de vergunning.

Wanneer de schade wordt veroorzaakt door algemeen verbindende voorschriften, kan mogelijk een beroep worden gedaan op artikel 15.21 Wm. Hierin wordt artikel 15.20 van overeenkomstige toepassing verklaard ten aanzien van degene op wie de

46. Dit kan worden afgeleid uit de verwijzing naar art. 8.1 lid 1 onder c jo. art. 8.21 lid 1, in gevallen waarin art. 8.21 lid 2 niet van toepassing is. Zie ABRvS 15 januari 1998, M en R 1998, 81 m.nt. Hoitink.

bepalingen van een aantal met name genoemde regelingen van toepassing worden. Meer specifiek gaat het daarbij om de provinciale milieuverordening, AMvB's in het belang van het voorkomen of beperken van het ontstaan van afvalstoffen (artikelen 10.4 en 10.5 Wm), AMvB's of ministeriële regelingen ten aanzien van milieugevaarlijke stoffen (artikel 24 resp. 31 Wms) en AMvB's op het gebied van de bodembescherming (artikelen 6 t/m 11 Wbb).

Uit de toelichting kan niet worden afgeleid waarom in de artikelen 15.20 en 15.21 juist deze beschikkingen en regelingen worden genoemd en andere niet. De opsomming lijkt dan ook tamelijk willekeurig samengesteld. Zo valt het wijzigen of intrekken van een vergunning die is verleend op basis van de Kernenergiewet, niet onder de reikwijdte van artikel 15.20 Wm. De Kernenergiewet zelf bevat geen bepaling over schadevergoeding. Er is echter geen goede reden aan te wijzen om in het geval van het sluiten van een kerncentrale anders om te gaan met de schadevergoedingskwestie dan bij het sluiten van andere bedrijven. Hoewel natuurlijk altijd de mogelijkheid bestaat om een zelfstandig schadebesluit uit te lokken, is het in mijn ogen te verkiezen om zoveel mogelijk gevallen onder het bereik van een wettelijke schadevergoedingsregeling te brengen.

De vergoeding wordt toegekend door het bevoegde gezag in het kader van de vergunningverlening. Provincies en gemeenten kunnen de uitgekeerde bedragen echter verhalen op het Rijk, indien de minister instemt met het toekennen van schadevergoeding (artikel 15.22 Wm). Deze mogelijkheid is met name bedoeld voor situaties waarin de te nemen maatregelen noodzakelijk zijn ter uitvoering van *landelijk* milieubeleid.[47] In welke gevallen en onder welke voorwaarden de minister instemt, is vastgelegd in de Circulaire Schadevergoedingen (Stcrt. 22 december 1997). Naast het geven van informatie over het instemmingsbeleid heeft de circulaire ook tot doel een uniforme behandeling van verzoeken om schadevergoeding te bevorderen. Met het oog daarop wordt in de circulaire een uitleg gegeven aan de wettelijke criteria, en is dus sprake van wetsinterpreterende regels met het karakter van richtlijnen.[48] Bestuursorganen kunnen zich hierop slechts beroepen wanneer die interpretatie als rechtens juist kan worden beschouwd.[49] Het gaat hier immers om de uitleg van wettelijke termen met een zekere interpretatie- of beoordelingsruimte, bij de invulling waarvan geen belangenafweging hoort plaats te vinden. De rechter moet dus nagaan of de uitleg strookt met (onder meer) de bedoelingen van de wetgever, hetgeen door hem volledig kan worden getoetst.

---

47. Voorzover de aanscherping van milieunormen een gevolg is van regionale of lokale afwegingen, dienen de andere overheden dus over een eigen budget te beschikken; Circulaire Schadevergoedingen, p. 3.
48. Een uitzondering geldt voor de situatie dat de minister bevoegd gezag is; dan is sprake van beleidsregels.
49. Idem P.J.J. van Buuren in zijn noot bij AGRvS 26 november 1990, AB 1991, 246.

2.6.2 Rechtsgrondslag en materiële criteria

Criterium: onevenredige last

Het overheidsorgaan dat de milieumaatregel oplegt, is alleen verplicht om een naar billijkheid te bepalen vergoeding toe te kennen, voorzover de vergunninghouder of degene op wie de genoemde regels van toepassing worden, hierdoor kosten maakt of schade lijdt die redelijkerwijs niet voor zijn rekening behoort te blijven. In de circulaire wordt nadere invulling gegeven aan het redelijkheidscriterium, door als uitgangspunt te nemen dat sprake moet zijn van een *onevenredige last*. Hiervan is sprake bij een bovennormale last waardoor de concurrentieverhoudingen wezenlijk worden verstoord. Deze uitleg valt te herleiden tot de wetsgeschiedenis, en houdt, blijkens de MvT, rechtstreeks verband met het beginsel de vervuiler betaalt.[50]

> 'Op grond van het principe de vervuiler betaalt behoren bedrijven in het algemeen zelf de kosten te dragen van bij vergunning opgelegde maatregelen ter voorkoming of beperking van verontreiniging. Deze kosten zijn onlosmakelijk verbonden aan het uitoefenen van productieactiviteiten waarbij milieuverontreiniging wordt of kan worden gegenereerd. Zo behoren de milieukosten integraal deel uit te maken van de bedrijfseconomische afweging die plaatsvindt bij het starten van nieuwe activiteiten of het uitbreiden van bestaande. In deze gevallen wordt derhalve geen schadevergoeding verleend.
> Normaliter zal zulks evenmin het geval zijn, wanneer aan bestaande activiteiten eisen ter bescherming van het milieu worden gesteld. Er kunnen zich echter situaties voordoen, waarin een volledige toepassing van het beginsel de vervuiler betaalt ongewenste gevolgen heeft, namelijk wanneer de kosten van voorgeschreven milieumaatregelen tot een ernstige verstoring van de concurrentieverhoudingen leiden tussen min of meer vergelijkbare bedrijven binnen een bedrijfstak. (...) In al deze gevallen gaat het om vanuit milieuoverwegingen noodzakelijk voorschrijven van maatregelen in een bestaande situatie. Bovendien gaat het steeds om een financiële last die onevenredig is in vergelijking met concurrerende bedrijven.'

Ook de rechter pleegt deze uitleg, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, tot uitgangspunt te nemen.[51]

Op grond van de circulaire moet sprake zijn van relatief hoge en zwaarwegende kosten voor bovennormale voorzieningen.[52] Om vast te stellen of sprake is van bovennormale kosten moet het bevoegd gezag een vergelijking maken met andere, soortgelijke bedrijven. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat deze vergelijking moet worden gemaakt met andere, *bestaande* bedrijven.[53] De vraag is dus of sprake is van onevenredig nadeel ten opzichte van andere bedrijven die eveneens met een aanscherping van de milieunormen worden geconfronteerd. Om die reden kan een wijziging van de milieuvergunning alleen in uitzonderingsgevallen een reden vormen

---

50. TK 1986-1987, 19 752, nr. 3.
51. Zie bijvoorbeeld AGRvS 5 februari 1992, BR 1993, p. 227 m.nt. P.C.E. van Wijmen.
52. Circulaire Schadevergoedingen, p. 3.
53. AGRvS 23 december 1993, BR 1994, p. 1027 m.nt. P.C.E. van Wijmen en ABRvS 13 juni 1994, AB 1994, 559 m.nt. PvB, BR 1995, p. 325 m.nt. P.C.E. van Wijmen.

voor schadevergoeding. Deze uitleg komt overeen met de hiervoor geschetste opvatting van de regering dat de kosten van milieumaatregelen, ook in bestaande situaties, in verband met het beginsel de vervuiler betaalt in beginsel voor rekening van de ondernemer komen. De rechter motiveert zijn standpunt anders, namelijk door erop te wijzen dat bij een andere opvatting vrijwel altijd schadevergoeding zou moeten worden toegekend. Met andere woorden: de kosten van het actualiseren van een milieuvergunning moet ieder bedrijf maken en daarom behoren deze tot het normale bedrijfsrisico.[54] Hierin wijkt de regeling af van de planschadevergoeding, waarbij een wijziging van het planologisch regime met nadelige gevolgen in de regel wel leidt tot een aanspraak op schadevergoeding.

Intrekking altijd onevenredig

Voor intrekking van de milieuvergunning gaat het voorgaande niet op. De kosten als gevolg van het intrekken van de milieuvergunning komen in principe voor vergoeding in aanmerking. Zowel bij het beëindigen als bij het verplaatsen van de bedrijfsactiviteiten bestaat op basis van de circulaire een recht op vergoeding van de incidentele bedrijfsschade (derving van inkomsten of winst, eenmalige uitgaven) en de vermogensschade (desinvesteringen, vermindering van de kapitaalwaarde).[55] Blijkbaar vormt uitgangspunt dat de schade ten gevolge van een besluit tot intrekking in redelijkheid niet ten laste van de betrokkene dient te blijven, maar in de regel moet worden gecompenseerd. De verklaring hiervoor vormt in mijn opvatting dat het intrekken van een milieuvergunning, in tegenstelling tot een wijziging, geen *regel* vormt, maar *uitzondering*. Ook wanneer sprake is van een landelijke aanscherping van de normen, zal dit slechts in een minderheid van de gevallen tot het verplaatsen of zelfs sluiten van bedrijven leiden. Het gaat met andere woorden om een kleine, welomlijnde groep bedrijven die, bijvoorbeeld als gevolg van de ligging in woonbuurten, substantieel zwaarder wordt getroffen dan andere bedrijven. De conclusie luidt dan dat bij intrekking in de regel sprake zal zijn van een onevenredige last, omdat ten opzichte van bedrijven die eveneens met de aanscherping (maar niet met een intrekking) worden geconfronteerd, een verstoring van de gelijkheid optreedt, die in het algemeen niet als normaal maatschappelijk bedrijfsrisico is te beschouwen.[56]

Het is denkbaar dat sprake is van een dusdanig grootscheepse saneringsoperatie, dat de vergunningen van een groot aantal bedrijven moeten worden ingetrokken. Aangezien een grote groep ondernemers met dezelfde problemen wordt geconfronteerd, is verdedigbaar dat het égalité-beginsel niet wordt geschonden wanneer compensatie achterwege blijft. De vraag is echter of een zo ingrijpende maatregel als het sluiten van een bedrijf niet altijd als onevenredig moet worden gekwalificeerd wan-

---

54. Daarbij kan ook worden gewezen op de in de Wm opgenomen actualiseringsplicht, zie J.E. Hoitink, Bestaande rechten in het milieurecht (diss. Utrecht), Deventer 1998, p. 177.
55. Circulaire Schadevergoedingen, p. 8-9.
56. J.E. Hoitink, Bestaande rechten in het milieurecht (diss. Utrecht), Deventer 1998, p. 182.

neer deze niet met een financiële compensatie gepaard gaat. De grondslag daarvoor is dan echter niet gelegen in de onevenredigheid in vergelijking tot anderen, maar in de onevenredigheid van de afweging (of de bescherming van het algemene belang niet te zeer ten koste gaat van het individuele belang).

Normaal maatschappelijk risico en voorzienbaarheid

Wanneer duidelijk is dat de benadeelde in beginsel aanspraak kan maken op vergoeding van de schade, wil dit niet zeggen dat hij ook al zijn schade vergoed krijgt. Op grond van de circulaire hoeven ook bovennormale kosten maar gedeeltelijk te worden vergoed.

Allereerst dragen bedrijven een eigen risico van 20%. Op deze wijze wordt tot uitdrukking gebracht dat ten minste 20% van de kosten tot het normale ondernemersrisico behoort. Dit uitgangspunt wordt in de jurisprudentie 'niet onredelijk' geacht.[57] In de aangehaalde uitspraken werd deze kwestie aangekaart als onderdeel van de vraag welke kosten redelijkerwijs ten laste van de vergunninghouder moeten blijven. De korting waarover in de uitspraken een oordeel wordt gegeven, wordt echter pas toegepast *nadat* is vastgesteld dat de schade redelijkerwijs niet geheel ten laste van het bedrijf dient te blijven. Daardoor blijft ook een deel van de onevenredig geachte kosten voor rekening van de benadeelde. Bedrijven worden daardoor mogelijk 'dubbel gepakt'. Eén keer omdat de kosten van het opleggen van een milieuvoorziening in een bestaande situatie alleen voor vergoeding in aanmerking komen als, ook ten opzichte van andere *bestaande* bedrijven, sprake is van een onevenredige last. De redenering is dan dat wijzigingen van de milieuvergunning tot het normaal maatschappelijk risico behoren. Een tweede keer omdat vervolgens van deze extra kosten een percentage wordt afgetrokken, wederom met de redenering dat dit deel van de kosten tot het normale bedrijfsrisico behoort.[58]

Voorts kan de schadevergoeding lager zijn dan 80% van de bovennormale kosten naarmate de wijziging van de normen beter is te voorzien. Blijkens de jurisprudentie speelt in het kader van de voorzienbaarheid onder meer een rol vanaf wanneer de normstelling is gewijzigd en in hoeverre de inrichtinghouder de gelegenheid heeft gehad om hierop te anticiperen.[59] De circulaire hanteert voorts als uitgangspunt dat naarmate een vergunning ouder is, eerder met een intrekking of wijziging rekening moet worden gehouden. Ook dit criterium is in de jurisprudentie overeind gebleven.[60] De regel dat het risico verschuift naarmate het langer geleden is dat de vergunning is afgegeven, mag echter niet te absoluut worden gehanteerd. Steeds blijven ook

57. KB 25 april 1990, BR 1991, p. 701 m.nt. P.C.E. van Wijmen en AGRvS 23 oktober 1993, AB 1994, 653.
58. Op het op deze wijze toepassen van (standaard)kortingen is in de literatuur felle kritiek geuit. Zie onder meer N.S.J. Koeman, Binnen- en buitenwettelijke schadevergoeding in het milieurecht, in: R.J.J. van Acht & R. Uylenburg (red.), Financiële instrumenten in het milieurecht, Zwolle 1993, p. 20-21 en Ch.W. Backes, Juridische bescherming van ecologisch waardevolle gebieden, Zwolle 1993, p. 253 e.v.
59. ABRvS 21 maart 1996, M en R 1997, 83 m.nt. Backes.
60. ABRvS 17 februari 1995, Gst. 7011, 6 m.nt. R. Uylenburg.

de concrete omstandigheden van het geval van belang en of, met het oog daarop, intrekking van de vergunning in de verwachting lag.[61]

Ook relatief gewicht van de last van belang

Als gezegd is sprake van onevenredige kosten bij een bovennormale last waardoor de concurrentieverhoudingen wezenlijk worden verstoord. Dit criterium wordt in de circulaire zo uitgelegd, dat in het algemeen pas van een wezenlijke verstoring kan worden gesproken als de bovennormale last meer bedraagt dan 10% van de gemiddelde cashflow over de laatste drie boekjaren.[62] Daarmee wordt niet alleen gekeken naar het gewicht van de last, maar wordt dat gewicht tevens afgezet tegen de winstresultaten van het betrokken bedrijf over de afgelopen jaren. Door bij de toekenning van schadevergoeding waarde te hechten aan het relatieve gewicht van de last, wordt de vraag of een recht op schadevergoeding bestaat, afhankelijk gesteld van de vermogenspositie van het individuele bedrijf. Door verschillende schrijvers is hierop kritiek geuit.[63] Voorzover ik weet, is de rechter nooit expliciet om een oordeel gevraagd over de toelaatbaarheid van het cashflowcriterium.[64] De enkele keer waarin, ter ondersteuning van een verzoek om schadevergoeding, een beroep werd gedaan op de zwakke vermogenspositie van de desbetreffende onderneming, werd dit beroep expliciet van de hand gewezen. Zo had appellant in AGRvS 5 februari 1992, BR 1993, p. 227 m.nt. P.C.E. van Wijmen aangevoerd dat sprake was van een bovennormale last, onder meer omdat zijn bedrijf slechts een beperkte omzet heeft en het relatieve gewicht van de last dus groot is. De Afdeling overweegt vervolgens dat aan de omvang van het bedrijf:

> '(...) geen doorslaggevende betekenis (kan) worden toegekend wanneer, zoals hier, niet aannemelijk is geworden dat het gaat om bovennormale voorzieningen of om voorzieningen met het aanbrengen waarvan door objectief meetbare bijzondere omstandigheden, zoals bijvoorbeeld de ligging van het bedrijf, bovennormale kosten zijn gemoeid.'

Een consequente toepassing van deze benadering brengt mee dat het cashflowcriterium bij de beoordeling van schadevragen in het milieurecht buiten beschouwing moet worden gelaten. Daarmee kan ook worden tegemoetgekomen aan een ander mogelijk punt van kritiek op de hantering van het cashflowcriterium, namelijk dat het meewegen van het relatieve gewicht van de last en daarmee van de bestaansmoge-

---

61. ABRvS 21 oktober 1994, Milieurechtspraak 1995, 2.
62. Circulaire Schadevergoedingen, p. 7.
63. Zie bijvoorbeeld Ch.W. Backes, Juridische bescherming van ecologisch waardevolle gebieden, Zwolle 1993, p. 254 e.v. en J.A.M. van den Berk, Bestuursschaderecht, Deventer 1997, p. 165-166.
64. In ABRvS 29 september 2001, M en R 2001, 89 m.nt. Hoitink was het cashflow-criterium wel onderwerp van geschil, maar werd alleen geageerd tegen het standpunt van verweerders dat ook de jaarstukken van het moederbedrijf, i.c. vergunninghouder, moesten worden overgelegd en niet enkel de gegevens van het bedrijfsonderdeel waar de schade zich manifesteert.

lijkheden van een individueel bedrijf, mogelijk spanning oplevert met het verbod van verboden (concurrentievervalsende) steunmaatregelen.

Algemene regels; gebiedsgericht milieubeleid

Voor de artikelen 15.20 en 15.21 Wm geldt een identiek toetsingskader. De materiële criteria om te bepalen of een recht op schadevergoeding bestaat, zijn dus gelijk. In de circulaire is niettemin een aparte passage opgenomen over schadevergoeding bij algemene regels. Daarin wordt opgemerkt dat algemene regels opleggen in principe niet samengaat met het verlenen van schadevergoeding. Ondernemingen worden daardoor volgens de circulaire in dezelfde mate geraakt en hun concurrentiepositie verandert dus niet.[65] In het verleden heeft de regering, mede op basis van dit argument, zelfs overwogen om de mogelijkheid om schadevergoeding te verkrijgen bij het van toepassing worden van algemene regels geheel te schrappen. Later is de minister op dit standpunt teruggekomen. Dat algemene regels zich richten tot alle bedrijven in een bepaalde sector, brengt niet mee dat al deze bedrijven daardoor in gelijke mate worden getroffen.[66] In de circulaire wordt dit thans expliciet erkend door te stellen dat in individuele gevallen toch een onevenredige last kan optreden. Als voorbeeld kan worden gewezen op het gebiedsgerichte milieubeleid.

Inmiddels is hiermee wat ervaring opgedaan en is enige rechtspraak beschikbaar over de vergoeding van schade veroorzaakt door gebiedsgerichte maatregelen, met name maatregelen ter bescherming van het grondwater.[67] De binnen de beschermingsgebieden geldende regels verschaffen een bijzonder beschermingsniveau aan de daarbinnen gelegen gronden. De regels lopen vooruit of vormen een aanvulling op het landelijke regime voor de bescherming van gebieden. In verband daarmee is het mogelijk dat degene die zijn gronden binnen een dergelijk beschermingsgebied heeft, wordt geconfronteerd met verdergaande milieueisen of bepaalde maatregelen sneller moet nemen dan soortgelijke bedrijven in de minder kwetsbare gebieden. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de referentiegroep in dergelijke gevallen bestaat uit soortgelijke bedrijven buiten de beschermingsgebieden.[68] In de literatuur is hierop kritiek uitgeoefend. Beperkingen die op grond van de in artikel 15.21 Wm genoemde regels gelden, zouden niet reeds tot schadeplichtigheid moeten leiden indien zij verder gaan dan landelijk wordt geëist, maar uitsluitend wanneer zij verder gaan dan de maatregelen die, landelijk gezien, *in soortgelijke gebieden* reeds gelden.[69] Daartegen kan worden ingebracht dat van de aanwijzing van beschermde

---

65. Circulaire Schadevergoedingen, p. 18.
66. Idem Van Ravels, die dit argument in stelling brengt tegen de (destijds) geplande intrekking van de bepaling in art. 61ab Wabm, de voorloper van art. 15.21 Wm (B.P.M. van Ravels, De voorgenomen intrekking van art. 61ab Wabm, BR 1992, p. 673).
67. Voor een overzicht van deze rechtspraak zie B.P.M. van Ravels, Grondwaterbescherming en schadevergoeding, M en R 1995, p. 176-180 (deel I) en p. 234-239 (deel II).
68. ABRvS 13 juni 1994, AB 1994, 559 m.nt. PvB, BR 1995, p. 325 m.nt. P.C.E. van Wijmen.
69. Ch.W. Backes, Juridische bescherming van ecologisch waardevolle gebieden, Zwolle 1993, p. 259 en J.A.M. van den Berk, Bestuursschaderecht, Deventer 1997, p. 166-167.

gebieden, in tegenstelling tot bijvoorbeeld het actualiseren van een milieuvergunning, niet kan worden gezegd dat vrijwel alle bedrijven hiermee worden geconfronteerd. Slechts een relatief kleine, welomlijnde groep zal met een gebiedsaanwijzing te maken krijgen.

Ook voor de bedrijven in de beschermingsgebieden dient uiteraard te gelden dat alleen een recht op schadevergoeding bestaat wanneer met de beperkingen geen rekening kon worden gehouden. Naarmate het langer geleden is dat het gebied is aangewezen, heeft de ondernemer wellicht meer mogelijkheden om zijn bedrijfsvoering op de nieuwe eisen af te stemmen. Dat kan meebrengen dat de vergoeding na verloop van tijd kan worden teruggebracht. Wordt de inrichting verkocht, dan is het bovendien verdedigbaar om vanaf dat moment alle extra kosten voor rekening van de nieuwe eigenaar te laten komen. De koper behoorde bekend te zijn met extra strenge eisen, heeft deze beperkingen voor lief genomen en waarschijnlijk, vanwege de ligging van het bedrijf, ook een lagere prijs kunnen bedingen.

Vermogensschade in de zin van waardevermindering komt in beginsel voor vergoeding in aanmerking. De schade moet dan wel het gevolg zijn van bepalingen uit de regeling, die de betrokkene in zijn bedrijfsvoering beperken.[70] Aannemelijk is dat grond in de milieubeschermingsgebieden minder waard is in het economisch verkeer.[71] Onduidelijk is echter of de schadevergoedingsregeling in de Wm zich ook uitstrekt tot schade die een gevolg is van de enkele aanwijzing van een gebied als beschermingsgebied. Aangezien de aanwijzing op grond van artikel 1.2 Wm geschiedt 'bij de verordening', waarmee wordt gedoeld op de provinciale milieuverordening, en deze in de wet wordt genoemd als besluit in verband waarmee schadevergoeding kan worden verkregen, moet deze vraag in beginsel positief worden beantwoord. Wel zal dan moeten worden aangetoond of ten minste aannemelijk worden gemaakt dat ten gevolge van de aanwijzing schade wordt geleden. Van Ravels wijst er terecht op dat de enkele vrees dat in algemene zin extra beperkingen zullen gaan gelden, onvoldoende zal zijn om aansprakelijkheid aan te nemen.[72]

2.7 Wet verontreiniging oppervlaktewateren (Wvo)

2.7.1 Korte beschrijving van de regeling

De Wvo kent een vergunningstelsel voor het lozen van verontreinigd water in het oppervlaktewater met behulp van een werk. Op grond van de in artikel 9 opgenomen schadevergoedingsregeling wordt aan de houder van een lozingsvergunning, die door een wijziging of intrekking daarvan schade lijdt die redelijkerwijs niet (geheel)

---

70. ABRvS 1 februari 2001, M en R 2001, 126 m.nt. Hoitink, JM 2001, 76 m.nt. Neerhof.
71. J. Vullings, Vermogensschade in grondwaterbeschermingsgebieden: wel of geen leemte in wetgeving?, Vastgoed 28 augustus 1990.
72. B.P.M. van Ravels, Grondwaterbescherming en schadevergoeding (I), M en R 1995, p. 179.

te zijnen laste behoort te komen, een naar billijkheid te bepalen vergoeding toegekend. De vergoeding wordt toegekend door het bevoegd gezag ten aanzien van de vergunningverlening, meestal gedeputeerde staten. Een besluit over schadevergoeding moet bij afzonderlijke beschikking worden genomen. Dit impliceert tevens dat bezwaren die verband houden met de schadevergoedingskwestie, door de rechter buiten beschouwing gelaten en niet (expliciet) worden meegenomen bij de beoordeling van het onderliggende wijzigings- of intrekkingsbesluit.[73]

2.7.2 Rechtsgrondslag en materiële criteria

Egalité-beginsel als grondslag

Oorspronkelijk luidde de regeling als volgt: 'Aan de vergunninghouder die door wijziging of intrekking van zijn vergunning onevenredig zwaar wordt getroffen, kan een naar billijkheid te bepalen tegemoetkoming worden toegekend, ten laste van het lichaam dat die beschikking in eerste aanleg heeft genomen.' Uit de toelichting blijkt dat de regering met de regeling vooral wilde voorkomen dat de noodzakelijke sanering in verband met de kwaliteit van het oppervlaktewater tot gevolg zou hebben dat bepaalde afvalwaterproducenten, die oorspronkelijk geheel vrij of onder soepele voorwaarden loosden, in de problemen zouden komen doordat zij kosten zouden moeten maken die aanmerkelijk zouden uitgaan boven de kosten van andere afvalwaterproducenten. Met name indien een afvalproducent daardoor onevenredig zwaar zou worden getroffen, kan het billijk zijn dat een schadevergoeding wordt toegekend.[74] Dit duidt erop dat de regering het égalité-beginsel hanteert als grondslag voor de toekenning van schadevergoeding. In aansluiting op andere regelingen is in een latere fase gekozen voor het opnemen van de redelijkheidsformule, maar niettemin wordt in de jurisprudentie vastgehouden aan de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever (zie hierna).

Jurisprudentie: beperkt beeld

Destijds bestond de verwachting dat zich in het kader van de wijziging en intrekking van lozingsvergunningen niet veel gevallen zouden voordoen waarin aanleiding bestond voor schadevergoeding. De indruk bestaat dat van de regeling tot nu toe inderdaad in beperkte mate gebruik is gemaakt.[75] Op de regeling zou vooral een beroep zijn gedaan door eigenaren van woonboten en afgelegen huizen, die onder gelijktijdige intrekking van hun lozingsvergunning verplicht werden tot een aansluiting op de gemeentelijke riolering.[76] In het overzicht dat Warnar geeft van de Kroon-

---

73. AGRvS 7 oktober 1988, Waterschapsbelangen 1989, p. 520.
74. TK 1964-1965, 7884, nr. 3, p. 15.
75. De vraag blijft natuurlijk of die indruk juist is, nu uit de jurisprudentie vermoedelijk slechts een beperkt beeld kan worden verkregen.
76. G.R.M. van Dijk & H.J.M. Havekes, Het vergunningstelsel en de algemene regels, in: A.P. van den Berge, K. Groen e.a., Bestrijding van de watervervuiling. Vijfentwintig jaar WVO, Den Haag 1995, p. 51.

jurisprudentie die in dat kader is gewezen, wordt echter slechts melding gemaakt van één uitspraak over een afwijzende beslissing op een verzoek om schadevergoeding, die bovendien niet is gepubliceerd. Warnar beredeneert dat voor bestaande lozingen een bedrag van 5000 gulden nog als redelijk kan worden aangemerkt. Voor andere gevallen kan een beroep worden gedaan op de schadevergoedingsregeling.[77] Voor bedrijven lijken in dit verband andere maatstaven te gelden (zie hierna).

Intrekking niet zonder meer onevenredig

In het KB van 25 februari 1986, Waterschapsbelangen 1986, p. 322-323 werd appellant als gevolg van het intrekken van de lozingsvergunning genoodzaakt zijn leerlooierij aan te sluiten op de riolering voor een bedrag van *f* 48.000. De Kroon overweegt:

> '(...) dat er blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet gronden kunnen zijn voor het toekennen van een schadevergoeding, indien en voor zover de wijziging of intrekking van een vergunning met zich brengt, dat de vergunninghouder onevenredig zwaar zou worden getroffen, doordat bijvoorbeeld de gemaakte kosten aanmerkelijk uit zouden gaan boven de kosten van andere soortelijke afvalwaterproducenten; (...) dat blijkens de stukken en het verhandelde ter zitting van de Afdeling algemeen gebruikelijk is om leerlooierijen – waar mogelijk – te doen aansluiten op de riolering; dat op grond van de ambtsberichten moet worden aangenomen dat niet kan worden gesteld dat de door appellante gemaakte kosten aanmerkelijk uitgaan boven de kosten, waarvoor soortgelijke afvalwaterproducenten zich doorgaans zien geplaatst; dat mitsdien moet worden geoordeeld dat appellante niet onevenredig zwaar is getroffen ten gevolge van de intrekking van haar lozingsvergunning.'

De Kroon onderzoekt dus, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, of de leerlooierij ten opzichte van andere, soortgelijke bedrijven onevenredig zwaar wordt getroffen. Aangezien dat niet het geval is, bestaat geen recht op schadevergoeding. Daarbij valt op dat ook besluiten waarbij een lozingsvergunning wordt ingetrokken, niet zonder meer als onevenredige inbreuk worden beschouwd. Op dit punt wordt afgeweken van de wijze waarop hiermee in het kader van de Wm wordt omgegaan, waarbij intrekking in de regel leidt tot een aanspraak op schadevergoeding. De verklaring hiervoor is vermoedelijk dat intrekking van een lozingsvergunning doorgaans niet gepaard gaat met een verplaatsing of sluiting van het bedrijf en dus veel minder ingrijpende gevolgen heeft dan het intrekken van een milieuvergunning op grond van de Wm.

---

77. H. Warnar, Kosten van aansluiting op de gemeentelijke riolering, Waterschapsbelangen 1989, p. 523. Van Dijk maakt uit AGRvS 10 maart 1992, Waterschapsbelangen 1992, p. 823-824 echter op dat ook hogere bedragen mogelijk zijn (i.c. ging het om een bedrag van circa 12.000 gulden). Juist omdat de schadevergoedingsvraag in een ander kader wordt besproken, valt dit mijns inziens niet met zekerheid te zeggen.

3 Uitgangspunten voor schadevergoeding in het omgevingsrecht

3.1 Algemeen

In het voorgaande hoofdstuk zijn zes schadevergoedingsregelingen uit het omgevingsrecht de revue gepasseerd. Hierna zullen verschillende principes worden geschetst die mogelijk een rol spelen bij de toekenning van schadevergoeding in het omgevingsrecht. Daarbij zal worden bekeken of het mogelijk is van alle onderzochte regelingen de grondslag(en) op te sporen en vervolgens worden nagegaan in hoeverre eventuele verschillen in het hanteren van materiële criteria daaruit kunnen worden verklaard. Het gaat daarbij zowel om verschillen binnen het omgevingsrecht als in relatie tot het algemene leerstuk van de nadeelcompensatie.

Vooraf moet de opmerking worden gemaakt dat over sommige regelingen zeer weinig bekend is. Hoewel het aantal rechtszaken hiervoor geen betrouwbare indicatie vormt, bestaat de indruk dat van de bewuste regelingen weinig gebruik wordt gemaakt. Een reden daarvoor zou kunnen zijn dat veel van de besproken schadevergoedingsregelingen het karakter hebben van een vangnet en er andere instrumenten voorhanden zijn waarvan gebruik kan worden gemaakt om schadevergoeding te voorkomen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de regelingen in de Nb-wet en de Wvo. Er kunnen echter ook andere redenen zijn waarom op sommige regelingen slechts zelden een beroep wordt gedaan. Misschien is er weinig over bekend of wordt de kans op succes laag ingeschat. Een nader (praktijk)onderzoek naar deze vraag zou nuttig zijn, juist ook omdat andere regelingen, zoals de planschaderegeling, een forse stijging van het aantal claims laten zien.

Hoewel aanvankelijk in sommige van de besproken schadevergoedingsregelingen het criterium was opgenomen dat de benadeelde onevenredig zwaar moest zijn getroffen, is uiteindelijk overal, in navolging van de schadevergoedingsbepalingen in onder meer de Boswet, gekozen voor opname van het criterium van de redelijkheid. Op basis hiervan is de overheid gehouden om een naar billijkheid te bepalen vergoeding toe te kennen, indien en voorzover de benadeelde ten gevolge van een besluit kosten maakt of schade lijdt die redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoren te komen. Met de keuze voor een tamelijk open en vage norm als de redelijkheid is aan de rechter veel ruimte gelaten om per geval te beoordelen of een recht op

schadevergoeding bestaat en is de verdere ontwikkeling en verfijning van het materiële schadevergoedingsrecht de facto bij de rechtspraak gelegd.

Zoals uit hoofdstuk 2 naar voren komt, bevat ook de jurisprudentie lang niet altijd voldoende aanwijzingen om te bepalen in welke gevallen een compensatieplicht bestaat. De reden hiervoor is dat de rechter doorgaans niet expliciet maakt wat de voorwaarden zijn voor het vestigen van aansprakelijkheid. In veel gevallen kan uit de jurisprudentie alleen worden opgemaakt wat negatieve factoren zijn voor het toekennen van schadevergoeding. Dit brengt mee dat niet eenduidig naar voren komt *waarom* in de door de wetgever genoemde gevallen een verplichting tot schadevergoeding bestaat. Daardoor ontbreekt het tevens aan een referentiekader om te beoordelen welke concrete maatstaven zouden moeten gelden bij het toekennen van schadevergoeding (dus *wanneer* een recht op vergoeding bestaat).

De verschillende inhoudelijke 'noties' of uitgangspunten die hierna zullen worden behandeld, zijn niet allemaal gelijkwaardig. Soms gaat het om rechtsgrondslagen (bijvoorbeeld het égalité-beginsel), soms om uitwerkingsprincipes of toepassingscriteria (bijvoorbeeld het draagkrachtbeginsel).

3.2 Rechtszekerheidsbeginsel

Cruciaal voor het aannemen van een recht op schadevergoeding is bij de besproken regelingen steeds dat sprake moet zijn van een wijziging van het rechtsregime, waardoor nadelige gevolgen optreden. In sommige gevallen lijkt dit gegeven op zichzelf al voldoende om een recht op schadevergoeding aan te nemen, mits er met het optreden van die nadelige gevolgen geen rekening behoefde te worden gehouden. Dat sprake is van onevenredig nadeel, wordt dan dus niet, althans niet expliciet, als criterium gehanteerd. Dit geldt bijvoorbeeld voor de planschadevergoeding en voor de schadevergoeding bij de aanwijzing van beschermde natuurmonumenten. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat de grondslag voor het toekennen van schadevergoeding in dergelijke gevallen niet is gelegen in het égalité-beginsel, maar in het rechtszekerheidsbeginsel, dat een zekere bescherming eist van gevestigde rechten en belangen.

Een van de dimensies van het rechtszekerheidsbeginsel is dat burgers moeten kunnen vertrouwen op de duurzaamheid van besluiten en op het gestand doen van gerechtvaardigde, door het bestuursorgaan gewekte verwachtingen.[78] Anders gezegd: de burger moet in zekere mate kunnen vertrouwen op het recht. Als belangrijke functie van het recht kan dan ook worden gezien 'het scheppen van zekerheid door het mogelijk maken van vertrouwen'.[79] De centrale vraag daarbij is hoever dat vertrou-

78. R.M. van Male, Rechter en bestuurswetgeving, Zwolle 1988, p. 403-404.
79. Nico Verheij, Vertrouwen op de overheid, in: Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer 1997, p. 43.

wen mag strekken. Algemeen wordt aangenomen dat het rechtszekerheidsbeginsel niet zo ver strekt, dat eenmaal totstandgekomen regels niet kunnen worden gewijzigd. In de hedendaagse samenleving moeten burgers er rekening mee houden dat bestuursrechtelijke regelgeving voortdurend in verandering is en dat vergunningen geen eeuwigheidswaarde hebben.[80] Het rechtszekerheidsbeginsel staat dus niet in de weg aan wijzigingen van het recht. Wel stelt het bepaalde grenzen aan de wijze waarop dergelijke wijzigingen in concrete gevallen kunnen worden doorgevoerd.[81] Hierbij wordt doorgaans gewezen op de noodzaak van een zorgvuldige belangenafweging, een goed en rechtvaardig overgangsrecht en de mogelijkheid van financiële compensatie. Over de vraag *wanneer* financiële compensatie is vereist, is daarmee nog weinig gezegd. Omdat het bij rechtszekerheid in de genoemde zin gaat om de bescherming van (gerechtvaardigd) vertrouwen, kan die bescherming zich alleen uitstrekken tot ontwikkelingen *waarmee de burger geen rekening hoefde te houden*.

Ervan uitgaande dat burgers er in het algemeen rekening mee dienen te houden dat de bestuursrechtelijke regelgeving wijzigt, levert de *enkele* wijziging van het rechtsregime, geredeneerd vanuit de rechtszekerheid, niet zonder meer een reden op voor schadeplichtigheid van de overheid. Het is niet goed verdedigbaar om enerzijds als uitgangspunt te hanteren dat burgers zich rekenschap dienen te geven van de steeds veranderende regelgeving en anderzijds in *alle* gevallen waarin deze wijzigingen nadelige gevolgen hebben, een schadevergoedingsplicht voor de overheid aan te nemen. Er is bovendien geen sprake van een bijzondere reden die maakt dat dit in het omgevingsrecht anders zou moeten komen te liggen. Integendeel, dit is bij uitstek een terrein waarop de veranderingen elkaar in hoog tempo opvolgen. Ten aanzien van bestemmingsplannen heeft de rechter voorts met zoveel woorden gesteld dat het als een *normale maatschappelijke ontwikkeling* moet worden gezien dat zij in de loop van de tijd worden gewijzigd. Een logische consequentie hieruit zou zijn, dat de lasten van nadelige wijzigingen van het planologische regime, in elk geval deels, voor rekening van de burger worden gebracht. Met normale ontwikkelingen kan immers rekening worden gehouden. Vanuit het rechtszekerheidsbeginsel is dus niet goed te verklaren dat steeds als sprake is van een wijziging van het rechtsregime met negatieve gevolgen, een rechtsplicht tot schadevergoeding zou bestaan.

Als gezegd stelt het rechtszekerheidsbeginsel met name grenzen aan de wijze waarop de wijzigingen in het concrete geval worden doorgevoerd. In individuele gevallen kan het rechtszekerheidsbeginsel dus wel (mede) de aanleiding vormen voor het bestaan van een compensatieplicht van de overheid. Een voorbeeld vormt de situatie waarin de overheid vrij plotseling een van tevoren niet te voorziene wijziging van de regelgeving doorvoert. Een dergelijke wijziging kan op korte termijn een

---

80. R.J.N. Schlössels, De Achilleshiel van de égalité: nadeelcompensatie en het draagkrachtbeginsel, NJB 1998, p. 1386.
81. Zie mijn eerdere analyse ten aanzien van het intrekken en wijzigen van milieuvergunningen en de in dat kader genoemde literatuur: J.E. Hoitink, Bestaande rechten in het milieurecht (diss. Utrecht), Deventer 1998, p. 82 e.v.

zo onverwachte en substantiële schade veroorzaken, dat financiële compensatie geboden is. Hoewel de rechtszekerheid hiervoor de aanleiding vormt, is de *uiteindelijke* reden om een recht op schadevergoeding aan te nemen in mijn ogen echter dat één of enkele burgers daardoor onevenredig zwaar worden getroffen. Het voordeel van een redenering op basis van het evenredigheidscriterium is bovendien dat een dergelijke redenering ook opgaat in gevallen waarin vanwege andere redenen dan geschonden verwachtingen een verstoring van de gelijkheid of een onevenwichtigheid in de belangenafweging optreedt. De conclusie moet daarom luiden dat het rechtszekerheidsbeginsel weliswaar een aanleiding vormt voor financiële compensatie, maar niet 'het' verklarende principe kan vormen voor schadeplichtigheid van de overheid in de hiervoor besproken gevallen.

3.3 Egalité-beginsel

3.3.1 De wijziging van het rechtsregime treft (per definitie) een beperkte groep burgers

Als gezegd bevatten verschillende van de behandelde regelingen aanvankelijk het criterium dat de benadeelde 'onevenredig zwaar' moest zijn getroffen. Hoewel dit uiteindelijk overal uit de wet is verdwenen, wordt voor het aannemen van een recht op schadevergoeding niettemin bij twee van de schadevergoedingsregelingen, namelijk die in de Wm en de Wvo, expliciet geëist dat sprake moet zijn van onevenredig hoge kosten. Hoewel de wetgever dit beginsel niet expliciet heeft genoemd als basis voor de genoemde wettelijke regelingen (maar het beginsel de vervuiler betaalt; zie par. 3.7), ligt het voor de hand om de juridische grondslag voor de toekenning van schadevergoeding in deze twee gevallen te zoeken in het égalité-beginsel. Hierna wordt bekeken in hoeverre dit beginsel ook ten grondslag zou kunnen worden gelegd aan de andere onderzochte regelingen.

Het égalité-beginsel, dat zowel in de jurisprudentie[82] als in de literatuur[83] steeds vaker pleegt te worden gezien als 'de' rechtsgrondslag voor nadeelcompensatie, impliceert een gelijke verdeling van de publieke lasten. De last die omwille van het algemeen belang door burgers moet worden gedragen, mag niet te veel uiteenlopen: indien de ene burger ten opzichte van anderen een onevenredig zware last moet dragen, vormt dit een rechtsgrond voor compensatie. Om van een schending van het

82. Vgl. ABRvS 18 februari 1997, JB 1997, 47 m.nt. Schlössels, AB 1997, 143 m.nt. PvB en ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. P.J.J. van Buuren, JB 1997, 118 m.nt. H.J. Simon, BR 1997, p. 599 m.nt. B.P.M. van Ravels.

83. Zie onder meer Th.G. Drupsteen, Vergelijkend schadevergoedingsrecht; vragen van aansprakelijkheid, in: Vergelijkend schadevergoedingsrecht, Preadvies VBR, Deventer 1988, p. 23; P.C.E. van Wijmen & B.P.M. van Ravels, Nadeelcompensatie: op zoek naar de publiekrechtelijke grondslag, BR 1988, p. 269-270 en M.A. Heldeweg, Grondslag en vormgeving van bestuurscompensatie, TvO 1988, p. 70.

égalité-beginsel te kunnen spreken moet niet alleen sprake zijn van een *abnormale*, maar tevens van een *speciale* last. Dit zogenoemde specialiteitsvereiste wordt zo ingevuld dat het nadeel een enkeling of een kleine, welomlijnde groep moet treffen, terwijl alle anderen in een vergelijkbare positie niet worden getroffen.[84] Vanuit het égalité-beginsel geredeneerd is de reden om een plicht tot schadevergoeding aan te nemen niet (enkel) dat de normstelling wijzigt, maar dat die wijziging een beperkte groep burgers treft.

In de eerste plaats is het mogelijk dat de regeling zelf zodanig van karakter is dat daardoor *per definitie* maar een beperkte groep burgers wordt getroffen. Dit is in mijn opvatting het geval bij de schadevergoedingsregeling in de Nb-wet. Op basis van de jurisprudentie lijkt het enkele feit dat sprake is van een gewijzigd rechtsregime met nadelige gevolgen, voldoende voor een aanspraak op schadevergoeding, mits met die gevolgen geen rekening kon worden gehouden. Bij de aanwijzing van een natuurmonument heeft het nieuwe rechtsregime echter betrekking op een *beperkt gebied*, waardoor automatisch slechts een kleine, welomlijnde groep wordt getroffen. Aan de regeling is als het ware inherent dat een verstoring van de gelijkheid optreedt, namelijk ten opzichte van de personen die hun grond buiten het bewuste gebied hebben liggen en die niet met de strengere regels worden geconfronteerd. Hoewel niet expliciet de eis wordt gesteld dat sprake moet zijn van een verstoring van de gelijkheid, is hiervan dus wel sprake en zou ook de aansprakelijkheid op grond van artikel 18 Nb-wet kunnen worden getypeerd als een aansprakelijkheid die is gebaseerd op het égalité-beginsel. Hetzelfde gaat op voor het opleggen van een ministerieel kapverbod op grond van de Boswet. Bij de parlementaire behandeling van de Boswet wordt ook een enkele maal verwezen naar het criterium van de onevenredige benadeling (zie par. 2.4.2).

De vraag is of de voorgaande redenering tevens toepasbaar is op artikel 49 WRO. In de ruimtelijke ordening worden de regels eveneens per gebied vastgesteld. Juist bij de verdeling van schaarse ruimte kan zich de situatie voordoen dat enkele burgers de dupe worden van de aanleg van voorzieningen die in het algemeen belang noodzakelijk worden geacht (zoals een snelweg of spoorverbinding voor een hogesnelheidstrein). Een belangrijk verschil met de Nb-wet is echter dat de WRO een gedecentraliseerd stelsel kent. In elke gemeente geldt een eigen bestemmingsplan. Een duidelijke meetlat in de zin van algemene standaard waarmee zou kunnen worden vergeleken, ontbreekt dus. In ieder gebied gelden immers andere regels. Onduidelijk is daardoor waarmee de situatie moet worden vergeleken. Moet de vergelijking worden verricht binnen de gemeente? Of moet worden bekeken of burgers in soortgelijke gemeenten, landelijk gezien, minder zwaar worden getroffen? Bij een wijziging van het planologische regime is dan ook, anders dan bij de aanwijzing van een natuurmonument, niet zonder meer sprake van een verstoring van de gelijkheid.

84. C.A.J.M. Kortmann, 'Égalité' en 'Défense'. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar enige algemene rechtsbeginselen, Alphen a/d Rijn 1971, p. 36.

Daartoe moet worden vastgesteld of de getroffen burger een groter offer moet brengen dan de algemene of collectieve last die iedereen moet dragen. Daarin schuilt nu precies de onduidelijkheid bij gedecentraliseerde regelgeving: want wat behelst die collectieve last nu precies? Voorts kan (lang) niet van alle wijzigingen van het planologische regime worden gezegd dat ze een specifiek openbaar belang dienen. Wanneer door een dergelijke wijziging schade ontstaat, rijst de vraag of het verhaal van die schade niet veeleer in de horizontale sfeer zou moeten plaatsvinden.[85] In elk geval kan hiervoor geen redenering worden gehanteerd die is gebaseerd op de redenering dat de *overheid* niet op één of enkele burgers alle lasten van *in het algemeen belang noodzakelijke* maatregelen mag laten drukken.

Van groot belang is voorts de constatering van de Afdeling bestuursrechtspraak dat wijzigingen van het bestemmingsplan als een normale maatschappelijke ontwikkeling zijn te beschouwen. Hieruit vloeit, geredeneerd vanuit het égalité-beginsel, logisch voort dat een wijziging van het planologische regime *niet zonder meer* als onevenredige inbreuk kan worden beschouwd die vergezeld dient te gaan van schadevergoeding. Een door rechtssubjecten ondervonden nadeel kan immers niet gelijktijdig als onevenredig worden aangemerkt en tevens tot het 'normaal maatschappelijke risico' van dat subject worden gerekend.[86] Een redenering langs deze lijn leidt tot een beperktere schadevergoedingsplicht dan thans wordt aangenomen. Er is dan immers geen sprake van een beginselaanspraak op schadevergoeding als zich een nadelige wijziging van het planologische regime voordoet. Waar het om gaat, is dan of de benadeelde, ten opzichte van anderen die eveneens met een wijziging van het planologische regime worden geconfronteerd, onevenredig zwaar wordt getroffen.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft een dergelijke redenering van de hand gewezen en refereert daarbij aan de bedoeling van de wetgever. Volgens de Afdeling heeft de wetgever de schade die een belanghebbende lijdt als gevolg van een nadelige wijziging van het planologische regime, 'in beginsel niet voor diens rekening willen laten'. Daarbij kan een aantal kanttekeningen worden geplaatst. Allereerst is de vraag of de wetgever destijds wel zo duidelijk voor ogen had welke keuzes er precies voorlagen. Op dat moment bestond immers nog heel weinig duidelijkheid over de rechtsgrondslagen voor het toekennen van nadeelcompensatie. Ten tweede bestonden er grote verschillen van mening tussen regering en parlement. Het criterium van de redelijkheid is zo open dat het aan elk van beide partijen de mogelijkheid bood om daaraan haar eigen invulling te geven. Mede daardoor is helemaal niet zo evident wat de bedoeling van 'de' wetgever destijds is geweest. Ten derde heeft de rechter een eigenstandige rechtsvormende taak. De redelijkheidsformule kan ook worden gezien als een opdracht van de wetgever aan de rechter om vast te stellen bij wie de draagplicht van nadeel *redelijkerwijs* dient te berusten. Het behoeft geen betoog dat

85. De problematiek van de privaatrechtelijke afwenteling van schadevergoeding behandelt Schueler in zijn preadvies dat eerder in deze bundel is opgenomen.
86. Vgl. R.J.N. Schlössels, De Achilleshiel van de égalité: nadeelcompensatie en het draagkrachtbeginsel, NJB 1998, p. 1386.

wat tientallen jaren geleden een 'redelijke' lastenverdeling was, dat naar de huidige inzichten niet meer hoeft te zijn. Een oordeel hierover is, met andere woorden, in zekere mate tijdgebonden, en naar mijn mening dient de vraag wat normale ontwikkelingen zijn die door iedereen moeten worden aanvaard, in elk geval *mede* door de rechter te worden ingevuld.

3.3.2 De wijziging treft iedereen, maar niet in dezelfde mate

Behalve de situatie dat de wijziging van het rechtsregime slechts een beperkte groep burgers treft, kan ook sprake zijn van onevenredigheid als de wijziging iedereen treft, maar niet iedereen daardoor in dezelfde mate wordt geraakt. Deze situatie doet zich onder meer voor bij de schadevergoedingsregeling in de Wm. Aangezien periodieke wijzigingen van milieuvergunningen, gelet op onder meer het bestaan van een wettelijke actualiseringsplicht, als een normale zaak zijn te beschouwen, is geen sprake van een beperkte, welomlijnde groep. Elke ondernemer krijgt daar eens in de zoveel tijd mee te maken. Daarom bestaat er in beginsel geen recht op schadevergoeding, tenzij de vergunninghouder daardoor, in vergelijking tot andere bedrijven die eveneens met een wijziging worden geconfronteerd, onevenredig zwaar wordt getroffen. Hetzelfde geldt voor de houder van een lozingsvergunning (Wvo).

Resteert de vraag op welke wijze de regelingen in de Boswet en de Ontgrondingenwet kunnen worden gekwalificeerd. Eerder werd het ministeriële kapverbod vergeleken met de aanwijzing van een gebied als natuurmonument. Ook daardoor gaan in een beperkt aantal gebieden beperkingen gelden die elders niet in acht hoeven te worden genomen. Door het opleggen van een dergelijk kapverbod treedt dus een verstoring van de gelijkheid op. Ten aanzien van de gemeentelijke en provinciale kapverboden ligt dat echter anders. De kapverboden van andere overheden gelden op basis van reeds vastgestelde provinciale en gemeentelijke verordeningen, en worden gehandhaafd door middel van een vergunningstelsel. De vraag is of er voor de aanvrager een nadeliger situatie ontstaat door de weigering van de vergunning. Dit is mijns inziens alleen het geval wanneer op het moment van aankoop van de grond redelijkerwijs de verwachting kon bestaan dat een bepaalde exploitatie mogelijk was, die nadien, door de inwerkingtreding van een ander regime, niet kan worden gerealiseerd. Wanneer iemand vandaag de dag grond aankoopt, heeft hij te maken met de geldende gemeentelijke of provinciale kapverordeningen en zal hij er rekening mee moeten houden dat de benodigde kapvergunning mogelijk niet wordt verleend. Van gerechtvaardigde verwachtingen zal in de regel dus geen sprake zijn. Om die reden komt de aanvrager van een kapvergunning die wordt geconfronteerd met een weigering, buiten bepaalde overgangssituaties, in beginsel niet voor schadevergoeding in aanmerking. Daarom wekt het verbazing dat op basis van artikel 17 Boswet ook schadevergoeding kan worden verkregen in verband met besluiten genomen krachtens de genoemde lokale verordeningen. Juridisch kan hiervoor in elk geval geen basis worden aangewezen. Weigeringen van een kapvergunning worden in de juris-

prudentie mijns inziens dan ook ten onrechte aangemerkt als besluiten in verband waarmee schadevergoeding kan worden verkregen.

Dezelfde redenering gaat op voor de Ontgrondingenwet. Ook daarbij is sprake van een algemeen verbod dat reeds geldt. De regeling in de Ontgrondingenwet was aanvankelijk ook uitsluitend bedoeld ter overbrugging van een overgangssituatie. In mijn ogen verdient het echter de voorkeur om dan een 'echte' overgangsregeling te treffen, dus een regeling die ook nadrukkelijk als zodanig wordt bestempeld en waarvan de reikwijdte beperkt is tot de ten tijde van de invoering van de wettelijke regeling bestaande situaties. Nu is in artikel 26 jo. artikel 8 Ontgrondingenwet opgenomen dat een recht op schadevergoeding bestaat bij de *verlening*, wijziging en intrekking van een ontgrondingvergunning. Hoewel het besluit tot verlening vermoedelijk alleen is opgenomen met het oog op de bedoelde overgangssituaties en de mogelijkheid dat derden schade lijden (zie par. 2.5.2), verdient het uit een oogpunt van duidelijkheid de voorkeur om de regeling te beperken tot het intrekken en wijzigen van een vergunning. Van overgangssituaties is momenteel immers geen sprake meer – de regeling is in 1971 in werking getreden – en bij schade van derden gaat het, zoals in paragraaf 2.5.2 reeds aan de orde kwam, niet zozeer om overheidsaansprakelijkheid, maar om aansprakelijkheid van de vergunninghouder. Een verzoek om vergoeding van de schade die het gevolg is van de *weigering* van een ontgrondingvergunning, is in de jurisprudentie, in mijn ogen terecht, van de hand gewezen.

De eerder gehanteerde redenering gaat niet op voor de weigering van een vergunning die is afgegeven op grond van de Nb-wet. Deze vergunningplicht geldt als gezegd niet onmiddellijk, maar pas als het gebied vooraf is aangewezen als natuurmonument. Het ten tijde van de aanwijzing bestaande gebruik, waarvoor voorheen geen beperkingen golden op basis van de Nb-wet, wordt daardoor vergunningplichtig, waardoor de eigenaar of gebruiker van de grond mogelijk schade lijdt. Omdat hij deze kosten niet kan ontlopen, en van een (impliciete) aanvaarding van de risico's dus ook geen sprake kan zijn, kan de weigering van een vergunning op grond van de Nb-wet of het verbinden van voorwaarden aan een verleende vergunning wel een compensatieplicht van de overheid met zich brengen.

3.3.3 Ook absolute omvang van de last van belang?

Wanneer een omschrijving wordt gegeven van het égalité-beginsel, wordt vaak de nadruk gelegd op de abnormaliteit van de kosten, dus de zwaarte van de last in vergelijking tot de last die anderen hebben te dragen. Enigszins onduidelijk is of, gesteld dat sprake is van een abnormale last, ook nog moet worden gekeken naar de absolute omvang of ernst van de schade. In de Franse opvatting van het égalité-beginsel is naast de *anormalité* ook de *gravité* van de schade een criterium. Pas als de schade een zekere omvang aanneemt, kan men niet langer verwachten dat de burger haar

draagt, maar moet er vergoeding mogelijk zijn.[87] Ook in het Duitse recht zijn de zwaarte en intensiteit van het overheidsingrijpen van belang bij de beoordeling of sprake is van een *Sonderopfer*.[88] In de Nederlandse rechtspraktijk is op dit punt nog geen sprake van een uitgekristalliseerde lijn. In de bestuursrechtelijke jurisprudentie komt men regelmatig de gedachte tegen dat schade die niet substantieel is, zogeheten *bagatelschade*, in elk geval voor rekening van betrokkene dient te blijven, omdat zij tot het normale (ondernemers)risico behoort.[89] Zoals bleek uit de bespreking van de planschadejurisprudentie, is deze redenering daarin expliciet van de hand gewezen, maar dit houdt vermoedelijk verband met de afwijzing van het égalité-beginsel als grondslag voor planschadevergoeding. In de Circulaire Schadevergoedingen (Wm) duikt deze redenering wel weer op. In de eerste plaats in de vorm van de eis dat sprake moet zijn van een *wezenlijke* verstoring van de concurrentieverhoudingen. In de tweede plaats als argument om een vast percentage van de bovennormale last *altijd* tot het normale ondernemersrisico te rekenen. Op dit punt bestaat er dus behoefte aan een verdere verduidelijking van het égalité-beginsel door de wetgever, waarbij andere rechtsstelsels mogelijk als voorbeeld kunnen dienen.

3.4 Evenredigheid als algemeen principe

Bij de bespreking van de regeling in de Wm werd de vraag opgeworpen of besluiten waarbij een milieuvergunning wordt ingetrokken, niet zo ingrijpend zijn dat, ook wanneer in het kader van een grootscheepse saneringsoperatie een groep ondernemers door deze maatregelen wordt getroffen, niettemin van een recht op schadevergoeding moet worden uitgegaan. Omdat intrekking resulteert in de verplaatsing of sluiting van het bedrijf, lijkt het niet goed denkbaar dat tot een dergelijke drastische maatregel wordt overgegaan zonder daar een financiële compensatie tegenover te stellen. De basis voor een dergelijke compensatie kan dan echter niet zijn gelegen in het égalité-beginsel, omdat niet zozeer de onevenredigheid ten opzichte van andere bedrijven, maar de ingrijpendheid van de maatregelen op zichzelf aanleiding vormt voor de schadevergoeding. Financiële compensatie kan ook aangewezen zijn wanneer bij de aanvrager van een milieuvergunning de stellige verwachting is gewekt dat deze zal worden verleend, maar dit zou leiden tot een in milieuhygiënisch opzicht onaanvaardbare situatie.[90] Ook dan zijn omstandigheden in de individuele situatie de

87. M.J.W. van Casteren, Schadevergoeding bij rechtmatig EG-optreden. Een Europeesrechtelijke en rechtsvergelijkende studie, Utrecht 1997, p. 119-120.
88. M.J.W. van Casteren, Schadevergoeding bij rechtmatig EG-optreden. Een Europeesrechtelijke en rechtsvergelijkende studie, Utrecht 1997, p. 141-142.
89. B.P.M. van Ravels, Het redelijkheidscriterium, in: D.A. Lubach & P.C.E. van Wijmen, Bestuursrechtelijke schadevergoeding, Den Haag 1992 (losbl.), p. F-10-20/F-10-21.
90. Zie bijvoorbeeld AGRvS 6 maart 1991, AB 1991, 403 m.nt. FM.

aanleiding voor het eventueel toekennen van schadevergoeding, en niet de vergelijking met andere bedrijven.

In dat kader is van belang dat het evenredigheidscriterium verschillende gedaanten kent. In het licht van het égalité-beginsel wordt het evenredigheidscriterium primair gehanteerd ter vergelijking van de nadelen die burgers ondervinden van overheidshandelen. In de rechtspraak is de juridische grondslag voor nadeelcompensatie ook wel gezocht in het in artikel 3:4 lid 2 Awb gecodificeerde evenredigheidsbeginsel. Deze bepaling vereist dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Hoewel het evenredigheidsbeginsel in deze zin aanvankelijk vooral werd gehanteerd ter beoordeling van sancties, pleegt het steeds vaker ook in meer algemene zin te worden gebruikt, namelijk bij de toetsing van het aan een besluit ten grondslag liggende beleid in relatie tot de concrete schade die daardoor ontstaat. In deze algemene zin ziet evenredigheid steeds op zowel de geschiktheid en de noodzakelijkheid van de geplande maatregelen, in welk kader ook een alternatieventoets dient plaats te vinden, als op de 'evenredigheid in concreto'. Bij dit laatste moet worden beoordeeld of de gekozen maatregel in verhouding staat tot het te dienen doel, gezien de aard van de betrokken belangen en de mate waarin zij als gevolg van de maatregel worden geschaad.[91] Deze proportionaliteitstoets kan tot gevolg hebben dat van de maatregel wordt afgezien of dat aan de belanghebbende financiële compensatie moet worden geboden. Daarbij staat dan niet zozeer de vergelijking met anderen voorop, maar de afweging of de bescherming van het ene belang niet te zeer ten koste gaat van het andere.[92]

Met het oog op de voorbereiding van een algemene wettelijke regeling van een recht op nadeelcompensatie, rijst de vraag of met de introductie van een regeling gebaseerd op het égalité-beginsel[93] niet een enigszins eenzijdige invalshoek wordt gekozen.[94] Met andere woorden: zou een algemene wettelijke regeling niet van een breder evenredigheidsbegrip moeten uitgaan? Dit zou bijvoorbeeld vorm kunnen krijgen door in de regeling op te nemen dat het bestuursorgaan schadevergoeding toekent indien een besluit of handeling schade tot gevolg heeft die een of meer natuurlijke of rechtspersonen *onevenredig zwaar* treft, waarbij in de toelichting wordt aangegeven dat hieronder *ook* (maar niet alleen) de evenredigheid in vergelijking tot anderen wordt begrepen. In dit korte bestek kan deze vraag uiteraard niet uitputtend worden behandeld. Daarom wordt hier volstaan met de suggestie om deze vraag mee te nemen bij de voorbereiding van een wettelijke regeling.

---

91. A.J.C. de Moor-van Vugt, Maten en gewichten (diss.), Zwolle 1995, p. 267.
92. J.B.J.M. ten Berge & F.C.M.A. Michiels, Besturen door de overheid, Deventer 2001, p. 339.
93. Zie bijvoorbeeld het voorstel van Van Buuren: P.J.J. van Buuren, Nadeelcompensatie in de Awb, in: J.L. Boxum, L.J.A. Damen e.a. (red.), Aantrekkelijke gedachten, Deventer 1993, p. 106-107.
94. Vgl. ook de (kritische) noot van Jurgens bij ABRvS 9 juni 2000, AB 2001, 212.

3.5 Normaal maatschappelijk risico

3.5.1 De invulling van het normaal maatschappelijk risico

Als rechtvaardiging voor het aannemen van een recht op nadeelcompensatie wordt ook wel het zogeheten *risicobeginsel* genoemd. Het gaat daarbij om het dragen van risico, ofwel door de getroffene, ofwel door de gemeenschap voorzover de schade een door de burger als normaal te aanvaarden maatschappelijk risico te boven gaat.[95] Of het hierbij om een zelfstandig beginsel gaat, is onduidelijk. Vaak wordt het criterium van het normaal maatschappelijk risico gepresenteerd als onderdeel van het égalité-beginsel.[96]

Bij de vaststelling van het normaal maatschappelijk risico gaat het om de vraag welke lasten burgers *in abstracto* mogen verwachten. Dit betekent dat de omvang daarvan mede aan de hand van *geobjectiveerde* voorzienbaarheidsmaatstaven moet worden vastgesteld.[97] In het kader van de onderzochte regelingen heeft de rechter weinig uitspraken gedaan over de vraag wat tot het normaal maatschappelijk risico moet worden gerekend. Op het gebied van de planschade was dit in het verleden anders, maar daar waagt de Afdeling bestuursrechtspraak zich thans ook weinig aan algemene stellingen over welke maatschappelijke ontwikkelingen als 'normaal' zijn te beschouwen. De enkele keer dat de Afdeling dat wel doet – bijvoorbeeld door te overwegen dat wijzigingen van het bestemmingsplan als een normale ontwikkeling zijn te beschouwen – worden daaruit geen directe consequenties getrokken voor de schadevergoedingsplicht. Uitspraken waarin een verzoek om schadevergoeding wordt afgewezen omdat de schade tot het normaal maatschappelijk risico moet worden gerekend, zijn in het omgevingsrecht dan ook tamelijk schaars. Een uitzondering hierop vormt de schadevergoedingsregeling in de Wm, maar dit houdt hoofdzakelijk verband met het feit dat de Afdeling in dat kader toetst aan de Circulaire Schadevergoedingen (Wm), waarin zeer expliciete uitspraken worden gedaan over de te hanteren risicoverdeling.

Een mogelijke verklaring voor de geschetste terughoudendheid is dat de Afdeling het criterium van het normaal maatschappelijk risico plaatst in het licht van het égalité-beginsel. Wanneer dit beginsel niet duidelijk ten grondslag ligt aan de bewuste schadevergoedingsregeling, zou dit een toetsing aan het criterium van het normaal maatschappelijk risico kunnen blokkeren. Daar komt bij dat de wetgever kan worden tegengeworpen dat hij de rechter tot op heden wel heel weinig houvast heeft geboden bij de ontwikkeling van inhoudelijke criteria voor het toekennen van nadeelcom-

---

95. M.J.W. van Casteren, Schadevergoeding bij rechtmatig EG-optreden. Een Europeesrechtelijke en rechtsvergelijkende studie, Utrecht 1997, p. 98.
96. Zie bijvoorbeeld de omschrijving van de Afdeling bestuursrechtspraak in ABRvS 18 februari 1997, AB 1997, 143 m.nt. PvB, BR 1997, p. 432 m.nt. B.P.M. van Ravels, JB 1997, 47 m.nt. HJS.
97. R.J.N. Schlössels, De Achilleshiel van de égalité: nadeelcompensatie en het draagkrachtbeginsel, in: NJB 1998, p. 1386.

pensatie. De reden dat de rechter niet overgaat tot een nadere invulling van het normaal maatschappelijk risico, is vermoedelijk dan ook tevens dat hij bang is om de wettelijke schadevergoedingsplicht te veel te beperken, meer dan destijds de bedoeling van de wetgever is geweest. De (lagere) wetgever zou zich daarom meer moeten uitspreken over de inhoudelijke criteria die bij de toepassing van een bepaalde regeling moeten worden gehanteerd. Dit geldt in het bijzonder voor het normaal maatschappelijk risico, omdat daaraan ook een politieke component is verbonden. Een voorbeeld daarvan biedt de nieuwe planschadevergoedingsregeling, zij het dat kritiek mogelijk is op de manier waarop hieraan gestalte is gegeven.[98] Hoewel dit een buitenwettelijke regeling betreft, vormt voorts ook de Circulaire Schadevergoedingen (Wm), naar de inhoud bezien, een goed voorbeeld van een dergelijke nadere invulling.

Bij de invulling van het normaal maatschappelijk risico is het van belang om ook over de grenzen van de afzonderlijke regelingen heen te kijken. Zo kunnen min of meer dezelfde maatregelen wordt opgelegd langs de weg van de ruimtelijke ordening, de natuurbescherming en het gebiedsgerichte milieubeleid. Onafhankelijk van het gekozen instrument moet steeds de vraag worden beantwoord in welke gevallen maatregelen ter bescherming van waardevolle of kwetsbare gebieden met een financiële tegemoetkoming gepaard dienen te gaan. Het ligt daarom voor de hand om bij de beantwoording van deze vraag gemeenschappelijke uitgangspunten te hanteren.

> Illustratief voor de problemen die zich kunnen voordoen als dit onvoldoende gebeurt, is een van de conclusies van de Natuurbeschermingsraad: 'Het feit dat er geen duidelijke en algemeen aanvaarde maatstaf bestaat voor het al dan niet toekennen van schadevergoedingen in het kader van het natuurbeleid, belemmert de inzetbaarheid van het instrumentarium en leidt tot zich steeds maar weer herhalende discussies.'[99]

Als voorbeeld van een dergelijke geïntegreerde benadering kan worden gewezen op de suggesties van Backes.[100] Hij stelt voor om een onderscheid te hanteren tussen de bescherming van bestaande ecologische waarden en de ontwikkeling van nieuwe natuur. Aangezien in een ecologisch waardevol gebied verdergaande beperkingen te verwachten zijn, zouden beperkingen ter bescherming van bestaande waarden minder snel met schadevergoeding gepaard moeten gaan. Dit sluit aan bij de suggestie van Van den Broek,[101] dat de risico's die samenhangen met de *structuur van de*

---

98. Zie onder meer G.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime, Deventer 2002, p. 275-276 en A.A.J. de Gier, Rechtsbescherming, planschadevergoeding en handhaving ingevolge het voorontwerp Wro, TO 2001, p. 174-175.
99. Advies van de Natuurbeschermingsraad over de mogelijke behoefte aan een (aanvullende) schadevergoedingsregeling voor het natuurbeleid, Utrecht, november 1992, p. 24.
100. Ch.W. Backes, Juridische bescherming van ecologisch waardevolle gebieden, Zwolle 1993, p. 63, 541-542 en 543.
101. G.M. van den Broek, Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologisch regime, Deventer 2002, p. 271.

omgeving, zouden moeten worden meegewogen bij de beoordeling of een recht op planschadevergoeding bestaat. Dergelijke beperkingen van de al aanwezige waarden behoren volgens Backes in elk geval tot het normaal maatschappelijk risico wanneer het bestaande gebruik daardoor niet wordt beperkt, maar alleen de *verandering* van dit gebruik wordt verboden (bijvoorbeeld de omzetting van grasland in bouwland). Wordt het bestaande gebruik wel beperkt, dan dient per geval te worden bekeken of een vergoeding is vereist. Voor nadeel dat een gevolg is van natuur*ontwikkeling*, zou in de regel een vergoeding moeten worden betaald.

3.5.2 Het toepassen van algemene kortingen

Op grond van de Circulaire Schadevergoedingen (Wm) dragen bedrijven standaard een eigen risico van 20%. Zoals bleek bij de bespreking van de schadevergoedingsregeling in de Wm, wordt daarmee tot uitdrukking gebracht dat ten minste 20% van de (bovennormale) kosten tot het 'normale ondernemersrisico' behoort. Ook in de voorstellen voor een nieuwe planschaderegeling, zoals deze in het voorontwerp voor een nieuwe WRO zijn opgenomen, wordt een algemene korting geïntroduceerd. Deze korting bedraagt 10% van het inkomen bij inkomensschade en 10% van de waarde van het getroffen onroerend goed bij waardedaling in de vorm van indirecte schade. Wanneer de schade wordt geleden door een wijziging van het planologisch regime ten aanzien van het eigen perceel, geldt er geen korting.

De vraag of het hanteren van algemene kortingen aanvaardbaar is, is niet eenvoudig te beantwoorden. Omdat er bij het hanteren van het criterium van het normaal maatschappelijk risico sprake is van geobjectiveerde voorzienbaarheidsmaatstaven, en er dus in zekere mate wordt geabstraheerd van de omstandigheden van het geval, is verdedigbaar dat de keuze wordt gemaakt om een vast percentage van de lasten door de burger te laten dragen. Tegelijkertijd kleeft daaraan ook een probleem, dat zich het beste laat illustreren aan de hand van het milieurecht. Op basis van de Circulaire Schadevergoedingen wordt de korting van 20% toegepast over het bovennormale deel van de kosten. Van dit deel is dus eerst vastgesteld dat het kosten betreft die uitgaan boven de lasten van andere, vergelijkbare bedrijven en die kunnen worden bestempeld als onevenredige kosten. Zoals eerder al aan de orde kwam, kan een nadeel niet tegelijkertijd als onevenredig worden bestempeld en tevens tot het normaal maatschappelijk risico worden gerekend. Bij het op deze wijze toepassen van algemene kortingen gebeurt dat echter wel. De vraag is dan ook of het uitgangspunt niet zou moeten zijn dat wordt vastgesteld wanneer een onevenredig nadeel optreedt, en dat de schade, wanneer deze grens wordt overschreden, hoe gering deze ook is, altijd moet worden vergoed. Dit vormt ook het uitgangspunt van het (huidige) artikel 49 WRO.[102]

---

102. Idem A.A.J. de Gier, Rechtsbescherming, planschadevergoeding en handhaving ingevolge het voorontwerp Wro, TO 2001, p. 174.

In de voorstellen voor een nieuwe WRO is, zoals gezegd, eveneens gekozen voor het toepassen van een algemene korting. Het hiervoor gesignaleerde probleem lijkt zich daar echter niet voor te doen. Alleen die schade komt voor vergoeding in aanmerking die uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico, dat is vastgesteld op een percentage van 10%. Doel hiervan is het bieden van een duidelijk criterium aan rechter en bestuur voor de vaststelling van het normaal maatschappelijk risico.[103] Naast deze begrenzing fungeert de redelijkheidsformule als nadere inperking van de schadevergoedingsplicht. Bij de invulling hiervan blijft de voorzienbaarheid in concreto (actieve en passieve risicoaanvaarding) een rol spelen. Dit kan leiden tot het vaststellen van een lager bedrag. Bij de tweede begrenzing spelen dus andere criteria een rol dan het normaal maatschappelijk risico. De wettelijke drempel van 10% wordt daardoor niet gehanteerd *bovenop* een evenredigheidstoets, zoals bij de toepassing van de schadevergoedingsartikelen in de Wm het geval is, maar komt daarvoor in de plaats. Wel is kritiek mogelijk op het feit dat onderscheid wordt gemaakt tussen de situatie dat de schade wordt geleden als gevolg van een planologisch besluit met betrekking tot het *eigen* perceel en een *naburig* perceel.[104]

Hoewel het toepassen van algemene kortingen verdedigbaar en uit een oogpunt van duidelijkheid ook verkiesbaar kan zijn, zijn hieraan ook nadelen verbonden. Het criterium van het normaal maatschappelijk risico is immers 'grofmaziger' dan het criterium van de voorzienbaarheid in het concrete geval, en dit geldt in nog grotere mate als wordt gekozen voor de variant van het standaard toepassen van een bepaalde korting. Enige terughoudendheid bij het toepassen van dit instrument lijkt dus op zijn plaats.

3.6 Voorzienbaarheid in concreto

Bij de voorzienbaarheid in concreto gaat het met name om de vraag of de benadeelde in het concrete geval had kunnen weten dat hij bepaalde beperkingen opgelegd zou krijgen of dat zich bepaalde ontwikkelingen zouden voordoen. Van nagenoeg alle regelingen zijn voorbeelden bekend waarbij de rechter waarde toekent aan het feit dat de schade in het concrete geval (al dan niet) was te voorzien. Daartoe is onder meer van belang welke verwachtingen de benadeelde in het concrete geval mocht koesteren ten aanzien van de 'duurzaamheid' van de regels.

In het kader van de schadevergoedingsregelingen op basis van de WRO, de Nbwet of de Boswet wordt als ijkpunt voor de voorzienbaarheid het tijdstip van de aankoop of ingebruikname van de grond gehanteerd. Wanneer de benadeelde ten tijde van de aankoop of ingebruikname wist of had kunnen weten dat het nadeel zich zou

103. Voorontwerp voor een Wet ruimtelijke ordening, MvT, p. 136.

104. A.A.J. de Gier, Rechtsbescherming, planschadevergoeding en handhaving ingevolge het voorontwerp Wro, TO 2001, p. 174.

(kunnen) voordoen, wordt hij geacht dat risico te hebben aanvaard (*actieve risicoaanvaarding*). Hetzelfde gaat op voor de houder van een milieuvergunning op het moment van oprichting van de inrichting. Wanneer een ondernemer een vergunning aanvraagt op een locatie waar extra strenge milieueisen gelden, neemt hij deze beperkingen en de daaraan verbonden kosten voor lief: hij weet waar hij aan begint. Indien hij de vergunning en de daaraan verbonden voorwaarden niet wenst te aanvaarden, kan hij zich immers elders vestigen of alsnog afzien van zijn plannen.[105] Het ijkpunt voor de voorzienbaarheid is echter niet uitsluitend het moment van de oprichting. Zo wordt als uitgangspunt gehanteerd dat de mate van voorzienbaarheid dat een vergunning in verband met strengere milieunormen zal worden aangescherpt, toeneemt naarmate de vergunning ouder is. Dit verschil valt te verklaren als wordt bedacht dat de houder van een milieuvergunning voortdurend investeringsbeslissingen moet nemen en dus meer mogelijkheden heeft om op nadelige ontwikkelingen te anticiperen dan de eigenaar van grond die na de aankoop met een wijziging van het planologische regime of een aanwijzing als beschermd natuurmonument wordt geconfronteerd.

Ook door na te laten om bepaalde handelingen te verrichten kan de benadeelde zekere risico's hebben aanvaard (*passieve risicoaanvaarding*). Op dit punt laten de beschreven regelingen geen in het oog springende verschillen zien.

3.7 Beginsel 'de vervuiler betaalt'

Bij schadevergoeding in het milieurecht speelt het beginsel de vervuiler betaalt een bijzondere rol. Dit beginsel brengt mee dat de vervuiler, dat wil zeggen degene die de milieubelasting veroorzaakt, zelf verantwoordelijk is voor de kosten van de noodzakelijke milieumaatregelen. In paragraaf 2.6 kwam reeds naar voren dat het beginsel 'de vervuiler betaalt' expliciet ten grondslag is gelegd aan de schadevergoedingsregeling in de Wm en de Wvo. Het beginsel 'de vervuiler betaalt' kan echter niet 'het' verklarend principe vormen voor de beoordeling van schadevergoedingsvragen in het milieurecht. Het verschaft namelijk uitsluitend een negatieve indicatie voor schadevergoeding. De argumentatie die de regering geeft voor het hanteren van het beginsel 'de vervuiler betaalt' als grondslag, is dat het beginsel bij een volledige toepassing tot *onwenselijke* gevolgen leidt, omdat de concurrentieverhoudingen daardoor verstoord raken. Dat een verstoring van de concurrentieverhoudingen onwenselijk is, moge zo zijn, daarmee is *rechtens* nog geen grondslag verkregen voor het toekennen van schadevergoeding. Het ligt voor de hand om de juridische grondslag voor het toekennen van schadevergoeding op basis van de Wm en de Wvo, gelet op het criterium dat sprake moet zijn van een onevenredige last, te zoeken in het égalité-beginsel.[106]

---

105. J.E. Hoitink, Bestaande rechten in het milieurecht (diss. Utrecht), Deventer 1998, p. 172.
106. J.E. Hoitink, Bestaande rechten in het milieurecht (diss. Utrecht), Deventer 1998, p. 170 e.v.

De vraag rijst vervolgens wat de betekenis is van het beginsel 'de vervuiler betaalt' in relatie tot het égalité-beginsel. Het beginsel 'de vervuiler betaalt' kan in mijn opvatting worden gezien als een specifieke invulling van het algemene uitgangspunt dat eenieder wordt geacht zijn eigen schade te dragen. Dit algemene uitgangspunt brengt hoofdzakelijk mee, dat er een goede reden moet zijn om schadeplichtigheid van de overheid aan te nemen.[107] Zo'n reden kan zijn gelegen in de schending van rechtsbeginselen, waaronder het égalité-beginsel. Aannemelijk is dat op het terrein van het milieurecht *extra gewicht* toekomt aan het uitgangspunt dat ieder wordt geacht zijn eigen schade te dragen, hetgeen tot uiting komt in het bestaan van een apart beginsel 'de vervuiler betaalt'. Dit leidt niet tot een principieel andere benadering van het schadevraagstuk, maar speelt bij de vaststelling van de (on)evenredigheid wel een rol, in die zin dat minder snel tot schadeplichtigheid van de overheid zal worden geconcludeerd. Het beginsel 'de vervuiler betaalt' moet, met andere woorden, worden betrokken bij de beoordeling of sprake is van een onevenredige last. Een goede illustratie hiervan – hoewel de uitspraak in een ander kader, namelijk de eigendomsbescherming van artikel 1 Eerste Protocol EVRM, is gedaan – biedt een uitspraak van de Hoge Raad van 17 november 2001.[108] Bij de beoordeling van de proportionaliteit van de bestreden regeling dient het Hof Arnhem, waarnaar de zaak wordt terugverwezen, het beginsel 'de vervuiler betaalt' in aanmerking te nemen.

3.8 Draagkrachtbeginsel

Zowel bij de bespreking van artikel 49 WRO als bij de milieuschaderegeling in de Wm is de vraag aan de orde gesteld of het zogeheten draagkrachtbeginsel een rol mag spelen bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding. In beide gevallen kwam uit de jurisprudentie naar voren dat een beoordeling aan de hand van draagkracht de toets der kritiek niet kan doorstaan. Op het terrein van de planschade staat dit standpunt thans niet erg ter discussie, omdat zowel de Afdeling geschillen als de Afdeling bestuursrechtspraak expliciet heeft aangegeven dat ter beantwoording van de vraag of er een recht op schadevergoeding bestaat op basis van artikel 49 WRO, niet wordt getoetst of een burger ten opzichte van anderen in een vergelijkbare positie onevenredig zwaar wordt belast. Dit maakt dat men aan een toetsing van het draagkrachtcriterium niet (meer) toekomt. Voor het milieurecht ligt dit anders, omdat het criterium voor het toekennen van schadevergoeding is dat sprake moet zijn van een onevenredige last. De afwijzing van het draagkrachtbeginsel werd door de rechter onderbouwd door te stellen dat de bovennormale of onevenredige last moet

107. J.H. Nieuwenhuis, De constructie van overheidsaansprakelijkheid, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), Voor risico van de overheid?, Deventer 1996, p. 13.

108. HR 17 november 2001, M en R 2002, 14 m.nt. Hoitink en Jans, AB 2002, 25 m.nt. PvB. Voor een uitgebreide bespreking zie par. 3.7.

bestaan uit *'objectief meetbare, bijzondere omstandigheden, zoals bijvoorbeeld de ligging van het bedrijf'*.

In het Meilandarrest,[109] dat min of meer in het verlengde ligt van het bekende Leffersarrest, gebruikt de Hoge Raad een soortgelijke argumentatie ter afwijzing van een beroep op het draagkrachtprincipe. Meiland had de Staat, evenals Leffers c.s., aansprakelijk gesteld vanwege de uitvaardiging van het swill-verbod zonder financiële compensatie aan te bieden. Het Haagse gerechtshof meende dat bij de beantwoording van de vraag of de Staat jegens Meiland onrechtmatig had gehandeld, moest worden meegewogen dat Meiland uit zijn bedrijf tevens andere inkomsten genoot. Deze benadering leidde tot de conclusie dat Meiland niet in onevenredige mate was getroffen. In cassatie verwierp de Hoge Raad de opvatting van het hof, en overwoog daartoe het volgende:

> 'Buiten de eigen risicosfeer van de varkensmesterij gelegen omstandigheden, zoals de vermogenspositie van de varkensmester en zijn mogelijkheden om uit andersoortige bedrijfsmatige activiteiten inkomsten te behalen, behoren bij de beantwoording van die vraag [de vraag naar het normale bedrijfsrisico en de onevenredige vermogensaantasting, JH] buiten beschouwing te blijven. Zou in dat kader wel met dergelijke persoonlijke omstandigheden rekening worden gehouden, dan zou dit leiden tot een niet naar objectieve criteria te rechtvaardigen, slechts op individuele draagkrachtverschillen berustend, onderscheid binnen de groep van ondernemers die hun varkensmesterijbedrijf geheel op vervoedering van swill hadden ingericht en in zoverre in gelijke mate door het plotselinge swill-verbod werden getroffen.'

De Hoge Raad komt dus eveneens tot een duidelijke afwijzing van de toepassing van het draagkrachtbeginsel: de individuele vermogenspositie van de benadeelde mag geen rol spelen bij de bepaling van de schadevergoedingsplicht. Ook in de literatuur is eerder kritisch gereageerd op de toepassing van het draagkrachtbeginsel zonder wettelijke basis.[110] Schlössels vraagt zich af of het mogelijk is om te voorkomen dat de financiële positie van de benadeelde *impliciet* een rol speelt bij een – vergelijkend – evenredigheidsoordeel. Het betreft hier in zijn ogen niet 'een simpel vaststellen van méér of minder nadeel. Ieder vergelijkend evenredigheidsoordeel ziet immers op verhoudingen'. Mocht het inderdaad niet mogelijk blijken om geheel los van draagkrachtcriteria de (on)evenredigheid vast te stellen, dan behoeft dit in zijn ogen wel een wettelijke grondslag. Ten slotte valt in zijn ogen niet goed te begrijpen waarom een onderscheid dat gebaseerd is op onderlinge vermogens- of inkomensverschillen, niet 'objectief' te rechtvaardigen valt.[111]

Het is juist dat de (on)evenredigheid niet *altijd* helemaal los kan worden gezien van draagkracht. Een voorbeeld vormen de kosten van degenen die onder gelijktij-

---

109. HR 3 april 1998, AB 1998, 256 m.nt. ThGD, JB 1998, 128 m.nt. Schlössels.
110. Onder meer J.A.M. van den Berk, Bestuursschaderecht, Deventer 1997, p. 166 en H.A.B. van Dorst-Tatomir, Normaal maatschappelijk risico: een remedie!, NTB 1992, p. 311.
111. R.J.N. Schlössels, De Achilleshiel van de égalité: nadeelcompensatie en het draagkrachtbeginsel, NJB 1998, p. 1386 e.v.

dige intrekking van hun lozingsvergunning (Wvo) werden verplicht tot een aansluiting op de riolering (zie par. 2.7). Voor woonboten en particulieren werd een bedrag van maximaal enkele duizenden guldens nog redelijk geacht, voor een leerlooierij een bedrag van *f* 48.000. Bepalend is dan ook of de leerlooierij ten opzichte van *andere, soortgelijke bedrijven* onevenredig wordt getroffen, waarvan in de ogen van de rechter geen sprake was. Daarbij spelen draagkrachtverschillen dus wel mee, maar op een hoger abstractieniveau, zodat deze wel (enigszins) kunnen worden geobjectiveerd en niet hoeven te worden gerelateerd aan individuele vermogensposities van bedrijven. Het lijkt mij dan ook dat deze wijze van vaststellen van de (on)evenredigheid nog steeds valt binnen de bandbreedtes die de Hoge Raad heeft aangegeven.

De vraag waar het om gaat, is mijns inziens dan ook niet zozeer of het mogelijk is om de (on)evenredigheid in alle gevallen *geheel los van de draagkracht* vast te stellen, maar of dit mogelijk is zonder te treden in de beoordeling van individuele vermogensposities van bedrijven. Dat laatste acht ik wel mogelijk en ook noodzakelijk, ten eerste omdat zich dit niet verdraagt met de functie van nadeelcompensatie,[112] en, ten tweede, omdat men anders in het vaarwater van de verboden steunmaatregelen terecht dreigt te komen. Dit betekent ook dat het cashflow-criterium, dat thans in de Circulaire Schadevergoedingen (Wm) is opgenomen, niet langer zou moeten worden gehanteerd bij het beoordelen van de vraag of sprake is van een onevenredige last.

De financiële positie van de benadeelde kan ook op andere wijze een rol spelen, namelijk door de schade te relateren aan de waarde van het getroffen onroerend goed. Dit wordt ook wel aangeduid als het 'relatieve draagkrachtbeginsel'. Een voorbeeld van de toepassing van dit relatieve draagkrachtbeginsel biedt de nieuwe planschaderegeling. Zoals hiervoor aan de orde kwam, wordt in dat kader onder meer voorgesteld een algemene korting toe te passen van 10% van de waarde van het getroffen onroerend goed bij waardedaling in de vorm van indirecte schade. In de jurisprudentie is de toepassing van het relatieve draagkrachtbeginsel expliciet van de hand gewezen. In AGRvS 22 mei 1989, AB 1989, 543 m.nt. J.A.M. van den Berk overweegt de rechter:

> 'Art. 49 WRO biedt geen aanknopingspunten voor het door verweerder ingenomen standpunt dat de vraag of sprake is van een waardevermindering van zodanige omvang dat deze schade op de voet van dat artikel voor vergoeding in aanmerking komt, afhankelijk zou dienen te worden gesteld van de waarde van het betrokken onroerend goed.'

Deze afwijzing berust echter op een interpretatie van het huidige planschadeartikel. Aangezien de mogelijkheid om op deze wijze rekening te houden met de draagkracht van de betrokkene in de wet zelf wordt verankerd, levert deze jurisprudentie geen probleem (meer) op.

---

112. F.J. van Ommeren, Bestuurscompensatie, draagkracht en rechtseconomie, AA 1990, p. 688.

3.9 Eigendomsrecht

Uit de parlementaire behandeling van verschillende schadevergoedingsregelingen in het omgevingsrecht blijkt dat een terugkerend punt van discussie is in hoeverre de publiekrechtelijke regimes neerkomen op een zodanige beperking van het eigendomsrecht, dat uit dien hoofde sprake is van schadeplichtigheid van de overheid. Ook voor de rechter wordt een enkele keer een beroep gedaan op de schending van het eigendomsrecht om (volledige) vergoeding van de schade te verkrijgen. Ten aanzien van de vraag of het intrekken van een milieuvergunning op één lijn kan worden gesteld met onteigening, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak diverse malen overwogen dat 'anders dan wanneer sprake is van onteigening, geen eigendom noch een ander subjectief recht wordt ontnomen'.[113] Er bestaat naar nationaal recht voorts geen regel dat *beperkingen* van de eigendom om redenen van het algemeen belang met schadevergoeding gepaard dienen te gaan. De Nederlandse Grondwet vereist uitsluitend bij onteigening een vooraf verzekerde schadeloosstelling, en heeft de regeling daarvan bovendien overgelaten aan de formele wetgever. Daarvan is gebruik gemaakt in onder meer de Onteigeningswet en de Belemmeringenwet Privaatrecht. Buiten de (beperkte) reikwijdte van deze wetten is normering van overheidshandelen gebaseerd op het eigendomsrecht nauwelijks voorhanden. Een doctrine zoals zich in het Duitse recht heeft ontwikkeld en waarbij het grondwettelijke eigendomsrecht een belangrijke rechtsgrondslag vormt voor nadeelcompensatie, kent Nederland niet.

In toenemende mate wordt voor de Nederlandse rechter een beroep gedaan op artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Daarbij speelt een rol dat het eigendomsbegrip van artikel 1 zeer ruim is. Onder de reikwijdte van artikel 1 vallen in beginsel ook op geld waardeerbare rechten of belangen, zoals bijvoorbeeld publiekrechtelijke vergunningen waarmee de overheid eisen stelt aan de wijze waarop iemand van zijn eigendom gebruik maakt.[114] De besluiten in verband waarmee een beroep op de behandelde schadevergoedingsregelingen kan worden gedaan, zullen in de regel dus een vorm van 'inmenging in eigendom' inhouden en onder de reikwijdte van artikel 1 vallen.

Inzake bestemmingsplannen is een beroep op artikel 1 door de Afdeling geschillen van de hand gewezen. De Afdeling[115] overweegt dat in het bestemmingsplan weliswaar bepalingen zijn opgenomen ter zake van het gebruik van de eigendommen van appellant, maar:

> 'Deze nieuwe bestemmingsregeling berooft appellant niet van zijn eigendom; hij behoudt daarover het vrije beschikkingsrecht binnen het gestelde planologisch kader. In dat verband

113. ABRvS 21 maart 1996, M en R 1997, 83 m.nt. Backes.

114. Zie voor voorbeelden van rechten en belangen die onder de bescherming van art. 1 vallen T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, Recht op Eigendom, in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), Vijftig jaar EVRM, Leiden 2000, p. 373-374 en A.W. Heringa, Artikel 1 Eerste Protocol EVRM: het eigendomsrecht, in: Eigendom in het milieurecht, Inleidingen op en verslag van een studiemiddag georganiseerd door het Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS (UU), p. 19-20.

115. AGRvS 9 oktober 1991, BR 1992, p. 763 m.nt. P.C.E. van Wijmen.

valt niet in te zien dat artikel 49 WRO in strijd zou zijn met voornoemde bepalingen uit het Eerste Protocol van het EVRM of dat het redelijkheidscriterium in gevallen als het onderwerpelijke niet zou mogen worden toegepast. Ook valt hieruit niet af te leiden dat de in het bestemmingsplan neergelegde beperkingen van het gebruik van het eigendomsrecht steeds volledig zouden moeten worden gecompenseerd met een schadevergoeding.'

Het vaststellen van een bestemmingsplan, inclusief daarin opgenomen gebruiksbepalingen, acht de Afdeling dus niet in strijd met artikel 1, omdat er geen eigendom wordt ontnomen. Artikel 49 WRO is bovendien ook niet strijdig hiermee, aangezien artikel 1 geen volledige vergoeding vereist bij beperkingen van het eigendomsrecht.

Op het gebied van het milieurecht heeft de Hoge Raad op 17 november 2001 een belangrijke uitspraak gedaan in de geruchtmakende zaak tussen de varkenshouders en de Nederlandse Staat. De Hoge Raad heeft in deze principiële zaak uitvoerig uiteengezet binnen welk kader milieumaatregelen die beperkingen stellen aan de uitoefening van het eigendomsrecht, moeten worden beoordeeld op de wijze die is verankerd in artikel 1. Daaruit blijkt dat het opleggen van milieumaatregelen waardoor de bedrijfsvoering wordt beperkt, slechts bij wijze van hoge uitzondering is aan te merken als *ontneming* van eigendom. Dit is alleen het geval wanneer de effecten van de maatregelen op de bedrijfsvoering zodanig zijn dat materieel kan worden gesproken van onteigening. Een andere benadering zou verstrekkende gevolgen hebben gehad voor de financiële haalbaarheid van het milieubeleid,[116] aangezien ontneming zonder betaling van een bedrag dat in redelijke verhouding staat tot de waarde van de eigendom, in de regel leidt tot een onevenredige aantasting.[117]

Ook als overheidsregulering neerkomt op het *beperken* van de eigendom, stelt artikel 1 hieraan bepaalde eisen. Vereist is dat sprake is van een *'fair balance'*, oftewel, in de woorden van de Hoge Raad, een redelijke mate van evenredigheid tussen de gebruikte middelen en het doel dat daarmee nagestreefd wordt. Op basis hiervan rust op de overheid met name een compensatieplicht wanneer een regeling die in het algemeen belang wordt getroffen en op zichzelf gezien gerechtvaardigd is, leidt tot een *individuele en buitensporige last*. Of daarvan sprake is, moet worden bepaald aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. Interessant is dat de Hoge Raad in het kader van deze afweging ook van belang acht of de opgelegde maatregel in strijd is met door de overheid gewekte verwachtingen. Ook uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat voor de kwalificatie van het recht van belang is of de benadeelde zich bewust had moeten zijn van de mogelijkheid van beperkingen in het gebruik van zijn eigendomsrecht.[118] Naast de evenredigheid is dus ook de *rechtszekerheid* een factor van betekenis.

---

116. Backes wijst er voorts op dat de overheid in dat geval zeer voorzichtig had moeten worden in het toekennen van bepaalde rechten tot deelname aan gelimiteerde markten, zoals verhandelbare reductie- en emissierechten; Ch.W. Backes, Milieuvervuiling en eigendom (Opinie), M en R 2002, p. 1.
117. O.a. EHRM 21 februari 1986, A. 98, p. 36, de zaak James.
118. P. van Dijk & G.J.H. van Hoof (red.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, The Hague 1998, p. 639-640.

Ten slotte geeft de Hoge Raad nog een aantal 'instructies' mee aan het Hof ten aanzien van hetgeen bij deze proportionaliteitstoets in aanmerking moet worden genomen. Een van die instructies houdt in dat het hof bij zijn oordeel moet betrekken 'dat het in beginsel niet ongerechtvaardigd is om de kosten verbonden aan maatregelen ter beperking van schade aan het milieu en andere maatschappelijke belangen voor rekening te laten van bedrijven die die schade veroorzaken'. Hoewel hieraan niet expliciet wordt gerefereerd, volgt hieruit dat het beginsel 'de vervuiler betaalt' moet worden betrokken bij de vaststelling of sprake is van een *'fair balance'*.

Samenvattend kan worden gesteld dat een rechtsgrondslag voor schadevergoeding ook kan worden gevonden in de eigendomsbescherming van artikel 1 Eerste Protocol EVRM, namelijk steeds wanneer sprake is van 'inmenging in eigendom'. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat dit vermoedelijk niet tot een ruimere toekenning van schadevergoeding zal leiden, omdat de eisen die daaruit voortvloeien in hoge mate parallel lopen met de eisen die in Nederland zijn geformuleerd voor het vaststellen van een recht op nadeelcompensatie.

4 Conclusies

Het algemene beeld dat uit deze bijdrage naar voren komt, is dat er in het omgevingsrecht nog veel onzekerheid bestaat over de voorwaarden voor het vestigen van aansprakelijkheid. Meer duidelijkheid, óók door een grotere uniformiteit, is dringend gewenst. Dit betreft naast de rechtsgrondslag ook de concrete maatstaven voor de toekenning van schadevergoeding.

Wetgever en rechter hebben zich tot nu toe tamelijk afzijdig gehouden van de grondslagenkwestie. In alle besproken regelingen heeft de wetgever uiteindelijk gekozen voor de zogeheten redelijkheidsformule, die in de meeste gevallen het criterium van de onevenredig zware schade heeft vervangen. Het was de bedoeling om met de redelijkheidsformule een ruimer criterium op te nemen, aan de hand waarvan rekening zou kunnen worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Tegelijkertijd werd met de opname van de redelijkheid ook beoogd een beperking aan te brengen op de schadevergoedingsplicht, maar aan de hand van welke *normatieve uitgangspunten* die beperking moest plaatsvinden, bleef in het midden. Ook uit de rechtspraak komt geen helder beeld naar voren van de voorwaarden die worden gehanteerd voor het vestigen van aansprakelijkheid. Dit brengt mee dat niet eenduidig naar voren komt *waarom* in de door de wetgever genoemde gevallen een verplichting tot schadevergoeding bestaat. Daardoor ontbreekt het tevens aan een referentiekader om te beoordelen welke concrete maatstaven zouden moeten gelden bij het toekennen van schadevergoeding (dus *wanneer* een recht op vergoeding bestaat).

Bij bestudering van de diverse regelingen blijkt dat aan de toekenning van schadevergoeding in het omgevingsrecht verschillende principes ten grondslag liggen. Met name het égalité-beginsel en het rechtszekerheidsbeginsel spelen een prominente rol. Op basis van het rechtszekerheidsbeginsel wordt de burger alleen beschermd tegen nadelige wijzigingen van de rechtsregels waarmee hij geen rekening hoefde te houden. Aangezien burgers er in het algemeen rekening mee moeten houden dat de bestuursrechtelijke regelgeving in verandering is, en dit voor het omgevingsrecht eens te meer geldt, brengt het rechtszekerheidsbeginsel niet mee dat *elke* nadelige wijziging met schadevergoeding gepaard dient te gaan (par. 3.2). Hoewel in sommige gevallen de enkele wijziging van een rechtsregime de reden lijkt dat schadevergoeding moet worden toegekend, is voor het aannemen van een rechtsplicht in mijn visie dus meer nodig.

Allereerst is het mogelijk dat de aard van de regeling meebrengt dat door de wijziging maar een beperkte groep burgers wordt getroffen. Bij de aanwijzing van een

natuurmonument of het opleggen van een ministerieel kapverbod heeft het nieuwe rechtsregime slechts betrekking op een *beperkt gebied*, waardoor automatisch een verstoring van de gelijkheid optreedt, namelijk ten opzichte van de personen die hun grond buiten het bewuste gebied hebben liggen en die niet met de strengere regels worden geconfronteerd. Hoewel de eis dat sprake moet zijn van onevenredig nadeel in deze gevallen niet expliciet wordt gesteld, zou de aansprakelijkheid in deze gevallen dus kunnen worden getypeerd als een aansprakelijkheid die is gebaseerd op het égalité-beginsel (par. 3.3).

De vraag is of deze redenering ook opgaat voor de planschaderegeling ex artikel 49 WRO. Een belangrijk verschil met de Nb-wet is dat de WRO een *gedecentraliseerd stelsel* kent. In elke gemeente geldt een ander bestemmingsplan. Een duidelijke meetlat in de zin van algemene standaard waarmee zou kunnen worden vergeleken, ontbreekt daardoor. Bij een nadelige wijziging van het planologische regime is dan ook, anders dan bij de aanwijzing van een natuurmonument, niet *zonder meer* sprake van een verstoring van de gelijkheid. Wanneer de planschaderegeling (mede) in het licht van het égalité-beginsel wordt geïnterpreteerd, brengt dit dus mee dat enkel een recht op schadevergoeding bestaat ingeval de benadeelde daardoor onevenredig zwaar wordt getroffen, waaruit een beperktere schadevergoedingsplicht voortvloeit dan waarvan thans wordt uitgegaan. Op de vraag welke gelijkheidsmaatstaven moeten worden gehanteerd en, als gevolg daarvan, wat de collectieve last behelst die door elke burger moet worden gedragen, zullen wetgever en rechter in dat geval wel een helder antwoord moeten formuleren.

De huidige benadering, waarbij wordt uitgegaan van een beginselaanspraak op schadevergoeding bij een nadelige wijziging van het planologisch regime waarmee betrokkene geen rekening hoefde te houden, lijkt vooral *historisch* te verklaren. De Afdeling bestuursrechtspraak pleegt daarbij strak vast te houden aan de (veronderstelde) bedoeling van de wetgever. Of een dergelijke ruime compensatieplicht *rechtens* is vereist, kan worden betwijfeld. Bovendien leidt deze benadering tot moeilijk te verklaren verschillen met andere regelingen. Dit blijkt onder meer uit het feit dat zowel ten aanzien van bestemmingsplannen als ten aanzien van milieunormen het uitgangspunt is geformuleerd dat wijzigingen als een *normale ontwikkeling* moeten worden beschouwd, maar dat hieraan vervolgens tegengestelde consequenties worden verbonden (par. 3.2 en 3.3).

Behalve de situatie dat de wijziging van het rechtsregime slechts een beperkte groep burgers treft, kan er ook sprake zijn van onevenredigheid als de wijziging wel iedereen treft, maar niet allen daardoor in dezelfde mate worden geraakt. Daarvan is sprake bij de schadevergoedingsregeling in de Wm en de Wvo. Hoewel het beginsel 'de vervuiler betaalt' expliciet ten grondslag is gelegd aan beide schadevergoedingsregelingen, kan dit niet het verklarende principe vormen voor de toekenning van schadevergoeding in het milieurecht. Het ligt voor de hand de juridische grondslag hiervoor te zoeken in het égalité-beginsel. Het beginsel 'de vervuiler betaalt' moet

vervolgens worden betrokken bij de vaststelling of sprake is van een onevenredige last (par. 3.7).

Bij artikel 17 Boswet en artikel 26 Ontgrondingenwet is sprake van algemene verboden die reeds gelden en worden gehandhaafd door middel van een vergunningenstelsel. Voor de aanvrager van een vergunning ontstaat in een dergelijk geval alleen een nadeliger situatie wanneer hij op het moment van aankoop van de grond redelijkerwijs de verwachting kon hebben dat een bepaalde exploitatie mogelijk was, die nadien, door de inwerkingtreding van een nieuw regime, niet kan worden gerealiseerd. Met uitzondering van bepaalde overgangssituaties is daarvan in deze gevallen geen sprake. De schadevergoedingsregeling in artikel 17 van de Boswet zou dan ook moeten komen te vervallen (par. 3.3.2). Voor de Ontgrondingenwet geldt dat op basis van artikel 26 jo. artikel 8 een recht op schadevergoeding bestaat bij de *verlening*, wijziging en intrekking van een ontgrondingvergunning. Hoewel het besluit tot verlening vermoedelijk alleen is opgenomen met het oog op bepaalde overgangssituaties en de mogelijkheid dat derden schade lijden (zie par. 2.5.2), verdient het uit een oogpunt van duidelijkheid de voorkeur om de regeling te beperken tot het intrekken en wijzigen van een vergunning. Bovendien hoort schade die derden kunnen lijden, niet in een dergelijke regeling thuis (zie par. 2.5.2).

Hoewel terughoudendheid met dit instrument op zijn plaats is, kan het verdedigbaar zijn om een vast percentage van de lasten altijd door de burger te laten dragen. Het is echter vreemd om deze algemene korting toe te passen op het *bovennormale* deel van de kosten. Van onevenredige of bovennormale kosten kan immers alleen sprake zijn als een bepaalde burger meer nadeel moet dragen dan anderen *in een vergelijkbare* positie. Dit brengt mee dat nadeel niet gelijktijdig als onevenredig kan worden bestempeld, terwijl het tevens tot het normaal maatschappelijk risico wordt gerekend (par. 3.5.2).

Met het oog op de voorbereiding van een algemene wettelijke regeling van een recht op nadeelcompensatie rijst de vraag of met de introductie van een regeling gebaseerd op het égalité-beginsel niet een enigszins eenzijdige invalshoek wordt gekozen. Soms vormt namelijk niet zozeer de onevenredigheid ten opzichte van andere bedrijven, maar de ingrijpendheid van de maatregel op zichzelf aanleiding voor schadevergoeding. Daarom zou kunnen worden overwogen om in een algemene wettelijke regeling van een breder evenredigheidsbegrip uit te gaan. Dit zou bijvoorbeeld vorm kunnen krijgen door in de regeling op te nemen dat het bestuursorgaan schadevergoeding toekent indien een besluit of handeling schade tot gevolg heeft die een of meer natuurlijke of rechtspersonen *onevenredig zwaar* treft, waarbij in de toelichting wordt aangegeven dat hieronder *ook* (maar niet alleen) de evenredigheid in vergelijking tot anderen wordt begrepen (par. 3.4).

De (lagere) wetgever zou zich meer moeten uitspreken over de wijze waarop nadere invulling moet worden gegeven aan het materiële schadevergoedingsrecht op de verschillende deelterreinen (zie par. 3.5.1). Dit biedt niet alleen houvast aan de

rechter, maar maakt de uitkomst ook minder onvoorspelbaar en vergroot aldus de rechtszekerheid van de burger. Hoewel het hier om een buitenwettelijke regeling gaat, biedt de Circulaire Schadevergoedingen (Wm) naar de inhoud een goed voorbeeld daarvan.

De wetgever dient duidelijkheid te verschaffen over de vraag of, naast de omvang van de last in vergelijking tot anderen, ook de absolute omvang van de last van belang is. Op dit moment worden binnen het omgevingsrecht tegenstrijdige standpunten ingenomen over de vraag of zogenoemde *bagatelschade* moet worden vergoed (par. 3.3.3).

Bij het bepalen van de (omvang van de) schadevergoeding mag draagkracht geen rol spelen als dit ertoe leidt dat het (on)evenredigheidsoordeel wordt gerelateerd aan individuele vermogensposities (par. 3.8). Dit brengt mee dat het cashflow-criterium uit de Circulaire Schadevergoedingen (Wm) moet worden geschrapt.

Een rechtsgrondslag voor schadevergoeding kan ook worden gevonden in de eigendomsbescherming van artikel 1 Eerste Protocol EVRM, wanneer de maatregelen kunnen worden gekenmerkt als 'inmenging in eigendom'. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat dit vermoedelijk niet tot een ruimere toekenning van schadevergoeding zal leiden, omdat de eisen die daaruit voortvloeien, in hoge mate parallel lopen met de eisen die in Nederland zijn geformuleerd voor het vaststellen van een recht op nadeelcompensatie (par. 3.9).

Stellingen

1. De grote verschillen die er thans binnen het omgevingsrecht bestaan als het gaat om de materiële criteria voor het toekennen van schadevergoeding, zijn grotendeels historisch te verklaren. Juridisch gezien bestaat hiervoor geen goede rechtvaardiging.
2. Er zijn meer rechtsgrondslagen aan te wijzen voor het toekennen van schadevergoeding in het omgevingsrecht (en ook daarbuiten). Een algemene wettelijke regeling die zou neerkomen op een codificatie van het égalité-beginsel, moet daarom als te beperkt worden gezien.
3. Het beginsel 'de vervuiler betaalt' kan niet worden aangemerkt als rechtsgrondslag voor het toekennen van schadevergoeding in het milieurecht. Het speelt een rol bij de beoordeling of sprake is van onevenredige, niet tot het normale risico behorende kosten.

Nadeelcompensatie en andere vergoedingen in de waterstaatszorg

Materiële aspecten van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad

*Mr. drs. B.P.M. van Ravels**

1	**Inleiding**	**263**
2	**Verschillende financiële stromen**	**273**
2.1	Inleiding	273
2.2	Onderscheidende criteria	274
2.2.1	Doel van de uitkering	274
2.2.2	Oorzaaksgebondenheid	275
2.2.3	Omvang van de groep van getroffenen	275
2.2.4	Normaal maatschappelijk risico	278
2.2.5	Hoogte van de drempels	279
2.2.6	Rechtsbeginsel, of wil van de wetgever	279
2.2.7	Vrijheid van bestuur	280
2.2.8	EG-recht: steunmaatregelen	283
2.3	Is de WTS een nadeelcompensatieregeling?	284
3	**Artikel 3:4 lid 2 Awb en het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten**	**289**
3.1	Wijzen waarop het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten functioneert	289
3.2	Verband tussen artikel 3:4 lid 2 Awb en het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten	290
3.3	Verhouding tussen twee functies van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten	291

* Bruno van Ravels is advocaat. Daarnaast is hij voorzitter van de Besliscommissie van het Schadeschap Luchthaven Schiphol en is hij betrokken geweest bij het opstellen van verschillende nadeelcompensatieregelingen. Vanzelfsprekend is dit preadvies op persoonlijke titel geschreven.

3.4 Formele rechtskracht en het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten 292
3.5 Rechterlijke toetsing 294
3.6 Slot 295

4 Natte waterstaat 297
4.1 Afsluitingswerken 297
4.1.1 Afsluiting van de Zuiderzee 297
4.1.2 De afsluiting van zeearmen in het kader van de uitvoering van de Deltawerken 298
4.2 Andere afsluitingswerken 308
4.3 Verbeteringswerkzaamheden aan rivieren, kanalen en dergelijke 314
4.4 Verbetering van waterkeringen 316
4.4.1 Besluiten tot intrekking, of wijziging van vergunningen of ontheffingen 316
4.4.2 Andere nadelen als gevolg van versterking van waterkeringen 332

5 Droge waterstaat 337
5.1 Actief beheer en onderhoud van droge waterstaatswerken en nadeelcompensatie 337
5.2 Passief beheer van droge waterstaatswerken 350
5.2.1 Besluiten omtrent openbare status van waterstaatkundige infrastructuur 350
5.2.2 Verkeersmaatregelen 351
5.2.3 Wettelijke geboden 354
5.2.4 Besluiten omtrent verlening van vergunningen en ontheffingen 355

6 Waterstaatszorg en vergoeding van plan- en maatregelschade 363
6.1 Inleiding 363
6.2 Causaal verband 364
6.2.1 De in aanmerking te nemen schadeoorzaken 364
6.2.2 Causaal verband en omvang van schade 376
6.3 Buiten het normaal maatschappelijk risico vallende schade 381
6.4 Risicoaanvaarding 394
6.5 Bijzondere last 403
6.6 Fundamentele herziening van artikel 49 WRO 405

7 Slot 411
7.1 Het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten 411
7.2 Planschade 417
7.3 Steunmaatregelen en hybride regelingen 419
7.4 Een algemene nadeelcompensatieregeling 421

Stellingen 423

1 Inleiding

Algemeen aanvaard is dat wanneer de overheid een haar toerekenbare fout maakt jegens een benadeelde, de overheid de door die fout veroorzaakte schade in beginsel dient te vergoeden. Echter, ook wanneer de overheid zich naar behoren gedraagt, kan door het overheidshandelen inbreuk worden gemaakt op rechten en kunnen belangen worden aangetast waardoor iemand schade lijdt. Die schade komt in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking. Het leven in een geordende gemeenschap als de onze verlangt immers dat men niet alleen de lusten daarvan geniet, maar ook een grote variëteit van ongemakken en lasten accepteert als een risico dat inherent is aan alle sociale activiteiten, inclusief economische (commerciële) activiteiten. Deze lasten zijn een normale consequentie van het leven in een gemeenschap, wanneer deze althans niet buitengewoon ingrijpend of ernstig zijn en wanneer zij drukken op de bevolking als geheel, of althans op grote groepen daarvan. Dit uitgangspunt lijkt minder gemakkelijk te worden geaccepteerd dan voorheen. Burgers verlangen van de overheid in toenemende mate garanties, niet alleen voor hun elementaire fysieke veiligheid en hun gezondheid, maar ook voor wat betreft de aantasting van hun vermogen (althans het achterwege blijven van zodanige aantastingen). Noodlot, pech en overmacht, de hand van God worden niet meer als vanzelfsprekend geaccepteerd en al zeker niet als verklaring voor het zelf dragen van de schade die men lijdt. Er wordt in plaats daarvan naar mogelijkheden gezocht om deze schade af te wentelen en de overheid komt dan al gauw in beeld als de instantie die de schade zou moeten dragen.[1] Politici zijn soms, maar niet altijd even consequent, bereid aan die verlangens tegemoet te komen. De leuze lijkt daarbij te zijn: 'de lasten voor de gemeenschap, de baten voor de individuen'.[2] Er zit weliswaar een kern van waarheid in dit soort chargerende kreten en de waarschuwingen tegen de consequenties daarvan zijn niet ongegrond, maar dat betekent niet dat we de ogen mogen sluiten voor gevallen waarin het rechtens onaanvaardbaar moet worden geacht dat een bepaald individu de lasten moet dragen van maatregelen die nodig zijn in het algemeen belang. Ook in Nederland heeft reeds lang geleden de gedachte post gevat dat nadelen veroorzaakt door rechtmatig overheidshandelen niet altijd, onder alle omstandigheden, ten laste

1. Zie bijv. M.A.P. Bovens & P. 't Hart, Bestuurlijke pech, in: H.R. van Gunsterern e.a. (red.), Bestuur in De Ongekende Samenleving, Den Haag, hfdst. 3; E.J. Muller & C.J.J.M. Stolker, Inleiding, in: Ramp en recht, Den Haag 2001.
2. H. van Maarseveen, De verzekeringsstaat, NJB 1990, p. 1-7.

van de benadeelde dienen te blijven, enkel omdat deze nadelen niet door een fout zijn veroorzaakt, maar door overheidshandelen, gericht op de behartiging van het algemeen belang. De wetgever heeft verschillende schadevergoedingsverplichtingen wegens op zichzelf rechtmatig overheidshandelen in het leven geroepen. De Onteigeningswet voorziet in schadeloosstelling wegens onteigening. De Belemmeringenwet Privaatrecht en bijvoorbeeld de artikelen 12 e.v. Waterstaatswet 1900 voorzien in schadevergoeding ter zake van de oplegging van gedoogplichten. Deze vergoedingsplichten sluiten nauw aan bij die wegens onteigening. Daarnaast kennen artikel 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO), artikel 40 van de Wet op de waterhuishouding en andere op gelijke leest geschoeide bepalingen vergoedingsmogelijkheden. Deze bepalingen voorzien in vergoeding van onevenredige schade achteraf. De redactie van deze wettelijke bepalingen verloopt vrijwel steeds volgens hetzelfde stramien: voorzover blijkt dat een belanghebbende ten gevolge van een bepaalde overheidsmaatregel schade lijdt, of zal lijden, welke redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet of niet voldoende door aankoop, onteigening of anderszins is verzekerd, kent het betrokken bestuursorgaan hem op zijn verzoek een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding toe. Met name artikel 49 WRO heeft tot een omvangrijke jurisprudentie geleid. Voorts zijn er beleidsregels ontwikkeld, zoals de Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999,[3] of worden er ad hoc regelingen getroffen voor een tegemoetkoming in schade veroorzaakt door rechtmatig overheidshandelen.

Wat is nu de situatie wanneer een specifieke wettelijke grondslag voor schadevergoeding, of een grondslag in een beleidsregeling ontbreekt? Betekent dit dat een benadeelde geen aanspraak kan maken op schadevergoeding, of dat de overheid moet afzien van een bepaalde maatregel die zij in het algemeen belang nodig acht, enkel omdat daardoor onaanvaardbare schade wordt toegebracht aan de rechten en/of belangen van derden? De tijd dat die vragen bevestigend werden beantwoord, ligt reeds enige tijd achter ons. Inmiddels lijkt zelfs – na jarenlang gezoek naar deugdelijke constructies – in de rechtspraak een iets steviger fundament te zijn gecreëerd voor vergoeding van onevenredige nadelige gevolgen van op zichzelf rechtmatig overheidshandelen. De nadruk moet hier overigens liggen op het woord 'onevenredige', omdat er bepaald geen reden is om aan te nemen dat er inmiddels een rechtsregel geldt op grond waarvan de overheid steeds gehouden is tot vergoeding van alle nadelen ontstaan als gevolg van rechtmatig overheidshandelen in het algemeen belang.

De eerste uitspraak waarin de Afdeling bestuursrechtspraak volmondig een aanspraak gebaseerd op een bijzonder rechtsbeginsel accepteerde, te weten het rechtsbeginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, had betrekking op een overheidsmaatregel op het gebied van de waterstaatszorg. In dit geval een maatregel

3. Stcrt. 1999, 172. Deze regeling verving de Regeling nadeelcompensatie Rijkswaterstaat, RNR (Stcrt. 1991, 251).

gericht op de kwalitatieve bescherming van het grondwater.[4] Het betrof een geval van een agrariër die bij de verkoop van enkele percelen grond in Vierlingsbeek naar zijn zeggen genoegen had moeten nemen met een lagere verkoopprijs. Hij stelde dat deze schade het gevolg was van de ligging van deze percelen in een door Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant als zodanig aangewezen grondwaterbeschermingsgebied. Het probleem van deze agrariër was het volgende. Weliswaar was er een specifieke wettelijke bepaling die voorzag in vergoeding van schade veroorzaakt door bepaalde, maar niet alle, maatregelen ter bescherming van het grondwater. De artikelen 15.20 en 15.21 van de Wet milieubeheer (Wm), welke regeling een uitputtend karakter heeft, bieden immers een wettelijke grondslag voor vergoeding van schade die voortvloeit uit een provinciale verordening ter bescherming van het grondwater. Deze artikelen voorzien echter niet in vergoeding van schade die is veroorzaakt door de enkele aanwijzing van een grondwaterbeschermingsgebied.[5] De betrokkene verzocht daarom op buitenwettelijke grondslag om vergoeding van de schade die wordt veroorzaakt door de vaststelling van het grondwaterbeschermingsplan als bedoeld in artikel 37 (oud) van de Wet bodembescherming, waarbij het gebied waarbinnen de desbetreffende percelen zijn gelegen, is aangewezen als grondwaterbeschermingsgebied. De vraag rees toen, of er wel een buitenwettelijke grondslag voor zodanige vergoeding kon worden aangewezen. Voorzover hier van belang overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak:

> 'De Afdeling overweegt verder dat de beslissing van verweerders op het aanvullend verzoek om vergoeding van beweerdelijk geleden schade als gevolg van de aanwijzing van het betrokken gebied als grondwaterbeschermingsgebied, dat niet is gebaseerd op een specifieke wettelijke grondslag, valt aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht. Het publiekrechtelijk rechtsgevolg van dit besluit, voor zover het betreft schade ten gevolge van rechtmatig bestuursoptreden, vloeit voort uit het, mede aan artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht ten grondslag liggende algemene rechtsbeginsel van "égalité devant les charges publiques" (gelijkheid voor openbare lasten) op grond waarvan bestuursorganen zijn gehouden tot compensatie van onevenredige – buiten het normale maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade als gevolg van hun op de behartiging van het openbaar belang gerichte optreden.'

Geconstateerd moet overigens worden dat de Afdeling deze definitie later aanscherpte door de laatste zinsnede te vervangen door de 'schade die is ontstaan in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane

---

4. ABRvS 18 februari 1997, AB 1997, 143 m.nt. PvB, BR 1997, p. 367-380 m.nt. B.P.M. van Ravels (Grondwaterbeschermingsgebied Vierlingsbeek). Voor het vervolg op de uitspraak van 18 februari 1997 zij verwezen naar Rb. Den Bosch 23 december 1997, BR 1998, p. 408 m.nt. B.P.M. van Ravels. Voor een uitvoerig overzicht van de voorafgaande rechtspraak zij verwezen naar de losbladige uitgave Bestuursrechtelijke schadevergoeding, onder redactie van D.A. Lubach e.a. (Elsevier), onderdeel F.
5. AGRvS 26 augustus 1991, AB 1992, 94 m.nt. PvB, alsmede B.P.M. van Ravels, Grondwaterbescherming en schadevergoeding, Milieu en Recht 1995, p. 176-180 en p. 234-239.

rechtsverhouding'.[6] Deze omschrijving zou wellicht, letterlijk genomen, kunnen impliceren dat de reikwijdte van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten zich niet uitstrekt tot schade die bijvoorbeeld is ontstaan in een door de uitoefening door de overheid van een aan het privaatrecht ontleende bevoegdheid. Of het hier gaat om een bewust bedoelde beperking, is niet duidelijk. Ofschoon er nog veel meer over deze overweging te zeggen valt, is in het kader van dit preadvies vooral van belang te constateren, dat de Afdeling hier expliciet een op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten gebaseerde rechtsplicht aanvaardt tot vergoeding van onevenredige schade die het gevolg is van op de behartiging van het openbaar gericht, rechtmatig bestuursoptreden. Met onevenredige schade wordt daarbij gedoeld op buiten het maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende schade.

De Hoge Raad beroept zich in zijn arrest van 30 maart 2001 (inzake Staat/Lavrijsen)[7] eveneens op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. Hij overweegt:

> 'Een van de verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel is de regel dat de onevenredig nadelige – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld (vgl. HR 8 januari 1991, nr. 14.096, NJ 1992, 638, ABRvS 6 mei 1997, 229, alsmede art. 3:4 lid 2 Awb). Uit deze regel vloeit voort dat het toebrengen van zodanige onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling (...) jegens de getroffene onrechtmatig is.'

Het toebrengen van onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling is derhalve in deze benadering onrechtmatig, want in strijd met het gelijkheidsbeginsel, en verplicht in beginsel tot vergoeding van de door dit handelen veroorzaakte onevenredige schade.[8]

---

6. ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 m.nt. PvB, BR 1997, p. 600-608 m.nt. B.P.M. van Ravels; AB klassiek, onder redactie van F.H. van der Burg, P.J.J. van Buuren & J.H. van der Veen, p. 389-394 m.nt. P.J.J. van Buuren (Van Vlodrop). De Centrale Raad van Beroep hanteert overigens in zijn uitspraak van 27 september 2001, AB 2002, 26 m.nt. HH de door de Afdeling in de uitspraak van 18 februari 1997 gehanteerde formulering.
7. HR 30 maart 2001, AB 2001, 412 m.nt. ThGD, JB 2001, 7 m.nt. R.J.N.S., Gst. 7143, 3 m.nt. HH, AV&S 2001, p. 154 m.nt. B.P.M. van Ravels, TVP 2001, p. 38-40 m.nt. G.E. van Maanen, NTBR 2001, p. 321-323 m.nt. G.E. van Maanen. Zie ook (zeer) kritisch H. Hennekens in diens afscheidsrede, Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal, Deventer 2001, p. 51 e.v., alsmede C.H. Sieburgh, Wat maakt strafrechtelijk gerechtvaardigd overheidsoptreden onrechtmatig?, WPNR 2002, 6473, p. 95 e.v. Zie voorts HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 m.nt. CJHB, AB 1991, 241 m.nt. FHvdB (Leffers/Staat); HR 3 april 1998, NJ 1998, 726 m.nt. TK, AB 1998, 256 m.nt. ThGD (Meiland/Staat) en met name voor schade veroorzaakt in het kader van waterbeheer HR 19 november 1999, NJ 2000, 234, AB 2002, 21 m.nt. ThGD (De Haas e.a./ws. De Dommel).
8. Zie inmiddels ook HR 16 november 2001, AB 2002, 25 m.nt. PvB (Wet herstructurering veehouderij); HR 16 november 2001, JB 2002, 1 m.nt. R.J.N. S. (Oldenzaal) en HR 21 december 2001, LJN-nr. AB 2739; zaaknr. C99/348HR.

De Nationale ombudsman en de Centrale Raad van Beroep hebben dit beginsel inmiddels eveneens expliciet als grondslag voor schadevergoeding erkend.[9]

Ook in het Europese recht wordt dit beginsel als grondslag voor overheidsaansprakelijkheid wegens rechtmatige daad aangewezen. Ofschoon de Gemeenschapsrechters tot dusver in de hun voorgelegde gevallen vorderingen wegens rechtmatig handelen van gemeenschapsinstellingen hebben afgewezen, hebben zij wel de voorwaarden aangegeven waaronder aansprakelijkheid wegens rechtmatig handelen kan worden erkend. In zijn arrest van 15 juni 2000[10] bevestigt het Hof van Justitie dat de gemeenschap slechts niet-contractueel aansprakelijk kan worden gesteld wegens rechtmatig handelen, indien cumulatief is voldaan aan drie voorwaarden 'te weten de realiteit van de beweerdelijk geleden schade, het causaal verband tussen deze schade en de aan de instellingen van de Gemeenschap verweten handeling, en het abnormale en bijzondere karakter van die schade'.

Daarnaast is ook het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en de desbetreffende rechtspraak in dit verband van belang. Wanneer een overheidsmaatregel niet leidt tot 'deprivation' (ontneming) van 'possessions', maar slechts tot regulering daarvan in overeenstemming met het algemeen belang, bestaat ingevolge artikel 1, Eerste Protocol van het EVRM, een (voorwaardelijke) aanspraak op 'een adequate financiële compensatie' indien een overheidsmaatregel een 'individual and excessive burden' vormt. Deze voorwaardelijke aanspraak wordt in verband gebracht met het vereiste van een 'fair balance' die behoort te bestaan tussen het algemeen belang enerzijds en de bescherming van individuele rechten (en belangen) anderzijds. Een zodanige 'fair balance' vereist het bestaan van een 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised'; een redelijke mate van evenredigheid tussen de gebruikte middelen en het doel dat ermee nagestreefd wordt.[11] Aan het vereiste van 'fair balance' is niet voldaan, indien er sprake is van een 'individual and excessive burden', een individuele en buitensporige last, voor de betrokken persoon.[12] Bij deze afweging is mede van belang of de maatregel in strijd is met eerder door de overheid gewekte verwachtingen.[13] Wanneer in verband met bijzondere, niet voor alle betrokkenen geldende, feiten en omstandigheden moet worden geconcludeerd dat de overheidsmaatregel een 'individual and excessive burden' vormt, kan dit aanleiding vormen om deze maatregel buiten toepassing te laten, althans zolang niet is voorzien in een adequate financiële compensatie. In die zin valt de nadeelcompensatieaanspraak als voorwaardelijk aan te merken.

---

9. CRvB 27 september 2001, AB 2002, 26 m.nt. HH; No 6 april 2001, AB 2001, 179 m.nt. PJS.
10. In zaak C-237/98 P (Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft mbH), AV&S 2001, p. 189 m.nt. B.P.M. van Ravels.
11. HR 16 november 2001, AB 2002, 25 m.nt. PvB, JB 2002, 2 m.nt. AWH (Wet herstructurering veehouderij) r.o. 6.2.2, waarin verwezen wordt naar EHRM 5 januari 2000, NJ 2000, 571 (Beyeler/Italië) en r.o. 6.2.3.
12. Idem r.o. 6.2.2 en 6.2.3, waarin verwezen wordt naar EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290 (Sporrong en Lönroth/Zweden).
13. Idem r.o. 6.2.2, waarin verwezen wordt naar EHRM 19 oktober 2000, par. 32 (Ambruosi/Italië).

De kernbegrippen bij deze aanspraak op schadevergoedingen zijn: normaal maatschappelijk risico, normaal bedrijfsrisico en de op een beperkte groep van personen of instellingen rustende last. Dat zijn rijkelijk vage begrippen. Burgers, ondernemers, bestuurders verlangen echter van juristen dat zij daaromtrent duidelijkheid verschaffen. 'De praktijk' wil weten wanneer wél en wanneer geen schadevergoeding moet worden toegekend. Over de materiële vraag hoe aan deze begrippen invulling gegeven moet worden, bestaat nog maar weinig duidelijkheid. Op sommige rechtsgebieden is echter meer ervaring met de beantwoording van deze vraag opgedaan dan op andere gebieden. Een van de gebieden waar men reeds lang met deze vraag worstelt, is de waterstaatszorg. Deze kerntaak van de overheid kan worden omschreven als 'dat deel van de zorg van de overheid, dat betrekking heeft op de kering van water, de waterhuishouding (grond- en oppervlaktewaterbeheer, zowel in kwantitatieve als in kwalitatieve zin) en de wegen (land- en vaarwegen) en dat als zodanig gericht is op de bewoonbaarheid en de bruikbaarheid van de bodem en de bescherming van het leefmilieu'.[14]

In dit preadvies behandel ik de toepassing van het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten, meer in het bijzonder de invulling van vorenbedoelde vage termen op het terrein van een deel van de waterstaatszorg. Op dit gebied bestaat een lange traditie van toekenning van nadeelcompensatie, vroeger ook wel aangeduid met de term 'bestuurscompensatie'.[15] Voor de waterstaatszorg is met name de Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 van belang.[16] Deze regeling voorziet niet alleen in een uitgewerkte regeling van de voorbereiding van beslissingen omtrent nadeelcompensatie, maar geeft daarnaast een soort agenda van het inhoudelijke debat waar het bij nadeelcompensatiekwesties om zou moeten gaan. Het gaat daarbij ten dele om bepalingen die vergelijkbaar zijn met de bepalingen die in afdeling 6.1.10 van het Burgerlijke Wetboek kunnen worden aangetroffen. Daarbij denk ik met name aan de bepalingen betreffende schadebeperking (artikel 8) en verrekening van voordeel (artikel 9). Voorts bevat deze regeling een bepaling betreffende de vergoeding van kosten van deskundigenbijstand[17] en betreffende de vergoeding van

---

14. J.T. van den Berg & A. van Hall, Waterstaats- en waterschapsrecht, Deventer 1997, p. 3.
15. De naam van het toenmalige hoofd van het Bureau grondverwerving van Rijkswaterstaat, J.A.C. van der Gouwe, auteur van de losbladige uitgave Onteigening en schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, VUGA Den Haag dient hier zeker te worden genoemd. Hij formuleerde als een van de eersten een stelsel van criteria voor toekenning van bestuurscompensatie. Deze criteria zijn inmiddels grotendeels losgelaten, zodat ik niet nader op dit werk zal ingaan.
16. Stcrt. 1999, 172. Deze regeling verving de Regeling nadeelcompensatie Rijkswaterstaat, RNR (Stcrt. 1991, 251).
17. Art. 10. Zie ABRvS 20 januari 1998, AB 1998, 143 m.nt. G.M. van den Broek, BR 1998, p. 599 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Kosten van deskundigenbijstand Valburg); ABRvS 4 februari 2000, AB 2000, 427 m.nt. JSt., BR 2000, p. 857 (Planschade Kerkwijk) m.nt. P.C.E. van Wijmen; ABRvS 26 september 2001, Gst. 70153, 8; ABRvS 3 oktober 2001, Gst. 7153, 9; ABRvS 5 juni 2000, JB 2000, 214; Rb. Den Haag 9 juli 1999, JB 1999, 234 m.nt. R.J.N. S.

wettelijke rente.[18] Deze materiële aspecten laat ik in dit preadvies, evenals de procedurele regeling, goeddeels buiten beschouwing. Belangrijk is dat in de toelichting bij deze regeling vermeld wordt dat

> 'door het vaststellen van deze schadevergoedingsregeling (...) geenszins beoogd (wordt) aansprakelijkheden in het leven te roepen, die rechtens niet bestaan. Deze regeling beoogt slechts te voorzien in het toekennen van schadevergoeding in die gevallen waarin geen specifieke wettelijke schadevergoedingsregeling voorhanden is, maar artikel 3:4, tweede lid Awb, of althans het mede aan artikel 3;4, tweede lid Awb ten grondslag liggende, algemene rechtsbeginsel van égalité devant les charges publiques (gelijkheid voor openbare lasten) vordert, dat schade welke redelijkerwijs niet of niet voor rekening van de belanghebbende behoort te blijven, voor vergoeding in aanmerking komt.'

De voor het materiële bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht belangrijkste bepalingen van deze regeling luiden als volgt:

> 'Artikel 2 (Het recht op schadevergoeding)
> 1. De minister kent degene die schade lijdt of zal lijden als gevolg van de rechtmatige uitoefening door of namens de minister van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid of taak, op verzoek een vergoeding toe, voor zover de schade redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en voor zover de vergoeding niet of niet voldoende anderszins is verzekerd.
> 2. Bij het nemen van een besluit omtrent schadevergoeding als bedoeld in het eerste lid wordt het bepaalde in de artikelen 3 tot en met 11 in aanmerking genomen.
> (...)
>
> Artikel 3 (Abnormale last)
> Binnen het normale maatschappelijk risico of het normale ondernemersrisico vallende schade komt niet voor vergoeding in aanmerking.
>
> Artikel 4 (Speciale last)
> Schade als gevolg van een schadeoorzaak als bedoeld in artikel 2, eerste lid, komt alleen voor vergoeding in aanmerking wanneer deze in belangrijke mate afwijkt van de schade die dientengevolge op een ieder drukt, dan wel wanneer deze schade op een naar verhouding gering aantal natuurlijke of rechtspersonen die in vergelijkbare positie verkeren drukt.
>
> Artikel 5 (Actieve risico-aanvaarding)
> Schade ten gevolge van een schadeoorzaak als bedoeld in artikel 2, eerste lid, die voor de belanghebbende redelijkerwijs voorzienbaar was ten tijde van de beslissing te investeren in het geschade belang wordt niet vergoed.
>
> Artikel 6 (Voorwerp van voorzienbaarheid)
> De in artikel 5 bedoelde voorzienbaarheid kan onder meer betrekking hebben op de aard van een schadeoorzaak als bedoeld in artikel 2, eerste lid, op het tijdstip waarop deze schade-

18. Art. 9, waarin aansluiting wordt gezocht bij de planschadejurisprudentie door het tijdstip waarop het verzoek om schadevergoeding wordt ontvangen, bepalend te laten zijn voor het tijdstip waarop de wettelijke rente ingaat.

oorzaak zijn werking doet gevoelen, op de plaats waarop ze betrekking heeft, op de wijze van voltrekken of uitvoering daarvan, alsmede op de aard en omvang van de daardoor veroorzaakte schade.

Artikel 7 (Passieve risico-aanvaarding)
Geen vergoeding wordt toegekend indien de verzoeker heeft nagelaten zijn belang te verwezenlijken toen hij daartoe redelijkerwijs in de gelegenheid was, terwijl hij redelijkerwijs kon voorzien dat een maatregel genomen zou worden die aan dat realiseren in de weg zou komen te staan.'

Het gaat in dit preadvies in het bijzonder om de invulling van de in deze bepalingen geformuleerde normen, die een uitwerking beogen te geven van het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten. De schadeloosstelling bij onteigening en schadevergoeding wegens het opleggen van gedoogplichten blijven buiten beschouwing. Wél zal worden bezien of, en zo ja, in hoeverre de toepassing van enige wettelijke bepalingen op het gebied van de waterstaatszorg aanknopingspunten biedt voor de invulling van deze normen. Daarbij zal met name worden gekeken naar de toepassing van artikel 49 WRO, voorzover voor de waterstaatszorg van belang.

Zoals hiervoor reeds vermeld, beperk ik mij tot enige onderdelen van de waterstaatszorg. Ik behandel het onderdeel waterhuishouding niet. Deze keuze is enerzijds ingegeven door de omstandigheid dat op dat gebied, met name ter zake van de toepassing van artikel 40 van de Wet op de waterhuishouding, artikel 18 e.v. Ontgrondingenwet en artikel 41 Grondwaterwet, nog maar weinig relevante rechtspraak voorhanden is. Anderzijds is deze keuze voor wat betreft het kwalitatieve waterbeheer bepaald door de omstandigheid dat mede-preadviseur Hoitink aandacht zal besteden aan schadevergoedingen in het milieurecht (artikel 15.20 e.v. Wet milieubeheer en artikel 9 Wet verontreiniging oppervlaktewateren). De aandacht concentreert zich dus wat mij betreft op de aanleg en het beheer van waterstaatkundige infrastructuur: de aanleg en het beheer van waterkeringen, van land-, water- en spoorwegen en voorts die van luchtvaartterreinen.

Het onderzoek berust voorts met name op een analyse van de bestaande rechtspraak betreffende bestuursrechtelijke schadevergoeding op een aantal belangrijke onderdelen van de waterstaatszorg. Waar nodig wordt ingegaan op de toepasselijke regelgeving. Aan de overvloedige literatuur op dit terrein wordt slechts in beperkte mate en niet systematisch aandacht besteed.[19]

De opzet van dit preadvies is de volgende. In het tweede hoofdstuk wordt een poging gedaan een onderscheid te maken tussen de verschillende financiële stromen waarvan de overheid aan de bron staat, waaronder op het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten gebaseerde betalingen. In het derde hoofdstuk worden enige problemen besproken betreffende de verhouding tussen artikel 3:4 lid 2 Awb

19. Voor een kort overzicht van de relevante literatuur zij verwezen naar mijn bijdrage aan de losbladige uitgave Praktijkboek bestuursrecht, onder redactie van N.S.J. Koeman en J.E.M. Polak. Hoofdstuk XXIX, Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, hoofdstuk 7.

en het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten. In hoofdstuk 4 komt schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad op het gebied van de natte infrastructuur aan de orde (afsluitingswerken; waterkeringen e.d.). Hoofdstuk 5 heeft betrekking op de droge infrastructuur (aanleg, alsmede actief en passief beheer van land- en spoorwegen en luchtvaartterreinen). In hoofdstuk 6 wordt ingegaan op de toepassing van artikel 49 WRO, voorzover relevant voor het terrein van de waterstaatszorg. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de reikwijdte van artikel 49 WRO. Ten slotte volgt in hoofdstuk 7 een slotbeschouwing, die wordt afgesloten met enige stellingen.

2 Verschillende financiële stromen

2.1 Inleiding

De betalingsverplichting die onder omstandigheden uit het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten kan voortvloeien, is slechts een van de financiële stromen waarvan de overheid aan de bron staat en waarvan de grondslag van bestuursrechtelijke oorsprong is. Damen[20] heeft er terecht op gewezen dat wij in het Nederlandse recht nog niet uitgedacht zijn over het onderscheid tussen deze verschillende financiële stromen en dat het moeilijk zal zijn bestuursrechtelijke schadevergoeding goed te regelen wanneer de onderlinge verhouding tussen de verschillende categorieën financiële stromen niet duidelijker wordt afgebakend. Ik moet bekennen dat ik er ook nog niet helemaal uit ben hoe het onderscheid precies zou moeten worden gemaakt. In het navolgende doe ik, uitgaande van het schema van Damen, een poging de verschillende stromen te onderscheiden. Onderscheiden kunnen worden:

a. Subsidies als bedoeld in artikel 4:21 Awb: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

b. Uitkeringen in geld, door een bestuursorgaan verstrekt, maar niet met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager. Te denken valt aan sociale uitkeringen, huursubsidies en dergelijke.

c. Steun en andere uitkeringen in verband met gebeurtenissen in het verleden.

d. Schadevergoeding gebaseerd op een bijzondere wettelijke regeling die voorziet in vergoeding van schade veroorzaakt door bepaalde rechtmatige overheidshandelingen, of besluiten. Ik doel daarmee, voorzover het de waterstaatszorg betreft, op artikel 49 WRO, artikel 40 Wet op de waterhuishouding, artikel 41 Grondwaterwet, artikel 18 e.v. Ontgrondingenwet, de artikelen 15.20 en 15.21 Wet milieube-

20. Zie L.J.A. Damen, Moet pech weg?, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), Voor risico van de overheid?, Deventer 1996, p. 17-42. Hij merkt op dat het de vraag is of de scheiding tussen steunmaatregelen en klassieke nadeelcompensatie wel scherp te maken is.

heer en artikel 9 Wet verontreiniging oppervlaktewateren. De schadeloosstelling bij onteigening blijft, zoals gezegd, buiten beschouwing.

e. Nadeelcompensatie: vergoeding van schade veroorzaakt door rechtmatig overheidshandelen die uitsluitend is gebaseerd op het rechtsbeginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, of op een regeling waarin uitsluitend dat beginsel gecodificeerd is. Een verplichting tot nadeelcompensatie kan volgens de Afdeling bestuursrechtspraak uitsluitend worden gebaseerd op het rechtsbeginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten.[21]

f. Schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad: vergoeding van schade ten gevolge van onrechtmatig overheidshandelen op grond van het – in artikel 6:162 BW en in artikel 8:73 Awb tot uiting komende – algemeen geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden.

Damen heeft er ook op gewezen dat deze categorieën communicerende vaten zijn: voorzover subsidie wordt verstrekt, zijn geen steunmaatregelen nodig; voorzover steun wordt gegeven, is geen nadeelcompensatie nodig; voorzover nadeelcompensatie wordt toegekend is geen schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad nodig.

2.2 Onderscheidende criteria

Zonder enige pretentie van volledigheid geef ik een aantal mogelijk onderscheidende criteria aan. Daarbij ga ik ervan uit dat ook in het bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht als uitgangspunt, of zo men wil, als fundament geldt dat in beginsel ieder de door hem zelf geleden schade moet dragen.[22]

2.2.1 Doel van de uitkering

Men kan een onderscheid maken aan de hand van het doel waartoe de geldelijke middelen worden toegekend. Subsidie wordt per definitie toegekend met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan te leveren goederen of diensten. Er is een vastgelegde bestedingsrichting van de toegekende financiële middelen. Dat geldt voor de overige geldelijke stromen

21. ABRvS 9 juni 2000, AB 2001, 222 m.nt. GJ.
22. Asser-Hartkamp 4-III, nr. 12; zie met name ook M.J.P. Verburgh (red.), Schade lijden en schade dragen, Zwolle 1980 en T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade (rede), Deventer 1997.

niet, of in mindere mate. Sociale uitkeringen, steun en dergelijke worden niet toegekend met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, maar kort gezegd ter handhaving van de bestaansmogelijkheden van leden van de bevolking in hun sociale milieu, of om sociaal-economische effecten van een bepaalde gebeurtenis te beperken. Het kan ook zijn dat steun louter of mede wordt toegekend om solidariteitsgevoelens tot uitdrukking te brengen. Zuivere schadevergoedingen hebben tot doel het goedmaken van de schade.[23] Dat betekent onder meer dat in beginsel de door de benadeelde geleden schade en niet de verdere situatie van de benadeelde en de aansprakelijke persoon maatgevend is.[24]

2.2.2 Oorzaaksgebondenheid

Men kan ook een onderscheid maken aan de hand van de oorzaaksgebondenheid van de uitkering. De inhoud en omvang van subsidies en sociale uitkeringen wordt in beginsel niet bepaald door het antwoord op de vraag of, en zo ja, in hoeverre de vermogenstoestand van een bepaalde persoon is aangetast door een bepaalde gebeurtenis. Bij steun en bij schadevergoeding – de laatste vier categorieën dus – is die vraag wel van belang, met dien verstande dat bij schadevergoeding ook nog van belang is of die schade veroorzakende gebeurtenis aan de overheid kan worden toegerekend.

2.2.3 Omvang van de groep van getroffenen

In het verlengde van het vorige criterium kan binnen de oorzaaksgebonden uitkeringen en vergoedingen wellicht een onderscheid worden gemaakt tussen de omvang van de groep van getroffenen: tussen 'geïndividualiseerde gevallen' en grote groepen. In het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, zoals dat naar geldend recht door de verschillende rechters erkend wordt, ligt besloten dat het moet gaan om gevallen waarin slechts een beperkte groep van burgers of instellingen de dupe wordt van een op zichzelf rechtmatig overheidshandelen.

De consequentie daarvan is dat wanneer een grote groep getroffen wordt door rechtmatig overheidshandelen, het gelijkheidsbeginsel volgens positief recht geen grondslag kan bieden voor een schadevergoedingsverplichting en dat de rechterlijke mogelijkheden om in te grijpen zeer beperkt zijn. Zo'n kwantitatief criterium is in zekere zin onbevredigend.[25] Dat is met name het geval wanneer de kwestie wordt bezien vanuit de optiek van de benadeelde. Waarom zou het voor de vraag of zijn schade (geheel of gedeeltelijk) wordt vergoed van belang zijn hoe groot de kring van

---

23. Daarnaast wordt in de literatuur gewezen op: preventie, spreiding, kostenallocatie, genoegdoening voor benadeelde, handhaving van rechten, ongedaanmaking van verrijking, herstel van oude toestand.
24. Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen), p. 2 e.v.; Asser-Hartkamp 4-III, nr. 12 e.v.
25. L.J.A. Damen, Moet pech weg?, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), Voor risico van de overheid?, Deventer 1996, p. 36. Hij geeft overigens zelf aan dat hij nogal 'politiek bezig' was toen hij het over vergoeding aan grote groepen had.

benadeelden is?[26] Er zijn enige verklaringen voor dit criterium denkbaar. Mogelijk is dit criterium mede te herleiden tot de vrees voor een verlammende werking die de uitbreiding van schadevergoedingsmogelijkheden op het bestuur zal hebben. Dit rechtspolitieke argument, dat in Nederland niet zo vaak expliciet naar voren wordt gebracht, speelt onder meer in het Europese recht een belangrijke rol. Het Hof van Justitie heeft bij herhaling uitgesproken dat de uitoefening van overheidsbevoegdheden niet telkens mag worden belemmerd door de mogelijkheid van schadevergoedingsacties, wanneer door de overheid in het algemeen belang maatregelen moeten worden vastgesteld die de rechten van particulieren kunnen aantasten.[27]

Voor zo'n beperking pleit in zekere zin ook dat naarmate de groep groter wordt, het beroep op de algemene middelen navenant groter wordt. Daarmee ontstaat in steeds sterkere mate een vestzak-broekzak-effect.[28]

Misschien is het ook nodig dit criterium te hanteren in verband met de taakverdeling tussen bestuur en rechter. Het is aan het bestuur, aan 'de politiek', om te beslissen over de verdeling van lusten en lasten over de bevolking. De rechter kan dat niet. Wat de rechter wel kan en doet, is ingrijpen wanneer een enkeling bij de verdeling van lusten en lasten door wetgever of bestuur onaanvaardbaar tekort wordt gedaan.[29] Tekort wordt gedaan in die zin dat als gevolg van deze verdeling op een enkeling, in vergelijking met anderen, een last komt te rusten die het normaal maatschappelijk risico of het normale ondernemersrisico te boven gaat.

In gevallen waarin een grote groep wordt getroffen door overheidshandelen, is het niet aan de rechter, maar is het primair aan de politiek om de vraag te beantwoorden of, en zo ja, in hoeverre steun moet worden geboden aan de getroffen personen. Voor de rechter is wat die beslissing betreft geen taak weggelegd.

Andersom ziet men ook dat wanneer een grote groep schade lijdt, er eerder aanleiding wordt gezien steun aan te bieden, dan wanneer een individu grote schade lijdt. Een belangrijke grondslag voor bijvoorbeeld tegemoetkoming bij rampschades is gelegen in het potentieel grootschalige karakter van natuurrampen. Het leed van individuele slachtoffers is op zichzelf onvoldoende voor toekenning van steun door de overheid. Slechts wanneer het leed en de schade zo groot zijn, dat van een nationaal

---

26. Conclusie A-G Spier bij HR 3 april 1998, NJ 1998, 726 m.nt. TK, AB 1998, 256 m.nt. ThGD (Meiland/Staat) onder 4.1.
27. Zie met name het arrest van HvJ EG 25 mei 1978, gevoegde zaken 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 en 40/77, HNL e.a., Jur. 1978, p. 1209, r.o. 5 en 6, HvJ EG 5 maart 1996, AB 1996, 249 m.nt. FHvdB (Brasserie du Pêcheur en Factortame r.o. 45); HvJ EG 30 april 1996, AB 1996, 502 m.nt. FHvdB (British Telecommunications). In het Engelse overheidsaansprakelijkheidsrecht (zie J. Bell, The law of England and Wales; in: J. Bell & A.W. Bradley (red.), Governmental liability: a comparative study, London 1991, p. 27-28; B.S. Markesinis & S.F. Deakin, Tort Law, Oxford 1999, p. 145 e.v.) ziet men dat soms aansprakelijkheid wordt afgewezen op grond van 'policy reasons': de overheid moet ongehinderd door aansprakelijkheidsdreiging haar werk kunnen doen en vooral niet worden gedwongen om kostbare tijd te steken in haar verdediging in aansprakelijkheidsprocedures.
28. Conclusie A-G Spier bij HR 3 april 1998, NJ 1998, 726 m.nt. TK, AB 1998, 256 m.nt. ThGD (Meiland/Staat) onder 4.2.
29. Mon. Nieuw BW A–26 (Van der Does/Snijders), p. 98.

belang sprake is, wil de overheid een deel van de schade vergoeden door steun aan te bieden. Overwegingen van economische en sociaal-culturele aard spelen een niet onaanzienlijke rol bij het in het leven roepen van dit soort steunmaatregelen. Wanneer een natuurramp grote gevolgen heeft voor de Nederlandse economie, is de overheid eerder bereid een nationaal belang aan te nemen dan wanneer slechts een enkeling getroffen wordt.[30]

Bij toepassing van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten geldt dus het vereiste dat de schade in die zin 'bijzonder' moet zijn, dat de schade slechts één persoon treft, of althans een beperkte groep personen. 'Beperkt' is een relatief begrip. Het lijkt zo te moeten worden uitgelegd dat het niet mag gaan om een hele categorie van personen die een bepaald kenmerk gemeen heeft, maar alleen om een subgroep uit deze categorie die door een overheidsmaatregel getroffen wordt. Verdedigd wordt dat het voorwerp van de lasten opleggende maatregel zo eng mogelijk moet worden opgevat. De gelijkheid wordt in deze benadering alleen gehandhaafd onder de kleinste verzameling van objecten die door de maatregel getroffen wordt. Wie binnen die kleinst mogelijke groep een onevenredig zware last als gevolg van dit overheidshandelen krijgt te verduren, kan aanspraak maken op nadeelcompensatie.[31]

Wanneer een aannemer getroffen wordt door de consequenties van een handelsembargo tegen Irak, kan men de zaak bezien vanuit het perspectief van álle ondernemers waarvan de vorderingen op Irak als gevolg van het embargo oninbaar zijn geworden. Dan is de schade die het getroffen bedrijf lijdt, niet bijzonder te achten. Zou men echter de zaak bezien vanuit het perspectief van bijvoorbeeld alle ondernemers in de internationale aannemingssector, dan zou de schade wél bijzonder geoordeeld kunnen worden.[32]

In het arrest inzake Krijco/Hilversum[33] ging het om een in de gemeente Hilversum ingesteld verbod om binnen deze gemeente nog langer speelautomatenhallen te exploiteren. Advocaat-generaal Bloembergen kiest in zijn conclusie voor het perspectief van alle ondernemers die in Hilversum een speelautomatenhal willen exploiteren. Al deze exploitanten worden door dit verbod getroffen ('zij het dan ook dat er op het moment van het verbod geen andere exploitanten zijn'). Wanneer men echter (bijvoorbeeld) zou kiezen voor het perspectief van al degenen die speelautomatenhallen in Nederland exploiteren, dan zou de conclusie mogelijk anders geluid hebben.

In een koninklijk besluit van 22 december 1990[34] ging het om schade als gevolg van afsluiting van een weggedeelte gedurende een jaar, in verband met de opsporing en opruiming van explosieven. De kortste route van een tuinbouwbedrijf naar de vei-

---

30. J.E. van de Bunt, Voorgeschiedenis van de WTS. Beschouwing van verschillende regelingen ter vergoeding van rampschade, in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), Ramp en recht, Den Haag 2001, p. 176.
31. W. Konijnenbelt, De égalité devant les charges publiques in het Franse administratieve recht, Bestuurswetenschappen 1971, p. 276, 284 en 285.
32. HvJ EG 15 juni, AV&S 2001, p. 189 m.nt. B.P.M. van Ravels (Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft mbH).
33. HR 21 oktober 1994, NJ 1996, 231.
34. KB 21 september 1990, KB 90.019818, AB-kort 22 december 1990 (Verkeersmaatregel Horst).

ling kwam hiermee tijdelijk te vervallen. Beziet men de zaak vanuit het perspectief van alle weggebruikers in Nederland, of in de betreffende gemeente, dan zou men wellicht tot abnormale schade kunnen concluderen. De Kroon beziet de zaak echter vanuit het perspectief van de overige circa 800 gebruikers van deze weg en concludeert dan dat de schade niet onevenredig is. In een ander koninklijk besluit[35] wordt de positie van een winkelier die nadeel lijdt als gevolg van een verkeersmaatregel, vergeleken met die van 'andere winkels welke in het centrum of in de nabijheid van het centrum gevestigd zijn'.

In het arrest Leffers-Staat[36] ging het om een plotsklaps ingesteld wettelijk verbod om swill aan varkens te vervoederen. De Hoge Raad beziet de zaak vanuit het perspectief 'van al diegenen die zich bezighouden met het fokken, verhandelen en exporteren van varkens, waarbij in het bijzonder het mesten soms bedrijfsmatig, soms niet-bedrijfsmatig geschiedt'. Vervolgens wordt geoordeeld dat 'een naar verhouding kleine groep van bedrijfsmatige varkensmesters die, anders dan het overgrote deel van hun concurrenten, hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoedering van swill en niet van de ene dag op de andere op een ander vervoederingsstelsel kunnen overschakelen zonder dat daardoor de winstgevendheid van hun bedrijf verloren zou gaan, in onevenredige mate in haar belangen getroffen' wordt. De gelijkheid wordt in deze benadering alleen gehandhaafd onder de verzameling van al diegenen die zich bezighouden met het fokken, verhandelen en exporteren van varkens. Wie binnen die groep als gevolg van dit verbod een last krijgt te verduren die uitstijgt boven de last die anderen binnen dezelfde groep te verduren krijgen en die bovendien uitstijgt boven het normaal maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico, kan in beginsel aanspraak maken op nadeelcompensatie.

2.2.4 Normaal maatschappelijk risico

Een typisch kenmerk van op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten berustende vergoedingen is dat schade die binnen het zogenoemde 'normaal maatschappelijk risico' of het 'normale bedrijfsrisico' valt, niet voor vergoeding in aanmerking komt. Bij de beoordeling van de grens van het normaal maatschappelijk risico wordt – in theorie, althans – de last die aan een individu of een beperkte groep van personen of instellingen wordt opgelegd, niet zozeer vergeleken met de concrete lasten die anderen dientengevolge opgelegd krijgen. Veeleer lijkt de gedachte te zijn dat een vergelijking moet worden gemaakt met een meer abstracte last: de lasten namelijk die eenieder in een geordende samenleving als de onze nu eenmaal moet dulden als gevolg van het leven in zo'n samenleving. Aan eigendom en gebruik van eigendom zijn bepaalde risico's inherent, zo lijkt de gedachte te zijn. Hetzelfde geldt voor ondernemersactiviteiten; daaraan zijn bepaalde risico's inherent. Van de overheid kan

35. KB 26 oktober 1990, AB 1991, 437.
36. HR 18 januari 1991, NJ 1992, 683, AB 1991, 241.

niet worden verlangd dat zij alle risico's afdekt die te herleiden zijn tot haar ingrijpen in de samenleving met het oog op het algemeen belang. Dat zou een verlammende werking hebben. Slechts wanneer de concrete belasting van een individu, of een beperkte groep, deze algemene, abstracte last te boven gaat, kan worden gesproken van een last die buiten het normale maatschappelijke risico valt.

2.2.5 Hoogte van de drempels

Hartlief heeft erop gewezen dat het grote verschil tussen het aansprakelijkheidsrecht en de overige vergoedingssystemen is gelegen in de hoge beloning van volledige vergoeding van de schade die het aansprakelijkheidsrecht geeft, terwijl andere vergoedingssystemen juist een gemakkelijk (laagdrempelig) pad opleveren in de richting van een beperkte vergoeding. Zo bezien zouden de laatstgenoemde financiële stroom (onrechtmatige overheidsdaad) en mogelijk ook de twee voorlaatste stromen moeilijker bevaarbaar zijn dan de eerstgenoemde stromen. 'Volledige vergoeding en hoge drempels of lage drempels en beperkte vergoeding. Het is van tweeën een', zo luidt zijn boodschap.[37] Terzijde merk ik op dat het de vraag is, of deze analyse ook voor het bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht opgaat. Het wil mij voorkomen dat bijvoorbeeld in het planschadevergoedingsrecht de drempels voor vergoeding niet erg hoog zijn.

2.2.6 Rechtsbeginsel, of wil van de wetgever

Het onderscheid tussen de eerste vier onderscheiden financiële stromen en de laatste twee kan wellicht (ook) worden herleid tot het criterium of al dan niet een algemeen rechtsbeginsel kan worden aangewezen op grond waarvan de overheid gehouden zou zijn deze uitkeringen te doen. Voor subsidie, sociale uitkeringen of steun kan zodanig algemeen rechtsbeginsel niet worden aangewezen. Daarbij ga ik ervan uit dat de overheid niet zonder meer garant behoeft te staan voor onverkorte handhaving van de individuele welvaart van de leden van de bevolking. Dat geldt indien die welvaart wordt aangetast door gebeurtenissen die buiten de invloedssfeer van de overheid liggen,[38] maar ook wanneer die gebeurtenissen wel in deze invloedssfeer liggen. Wanneer de materiële wetgever desondanks ten laste van de algemene middelen voorziet in het toekennen van gelden aan een (rechts)persoon, doet de wetgever dat louter op grond van diens vermogen om een op de overheid rustende plicht te scheppen, waar deze zonder deze uitspraak van de wetgever niet zou bestaan.

---

37. T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade (rede), Deventer 1997, p. 71.
38. J.A.J. Peters, Rampschade, in: M.J.P. Verburgh (red.), Schade lijden en schade dragen, Zwolle 1980, p. 76.

2.2.7 *Vrijheid van bestuur*

In samenhang met dit laatste criterium kan men een onderscheid maken aan de hand van de vrijheid die het bestuur toekomt bij de beantwoording van de vraag of, en zo ja, in hoeverre aan een of meerdere personen uitkeringen worden toegekend. In het aansprakelijkheidsrecht is het uiteindelijk de rechter die zelfstandig oordeelt of er, gelet op het in de toepasselijke wettelijke regeling bepaalde en/of gelet op de eisen die een toepasselijk algemeen rechtsbeginsel stelt, goede redenen zijn om de schade die iemand lijdt op een ander af te wentelen.

De vraag of nadeelcompensatie moet worden toegekend, is in beginsel een rechtsvraag, afhankelijk van onder meer de realiteit van de schade, het causaal verband met een rechtmatig overheidshandelen en van de bijzondere en abnormale aard van de schade. De rechter kan ingrijpen wanneer een enkeling, of een beperkte groep van burgers of instelling, onaanvaardbaar tekort wordt gedaan bij de verdeling van lusten en lasten door de overheid. De vraag echter of, en zo ja, in hoeverre steun wordt toegekend, is in beginsel een politieke kwestie; een kwestie van verdeling van voor- en tegenspoed over de bevolking.[39] De beantwoording van deze politieke kwestie is niet (alleen) afhankelijk van voornoemde factoren. Bij steunmaatregelen kunnen budgettaire redenen valide gronden zijn om geen, of slechts een beperkte tegemoetkoming toe te kennen. Bij nadeelcompensatie kan zulks in beginsel niet. Bij nadeelcompensatie is 'de overheid' aansprakelijk voor vergoeding van schade, afhankelijk onder meer van de vraag of, en zo ja, in hoeverre de overheid heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade. Bij steunmaatregelen is die omstandigheid niet van betekenis. De mogelijkheid van beperking van de tegemoetkoming tot bepaalde categorieën van schade kan niet zonder meer worden aangenomen bij toepassing van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. De omstandigheid dat schade verzekerbaar is, kan bij toepassing van het égalité-beginsel niet zonder meer aan benadeelden worden tegengeworpen.

De vraag is dus deze: berust het toekennen van nadeelcompensatie uitsluitend op het gevolg geven aan een rechtsplicht, of berust het mede op het maken van keuzen bij het uitoefenen van een discretionaire bevoegdheid? De koers die de Afdeling vaart, is niet helemaal duidelijk. Enerzijds heeft de Afdeling overwogen dat een verplichting tot nadeelcompensatie uitsluitend kan worden gebaseerd op het rechtsbeginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten.[40] Op grond van dit beginsel zijn bestuursorganen gehouden tot compensatie van onevenredige – buiten het normale maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade als gevolg van hun op de behartiging van het openbaar belang gerichte optreden. Nu er een schadevergoedingsverplichting bestaat die rechtstreeks uit het ongeschreven recht voortvloeit, lijkt het niet aannemelijk dat het bestuursor-

39. J.A.E. van der Does & G. Snijders, Overheidsprivaatrecht, Mon. Nieuw BW A-26, p. 98.
40. ABRvS 9 juni 2000, AB 2001, 222 m.nt. GJ.

gaan een door de rechter te respecteren beoordelingsvrijheid zou hebben voor wat betreft de invulling van deze verplichting. Het moeilijke punt zit hem hier vooral in de invulling van het begrip 'normaal maatschappelijk risico', een bij uitstek vage norm.

Anderzijds heeft de Afdeling ook overwogen dat een bestuursorgaan 'de vrijheid toekomt terzake van de regeling van de nadeelcompensatie een eigen beleid toe te passen'.[41] Deze overweging impliceert dat het bestuursorgaan terzake enige beleidsvrijheid toekomt.

Wellicht kunnen deze naar het schijnt strijdige overwegingen als volgt worden verklaard. Waar in de praktijk gesproken wordt van bestuursrechtelijke schadevergoeding of nadeelcompensatie, bestaat soms in het geheel geen aanspraak op nadeelcompensatie. Soms kan ten dele worden gesproken van nadeelcompensatie, maar gaat het bestuur onder dat etiket verder dan waartoe het strikt genomen op grond van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten gehouden is. Er kan immers voor het bestuur reeds voldoende reden zijn om nadeelcompensatie toe te kennen, of meer compensatie toe te kennen dan waartoe het gehouden is, of een ruimhartige schadevergoedingsregeling in het leven te roepen, indien daarmee een vlotte gang van zaken wordt bevorderd. Het kan ook zijn dat maatschappelijke of politieke goodwill verworven of behouden moet worden, of dat het bestuur onzekere of lastige procedures wenst te vermijden. Voorts kan het bestuur uit onverplichte billijkheidsoverwegingen dan wel uit solidariteit met getroffenen een vergoeding toekennen. Tegenover betalingen uit dien hoofde staat soms geen aanspraak en soms een minder vergaande aanspraak. Dat is een belangrijk verschil met betalingen die enkel op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, of op wettelijke schadevergoedingsregelingen zijn gebaseerd. Dit soort betalingen vindt zijn grondslag dan ook niet (enkel) in het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, doch (tevens) in de vrije bevoegdheid van de overheid om binnen de grenzen die de wet – inclusief de Europese regelgeving – daaraan stelt, middelen ter beschikking te stellen ter behartiging van het algemeen belang. Dit betekent dat voorzover de betaling of de schadevergoedingsregeling verder gaat dan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten vereist, aan de betrokken bestuursorganen daarbij in beginsel een grote mate van vrijheid toekomt. Zij zijn in verregaande mate vrij voor wat betreft inrichting en opzet van de regeling, inclusief de keuze voor de daarbij te hanteren uitgangspunten. De omvang van de rechterlijke toetsing van de uitoefening van die bevoegdheid is in zoverre beperkt.[42] In de praktijk ziet men niet

---

41. ABRvS 12 december 1995, nr. R03.93.3211 (Ws. West-Friesland), BES F-10-106; ook in ABRvS 23 september 1996 (PNEM/GS van Noord-Brabant) en ABRvS 16 september 1999, AB 1999, 449 m.nt. MSV (MEGA/Min. V&W) gaat de Afdeling uit van beleidsvrijheid op dit punt. Wanneer het gaat om de toepassing van specifieke wettelijke bepalingen die voorzien in schadevergoeding wegens rechtmatig overheidshandelen, lijkt overigens geen beleidsvrijheid door de bestuursrechter te worden aangenomen (zie ook HR 25 september 1998, NJ 1999, 1983 (Van der Pol/Ferwerderadeel)).
42. Vgl. ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra.

zelden regelingen die een enigszins hybride karakter hebben. Ten dele zijn het nadeelcompensatieregelingen, maar ten dele zijn het bijvoorbeeld ook steunmaatregelen. Verschillende regelingen die voorzien in vergoeding van schade door grote infrastructurele projecten, hebben zo'n hybride karakter.

Van een volledige keuzevrijheid is ook bij dat soort regelingen strikt genomen geen sprake. Er is ten minste een ondergrens. Deze ondergrens wordt gemarkeerd door het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, dat verplicht tot vergoeding van onevenredige schade veroorzaakt door op zichzelf rechtmatig bestuursoptreden. De inhoud van nadeelcompensatieregelingen (beleidsregelingen, verordeningen e.d.) en besluiten tot toekenning van nadeelcompensatie mogen niet in strijd komen met deze verplichting. Wanneer zo'n regeling bijvoorbeeld de te compenseren schade meer beperkt dan deze norm toelaat, dan is deze regeling in beginsel in rechte aan te tasten.[43] Dat kan bijvoorbeeld geschieden door in het kader van beoordeling van het op zo'n regeling gebaseerd besluit aan te voeren dat de regeling waarop het besluit is gebaseerd onrechtmatig is, want in strijd met het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. De rechter zal dan niet enkel 'op redelijkheid' mogen toetsen. Hij zal ook dienen te beoordelen of de regeling inhoudelijk in overeenstemming is met het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. Nadeelcompensatieregelingen mogen derhalve de aanspraken die ontleend kunnen worden aan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, niet beperken en dienen daarom overeenkomstig de strekking van dit beginsel te worden toegepast.[44] Dat is een kwestie van normenhiërarchie. Voorzover zo'n regeling het aan artikel 3:4 lid 2 Awb mede ten grondslag liggende beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten interpreteert, mag het niet met deze regels in strijd komen.[45]

In de praktijk is het overigens weer wel de vraag wat de rechter nu zal doen als hij moet beoordelen welke schade als onevenredig moet worden gekwalificeerd. Zal hij werkelijk een geheel eigen standpunt formuleren, of zal hij er toch de voorkeur aan geven te reageren op het bestuursstandpunt? Zal hij bijvoorbeeld werkelijk geheel zelfstandig gaan bepalen welk percentage van de schade ten laste van benadeelde moet blijven, of zal hij enkel bezien of het bestuursorgaan met een aannemelijke motivering is gekomen en daarbij geen argumenten heeft aangevoerd die buiten de orde zijn?

De rechter bepaalt in de regel, in ieder geval in het bestuursprocesrecht, niet zelfstandig, vanuit het niets, hoe de vage norm (onevenredige benadeling) nader moet worden uitgelegd. Hij doet dat door te controleren of hij de door het bestuur gekozen benadering in het concrete geval ten aanzien van de getroffen persoon rechtens verantwoord acht. Hij beoordeelt of het bestuursorgaan geen onjuiste toepassing of uit-

---

43. R.M. van Male, B.P.M. van Ravels, B.M. Stroetinga & P.C.E. van Wijmen, Grondslagen bij nadeelcompensatie door Rijkswaterstaat, 1990, p. 33.
44. Zo ook J.G. de Vries Robbé, Nadeelcompensatie, kwestie van beleid?, Gst. 7115.
45. Vgl. H.E. Bröring, Beleidsregels, Monografieën Awb A-5, Deventer 1998, p. 19 e.v. betreffende de rechtsgevolgen van wetsinterpreterende beleidsregels.

leg heeft gegeven aan een (vage) norm. De rechter heeft per saldo het laatste woord, maar dat heeft hij pas in reactie op de aanvankelijke uitleg door het bestuur, dat dus het eerste woord had.[46] De toetsing van dat oordeel kan meer of minder terughoudend zijn. Zo kan van meer naar minder terughoudend worden beoordeeld of het oordeel van het bestuur niet kennelijk onjuist is, of het niet onjuist is, of dat het juist is. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft er, als ik het goed zie, voor gekozen te beoordelen of de benadering van het bestuursorgaan 'niet onjuist' is, of dat deze 'als onredelijk terzijde moet worden geschoven'. Zij grijpt bijvoorbeeld niet in wanneer een nauwkeuriger vergoedingssysteem denkbaar is:

> 'Met appellante is de Afdeling van oordeel, dat een lineair systeem een nauwkeuriger systeem vormt dan het thans gehanteerde schijvensysteem. Dit betekent echter niet dat het huidige systeem als onredelijk terzijde zou moeten worden geschoven.'[47]

2.2.8 EG-recht: steunmaatregelen

Mede in verband met de vorige twee aspecten kan wellicht ook het gemeenschapsrecht van betekenis worden geacht voor het onderscheid tussen de financiële stromen die vanuit de staat al dan niet direct naar ondernemingen gaan. Artikel 87 EG-Verdrag bepaalt dat, behoudens de afwijkingen waarin dit verdrag voorziet, alle steunmaatregelen van de lidstaten, of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, en voorzover de steunmaatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt, onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt. De verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt wordt vastgesteld door de Commissie krachtens de procedure van artikel 88 EG-Verdrag. Het begrip 'steunmaatregel' wordt door het Hof ruim omschreven. Het gaat daarbij volgens het Hof om 'besluiten van de Lid-Staten waardoor deze met het oog op de verwezenlijking van eigen economische en sociale doeleinden eenzijdig en autonoom geldmiddelen of voordelen ter beschikking van ondernemingen of andere rechtssubjecten stellen of hun voordelen verschaffen om de verwezenlijking van de nagestreefde economische of sociale doelstellingen te bevorderen'.[48] Niet terzake doet dat de uitkeringen uiteindelijk worden gedaan door een (privaatrechtelijke) rechtspersoon. Van belang is slechts dat de steunmaatregel met staatsmiddelen is bekostigd.[49] Sociale en maatschappelijke doelstellingen doen de tegemoetkoming niet ontsnappen aan de werking van de artikelen 87 en 88 EG-Verdrag.[50] Deze omschrijving maakt duidelijk dat subsidies, steunmaatregelen en uitkeringen in begin-

---

46. Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag 1999, p. 181 e.v.
47. ABRvS 26 oktober 1995, AB 1996, 297, JB 1996, 13 (REMU).
48. Zaak 61/79, Denkavit Italiana (r.o. 31); zie dienaangaande Kapteyn-VerLoren van Themaat, Inleiding tot het Recht van de Europese Gemeenschappen – Na Maastricht, Deventer 1995, p. 473 e.v.
49. HvJ EG 22 maart 1977, zaak 78/76, Steinike en Weinlich, Jur. 1977, p. 595.
50. HvJ EG 24 februari 1987, zaak 310/85, Deufil, Jur. 1987, p. 901.

sel als steunmaatregel gekwalificeerd kunnen worden.[51] In de rechtspraak van het Hof wordt echter beklemtoond dat vergoedingen van schade veroorzaakt door overheidshandelen een fundamenteel ander karakter hebben dan steunmaatregelen. Vergoedingen aan de ondernemingen, tot betaling waarvan een lidstaat zou kunnen worden veroordeeld ter compensatie van de uit een fout voortvloeiende schade, kunnen niet worden beschouwd als een steunmaatregel in de zin van het Verdrag, aldus het Hof. Het in artikel 87 lid 1 EG-Verdrag neergelegde verbod van steunmaatregelen is gericht tegen alle steunmaatregelen van staten of met staatsmiddelen bekostigd en geldt dus voor alle overheidsinterventies die de normale voorwaarden voor de handel tussen lidstaten kunnen vervalsen. Hieruit volgt, dat steunmaatregelen als maatregelen van de overheid ter begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producten juridisch een fundamenteel ander karakter hebben dan vergoedingen die de nationale autoriteiten op grond van een rechterlijke uitspraak eventueel aan particulieren moeten betalen ter zake van een schade die zij aan die particulieren hebben veroorzaakt.[52]

2.3 Is de WTS een nadeelcompensatieregeling?

In het kader van dit verkennend onderzoek naar het onderscheid tussen de verschillende financiële stromen, met name op het punt van de waterstaatszorg, vraagt met name de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen (hierna: WTS) enige aandacht. Door middel van deze wet heeft de wetgever voorzien in een aanspraak op een van rijkswege toe te kennen tegemoetkoming in de schade die het gevolg is van onder meer een zoetwateroverstroming, mits deze kan worden aangemerkt als een ramp als bedoeld in artikel 1 onder b van de Wet rampen en zware ongevallen.[53] Ik acht mij ontslagen van de verplichting om een meer dan een zeer globale beschrijving van de wet te geven. Kortheidshalve verwijs ik naar de overvloedige literatuur dienaangaande.[54] Ingevolge artikel 4 lid 1 WTS is toekenning van een tegemoetkoming alleen mogelijk indien en voorzover de schade het 'rechtstreeks en onmiddellijk gevolg is' van – voorzover hier van belang – een zoetwateroverstroming in de zin van de wet. Dit artikellid bepaalt voorts dat slechts in de wet genoemde categorieën van schaden en kosten voor een tegemoetkoming in aanmerking komen. Zo komt omzetschade niet voor een tegemoetkoming in aanmerking, omdat deze geacht wordt te behoren tot het normale ondernemersrisico.[55] Algemene regels voor de berekening van de omvang van de voor tegemoetkoming in aanmerking komende schadeposten zijn neergelegd in het Besluit tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen.[56] Beperking van de toe te kennen tegemoetkomingen is[57] moge-

51. Zie ABRvS 19 januari 2001, AB 2001, 112 m.nt. NV, betreffende de Bijdrageregeling landbouwbedrijven overstromingsschade 1995 (Stcrt. 1995, 45, zoals nadien gewijzigd).
52. HvJ EG 27 september 1988, AB 1991, 314 m.nt. B.M.J. van der Meulen en H.J. Simon (Asteris).
53. Wet van 30 januari 1985, Stb. 88.

lijk door het hanteren van eigen-risicobepalingen, drempelbedragen, regels over de hoogte van de tegemoetkoming en maximumbedragen van de totaal aan alle gedupeerden toe te kennen tegemoetkomingen. Daarnaast heeft de wetgever voor een aantal gevallen uitgesloten dat een tegemoetkoming wordt toegekend, kort gezegd in gevallen van verzekerbaarheid, eigen schuld, onvoldoende schadebeperking, voorzienbaarheid van de schade en ingeval verhaal op derden mogelijk is.[58]

Verschillende schrijvers hebben betoogd dat de WTS een (soort) nadeelcompensatieregeling is.[59] In het verlengde daarvan betogen zij dat de WTS als nadeelcompensatieregeling een exclusief karakter heeft en dat het niet mogelijk is of zou moeten zijn om decentrale overheden aan te spreken tot vergoeding van schade veroorzaakt door deze noodmaatregelen.

Eerst maar eens de kwestie, of de WTS een nadeelcompensatieregeling is. Naar positief recht geldt dat er onder omstandigheden een op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten gebaseerde rechtsplicht bestaat zonder dat de materiële wetgever een daarmee overeenkomende norm in het leven heeft geroepen.[60] Daaraan doet niet af dat er wettelijke bepalingen kunnen worden aangewezen die (mede) zijn gebaseerd op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. Voorts kan naar positief recht volgens de Afdeling bestuursrechtspraak, 'een verplichting tot nadeelcompensatie (...) uitsluitend worden gebaseerd op het rechtsbeginsel van "égalité devant les charges publiques" (gelijkheid voor de openbare lasten)'.[61] Dáárvan uitgaande kan de WTS mijns inziens niet als een nadeelcompensatieregeling worden

---

54. Verwezen zij naar: J.M. Polak, Schade en schadevergoeding en incidentele calamiteiten, NJB 1976, p. 741. J.M. Polak, Schade en schadevergoeding en incidentele calamiteiten. Een vervolg, NJB 1977, p. 1093. J.A.J. Peters, Rampschade, NJB 1980, p. 497; M.J.P. Verburgh, Schade lijden en schade dragen, Zwolle 1980, p. 59-84; T. Hartlief, Vergoeding van watersnoodschade, in: M. Faure & F.A.M. Stroink (red.), Recht in het water, Antwerpen-Apeldoorn 1995, p. 131 e.v.; T. Hartlief, Vergoeding van watersnoodschade, NJB 1995, p. 311 e.v.; L.J.A. Damen, Moet pech weg?, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), Voor risico van de overheid?, Deventer 1996, p. 17 e.v.; F.J. de Vries, Vergoeding van rampschade, NJB 1998, p. 1908-1915; J.F. de Groot, Voorkomen en grenzen van wateroverlast: de bestuurlijk-juridische aspecten, Uitgave van de Vereniging voor Waterstaatsbestuur en Waterstaatsrecht 1999; E. van der Schans, Regen als ramp, in: A. van Hall, Th.G. Drupsteen & H.J.M. Havekes (red.), De staat van water, Lelystad 1999, p. 217 e.v.; M. Faure & T. Hartlief, Vergoeding van rampschade, in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), Ramp en recht, Den Haag 2001, p. 149-172; J.E. van de Bunt, Voorgeschiedenis van de WTS. Beschouwing van verschillende regelingen ter vergoeding van rampschade, in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), Ramp en recht, Den Haag 2001; W.H. van Boom & I. Giessen, Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen, NJB 2001, p. 1675-1682.
55. Nota n.a.v. Verslag, TK 1996/97, 25 195, nr. 5, p. 25.
56. KB van 10 november 1998, Stb. 648.
57. Op grond van art. 6 leden 2 tot en met 4 WTS.
58. Art. 4 lid 3 WTS.
59. Genoemd kunnen worden de in noot 54 genoemde publicaties van E. van der Schans, J.F. de Groot, M. Faure en T. Hartlief.
60. D.W.P. Ruiter, Rechtmatige overheidsdaad: schade en vergoeding; leerstuk of vlag die een lading dekt?, Bestuurswetenschappen 1971, p. 243-262, met name p. 251.
61. ABRvS 18 mei 2000, Gst. 7128, 3 m.nt. HH en ABRvS 9 juni 2000, AB 2001, 222 m.nt. GJ; vgl. ook ABRvS 10 juli 2000, Gst. 7128, 9.

aangemerkt. Een natuurramp kan immers onmogelijk worden gekwalificeerd als een overheidshandelen ter behartiging van een openbaar belang. Bovendien kunnen de nadelen die het gevolg zijn van een natuurramp niet worden gekwalificeerd als een openbare last.[62] Het toekennen van een tegemoetkoming in rampschade kan niet worden herleid tot het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. Er kan ook geen ander algemeen rechtsbeginsel worden aangewezen op grond waarvan de overheid gehouden zou zijn schade te vergoeden die gedupeerden lijden als gevolg van een zoetwateroverstroming of een andere natuurramp. Wanneer de materiële wetgever desondanks de geldelijke gevolgen ervan geheel of gedeeltelijk ten laste brengt van de algemene middelen, doet hij dat louter op grond van diens vermogen om een op het Rijk rustende plicht te scheppen, waar deze zonder deze uitspraak van de wetgever niet zou bestaan. Zo bezien kan de WTS worden aangemerkt als een onverplichte steunmaatregel in verband met (rampzalige) gebeurtenissen in het verleden:[63] de rijksoverheid neemt daarbij, los van de vraag of zij op enigerlei wijze heeft bijgedragen aan het ontstaan van de desbetreffende schade, verantwoordelijkheid voor het verstrekken van een tegemoetkoming.[64] Ter fundering van een tegemoetkoming op grond van de WTS is in de geschiedenis van de totstandkoming van de WTS met name gerefereerd aan de onderlinge solidariteit van de Nederlandse bevolking, zulks mede in relatie tot artikel 21 van de Grondwet, waarin aan de overheid een zorgplicht is opgelegd ten aanzien van de bewoonbaarheid van het land.[65] Kortom, de grondslag van tegemoetkomingen op grond van de WTS en 'klassieke' nadeelcompensatie is verschillend: zij ligt niet in de égalité, maar in de fraternité.

Dit verschil in grondslag is onder meer van betekenis voor de beantwoording van de vraag of, en zo ja, in hoeverre een betalingsverplichting op de overheid komt te rusten. Zonder enige pretentie van volledigheid wijs ik op de volgende verschillen. De vraag of nadeelcompensatie moet worden toegekend, is in beginsel een rechtsvraag, afhankelijk van onder meer de realiteit van de schade, het causaal verband met een rechtmatig overheidshandelen en van de bijzondere en abnormale aard van de schade. De rechter kan ingrijpen wanneer een enkeling of een beperkte groep van burgers of instelling onaanvaardbaar tekort wordt gedaan bij de verdeling van lusten en lasten door de overheid. De vraag echter of, en zo ja, in hoeverre steun wordt toegekend, is in beginsel een politieke kwestie; een kwestie van verdeling van voor- en tegenspoed over de bevolking.[66] De beantwoording van deze politieke kwestie is niet afhankelijk van voornoemde factoren. Bij steunmaatregelen kunnen namelijk budgettaire redenen valide gronden zijn om geen of slechts een beperkte tegemoet-

---

62. Idem: W. Konijnenbelt, De égalité devant les charges publiques in het Franse administratieve recht, Bestuurswetenschappen 1971, p. 263-298, met name p. 293.
63. L.J.A. Damen, Moet pech weg?, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), Voor risico van de overheid?, Deventer 1996, p. 17 e.v.
64. Vgl. nota naar aanleiding van verslag WTS 1996-1997, 25 159, nr. 5, p. 4.
65. Zie dienaangaande F.J. de Vries, Vergoeding van rampschade, NJB 1998, p. 1908-1909.
66. J.A.E. van der Does & G. Snijders, Overheidsprivaatrecht, Mon. Nieuw BW A-26, p. 98.

koming toe te kennen. Bij nadeelcompensatie kan zulks in beginsel niet. Bij nadeelcompensatie is 'de overheid' aansprakelijk voor vergoeding van schade, afhankelijk onder meer van de vraag of, en zo ja, in hoeverre de overheid heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade. Bij steunmaatregelen is die omstandigheid niet van betekenis. De mogelijkheid van beperking van de tegemoetkoming tot bepaalde categorieën van schade kan niet zonder meer worden aangenomen bij toepassing van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. De omstandigheid dat schade verzekerbaar is, kan bij toepassing van het égalité-beginsel – anders dan bij toepassing van de WTS – niet zonder meer aan benadeelden worden tegengeworpen. Bij steunmaatregelen zijn de artikelen 87 e.v. EG-Verdrag relevant; bij nadeelcompensatie in beginsel niet.

Ofschoon de WTS wel enige trekken gemeen heeft met een nadeelcompensatieregeling (korting wegens eigen risico; geen plicht voor gedupeerde om een onrechtmatig handelen of nalaten van de rijksoverheid aan te voeren; complementair karakter), kan de WTS mijns inziens niet worden aangemerkt als een nadeelcompensatieregeling en dus ook niet als een exclusieve nadeelcompensatieregeling.

3 Artikel 3:4 lid 2 Awb en het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten

3.1 Wijzen waarop het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten functioneert

Het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten is in de benadering van de Nederlandse bestuursrechter en die van de burgerlijke rechter een norm waarvan de schending een onrechtmatige daad oplevert.

Bij de burgerlijke rechter kan in verband met de schending van deze norm schadevergoeding, een gebod of een verbod worden gevorderd (behoudens het bepaalde in artikel 6:168 BW). Bij de bestuursrechter kan schending van deze norm een grond bieden voor vernietiging van het schadeveroorzakende besluit.

Daarnaast fungeert het beginsel in de rechtspraak van de bestuursrechter als een zelfstandige grondslag voor vergoeding van schade veroorzaakt door op de behartiging van het openbaar belang gericht optreden van bestuursorganen.[67]

In het burgerlijk recht is slechts bij in de wet geregelde uitzonderingsgevallen plaats voor aansprakelijkheid voor schade, aan een ander toegebracht door een rechtmatige daad.[68]

---

67. Daarmee zijn de functies van dit beginsel overigens niet uitgeput. Het speelt ook een rol bij de toerekening van onrechtmatige besluiten aan de overheid. Ook in het Franse recht heeft het beginsel van de égalité devant les charges publiques deze twee functies; zie B.J.P.G. Roozendaal, Overheidsaansprakelijkheid in Duitsland, Frankrijk en Nederland, diss. 1998, p. 154. Zie voorts P.C.E. van Wijmen, (6:168) x 3.2.3 is schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Ondernemingen nieuw burgerlijk recht*, Zwolle 1991.

68. Ik laat hier rusten de vraag naar de (nog?) niet expliciet erkende mogelijkheid om zodanige verplichting aan te nemen op grond van het stelsel van de wet en de daarin wel geregelde gevallen.Vgl. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (Quint/Te Poel) en HR 15 februari 1991, AB 1991, 394 m.nt. FHvdB (Aalscholvers); zie met name r.o. 4.7, laatste zin.

3.2 Verband tussen artikel 3:4 lid 2 Awb en het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten

Het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten wordt in de rechtspraak, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, gerelateerd aan artikel 3:4 lid 2 Awb. Dit artikellid luidt:

> 'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.'

De meeste schrijvers zijn het er wel over eens dat het verband tussen dit artikellid en het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten op zijn minst genomen kwetsbaar is.[69] De wetgever heeft in deze formulering een veelheid van verschillende rechtsbeginselen in één formulering trachten te persen, te weten het willekeurverbod, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Daarnaast beoogt het artikellid blijkens de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming ervan ook nog een kapstok te bieden voor de reeds bestaande bestuurlijke en rechterlijke nadeelcompensatiepraktijk. Het evenredigheidsbeginsel zoals dit in artikel 3:4 lid 2 Awb is geformuleerd is echter een ander beginsel dan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten.

Bij artikel 3:4 lid 2 Awb gaat het in hoofdlijnen om het volgende: er dient een redelijke verhouding te bestaan tussen de met het besluit beoogde doelen en de daardoor veroorzaakte nadelen. Vanzelfsprekend dient de overheid een middel te kiezen dat geschikt is om het gestelde doel te bereiken. Wanneer de overheid om het beoogde doel te bereiken een keuze heeft uit verschillende middelen, dient zij dát middel te kiezen dat het minste nadeel veroorzaakt (het beginsel van de minste pijn), terwijl het middel niet mag worden gehanteerd als de daaraan verbonden nadelen zwaarder wegen dan de daarmee te bereiken voordelen. Teneinde deze afweging mogelijk te maken dient een bestuursorgaan bij het voorbereiden en nemen van een besluit de bij het besluit betrokken belangen, waaronder de voor een of meer belanghebbenden nadelige financiële en bedrijfseconomische gevolgen van het besluit, in aanmerking te nemen (art. 3:2 Awb). Op deze wijze kan – door eventueel alternatieve maatregelen te treffen – worden bereikt dat maatregelen die in het algemeen belang zijn geboden, zo weinig mogelijk nadeel veroorzaken. Wanneer geconcludeerd wordt dat het middel geschikt is om het doel te bereiken, dat het voldoet aan het beginsel van de minste pijn en de voordelen die met het middel in het algemeen belang beoogd worden zwaarder wegen dan de nadelen die een of meer belanghebbenden dientengevolge lijden, voldoet het besluit in beginsel aan de norm die in artikel 3:4 lid 2 Awb is verwoord.

---

69. J.H.W. de Planque, Overheidsaansprakelijkheid, administratieve en burgerlijke rechter, VAR-reeks 102, Alphen a/d Rijn 1989, p. 14; P. Nicolaï, Kroniek Beginselen van behoorlijk bestuur, NTB 1990, p. 34-35; H.Ph.J.A.M. Hennekens, Nadeelcompensatie: wanneer en waarom?, Gst. 7130.

Dat betekent echter nog niet dat benadeelden dan geen aanspraak kunnen ontlenen aan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. Indien immers blijkt dat een belanghebbende ten gevolge van het op zichzelf rechtmatige besluit desondanks nadeel zal ondervinden dat redelijkerwijs niet te zijnen laste behoort te blijven, dan dient, wanneer dit nadeel niet op andere wijze kan worden gecompenseerd, de betrokkene een vergoeding in geld te worden aangeboden. Het égalité-beginsel kan een grondslag bieden voor schadevergoeding wegens op zichzelf rechtmatig overheidshandelen, dat wil zeggen handelen waarbij (onder meer) de norm van artikel 3:4 lid 2 Awb in acht is genomen. Dat is het moment waarop het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten – een verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel – in beeld komt.

Hierbij is ook van belang dat de norm die in artikel 3:4 lid 2 Awb is neergelegd, een andere reikwijdte heeft dan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. Laatstgenoemd beginsel is immers per definitie beperkt tot die gevallen waar een last die het gevolg is van overheidshandelen, op een beperkte groep burgers of instellingen drukt.

Het beginsel van de gelijkheid van de openbare lasten heeft dus een andere inhoud en een andere reikwijdte dan de in artikel 3:4 lid 2 Awb neergelegde norm, terwijl dit beginsel eerst aan de orde zou moeten komen wanneer eenmaal vaststaat dat een handeling aan de in artikel 3:4 lid 2 Awb neergelegde norm voldoet. In de literatuur is terecht bepleit het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten in geval van een zelfstandig schadebesluit toe te passen zonder een beroep te doen op artikel 3:4 lid 2 Awb.[70] Het verband tussen beide normen is inderdaad ongelukkig, terwijl ook de twee functies van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten in het bestuursrecht tot minder gelukkige consequenties kunnen leiden.

3.3 Verhouding tussen twee functies van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten

Zoals gezegd fungeert het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten in de rechtspraak van de bestuursrechters niet alleen als norm waarvan de schending een onrechtmatige daad oplevert, maar ook als een zelfstandige grondslag voor schadevergoeding wegens op de behartiging van het openbaar belang gericht, rechtmatig overheidshandelen. De verhouding tussen deze twee functies levert problemen op. Een recente uitspraak van de Afdeling betreffende een wegbeheerskwestie biedt een illustratie van de verwarring die kan ontstaan wanneer men geen onderscheid maakt tussen de norm van artikel 3:4 lid 2 Awb en het beginsel van de gelijkheid voor de

70. P.J.J. van Buuren, AB Klassiek 2000, nr. 40, p. 393 (Zelfstandig schadebesluit Van Vlodrop); G.M. van den Broek, Nadeelcompensatieregelingen: bevoegdheid of verplichting, BR 1999, p. 1-12; H.Ph.J.A.M. Hennekens, Nadeelcompensatie: wanneer en waarom?, Gst. 7130; R.L. Vucsan, Het zelfstandige schadebesluit: nadeelcompensatiebesluiten na Van Vlodrop, JB-plus 2000, p. 134.

openbare lasten.[71] Burgemeester en wethouders van Nunspeet hadden in 1992 een verkeersbesluit genomen waarbij een gedeelte van een weg gesloten werd verklaard voor alle verkeer behalve voor voetgangers. Een eigenaar van een doe-het-zelf-winkel stelde tegen dit besluit beroep in bij (destijds) de Kroon, omdat door deze verkeersmaatregel de bereikbaarheid van zijn aan dat deel van de weg gelegen winkel verminderde en hij daardoor economisch nadeel vreesde. Bij koninklijk besluit van 12 april 1996 verklaarde de Kroon het beroep ongegrond. Daartoe overwoog de Kroon dat het treffen van een verkeersmaatregel als hier aan de orde als een normaal verschijnsel dient te worden beschouwd, waarmee eenieder kan worden geconfronteerd. De Kroon oordeelde voorts – in de bewoordingen van de Afdeling – dat 'aan de aangevoerde bezwaren betreffende de bereikbaarheid van de winkel tegenover het belang dat met de maatregel is gediend geen overwegende betekenis (kan) worden toegekend'. Daarin ligt een oordeel besloten omtrent de vraag of het besluit aan de norm van (thans) artikel 3:4 lid 2 Awb voldoet. Betekent dat nu dat het besluit ook aan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten voldoet? In de weergave door de Afdeling van het koninklijk besluit werd voormeld oordeel redengevend geacht voor de conclusie dat 'de vrees voor onaanvaardbare bedrijfseconomische nadelen, waaronder een verslechterde concurrentiepositie (...) mitsdien ongegrond' was. Met name het woord 'mitsdien' trekt hier de aandacht. Uit de omstandigheid dat aan de nadelen die derden als gevolg van een besluit lijden geen overwegende betekenis kan worden toegekend, kan immers slechts volgen dat de gevreesde nadelen in verhouding met de door het besluit te dienen doelen niet zodanig onaanvaardbaar zijn, dat zulks moet leiden tot vernietiging van het besluit. Wanneer men het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten identificeert met de in artikel 3:4 lid 2 Awb gecodificeerde norm, impliceert dit oordeel echter tevens dat het besluit niet in strijd is met dit beginsel. Dat lijkt mij onjuist. Het lijkt mij althans onjuist daaraan de consequentie te verbinden dat betrokkene geen aanspraak kan ontlenen aan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. De omstandigheid dat de nadelen die de winkelier als gevolg van het besluit lijdt, minder zwaar wegen dan de met het besluit te dienen doelen, impliceert immers niet zonder meer dat er geen sprake is van schending van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, of althans dat de winkelier aan dat beginsel geen aanspraak op vergoeding van deze nadelen kan ontlenen.

3.4 Formele rechtskracht en het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten

Wanneer een appellabel besluit rechtens onaantastbaar is geworden, impliceert dit dat het besluit formele rechtskracht heeft. Dat betekent dat het besluit geacht moet

71. ABRvS 26 september 2001, nr. 200005599/1 (Mennema/Nunspeet).

worden volkomen rechtmatig te zijn en dat het dús (ook) niet in strijd met het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten is genomen. Betekent dat nu ook dat benadeelden in beginsel geen aanspraak kunnen ontlenen aan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten?

Men zou deze vraag ontkennend kunnen beantwoorden door te redeneren dat de omstandigheid dat het besluit ook niet in strijd is met het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten (slechts) betekent dat het schadeveroorzakende besluit rechtmatig is. Nu het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten voorziet in schadevergoeding wegens rechtmatig overheidshandelen, zou de weg om via een zuiver schadebesluit op de overheid te verhalen nog onverkort openstaan. Dat is slechts anders wanneer in het schadeveroorzakende besluit tevens een expliciete beslissing is begrepen omtrent toekenning van nadeelcompensatie. Daargelaten dat deze redenering iets gekunstelds heeft, is het de vraag of de Afdeling deze redenering volgt. Op grond van de hiervoor reeds genoemde, ook op dit punt niet helemaal duidelijke, uitspraak van de Afdeling kan niet worden uitgesloten dat de Afdeling een andere koers vaart. Het ging daarin om een geval waarbij nadeelcompensatie bij het onherroepelijk geworden schadeveroorzakende verkeersbesluit 'niet aan de orde' werd geacht. Onduidelijk is of het onderwerp letterlijk niet aan de orde kwam in het verkeersbesluit, of dat het besluit een uitdrukkelijke weigering om nadeelcompensatie behelsde. Het is in zodanig geval mogelijk via de weg van het zuivere schadebesluit vergoeding van schade te verzoeken, maar die mogelijkheden zijn wel beperkt. De betrokkenen dienen dan volgens de Afdeling 'gewijzigde of onvoorziene omstandigheden aan te voeren en daarnaast onder meer het causaal verband tussen de schade en het verkeersbesluit in voldoende mate aan te tonen'. Wanneer betrokkenen geen feiten en omstandigheden aanvoeren die sedert het nemen van het schadeveroorzakende besluit gewijzigd zijn, of die destijds niet voorzien(baar) waren, kan het verzoek om schadevergoeding worden afgewezen. De benadering lijkt op de koers die gevolgd wordt bij gevallen waarin een bestuursorgaan gevraagd wordt terug te komen op rechtens onaantastbaar geworden besluiten. De consequentie daarvan lijkt te zijn dat degenen die nadeel vrezen te lijden van een appellabel besluit, gehouden zijn rechtsmiddelen aan te wenden tegen dat besluit op straffe van verlies van aanspraken. Zij moeten dus de weg van het onzuivere schadebesluit bewandelen. Dat moeten zij in deze benadering óók wanneer zij geen bezwaren hebben tegen het besluit op zichzelf. Zij moeten dan procederen om hun eventuele aanspraak op schadevergoeding veilig te stellen. Konijnenbelt[72] heeft erop gewezen dat het nadeel van deze benadering is dat het jarenlang onzeker kan blijven of de hoofdzaak van het bestreden besluit ooit rechtens onaantastbaar kan worden. Daar bestaat eigenlijk geen goede reden voor wanneer de mogelijkheid bestaat om via de weg van het zuivere schadebesluit vergoeding van deze schade te verkrijgen. Deze benadering leidt

72. W. Konijnenbelt, De administratieve rechter als schadevergoedingsrechter, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad 1996, p. 19.

tot nodeloze procedures en daarmee tot nodeloze kosten en belasting van burgers, ondernemingen, bestuurders, ambtenaren en rechters.

3.5 Rechterlijke toetsing

De identificatie van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten met de in artikel 3:4 lid 2 Awb neergelegde norm leidt ook tot moeilijk te aanvaarden consequenties op het punt van de rechterlijke toetsing. In het kader van een beroep tegen een verkeersbesluit overwoog de Afdeling als volgt:

> 'De Afdeling stelt voorop dat het treffen van een verkeersmaatregel zoals de in geding zijnde als een normale, maatschappelijke ontwikkeling moet worden beschouwd, waarmee een ieder kan worden geconfronteerd en waarvan de nadelige gevolgen in beginsel voor rekening van betrokkenen behoren te blijven. De bevoegdheid tot het nemen van verkeersmaatregelen kent weliswaar ruime beoordelingsmarges, waarbinnen het daartoe bevoegde bestuursorgaan de belangen die bij het nemen van een verkeersbesluit zijn betrokken, tegen elkaar afweegt, doch dat neemt niet weg dat zich feiten en/of omstandigheden kunnen voordoen waardoor een individueel belang ten gevolge van een dergelijke maatregel zodanig zwaar wordt getroffen dat het bestuursorgaan, na afweging van de betrokken belangen, niet in redelijkheid tot het treffen van de verkeersmaatregel heeft kunnen besluiten, dan wel het nadeel daarvan redelijkerwijs niet ten laste van betrokkenen dient te blijven. Of zich een zodanige onevenwichtigheid in de belangenafweging voordoet, dient de rechter met terughoudendheid te toetsen.'[73]

Uit deze uitspraak lijkt te moeten worden afgeleid dat de Afdeling zich op het standpunt stelt dat niet alleen de vraag of het besluit voldoet aan de norm van artikel 3:4 lid 2 Awb terughoudend dient te worden getoetst, maar dat ook de nadeelcompensatiekwestie terughoudend door de rechter getoetst moet worden. De rechter dient om staatsrechtelijke redenen terughoudendheid te betrachten bij de beoordeling van de keuzen die het bestuur maakt bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Geldt die terughoudendheid ook voor de beantwoording van de vraag of het uit een besluit voortvloeiend nadeel redelijkerwijs ten laste van een betrokkene behoort te blijven? Is het ook dienaangaande niet de bedoeling, dat de rechter gaat beoordelen welke nadelige gevolgen nog juist wel als evenredig en welke dus niet meer als evenredig kunnen worden beschouwd?[74] De Afdeling lijkt die vraag in deze uitspraak bevestigend te beantwoorden, zulks mede in verband met het gegeven dat zij geen onderscheid maakt tussen beide normen. Zoals gezegd dienen mijns inziens deze normen wel te worden onderscheiden en is het verdedigbaar dat de rechterlijke terughoudendheid niet, of althans in mindere mate heeft te gelden voor de beantwoording van de nadeelcompensatievraag. De rechter behoeft immers bij die vraag niet te beoorde-

---

73. ABRvS 14 november 2000, BR 2001, 234 m.nt. B.P.M. van Ravels (Verkeersmaatregel Enschede).
74. Vgl. MvA II bij de Awb (PG II, p. 212) en ABRvS 9 mei 1996, BR 1996, p. 895 (Detailhandel Venlo).

len of het betreffende besluit een doelmatig middel is, of de overheid de juiste keuze heeft gemaakt. Hij behoeft enkel, uitgaande van de bestuurlijke doelmatigheid van het besluit, te beoordelen of het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten aanspraak biedt op vergoeding van (een deel van) de door het besluit veroorzaakte schade.

3.6 Slot

Men kan artikel 3:4 lid 2 Awb in verband met nadeelcompensatie moeilijk toepassen zonder in een spagaat te raken. Het zou mijns inziens aanbeveling verdienen de band die de parlementaire geschiedenis heeft gesmeed tussen het égalité-beginsel en artikel 3:4 lid 2 Awb te verbreken. Dat zal, naar ik aanneem, moeten geschieden door ingrijpen van de wetgever: deze zou een regeling in de Awb moeten opnemen die voorziet in een algemene regeling voor nadeelcompensatie. Daarna zou het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten niet langer meer (behoeven te) fungeren als een norm waarvan de schending een onrechtmatige daad oplevert. De wetgever heeft zich dan op voorhand de belangen van benadeelden die aanspraak kunnen maken op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten aangetrokken. Dat betekent ook dat de weg van het zogenoemde onzuivere schadebesluit niet meer begaanbaar is. Dat is ook niet meer nodig, omdat er dan in beginsel is voorzien in schadevergoeding achteraf, terwijl vooraf voldoende duidelijkheid wordt geboden omtrent de bij de beoordeling van het verzoek om schadevergoeding te hanteren criteria en de bij de afwikkeling van het verzoek te volgen procedure. Ter waarborging van de belangen van benadeelden dient alsdan wel een adequate mogelijkheid te bestaan om een voorschot op de schadevergoeding te verkrijgen.

4 Natte waterstaat

4.1 Afsluitingswerken

4.1.1 Afsluiting van de Zuiderzee

In het begin van de vorige eeuw werd besloten tot afsluiting van de Zuiderzee, zulks zowel met het oog op landaanwinning, als met het oog op beveiliging van het land tegen stormvloeden. Ten tijde van de totstandkoming van de Zuiderzeewet leefde terdege het besef dat als gevolg van deze afsluiting een grote groep van personen omvangrijke schade zou leiden. De regering was van mening dat het niet in alle gevallen te billijken zou zijn deze schade ongecompenseerd te laten. De Zuiderzeesteunwet 1925[75] voorzag daarom in een tegemoetkoming in de schade die de zuiderzeevissersbevolking leed als gevolg van de afsluiting. Deze wet was daarmee waarschijnlijk de eerste die een voorziening trof ter zake van de schade die de uitvoering van waterstaatkundige werken veroorzaakt zonder dat deze werken – zoals bijvoorbeeld bij onteigening of oplegging van een gedoogplicht – een rechtstreekse aantasting van rechten opleveren. Dat wil echter niet zeggen dat deze wet herleid kan worden tot het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. Veelzeggend is in dit verband dat de Zuiderzeesteunwet (inmiddels) binnen Rijkswaterstaat wordt ervaren als een benepen steunregeling die ook wel wordt aangeduid als 'de schande van de Zuiderzee'.[76] Het was destijds geenszins de bedoeling van de wetgever om vorm of uitwerking te geven aan een vooronderstelde aanspraak op vergoeding van (onevenredige) schade die het gevolg was van de afsluiting van de Zuiderzee. Integendeel. Een rechtsgrond 'volgens welke bij uitvoering van openbare werken tegemoetkoming in geleden schade wordt verleend (was naar het oordeel van de regering) strikt genomen nimmer aanwezig'.[77] De bedoeling was enkel een

> 'tegemoetkoming te verleenen als gevolg van de afsluiting der Zuiderzee, vermits ook zoveel mogelijk ieder op eigen beenen zal moeten blijven staan en de van Regeeringswege getroffen maatregelen alleen moeten strekken om belanghebbenden tot schraging van eigen kracht de

75. Stb. 1925, 90. Zie dienaangaande J. van der Schaaf, Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad speciaal bij ruimtelijke ordening, Zwolle 1971, p. 22-28.
76. W. Pluimakers, Interview met Jan Herman Teulings, in: A. Driesprong e.a. (red.), Lex aquarum, Liber Amicorum, Minister van Verkeer en Waterstaat, 2000, p. 8-19.
77. Bijl. Hand. II, 1924-1925, 281, nr. 5, p. 25.

hand te reiken (...). Het schijnt niet wel te verantwoorden aan hen, die weliswaar de bezwaren van de afsluiting ondervinden en daardoor wellicht ook schade zullen lijden, doch die nochtans kapitaalkrachtig genoeg zijn om dit te boven te komen en bovendien redelijkerwijs geacht mogen worden de gelegenheid te hebben om tijdig hun kapitaal in andere richting aan te wenden of hun bedrijf om te zetten, eenige geldelijke uitkeering te verleenen. (...) De uitkering moet dus zo laag mogelijk zijn en het bestaansminimum naderen.'[78]

Uitgangspunt van de regeling was: 'Hoe kan de Zuiderzeevisscherbevolking onder de veranderde omstandigheden blijven werken en hoe helpt men haar heen door overgangsperioden; alleen als men voor deze hulp in sommige gevallen geen andere uitkomst ziet, komt de uitkeering in geld.'[79] In deze wet werd in de visie van de toenmalige regering een recht geschapen dat overigens bij de uitvoering van openbare werken niet was erkend. Een belangrijke reden om dit 'recht' in het leven te roepen was dat 'het hier (...) een zoo groote groep van personen betrof'.[80] Deze reden is wel erg ver verwijderd van de redenen om een aanspraak op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten aan te nemen. Alsdan moet het immers gaan om een op een beperkte groep van burgers of instellingen rustende last. De Zuiderzeesteunwet is dan ook veeleer te plaatsen in de sfeer van de sociale zekerheid en steunverlening dan in de sfeer van het schadevergoedingsrecht en kan daarom hier verder buiten beschouwing blijven.

4.1.2 De afsluiting van zeearmen in het kader van de uitvoering van de Deltawerken

De Deltawet[81]

In februari 1953 werd eens te meer duidelijk hoe kwetsbaar Nederland en haar bevolking zijn voor de gevaren van het oppervlaktewater – in dit geval het zeewater – en dat het ter voorkoming van dit gevaar noodzakelijk is zeer ingrijpende maatregelen te treffen. De Deltawet,[82] die aan het einde van de jaren vijftig totstandkwam, voorziet in de afsluiting van de zeearmen tussen de Westerschelde en de Nieuwe Waterweg. Voorts voorziet deze wet in de versterking van hoogwaterkeringen, een en ander ter beveiliging van het land tegen stormvloeden. De hoofdwerken worden gevormd door de afsluitdammen en de secundaire afsluitingen – de in artikel 1 onder I van de Deltawet bedoelde werken. Daarnaast worden werken ter versterking van de hoogwaterkeringen uitgevoerd – de in artikel 1 onder II bedoelde werken. Voorts worden nadere voorzieningen getroffen (artikel 3). Met deze nadere voorzieningen wordt onder meer gedoeld op de voorzieningen die nodig zijn om de benedenrivieren en

78. Bijl. Hand. II, 1924-1925, 281, nr. 3, p. 12.
79. Bijl. Hand. II, 1924-1925, 281, nr. 5, p. 25.
80. Tweede Kamer 1924-25, 281, Handelingen, p. 2236; zie ook p. 1044-1045.
81. J. van der Schaaf, Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad speciaal bij ruimtelijke ordening, Zwolle 1971, p. 32-35.
82. Wet van 8 mei 1958, Stb. 246.

zeearmen aan te passen aan het gewijzigde regime. Te denken valt aan werken voor de goede afvoer van water en ijs, projecten in het belang van de waterhuishouding (bijvoorbeeld gemalen ter vervanging van een natuurlijke waterlozing) en de scheepvaart. De regering achtte destijds een tegemoetkoming in de schade die bepaalde personen zouden leiden als gevolg van de uitvoering van deze werken geboden. De Deltawet zelf bevat slechts één bepaling die een rechtstreekse aanspraak biedt op vergoeding van schade die het gevolg is van de Deltawerken, namelijk artikel 7 van de Deltawet. Daarin is, voorzover hier van belang, bepaald dat indien ten gevolge of mede ten gevolge van de uitvoering van – kort gezegd – afsluitingswerken of verbeteringswerken als bedoeld in artikel 1 van de Deltawet buitendijkse gronden een waardevermindering ondergaan, deze door het Rijk aan de rechthebbende wordt vergoed. Daartegenover staat een baatafromingsregeling voor gevallen van waardevermeerdering. Dat wil zeggen dat de Deltawet voorziet in een verhaalsactie van de Staat ten aanzien van waardevermeerdering die buitendijkse gronden ten gevolge van de Deltawerken ondergaan. Bij de bepaling van de omvang van de waardevermindering wordt aansluiting gezocht bij het onteigeningsrecht. Dat betekent dat onderzocht dient te worden enerzijds wat de werkelijke waarde van dat complex is, daarbij in aanmerking genomen de situatie waarin dat complex is komen te verkeren na de afsluiting van de betreffende zeearm, en anderzijds welke de werkelijke waarde van dat complex zou zijn indien de afsluiting wordt weggedacht.[83] Opmerkelijk is dat deze wet voorziet in een volledige schadeloosstelling van de door de afsluitingswerken veroorzaakte waardevermindering. De vraag bijvoorbeeld, of eventuele waardevermindering wegens normaal maatschappelijk risico of wegens risicoaanvaarding geheel of gedeeltelijk ten laste van de getroffenen behoort te blijven, is buiten de orde.

Voor het overige verwijst de Deltawet het schadevergoedingsaspect naar nadere regelgeving. Artikel 8 van deze wet bepaalt dat bij of krachtens afzonderlijke wet regelen worden gesteld omtrent tegemoetkoming, hetzij door het treffen van voorzieningen, hetzij in geld, in schade, welke door de in artikel 1 onder I van deze wet bedoelde werken voor de visserij en aanverwante bedrijven en voor andere daarvoor in aanmerking komenden ontstaat. De regering stelde zich op het standpunt dat dit onderwerp 'rustige overweging verdient'[84] en dat een vanuit een oogpunt van rechtszekerheid wenselijke gelijktijdige behandeling van de schadevergoedingsregeling en de Deltawet tot ernstige vertraging in de totstandkoming van de Deltawet zou leiden.

De Deltawet voorzag alleen in vergoeding van schade veroorzaakt door de afsluitingswerken. Schade die het gevolg is van de andere Deltawerken, te weten de versterking van de hoogwaterkeringen[85] en de nadere voorzieningen, bleef buiten het bereik van de wettelijke regeling. Daarmee werd overigens niet beoogd aan te geven

83. Zie dienaangaande HR 6 december 1973, NJ 1974, 512 m.nt. A.R.B. (Rb. Rotterdam 21 mei 1973, 14 juli 1975, NJ 1977, 148, Staat/Bijvoet).
84. MvA, p. 27.
85. De werken als bedoeld in art. 1 onder II van de Deltawet.

dat nimmer aanleiding zou bestaan voor de regeling van de vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade.

De wet spreekt overigens niet van 'schadevergoeding', maar van 'tegemoetkoming' in schade. Daarmee werd destijds niet beoogd tot uitdrukking te brengen dat er geen aanspraken werden verleend. Evenmin beoogde men daarmee aan te geven dat het enkel om een vorm van steun, om een gunst ging. Hantering van deze term had meer te maken met onzekerheid over de consequenties van het bieden van aanspraken op schadevergoeding wegens rechtmatig overheidshandelen, 'nu het gehele vraagstuk nog niet kan worden overzien'.[86] De regering bleef de kwestie waarin de wet op dit punt trachtte te voorzien, toch vooral als een 'sociaal vraagstuk' zien.[87] Daarbij stond het oogmerk van continuïteitshandhaving voorop:

> 'Het is de bedoeling de tegemoetkoming zo veel mogelijk in dier voege te verlenen, dat de maatschappelijke activiteit van belanghebbenden in het geheel niet of zo kort mogelijk wordt onderbroken; zo weinig mogelijk zal deze tegemoetkoming worden verleend als "steun" welke de betrokkenen tot een louter passieve houding dwingt of verleidt.'[88]

Begrippen als 'onevenredige schade', buiten het normaal maatschappelijk risico vallende schade, of schade die op één individu, of op een beperkte groep van personen of instellingen drukt, speelden bij de totstandkoming van de Deltawet (nog) geen rol.

De wet voorzag bovendien niet in een tegemoetkoming aan eenieder die schade leed als gevolg van de afsluitingswerken. De categorie van benadeelden die op grond van de bij afzonderlijke wet te regelen tegemoetkoming voor zodanige tegemoetkoming in aanmerking komen, is beperkt tot 'de visserij en aanverwante bedrijven en voor andere daarvoor in aanmerking komenden'.

Schadevergoeding in geld stond niet voorop. De wet onderscheidt twee vormen van tegemoetkomingen: tegemoetkoming door het treffen van voorzieningen (ook wel aangeduid als vergoeding in natura) en tegemoetkomingen in geld. De regering stelde zich op het standpunt dat schade als gevolg van de uitvoering van verbeteringswerken veelal kan worden vermeden door de wijze van uitvoering van de werken. Indien bijvoorbeeld als gevolg van de dijkverhoging te steile op- en afritten zouden ontstaan, dienen deze in het kader van de dijkverhoging te worden aangepast.[89]

---

86. MvA, p. 29.
87. Bijl. Hand II, 1955-1956, 4167, V.V. nr. 4, p. 24-25.
88. Idem.
89. MvA, p. 29; Handelingen Tweede Kamer, 1957-1958, 3104-3105.

De Deltaschadewet e.a.

Inleiding

Bij wet van 16 september 1969, Stb. 399 – de zogenoemde Oesterschadewet – is, voor wat betreft de schade van oesterkwekers uitvoering aan artikel 8 van de Deltawet gegeven. Vervolgens is bij wet van 4 februari 1971, Stb. 86 – de Deltaschadewet[90] – eveneens uitvoering aan dit artikel gegeven, zulks voor wat betreft de tegemoetkoming voor anderen dan oesterkwekers en tegemoetkoming in schade als gevolg van de afsluiting van de Lauwerszee. Aan de eerste wet zal ik hierna geen afzonderlijke aandacht besteden, aangezien de hoofdlijnen daarvan kunnen worden teruggevonden in de Deltaschadewet. Het zijn beide, zeker in vergelijking met andere regelingen die voorzien in schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad, zeer gedetailleerde regelingen. De Deltaschadewet is goeddeels gebaseerd op de normen die ten grondslag liggen aan de regeling tot het verlenen van tegemoetkomingen aan oesterkwekers. Tussen de bekendmaking van de Deltawet en die van de Deltaschadewet is een aantal voor de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad belangrijke wetten totstandgekomen, te weten artikel 49 WRO en de schadevergoedingsbepalingen in de Boswet en de Monumentenwet. De regering betoogde destijds dat de achtergrond van de Deltaschadewet niet wezenlijk anders is dan die van deze schadevergoedingsbepalingen. Een van de eisen die de Deltaschadewet stelt voor toekenning van een tegemoetkoming, is dat de benadeelde 'onevenredig zwaar in zijn inkomsten uit bedrijf wordt getroffen' door een der in de wet genoemde schadeoorzaken. Materieel maakte het naar het oordeel van de toenmalige minister 'geen verschil of men hier nu spreekt van onevenredig zwaar getroffen of van schade die redelijkerwijze niet ten laste van de betrokkenen moet blijven, zoals in sommige andere wetten wordt gezegd'.[91] Het verschil zit hem vooral in de inhoud en opzet van deze regelingen. In eerstgenoemde wetten wordt volgens de regering alleen maar gesproken over 'het beginsel', maar daarin wordt 'geen stelsel' gegeven. Dat doet de Deltaschadewet wél en daarmee gaat deze wet in wezen heel ver, aldus de toenmalige minister.[92] In de Deltaschadewet en de parlementaire behandeling daarvan spelen begrippen als 'onevenredige schade', 'normaal maatschappelijk risico', anders dan bij de Deltawet, wel een zekere rol.

Opzet van de Deltaschadewet

Op hoofdlijnen komt de opzet van de Deltaschadewet, voorzover van belang voor het materiële schadevergoedingsrecht, op het volgende neer. In hoofdstuk I worden – nadat de in de wet te hanteren begrippen zijn omschreven – de categorieën van personen omschreven die aanspraak kunnen maken op een tegemoetkoming op

---

90. Zie J. van der Schaaf, Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad speciaal bij ruimtelijke ordening, Zwolle 1971, p. 56-62 (schade oesterkwekers) en p. 65-71 (Deltaschadewet).
91. Zo ook MvA I, p. 2.
92. Handelingen II, 1969-1970, p. 4265; zie ook MvA I, p. 2.

grond van de Deltaschadewet. Het gaat daarbij kort gezegd om degene 'die als gevolg van de aanwezigheid van een afsluitingswerk rechtstreeks en onevenredig zwaar in zijn inkomsten uit bedrijf wordt getroffen' (artikel 2). Te denken valt aan mosselkwekers, andere visserijbedrijven, griendbedrijven en dergelijke die schade lijden als gevolg van de verandering van de waterbeweging, verandering van het zoutgehalte binnenwaarts van de afsluitingswerken, de belemmering van de vaart naar zee, alsmede als gevolg van de verandering van de bodemfiguratie en het visbestand buitenwaarts van de afsluitingswerken. Ook degene, die 'rechtstreeks en onevenredig zwaar in zijn in Nederland verworven inkomsten uit bedrijf wordt getroffen door het wegvallen (...) van de vraag naar of het aanbod van goederen of diensten aan de zijde van' en werknemers van de getroffen bedrijven komen in beginsel voor een tegemoetkoming in aanmerking.

In artikel 3 wordt de verhouding geregeld tussen de tegemoetkomingen door het treffen van voorzieningen en tegemoetkomingen in geld. Een tegemoetkoming in geld is eerst aan de orde, 'voor zover door het tot stand brengen van voorzieningen (...) schade niet kan worden voorkomen'.[93] Daarmee werd gedoeld op twee soorten voorzieningen: aanpassingen van het schadeveroorzakende werk zelf en compensatie in natura. Als ik het goed zie, heeft het aanpassen van het werk teneinde schade te voorkomen niet zozeer betrekking, of althans niet alleen betrekking op het materiële schadevergoedingsrecht, doch veeleer op de kwalificatie van de schadeoorzaak als al dan niet rechtmatig. Anders gezegd: wanneer de overheid nalaat bij de uitvoering van de werken zodanige voorzieningen te treffen, dat schade zoveel mogelijk voorkomen wordt, zou zulks tot het oordeel kunnen leiden dat de (wijze van) uitvoering van de afsluitingswerken onrechtmatig moet worden geoordeeld.

In hoofdstuk II wordt de tegemoetkoming in schade van bedrijven geregeld. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen tegemoetkomingen bij aanpassing van een bedrijf aan de nieuwe omstandigheden (paragraaf 1); tegemoetkomingen bij verplaatsing van een bedrijf (paragraaf 2); tegemoetkomingen bij verminderde exploitatiemogelijkheden (paragraaf 3); en tegemoetkomingen bij beëindiging van een bedrijf (paragraaf 4).

De tegemoetkoming in de aanpassingskosten en verplaatsingskosten wordt, kort samengevat, vastgesteld door de totale omvang van een aantal limitatief in de wet opgesomde kostenposten, gecorrigeerd met onder meer een aftrek nieuw voor oud en voor betere exploitatiemogelijkheden, te verminderen met 70% van de gemiddelde winst van het bedrijf over de vijf jaren voorafgaand aan de uitvoering van de afsluitingswerken. De tegemoetkoming wordt voorts nog aan een maximum gebonden. De tegemoetkoming in de aanpassingskosten mag niet hoger zijn dan de tegemoetkoming die betrokkene ontvangen zou hebben, indien aanpassing niet mogelijk zou zijn geweest. De tegemoetkoming bij verplaatsing mag niet hoger zijn dan de

93. Art. 3 lid 2 Deltaschadewet.

tegemoetkoming waarop betrokkene aanspraak zou kunnen maken bij de beëindiging van diens bedrijf.[94]

De tegemoetkoming bij verminderde exploitatiemogelijkheden wordt, wederom zeer kort samengevat, vastgesteld op negen maal het verschil tussen 90% van de gemiddelde jaarwinst (over vijf jaren) voorafgaande aan het boekjaar waarin de schade is opgetreden, en de gemiddelde winst in het boekjaar waarin de schade is opgetreden en de (negen) daarop volgende jaren, uiteraard voorzover deze ongunstig wordt beïnvloed door de afsluitingswerken. De gemiddelde winstderving moet dus globaal genomen een drempel van circa 10% overschrijden, wil deze voor een tegemoetkoming in aanmerking komen. Vervolgens wordt dit verschil vermenigvuldigd met een factor 9.[95]

Bij beëindiging van een bedrijf wordt een tegemoetkoming in de vermogensschade en in de bedrijfsschade verleend. De vermogensschade wordt vastgesteld op het bedrag van de werkelijke waarde van de aan de belanghebbende toebehorende en tot de uitoefening van het bedrijf dienende goederen, verminderd met de geschatte waarde van deze goederen bij aanwending buiten het bedrijf.[96] Blijkens de parlementaire geschiedenis wordt het begrip 'werkelijke waarde' daarbij gebruikt in dezelfde zin als in artikel 40 van de Onteigeningswet.[97]

De tegemoetkoming in de bedrijfsschade wordt bij beëindiging in beginsel vastgesteld op acht maal het verschil tussen de gemiddelde jaarwinst (over vijf jaren) voorafgaande aan het boekjaar waarin de schade is opgetreden, en de geschatte waarde van de jaarlijkse opbrengsten van het vrijkomend kapitaal en van de vrijkomende arbeid van belanghebbende.[98] Het beoogde resultaat van deze berekening is dat door toekenning van een bedrag ineens bedrijfsschade over een periode van circa tien jaren wordt vergoed.

De omvang van de schade die een belanghebbende lijdt als gevolg van de afsluitingswerken wordt dus niet begroot op de wijze zoals dat bijvoorbeeld in het onteigeningsrecht gebruikelijk is. Er wordt beoogd een eenvoudiger, meer boekhoudkundige benadering te volgen door de wijze van schadebegroting gedetailleerd in de wet te regelen, zonder beleidsvrijheid aan het betrokken bestuursorgaan te laten.[99]

---

94. Art. 8 en 9 Deltaschadewet.
95. Art. 11 Deltaschadewet; de Wet tegemoetkoming in schade van oesterkwekers voorziet niet in vergoeding van deze schade, omdat voortzetting van oesterbedrijven onder de nieuwe omstandigheden uitgesloten werd geacht.
96. Art. 13 lid 1 Deltaschadewet; art. 5 Wet tegemoetkoming in schade van oesterkwekers.
97. MvA II, zitting 1968-1969, 9974, nr. 6, p. 17.
98. Art. 13 lid 2 Deltaschadewet; art. 6 lid 1 Wet tegemoetkoming in schade van oesterkwekers.
99. Vgl. HR 3 december 1982, NJ 1984, 200 m.nt. FHJM (Staat/Oostema); HR 19 december 1975, NJ 1976, 305, BR 1976, p. 404 (Staat/Visser); HR 9 juni 1978, NJ 1979, 205 m.nt. ARB, AB 1979, 1 m.nt. J.R.St. (Staat/Klein).

De wet kent voorts een hardheidsclausule [100] en biedt een aanspraak op vergoeding van belastingschade.[101] Daarenboven verbindt de wet nadrukkelijk consequenties aan het nalaten te voldoen aan de schadebeperkingsverplichting.[102]

Causaal verband

De Deltaschadewet stelt het vereiste van een 'rechtstreeks' causaal verband[103] tussen een aantal in aanmerking te nemen schadeoorzaken en de schade. Betwijfeld kan worden, of aan dit criterium – naast hetgeen overigens in deze wet bepaald is – zelfstandige betekenis toekomt. Zulks geldt temeer nu de wet voorziet in een tegemoetkoming aan indirect getroffen bedrijven (artikel 2 lid b): leveranciers van scheepsbenodigdheden, gritfabrieken en vervoerders van riet- en griendproducten.

Buiten het normaal maatschappelijk risico vallende schade

Voor wat betreft de rechtsgrond voor het toekennen van een tegemoetkoming in deze onevenredige schade verwees de regering naar 'het bijzondere karakter van de schade'. Uit de context kan worden afgeleid dat het bijzondere van de schade daarin is gelegen dat deze buiten het normaal maatschappelijk risico valt. De regering overwoog dat schade die men lijdt als gevolg van door de overheid in het algemeen belang verrichte werken, niet zonder meer voor vergoeding in aanmerking komt. Dat standpunt werd verdedigd met een beroep op de profijtgedachte: 'Enerzijds profiteert de gelaedeerde, als lid van de gemeenschap ten behoeve waarvan de werken worden gemaakt, mede van de voordelen van die werken.'

Wie de lusten heeft, draagt ook de lasten, zo wordt vervolgens uiteengezet ter ondersteuning van de gedachte dat vergoeding van schade veroorzaakt door overheidsmaatregelen niet zonder meer voor vergoeding in aanmerking komt:

> 'Anderzijds mag hij in bepaalde gevallen geacht worden het risico te dragen van een gewijzigde toestand. (...) Het lijkt derhalve niet onjuist te stellen (...) dat een zekere marge waarbinnen nadelen moeten worden geaccepteerd, dient te worden aanvaard.'

Er moet iets bijzonders aan de hand zijn, wil schade veroorzaakt door rechtmatig overheidsoptreden voor vergoeding in aanmerking komen. Vervolgens zet de regering nader uiteen wat zij bedoelt met het bijzondere karakter van de schade. Daarbij wordt een aantal factoren genoemd die kennelijk bij de uitwerking van het begrip 'onevenredig nadeel' een rol kunnen spelen.

Ten eerste wordt de ernst van het nadeel dat iemand lijdt als gevolg van de afsluitingswerken in het Deltagebied benadrukt. Met het begrip 'onevenredig' beoogde de regering tot uitdrukking te brengen dat 'voorzover de schade van beperkte omvang is

---

100. Art. 15 Deltaschadewet; art. 6 lid 2 Wet tegemoetkoming in schade van oesterkwekers.
101. Art. 16 Deltaschadewet; art. 7 Wet tegemoetkoming in schade van oesterkwekers.
102. Art. 17 onder a Deltaschadewet.
103. Zie over het causaal verband HR 15 juli 1988, AB 1988, 600 m.nt. FHvdB, BR 1988, p. 843 (Staat/Van der Endt); HR 15 juli 1988, NJ 1989, 714 (Staat/Van der Plasse).

(...) er onvoldoende redenen (zijn) om haar ten laste van de gemeenschap te doen komen'.[104] Wanneer kon de schade vanuit deze optiek bezien niet langer als van beperkte omvang worden aangemerkt?

In de benadering die ten grondslag ligt aan de Deltaschadewet, wordt de ernst van het inkomensnadeel voorzover het een onderneming betreft, (onder meer) afgemeten aan de mogelijkheden van continuïteitshandhaving. De aantasting 'van de belangen van bepaalde getroffenen, in het bijzonder van bepaalde delen van de visserij, (gaat) zeer ver, omdat niet slechts een nadeel ontstaat, maar omdat de bestaansvoorwaarden voor de bedrijven soms wegvallen of het bestaan soms praktisch onmogelijk wordt gemaakt'.[105]

In de Deltaschadewet is de voorwaarde dat het moet gaan om onevenredige schade, door de wetgever zelf geconcretiseerd.[106] Deze concretisering is hierin gezocht 'dat van onevenredig zwaar getroffen zijn sprake is indien de te verwachten vermindering van de bedrijfsinkomsten meer zal bedragen dan 10 pct. van de gemiddelde jaarlijkse winst'. Deze drempel is in artikel 2 niet met zoveel woorden genoemd, maar zij heeft uitdrukking gevonden in de daaropvolgende artikelen betreffende de bepaling van de grootte van de toe te kennen tegemoetkoming. Het begrip 'onevenredige schade' wordt dus geconcretiseerd door middel van een 'drempel'. Wanneer de schade deze drempel niet overschrijdt, bestaat er geen aanleiding een tegemoetkoming toe te kennen. Indien deze marge echter wordt overschreden, wordt de schade voorzover zij de marge overtreft vergoed.

Bij de beoordeling van de ernst van het nadeel wordt tevens bezien of, en in hoeverre, de benadeelde in staat is zich aan te passen aan de nieuw ontstane situatie. Daarbij kan een rol spelen dat ook alle andere ondernemers in het getroffen gebied eenzelfde nadeel lijden en dat ook zij gedwongen zijn om te zien naar alternatieve mogelijkheden om in een inkomen te voorzien, hetgeen de mogelijkheden voor benadeelden om zelf in herstel of compensatie van de schade te voorzien vermindert:

> 'Het ontstaan van schade was immers redelijkerwijs niet te voorzien; de ingreep gaat zeer ver, en de mogelijkheden om zelf herstel van schade of compensatie te vinden zijn veel geringer dan bij zich individueel voordoende schade.'[107]

Ten tweede speelt de draagkracht van de benadeelde in het systeem van deze wet nadrukkelijk een rol bij de invulling van het begrip onevenredige schade. Dit bete-

---

104. MvT, zitting 1968-1969, 9974, nr. 3, p. 2 en 8; MvA zitting 1968-1969, 9974, nr. 6, p. 11.
105. Handelingen II, 1969-1970, p. 4265-4266.
106. Kritiek hierop is onder meer geleverd door O.A.C. Verpaalen, Schadevergoeding ter zake van rechtmatige overheidsdaad 1955-1968 – Een poging tot kritisch omzien, Preadvies 1969 voor de Vereniging van Administratief Recht, p. 69 e.v. Hij achtte het niet alleen onjuist dat richtlijnen werden gegeven voor de taxatie van schade, maar ook dat geconcretiseerd werd wat onder 'onevenredige schade' diende te worden verstaan. Hij oordeelde dat bij uitstek een taak voor de (civiele) rechter, die – anders dan de wetgever – per geval kan oordelen welke schade al dan niet als onevenredig zou kunnen worden aangemerkt.
107. Handelingen I, 1970-1971, p. 540.

kent dat ook deze regeling geen zuivere schadevergoedingsregeling is, maar ook elementen van steun kent. De wetgever heeft onderkend dat als gevolg van het wettelijk systeem bedrijven die een geringe winst maken, eerder onevenredig zwaar zullen worden getroffen dan bedrijven die over grotere winstmogelijkheden beschikken. Economisch zwakkere bedrijven zullen dus veelal een groter aandeel van de schade ten laste van het Rijk kunnen brengen dan economisch gezien sterkere partijen.[108] Daarbij past overigens de kanttekening dat het toepassen van algemene maatstaven bij de verscheidenheid van individuele situaties soms naar de voordelige kant en in andere gevallen nadelig uitvalt.[109]

Ten aanzien van de 'principiële vraag' betreffende de concretisering van het begrip onevenredige schade stelden de bewindslieden zich op het standpunt

> 'dat het naar hun oordeel minder redelijk zou zijn de hoogte van het eigen aandeel te doen afhangen van de hoogte van de geleden schade, omdat deze hoogte afhankelijk is van toevallige factoren als een meer of minder gunstige ligging of inrichting van het bedrijf in verhouding tot de veranderingen die uit de afsluiting van de zeearmen in het kader van de Deltawet voortvloeien. Het in het wetsontwerp voorgestelde systeem, waarbij de schade voor iedere belanghebbende teruggebracht wordt tot een zodanige hoogte dat hij niet onevenredig zwaar wordt getroffen in zijn inkomsten, achten de ondergetekenden te verkiezen boven andere systemen waarin met de naar hun oordeel zwaarwegende factor van de draagkracht geen rekening wordt gehouden.'[110]

Ten derde wordt 'de mate waarin het ontstaan van nadelen voorzienbaar was'[111] in de beoordeling betrokken. Daarbij wordt aandacht besteed aan de aard van de ingreep en de aard van het effect daarvan. Benadrukt wordt dat er een 'belangrijke ingreep plaats(vindt) in de door de natuur gegeven omstandigheden die ver uitgaat boven, datgene, waarmee men redelijkerwijze in zijn verwachtingen voor de toekomst rekening behoeft te houden'.[112] Hierin lijkt de gedachte besloten te liggen dat een wijziging van de door mensenhand gerealiseerde infrastructuur eerder in de lijn der verwachtingen ligt dan een wijziging van de bestaande natuurlijke gesteldheid: 'Het gaat er nu niet om', aldus de regering, 'dat een verandering optreedt zoals nu eenmaal gebruikelijk is binnen het kader van het normale verwachtingspatroon. De Deltawerken gaan hier ver boven uit. Er worden zeer fundamentele veranderingen aangebracht in datgene, wat door betrokkenen als een natuurlijk gegeven wordt beschouwd.'[113] Bepalend is 'in hoeverre de positie van degenen die schade lijden, door bijzondere omstandigheden meer aantasting ondervindt dan gelet op het patroon van verwachtingen en risico's aanvaardbaar is te achten. (...) dit patroon

108. MvA II, zitting 1968-1969, 9974, nr. 6, p. 11; MvA I, p. 2.
109. MvA II, zitting 1968-1969, 9974, nr. 6, p. 3.
110. MvA I, p. 2.
111. Idem.
112. Handelingen II, 1969-1970, p. 4265-4266.
113. Handelingen I, 1970-1971, p. 540.

(wordt) hier overschreden.' Voorts wordt betoogd dat 'het hier een optreden van de overheid (betreft), waarbij een einde wordt gemaakt aan een bestaande natuurlijke gesteldheid. Dit leidt tot een belangrijke wijziging van de economische en sociale structuur van de betrokken gebieden. (...) Hierdoor wordt aan zekere economische activiteiten de basis van bedrijfsuitoefening ontnomen. Deze nadelen zijn van zodanige importantie, dat zij geacht moeten worden buiten de als normaal te aanvaarden risicosfeer te liggen. Het is derhalve redelijk degenen die deze schade lijden hierin tegemoet te komen.' De omstandigheid dat schade onvoorzienbaar was, betekent echter nog niet dat 'het normale eigen risico, dat iedere burger loopt bij veranderingen in de samenleving, ook als gevolg van overheidsoptreden, buiten beschouwing moet worden gelaten. Het eigen risico wordt alleen overschreden. Er is dan ook geen aanleiding om als principe te stellen, dat de vergoeding 100 pct. moet bedragen.'[114]

Ten vierde wordt aandacht besteed aan wat men thans veelal aanduidt als risicoaanvaarding. Artikel 17 onder b bepaalt dat tegemoetkomingen niet worden verleend 'voorzover schade voortvloeit uit handelingen waarvan belanghebbende gelet op de voorzienbaarheid van de gevolgen van de afsluitingswerken had moeten begrijpen dat deze handelingen economisch ondoelmatig zouden zijn'. Wanneer een belanghebbende voorzieningen treft waarvan hij had moeten begrijpen, dat de kosten daarvan slechts voor een betrekkelijk klein gedeelte zouden kunnen worden afgeschreven voor de totstandkoming van de afsluitingswerken en dat zij niet rendabel zouden zijn wanneer in de nog niet afgeschreven kosten een tegemoetkoming ingevolge de Deltaschadewet zou worden verleend, is deze bepaling van toepassing.[115] Deze bepaling vertoont daarmee trekken van een eerste aanzet tot codificatie van het begrip risicoaanvaarding.

De regering meende dat met de opzet van de Deltaschadewet, conform het beginsel van de Oesterschadewet, 'zo goed mogelijk bereikt (wordt) dat op elk bedrijf dat schade lijdt relatief een last drukt van gelijke zwaarte in aansluiting op de gedachte van het onevenredig zwaar getroffen zijn'.[116]

Bijzondere last

In dit laatste citaat ligt wellicht een verwijzing naar de gelijke verdeling van de openbare lasten besloten. Voor het overige lijkt het criterium dat het moet gaan om een op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende last, bij de Deltaschadewet nauwelijks van betekenis te zijn geweest. De toenmalige minister van Verkeer en Waterstaat benadrukte juist dat een van de overwegingen die aan het wetsvoorstel ten grondslag lagen, was 'dat het om belangrijke aantallen getroffenen en getroffen bedrijven gaat'. De bijzondere omstandigheid die mede aanleiding was om in een vergoeding te voorzien, was 'dat de gevallen niet verspreid liggen, maar in een bepaald gebied geconcentreerd, terwijl zij bepaalde vormen van bedrijvigheid in de

114. Idem.
115. Memorie van Toelichting (Bijl. Hand. II, 1968-1969, 9974, nr. 3, p. 14).
116. Handelingen II, 1969-1970, p. 4266.

eerste plaats raken'.[117] Daar wordt aan toegevoegd: 'De schade, die in wezen ontstaat, betreft geen geïsoleerde gevallen in een overigens normaal functionerende omgeving, zij betreft personen en bedrijven, die regionaal zijn geconcentreerd, waardoor de mogelijkheden om zich op een andere wijze dan in het verleden te kunnen handhaven geringer zijn dan normaal.'[118] Juist omdat een geconcentreerd gebied getroffen werd – zo lijkt de gedachte te zijn geweest – waren de mogelijkheden voor getroffenen om zich zonder tegemoetkoming aan te passen aan de nieuw ontstane situatie geringer dan ingeval slechts een individu was getroffen. Men kan hierin enerzijds een weging van de ernst van het door de afsluitingswerken veroorzaakte nadeel zien. Anderzijds is het ook duidelijk dat aan de Deltaschadewet mede de overweging ten grondslag ligt dat sociaal-economische effecten in een bepaald gebied als gevolg van de afsluitingswerken zoveel mogelijk gemitigeerd moeten worden. Een meer algemene teruggang voor het betrokken gebied voor een zekere tijd beoogt de wet mede te voorkomen door tegemoetkomingen te verstrekken teneinde de maatschappelijke en economische activiteiten in het gebied zo min mogelijk te onderbreken.[119]

4.2 Andere afsluitingswerken

Verwijdering van sluizen in het Hartelkanaal

Niet alleen het realiseren van afsluitingswerken, ook het weer verwijderen van afsluitingswerken kan nadeel voor derden opleveren. Een bekend voorbeeld uit de bestuurlijke praktijk biedt de verwijdering van de kleine Hartelsluizen teneinde een vergroting te bewerkstelligen van de capaciteit van het Hartelkanaal voor de scheepvaart. De voor de verwijdering verantwoordelijke overheden (het Rijk en de gemeente Rotterdam) stelden zich op het standpunt dat (natuurlijke of rechts)personen die een aan het Hartelkanaal gevestigd bedrijf of instelling exploiteren, een naar billijkheid te bepalen vergoeding dienen te krijgen van schade welke het gevolg is van de verwijdering van deze sluizen en die redelijkerwijze niet of niet geheel ten laste van deze benadeelden behoort te komen. Dit voorzover die vergoeding niet anderszins is verzekerd.

Met het oog op de voorbereiding van beslissingen op verzoeken om schadevergoeding werd een commissie van drie onafhankelijke deskundigen ingeschakeld. Naar aanleiding van het advies van deze commissie ontspon zich een debat tussen het gemeentebestuur en de adviescommissie omtrent de kwestie volgens welke maatstaven bepaald moest worden, of de schade al dan niet redelijkerwijs ten laste van benadeelde behoorde te blijven. Ging het erom een waarborg voor continuïteitshandhaving voor benadeelde bedrijven in het leven te roepen, of ging het om iets

117. Handelingen II, 1969-1970, p. 4265-4266.
118. Handelingen I, 1970-1971, p. 540.
119. MvT II, 1968-1969, 9974, nr. 3, p. 9.

anders? De deskundigen introduceerden in hun rapport een systeem – de zogenoemde KPD-methode – waarbij als fundament fungeerde de stelling dat schade die is veroorzaakt door een rechtmatige overheidsdaad en die niet behoort tot het normaal maatschappelijk risico, dient te worden vergoed indien en voorzover dit voor de continuïteit van de benadeelde onderneming noodzakelijk is. De deskundigen noemden dit het continuïteitsbeginsel. Het gemeentebestuur verwierp dit uitgangspunt en het daarop gebaseerde model. Het oordeelde het niet juist de vaststelling van de vergoeding tot een in hoofdzaak bedrijfseconomisch probleem terug te brengen. Veel factoren die het gemeentebestuur voor de bepaling van de omvang van de vergoeding van belang achtte, waren – naar het oordeel van het gemeentebestuur ten onrechte – in het stelsel van de deskundigen niet van betekenis. Anderzijds waren factoren die naar het oordeel van het gemeentebestuur niet van betekenis zouden mogen zijn, in dit systeem wel van betekenis. Het gemeentebestuur acht het met name onjuist 'dat omvangrijke en/of goed functionerende ondernemingen ten opzichte van kleinere en/of marginaal opererende ondernemingen, die overigens in vergelijkbare omstandigheden verkeren, een geringer deel van de geleden schade vergoed krijgen'. Daarmee verwierp het college een criterium dat door de wetgever bij de totstandkoming van de Deltaschadewet nadrukkelijk was omarmd. Het gemeentebestuur zette vervolgens uitvoerig gemotiveerd haar benadering uiteen. Het overwoog onder meer:

> 'Wat als onevenredig nadeel aangemerkt dient te worden, hangt af van tal van veelal moeilijk op hun concrete invloed te waarderen feiten en omstandigheden.
> – Van deze relevante feiten en omstandigheden kunnen worden genoemd:
> a. De mate waarin de benadeelde bij het doen van investeringen in redelijkheid rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat de zaken waarin geïnvesteerd werd beschadigd of onbruikbaar zouden worden door verandering van de hoedanigheid van het water. Naarmate iemand meer rekening had moeten houden met de mogelijkheid van schade is er minder reden om die schade te vergoeden.
> b. De mate waarin de benadeelde de omvang van de schadelijke gevolgen heeft verhoogd door uitzonderlijk hoge investeringen te doen, of zich anderszins op enig punt uitzonderlijk kwetsbaar of afhankelijk te maken. Naarmate iemand er op deze wijze zelf meer toe bijdraagt dat de schade uitzonderlijk groot is, is er minder reden om de schade volledig uit algemene middelen te vergoeden.
> c. De mate waarin de benadeelde ten opzichte van personen, die in vergelijkbare omstandigheden verkeren, uitzonderlijk nadeel ondervindt. Naarmate de schade minder gelijkmatig over een groep min of meer gelijk te stellen personen verdeeld wordt is er meer reden om tot vergoeding van de door getroffenen geleden schade over te gaan.
> d. De aard van de schade. Naarmate hoger te waarderen belangen geschaad worden, zal er eerder aanleiding zijn om onevenredig nadeel aan te nemen.'

Het gemeentebestuur oordeelde dat het getroffen bedrijf ten opzichte van haar concurrenten in een nadeliger positie zou komen te verkeren indien het de schade zelf moet dragen. Deze concurrenten ondervonden namelijk geen nadeel van de wijziging van het Hartelkanaal. Ook omdat er ter plaatse een relatief kleine groep onder-

nemingen schade lijdt, oordeelde het voldoende reden aanwezig om te concluderen dat het bedrijf uitzonderlijk nadeel ondervindt.

Al met al kwam het gemeentebestuur tot het oordeel dat de mate van voorzienbaarheid van de schade en het te verwachten risico op schade ten tijde van het doen van de aangeduide investeringen gekwalificeerd moet worden als gering doch niet nihil. Gelet daarop werd een korting op het totale schadebedrag wegens normaal maatschappelijk risico toegepast van 25%.[120]

Het EKOB-project

Een voorbeeld in min of meer dezelfde sfeer biedt het EKOB-project. De gemeente Rotterdam heeft in 1997 met het oog op de bereikbaarheid voor het scheepvaartverkeer van het Maasvlakte-Europoortgebied een verbinding gemaakt tussen de Mississippihaven en het Hartelkanaal door middel van een doorgraving van de Beerdam over een breedte van 400 meter. Daardoor is het Hartelkanaal in een open verbinding met de Noordzee komen te staan. Tegelijkertijd is door het Rijk, vanuit zijn verantwoordelijkheid voor de waterkeringszorg, de Europoortkering aangebracht in de Nieuwe Waterweg en is een beweegbare kering aangebracht in het Hartelkanaal. In het verlengde hiervan werd tevens de Brielse Maasdijk, in beheer bij waterschap De Brielse Dijkring, verzwaard. Uitvoering van deze werkzaamheden had onder meer gevolgen voor de zoutconcentratie in het Hartelkanaal (die hoger werd). Daarnaast treden hogere waterstanden op als gevolg van meer directe getij-effecten. Bovendien worden de stroomsnelheden hoger, eveneens als gevolg van getij-effecten. Voorts zijn, bijvoorbeeld in het kader van de dijkverzwaring, kabels- en leidingen verlegd.

De betrokken overheden hebben met het oog op de realisering van deze met elkaar verweven projecten in 1993 de 'Overeenkomst tussen het Rijk en de gemeente Rotterdam regelende de uitvoering en financiering van de Europoortkering (inclusief de kering in het Hartelkanaal) in samenhang met het doorgraven van de Beerdam' (overeenkomst EKOB) gesloten. In deze overeenkomst zijn onder meer afspraken gemaakt omtrent de afdoening van verzoeken om vergoeding van schade veroorzaakt door het EKOB-project. Daarnaast is in een afzonderlijke overeenkomst tussen het Rijk en het waterschap De Brielse Dijkring voorzien in een afdoening van nadeelcompensatieverzoeken betreffende deze projecten op dezelfde wijze als voorzien in eerstgenoemde overeenkomst. Als juridisch kader voor de bepaling van de schadevergoeding is gekozen voor de Regeling nadeelcompensatie Rijkswaterstaat 1991 (RNR 1991) en de Nadeelcompensatieregeling 1991 voor het verleggen van kabels en leidingen in Rijkswaterstaatswerken (NKL 1991). De beslissingen van de respectieve bestuursorganen op verzoeken om schadevergoeding worden voorbereid door middel van inschakeling van een vaste commissie van deskundigen, die de opdracht heeft te adviseren over de op de verzoeken te nemen beslissing. Ten behoeve van de beoordeling van verzoeken om nadeelcompensatie heeft deze schadebeoordelings-

120. B&W van Rotterdam 12 april 1983, BR 1983, p. 854.

commissie een zogenoemd 'Referentiekader Europoortkering/Open Beerdam' (d.d. 23 juni 1995) opgesteld. Daarin zijn de uitgangspunten omschreven die de schadebeoordelingscommissie zal hanteren bij haar rapportage in concrete schadegevallen. In dit referentiekader wordt ook aandacht besteed aan de vraag of schade als gevolg van dit project 'redelijkerwijze geheel of ten dele ten laste van de gelaedeerde moet blijven'. De commissie kiest daarbij voor een benadering waarbij voor de beantwoording van de vraag of de schade redelijkerwijs ten laste van betrokkene kan worden gelaten, groot gewicht toekomt aan de vraag, of betrokkene redelijkerwijs rekening kon houden met de schadeveroorzakende maatregel en de daaruit voortvloeiende schade. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen normaal maatschappelijk risico en risicoaanvaarding. Bij normaal maatschappelijk risico gaat het vooral om overwegingen met betrekking tot algemene omstandigheden, algemene maatschappelijke ontwikkelingen, aldus de commissie. Bij risicoaanvaarding gaat het meer om overwegingen met betrekking tot, los van de normale maatschappelijke ontwikkelingen aan de benadeelde in het specifieke geval toe te rekenen omstandigheden. In het referentiekader worden geen (kortings)percentages genoemd. In de benadering van de commissie komt geen betekenis toe aan het criterium van de continuïteitshandhaving.

Er zijn in verband met dit project circa twintig verzoeken om schadevergoeding ingediend. In enkele gevallen heeft de afdoening van deze verzoeken tot een beroep op de bestuursrechter geleid. Een voorbeeld daarvan biedt het geval waarop de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam 3 juli 2000[121] en de Rechtbank Rotterdam 17 augustus 2001[122] betrekking hadden.

Een exploitant van een raffinaderij in de Europoort stelde schade te lijden als gevolg van het EKOB-project. De schade, die in dit geval vooral was toe te rekenen aan het doorgraven van de Beerdam, viel in grote lijnen uiteen in twee posten. Ten eerste kosten die het bedrijf moest maken ten behoeve van zoetwatervoorziening. Het bestaande koelwatersysteem van het bedrijf was niet bestand tegen zout water, zodat koelwater van elders betrokken diende te worden. Daarnaast moest het bedrijf kosten maken ten behoeve van voorzieningen ter bescherming tegen hoogwater: het bedrijf had twee verlaadplatforms/steigers voor de binnenvaart, alsmede faciliteiten op de oever, waaraan aanpassingen nodig waren. De schadebeoordelingscommissie concludeerde dat in verband met het voor rekening van het bedrijf komende normaal maatschappelijk risico 25% van de kosten voor de zoetwatervoorziening voor rekening van het bedrijf kon worden gelaten en dat 15% van de tweede post ten laste van het bedrijf kon blijven (zodat resp. 85% en 75% van deze kostenposten voor vergoeding in aanmerking kwam).

In de overwegingen van de commissie komt geen betekenis toe aan de vraag naar continuïteitshandhaving. Evenmin komt betekenis toe aan de draagkracht van het

---

121. JB 2001, 228 m.nt. R.J.N. S.
122. LJN-nr. AD 3934/zaaknr. BELEI 00/1373-KRD.

betrokken bedrijf. Wel wordt betekenis toegekend aan de voorzienbaarheid van het nadeel. In dat verband wordt het van belang geoordeeld dat men er vanaf het moment van publicatie van de Deltawet in het Staatsblad (8 mei 1958, Stb. 246) rekening mee kon houden dat er maatregelen getroffen zouden worden ter beveiliging van ons land tegen hoge stormvloeden. Voorts wordt betekenis toegekend aan de feitelijke invulling van het gebied waarin het bedrijf gevestigd is. Vestiging van een bedrijf in een haven- en industriegebied als de Europoort/Maasvlakte, met een omvang en uitstraling die vrijwel ongeëvenaard is, brengt een zeker risico met zich. Immers, juist deze omvang en uitstraling beïnvloeden het dynamische karakter van dit gebied. Aan deze dynamiek zijn wijzigingen in de infrastructurele functies, zoals de onderhavige ingreep in de natte infrastructuur, inherent. In die zin kunnen de in dit gebied gevestigde bedrijven met dit soort ingrepen rekening houden en kunnen zij niet de gerechtvaardigde verwachting koesteren dat hun belangen nimmer zullen worden benadeeld ten gunste van algemene belangen. Maatregelen ten behoeve van de vlotte en veilige afwikkeling van het scheepvaartverkeer, zoals de doorgraving van de Beerdam, liggen niet geheel en al buiten de lijn der verwachtingen. Het concrete tijdstip van uitvoering van deze werkzaamheden was echter onduidelijk, terwijl eerst sinds het eind van de jaren tachtig sprake was van een beleidsontwikkeling die ziet op het doorgraven van de Beerdam in samenhang met de Europoortkering. Aanvankelijk was immers in de Deltawet niet voorzien in afsluiting van de Nieuwe Waterweg. Eerst op of omstreeks september 1992 en voor individuele gevallen vanaf 23 mei 1991 kristalliseert de reeds in 1958 gestarte maatschappelijke ontwikkeling dat het land beveiligd moet worden tegen hoge stormvloeden, zich nader uit en wordt de abstracte lijn der verwachtingen nader geconcretiseerd. Het moment van publicatie van de Tracénota (september 1992) dan wel het moment waarop door het Rijk de gemeente en/of het waterschap omtrent de voorgenomen werken duidelijke mededelingen zijn gedaan (23 mei 1991), vormen in beginsel het omslagpunt van het meer algemene maatschappelijk risico naar de risicoaanvaarding.

Wat de gewijzigde waterbeweging als gevolg van het doorgraven van de Beerdam betreft, overweegt de commissie dat het doorgraven van de Beerdam vanuit het gezichtspunt van de bescherming tegen hoogwater, gekwalificeerd kan worden als een maatregel van een bijzonder uitzonderlijk karakter. Het waterstaatkundig beleid was er immers steeds op gericht geweest om door middel van zeer kostbare voorzieningen het binnendringen van hoogwater te beperken. Zulks rechtvaardigde naar het oordeel van de commissie een korting van 15% wegens normaal maatschappelijk risico. Van risicoaanvaarding was naar het oordeel van de commissie geen sprake, aangezien na de peildatum van 23 mei 1991 geen investeringen waren verricht.

Wat betreft de zoetwatervoorziening oordeelde de commissie dat het vanwege de waterschaarste te verwachten is dat door of vanwege de waterkwaliteits- en/of waterkwantiteitsbeheerder op enig moment maatregelen worden genomen ten aanzien van de onbeperkte inname van water. Deze te verwachten maatregelen beschouwt de commissie als een ontwikkeling die op termijn binnen de lijn der verwachtingen ligt, doch zij acht het niet redelijk deze voorzienbare ontwikkeling zoda-

nig te kwalificeren dat de betreffende schade geheel voor rekening van het bedrijf komt. Op grond van een afweging van tal van elementen komt de commissie tot de conclusie dat op dit punt een kortingspercentage van 25% gehanteerd dient te worden wegens normaal maatschappelijk risico.

Het gemeentebestuur van Rotterdam week bij de beslissing op het verzoek om schadevergoeding af van het advies, onder meer op het punt van de korting wegens normaal maatschappelijk risico ter zake van de schade veroorzaakt door de gewijzigde waterbeweging (geen korting van 15%, maar van 25%). Dat deed het gemeentebestuur ten onrechte, oordeelde de rechtbank:

> 'Met het vaststellen van de kortingspercentages in verband met het maatschappelijk risico heeft de commissie rekening gehouden met alle relevante factoren en daar gewicht aan toegekend. Van zwaarwegende argumenten om hiervan af te wijken is de rechtbank niet gebleken.'

Deze uitspraak is onder meer van betekenis voor de beantwoording van de vraag wie nu eigenlijk de omvang van het normaal maatschappelijk risico in een concreet geval bepaalt. In het oordeel van de rechtbank lijkt besloten te liggen dat de deskundigen aan wie de adviesopdracht is gegeven, niet alleen bekwaam zijn op het gebied van het vaststellen van de omvang van de schade, maar dat zij tevens op het punt van hetgeen als onevenredige schade moet worden gekwalificeerd als deskundig kunnen worden aangemerkt. Deze overweging impliceert tevens dat het hier niet of nauwelijks om een typisch bestuurlijke of politieke kwestie gaat, maar om een rechtsvraag waarbij aan het oordeel van deskundigen dienaangaande een groot gewicht toekomt.

Haringvlietsluizen

Soms blijkt na verloop van tijd dat overheidswerken tot onvoorziene nadelen leiden. Dat kan leiden tot aanpassing van dat werk. Een voorbeeld biedt de wijziging van het beheersregime van de Haringvlietsluizen.[123] Het Haringvliet, het Hollands Diep en de Biesbosch vormden vóór de uitvoering van het Deltaplan het natuurlijke overgangsgebied – het estuarium – tussen de zee en de Rijn en de Maas. De realisering van de Haringvlietdam in het kader van de uitvoering van de Deltawerken heeft er echter toe geleid dat het gebied van de directe zee-invloed werd afgesloten. Het beheer van de sluizen in deze dam was vooral gericht geweest op de veiligheid tegen overstroming en op voordelen voor menselijk gebruik, met name de drinkwatervoorziening. Dit heeft echter geleid tot verlies aan natuurlijke samenhang en kwaliteit. Het gebied functioneert als mondingsgebied niet naar wens, zulks met name gelet ook op de (on)mogelijkheden van vis(in)trek en de gevolgen van het gevoerde sluisbeheer voor flora en fauna. Bovendien is geconcludeerd dat voortzetting van dit beleid op termijn tot hoge beheerskosten zal leiden. Het beheer van de Haringvlietsluizen moet dus

123. Besluit van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat van 5 juni 2000, Stcrt. 2000, 110: Besluit beheer Haringvlietsluizen.

anders. Op termijn wordt het alternatief van het 'Getemd getij' het meest aangewezen geacht. Voordat daartoe kan worden overgegaan, dienen betrokkenen in de gelegenheid te worden gesteld zich aan te passen aan deze nieuwe situatie. Zo moeten bijvoorbeeld voorzieningen worden getroffen om de zoetwatervoorziening voor waterleidingbedrijven en waterschappen veilig te stellen. Naar verwachting zullen ook bedrijven en bijvoorbeeld jachthavens die gevestigd zijn aan de betrokken wateren, aanpassingswerken moeten uitvoeren. Daarom wordt vooruitlopend daarop het beheersprogramma met de veelzeggende naam 'de Kier' gevolgd. De sluizen staan hierbij 95% van de tijd voor maximaal 10% open. De staatssecretaris gaat ervan uit dat er als gevolg van het gewijzigde beheer verzilting van het oppervlaktewater kan optreden, maar dat de verandering van waterstanden en stroomsnelheden marginaal zal zijn. Ook daardoor ontstaat een gewijzigde situatie die tot schade kan leiden. Artikel 7 van het beheersbesluit bepaalt dat diegene die ten gevolge van dit besluit schade lijdt of zal lijden, welke redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet op andere wijze voldoende is verzekerd, op diens verzoek een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding wordt toegekend. De staatssecretaris heeft bij de voorbereiding van dit beheersbesluit een potentiële schadepost voor een preadvies voorgelegd aan een adviescommissie om zo een beeld te verkrijgen van de aan dit besluit verbonden kosten. Dit betreft de schade als gevolg van het verzilten van een inlaatpunt in de nabijheid van de Haringvlietsluizen. In overleg is met het betrokken nutsbedrijf een mogelijke compenserende maatregel onderzocht (het oostwaarts verplaatsen van het inlaatpunt).[124] Dit preadvies kwam uit op een verdeling van 85% voor kosten van het Rijk en 15% voor kosten van de benadeelde wegens normaal maatschappelijk risico. Dit percentage komt overigens, zoals hierna zal worden uiteengezet, met enige regelmaat in de nadeelcompensatiepraktijk terug.

4.3 Verbeteringswerkzaamheden aan rivieren, kanalen en dergelijke

In de inleiding is reeds gewezen op het belang van de Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999. Veel rechtspraak omtrent de toepassing van deze regeling en haar voorganger is nog niet beschikbaar. Voorbeelden waarin de toepassing van de voorganger van deze regeling[125] aan de orde was, bieden twee uitspraken betreffende vergoeding van schade die ter plaatse gevestigde bedrijven leden als gevolg

124. Brieven van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat van 14 maart 2000, Tweede Kamer, 1999-2000, 27 048, nr. 1; Brief van 11 mei 2000, Tweede Kamer, 1999-2000, 27 048, nr. 2; Verslag van een algemeen overleg d.d. 18 april 2000, Tweede Kamer, 1999-2000, 27 048, nr. 3.

125. Stcrt. 1999, 172. Deze regeling verving de Regeling nadeelcompensatie Rijkswaterstaat, RNR (Stcrt. 1991, 251).

van verbeteringswerkzaamheden aan het Kanaal door Zuid-Beveland.[126] De Afdeling gaf daarin een belangrijke overweging op het punt van actieve risicoaanvaarding:

> 'Naar het oordeel van de Afdeling is het door de rechtbank gehanteerde uitgangspunt dat eerst van risico-aanvaarding sprake is wanneer de uit te voeren werkzaamheden en de gevolgen daarvan zodanig concreet voorzienbaar zijn dat Dagevos hiermee volledig rekening kon en moest houden, te strikt en derhalve onjuist. Beslissend dient te zijn of op het moment van de beslissing tot investeren aanleiding bestond rekening te houden met de kans dat de investering niet volledig zou kunnen worden terugverdiend als gevolg van het wijzigen van de bestaande situatie met betrekking tot het Kanaal door Zuid-Beveland (verlegging van het kanaal).'

De Afdeling concludeerde met inachtneming van deze maatstaf dat het ene bedrijf wel risicoaanvaarding kon worden tegengeworpen, maar het andere niet. De Afdeling constateerde dat ten tijde van het nemen van de beslissing door een van de betrokken bedrijven om te investeren in het nadien geschade belang, het definitieve tracé van het te reconstrueren kanaal nog niet was vastgesteld. Dat nam echter naar het oordeel van de Afdeling niet weg dat blijkens de door de minister genoemde stukken (bestuurlijke notities, krantenpublicaties e.d.) op dat moment de mogelijkheid van verlegging van het kanaal wel in voldoende mate kenbaar was om hiermee bij de beslissing tot investeren rekening te (kunnen) houden. Het desbetreffende onderdeel van de schade kwam wegens risicoaanvaarding niet voor vergoeding in aanmerking. Opmerkelijk is voorts dat het andere bedrijf een korting op de schadevergoeding van 40% kreeg wegens verrekening van de voordelen die eveneens uit het schadeveroorzakende werk voortvloeiden. Deze uitspraak is voorts interessant, omdat hieruit blijkt dat bij eenzelfde feitelijke schadeoorzaak de schadevergoeding kan worden afgewikkeld via de toepassing van artikel 49 WRO,[127] maar soms ook via een nadeelcompensatieregeling. Toepassing van een nadeelcompensatieregeling is voor de betrokken bestuursorganen in die zin handig, dat het orgaan van het draagplichtige openbare lichaam ook het orgaan is dat aangesproken kan worden. Wanneer zoals hier het Rijk een kanaal verlegt, behoeft niet eerst de gemeente te worden aangesproken, die vervolgens verhaal moet halen (op de voet van artikel 31 WRO) bij het Rijk, maar kan rechtstreeks het Rijk worden aangesproken. Voor de benadeelde behoeft dat geen probleem te zijn, wanneer het Rijk dezelfde materiële uitgangspunten als bij de toepassing van artikel 49 WRO hanteert.

---

126. ABRvS 1 augustus 1997, AB 1998, 37 en 38 m.nt. PvB (Kanaal door Zuid-Beveland).
127. AGRvS 17 april 1991, BR 1991, p. 855-856, eveneens betreffende de verlegging van het kanaal door Zuid-Beveland.

4.4 Verbetering van waterkeringen

4.4.1 Besluiten tot intrekking, of wijziging van vergunningen of ontheffingen

Veelvuldig is in de rechtspraak de vraag aan de orde gekomen of, en zo ja, in hoeverre een bestuursorgaan gehouden is tot compensatie van nadelen die vergunninghouders lijden, wanneer hun vergunning met het oog op de realisering of verbetering van waterstaatkundige werken wordt ingetrokken. Te denken valt daarbij aan de intrekking van een vergunning voor het hebben van een dijkwoning op een waterkering, of de intrekking van een vergunning voor het leggen en hebben van kabels in een waterkering of een weg. Als gevolg van deze intrekking zal het object dat met vergunning aanwezig is, verwijderd of verlegd moeten worden.

Ik beperk me in het navolgende tot objecten die met een publiekrechtelijke vergunning aanwezig zijn. Het gaat daarbij dus steeds om objecten die in een publiekrechtelijk beheersgebied van een bestuursorgaan liggen.

De gevallen waarin de te verwijderen objecten in eigendom van de gerechtigde liggen of aanwezig zijn op grond van een beperkt recht, al dan niet op grond van de Belemmeringenwet privaatrecht of op grond van enkel een overeenkomst met de grondeigenaar of op basis van louter feitelijk gedogen door de gerechtigde tot de grond, blijven goeddeels buiten beschouwing.

Intrekking van vergunningen voor dijkwoningen

Zoals hiervoor reeds is aangegeven, voorzien de Deltawet en de Deltaschadewet enkel in een tegemoetkoming in de schade veroorzaakt door afsluitingswerken. Destijds is niet voorzien in een regeling voor de vergoeding van schade veroorzaakt door verbetering van de hoogwaterkeringen. Tijdens de parlementaire behandeling van de (wijziging van de) Deltawet werd echter speciale aandacht besteed aan de krachtens opzegbare vergunning op een hoogwaterkering aanwezige dijkwoningen. Sommige van deze woningen moesten verdwijnen als gevolg van de versterking van de hoogwaterkeringen. Omdat deze schade zich terstond zou openbaren, werd de positie van de dijkbebouwing zodanig bijzonder geacht, dat deze afzonderlijke behandeling verdiende. De meest 'epineuze' vraag was wel hoe om te gaan met degenen die tot het hebben van een dijkwoning gerechtigd zijn krachtens een opzegbare vergunning van de dijkbeherende instantie.[128] Krachtens die vergunning dienen immers doorgaans de werken op kosten van de eigenaar daarvan bij opzegging van de vergunning verwijderd te worden.

Men was destijds van oordeel dat het hier gevallen betreft 'waarin betrokkenen rechtens geen aanspraak op schadeloosstelling kunnen maken, maar waarbij het niettemin hoogst onbillijk zou zijn, indien hen geen enkele tegemoetkoming zou worden verstrekt'. Kamerleden drongen erop aan 'dat met de redelijke belangen van betrok-

128. Handelingen II, 1957-1958, p. 3104-3105.

kenen terdege rekening zal worden gehouden en dat deze aangelegenheid niet zal worden behandeld in strikt juridische zin'.[129]

Aanvankelijk stelde de regering voor 'op billijkheidsgronden een tegemoetkoming (te) verlenen van 75% van de schade' in verband met 'de aanpassing of verwijdering van bebouwing op dijken of in de duinen, voorzover deze nodig is met het oog op de versterking van de bestaande waterkeringen en krachtens de bepalingen van een verordening of een verleende vergunning zonder schadevergoeding kan worden geëist'.[130] Op dat percentage is destijds in de Tweede Kamer zeer kritisch gereageerd.[131] Er werd zelfs een amendement ingediend dat ertoe strekte dat eigenaren, andere rechthebbenden van woningen of bedrijfsgebouwen, waarvan de verwijdering ten behoeve van de uitvoering van de Deltawerken rechtens zonder schadevergoeding kan worden gevoerd, (desondanks) een schadevergoeding berekend op onteigeningsbasis zouden krijgen.[132] Het toenmalige kamerlid Schakel betoogde:

> 'Wanneer men het strikt formeel-juridisch nagaat, is er weinig tegenin te brengen. Men kan zelfs teruggaan tot een keizerlijk decreet van 2 november 1810 en dan kan men stellen dat de eigenaren van die opstallen eenvoudigweg genoopt zijn als dat nodig is ze te demoler à leur dépense. Mijnheer de Voorzitter! Het zal formeel-juridisch wel rond zitten, maar het raakt het rechtsgevoel van deze mensen.'

De toenmalige Minister van Verkeer en Waterstaat, Bakker, onderstreepte in zijn reactie dat ook hem was gebleken dat eigenaren van dijkwoningen

> 'het gevoel hebben, dat zij niet op de juiste wijze worden behandeld. Zij menen, dat zij in hun rechtsgevoel worden aangetast, omdat zij de lasten krijgen te dragen, die eigenlijk door het gehele volk moeten worden gedragen.'[133]

De minister had principiële bezwaren tegen het amendement:

> 'Het hangt af van de basis, waarop een dergelijke eigendom aanwezig is; is het op basis van een vergunning of is het op basis van werkelijke grondeigendom? Bij vele overheidswerken gaat het om werken, die via een vergunning tot stand zijn gekomen. Van het begin af aan had men behoren te weten, dat op eerste aanzegging – met het oog op een bepaalde verlegging van een weg of een verandering aan een rivier – een dergelijke vergunning kan worden ingetrokken, zonder recht op enige schadevergoeding. Nu weet ik wel, dat het hier soms zeer oude gevallen betreft en dat men hier van vader op zoon heeft gewoond. Men heeft dikwijls het besef, dat het eigendom is; ergens heeft men misschien nog wel het gevoel, dat er nog een papiertje is, dat deze eigendom ietwat beperkt. Hiervan zal, zo denkt men, wel nooit gebruik worden gemaakt, want het is in 30, 50 jaar niet gebeurd en waarom zou het nu wel

---

129. Handelingen II, 1957-1958, p. 3079-3080 (kamerlid Den Hartog).
130. Memorie van Antwoord bij de wijzigingswet van 1969, zitting 1968-1969, 7173, nr. 6-8, p. 8.
131. Handelingen II, 1968-1969, p. 3303 (Van Rossum); p. 3307-3308 (Egas); p. 3312 (Schakel); p. 3314 (Gortzak).
132. Tweede Kamer, 1968-1969, 7173, nr. 12.
133. Handelingen II, 1968-1969, p. 3316-3317.

eens een keer gebeuren. Ik heb begrip voor dat gevoel. Toch moet ik volhouden, dat wij met het oog op alle consequenties niet over kunnen gaan tot een integrale vergoeding van 100%. Dat zou betekenen dat het voor de rijksoverheid, maar ook voor alle andere overheden, bijzonder moeilijk wordt om nog ooit met dat vergunningstelsel, dat veelvuldig wordt toegepast, te blijven werken. (...) Ik moet een principieel onderscheid blijven handhaven tussen degene, die een goede juridische basis heeft om bij onteigening een schadevergoeding te claimen en degene, die eigenlijk, juridisch gesproken, geen enkel recht heeft. Nu besef ik, dat het percentage van 75 – naar mijn gevoel is dit geen laag percentage – altijd een arbitrair percentage is. Waarom 75 en geen 60 of 80? Hierover kan altijd worden getwist. Ik wil zover mogelijk gaan, omdat ik begrip heb voor het wat gefrustreerde rechtsgevoel van een aantal mensen, dat in dat gebied zit. Ik wil de Kamer mededelen, dat ik bereid ben om tot 85% te gaan; 85% van de vergoeding op basis van onteigening.'

Met dit percentage beoogde de minister overigens aan te sluiten bij het kortingspercentage wegens eigen risico dat globaal genomen in de Deltaschadewet is neergelegd. 'Dat varieert tussen de 80 en 90%', aldus de minister.

Uit hetgeen is besproken ter bepaling van de toekenning van een vergoeding van 85% op onteigeningsbasis aan degenen die een vergunning hadden voor een dijkwoning, kan niet worden afgeleid dat destijds een rechtens te honoreren aanspraak op schadevergoeding werd aangenomen. Integendeel, het ging veeleer om een tegemoetkomen aan als schrijnend ervaren situaties op grond van het rechtsgevoel, waarbij solidariteitsnoties een duidelijke rol speelden. Dat betekent niet dat begrippen die bij nadeelcompensatie een rol plegen te spelen, geheel buiten de orde waren. Opmerkelijk is dat de korting op de schadevergoeding hier niet nadrukkelijk werd gemotiveerd met een beroep op het normaal maatschappelijk risico, maar met een beroep op het onderscheid tussen privaatrechtelijke eigendom en een publiekrechtelijke vergunning. Dit onderscheid kan overigens ook wel weer worden herleid tot het normaal maatschappelijk risico, althans tot risicoaanvaarding. Een houder van een publiekrechtelijke vergunning dient er immers, anders dan een eigenaar, rekening mee te houden dat zijn belangen op enig moment zullen moeten wijken voor het algemeen belang met het oog waarop het vergunningvereiste is gesteld. Verwezenlijkt zich dat risico, dan dient dat normale risico in beginsel voor zijn rekening te blijven, zo zou geredeneerd kunnen worden.

Intrekking van vergunningen voor kabels en leidingen

Hiervoor is uiteengezet dat de regering aan het einde van de jaren zestig, begin jaren zeventig, in het kader van de totstandkoming van de wijziging Deltawet, heeft toegezegd dat in verband met intrekking van vergunningen voor dijkwoningen met het oog op versterking van hoogwaterkeringen een vergoeding van 85% op onteigeningsbasis aan de getroffenen zou worden verleend. Deze toezegging lijkt beperkt te zijn gebleven tot dijkwoningen. Voor bijvoorbeeld verlegging van kabels en leidingen welke met vergunning in de waterkering aanwezig zijn, aanvaardde men destijds dat opzegging zonder vergoeding zou kunnen geschieden:

> 'Verlegging van kabels en leidingen welke met vergunning in de waterkering aanwezig zijn, zal echter naar mag worden aangenomen van de betrokken vergunninghouders kunnen worden gevorderd op grond van de aan vergunningen verbonden voorwaarden.'[134]

Anders dan voor wat betreft de woningen die krachtens vergunning aanwezig waren, werd zulks – zij het niet geheel zonder morren – door de Kamer geaccepteerd voor wat betreft kabels en leidingen die met vergunning in de waterkering aanwezig waren.[135]

Dat standpunt strookte destijds overigens met het standpunt dat de Hoge Raad in die tijd in het kader van de toepassing van de Onteigeningswet innam. Ook in dat kader kan de vraag rijzen, of voordelen verbonden aan een door de onteigenende overheid tot wederopzegging verleende (publiekrechtelijke) vergunning voor vergoeding in aanmerking kunnen komen.[136] Nadat de Hoge Raad deze vraag eerder[137] bevestigend had beantwoord, kwam hij reeds enkele jaren later op dit standpunt terug.[138] Interessant is met name het geval waarin het ging om een door Rijkswaterstaat op grond van artikel 4 van de Rivierenwet (oud) verleende vergunning, krachtens welke er elektrische kabels van de gemeente Dordrecht in het zomerbed van de Beneden-Merwede lagen. Deze kabels moesten als gevolg van de onteigening door Rijkswaterstaat verdwijnen. In dit arrest verfijnde de Hoge Raad de (thans in artikel 40c Onteigeningswet neergelegde) eliminatieregel op grond van de redelijkheid. Hij overwoog, dat de eliminatieregel 'geen toepassing behoort te vinden in gevallen, waarin zij tot een onredelijk gevolg zou leiden'. Hij oordeelde het letterlijk 'niet redelijk' dat – kort gezegd – de kosten, verbonden aan een nieuwe kabelverbinding, voor vergoeding door het Rijk op basis van onteigening in aanmerking zouden komen. Dat zou onredelijk zijn, omdat de Rivierenwet zodanige vergoeding niet kent en de wetgever deze bepaaldelijk niet heeft gewild. Daarmee doelde de Hoge Raad op een tweetal passages in de MvT en MvA van de Rivierenwet, waarvan de eerste luidt:

> 'Bij opzegging van een vergunning kunnen de belangen van de houder schade lijden, doch hoger dan deze belangen staat steeds het rivierbelang, dat het belang van allen genoemd mag worden. Wie de grote voordelen van werken aan of nabij de rivier wil genieten, moet zich zo nodig de vooruit bekende mogelijkheid van opzegging getroosten.'

In het andere arrest werd overwogen, dat een vergoeding bij opzegging van de vergunning 'een onverdiend geschenk' zou zijn.

---

134. Memorie van Antwoord bij de wijzigingswet van 1969, zitting 1968-1969, 7173, nr. 6-8, p. 8; Memorie van Antwoord bij Deltaschadewet, zitting 1969-1970, 9974, nr. 6, p. 6.
135. Handelingen II, 1968-1969, p. 3312.
136. Zie de noot van J.W. Meijer bij ARRvS 22 november 1983, BR 1984, 228 (Paul Krugerbrug).
137. In HR 12 april 1967, NJ 1967, 236 (Leiden/Motorhuis).
138. In HR 18 februari 1970, NJ 1972, 488 (Staat/Hartendorp) en HR 12 mei 1971, NJ 1972, 489 m.nt. W. Blackstone (de Staat/Dordrecht).

In dezelfde tijd dat vorenbedoeld arrest van de Hoge Raad werd gewezen – aan het eind van de jaren zestig, begin jaren zeventig – vond er een kentering plaats in de Kroonjurisprudentie. In de bekende koninklijke besluiten inzake Tweemanspolder en de polder Hazerswoude[139] overwoog de Kroon dat ondanks het feit dat de regeling waarop de betreffende vergunning gebaseerd was, geen aanspraak op enige vergoeding wegens opzegging van een vergunning toekende, 'de redelijkheid' in bepaalde gevallen kan meebrengen dat een tegemoetkoming in de kosten die de opzegging meebrengt, toekent. In de kwestie Tweemanspolder, betreffende opzegging van een vergunning aan de NS voor het hebben van een (sinds 1869 aanwezige) dam, werd circa 50% van de kosten van de bouw van een nieuwe duiker vergoed. Redengevend was dat de 'opzegging van de vergunning uitsluitend geschiedt in het belang van de ingelanden van de Tweemanspolder en door deze opzegging de belangen van vergunninghoudster bij het achterwege blijven van een vergoeding in verhouding tot eerstgenoemd belang onevenredig zou worden geschaad; dat in dit geval voor een volledige vergoeding van de schade geen grond aanwezig is'. Dat koninklijk besluit had destijds in zekere zin een verlammende werking op het betrokken waterschapsbestuur. In 1973 deelde U.G. Schilthuis in zijn preadvies voor de NJV[140] immers mede dat de Tweemanspolder zich niet had verplicht tot bedoelde bijdrage van 50% en dat de vervanging van de duikers nog niet was gerealiseerd en dat dit ook niet zou gebeuren.

In een bindend advies uit 1985[141] betreffende vergoeding van schade veroorzaakt door de intrekking door NS van vergunningen voor het leggen en hebben van een tweetal olieleidingen onder en ter weerszijden van een spoorbaan werd geoordeeld dat het redelijkerwijze niet aanvaardbaar zou zijn, indien de leidingeigenaar de kosten van verlegging geheel zelve zou moeten dragen. Evenals in het KB-Tweemanspolder was redengevend voor dit oordeel dat 'het verleggen van de olieleidingen alleen noodzakelijk is geworden doordat NS in het belang van het spoorwegverkeer haar spoorbaan ter plaatse wenst te reconstrueren'. Voorts werd van belang geacht dat 'vergoeding van de daaraan verbonden kosten niet in de vergunningen en/of de privaatrechtelijke overeenkomsten is uitgesloten'. Naar huidig recht zouden deze overwegingen waarschijnlijk minder relevant worden geacht. Enerzijds valt niet goed in te zien waarom de omstandigheid dat de opzegging wordt ingegeven door argumenten ontleend aan het algemeen belang dat het betrokken bestuursorgaan dient te behartigen, op zichzelf zodanig bijzonder is dat deze tot nadeelcompensatie zou nopen. Anderzijds zijn vergunningvoorwaarden die schadevergoeding in geval van

139. KB 8 april 1970, AB 1970, p. 577 m.nt. St. (Tweemanspolder); KB 19 december 1969, AB 1970, p. 318 m.nt. St. (polder Hazerswoude). Van een vaste lijn was destijds overigens nog geen sprake. Vergelijk KB 28 februari 1974, AB 1974, 157 en KB 12 oktober 1979, AB 1980, 120.

140. Handelingen 1973, deel 1, tweede stuk, p. 265.

141. Bindend Advies van 18 februari 1985, AB 1985, 411 m.nt. Th.G. Drupsteen.

opzegging uitsluiten, niet doorslaggevend.[142] De bindend adviseurs kenden echter ook betekenis toe aan de 'voorzienbaarheid' – een element dat zeker in de latere rechtspraak een grote betekenis krijgt. Wat betreft de omvang van een vergoeding oordeelden de bindend adviseurs van belang

> 'dat de mogelijkheid van een dergelijke reconstructie niet volstrekt onvoorzienbaar was. (...) Die mogelijkheid schept een risico, dat met het verloop van jaren is toegenomen. In verband hiermede is het niet onredelijk dat RRP enig deel van de kosten van verlegging zelve draagt. Voor NS was het echter – ook reeds op de tijdstippen waarop de vergunningen werden verleend – aanmerkelijk beter te voorzien dat een reconstructie van haar spoorbaan ter plaatse te eniger tijd nodig of wenselijk zou kunnen zijn. Mede op grond hiervan en bovenal omdat de reconstructie, waardoor de bestaande kruising van de olieleidingen niet gehandhaafd kan blijven, strekt in het belang van het spoorwegverkeer, is het naar het oordeel van de ondergetekenden redelijk, dat NS het grootste deel van de kosten verbonden aan verlegging dier leidingen voor haar rekening neemt.'

De bindend adviseurs concludeerden dat NS 70% van de kosten van verlegging diende te vergoeden.

De NKL 1991

De Minister van Verkeer en Waterstaat heeft vanaf het einde van de jaren tachtig een aantal opeenvolgende beleidsregelingen gepubliceerd, die in bepaalde gevallen voorzien in een gehele of gedeeltelijke compensatie van het nadeel dat kabel- en leidingbeheerders ondervinden als gevolg van gedwongen verlegging na intrekking van een publiekrechtelijke vergunning. Gewezen kan worden op de Schadecompensatieregeling inzake het verleggen van kabels en leidingen in Rijkswaterstaatswerken (SCR)[143] en de regeling die daarvoor in de plaats kwam, de Nadeelcompensatieregeling inzake het verleggen van kabels en leidingen in Rijkswaterstaatswerken, NKL 1991.[144] Deze nadeelcompensatieregelingen verhouden zich als bijzondere regelingen ten opzichte van de algemene Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 (d.d. 1 september 1999),[145] welke regeling de Regeling nadeelcompensatie Rijkswaterstaat, RNR[146] inmiddels heeft vervangen.

In hoofdlijnen kwam deze NKL 1991 erop neer dat de minister de kabel- of leidingeigenaar die schade lijdt of zal lijden als gevolg van de intrekking, opzegging of wijziging van bepaalde vergunningen, op verzoek een vergoeding toekende. De reikwijdte van deze regeling was derhalve strikt genomen beperkt tot kabels en leidingen die met publiekrechtelijke vergunning in het zogenoemde beheersgebied van

---

142. Vgl. KB 5 februari 1982, AB 1982, 275 (KB-Delfland); AGRvS 31 december 1990, AB 1991, 424, BR 1991, p. 385 (Groote Waard); AGRvS 31 december 1990, nr. G03.84.0687 (Kromme Rijn); AGRvS 8 november 1990, AB 1991, 323 m.nt. JJIV, Gst. 6931, 4 (Alblasserwaard en Vijfherenlanden).
143. Stcrt. 1988, 145.
144. Stcrt. 1991, 249.
145. Stcrt. 1999, 172.
146. Stcrt. 1991, 251.

de minister lagen. Deze vergoeding bestond uit een, volgens een schijvensysteem, vastgesteld percentage van een met inachtneming van het bepaalde in de regeling vast te stellen schadebedrag, met dien verstande dat bij ligging van kabels en leidingen in droge infrastructuur (wegen) na een liggingsduur van vijftien jaar geen aanspraak op een vergoeding bestaat. Bij natte infrastructuur wordt na ommekomst van een termijn van dertig jaar geen vergoeding meer toegekend. De voorganger van de NKL 1991, de SCR uit 1988, bepaalde dat bij droge infrastructuur reeds na een liggingsduur van tien jaar geen vergoeding meer zou worden uitgekeerd.

De NKL 1991 had overigens in de praktijk een bereik dat verder strekte dan dat waartoe de regeling strikt genomen beperkt was: binnen het beheersgebied met vergunning liggende kabels en leidingen. Bij herhaling is analoge toepassing op andere situaties aanvaard. Zo werd geaccepteerd dat de minister de NKL 1991 analoog toepaste op kabels en leidingen die met vergunning onder of nabij spoorwegen liggen.[147] Een parallel met deze regeling werd getrokken in een geval waarin een leiding enkel op grond van feitelijk gedogen door de eigenaar of op grond van eenvoudige privaatrechtelijke toestemming in de grond lag, en het Rijk – inmiddels eigenaar geworden – de leidingeigenaar aanzegde de leidingen te verleggen in verband met de realisering van een infrastructureel project.[148] Analoge toepassing werd ook aanvaard in een geval waarin een ander bestuursorgaan een vergunning introk met het oog op de realisering van een infrastructureel werk door Rijkswaterstaat.[149] De Afdeling aanvaardt voorts dat andere bestuursorganen dan de Minister van Verkeer en Waterstaat deze regeling op vergelijkbare gevallen analoog toepassen.[150] Anderzijds kan de Afdeling ook instemmen met de opvatting dat een waterschapsbestuur niet aan deze beleidsregels is gebonden, omdat het hier gaat om het beleid van een ander bestuursorgaan.[151]

Beide regelingen, inclusief de analoge toepassing daarvan op andere situaties, stuitten op veel weerstanden bij de kabel- en leidingbeheerders en hebben mede daarom geleid tot verschillende rechterlijke uitspraken. Die rechterlijke uitspraken leverden de leidingbeheerders niets op. De pressie die zij op het ministerie hebben uitgeoefend door te dreigen niet constructief mee te werken aan de realisering van enkele grote infrastructurele projecten des te meer.

De organisaties van kabel- en leidingeigenaren hebben een benadering bepleit waarin de technische levensduur, de economische afschrijvingstermijn, of althans de gemiddelde ongestoorde liggingsduur – die op 50 jaar werd gesteld[152] – (mede)

---

147. ABRvS 2 juli 1994, BR 1995, p. 593 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Energiebedrijf Gouda).
148. Rb. Den Haag 17 juli 1996, BR 2001, p. 317-335 m.nt. B.P.M. van Ravels (Nutsbedrijf Westland); Rb. Groningen 16 januari 2001, BR 2001, p. 317-335 m.nt. B.P.M. van Ravels (Kabels en leidingen Groningen).
149. ABRvS 8 januari 1999 en Rb. Utrecht 7 november 1997, BR 2001, p. 317-335 m.nt. B.P.M. van Ravels (Kabels en leidingen Bunnik).
150. ABRvS 12 december 1995, nr. R03.93.3211 (Ws. West-Friesland), Bestuursrechtelijke schadevergoeding, F-10-106/107; Rb. Den Haag 4 april 2000, LJN-nr. AA 6953; zaaknr. AWB 98/5778 en 98/5779.
151. ABRvS 23 september 1996, BR 1998, p. 303 m.nt. P.C.E. van Wijmen (PNEM/GS van Noord-Brabant).
152. ABRvS 26 oktober 1995, AB 1996, 297, JB 1996, 13 (REMU).

bepalend zouden zijn voor de risicoverdeling.[153] De rechtspraak biedt wel enige aanknopingspunten voor de stelling dat de normale levensduur van leidingen een rol kan spelen. In een uitspraak uit 1991[154] overwoog de Afdeling geschillen:

> 'De Afdeling geschillen merkt allereerst op dat ook naar haar oordeel de noodzaak om na verloop van tijd leidingen in en nabij waterkeringen te vernieuwen of te verleggen, zoals wegens slijtage of in verband met een gewijzigd inzicht in de daaraan te stellen eisen, behoort tot het maatschappelijk risico van de vergunninghouder van die leidingen. Gelet hierop moet worden geoordeeld, dat appellant i.c. door de intrekking geen onevenredig nadeel lijdt. Overigens gaat de Afdeling geschillen, onder meer op grond van het ter zake uitgebrachte ambtsbericht van de minister van Verkeer en Waterstaat, er van uit dat het niet ongebruikelijk is om leidingen als de onderwerpelijke, ook zonder dat er sprake is van een verandering in de eraan gestelde eisen, na een tijdspanne van dertig jaar, zoals i.c., te vernieuwen.'

In deze uitspraak kan echter, als ik het goed zie, niet worden gelezen dat wanneer een vergunning wordt ingetrokken vóórdat de normale technische, of economische levensduur van een kabel of leiding verlopen is, de schade niet (geheel) binnen het normaal maatschappelijk risico valt. Deze uitspraak impliceert veeleer dat, wanneer de normale levensduur reeds verlopen is, in geval van intrekking van de vergunning, de schade in beginsel tot het normaal maatschappelijk risico behoort. In een latere uitspraak neemt de Afdeling afstand van de relevantie van de liggingsduur voor de aansprakelijkheidsvraag door te overwegen dat 'het aspect van de liggingsduur (...) aan de orde (komt) bij de vaststelling van de omvang van de schade. Voor de aansprakelijkheidsvraag is dit aspect niet of nauwelijks van belang.'[155]

De Minister van Verkeer en Waterstaat stelt zich op een vergelijkbaar standpunt. Voor de overheid spelen bij het bepalen van de hier spelende termijnen de technische levensduur van kabels en leidingen en de gebruikelijke (economische) afschrijvingstermijnen geen enkele rol, aldus de minister in de toelichting bij de NKL 1991. Voor de overheid is te dezen uitsluitend van belang, welke periode voor haar – op het moment van vergunning- of ontheffingverlening – nog enigszins overzienbaar is. Immers, bij de beoordeling van de vraag of de vereiste vergunning aan een nutsbedrijf zal worden afgegeven, dient de overheid na te gaan in hoeverre in de nabije toekomst werkzaamheden ter plaatse te verwachten zijn die een verlegging van de kabels en leidingen impliceren. Indien zulks inderdaad te verwachten is, aldus nog steeds de toelichting, ligt afgifte van de verzochte vergunning niet in de rede.[156] De voorzienbaarheid is, zeker voor de verdere toekomst, betrekkelijk. Het is dan ook niet uitgesloten dat door de maatschappelijke ontwikkelingen eerder dan voorzien de

---

153. Vgl. N.S.J. Koeman, De mogelijkheden van de burgerlijke rechter om het bestuur uit onrechtmatige daad tot schadevergoeding te veroordelen, VAR-reeks 102, Alphen a/d Rijn 1989, p. 190.
154. AGRvS 28 november 1991, AB 1992, 531 m.nt. JJIV, BR 1992, p. 773 m.nt. P.C.E. van Wijmen.
155. ABRvS 23 september 1996, BR 1998, p. 303 m.nt. P.C.E. van Wijmen (PNEM/GS van Noord-Brabant).
156. Wellicht zou men ook kunnen denken aan verlening van vergunning, onder de gelijktijdige mededeling dat er plannen in ontwikkeling zijn die er wellicht toe zouden kunnen leiden dat binnen een bepaalde termijn tot verlegging zal moeten worden overgegaan.

vergunning ingetrokken of gewijzigd moet worden. De artikelsgewijze toelichting bij artikel 2 NKL 1991 stelt voorts dat de percentages naar liggingsduur vast liggen en dat de percentages de verdeling weergeven van het maatschappelijk risico. Tevens is in de percentages verdisconteerd dat de nutsbedrijven 'om niet' van hun vergunning gebruik maken. Met betrekking tot het maatschappelijk risico wordt in de toelichting nog opgemerkt dat het schadebedrag wordt gecorrigeerd overeenkomstig het maatschappelijk risico dat aan de belanghebbende wordt toegerekend en wel in die zin dat het maatschappelijk risico toeneemt naarmate de kabel/leiding langer ter plaatse is gelegen. Met de bewuste nadeelcompensatieregelingen beoogde de minister aan de nutsbedrijven de zekerheid te geven, dat in die gevallen een (gedeeltelijke) vergoeding van rijkswege kan worden verkregen.

Deze benadering via hetgeen de vergunningverlenende instantie kon voorzien bevreemdt wellicht op het eerste gezicht. Voorzienbaarheid wordt in het nadeelcompensatierecht immers doorgaans niet zozeer in verband gebracht met wat de aansprakelijke overheid destijds kon voorzien, maar veeleer met hetgeen de (geobjectiveerde) benadeelde kon voorzien. Bij nadere beschouwing kan de benadering van de minister daarmee toch wel in overeenstemming worden gebracht. Toegespitst op de positie van vergunninghouders is het immers met name de vraag of er, bezien vanuit de positie van een redelijk denkende en handelende vergunninghouder, aanleiding bestond om – op het moment dat hij daadwerkelijk gebruik ging maken van de vergunning door de betreffende kabel of leiding te leggen – rekening te houden met de kans dat de situatie in een voor hem negatieve zin zou gaan veranderen. Of daarvan sprake is hangt af van de omstandigheden van het geval. Een van de omstandigheden die daarbij een rol spelen, is de aard en de inhoud van het besluit tot vergunningverlening en hetgeen de vergunninghouder op grond daarvan mocht verwachten. Wie een opzegbare, of intrekbare publiekrechtelijke vergunning heeft gekregen voor een bepaalde activiteit, moet begrijpen dat zo'n vergunning geen eeuwigheidswaarde heeft en dat er altijd de mogelijkheid is dat zij wordt beëindigd.[157] Met name moet hij er rekening mee houden dat zich op enig moment het risico zal verwezenlijken dat de vergunning wordt ingetrokken om de redenen waarom het vergunningvereiste is gesteld[158] en voorts dat het risico van intrekking – zonder aanspraak op schadevergoeding – groeit naarmate de tijd verstrijkt. De leidingbeheerder die zijn leiding in een dijk wenst te leggen, moet er voorts rekening mee houden 'dat een dijk primair de functie heeft van waterkering en dat de functie die een dijk kan hebben als voorziening voor kabels en leidingen hieraan ondergeschikt is'.[159] Hij moet met name ook beseffen dat hij niet in dezelfde positie verkeert als een eigenaar of zakelijk gerechtigde. Het eigendomsrecht heeft immers in beginsel een onbepaalde duur en is niet afhankelijk van vergunningverlening. Zulks geldt, zij het in mindere

157. ARRvS 16 augustus 1985, AB 1986, 228 (speelautomatenhal Oss).

158. KB 25 april 1990, BR 1991, p. 701 m.nt. P.C.E. van Wijmen en HR 25 september 1998, NJ 1999, 193 m.nt. ARB (Van der Pol/Franekeradeel).

159. ABRvS 23 september 1996, BR 1998, p. 303 m.nt. P.C.E. van Wijmen (PNEM/GS van Noord-Brabant).

mate, ook voor de zakelijk gerechtigde.[160] Een vergunninghouder kan en mag dan ook niet de gerechtvaardigde verwachting koesteren dat zijn belangen nimmer zullen worden gekrenkt ten faveure van het algemeen belang dat het vergunningvereiste beoogt te beschermen. Die omstandigheid behoort hij te verdisconteren in zijn beslissing om van de verleende vergunning gebruik te maken. Anderzijds mag een vergunninghouder er ook van uitgaan dat het vergunningverlenend orgaan bij het nemen van de beslissing omtrent vergunningverlening is nagegaan, of en zo ja, in hoeverre in de nabije toekomst ontwikkelingen te verwachten zijn die tot intrekking of wijziging van de vergunning zouden kunnen leiden. Wanneer de vergunning verleend wordt en het bestuursorgaan geen mededelingen doet omtrent omstandigheden die van bijzondere betekenis zouden kunnen zijn voor de 'levensduur' van de vergunning, mag de vergunninghouder daar bepaalde consequenties aan verbinden. Zo mag hij er alsdan redelijkerwijs van uitgaan dat, gedurende de ten tijde van de vergunningverlening voor het bestuursorgaan overzienbare periode, de verleende vergunning in beginsel niet ingetrokken of gewijzigd zal worden, althans niet zonder schadevergoeding. Het maatschappelijk risico strekt zich niet zover uit dat een vergunninghouder binnen een zeer korte periode kan worden geconfronteerd met een volledige ommekeer in de inzichten van het vergunningverlenend orgaan zonder dat terzake nadeelcompensatie wordt geboden.[161] Na verloop van de 'overzienbare periode' bestaat er echter in beginsel geen aanspraak op nadeelcompensatie. Het risico van intrekking van de vergunning na afloop van deze 'overzienbare periode' is door de vergunninghouder aanvaard toen hij gebruik ging maken van de vergunning. De 'normale levensduur' van het vergunningplichtig werk, de 'afschrijvingsperiode' of de 'technische levensduur' zijn in deze benadering van weinig of geen betekenis.[162] De uitkomst van deze benadering in concrete gevallen hangt vanzelfsprekend erg af van de bepaling van de 'overzienbare' periode en van de percentages die daar weer op worden losgelaten.

Hoe wordt de overzienbare periode bepaald? Voor waterstaatkundige infrastructuur, in beheer bij het Rijk, maakt de minister een onderscheid tussen natte (waterkeringen e.d.) en droge infrastructuur (landwegen en spoorwegen). Bepalende factoren zijn de gebruikelijke duur van de planologische voorbereiding, goedkeuring en implementatie van het Structuurschema Verkeer en Vervoer (SVV), dat voor de Rijks-

---

160. Zie bijv. HR 7 februari 1997, NJ 1997, 424 (Verbo/Staat) betreffende een (opzegbaar) tijdelijk erfpachtsrecht en huur.

161. CBB 14 juli 1993, AB 1994, 245 m.nt. JHvdV.

162. ARRvS 10 januari 1985, AB 1985, 256 m.nt. P.C.E. van Wijmen; ARRvS 6 februari 1989, AB 1989, 283 m.nt. P.C.E. van Wijmen; ARRvS 9 maart 1993, AB 1994, 83; ARRvS 10 mei 1993, BR 1994, p. 142 (Nadeelcompensatie Itteren); ABRvS 2 juli 1994, BR 1995, p. 593 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Energiebedrijf Gouda); ABRvS 26 oktober 1995, AB 1996, 297, JB 1996, 13 (REMU); ABRvS 12 december 1995, nr. R03.93.3211 (Ws. West-Friesland), BES F-10-106; ABRvS 23 september 1996, BR 1998, p. 303 m.nt. P.C.E. van Wijmen (PNEM/GS van Noord-Brabant); ABRvS 16 september 1999, AB 1999, 449 m.nt. MSV (MEGA/Min. V&W); ABRvS 8 januari 1999; Rb. Utrecht 7 november 1997; Rb. Den Haag 17 juli 1996; Rb. Groningen 16 januari 2001, BR 2001, p. 317-335 m.nt. B.P.M. van Ravels.

overheid leidraad is bij het overgaan tot het verleggen van kabels en leidingen. Voorts zijn van betekenis 'maatschappelijke en internationale' ontwikkelingen die nopen tot veranderingen in de infrastructuur, alsmede het belang van de schatkist. De overheid dient bij de verdeling van gemeenschapsgelden te waken voor een te royale bejegening van individuele deelbelangen, aangezien zulks onvermijdelijk ten koste gaat van andere belangen, die eveneens aan de zorg van de overheid zijn toevertrouwd, zo lijkt de redenering te zijn.[163]

De Afdeling bestuursrechtspraak overwoog aangaande deze benadering en deze bepaling van de 'overzienbare' termijn aanvankelijk niet meer dan dat 'niet gebleken is' dat 'dit beleid, gelet ook op de toelichting daarop, als kennelijk onredelijk moet worden betiteld'.[164]

In een daaropvolgende uitspraak overwoog de Afdeling nadrukkelijk dat het criterium van de voorzienbaarheid en de redelijkheidsmaatstaf niet los van elkaar en tegenover elkaar geplaatst dienen te worden:

> 'De voorzienbaarheid is een maatstaf voor een redelijke verdeling van het maatschappelijk risico. (...) De Afdeling acht bovendien een periode van 40 of 50 jaar, waarover compensatie zou moeten worden verstrekt, waar het door appellante bepleite uitgangspunt op neerkomt, voor verweerder in redelijkheid niet voorzienbaar (kennelijk bedoeld als: "overzienbaar").'[165]

Deze door de Afdeling geaccepteerde benadering impliceert overigens dat de overzienbare termijnen korter kunnen zijn wanneer het niet gaat om rijkswegen, maar om provinciale of gemeentelijke wegen. Daarvoor behoeft immers in de regel niet de PKB-procedure te worden gevolgd, maar worden (aanzienlijk) kortere procedures gevolgd. Deze benadering impliceert ook dat de overzienbare termijn korter is – en dus de mogelijkheden om aanspraak op nadeelcompensatie te maken kleiner zijn – naarmate de procedures voor rijksprojecten 'sneller' worden.

Het is zonneklaar dat in deze benadering, hetgeen de vergunningverlenende instantie kon voorzien op het moment van vergunningverlening, doorslaggevend is voor de verdeling van het risico. Dat betekent echter niet dat dit de enig mogelijke benadering is. Een andere benadering waarin de voorzienbaarheid ook een belangrijke rol speelt, maar dan meer vanuit het perspectief van de vergunninghouder, wordt eveneens aanvaard. Zo wordt in geval van intrekking van een vergunning voor kabels en leidingen ook wel aangevoerd dat de verhoging van een dijk langs een grote rivier, gezien de landelijke ontwikkelingen met betrekking tot maatgevende hoogwaterstanden en de toelaatbare overschrijdingsfrequentie, gegeven de omstan-

---

163. De Afdeling betrekt in ABRvS 26 oktober 1995, AB 1996, 297, JB 1996, 13 (REMU) enkel eerstgenoemde omstandigheid in haar beoordeling.
164. ABRvS 2 juli 1994, BR 1995, p. 593 (EMH).
165. ABRvS 26 oktober 1995, AB 1996, 297, JB 1996, 13 (REMU).

digheid dat reeds geruime tijd versterkingen van dijken langs de grote rivieren plaatsvinden, een normale maatschappelijke ontwikkeling is, die was te voorzien. De Afdeling acht dit standpunt 'niet onjuist'.[166] Hetzelfde geldt voor het standpunt dat

> 'door het leggen van kabels en leidingen in een rivierdijk het risico van nadeel als gevolg van dijkverbeteringswerkzaamheden (wordt) aanvaard. (...) Dat de nadelen als gevolg van een keuze uit een aantal alternatieven niet kunnen worden gerekend tot het normaal maatschappelijk risico vermag de Afdeling niet in te zien.'

Voorts heeft de Afdeling overwogen dat bijvoorbeeld de noodzaak om na verloop van tijd leidingen in en nabij waterkeringen te vernieuwen of te verleggen, zoals wegens slijtage of in verband met een gewijzigd inzicht in de daaraan te stellen eisen, een normale maatschappelijke ontwikkeling is die tot het maatschappelijk risico van de vergunninghouders van de leidingen behoort.[167]

Daarnaast kan een rol spelen dat in zijn algemeenheid geen nadeelcompensatieverplichting bestaat ter zake van de kosten welke verbonden zijn aan het nakomen van een door de overheid aan een burger opgelegde publiekrechtelijke verplichting.[168] Onder omstandigheden komt daarenboven betekenis toe aan de geringe omvang van de schade,[169] of althans aan het feit dat een gedupeerde de schade die hij vergoed wenst te zien, heeft verdisconteerd of heeft kunnen verdisconteren in de prijzen die hij aan zijn afnemers in rekening brengt. Alsdan wordt de last gespreid over een groot aantal afnemers en zal dus niet spoedig een schending van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten kunnen worden aangenomen. Zeker indien deze afwenteling zonder noemenswaardig nadeel kan geschieden, zou bovendien kunnen worden geconcludeerd dat de gestelde schade zich niet heeft voorgedaan, of althans dat deze niet zodanig ernstig is dat deze het normale risico overschrijdt.[170] Deze (samenhangende) argumenten kunnen onder omstandigheden zelfs een besluit dragen waarbij door een ander bestuursorgaan dan de minister nadeelcompensatie wordt geweigerd, in gevallen waarin de minister op grond van diens nadeelcompensatieregeling een vergoeding zou hebben toegekend. Daarbij is van betekenis dat de nadeelcompensatieregelingen van de minister andere bestuursorganen niet binden.[171]

---

166. ABRvS 23 september 1996, BR 1998, p. 308 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Kabels en leidingen Maasdijk); vgl. ARRvS 10 januari 1985, AB 1985, 256 m.nt. P.C.E. van Wijmen.
167. ABRvS 6 oktober 1998, AB 1999, 7 m.nt. AvH, BR 1999, p. 506 m.nt. B.P.M. van Ravels (Hoofdwaterkering Dordrecht).
168. ARRvS 9 oktober 1987, Gst. 6852, 4 (Zandvoort); ARRvS 10 mei 1993, AB 1993, 490 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Itteren).
169. AGRvS 23 februari 1990, AB 1991, 674 m.nt. JHvdV (Wijziging vergunning).
170. ABRvS 26 oktober 1995, AB 1996, 297, JB 1996, 13 (REMU); ABRvS 23 september 1996 (PNEM/GS van Noord-Brabant); zie ook KB 10 januari 1986, AB 1986, 449, BR 1986, 435 (Witharen); KB 2 april 1985, AB 1985, 415 (Dordrecht).
171. ABRvS 23 september 1996, AB 1996, 459 m.nt. AvH, NJB 1996, p. 1780 (PNEM/GS van Noord-Brabant).

Naast de voorzienbaarheid kunnen overigens ook andere factoren van betekenis zijn voor de verdeling van het maatschappelijk risico, aldus de Afdeling. Zo 'kan de Afdeling niet inzien waarom in de NKL 1991 geen rekening zou mogen worden gehouden met de omstandigheid dat de nutsbedrijven verweerder geen vergoeding verschuldigd zijn voor het gebruik van de rijkswegen voor het leggen van kabels en leidingen'. Indien een belanghebbende als gevolg van de opstelling van de overheid in een voordelige positie verkeerde, bijvoorbeeld omdat hij geen vergoeding of slechts een geringe vergoeding[172] behoefde te betalen voor het gebruik van overheidsgronden, of omdat hij minder behoefde te betalen dan anderen, kan dat een factor zijn die mede bepalend is voor het aan de belanghebbende toerekenbare risico, in dier voege dat meer risico aan hem toerekenbaar is.[173] Wellicht ligt daaraan de gedachte ten grondslag dat iemand die om niet gebruik mag maken van een zaak, minder bescherming geniet dan degene die daarvoor betalen moet:[174] wie de voordelen heeft, moet ook de nadelen dragen.

De Telecommunicatiewet

Met dit laatste gezichtspunt zijn we aanbeland bij een wettelijke bepaling waarin dit gezichtspunt doorslaggevend is, te weten artikel 5.7 van de Telecommunicatiewet in samenhang met artikel 5.1 van deze wet. Ingevolge deze bepalingen is enerzijds eenieder in beginsel verplicht de aanleg en instandhouding van kabels ten dienste van een openbaar telecommunicatienetwerk of van een omroepnetwerk in en op openbare gronden, alsmede de opruiming daarvan, te gedogen. Anderzijds is de aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk of van een omroepnetwerk verplicht op eigen kosten tot verplaatsing van kabels ten dienste van het netwerk over te gaan, indien de verplaatsing nodig is voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken door of vanwege degene op wie een gedoogplicht rust. Kort gezegd komt dit systeem neer op: 'liggen om niet, verleggen om niet'.[175] Wanneer deze wet van toepassing is, treden de nadeelcompensatieregelingen van de minister vanzelfsprekend terug. De vraag rijst overigens waarom dit wettelijk systeem slechts geldt voor telecommunicatiekabels en waarom bijvoorbeeld niet hetzelfde zou gelden voor alle andere kabels en leidingen die voor niets in de grond liggen.

De NKL 1999

De NKL 1991 is inmiddels vervangen door de ruimhartiger Nadeelcompensatieregeling verleggen kabels en leidingen in en buiten rijkswaterstaatswerken en spoorweg-

---

172. Rb. Den Haag 4 april 2000, LJN-nr. AA 6953; zaaknr. AWB 98/5778 en 98/5779.
173. ARRvS 21 februari 1991, AB 1992, 263 m.nt. P.C.E. van Wijmen; ABRvS 26 oktober 1995, JB 1996, 13; ABRvS 23 september 1996, AB 1996, 459 m.nt. AvH, NJB 1996, p. 1780 (PNEM/GS van Noord-Brabant).
174. Vgl. HR 16 november 2001, AB 2002, 25 m.nt. PvB, JB 2002, 2 m.nt. AWH (Wet herstructurering Veehouderij) r.o. 7.3.
175. Zie E.J. Dommering e.a., Handboek Telecommunicatierecht, Den Haag 1999, p. 427 e.v. en voorts Rb. Rotterdam 30 november 1995, AB 1996, 383 m.nt. G.C. (PTT Telecom B.V./gem. Rotterdam) en Pres. Rb. Maastricht 21 maart 2001, KG 2001, 104 (inzake gem. Beek/KPN).

werken 1999, NKL 1999.[176] Daarnaast heeft de minister de Overeenkomst inzake verleggingen van kabels en leidingen buiten beheersgebied[177] met de brancheorganisatie van kabel- en leidingbeheerders (Energie-Ned, Velin en Vewin) gesloten. In deze overeenkomst zijn afspraken vastgelegd met betrekking tot vergoeding van verleggingskosten die veroorzaakt worden door of namens de minister buiten diens beheersgebied. Dat wil zeggen 'in het gebied buiten de door of namens de Minister van Verkeer en Waterstaat vergunde werken'.[178]

Deze overeenkomst, inclusief de daarin verdisconteerde wijziging van de NKL 1991, is met name afgesloten met het oog op de aanleg van de HSL-Zuid, de Betuweroute en de Westerscheldetunnel. Deze projecten, alsmede bijvoorbeeld de Maaswerken en verbreding van rijkswegen, zouden mogelijk vertraging kunnen oplopen door de ontevredenheid bij kabel- en leidingeigenaren over de wijze waarop de minister voorheen – in de SCR en de NKL 1991 – invulling gaf aan de nadeelcompensatieverplichting bij het verleggen van kabels en leidingen. In de nieuwe regeling, de NKL 1999,[179] wordt de reikwijdte van de bestaande regeling uitgebreid. Ten eerste wordt de regeling uitgebreid tot kabels en leidingen die op grond van een publiekrechtelijke vergunning op, onder of bij spoorwegwerken liggen. Daarnaast heeft de regeling tevens betrekking op een bepaalde categorie van 'buitenleidingen', dat wil zeggen die niet binnen het publiekrechtelijke beheersgebied van de minister liggen.

Bij de beantwoording van de vraag, of al dan niet aanspraak kan worden gemaakt op nadeelcompensatie, komt in de in deze nadeelcompensatie geconcretiseerde benadering ook betekenis toe aan de aard van het getroffen belang. Wanneer nadeel wordt toegebracht aan een zaak waarmee een openbaar belang wordt gediend, bestaat er eerder aanleiding nadeelcompensatie toe te kennen, dan in gevallen waarin het getroffen belang niet als een openbaar belang, maar bijvoorbeeld als een ondernemersbelang, kan worden aangemerkt.[180] Dit sluit aan bij de wel eens geopperde gedachte dat 'naarmate hoger te waarderen belangen geschaad worden, er eerder aanleiding (zal) zijn om onevenredig nadeel aan te nemen'.[181]

Anders dan in de NKL 1991 wordt een onderscheid gemaakt tussen de verschillende soorten leidingen. Belangrijk is met name het verschil tussen kabels en leidingen die een waterstaatswerk of spoorwegwerk kruisen ('kruisleidingen') en leidingen

---

176. Stcrt. 1999, 97; voor nadere uiteenzettingen aangaande de inhoud, de achtergronden en de toekomst van deze nadeelcompensatieregelingen zij verwezen naar de bijdrage die L.C. Makkinga leverde aan de bundel Lex Aquarum, Liber Amicorum (Teulings-bundel), Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2000, zulks onder de titel, Kabels en leidingen, de hete aardappel tijdelijk verlegd?, p. 215-228.
177. Stcrt. 1999, 97.
178. Art. 1 van deze overeenkomst.
179. D.d. 12 mei 1999, Stcrt. 1999, 97.
180. Vgl. Hof Den Haag 29 december 1988, NJ 1990, 320, BR 1989, p. 768 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Drinkwaterleiding de Alblasserwaard/Staat). Dat ook een openbaar lichaam voor nadeelcompensatie in aanmerking kan komen, bleek reeds uit AGRvS 31 december 1990, AB 1991, 424 m.nt. JJIV, BR 1991, p. 385 m.nt. J.H.W. de Planque (De Groote Waard).
181. B&W van Rotterdam 12 april 1983, BR 1983, p. 854; zie voorts CBB 21 juni 1995, AB 1995, 576 m.nt. JHvdV (aanwezigheidsvergunningen speelautomaten).

die langs zodanig werk liggen ('langsleidingen'). Voor kruisleidingen geldt een ander nadeelcompensatie-regime, te weten het regime dat ook geldt voor de buitenleidingen. Dit komt er – kort gezegd – op neer dat uitvoeringskosten en kosten van ontwerp en begeleiding wél voor vergoeding in aanmerking komen, maar materiaalkosten en kosten voor uit en in bedrijf stellen niet. Voor 'langsleidingen' strekt de NKL 1999 er, evenals zijn voorganger, toe de eventuele nadeelcompensatieverplichting concreet in te vullen. Zulks geschiedt ook in deze regeling door enerzijds de wijze van berekening van de schadeomvang nauwkeurig te regelen en anderzijds door het noemen van percentages van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Uitgangspunt voor de berekening van de schadeomvang zijn de werkelijke verleggingskosten. Voor de bepaling van de voor vergoeding in aanmerking komende kosten wordt bezien, of een korting wegens normaal maatschappelijk risico moet worden toegepast. Wanneer gedurende de eerste vijf jaar na verlening een vergunning voor een langsleiding wordt ingetrokken, kan de leidingeigenaar aanspraak maken op een volledige vergoeding. Wanneer de vergunning na ommekomst van deze vijfjarentermijn wordt ingetrokken, kan de eigenaar hoogstens aanspraak maken op vergoeding van een percentage van de schade. Dit percentage neemt lineair af naarmate de leidingeigenaar langer gerechtigd is geweest om zijn kabel of leiding ter plaatse aanwezig te hebben. Wanneer de kabel of leiding langer dan vijftien jaar in droge infrastructuur heeft gelegen, wordt geen nadeelcompensatie meer toegekend; bij natte infrastructuur geldt een termijn van dertig jaar.

In artikel 5 van de NKL 1999 is een soort risicoaanvaardingsclausule opgenomen. Deze clausule komt er, kort gezegd, op neer dat wanneer in een besluit tot vergunningverlening een bepaling is opgenomen, inhoudende dat binnen een periode van vijf jaren vanaf de vergunningverlening een wijziging of intrekking van de vergunning is voorzien en dit risico zich verwezenlijkt, de leidingbeheerder geen vergoeding krijgt.

Artikel 6 van de NKL 1999 bevat een hardheidsclausele. Deze – in een beleidsregeling eigenlijk overbodige – bepaling komt erop neer dat in bijzondere omstandigheden afgeweken kan worden van het in de regeling bepaalde.

Van een zuivere nadeelcompensatieregeling is hier geen sprake. Interessant is in dit verband de in een uitspraak van de Groningse rechtbank opgenomen kanttekening van de minister. De minister stelde dat de NKL 1999 – anders dan de NKL 1991 – niet is gegeven als invulling van een in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel voor nadeelcompensatie, maar als afgeleide van overeenkomsten die onder druk van de omstandigheden afgesloten zijn in een aantal politiek gevoelige zaken (Betuwelijn e.a.).[182] De NKL 1999 heeft naast eigenschappen van een nadeelcompensatieregeling trekken van een 'smeerolieregeling': er wordt een soort subsidie verleend aan de leidingbeheerders teneinde te voorkomen dat zij de voortgang van de werkzaamheden niet nodeloos traineren. Vanuit een oogpunt van rechtsgelijkheid kunnen bij deze

182. Rb. Groningen 16 januari 2001, BR 2001, p. 317-335 m.nt. B.P.M. van Ravels.

benadering wel vraagtekens worden geplaatst. Waarom zouden kabel- en leidingeigenaren op een gunstiger benadering aanspraak mogen maken dan anderen die getroffen worden door de realisering van infrastructurele projecten?[183] Wat daar ook van zij, men begrijpt na kennisneming van deze regeling in ieder geval beter wat Ossenbühl bedoelde toen hij schreef: 'Der staatsgeschädigte Bürger darf nicht deswegen leer ausgehen, weil er keine Lobby hat.'[184]

Intrekking van vergunningen voor andere objecten

Het bestuur van een waterschap kende aan een exploitant van een café-camping een bedrag van *f* 20.600 toe als vergoeding van de door hem in 1990 geleden schade ten gevolge van verbeteringswerkzaamheden aan de Maasdijk. Als gevolg van die werkzaamheden was het café minder goed bereikbaar geweest, terwijl het waterschap bovendien in verband met deze werkzaamheden een terrasvergunning had ingetrokken. Het waterschap stelde zich op het standpunt dat deze schade in beginsel voor rekening van betrokkene diende te blijven. Daartoe voerde het waterschap onder meer aan dat het, gezien de landelijke ontwikkelingen met betrekking tot maatgevende hoogwaterstanden en de toelaatbare overschrijdingsfrequentie, reeds geruime tijd van algemene bekendheid is dat de dijken langs de grote rivieren moeten worden aangepast. Ook wees het waterschap er in dit verband op dat al lange tijd rivierdijkversterkingen plaatsvinden. Naar het oordeel van het waterschap ging het bij de verhoging van de Maasdijk dan ook om een normale maatschappelijke ontwikkeling die was te voorzien. Volgens het waterschap wordt door het uitoefenen van een bedrijf op of in de nabijheid van een rivierdijk het risico van nadeel als gevolg van dijkverbeteringswerkzaamheden aanvaard. De Afdeling oordeelde het standpunt van het waterschap met betrekking tot normale maatschappelijke ontwikkelingen, voorzienbaarheid en risicoaanvaarding niet onjuist.[185] Dat desondanks enige compensatie werd toegekend, hield verband met de onnodig vroege intrekking van de terrasvergunning en de onverwacht lange duur van de werkzaamheden.

Soms blijft de motivering van de risicoverdeling steken in een enkel beroep op de redelijkheid. Een waterschap trok een vergunning voor een aanlegsteiger in met het oog op versterking van een dijk.[186] Zonder enige nadere motivering oordeelde de Afdeling geschillen als volgt:

---

183. L.C. Makkinga, Kabels en leidingen, de hete aardappel tijdelijk verlegd?, in: Lex Aquarum, Liber Amicorum (Teulings-bundel), Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2000, p. 215-228, m.i.h.b. p. 226.
184. F. Ossenbühl, Neuere Entwicklungen im Staatshaftungsrecht, Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft zu Berlin Heft 90, p. 28, geciteerd uit J. Spier, WPNR 6074, p. 990; zie ook Ch.W. Backes, Juridische bescherming van ecologisch waardevolle gebieden, Zwolle 1993, p. 294.
185. ABRvS 23 september 1996, AB 1996, 494 m.nt. AvH, BR 1998, p. 303 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Verbetering Maasdijk).
186. AGRvS 8 november 1990, AB 1991, 323 m.nt. JJIV, Gst. 6931, 4 (Alblasserwaard en Vijfherenlanden).

> 'De Afd. is, uitgaande van een schade van ca. *f* 100 000 en een toekenning van een vergoeding, gedeeltelijk in natura en ten dele in geld, ter waarde van ca. *f* 50 000, van oordeel dat appellanten in redelijkheid tot intrekking van de vergunning hebben kunnen besluiten.'

Een vergoeding van 50% derhalve.

4.4.2 Andere nadelen als gevolg van versterking van waterkeringen

Vanzelfsprekend veroorzaakt de aanleg of versterking van waterkeringen niet alleen schade in verband met de intrekking van vergunningen. Te denken valt bijvoorbeeld aan schade als gevolg van de aanwezigheid van de verhoogde waterkering zelf. Soms is er een wettelijke bepaling die voorziet in vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade. Soms ontbreekt zodanige bepaling, maar dat behoeft nog niet te betekenen dat benadeelden geen aanspraak kunnen maken op nadeelcompensatie.

Artikel 49 WRO

Wanneer voor de verbetering of aanleg van een dijk een wijziging van een planologische maatregel nodig is en er dus in beginsel een aanspraak op artikel 49 WRO zou bestaan, maakte onder het oude planschadevergoedingsrecht een verzoek om planschadevergoeding wegens bijvoorbeeld uitzichtschade niet veel kans. Illustratief zijn de volgende overwegingen van de Kroon uit 1973. De Kroon overweegt

> 'dat, voor wat de door de appellanten gestelde waardevermindering ten gevolge van het verlies aan uitzicht door de aanleg van een dijk ter plaatse betreft, in aanmerking dient te worden genomen, dat de appellanten in feite geen recht op een blijvend vrij uitzicht kunnen doen gelden; dat, gezien de ontwikkelingen in deze tijd, waarin in het algemeen een steeds intensiever gebruik van de in oppervlakte zeer beperkte bodem zich onvermijdelijk voordoet, en in aanmerking genomen ook de situatie ter plaatse, waarbij het treffen van voorzieningen ten behoeve van de recreatie in de lijn der verwachtingen lag, niet kan worden gesteld, dat de belangen van de appellanten, voor wat verlies van vrij uitzicht betreft, verhoudingsgewijze te sterk zijn aangetast'.[187]

Aan het planschadevergoedingsrecht zal in het zesde hoofdstuk uitvoeriger aandacht worden besteed. Ik veronderstel echter, op grond van de wijze waarop artikel 49 WRO thans wordt toegepast, dat dit verzoek nu niet meer op deze gronden zou zijn afgewezen. Ook uitzichtschade komt naar huidig recht in beginsel voor vergoeding in aanmerking. Wanneer geconcludeerd zou kunnen worden dat er schade ontstaat als gevolg van de verhoging van een waterkering, zou deze schade naar huidig recht, ook wanneer het een betrekkelijk geringe schade zou zijn, in beginsel voor vergoeding in aanmerking komen. Ter illustratie van deze stelling zij verwezen naar een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak betreffende de toepassing van artikel 7 van de Deltawet grote rivieren. Voor de toepassing van die bepaling gelden dezelfde

187. KB 10 september 1973, BR 1973, p. 787 (Recreatieplan Eernewoude).

maatstaven als voor toepassing van artikel 49 WRO. Een bedrijf verlangde vergoeding van kosten gemoeid met het 12 cm hoger uitvoeren van de kade ter voorkoming van opstuwing van water als gevolg van dijkversterkingswerkzaamheden. Deze kosten bedroegen circa *f* 6.000. Het waterschapsbestuur stelde zich op het standpunt dat een schade van *f* 6.000 die een bedrijf had geleden als gevolg van het aanleggen van een waterkering, redelijkerwijs ten laste van het bedrijf kon worden gelaten. Volgens het waterschapsbestuur bestond slechts aanspraak op vergoeding, indien de schade zo hoog is, dat het bedrijf deze niet kan dragen zonder in de problemen te geraken. Dat is volgens de Afdeling niet juist. Bij de beantwoording van de vraag of een schade redelijkerwijze niet of niet geheel ten laste van een gelaedeerde behoort te blijven, is diens draagkracht niet van betekenis.[188]

Nadeelcompensatie

Ook wanneer geen bijzondere wettelijke bepaling in vergoeding voorziet, kan er onder omstandigheden aanspraak bestaan op toekenning van nadeelcompensatie wegens dijkverbeteringswerken. Zo waren alle betrokkenen het er in een bepaald geval over eens dat een woning een waardevermindering had ondergaan, omdat als gevolg van een dijkverhoging het uitzicht van deze woning over de IJssel was verminderd. De waardevermindering werd destijds geschat op *f* 10.000.[189] Ofschoon er geen wettelijke grondslag voor schadevergoeding voorhanden was, oordeelde de Afdeling geschillen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – thans zou waarschijnlijk worden gewezen op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten – kunnen vorderen dat in bepaalde gevallen schade welke redelijkerwijs niet of niet geheel voor rekening van de belanghebbende behoort te blijven, voor vergoeding in aanmerking komt. De Afdeling oordeelde echter dat

> 'niet met vrucht (kan) worden gesteld dat verweerders in hun bestreden besluit blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te overwegen dat een dijkverhoging van ca. 30 cm als waarvan thans sprake is, niet zodanig uitzonderlijk of onvoorzienbaar moet worden geacht voor de bewoner en/of de eigenaar van dit aan de dijk gesitueerde perceel, dat enige schade als gevolg daarvan redelijkerwijs niet ten laste van de eigenaar c.q. bewoner kan worden gelaten. Voorts hebben verweerders terecht betekenis gehecht aan de omstandigheid dat door appellanten geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om tijdens een door het waterschap belegde hoorzitting tegen de voorgenomen dijkverbetering bezwaren in te dienen, althans te wijzen op de schade die als gevolg van deze maatregel zou ontstaan. Het uitgangspunt van verweerders dat een nader onderzoek naar de eventueel door de dijkverbetering te veroorzaken schade achterwege kon blijven, acht de Afd. dan ook evenmin onjuist.'[190]

---

188. ABRvS 22 februari 2001, AB 2001, 134 m.nt. AvH (Ws. Roer en Overmaas).
189. 4.537,98 euro.
190. AGRvS 23 maart 1989, AB 1989, 428 (Erven Beekhof); verwezen zij voorts naar HR 16 december 1988, AB 1989, 137 m.nt. FHvdB (Waterschap Noord- en Zuid-Beveland/Lentinck). In deze zaak kwam de inhoudelijke kwestie (een vordering van *f* 445.000 (201.932,20 euro) wegens uitzichtschade als gevolg van dijkaanleg niet aan de orde in verband met competentieperikelen.

Hier wordt de beperkte ernst van de ingreep, mogelijk in samenhang met de beperkte omvang van de schade, redengevend geacht voor de afwijzing van de schadevergoeding. Daarnaast wordt betekenis toegekend aan het niet gebruikmaken van eventuele mogelijkheden om van bezwaren te laten blijken in de non-contentieuze fase.[191] Wanneer er een wettelijke grondslag voor schadevergoeding (achteraf) voorhanden zou zijn geweest, zou deze tegenwerping niet opgaan. Het niet gebruikmaken van bezwaar- en beroepsmogelijkheden tegen het schadeveroorzakende besluit kan dan geen reden zijn om een verzoek om schadevergoeding af te wijzen. De Afdeling overweegt dat zodanige schadevergoedingsregeling nu juist voor dergelijke situaties het kader biedt om de uitvoering van een besluit niet onnodig te belemmeren door bezwaren met betrekking tot mogelijke schade ten gevolge van een besluit binnen de grenzen van dit artikel af te wikkelen.[192]

Waarschijnlijk bij gebreke van voldoende houvast biedende criteria en normen wordt in de nadeelcompensatieproblematiek niet zelden aansluiting gezocht bij precedenten. Een mooi voorbeeld daarvan bieden de gevallen waarin aansluiting wordt gezocht bij de hiervoor genoemde compensatie in geval van intrekking van een vergunning voor een dijkwoning in verband met de verhoging van waterkeringen in het kader van de deltawerken. Destijds is door de minister, rechtens onverplicht, toegezegd een vergoeding van 85% op onteigeningsbasis aan te bieden. Dit percentage is min of meer een eigen leven gaan leiden. Het keert terug in beslissingen en uitspraken die weliswaar verband houden met schade als gevolg van verbeteringen van waterkeringen in het kader van de Deltawet, maar die geen betrekking hebben op schade veroorzaakt door opzegging van vergunningen voor dijkwoningen. Daartoe echter was voormeld regeringsstandpunt strikt genomen beperkt. Anderzijds zou misschien kunnen worden betoogd, dat niet valt in te zien waarom personen die door eenzelfde schadeoorzaak getroffen worden, niet op dezelfde wijze behandeld zouden moeten worden. Die tegenwerping is overigens van weinig gewicht als aangenomen zou moeten worden, dat de toezegging om een vergoeding van 85% op onteigeningsbasis toe te kennen niet zozeer zijn grondslag vindt in het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, doch veeleer in de vrije bevoegdheid van de overheid om binnen de grenzen die de wet daaraan stelt, middelen ter beschikking te stellen ter behartiging van het algemeen belang. Dit betekent immers dat de betrokken bestuursorganen daarbij in beginsel een grote mate van vrijheid toekomt. Zij zijn in verregaande mate vrij voor wat betreft inrichting en opzet van de regeling, inclusief de keuze voor de daarbij te hanteren uitgangspunten. De omvang van de rechterlijke toetsing van de uitoefening van die bevoegdheid is, zoals eerder aangegeven, beperkt.[193]

---

191. Vgl. ook ARRvS 20 december 1982, AB 1983, 409 m.nt. ThGD (Cebeco).

192. AGRvS 22 maart 1993, BR 1994, p. 66 (Scheemda); ARRvS 10 mei 1993, AB 1993, 490 m.nt. P.C.E. van Wijmen; ABRvS 25 september 1995, BR 1996, p. 592 (Maasbracht); ABRvS 15 augustus 1996, AB 1996, 435 m.nt. AvH (Amstel en Vecht). Vergelijk ook CBB 12 december 1995, JB 1996, 10.

193. Vgl. ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra.

Eenzelfde percentage werd door de Afdeling bijvoorbeeld geaccepteerd in een geval waarin een winkelier schade in de vorm van waardevermindering en inkomensschade leed als gevolg van de verhoging van een dijk. Sinds 1958 exploiteerde verzoeker in het betreffende pand een drogisterij, later een antiekwinkel. Als gevolg van de verhoging van deze dijk, een hoofdwaterkering van het waterschap, in 1986, zulks in het kader van de Deltawet, was de etalage van de winkel vanuit passerende auto's minder goed zichtbaar geworden. Rekening houdend met het normaal maatschappelijk risico – voor bewoners aan een dijk die als zeewaterkering fungeert, is het nimmer geheel uit te sluiten dat de noodzaak van een dijkverhoging zich daadwerkelijk voordoet – en gelet op het regeringsstandpunt ten aanzien van de in soortgelijke gevallen te vergoeden schade ten gevolge van dijkverhogingswerken, achtte de door het waterschapsbestuur ingeschakelde adviescommissie een vergoedingspercentage van 85% verantwoord. De Afdeling oordeelde dit standpunt niet onjuist. Het beroep van het betrokken waterschap op voorzienbaarheid van deze schade werd afgewezen.[194]

Hetzelfde percentage komt terug in de volgende zaak. Als gevolg van dijkversterkingswerken in het kader van de Deltawet wordt de Papendrechtse Geul, ook Gantel genoemd, afgesloten. Een daaraan gelegen scheepswerf is dientengevolge niet meer voor binnenschepen bereikbaar. Dientengevolge moeten de bedrijfsactiviteiten ter plaatse worden beëindigd en desgewenst en zo mogelijk verplaatst. De scheepswerf heeft een verzoek om nadeelcompensatie ingediend, maar is het niet eens met het op basis van de nadeelcompensatieregeling van het waterschap toegekende bedrag. De commissie heeft geadviseerd 15% van de becijferde totale schade voor risico van de eigenaar van de werf te laten, omdat zij in zekere mate rekening diende te houden met maatschappelijke ontwikkelingen die de bedrijfsvoering ter plaatse zouden beperken dan wel onmogelijk maken. 85% werd dus vergoed. Er is geen reden om dit onjuist te achten, aldus de Afdeling.[195] Opmerkelijk is overigens dat in deze casus geen aansluiting is gezocht bij hetgeen in de Deltaschadewet is bepaald ter zake van vergoeding van verplaatsingsschade die het gevolg is van een afsluitingswerk als bedoeld in artikel 1 van de Deltawet. Alsdan zouden, kort gezegd, de verplaatsingskosten verminderd met 70% van de gemiddelde jaarwinst vergoed zijn.

194. ABRvS 8 augustus 1996, AB 1996, 441 m.nt. AvH.

195. ABRvS 30 november 1998, AB 1999, 90 m.nt. FM, JB 1999, 12 m.nt. R.J.N. S. (Hoogheemraadschap Alblasserwaard). Deze casus vertoont grote overeenkomsten met die van het Strooppot-arrest (HR 29 juni 1928, NJ 1928, p. 1138 m.nt. E.M. Meijers). Hierin werd beslist dat de zorgvuldigheidsnorm voor de toepassing van art. 1401 niet gold voor de overheid, handelend als zodanig. In de tussenliggende zeventig jaren zijn de mogelijkheden om in dit soort schadekwesties vergoed te krijgen, aanzienlijk verbeterd.

5 Droge waterstaat

5.1 Actief beheer en onderhoud van droge waterstaatswerken en nadeelcompensatie

Hybride regelingen

In het tweede hoofdstuk ben ik ingegaan op het onderscheid tussen steunmaatregelen en nadeelcompensatie en heb ik erop gewezen dat er op het terrein van de waterstaatszorg verschillende nadeelcompensatieregelingen aangetroffen kunnen worden die een hybride karakter hebben. Het zijn regelingen die eigenschappen hebben van een steunmaatregel, maar ten dele ook trekken hebben van een nadeelcompensatieregeling. Dat geldt bijvoorbeeld voor de uit het begin van de jaren tachtig daterende 'Schiedamsewegregeling' van de gemeente Rotterdam. Deze regeling beoogde te voorzien in de mogelijkheid van het toekennen van een tegemoetkoming voor bedrijfsschade die ondernemers, gevestigd aan de Schiedamseweg, door de aanleg van de metro zouden lijden. Een ondernemer die niet aan de Schiedamseweg gevestigd was, maakte, onder verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel, tevergeefs aanspraak op schadevergoeding op grond van die regeling. De Afdeling benadrukte in haar overwegingen de aard, het karakter en het oogmerk van de regeling. De Afdeling overwoog dienaangaande:

> 'Blijkens het bestreden besluit is de totstandkoming van de specifieke regeling voor de Schiedamseweg niet zozeer terug te voeren op het belang van de individuele ondernemer, als wel op het belang van de handhaving van een gehele winkelstraat met een uniek karakter voor een vrij groot deel van Rotterdam. Weliswaar is bij de beraadslaging over de nota uitdrukkelijk gesproken over de eventuele wenselijkheid om een financiële tegemoetkoming bij inkomensderving door de metrobouw voor ondernemers in de gehele gemeente mogelijk te maken, doch verweerder heeft uitdrukkelijk besloten hiertoe niet over te gaan. Er is geen algemene rechtsregel aan te wijzen op grond waarvan de overheid steeds gehouden is tot gehele of gedeeltelijke vergoeding van nadelen, ontstaan als gevolg van rechtmatig overheidshandelen. Het stond aan verweerder dan ook in beginsel vrij, slechts een regeling te treffen die paste in zijn beleid, het karakter van de Schiedamsedijk te handhaven. De Afd. is niet gebleken dat verweerder in dit geval in redelijkheid van de regeling, ten gunste van appellanten had moeten afwijken.'[196]

196. ARRvS 9 juli 1990, AB 1991, 229 m.nt. P.C.E. van Wijmen, BR 1991, p. 144; zie ook ARRvS 14 mei 1986, AB 1986, 568 m.nt. P.C.E. van Wijmen, BR 1986, p. 582 m.nt. K. van Rijckevorsel (Metro-aanleg Rotterdam).

Het gaat volgens de Afdeling dus niet zozeer om een schadevergoedingsregeling die 'terug te voeren is op het belang van de individuele ondernemer', doch veeleer om een steunmaatregel die beoogt een winkelstraat met een uniek karakter te handhaven. Dat betekent onder meer dat de hoeveelheid gemeenschapsgelden die aan particulieren uit dien hoofde wordt toegekend, primair wordt bepaald door politieke overwegingen, waaronder niet in de laatste plaats budgettaire overwegingen, en niet zozeer door de omvang van het nadeel dat een individuele ondernemer lijdt.

De regeling kende een aantal beperkingen die (mede) zijn te herleiden tot het 'steun'-karakter van de regeling. Zo werd geen tegemoetkoming verstrekt wanneer de ondernemer in belangrijke mate, dat wil zeggen voor meer dan 50%, afhankelijk is van de inkomsten uit zijn aan de Schiedamseweg gevestigde bedrijf. Ook ondernemingen waarin meer dan gemiddeld 25 personen werkzaam waren, werden uitgesloten van een tegemoetkoming. Grotere bedrijven en filiaalbedrijven werden daarmee uitgesloten van een tegemoetkoming.[197] De veronderstelling was kennelijk dat zij geen steun nodig hadden om hun bedrijf in stand te houden en om te voorkomen dat zij terug zouden moeten vallen op de sociale voorzieningen. De tegemoetkoming werd berekend op basis van een vergelijking van de fiscale nettowinst. Er gold voorts een eigen risicodrempel van 30%. De tegemoetkoming kon voorts maximaal *f* 50.000 per jaar bedragen en over maximaal twee jaar worden toegekend. Blijkens de toelichtende stukken speelde bij de bepaling van het kortingspercentage overwegingen van redelijkheid, billijkheid en het normaal maatschappelijk te aanvaarden risico een rol. Voorts speelde een rol dat na voltooiing van de werkzaamheden de betrokken ondernemers aan een totaal vernieuwde en beter bereikbare winkelstraat gevestigd zouden zijn.

De Schiedamsewegregeling lijkt in dit opzicht op de Verordening Geldelijke Steun ingevolge de Wet op de Stads- en Dorpsvernieuwing van de gemeente Den Haag. Op grond van deze verordening kunnen burgemeester en wethouders aan een ondernemer steun verlenen in geval van winstderving als gevolg van de concrete uitvoering van stadsvernieuwingsmaatregelen ter plaatse. Een op die regeling gebaseerde beslissing duidde de tegemoetkoming aan als een subsidie. Ten onrechte, schrijft annotator Verhey.[198] Er is immers geen sprake van een gebonden inkomens- of vermogensoverdracht, in die zin dat, bij verstrekking voorafgaande aan de te verrichten activiteiten, de bestedingsrichting van de verstrekte middelen is vastgelegd. Van zuivere nadeelcompensatie is mijns inziens ook geen sprake, althans als we de definitie van de Afdeling volgen. Een verplichting tot nadeelcompensatie kan volgens de Afdeling immers uitsluitend worden gebaseerd op het rechtsbeginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten.[199] Uitkeringen op grond van deze verordening zijn niet zozeer terug te voeren op het belang van de individuele ondernemer, maar zijn veeleer te herlei-

197. Hetgeen door de Afdeling rechtspraak blijkens haar uitspraak van 3 april 1989, nr. 03.87.1765, geaccepteerd werd.
198. ABRvS 1 december 1995, AB 1996, 240 m.nt. NV.
199. ABRvS 9 juni 2000, AB 2001, 222 m.nt. GJ.

den tot het algemeen belang dat gelegen is in de handhaving van winkels in een winkelconcentratiegebied. De inhoud en de omvang van de uitkering wordt niet alleen bepaald door de omvang van de schade die een persoon als gevolg van rechtmatig overheidshandelen heeft geleden, maar ook door politiek-bestuurlijke keuzes betreffende de omvang van het budget dat men bereid is te besteden aan de handhaving van in dit geval een winkelgebied en de opvattingen omtrent de verdeling van dit budget.

Een andere Haagse regeling die hier genoemd moet worden, is de 'Verordening inzake het toekennen van een schadevergoeding aan ondernemers, gevestigd aan de demonstratie-fietsroute Waldeck-Mariahoeve'. Op grond van deze verordening wordt door het gemeentebestuur van Den Haag aan ondernemers, gevestigd aan deze fietsroute, een vergoeding toegekend voor de schade die zij lijden als direct gevolg van het functioneren van de fietsroute. Van schade wordt in deze verordening een beperkte definitie gegeven. Onder schade wordt verstaan het als direct gevolg van het functioneren van de fietsroute ontstane aanmerkelijk verschil tussen het bedrijfsresultaat behaald in een kalenderjaar, en het bedrijfsresultaat dat in hetzelfde kalenderjaar redelijkerwijze verwacht had mogen worden. Voorts werd bepaald dat bij de vaststelling van het bedrijfsresultaat zoveel mogelijk zal worden aangesloten bij de fiscale praktijk. Van een aanmerkelijk verschil, bedoeld in deze verordening, is sprake, indien dit meer is dan een bepaald percentage van het bedrijfsresultaat, dat in het betrokken kalenderjaar verwacht had mogen worden. Deze regeling komt erop neer dat de als direct gevolg van het functioneren van de fietsroute geleden schade wordt vergoed, voorzover deze een bepaald drempelbedrag overschrijdt. De hoogte van deze percentuele drempel is afhankelijk van de hoogte van het verwachte bedrijfsresultaat. Naarmate dit hoger is, is het drempelpercentage ook hoger. Wanneer het te verwachten bedrijfsresultaat lager is dan het minimumjaarloon in het betrokken kalenderjaar, geldt een drempel van 5%. Wanneer het te verwachten bedrijfsresultaat hoger is dan het minimumjaarloon, maar lager dan het maximumpremie-inkomen voor de AOW in het betrokken kalenderjaar, geldt een drempel van 10%. Bij een hoger bedrijfsresultaat geldt een drempel van 15%.[200] In deze 'flexibele' drempel ligt een element van weging van draagkracht van de benadeelde besloten: de omvang van het bedrijfsresultaat is immers bepalend voor de hoogte van het percentage dat bepaalt welk deel ten laste van de benadeelde dient te blijven.

Een regeling die in dit verband zeker genoemd moet worden, is de Schadecompensatieregeling Willemspoortunnel.[201] Het betreft hier een in 1986 vastgestelde beleidsregeling van de Minister van Verkeer en Waterstaat die berust op afspraken tussen de NS, de Staat en de gemeente Rotterdam. Deze regeling biedt een grondslag voor vergoeding van de schade veroorzaakt door de bouw van een spoortunnel in Rotterdam.

---

200. ARRvS 5 april 1983, AB 1983, 534 m.nt. P.C.E. van Wijmen; ARRvS 15 november 1985, AB 1986, 380 m.nt. P.C. van Wijmen.
201. Stcrt. 1990, 18.

In de toelichting bij de Schadecompensatieregeling Willemspoortunnel wordt onder meer het volgende gesteld:

> 'Uitgangspunt bij het totstandkomen van de onderhavige regeling alsmede bij de invulling van de percentages is geweest een waarborg te scheppen ter verzekering van het voortbestaan van de bedrijven van de getroffenen rekening houdend met de voordien bestaande mogelijkheden van deze bedrijven. Dit is vorm gegeven door een lage toetredingsdrempel in de regeling te creëren (10%), waarna vervolgens 85% van de schade na aftrek van de 10% eigen risico gecompenseerd wordt.'

Het primaire doel van deze regeling is derhalve de continuïteitshandhaving van de getroffen bedrijven. Daarmee is deze regeling geen zuivere nadeelcompensatieregeling, maar heeft ook deze regeling een hybride karakter. Er zit ook een element van steun in. Het begrip 'schade' wordt in deze regeling als volgt gedefinieerd: 'onevenredig financieel nadeel dat een belanghebbende lijdt ingevolge de aanleg van de Willemspoortunnel en dat uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico en dat redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste van belanghebbende behoort te blijven'. Een enigszins redundante, of zo men wil barokke[202] omschrijving van waar het de opsteller om lijkt te gaan. In de regeling is voorts bepaald dat belanghebbenden 'die schade lijden, welke niet geacht moet worden te behoren tot hun normaal maatschappelijk risico, en welke redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste van hen behoort te blijven, indien voldaan is aan de in deze regeling gestelde voorwaarden, en naar billijkheid te bepalen financiële compensatie verstrekt (wordt), indien en voor zover de vergoeding niet anderszins is verzekerd'. De redactie is onmiskenbaar geïnspireerd door de lijn die Van der Gouwe destijds voorstond, en door de tekst van artikel 49 WRO, zij het dat het normaal maatschappelijk risico als extra criterium wordt geïntroduceerd en voorts nog een aantal nadere voorwaarden wordt gesteld. Voor het materiële schadevergoedingsrecht is met name van belang, dat een drempel van 10% van de gemiddelde winst respectievelijk de gemiddelde inkomsten wordt opgeworpen. De winstderving moet de drempel van 10% van de gemiddelde winst respectievelijk inkomsten in de voorafgaande jaren overstijgen, wil de betrokkene voor vergoeding in aanmerking komen.[203] Deze drempel lijkt blijkens de toelichting bij de regeling te moeten worden gerelateerd aan het normaal maatschappelijk risico. Van hetgeen deze drempel overstijgt, wordt 85% vergoed. In deze korting van 15% komt blijkens de toelichting de 'billijkheid' tot uitdrukking. Globaal genomen resulteert dit stelsel in vergoedingen van tussen de 50 en 80% van de schade. Het gekozen systeem heeft onder meer tot gevolg dat wanneer een (rechts)persoon meerdere bedrijven exploiteert, het bedrijf niet gauw aanspraak op schadevergoeding zal kunnen maken. De 'eigen bijdrage' van 10% van de gemiddelde nettowinst van alle filialen zal immers in

---

202. J.H.W. de Planque, Schadecompensatieregeling Willemspoortunnel, BR 1990, p. 726 e.v.
203. Art. 9 sub d.

de regel de winstderving bij het ene, door de bouwwerkzaamheden getroffen filiaal overstijgen. De Afdeling rechtspraak heeft deze benadering geaccepteerd.[204]

De Planque heeft de in deze regeling neergelegde benadering bekritiseerd. Hij meent dat meer aandacht moet worden gegeven aan de omstandigheden van het geval en de aard van het nadeel. Hij formuleert vervolgens een benadering die veel overeenkomsten vertoont met de benadering die burgemeester en wethouders van Rotterdam volgden in hun Hartelkanaalbeslissing. Ten dele kan ik hem volgen in zijn bezwaren, maar anderzijds meen ik dat hij wel wat weinig oog heeft voor de voordelen van een regeling waarin de betrokken burgers en ondernemingen, alsmede het bestuur kunnen lezen waarop aanspraak kan worden gemaakt.

Daarnaast komt de door hem bepleite benadering uiteindelijk toch ook neer op een opsomming van een aantal relevante gezichtspunten op grond waarvan vervolgens een (intuïtieve) 'sprong' naar een kortingspercentage wordt gemaakt.

Nadeelcompensatieregelingen

Enkele regelingen van recenter datum hebben een minder hybride karakter dan de hiervoor behandelde regelingen. Ik behandel er hierna twee, te weten: de Verordening nadeelcompensatie Souterrain Grote Marktstraat/Kalverstraat van de gemeente Den Haag, en de Verordening Nadeelcompensatie en Planschade Noord-Zuidlijn.

De Verordening nadeelcompensatie Souterrain Grote Marktstraat/Kalverstraat van de gemeente Den Haag

In verband met de bouw van een openbaarvervoertunnel en een parkeergarage heeft de gemeenteraad van Den Haag de 'Verordening nadeelcompensatie Souterrain Grote Marktstraat/Kalverstraat van de gemeente Den Haag' vastgesteld. Artikel 2 lid 1 van deze verordening bepaalt, voorzover hier van belang, dat indien een belanghebbende nadeel lijdt, welke het rechtstreeks gevolg is van de bouw van deze tunnel en parkeergarage, en dit nadeel zijn maatschappelijk aanvaardbaar risico zodanig overschrijdt, dat dit alle relevante omstandigheden in aanmerking genomen redelijkerwijs niet te zijner laste behoort te blijven, de gemeenteraad met inachtneming van het in deze verordening bepaalde, kan besluiten dit nadeel te compenseren. De relevante schadeoorzaak is hier dus geen besluit, maar de feitelijke realisering van een infrastructureel werk. Het begrip 'maatschappelijk aanvaardbaar risico' wordt in deze verordening niet nader uitgewerkt. De grens van het maatschappelijk aanvaardbaar risico wordt echter op basis van een vaste gemeentelijke gedragslijn gesteld op het nadeel dat wordt geleden als gevolg van een omzetdaling van 15% op jaarbasis, gerelateerd aan een aantal referentiejaren. Er bestaat pas aanleiding voor toekenning van nadeelcompensatie als het nadeel deze drempel overstijgt. Van een verrekening van het normaal maatschappelijk risico wordt afgezien in het geval een ondernemer langer dan twee jaar met de werkzaamheden is geconfronteerd. De Rechtbank Den

204. ARRvS 19 maart 1992, nr. R01.91.2396/Q01 99-119 (BES F-10-40).

Haag heeft de hantering van deze ondergrens van 15% bij herhaling aanvaardbaar geacht.[205] De rechtbank overwoog daartoe dat het in het algemeen aanvaardbaar is dat bij het beslissen op een verzoek om nadeelcompensatie door een bestuursorgaan een ondergrens wordt gehanteerd in de vorm van het maatschappelijk aanvaardbaar risico en dat die grens wordt bepaald aan de hand van de omzet, gerelateerd aan een aantal referentiejaren. Van belang acht de rechtbank daarbij dat dit een objectief criterium betreft, waarbij, anders dan een op winst en verlies betrekking hebbend criterium, de draagkracht van de benadeelde geen rol speelt. In een uitspraak van 5 juni 2000[206] liet de Afdeling nog in het midden, of de door het gemeentebestuur bij de toepassing van voormelde bepaling ter bepaling van de grens van het maatschappelijk aanvaardbaar risico gehanteerde gedragslijn juist is. Hij behoefde daar niet aan toe te komen, omdat geoordeeld werd dat het door verzoeker gestelde schadebedrag (ad *f* 8.030) zo laag was dat niet geoordeeld kon worden dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten die kosten voor rekening van verzoeker te laten.[207] Daarmee aanvaardde de Afdeling dus dat het nadeel als gevolg van de uitvoering van een infrastructureel werk in absolute zin zodanig gering kan zijn, dat deze reeds daarom voor risico van de benadeelde kan worden gelaten.

In een uitspraak van 5 september 2001[208] kon de Afdeling niet meer heen om de beantwoording van de vraag naar de aanvaardbaarheid van een omzetdrempel wegens normaal maatschappelijk risico. De Afdeling verwierp de stelling van appellant 'dat de rechtbank ten onrechte de door de raad bij toepassing van voormelde bepalingen gehanteerde ondergrens in de vorm van een normaal maatschappelijk risico van 15% van de omzet op jaarbasis en de gedragslijn dat van verrekening met dat risico slechts wordt afgezien in geval een ondernemer langer dan twee jaren met de gevolgen van de werkzaamheden aan de tunnel is geconfronteerd, rechtens niet onaanvaardbaar heeft geacht'. De Afdeling verwierp in deze uitspraak ook het beroep van appellant op vaste planschadejurisprudentie. Meer in het bijzonder werd verworpen het beroep op de stelling dat de Afdeling een algemene korting van 20% wegens normaal maatschappelijk risico bij de toepassing van artikel 49 WRO onaanvaardbaar oordeelt.[209] De Afdeling wijst er in de uitspraak van 5 september 2001 op dat uit artikel 49 lid 1 WRO voortvloeit dat de vastgestelde schade, nadat is bepaald of deze niet of niet geheel ten laste van de belanghebbende behoort te blijven en voorzover deze niet of niet voldoende door aankoop, onteigening of anderszins is verzekerd, ten volle moet worden vergoed en kortingen wegens algemeen normaal maatschappelijk risico hiermee niet in overeenstemming zijn. De Afdeling wijst er voorts op dat haar

---

205. Rb. Den Haag 9 juli 1999, JB 1999, 234 m.nt. R.J.N. S.; Rb. Den Haag 30 augustus 2000, LJN-nr. AA8578/zaaknr. AWB 00/476 (BESLU).
206. ABRvS 5 juni 2000, JB 2000, 214.
207. Rb. Den Haag 9 juli 1999, JB 1999, 234 m.nt. R.J.N. S.
208. ABRvS 5 september 2001, LJN-nr. AD 3527/zaaknr. 20004867/1.
209. AGRvS 3 februari 1993, BR 1993, p. 728 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Schadevergoeding Losser); AGRvS 31 oktober 1991, AB 1992, 269 m.nt. PvB (Borne).

oordeel omtrent toepassing van deze verordening en omtrent toepassing van artikel 49 WRO geen betrekking heeft op 'een vergelijkbare rechtsvraag'. Als ik het goed begrijp, bedoelt de Afdeling hier te zeggen dat de te beantwoorden rechtsvragen niet identiek zijn. De Afdeling legt echter niet uit waarom dat niet het geval zou zijn, of althans zij geeft niet aan waarin hem nu precies het verschil zit en waarom dit verschil relevant is. Het blijft een beetje gissen. De tekst van artikel 2 van de verordening lijkt min of meer op dezelfde leest als die van artikel 49 WRO geschoeid te zijn, maar er is ook een aantal verschillen aan te wijzen. Afgezien van de in aanmerking te nemen schadeoorzaak en de eisen die aan het causale verband gesteld worden, bevat de verordening een 'kan'-bepaling. De verordening geeft naar de letter genomen, anders dan artikel 49 WRO, geen recht op schadevergoeding. Deze redactie lijkt te impliceren dat het bestuursorgaan bij de beoordeling van aanvragen een zekere beleidsvrijheid niet kan worden ontzegd. Deze vrijheid wordt mijns inziens begrensd door het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. Wanneer aan de verordening een toepassing wordt gegeven die zich niet verdraagt met het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten en de daaruit voortvloeiende rechtsplicht, lijkt rechterlijk ingrijpen geboden. Voorzover de reikwijdte van de verordening verder gaat dan dit beginsel, kan worden gesproken van beleidsvrijheid. Deze vrijheid is evenmin onbeperkt. De rechter zal bijvoorbeeld ingrijpen wanneer een concrete toepassing van de regeling niet te verenigen is met doel en strekking van de regeling.[210]

Een ander verschil met artikel 49 WRO is dat de verordening uitdrukkelijk de eis stelt dat het 'maatschappelijk aanvaardbaar risico' zodanig overschreden moet zijn dat het nadeel, alle relevante omstandigheden in aanmerking genomen, redelijkerwijs niet ten laste van benadeelde kan worden gelaten. De uitspraak lijkt ook te getuigen van een bepaalde visie op de vraag of, en zo ja, welke ruimte het betrokken bestuursorgaan moet worden gelaten bij de invulling van het begrip 'normaal aanvaardbaar risico'. Geconstateerd kan immers worden dat het bestuursorgaan criteria heeft ontwikkeld aan de hand waarvan deze vage norm wordt ingevuld, terwijl de rechter beoordeelt of het bestuursorgaan daarmee een 'niet onaanvaardbare' invulling van deze vage norm geeft. Van een volledige toetsing, in de zin van het zelfstandig ontwikkelen van criteria door de bestuursrechter, lijkt (ook hier) geen sprake te zijn.[211]

In de uitspraak van 5 september 2001 overweegt de Afdeling voorts dat 'het betoog van appellante dat de uitgevoerde werken van zodanige grote omvang en belang zijn, dat dit het normaal maatschappelijk risico te boven gaat, niet tot een ander oordeel' leidt. Hiermee wordt een argument dat men wel vaker tegenkomt wanneer het gaat om nadeelcompensatie ter zake van grote infrastructurele werken, naar mijn mening, terecht verworpen. Waarom zou immers iemand die bijvoorbeeld schade lijdt

---

210. ABRvS 1 december 1995, AB 1996, 240 m.nt. NV.

211. Vgl. G.M. van den Broek, Nadeelcompensatieregelingen: bevoegdheid of verplichting?, BR 1999, p. 1-12, m.n. p. 7.

als gevolg van de aanleg van de Betuweroute, de HSL-Zuid of andere grote infrastructurele projecten, een gunstiger behandeling ten deel moeten vallen dan iemand die schade lijdt als gevolg van een kleine infrastructurele maatregel, die voor zijn individuele positie minstens even ingrijpend is als de grote infrastructurele projecten voor grote groepen van slachtoffers?[212]

De Verordening Nadeelcompensatie en Planschade Noord-Zuidlijn

De Verordening Nadeelcompensatie en Planschade Noord-Zuidlijn[213] is een door de gemeenteraad van Amsterdam vastgestelde verordening die in hoofdzaak voorziet in vergoeding van schade veroorzaakt door de aanleg van de metroverbinding tussen het Buikslotermeerplein en het Station Zuid-WTC. In hoofdlijnen bestaat deze regeling uit twee onderdelen. Enerzijds voorziet deze verordening in een procedurele regeling voor de afhandeling van verzoeken om toepassing van artikel 49 WRO in verband met (in hoofdzaak) het bestemmingsplan Noord-Zuidlijn. Dit bestemmingsplan voorziet in een planologische regeling van de aanleg van zowel het boven- als het ondergrondse tracé van de railvervoerverbinding van de Noord-Zuidlijn. Voorts voorziet het plan in de bouw van stationsgebouwen en andere gebouwen ten behoeve van het railverkeer. Deze verordening biedt bovendien een aanspraak op nadeelcompensatie aan degenen die als gevolg van de aanleg van de Noord-Zuidlijn nadeel ondervinden. Verzoeken om toekenning van nadeelcompensatie en vergoeding van planschade worden via eenzelfde procedure afgewikkeld.

Men kan zich afvragen waarom het nodig is naast artikel 49 WRO nog een nadeelcompensatieregeling in het leven te roepen. Wat is de verhouding tussen die twee regelingen? Voegt die verordening misschien wat toe aan de aanspraken die artikel 49 WRO biedt? Deze vraag speelt overigens niet alleen bij de verordening voor de Noord-Zuidlijn, maar ook bij andere nadeelcompensatieregelingen die voorzien in toekenning van nadeelcompensatie wegens infrastructurele werken. Blijkens de toelichting beoogt de gemeente door het vaststellen van deze verordening geen aansprakelijkheden in het leven te roepen die naar de huidige stand van het recht niet bestaan. Het nadeelcompensatie-onderdeel van deze verordening beoogt niet te voorzien in vergoeding van schade die valt onder het bereik van artikel 49 WRO. Dit onderdeel beoogt evenmin te voorzien in vergoeding van schade wegens onrechtmatige overheidsdaad of wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst. Waarin het nadeelcompensatie-onderdeel dan wél beoogt te voorzien, laat de toelichting op de verordening goeddeels onbesproken. Als ik het goed zie, beoogt deze verordening te voorzien in een codificatie van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten voor een beperkte groep van schadeveroorzakende gebeurtenissen. Gebeurtenissen namelijk, die wél vallen onder het begrip 'aan-

212. In de civielrechtelijke literatuur pleegt men hier te spreken van de bath-tub-discussie. Vgl. A.R. Bloembergen, Een schadefonds geweldsmisdrijven?, Bloembergens werk, Deventer 1993, p. 167 e.v.; Bloembergen pre-advies NJV 1967, in het bijzonder nr. 45.

213. Vastgesteld bij raadsbesluit van 20 juli 2000 en gewijzigd bij raadsbesluit van 9 mei 2001.

leg van de Noord-Zuidlijn', maar waarvan de daardoor veroorzaakte schade niet kan worden teruggevoerd op schadeoorzaken als bedoeld in artikel 49 WRO. Zo bezien zou het onderdeel 'nadeelcompensatie' van de verordening dus onder meer voorzien in een op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten gebaseerde vergoeding van schade in die gevallen waarin voor de aanleg van (gedeelten van) de Noord-Zuidlijn geen wijziging van het planologisch regime noodzakelijk is. In die gevallen kan artikel 49 WRO geen grondslag voor schadevergoeding bieden en kan de nadeelcompensatieverordening aanvullende aanspraken bieden. In de toelichting wordt nadrukkelijk verwezen naar de twee hoofdcriteria van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. Gesteld wordt:

> 'De aanleg van de Noord-Zuidlijn is te beschouwen als een uitzonderlijk openbaar verkeerswerk, dat niet alleen zeer lang zal duren, maar tevens soms hinderlijk zal kunnen zijn. Hierdoor ontstaan nadeel zal daardoor in voorkomende gevallen boven het normaal maatschappelijk risico kunnen uitstijgen. Dit "bovennormale" nadeel tengevolge van de aanleg van de Noord-Zuidlijn treft bovendien niet iedereen in gelijke mate, maar komt slechts voor rekening van een relatief kleine groep benadeelden. Het zou onrechtvaardig zijn om dergelijk nadeel geheel ten laste te laten komen van de toevalligerwijs nabij het tracé gevestigde ondernemers en/of woonachtige burgers.'

Wellicht heeft ook de gedachte gespeeld dat er een nadeelcompensatieverordening moest komen om te voorzien in vergoeding van de schade die niet zozeer wordt veroorzaakt door de Noord-Zuidlijn wanneer deze eenmaal gerealiseerd is, maar veeleer door de werkzaamheden in verband met de aanleg van de Noord-Zuidlijn. Indien en voorzover die gedachte gebaseerd is op de veronderstelling dat dit soort schade niet op de voet van artikel 49 WRO voor vergoeding in aanmerking komt, lijkt mij deze gedachte niet helemaal juist. Zoals hierna zal worden uiteengezet, kan eventuele uitvoeringsschade, dat wil zeggen schade die wordt geleden tijdens of in verband met de uitvoering van bouwwerkzaamheden ten behoeve van de aanleg van de Noord-Zuidlijn, wel degelijk onder het bereik van artikel 49 WRO vallen. Vereist is naar het oordeel van de Afdeling dat de verwezenlijking van het bestemmingsplan en de daarin begrepen aanleg van een infrastructureel werk een overheersende werking heeft gehad op het ontstaan van de schade. Wanneer de schade echter goeddeels toegerekend kan worden aan een onoordeelkundige uitvoering van de werkzaamheden, kan de schade niet op de voet van artikel 49 WRO voor vergoeding in aanmerking komen. Alsdan biedt artikel 6:162 BW e.v. een grondslag voor schadevergoeding.[214] Daarnaast is het denkbaar dat de nadeelcompensatieverordening een aanvullende functie heeft voor wat betreft de zogenoemde planologische schaduwschade. Ik denk daarbij aan gevallen waarin schade is geleden als gevolg van de aanleg van de Noord-Zuidlijn vóórdat het bestemmingsplan dat voorziet in de aanleg van de Noord-

214. ABRvS 29 augustus 1996, AB 1997, 434 (Capelle aan den IJssel) en AGRvS 27 augustus 1990, BR 1991, p. 283 (Watertoevoer Medemblik); KB 21 november 1985, AB 1986, 114; KB 29 oktober 1985, BR 1986, p. 221; KB 6 augustus 1975, AB 1975, 289.

Zuidlijn onherroepelijk is geworden. Deze schade komt volgens vaste jurisprudentie niet op de voet van artikel 49 WRO voor vergoeding in aanmerking, maar zou wellicht op grond van deze verordening voor vergoeding in aanmerking kunnen worden gebracht.

In de concept-verordening en in de verordening zoals die aanvankelijk was vastgesteld, was voor wat betreft de aanspraak op nadeelcompensatie voorzien in een kortingspercentage van 25% van de omzetschade wegens normaal maatschappelijk risico. Nadien is dit vaste kortingspercentage geschrapt. De reden voor het schrappen daarvan is gelegen in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 20 februari 2001[215] betreffende het bestemmingsplan Noord-Zuidlijn. Deze uitspraak van de Afdeling betreft een bestemmingsplan, maar behandeling in dit kader is gerechtvaardigd omdat deze uitspraak een aantal rechtsoverwegingen bevat waarin wordt ingegaan op deze korting wegens normaal maatschappelijk risico. Een aantal eigenaren van winkels langs het tracé van de toekomstige Noord-Zuidlijn stelde in beroep bij de Afdeling (onder meer) dat bij de vaststelling en goedkeuring van het bestemmingsplan onvoldoende rekening was gehouden met de schade die zij zullen lijden als gevolg van de realisering van de Noord-Zuidlijn. Naar aanleiding van deze beroepsgrond stelde de Afdeling voorop dat

> 'verweerders op zichzelf aan de belangen die door aanleg worden gediend een groter gewicht hebben kunnen toekennen dan aan de belangen die daardoor worden aangetast. Dit laat echter onverlet dat de nadelige gevolgen van het bestreden besluit voor appellanten niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. In dit verband is van belang dat de aantasting van de individuele belangen zoveel mogelijk dient te worden beperkt en dat, voorzover dat niet mogelijk is, de eventueel optredende schade dient te worden vergoed.'

Vervolgens overwoog de Afdeling dat aannemelijk is geworden dat sommige winkeliers die afhankelijk zijn van het winkelend publiek, ondanks schadevoorkomende maatregelen, schade zullen kunnen lijden in de vorm van winstderving en omzetverlies. De Afdeling constateert vervolgens dat in de plantoelichting wordt vermeld dat ondernemers die ondanks alle maatregelen te maken krijgen met winstderving, op grond van de nadeelcompensatieverordening een verzoek kunnen indienen voor compensatie in de geleden schade. Daarmee neemt de Afdeling echter geen genoegen. Ten tijde van de vaststelling van het plan en het goedkeuringsbesluit was een ontwerp-nadeelcompensatieverordening vastgesteld, aldus de Afdeling. Hierin was onder meer bepaald dat ondernemers maximaal 75% van de geleden schade vergoed krijgen, zodat op voorhand de mogelijkheid van een volledige schadevergoeding is uitgesloten. Bovendien is niet duidelijk dat er geen schadeposten die voor vergoeding in aanmerking behoren te komen, van vergoeding zullen worden uitgesloten. Nu aannemelijk is geworden dat de ondernemers ter plaatse aanmerkelijke schade zullen

215. BR 2002, p. 166 m.nt. B.P.M. van Ravels (Noord-Zuidlijn Amsterdam).

kunnen lijden, is de Afdeling van oordeel dat, gegeven de redactie van deze ontwerpnadeelcompensatieverordening, een verwijzing naar de mogelijkheid van een in de toekomst te nemen schadebesluit niet volstaat. Gedeputeerde staten hebben volgens de Afdeling niet kunnen aannemen dat op aanvaardbare wijze tegemoet zal worden gekomen aan de belangen van hen die schade lijden als gevolg van de Noord-Zuidlijn. Door het plan desondanks goed te keuren hebben gedeputeerde staten in strijd gehandeld met het bepaalde in artikel 3:4 lid 2 Awb, aldus de Afdeling.

Deze uitspraak heeft mij om verschillende redenen verbaasd. Het door de Afdeling beoordeelde besluit was een besluit omtrent goedkeuring van een bestemmingsplan. Wanneer in dat verband het onderwerp schade en vergoeding daarvan aan de orde komt, gaan de gedachten toch al gauw in de richting van artikel 49 WRO. Door middel van deze wettelijke bepaling heeft de wetgever immers voorzien in een specifieke wettelijke bepaling die waarborgt dat voorzover schade wordt geleden als gevolg van een bestemmingsplan, op aanvaardbare wijze wordt tegemoetgekomen aan de belangen van diegenen die dientengevolge schade lijden. Geschillen daaromtrent kunnen via een met voldoende rechtswaarborgen omklede procedure, zo nodig in twee instanties worden voorgelegd aan de bestuursrechter. Zelfs een verwijzing naar deze schadevergoedingsbepaling ontbreekt echter in deze uitspraak. Dat lijkt niet in overeenstemming te zijn met de uit sommige uitspraken naar voren komende gedachte dat uit bepalingen als artikel 49 WRO een beperking voortvloeit ter zake van de afweging van de rechtstreeks bij het schadeveroorzakende besluit betrokken belangen (artikel 3:4 lid 1 Awb). In deze uitspraken wordt aangenomen dat het al dan niet compenseren van nadelen voortvloeiende uit op zichzelf als rechtmatig te kwalificeren besluiten, geen zelfstandig element is bij het voorbereiden en nemen van het schadeveroorzakende besluit.[216] Wanneer appellanten in beroep tegen (een besluit omtrent goedkeuring van) een bestemmingsplan gaan liggen voor het anker dat zij onaanvaardbare schade zullen lijden als gevolg van het bestemmingsplan, stuiten zij doorgaans op een standaardreactie. Deze komt erop neer dat gewezen wordt op de mogelijkheid om op de voet van artikel 49 WRO een verzoek om schadevergoeding bij de gemeenteraad in te dienen.[217] Deze vaste jurisprudentielijn berust op de gedachte dat in het kader van het bestemmingsplan of de anticipatie-procedure alle in geding zijnde – en dus ook financiële – belangen van partijen in de overwegingen dienen te worden betrokken. Daarbij mag echter niet uit het oog worden verloren dat de wetgever met het bieden van de mogelijkheid van schadevergoeding zoals nader omschreven in artikel 49 WRO niet heeft beoogd effectuering van het door de lokale overheid voorgestaan planologisch beleid in elk geval, waarin genoemd artikel wellicht toepassing zal behoren te vinden, te doen opschorten totdat die toepassing haar beslag heeft gekregen. In het uitzonderlijke geval waarin het zich al aanstonds laat

216. AR 10 mei 1993, AB 1993, 490 m.nt. P.C.E. van Wijmen (waarbij het overigens om een beleidsregel ging); CBB 12 december 1995, NJB 1996, p. 610, JB 1996, 10; ABRvS 31 juli 1996, AB 1996, 433 m.nt. AvH.

217. Vgl. bijv. ABRvS 13 oktober 1998, AB 1999, p. 220 m.nt. A.G.A. Nijmeijer en M.A.A. Soppe; KB 24 mei 1994, AB 1994, 610; KB 8 november 1994, AB 1995, 327.

aanzien dat een zo hoog totaal aan planschadevergoeding zal moeten worden betaald, dat, als direct gevolg daarvan, het plan als zodanig economisch niet uitvoerbaar en op die grond onaanvaardbaar is, is het aldus wel mogelijk dat van het plan of van anticipatie daarop moet worden afgezien. Maar buiten zodanig geval zal in het algemeen mogen worden volstaan met een verwijzing naar de door artikel 49 WRO in het individuele geval geboden mogelijkheden, aldus de Afdeling. Het door de wetgever in de Wet op de Ruimtelijke Ordening verkozen systeem immers, voorziet waar het betreft schade als door appellanten gesteld, in beginsel slechts in het achteraf vergoeden daarvan.[218] Gedeputeerde staten hebben dus wel degelijk kunnen aannemen dat op aanvaardbare wijze tegemoet zal worden gekomen aan de belangen van hen die schade lijden als gevolg van het door hen goedgekeurde bestemmingsplan dat voorzag in de aanleg van de Noord-Zuidlijn. Daaraan doet vanzelfsprekend niet af dat in een concept-verordening van de gemeente onder meer is bepaald dat ondernemers maximaal 75% van de geleden schade vergoed krijgen. Een autonome gemeentelijke verordening kan immers – wat er van de inhoud daarvan ook zij – niets afdoen aan de aanspraken die een burger kan ontlenen aan een wet in formele zin.

Misschien moeten we de uitspraak echter letterlijk nemen en hem zo lezen dat de Afdeling gedeputeerde staten verwijt dat zij niet hebben kunnen aannemen dat op aanvaardbare wijze tegemoet zal worden gekomen aan de belangen van hen die schade lijden 'als gevolg van de aanleg van de Noord-Zuidlijn'. Het vizier is daarbij veeleer gericht op het feitelijk uitvoeren van het werk dan op de planologische maatregel die, voorzover nodig, de uitvoering van dit werk mogelijk maakt. Die uitleg ligt om verschillende redenen niet voor de hand. De eerste is dat de Afdeling niet bevoegd is om feitelijk handelen te beoordelen, zodat zij ook niet bevoegd is om te beoordelen of de betrokken bestuursorganen hebben kunnen aannemen dat voldoende tegemoet wordt gekomen aan de belangen van hen die schade lijden als gevolg van dit feitelijk handelen. Een tweede reden is dat vernietigd is wegens strijd met artikel 3:4 lid 2 Awb. Daarbij spelen de 'nadelige gevolgen van een besluit een rol'. Niet valt in te zien dat de gevolgen van een andere gebeurtenis dan het bestreden besluit ook gewicht in de schaal zouden leggen.

Stel nu dat ervan uit zou moeten worden gegaan dat bij de vaststelling en goedkeuring van het bestemmingsplan voldoende gewaarborgd moet zijn dat op aanvaardbare wijze tegemoet zal worden gekomen aan de belangen van hen die schade lijden als gevolg van de aanleg van de Noord-Zuidlijn en dat niet kan worden volstaan met een verwijzing naar artikel 49 WRO.

Had de Afdeling dan niet gewoon kunnen overwegen, dat de nadeelcompensatieverordening nog maar de status had van een concept? En had de Afdeling voorts niet kunnen overwegen dat – wat er van de status van deze verordening ook zij – de vraag of deze verordening in voldoende mate in compensatie van het onevenredig nadeel voorziet, aan de orde kan komen in het kader van de toepassing van deze

218. ARRvS 7 januari 1993, BR 1993, p. 520 (Woonwagencentrum Roosendaal).

verordening en de eventuele rechterlijke toetsing van de op basis daarvan genomen schadebesluiten. Uit een oogpunt van rechtsbescherming is het noodzakelijk noch wenselijk, zo had de Afdeling kunnen overwegen, dat een tweede mogelijkheid wordt geopend om de aanvaardbaarheid van de nadeelcompensatieverordening (inclusief het vergoedingspercentage van 75% en de eventuele beperking tot bepaalde schadeposten) in het kader van de beoordeling van het schadeveroorzakende bestemmingsplan ter discussie te stellen. De beoordeling van de rechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit en de modaliteiten van het te nemen schadebesluit die in rechte nog stonden te bezien, maar dan wel uitgaande van de rechtmatigheid van het bestemmingsplan, worden dusdoende losgekoppeld. Die gedachtegang zou passen binnen eerdere rechtspraak van de Afdeling.[219]

Omdat de Afdeling niet duidelijk maakt wat haar bewogen heeft om in deze uitspraak te oordelen zoals zij gedaan heeft, blijven verschillende vragen onbeantwoord. Zou de Afdeling het bijvoorbeeld nu ineens, vanuit een oogpunt van rechtsbescherming of rechtszekerheid voor de betrokken ondernemers, noodzakelijk en wenselijk achten dat een tweede mogelijkheid wordt geopend om de aanvaardbaarheid van de in nadeelcompensatieverordening op te nemen bepalingen ter discussie te stellen? Zou de Afdeling het belang van de rechtszekerheid thans zodanig gewichtig achten, dat de betrokken ondernemers vooraf zekerheid moeten hebben omtrent het vergoedingspercentage en de voor vergoeding in aanmerking komende kosten? Zou de Afdeling onder ogen hebben gezien dat de mogelijkheid om deze kwesties in twee verschillende procedures ter discussie te stellen tot complicaties kan leiden? Of zou de Afdeling wellicht bedoeld hebben dat bijvoorbeeld de aanvaardbaarheid van in de regeling opgenomen percentages alleen nog maar in het kader van de beoordeling van het schadeveroorzakende besluit aan de orde kan worden gesteld? Dat laatste lijkt mij onwaarschijnlijk, maar je weet het nooit. Zou de Afdeling bij nadeelcompensatie niets meer willen weten van standaardbeperkingen wegens normaal maatschappelijk risico? Een bevestigende beantwoording van die vraag lijkt me evenmin erg waarschijnlijk. In de hiervoor genoemde uitspraak van 5 september 2001[220] ter zake van een regeling die voorzag in nadeelcompensatie wegens infrastructurele werken, overwoog de Afdeling immers dat de bij toepassing van deze regeling gehanteerde ondergrens in de vorm van een normaal maatschappelijk risico van 15% van de omzet op jaarbasis niet onaanvaardbaar was.

Nu de standaardkorting van 25% uit de verordening geschrapt is, wordt het blijkens de toelichting bij de verordening in eerste instantie aan de adviescommissie overgelaten vast te stellen in hoeverre er in verband met de aanleg van de Noord-Zuidlijn aanleiding bestaat tot toepassing van een aftrek wegens normaal maatschappelijk risico. Deze commissie en vervolgens de gemeenteraad zullen zich, mede blijkens het vorenstaande, geplaatst zien voor tal van lastige puzzels. Ik noem er nog een. Stel, er

---

219. ARRvS 10 mei 1993, AB 1993, 490 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Brug bij Itteren).
220. ABRvS 5 september 2001, LJN-nr. AD 3527/zaaknr. 20004867/1.

doet zich een geval voor waarin ter plaatse geen planologische wijziging nodig is om de Noord-Zuidlijn te realiseren, of er is wel een wijziging nodig, maar deze leidt niet tot een planologische verslechtering. Betrokkene kan dan geen aanspraak maken op vergoeding van schade op de voet van artikel 49 WRO. Onder omstandigheden kan hij dan een beroep doen op de nadeelcompensatieregeling. Kan hem dan worden tegengeworpen dat hij er rekening mee had kunnen houden dat het geldende planologische regime geen bescherming bood tegen realisering van dit soort werken, of althans van werken die vanuit planologisch oogpunt een minstens even vergaande aantasting van hun belangen zouden betekenen?[221]

Deze verordening maakt wat mij betreft duidelijk dat wanneer men een schadevergoedingsregeling opstelt, het van belang is duidelijk aan te geven hoe deze regeling zich verhoudt tot andere schadevergoedingsregelingen.

5.2 Passief beheer van droge waterstaatswerken

5.2.1 Besluiten omtrent openbare status van waterstaatkundige infrastructuur

In het Nederlandse recht is de Wegenwet de enige wet die een samenhangende regeling geeft inzake de openbaarheid van een onroerende zaak.[222] Deze wet voorziet niet in vergoeding van schade die door onttrekking van een weg aan de openbaarheid wordt veroorzaakt. Blijkens de memorie van antwoord van deze wet van 31 juli 1930 werd het niet wenselijk geacht

> 'in de wet eene aanspraak op schadeloosstelling neer te leggen voor iederen aangeland van een weg, welke aan het openbaar verkeer wordt onttrokken. Bepalingen zijn getroffen, die waarborgen, dat aan de belangen van particulieren behoorlijk aandacht zal worden geschonken. Worden dezen niettemin in hunne belangen geschaad, dan zullen zij die schade hebben te dragen, zooals zij ook het voordeel genieten van het bestemmen van wegen voor het openbaar verkeer. Een rechtsbeginsel, hetwelk de Overheid zou nopen in dergelijke gevallen schade te vergoeden, acht de ondergetekende niet aanwezig.'[223]

Gedurende lange tijd werden beroepsgronden die inhielden dat onaanvaardbare schade werd geleden als gevolg van de onttrekking van een weggedeelte aan het openbaar verkeer, weggewuifd met de overweging 'dat de Wegenwet niet de mogelijkheid biedt tot het verlenen van schadevergoeding; dat uit het vorenstaande volgt, dat geen zodanige bezwaren tegen de opheffing van het onderwerpelijke weggedeelte zijn aangevoerd, dat onttrekking aan het openbaar verkeer niet kan plaatsvinden'.[224] Nadeelcompensatie werd slechts toegekend wanneer het bestuursorgaan zelf

221. Vgl. ABRvS 12 maart 1999, AB 1999, 213 m.nt. AvH.
222. Vgl. H.Ph.J.A.M. Hennekens, Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht, Deventer 2001, p. 25.
223. TK 1929/30, nr. 75, MvA, p. 9.
224. KB 12 oktober 1979, AB 1980, 120.

een zekere gehoudenheid aannam om 'in gevallen waarin sprake is van een onevenredig zware benadeling een tegemoetkoming in de te lijden schade' toe te kennen. In een uit 1971 daterende kwestie werd een tegemoetkoming van 75% van de schade toegekend wegens de onttrekking van een weg aan het openbaar verkeer.[225] Later werd wel aangenomen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, althans het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, onder omstandigheden kon nopen tot het aanbieden van nadeelcompensatie, maar er zijn maar weinig uitspraken voorhanden waarin aspecten van materieel schadevergoedingsrecht aan de orde komen.[226] In een tweetal koninklijke besluiten waarin het materiële aspect wél aan de orde kwam, werd geoordeeld dat 'de aard en de omvang van het door deze appellant ten gevolge van de in geding zijnde wegonttrekking te lijden financieel-economisch nadeel niet zodanig is of kan zijn geweest, dat dit het normale maatschappelijke risico dat deze appellant voor zijn rekening behoort te nemen, te boven gaat'.[227] Aard en omvang van het nadeel zijn hier dus (mede) bepalend voor de beantwoording van de vraag of de schade het normaal maatschappelijk risico overstijgt.

5.2.2 Verkeersmaatregelen

In de rechtspraak komt met een zekere regelmaat de vraag aan de orde, of schade veroorzaakt door verkeersmaatregelen die op grond van artikel 2 Wegenverkeerswet 1994 geboden zijn, al dan niet voor vergoeding van overheidswege in aanmerking komt. Vanzelfsprekend kunnen dit soort maatregelen een aanzienlijke invloed hebben op verkeersstromen en daarmee bijvoorbeeld op de omzet van bedrijven die van deze verkeersstromen afhankelijk zijn.

De Wegenverkeerswet noch het Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer[228] en het RVV 1990[229] voorzien echter in vergoeding van schade veroorzaakt door op zichzelf rechtmatige verkeersmaatregelen. Sommige gemeenten hebben een verordening in het leven geroepen waarin is voorzien in nadeelcompensatie ter zake

---

225. KB 6 april 1971, NG 1972, p. 459, OB nr. 32797 (BES F-3-7) (Steenfabriek 'de Muggenwaard').
226. Zie voor enige uitspraken waarin geen materiële schadevergoedingsaspecten aan de orde kwamen: ARRvS 15 december 1981, AB 1982, 289 (Baalderbrug); ARRvS 9 september 1982, AB 1983, 269 m.nt. P.C.E. van Wijmen, BR 1984, p. 158 (Onttrekking aan het openbaar verkeer Ede); ARRvS 20 december 1982, AB 1983, 409 m.nt. Th.G. Drupsteen, BR 1983, p. 295, Gst. 6742, 5 m.nt. JMK (Cebeco); ARRvS 5 januari 1988, AB 1988, 230 m.nt. P.C.E. van Wijmen, BR 1988, p. 249 (Toonen/RWS); ARRvS 19 oktober 1993, AB 1994, 14 m.nt. AFMB (omrijschade als gevolg van onttrekking van weg aan openbaarheid); ABRvS 14 januari 1999, AB 1999, 203 (Wegonttrekking Someren). Zie voorts HR 20 juni 1980, NJ 1982, 510, AB 1980, 518 m.nt. J.R.St. (Eindhovens kanaal) voor de onttrekking van een kanaal aan de openbaarheid.
227. KB 13 september 1985, AB 1986, 478 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Wegonttrekking Menaldumadeel); KB 10 maart 1986, BR 1986, p. 608 (Wegonttrekking Vlagtwedde).
228. BABW, Stb. 460.
229. RVV 1990, Stb. 459.

van verkeersmaatregelen.[230] Het ontbreken van zodanige regeling betekent naar huidig recht niet zonder meer dat benadeelden geen aanspraak op schadevergoeding kunnen maken. Zij kunnen onder omstandigheden aan het ongeschreven recht een aanspraak op nadeelcompensatie ontlenen. In de praktijk wordt echter in de rechtspraak zelden een beroep op een aanspraak op nadeelcompensatie wegens een verkeersbesluit gehonoreerd. In de rechtspraak wordt vooropgesteld

> 'dat als uitgangspunt geldt dat het treffen van een verkeersmaatregel als hier aan de orde als een normale maatschappelijke ontwikkeling moet worden beschouwd, waarmee een ieder kan worden geconfronteerd en waarvan de nadelige gevolgen in beginsel voor rekening van betrokkenen behoren te blijven. Dat neemt echter niet weg dat zich feiten en/of omstandigheden kunnen voordoen waardoor een individueel belang ten gevolge van een dergelijke maatregel zodanig zwaar wordt getroffen dat het uit die maatregel voortvloeiende nadeel redelijkerwijs niet ten laste van betrokkene dient te blijven.'[231]

Dat er aanleiding bestaat om af te wijken van het uitgangspunt, dient in beginsel door benadeelden aannemelijk te worden gemaakt.[232] Daarbij dient de benadeelde niet alleen aannemelijk te maken dat hij schade lijdt of zal lijden als gevolg van deze maatregel, maar ook dat hij 'onevenredige, buiten haar normaal maatschappelijk risico vallende en redelijkerwijs niet ten laste van haar komende schade heeft geleden als gevolg van het onderhavige verkeersbesluit'.[233] Bij deze laatste formulering rijst de vraag welke criteria er in dit soort gevallen toe doen. Moet het gaan om schade die onevenredig is én buiten het normaal maatschappelijk risico valt én redelijkerwijs niet ten laste van benadeelde behoort te blijven? Of gaat het hier om min of meer synonieme begrippen die hetzelfde beogen aan te duiden, of bevatten de twee laatste begrippen slechts een verduidelijking van het eerste? Helemaal duidelijk is het niet.

In deze formulering wordt niet nadrukkelijk verwezen naar het criterium dat het moet gaan om op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende schade. In de rechtspraak treft men echter wel overwegingen aan die zijn terug te voeren op dit criterium. Eerder heb ik reeds gewezen op het geval waarin een tuinder stelde omrijschade te lijden als gevolg van een verkeersmaatregel. Deze verkeersmaatregel voor-

---

230. Bijv. de Verordening Schadecompensatie verkeersbesluiten, Verkeersstudie Oude Stad en Verkeerscirculatie Oude Stad van de gemeente Utrecht d.d. 23 januari 1997.

231. Deze formulering hanteerde de Kroon, voorzover ik dat heb kunnen nagaan, het eerst in een KB van 26 oktober 1990, AB 1991, 437 m.nt. PJS (Verkeersmaatregel Leeuwarden) en daarna in KB 16 april 1991, AB 1992, 250 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Verkeersmaatregel Bruinisse); KB van 20 november 1992, AB 1993, 202 (Verkeersmaatregel Leiden); KB 23 januari 1995, AB 1995, 267 (Verkeersmaatregel deelgemeente Prins Alexander); KB 19 mei 1995, AB 1995, 444 m.nt. PJS (Verkeersmaatregel Landgraaf); KB 1 juli 1996, AB 1996, 440 m.nt. PJS (Verkeersmaatregel Den Haag). De Afdeling bestuursrechtspraak heeft deze standaardoverweging overgenomen: ABRvS 15 oktober 1998, JB 1998, 278 m.nt. R.J.N. S. (Verkeersmaatregel Weert); ABRvS 14 november 2000, BR 2001, p. 234 m.nt. B.P.M. van Ravels (Verkeersmaatregel Enschede); ABRvS 26 september 2001, nr. 200005599/1 (Mennema/Nunspeet).

232. ABRvS 15 oktober 1998, JB 1998, 278 m.nt. R.J.N. S. (Verkeersmaatregel Weert) en KB 1 juli 1996, AB 1996, 440 m.nt. PJS (Verkeersmaatregel Den Haag).

233. ABRvS 26 september 2001, nr. 200005599/1 (Mennema/Nunspeet).

zag in afsluiting van een weggedeelte gedurende een jaar in verband met de opsporing en opruiming van explosieven. De kortste route van diens tuinbouwbedrijf naar de veiling kwam hiermee tijdelijk te vervallen. De Kroon oordeelde dat er geen sprake was van onevenredig nadeel dat voor vergoeding in aanmerking had dienen te komen. Deze tuinder onderscheidt zich voor wat betreft zijn nadeel niet van de overige circa 800 weggebruikers die van de weg gebruik maken.[234] Er wordt dus voor gekozen de zaak te bezien vanuit het perspectief van de kleinst mogelijke groep van personen die door de maatregel getroffen wordt. De Kroon beziet de zaak vanuit het perspectief van de overige circa 800 gebruikers van deze weg en concludeert dan dat de schade die deze tuinder lijdt, niet onevenredig is.

In een ander koninklijk besluit[235] wordt eenzelfde benadering gevolgd. De positie van enige winkeliers die nadeel lijden als gevolg van verkeersmaatregelen die de mogelijkheden van laden en lossen in de tijd beperken, wordt vergeleken met die van 'andere winkels welke in het centrum of in de nabijheid van het centrum gevestigd zijn'. Het wordt aannemelijk geacht dat 'zij hierin niet verschillen van andere winkels welke in het centrum of in de nabijheid van het centrum zijn gevestigd'.

In dit koninklijk besluit overweegt de Kroon voorts 'dat problemen met betrekking tot laden en lossen inherent zijn aan de situering van de bedrijven nabij het centrum'. Het eerste argument lijkt vooral toegespitst op de kwestie of het gaat om op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende schade. Het andere argument lijkt vooral gericht op de stelling dat het hier een normaal bedrijfsrisico voor in centrum van steden gevestigde bedrijven betreft. Dat de Afdeling inderdaad bereid is risico's die inherent zijn aan (vestiging in) een bepaald gebied aan de benadeelde toe te rekenen, blijkt uit de volgende overwegingen:

> 'Op een centrumlocatie als hier aan de orde diende appellante rekening te houden met min of meer permanente afsluiting, te meer nu al sinds 1972 over diverse verkeersmaatregelen in de Dorpstraat is gesproken en ook diverse verkeersmaatregelen zijn getroffen. Daaraan doet niet af dat het tot het onderhavige verkeersbesluit steeds ging om afsluiting van het oostelijk deel gedurende een beperkte periode en burgemeester en wethouders in een brief van 30 juli 1992 nog hebben aangegeven dat een geplande wijziging van de inritsituatie op dat moment niet gepaard ging met verkeersmaatregelen voor het oostelijk deel van de Dorpstraat, zoals appellante heeft aangevoerd.'[236]

Bedrijven die zijn gevestigd in een centrumgebied, dienen derhalve rekening te houden met vergaande verkeersmaatregelen, waaronder permanente afsluiting van wegen in de omgeving van hun bedrijf. Overigens worden er aan de voorzienbaarheid van de schade als gevolg van verkeersmaatregelen, in vergelijking met de eisen die in het planschadevergoedingsrecht worden gesteld, geen zware eisen gesteld.

---

234. KB 21 september 1990, nr. 90.019818, AB-kort 22 december 1990 (Verkeersmaatregel Horst).
235. KB 26 oktober 1990, AB 1991, 437 m.nt. PJS (Verkeersmaatregel Leeuwarden).
236. ABRvS 26 september 2001, nr. 200005599/1 (Mennema/Nunspeet).

Ook de omvang van de schade is in dit soort kwesties van belang. Een omzetderving als gevolg van een verkeersmaatregel van 2,8% tot 6,8%, welke daling bovendien ook door andere factoren negatief is beïnvloed, wordt door de Kroon[237] niet zodanig geacht dat deze redelijkerwijs niet ten laste van de getroffen winkeliers kan blijven.

Bij de beoordeling van dit soort kwesties speelt ook risicoaanvaarding een rol. De omzet van een haardenhandelaar was als gevolg van een verkeersmaatregel met 20% afgenomen. De Kroon overwoog in het kader van de beantwoording van de vraag of het hier om onevenredige schade ging, het volgende:

> 'Zoals hiervoor is overwogen is reeds in het voorontwerp Structuurplan 1969 de toekomstige verkeersstructuur voor Nieuwegein vastgesteld. Vanaf dat tijdstip was bekend dat te gelegener tijd de functie van de Utrechtsestraatweg van route voor doorgaand verkeer zou worden gewijzigd in die van buurtweg en hoofdlangzaamverkeersroute. Doornekamp open haarden BV heeft derhalve gedurende een reeks van jaren kunnen voorzien, dat op de Utrechtsestraatweg maatregelen zouden worden genomen ter beperking van het doorgaande gemotoriseerde verkeer. Door niet tijdig op deze ontwikkelingen in te spelen heeft Doornekamp open haarden BV het risico aanvaard schade te lijden ten gevolge van verkeersbeperkende maatregelen op de Utrechtsestraatweg.'[238]

Aan de andere kant is het dan wel vereist dat de maatregel op zodanig tijdstip bekend wordt gemaakt dat de betrokken ondernemers daarop kunnen inspelen en zich kunnen aanpassen aan de, al dan niet tijdelijke, nieuwe situatie. Wanneer ondernemers 'onverhoeds – en derhalve in zoverre onvoorzienbaar – geconfronteerd' worden met een ingrijpende verkeersmaatregel, kan dat bijdragen aan het oordeel dat de schade redelijkerwijs niet geheel te hunnen laste behoort te blijven.[239]

5.2.3 Wettelijke geboden

Een enkele keer leidt de oplegging van een wettelijk gebod in de sfeer van de waterstaatszorg tot een nadeelcompensatiekwestie. Gewezen kan worden op een uitspraak van de Afdeling omtrent de rechtmatigheid van een afrasteringsgebod in een verordening van een waterschap. Dit gebod was naar het oordeel van de Afdeling niet in strijd met artikel 14 Gw of artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Uit het oogpunt van de bescherming van de oeverbegroeiing is het afzonderen van een – vaak schuinaflopende – strook grond van 75 cm niet onredelijk of onevenredig bezwarend te achten. De kosten van het plaatsen en onderhouden van de afrastering – waarbij met een afdoende tijdelijke afrastering in de vorm van een stroomdraad kan worden volstaan – vallen voorts niet buiten het normaal maatschappelijk risico, aldus de Afdeling.[240]

---

237. KB 20 november 1992, AB 1993, 202 (Verkeersmaatregel Leiden).
238. KB 29 december 1988, AB 1989, 90 m.nt. PJS (Nieuwegein).
239. ABRvS 15 oktober 1998, JB 1998, 278 m.nt. R.J.N. S. (Verkeersmaatregel Weert).
240. ABRvS 2 oktober 2000, AB 2000, 449 m.nt. AvH.

5.2.4 Besluiten omtrent verlening van vergunningen en ontheffingen

Verlening van vergunningen

Kan er in gevallen van vergunningverlening, ontheffingverlening en dergelijke een op de vergunningverlenende instantie rustende nadeelcompensatieverplichting worden aangenomen? In de literatuur is verdedigd dat de regulering van overheidswege van een bepaald handelen in het algemeen belang, dat wil zeggen het in het leven roepen van een verbod behoudens vergunning en (vervolgens) de daarop gebaseerde vergunningverlening, de derde slechts ten voordele, althans niet ten nadele strekken.[241] In deze visie bestaat er geen causaal verband tussen de overheidsregulering en de schade die derden lijden als gevolg van het feitelijk gebruik maken van deze vergunning. Het besluit tot vergunningverlening wordt daarbij niet op zichzelf beschouwd, maar enkel als een onderdeel van de overheidsregulering van een bepaald handelen. Voor overheidsaansprakelijkheid is in deze visie alleen ruimte bij onrechtmatigheid in de vergunningverlening zelf, of wanneer de overheid zelf vergunninghouder is. Deze benadering lijkt te worden weerspiegeld in de te dezen relevante wetgeving. De verschillende wettelijke bepalingen die voorzien in vergoeding van schade ter zake van bepaalde overheidsgedragingen, bieden in de regel immers geen aanspraak op vergoeding van schade die derden lijden als gevolg van vergunningverlening en waarbij een concreet aan te wijzen direct-belanghebbende profiteert van de bevoegdheidsuitoefening. Zo is in de Wet milieubeheer wél voorzien in een regeling van vergoeding van schade die de vergunninghouder lijdt, maar voorziet artikel 15.20 Wm niet in vergoeding van schaden die derden als gevolg van de vergunningverlening lijden.

De beschikbare rechtspraak heeft vrijwel steeds betrekking op situaties waarin de vergunningverlenende instantie waar mogelijk waarborgt, of althans dient te waarborgen (bijvoorbeeld door het verbinden van een voorwaarde aan de vergunning), dat de directbelanghebbende eventuele (onevenredige) nadelen die derden als gevolg van gebruikmaking van de vergunning kunnen leiden, adequaat compenseert.[242] Gevallen waarin de vergunningverlenende instantie zélf gehouden werd geacht dit soort schade te vergoeden, zijn mij niet bekend. De stelling dat de vergunningverlenende overheid en niet de houder van de vergunning, door de gebruikmaking waarvan derden worden benadeeld, gehouden is tot schadevergoeding, wordt in de rechtspraak verworpen. Geoordeeld wordt dat een zodanige plicht veeleer op de vergunninghouder als directbelanghebbende bij de vergunning rust. De opvatting dat een eventuele compensatie in dit soort gevallen voor rekening dient te komen van de

---

241. A.Q.C. Tak, De overheid in het burgerlijk recht, Den Haag 1997, p. 391.

242. ARRvS 12 januari 1982, AB 1982, 299 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Paul Krugerbrug I) en ARRvS 12 november 1983, BR 1984, 228 (Paul Krugerbrug II); ARRvS 21 augustus 1984, AB 1984, 542; ARRvS 9 juni 1986, AB 1987, 360; Vz. ARRvS 29 oktober 1992, AB 1993, 183; ABRvS 10 mei 1995, RAwb 1995, nr. 72 m.nt. De Waard; Vz. ARRvS 7 oktober 1993, AB 1994, 281; ABRvS 8 januari 1998, JB 1998, 34 m.nt. R.J.N. S.; ABRvS 4 februari 1999, JB 1999, 66 m.nt. R.J.G.H. S.; ABRvS 12 maart 1999, AB 1999, 213 m.nt. AvH.

vergunninghouder, dat wil zeggen degene die feitelijk schade veroorzaakt wanneer hij van zijn vergunning gebruikmaakt, lijkt overigens ook gemeengoed in de literatuur.[243] In de rechtspraak is in dit verband in sommige gevallen aanvaard dat aan een vergunning een zogenoemd 'afwentelingsvoorschrift' wordt verbonden, dat wil zeggen een voorschrift op grond waarvan de vergunninghouder gehouden is de (onevenredige) nadelen die derden daarvan kunnen ondervinden, adequaat te compenseren.[244]

Inmiddels heeft de Afdeling uit het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten zelf een beperking afgeleid. Het beginsel van de openbare lasten is naar het oordeel van de Afdeling slechts van toepassing indien en voorzover de vergunning ter behartiging van enig openbaar belang is verleend. Wanneer er geen aanknopingspunten zijn dat met een besluit tot vergunningverlening enig openbaar belang wordt gediend, is er geen plaats voor het oordeel dat het vergunningverlenende bestuursorgaan een tegemoetkoming zou moeten toekennen voor enig nadeel dat derden door de verlening van de vergunning ondervinden.[245] Wanneer er geen rechtsgrond bestond om de vergunning te weigeren en de aard en het gewicht van de belangen die door de vergunningverlening worden gediend geen rol konden spelen bij de vergunningverlening, kan naar het oordeel van de Afdeling niet worden gezegd dat de vergunning met het oog op enig openbaar belang is verleend. Als ik het goed zie, benadrukt de Afdeling hier dat de omstandigheid dat het openbaar belang dat de betrokken regeling beoogt te dienen zich niet tegen vergunningverlening verzet, nog niet impliceert dat met vergunningverlening het openbaar belang is gediend. Het verlenen van een vergunning kan dus in de regel geen op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten berustende aanspraak op schadevergoeding bieden. Dat is mogelijk anders, zo begrijp ik de Afdeling, wanneer bij de vergunningverlening de aard en het gewicht van de openbare belangen die door het besluit worden gediend, een rol kunnen spelen en de afweging in het voordeel van het openbaar belang is uitgevallen.

---

243. N.S.J. Koeman, Aansprakelijkheden in het milieurecht. Enkele beschouwingen over de eenheid in het milieurecht, rede, oktober 1986, UvA, p. 30 e.v.; A.Q.C. Tak, De overheid in het burgerlijk recht, Den Haag 1997, p. 391; zie hieromtrent ook Th.G. Drupsteen, Beantwoording rechtsvraag milieurecht, AA 1982, p. 542; N.S.J. Koeman, Binnen- en buitenwettelijke schadevergoeding in het milieurecht, in: R.J.J. van Acht & R. Uylenburg, Financiële instrumenten in het milieurecht, Zwolle 1993, p. 19-26, alsmede J.A.M. van den Berk, Bestuursschaderecht, Deventer 1997, p. 159.

244. Zie daaromtrent o.a. B.W.N. de Waard, Wie van de drie? – Toerekening van onderzoekskosten naar mogelijke schade als gevolg van een ontheffing, in: R.D. Vriesendorp e.a. (red.), Het actuele recht, Lelystad 1993, p. 239 e.v.; R.M. van Male, Marionette. Over het afwentelen van nadeelcompensatie bij beschikkingsvoorschrift, in: In de sfeer van administratief recht, Utrecht 1994 (Konijnenbelt-bundel), p. 295; R.L. Vucsan, Het kind van de rekening: nadeelcompensatie en afwenteling in de Algemene wet bestuursrecht, in: M. Herweijer e.a. (red.), In wederkerigheid (Scheltema-bundel), Deventer 1997, p. 295-306.

245. ABRvS 10 juli 2000, Gst. 7128, 9 betreffende de verlening van een uitwegvergunning, waardoor een derde stelde nadeel te lijden. Zie voorts ABRvS 9 maart 2000, Gst. 7128, 8 m.nt. JT; ABRvS 18 mei 2000, Gst. 7128, 3 m.nt. HH, M en R 2000, 139K; ABRvS 9 juni 2000, AB 2001, 222 m.nt. GJ, JB 2000, 243 m.nt. R.J.N. S.

Een bekend voorbeeld van nadeelcompensatie ter zake van een besluit tot vergunningverlening biedt de kwestie rond de vervanging van de tot dan toe opklapbare Paul Krugerbrug door een vaste brug.[246] Ten gevolge van deze vervanging werd de doorvaart van het Merwedekanaal, welke voorheen mogelijk was voor schepen met een aftuighoogte van 6,30 m, beperkt tot schepen met een aftuighoogte van 3,60 m. Een nabijgelegen scheepswerf, De Liesbosch geheten, was in belangrijke mate afhankelijk van het feit dat deze brug opklapbaar was en zag zich voor aanzienlijke kosten geplaatst teneinde zich aan te passen aan de na het realiseren van de vaste brug ontstane situatie. Omdat deze werf zich tekortgedaan achtte, stelde het bedrijf beroep in bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State tegen het besluit van de Minister van Verkeer en Waterstaat tot verlening van de voor het vastmaken van de brug vereiste vergunning aan de gemeente Utrecht. Dit beroep en de daaropvolgende beroepen resulteerden in een aantal belangrijke uitspraken van de Afdeling. In de hier van belang zijnde uitspraak had de minister in het bestreden besluit bepaald dat de gemeente Utrecht 40% van de totale schade aan de scheepswerf diende te vergoeden. Deze uitspraak is onder meer opmerkelijk, omdat het vrijwel de enige, zo niet de enige is, waarin een bestuursrechter in een nadeelcompensatiekwestie een ander antwoord dan het bestuursorgaan geeft op de vraag welk deel van de schade ten laste van benadeelde kan worden gelaten. De Afdeling rechtspraak stelde ten eerste vast dat de scheepswerf 'voor een rendabele bedrijfsvoering in aanmerkelijke mate afhankelijk (was) van het feit dat de nabijgelegen Paul Krugerbrug opklapbaar is'. Voorts was gebleken dat het bedrijf 'ten gevolge van de onderhavige vergunningverlening ter plaatse niet langer levensvatbaar (was) tenzij maatregelen worden getroffen waarmee aanzienlijke bedragen zijn gemoeid'. De minister en de scheepswerf waren het erover eens dat de omvang van de totale schade die voor de werf uit de vergunningverlening voortvloeide, *f* 6.138.500 bedroeg. De Afdeling overwoog op grond hiervan dat zij met de werf en de minister van oordeel was 'dat deze schade niet kan worden geacht te behoren tot het voor de betrokken bedrijven als normaal te beschouwen bedrijfsrisico'. Bepalend voor dit oordeel lijken vooral de aard, ernst en omvang van de schade die de werf als gevolg van de vergunningverlening leed. De Afdeling wees de aanspraken van een ander bedrijf af omdat het niet 'in aanmerkelijke mate afhankelijk is van het feit dat de nabij gelegen Paul Krugerbrug opklapbaar is', terwijl de Afdeling ook 'niet tot de overtuiging gekomen (was) dat genoemd bedrijf ten gevolge van de onderhavige vergunningverlening ter plaatse niet langer levensvatbaar zou zijn'. In dit opzicht wijkt deze uitspraak af van planschadejurisprudentie. Aard, omvang en ernst van het nadeel zijn daar in beginsel niet bepalend voor het antwoord op de vraag, of de schade veroorzaakt door de overheidsmaatregel in beginsel voor vergoeding in aanmerking komt.

---

246. ARRvS 22 november 1983, AB 1984, 154 m.nt. J.H.W. de Planque, BR 1983, p. 230 m.nt. J.W. Meijer; AB-klassiek, vierde druk, p. 159 e.v. m.nt. P.J.J. van Buuren (Paul Krugerbrug II).

Met betrekking tot het antwoord op de vraag of de schade die de werf leed niet, dan wel niet geheel ten laste van het bedrijf behoorde te blijven, oordeelde de Afdeling dat de schade voor een ondergeschikt deel ten laste van het bedrijf diende te blijven, zulks op de volgende gronden. Het bedrijf had

> 'moeten, althans kunnen, beseffen dat de scheepvaartfunctie van het Merwedekanaal geleidelijk aan betekenis inboette, terwijl de drang van weg- en railverkeer allengs toenam. Zij hebben er dan ook niet vast op kunnen rekenen dat het betrokken vaarwater altijd in de voor hun individuele behoeften meest bruikbare staat zou worden gehouden. De Afd. is van oordeel dat 80% van de totale kosten van *f* 6 138 500 naar billijkheid (...) behoort te worden vergoed, zulks gelet op de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval en op de positie waarin de betrokken bedrijven na het vastmaken van de Paul Krugerbrug zullen komen te verkeren.'

De omstandigheid dat algemene maatschappelijke ontwikkelingen hadden geleid tot het treffen van de schade veroorzakende voorziening, was in de tijd dat de Afdeling rechtspraak de Paul Krugerbrug-uitspraak wees, ook in de planschadejurisprudentie een relevant argument voor de beantwoording van de vraag of de schade redelijkerwijs ten laste van betrokkene kon worden gelaten.[247] Kortom: de bijzondere aard, ernst en omvang van de schade waren redengevend voor het oordeel dat de schade buiten het normale bedrijfsrisico viel, de mate waarin betrokkene rekening kon houden met maatschappelijke ontwikkelingen die tot deze schade hebben geleid, is bepalend voor het antwoord op de vraag welk deel van de schade vergoed moet worden.

De Afdeling overwoog voorts dat zij

> 'er bij het vormen van haar oordeel weliswaar niet aan voorbij (had) gezien dat genoemde bedrijven deel uitmaken van het Ballast-Nedam concern, doch voldoende is gebleken dat deze bedrijven in economisch opzicht als zelfstandige eenheden functioneren. De financiële positie van het Ballast-Nedam concern heeft de Afd. te dezen dan ook niet in haar oordeelsvorming betrokken.'

Uit deze uitspraak kan men strikt genomen niet afleiden wat de Afdeling geoordeeld zou hebben wanneer het bedrijf niet als zelfstandige eenheid binnen het grotere bedrijf had gefunctioneerd. De Afdeling kwam immers niet toe aan de beantwoording van de vraag of zij in die situatie tot eenzelfde oordeel zou zijn gekomen. Wel kan worden geconstateerd dat in hetgeen de Afdeling overweegt bij de beantwoording van de vraag, of de schade het normale bedrijfsrisico te boven ging, geen betekenis toekomt aan de vraag of het bedrijf in staat moest worden geacht zelf de omvangrijke kosten te dragen die gemaakt moesten worden om het bedrijf aan te passen aan de nieuwe situatie.

---

247. Vgl. het reeds eerder genoemde KB 22 maart 1983, BR 1983, p. 480 (Waardevermindering Soest).

In een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak uit 2001 blijkt dat de Afdeling zich op het standpunt stelt dat de Minister van Verkeer en Waterstaat bij het nemen van een beslissing op grond van de Regeling nadeelcompensatie Rijkswaterstaat rekening kan houden met de omstandigheid dat een benadeelde vennootschap voor wat betreft haar bedrijfsactiviteiten in belangrijke mate verweven is met de desbetreffende moederonderneming.[248] Het ging in dit geval om schade die een verkoopmaatschappij leed als gevolg van het wegvallen van een afnemer, te weten een brandstoffenverkooppunt dat als gevolg van de ombouw van een rijksweg tot autosnelweg moest sluiten. De exploitant van het brandstoffenverkooppunt kreeg nadeelcompensatie toegekend. De verkoopmaatschappij stelde zich op het standpunt dat het niet mogelijk was de aldus verloren omzet weer terug te winnen door het – op korte termijn – contracteren van een ander verkooppunt. Het verzoek om nadeelcompensatie werd afgewezen, omdat deze verkoopmaatschappij voor de toepassing van de Regeling niet als zelfstandige onderneming was te beschouwen, maar één geheel vormde met de moedervennootschap, een benzinemaatschappij. 'Gezien deze verwevenheid behoefde de minister het niet op voorhand aannemelijk te achten dat de sluiting van (het bewuste) verkooppunt (...) van overwegende betekenis zou zijn voor de afzetmogelijkheden' van de verkoopmaatschappij, aldus de Afdeling. Met de term 'van overwegende betekenis' lijkt de Afdeling het oog te hebben op de ernst van de schade: het wegvallen van een enkel verkooppunt kan voor een grote benzinemaatschappij met een groot aantal afnemers niet als een ernstig nadeel worden aangemerkt, in die zin dat de totale afzetmogelijkheden van het bedrijf daardoor niet in belangrijke mate afnemen. Belangrijk is dat de Afdeling hieraan toevoegt dat zij niet vermag in te zien 'dat de sluiting van (dit) verkooppunt (...) anders moet worden gezien dan het wegvallen van een afnemer waar elders – evenzeer ten gevolge van infrastructurele maatregelen – weer een nieuwe afnemer zou kunnen ontstaan'. In de door de Afdeling gevolgde redenering lijkt dus niet zozeer bepalend te zijn of de benadeelde – gelet op diens vermogenspositie en zijn mogelijkheden om uit andersoortige bedrijfsmatige activiteiten inkomsten te behalen – in staat is de last te dragen die het gevolg is van een overheidsmaatregel. In deze redenering lijkt veeleer van belang te zijn of de benadeelde – gelet op onder meer de aard, omvang en geografische spreiding van haar gelijksoortige bedrijfsactiviteiten – als gevolg van overheidsmaatregelen die vergelijkbaar zijn met de schadeveroorzakende maatregel, voordelen geniet die opwegen tegen de nadelen die het gevolg zijn van deze schadeoorzaak. Van toepassing van een draagkrachtredenering lijkt zo bezien geen sprake te zijn. Er is geen sprake van een slechts op individuele draagkrachtverschillen berustend onderscheid binnen de groep van ondernemers die zich op de verkoop van brandstoffen richten.[249] Van zuivere voordeelverrekening is hier evenmin sprake. Dat is

---

248. ABRvS 12 april 2001, JB 2001, 153 m.nt. JHK (Rijksweg 32); zie voor de toepassing van art. 15.20 Wm ABRvS 29 september 2000, AB 2000, 476.
249. Zo bezien wijkt de benadering van de Afdeling niet af van die van de Hoge Raad in diens arrest van 3 april 1998, AB 1998, 256 m.nt. ThGD inzake Meiland/Staat.

immers slechts mogelijk wanneer 'een zelfde gebeurtenis' schade en voordeel veroorzaakt.[250] Als ik het goed zie, is deze overweging gebaseerd op een gezichtspunt dat een rol speelt bij de invulling van het normale bedrijfsrisico, te weten: de schade valt niet buiten het normale ondernemersrisico wanneer het door de schadeveroorzakende gebeurtenis veroorzaakte nadeel niet van overwegende betekenis is, in die zin dat deze geen ernstige verstoring oplevert van het normale evenwicht tussen de voor- en nadelen die de ondernemer (als zelfstandige economische eenheid) ter zake van een bepaalde soort bedrijfsactiviteiten in een zich steeds wijzigende samenleving ondervindt van min of meer vergelijkbare overheidsmaatregelen (in dit geval infrastructurele maatregelen).

Twee gevallen van nadeelcompensatie in geval van vergunningverlening kunnen nog worden genoemd. Het dagelijks bestuur van een waterschap verleende krachtens een Verordening waterkering en waterbeheersing en een Wegenverordening ontheffing aan een particulier – een exploitant van een fruitbedrijf – voor demping van een sloot ten behoeve van de verbreding van een dam. Dientengevolge wordt een uitbreiding van de bedrijfsactiviteiten van het fruitbedrijf mogelijk, omdat grotere vrachtwagens af en aan kunnen rijden. Een mogelijkheid die volgens het waterschapsbestuur overigens reeds in het ter plaatse geldende planologische regime besloten lag. Een verzoek van een derde om nadeelcompensatie wegens de als gevolg van (het gebruik van) deze ontheffingen veroorzaakte overlast en waardedaling van diens woning werd afgewezen. Naar het oordeel van de Afdeling terecht. De Afdeling oordeelde dat het waterschapsbestuur zich 'terecht op het standpunt (heeft) gesteld dat appellant, nu het hier geen abnormale, onvoorzienbare ontwikkelingen betreft, geen nadeel ondervindt ten gevolge van de verleende ontheffingen dat redelijkerwijs niet te zijnen last behoorde te blijven'.[251]

Een ander geval betrof een exploitant van een benzineverkooppunt die als gevolg van de realisering van een openbare telefoon in de nabijheid van zijn verkooppunt inkomsten uit de opslag van het gebruik van zijn telefoon inkomsten uit impulsaankopen miste. De Afdeling oordeelde dat deze schade behoorde tot het normale ondernemersrisico.[252] Dit zou volgens de Afdeling slechts anders zijn indien de exploitant de kosten van de aanleg van zijn openbare telefoon nog niet zou hebben terugverdiend.[253]

---

250. Art. 6:100 BW. Van zodanige voordeelverrekening was sprake in ARRvS 1 juni 1987, AB 1988, 115 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Rijswijk) betreffende vergoeding van schade veroorzaakt door een (fietsroute)demonstratieproject. Zie ook Rb. Breda 2 augustus 1983, BR 1984, p. 164 m.nt. P.C.E. van Wijmen (fietsroute Tilburg).

251. ABRvS 12 maart 1999, AB 1999, 213 m.nt. AvH.

252. Zie ook ABRvS 30 maart 1995, AB 1995, 375; CBB 29 februari 2000, AB 2000, 206 m.nt. JHvdV.

253. ABRvS 8 januari 1998, JB 1999, 34 m.nt. R.J.N. S.

Intrekking van vergunningen

In het hoofdstuk betreffende de natte waterstaat is reeds uitvoerig ingegaan op nadeelcompensatie bij het intrekken van vergunningen voor kabels en leidingen die in waterstaatswerken liggen. Hier is nog van belang te vermelden het geval waarin in 1990 een in 1984 verleende vergunning ingevolge artikel 5 lid 1 aanhef en onder a van het Rijkswegenreglement voor het hebben van een benzinestation werd ingetrokken.[254] In verband met een reconstructie van de Rijksweg 16 (de zogenoemde Van Brienenoordcorridor) kon het betreffende benzinestation ter plaatse niet langer gehandhaafd blijven en diende dit te worden verwijderd. Uit de desbetreffende uitspraak blijkt dat 25% van de schade ten laste van de vergunninghouder is gelaten, opdat deze 'er gezien de maatschappelijke, meer in het bijzonder "verkeerskundige" ontwikkelingen in zijn algemeenheid niet op kon rekenen nog in lengte van jaren ter plaatse een benzinestation te exploiteren'.

254. ARRvS 9 maart 1993, AB 1994, 83, BR 1994, 64.

6 Waterstaatszorg en vergoeding van plan- en maatregelschade

6.1 Inleiding

In het thans geldende systeem van de Wet op de Ruimtelijke Ordening is de uitoefening van bevoegdheden op grond van deze wet van groot belang voor de natte en droge waterstaatszorg. Wanneer de overheid een waterstaatswerk – bijvoorbeeld een land- of spoorweg met de daarbij behorende kunstwerken, een waterkering of een retentiebekken – wil aanleggen of wijzigen, zal in beginsel een planologische titel in een bestemmingsplan vereist zijn. Een uitzondering op die regel geldt wanneer een bijzonder wettelijk regime van toepassing is.[255] Voorts kan bijvoorbeeld in een bestemmingsplan aan water een bestemming worden gegeven, waardoor het bestemmingsplan een instrument kan zijn ter bescherming van de gebruiksfuncties die aan water toekomen. Aanlegvergunningstelsels die aan bestemmingsplannen kunnen worden verbonden, kunnen van belang zijn voor het kwantitatieve en kwalitatieve waterbeheer. Dit rijtje voorbeelden is verre van volledig, maar daaruit blijkt in ieder geval dat, wil men zicht krijgen op materiële aspecten van bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht op het gebied van de waterstaatszorg, niet voorbij kan worden gegaan aan de bepaling die voorziet in vergoeding van schade veroorzaakt door een aantal op de Wet op de Ruimtelijke Ordening gebaseerde beslissingen. De aanspraak op vergoeding van plan- en maatregelschade vindt zijn wettelijke grondslag in artikel 49 WRO. Ingevolge deze bepaling kent de gemeenteraad, voorzover blijkt dat een belanghebbende ten gevolge van planologische maatregelen die in artikel 49 WRO genoemd worden, schade lijdt of zal lijden welke redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet of niet voldoende door aankoop, onteigening of anderszins is verzekerd, hem op zijn verzoek een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding toe. De idee achter deze wettelijke bepaling is, kort gezegd, dat de schadeveroorzakende planologische maatregel weliswaar rechtmatig is, maar dat dit niet wegneemt dat de overheid degenen die door besluiten die in het algemeen belang nodig worden geacht ernstig in hun belangen worden geschaad, schadevergoeding dient te betalen. Mede omdat de tekst van artikel 49 WRO nauwelijks operationele handvatten biedt, zijn de toepassingscriteria vooral in

255. Denk aan de Deltawet grote rivieren en aan de Tracéwet.

de jurisprudentie ontwikkeld. De ontwikkeling in de rechtspraak zou kunnen worden beschreven als een ontwikkeling vanaf een stadium waarin schadevergoeding slechts bij uitzondering op grond van vage criteria en dan nog in beperkte mate werd toegekend, naar een stadium waarin de te hanteren criteria redelijk helder zijn en de kansen op honorering van substantiële claims aanzienlijk zijn toegenomen. Als bepalende factoren voor deze ontwikkeling zou, naast 'voortschrijdend inzicht' omtrent de uitleg van deze bepaling, kunnen worden gewezen op de omstandigheid dat sedert 1 januari 1988 niet langer de Kroon, maar de bestuursrechter de uiteindelijk toetsende instantie is, op de invloed van het burgerlijk recht op het planschadevergoedingsrecht, op de afkeer van de rechtsprekende Afdelingen van de Raad van State van vage criteria bij de toepassing van artikel 49 WRO en mogelijk ook op een verschuiving in de maatschappelijke opvattingen over risicoverdelingsvraagstukken.

6.2 Causaal verband

6.2.1 De in aanmerking te nemen schadeoorzaken

Limitatieve opsomming

Welke besluiten kunnen als grondslag voor schadevergoeding op de voet van artikel 49 WRO worden aangemerkt? Uitgangspunt van de rechtspraak is dat artikel 49 WRO een limitatieve opsomming bevat van besluiten die grondslag kunnen bieden voor een aanspraak op schadevergoeding.[256] Aanvankelijk was er overigens geen sprake van een opsomming. Toen artikel 49 WRO in 1962 in de wet werd opgenomen, boden slechts 'de bepalingen van een bestemmingsplan' een grondslag voor schadevergoeding.[257] De vraag of de werkingssfeer van artikel 49 WRO moet worden uitgebreid, is nadien echter door de wetgever nadrukkelijk onder ogen gezien bij de wetswijziging van 1986.[258] Van groot belang was met name de aanvaarding van een amendement van het Tweede-Kamerlid Te Veldhuis dat ertoe strekte, in navolging van de aanbevelingen van de Commissie van onderzoek naar de werking van artikel 49 WRO, onder voorzitterschap van dr. I. Samkalden (de commissie Samkalden)[259] en het advies van de Raad van Advies voor de Ruimtelijke Ordening (RARO) naar aanleiding van dit rapport,[260] de werkingssfeer van artikel 49 WRO te verruimen.[261] Als gevolg daarvan werd de werkingssfeer van artikel 49 aanzienlijk uitgebreid[262] met

256. Vgl. reeds KB 5 juli 1978, nr. 36 (Wierden), BR 1978, p. 673 betreffende het voorbereidingsbesluit.
257. De reikwijdte was daarmee overigens ruimer dan die van het ontwerp. Dat voorzag alleen in een tegemoetkoming in geval van nadeel veroorzaakt door 'de bestemming, welke in een bestemmingsplan aan die grond is gegeven'. Die bepaling werd destijds echter reeds te beperkt geacht.
258. Wet van 21 november 1985, Stb. 1985, 624, 625, 626 (in werking getreden op 1 juli 1986).
259. Rapport van de Commissie artikel 49 WRO, augustus 1983.
260. Advies over het rapport van de Commissie artikel 49 WRO, uitgebracht aan de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer op 1 maart 1984.
261. TK 1983-1984, 14 889, nr. 45.

onder meer 'het besluit omtrent vrijstelling, als bedoeld in de artikelen 17, 18, 18a of 19' en ministeriële en provinciale aanwijzingsbesluiten als bedoeld in artikel 37 WRO 'planschadegevoelig' gemaakt. De reikwijdte van artikel 49 WRO is echter nog steeds een beperkte. Tal van beslissingen die hun grondslag vinden in de WRO, vallen niet onder het bereik van deze regeling.

Inmiddels is de reikwijdte van artikel 49 WRO uitgebreid met tracébesluiten als bedoeld in de Tracéwet, voorzover deze in strijd zijn met het ter plaatse vigerende bestemmingsplan. Artikel 15 lid 6 van de op 15 oktober 2000 in werking getreden eerste tranche van de wijziging van de Tracéwet luidt:

> 'Voor zover het Tracébesluit in strijd is met een bestemmingsplan geldt het Tracébesluit als vrijstelling, bedoeld in artikel 19 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening.'

Nu artikel 49 aanhef en onder b een besluit omtrent vrijstelling als bedoeld in artikel 19 als een 'planschadegevoelig' besluit aanmerkt, voorziet artikel 49 WRO in zoverre in vergoeding van schade veroorzaakt door een tracébesluit. Dat betekent een belangrijke uitbreiding voor wat betreft de bestuursrechtelijke schadevergoeding in verband met de waterstaatszorg. De Tracéwet voorziet immers in regels voor de voorbereiding, vaststelling en tenuitvoerlegging van besluiten met betrekking tot de aanleg of wijziging van hoofdwegen, van landelijke railwegen en van hoofdvaarwegen.

Voordat deze wetswijziging in werking trad, was overigens reeds voorzien in een buitenwettelijke uitbreiding van de werkingssfeer van artikel 49 WRO. In de tracébesluiten voor de realisering van de Betuweroute en de HSL-Zuid c.a. is voorzien in een nadeelcompensatieparagraaf. In artikel 21 van het Tracébesluit Betuweroute ('Financiële compensatie') wordt verwezen naar de Regeling Nadeelcompensatie Betuweroute[263] en de daarin te hanteren uitgangspunten. In artikel 2 van deze nadeelcompensatieregeling is een op de leest van artikel 49 WRO gebaseerde formulering opgenomen. Als relevante schadeoorzaak wordt daarbij onder meer 'het onherroepelijke Tracébesluit Betuweroute' genoemd.[264] De gedachte is dat het tracébesluit inhoudelijk bezien als een soort pseudo-bestemmingsplan beschouwd kan worden en dat het daarom, mede gelet op de mate van concreetheid daarvan, in de rede ligt het tracébesluit materieel onder de werking van artikel 49 WRO te brengen.[265] Inhoudelijk bezien is het belangrijkste gevolg dat het moment waarop de aanspraak op schadevergoeding wegens het planologische besluit dat de realisering van de infra-

---

262. De Kroon had overigens het voortouw genomen door vrijstellingen ex art. 19 WRO op grond van het beginsel van de rechtsgelijkheid onder het bereik van art. 49 WRO te brengen: KB 25 april 1978, BR 1978, 569 m.nt. Mörzer Bruyns, ARB 1978, 338 m.nt. S (Halsteren); later iets anders geformuleerd in KB 30 december 1981, AB 1982, 119 (Doniawestal) en KB 7 november 1984, AB 1985, 224 (Nuth).
263. Regeling van de Minister van Verkeer en Waterstaat van 6 september 1996, Stcrt. 1996, 189.
264. Dit tracébesluit werd grotendeels onherroepelijk op 28 mei 1989 als gevolg van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van die datum omtrent de tegen het tracébesluit ingestelde beroepen (nr. E01.96.0532).
265. Zie Th.J. Boon, Nadeelcompensatie Betuweroute, de randen van de regeling, BR 1999, p. 930-935.

structuur mogelijk maakt, in de tijd naar voren wordt gehaald. Het hierna te behandelen probleem van de planologische schaduwschade wordt daarmee voor een deel opgelost.

Bij de HSL-Zuid c.a. is materieel gezien eenzelfde benadering gevolgd. Ook daarbij is het onherroepelijke tracébesluit materieel gezien onder de werking van artikel 49 WRO gebracht. De betrokken overheden zijn echter in procedureel opzicht nog een stap verder gegaan. De besturen van de gemeenten over wier gebied het HSL-tracé loopt en de Minister van Verkeer en Waterstaat hebben hun bevoegdheden om te beslissen omtrent verzoeken om nadeelcompensatie en verzoeken om toepassing van artikel 49 WRO op de voet van de Wet gemeenschappelijke Regelingen overgedragen aan een apart openbaar lichaam, een zogenoemd schadeschap.[266] Daarmee wordt – samengevat – beoogd te bereiken dat burgers weten waar ze met hun schadeclaims terecht kunnen; dat de schadeclaims volgens de beproefde procedure van de nadeelcompensatieregeling van Verkeer en Waterstaat beoordeeld worden; dat schadeclaims zoveel mogelijk naar dezelfde maatstaven beoordeeld worden, en dat in de (draagplicht)verhoudingen tussen het Rijk en de andere overheden geen discussies ontstaan omtrent de waardering van de claims. Door middel van het in het leven roepen van een schap wordt voorts voorkomen dat verschillende bestuursorganen bevoegd zijn om over min of meer dezelfde claims te beoordelen, met alle afstemmingsproblemen van dien. Een schadeschap is ook in het leven geroepen in verband met de uitbreiding van de luchthaven Schiphol met een vijfde baan en daarmee samenhangende infrastructurele ingrepen.[267] De Minister van Verkeer en Waterstaat heeft aan het Schadeschap Luchthaven Schiphol de bevoegdheid overgedragen om te beslissen over vergoeding van schade veroorzaakt door het op de Luchtvaartwet gebaseerde aanwijzingsbesluit. De Luchtvaartwet voorziet niet in vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade. Het aanwijzingsbesluit zelf kent echter, evenals voornoemde tracébesluiten, een door de tekst van artikel 49 WRO geïnspireerde nadeelcompensatieparagraaf. Voor wat betreft het materiële schadevergoedingsrecht zijn deze schappen van minder betekenis. Met de oprichting van deze schappen is immers niet beoogd nieuwe materiële aanspraken op schadevergoeding in het leven te roepen.

Rechtens onaantastbare besluiten

Naast de beperking tot de limitatief in artikel 49 opgesomde besluiten geldt voorts de beperking dat artikel 49 WRO uitsluitend een grondslag biedt voor vergoeding van schade die het gevolg is van een rechtskracht hebbend besluit genoemd in artikel 49 WRO[268] nadat dit besluit in rechte onaantastbaar is geworden.[269] De consequentie van deze rechtspraak is dat de schade die iemand lijdt als gevolg van een planologische maatregel die genoemd wordt in artikel 49 WRO en die bovendien in werking is

266. Gemeenschappelijke regeling schadevergoedingsschap HSL-Zuid, A 16 en A 4, en de Nadeelcompensatieverordening HSL-Zuid, A 16 en A4 (Stcrt. 1998, 70).

267. Gemeenschappelijke Regeling Schadeschap Luchthaven Schiphol (Stcrt. 1998, 223), Verordening Schadeschap Luchthaven Schiphol (Stcrt. 1998, 30).

getreden, maar die nog niet rechtens onaantastbaar is geworden, niet voor vergoeding in aanmerking komt. Hieraan doet naar het oordeel van de Afdeling niet af dat het (onherroepelijk worden van het) bestemmingsplan mogelijk zijn schaduw vooruit heeft geworpen in die zin, dat potentiële kopers zijn afgeschrikt.[270] Op deze uitleg van artikel 49 WRO is kritiek uitgeoefend. Zo is erop gewezen dat niet valt in te zien waarom het juist zou zijn het verkrijgen van rechtskracht gelijk te stellen met het rechtens onaantastbaar worden van het besluit.[271] Een besluit kan immers reeds lang in werking zijn getreden voordat het besluit rechtens onaantastbaar wordt. Soms kan daar wel jaren tussen zitten. De tekst van de wet noopt bovendien geenszins tot het stellen van de eis dat het schadeveroorzakende besluit rechtens onaantastbaar is. Ook de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van artikel 49 WRO biedt, als ik het goed zie, geen grondslag voor het stellen van deze eis.[272]

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft echter ook recentelijk nog nadrukkelijk te kennen gegeven niet voornemens te zijn haar rechtspraak op dit punt te wijzigen. Dat maakte de Afdeling glashelder in een zaak waarin iemand zijn huis had verkocht ná het in werking treden van een vrijstellingsbesluit als bedoeld in artikel 19 WRO, maar vóór het rechtens onaantastbaar worden daarvan. Zijn verzoek werd wegens het ontbreken van oorzakelijk verband met een rechtens onaantastbaar geworden besluit afgewezen.[273] In beroep overwoog de Afdeling naar aanleiding van het betoog van appellanten, dat het niet vergoeden van de hier aan de orde zijnde zogenoemde schaduwschade tot onbillijkheden leidt, 'dat het aan de wetgever is om desnodig te overwegen en te beslissen of hierin door wetswijziging verandering moet worden gebracht'.[274]

---

268. AGRvS 12 juni 1989, AB 1989, 497 m.nt. PvB; AGRvS 29 december 1992, BR 1993, p. 909 (Planologische schaduwschade Haarlem); ABRvS 17 maart 1995, BR 1996, p. 341 m.nt. P.C.E. van Wijmen; ABRvS 28 augustus 1996, BR 1996, p. 511 (Woudenberg); ABRvS 28 november 1996, BR 1998, p. 313 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Albrandswaard); zie voorts L.A. van Montfoort, Planschadevergoedingsrecht na twee jaren Tijdelijke wet Kroongeschillen, 1990, p. 60 e.v. en de daar genoemde (niet gepubliceerde) jurisprudentie. Zie omtrent het tijdstip waarop bestemmingsplannen van kracht worden J.A. Lok, Wanneer wordt een bestemmingsplan van kracht?, BR 1997, p. 809-814.
269. ABRvS 25 januari 1994, BR 1995, p. 138 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Breda).
270. AGRvS 12 juni 1989, AB 1989, 497 m.nt. PvB (tussen vaststelling van het plan en het rechtskracht krijgen daarvan lag dus meer dan 7,5 jaar!); zie ook AGRvS 31 oktober 1991, nr. G09.90.0018 (Borne) geciteerd in de noot van J.M.H.F. Teunissen, Gst. 6935, 7.
271. Voor een uitvoeriger beschouwing verwijs ik naar mijn bijdrage aan de bundel De staat van water, onder redactie van A. van Hall, Th.G. Drupsteen & H.J.M. Havekes, Lelystad 1999, p. 195-216. In het navolgende zal van enig autoplagiaat sprake zijn.
272. In het onteigeningsarrest HR 13 november 1974, NJ 1975, 495 m.nt. MB, BR 1975, p. 158 m.nt. W.J.I. van Wijmen (Overijssel/Roetgerink) gaat de Hoge Raad voorbij aan deze door de bestuursrechter veronderstelde eis.
273. Vergelijk ABRvS 16 januari 1996, BR 1997, p. 509 (Art. 19-vrijstelling Goedereede) m.nt. P.C.E. van Wijmen en AGRvS 27 juli 1992, AB 1994, 620 m.nt. PvB (Emmen).
274. ABRvS 22 april 1999, BR 2000, p. 55 (Beetsterzwaag); ABRvS 22 april 1999, BR 2000, p. 56 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Schaduwschade Goedereede).

Eerst beslissen na onherroepelijk worden schadeoorzaak

Laatstgenoemde beperking dient overigens te worden onderscheiden van de lijn in de rechtspraak die erop neerkomt dat de mogelijkheid om een beslissing tot vergoeding van schade op de voet van artikel 49 WRO te nemen zich eerst voordoet als het schadeveroorzakende besluit in rechte onaantastbaar is geworden. Voor deze keuze hanteert de Afdeling een argument ontleend aan de hiervoor reeds genoemde beperking, inhoudende dat artikel 49 lid 1 WRO uitsluitend een grondslag voor schadevergoeding ten gevolge van onder meer de bepalingen van een bestemmingsplan of een beslissing omtrent vrijstelling biedt, nadat deze onherroepelijke rechtskracht hebben gekregen. De Afdeling leidt daaruit af dat de vaststelling van een schadevergoeding tevoren niet strookt met het systeem van de wet. Tot het moment van het onherroepelijk worden van de planologische maatregel kan althans uitsluitend tot afwijzing worden beslist.[275] In eerdere uitspraken legde de Afdeling meer de nadruk op de onmogelijkheid om vóór het rechtens onaantastbaar worden van het besluit te beoordelen, of er een rechtsgrond aanwezig is voor wijziging van de ruimtelijke situatie, en zo ja, welke gevolgen deze wijziging kan hebben voor de vermogensrechtelijke positie van belanghebbenden.[276] Kortom: uitsluitend de limitatief in artikel 49 opgesomde planologische beslissingen kunnen slechts vanaf het moment dat zij rechtens onaantastbaar zijn geworden een grondslag bieden voor schadevergoeding op de voet van artikel 49 WRO.

Planologische schaduwschade

Deze beperkte reikwijdte heeft juist in verband met het oog op de realisering van grote waterstaatkundige infrastructurele projecten tot problemen geleid. Met name dient te worden gewezen op het probleem van de zogenoemde 'planologische schaduwschade'.[277] Het is zonneklaar dat de omstandigheid dat een bestemmingsplan of een andere planologische maatregel die 'in de lucht zit', een nadelige invloed kan hebben. Degene die, bijvoorbeeld in verband met een noodzakelijke of geplande verhuizing, zijn woning of bedrijf wil verkopen, zal daarbij belemmeringen ondervinden, indien een nieuw bestemmingsplan in zicht is dat de waarde van diens woning of bedrijf nadelig zal beïnvloeden: bijvoorbeeld een bestemmingsplan dat uiteindelijk voorziet in de realisering van een groot infrastructureel project als de Betuweroute, de HSL, de uitbreiding van Schiphol met een vijfde baan, of een plan dat voorziet in de planologische verankering van bergingsgebieden, calamiteiten- of retentiepolders. Zo hij zijn onroerende zaak al weet te verkopen, zal hij in de regel genoegen moeten

---

275. ABRvS 25 januari 1994, BR 1995, p. 138 (Woonflats Breda) en ABRvS 17 januari 1996, nr. G09.92.0176, Nieuwsbrief Bureau Adviseur Beroepen 1e kw. 1996, p. 56 (Van Dongen/gemeente Rijsbergen).
276. AGRvS 17 september 1990, AB 1991, 177 (Lieshout); AGRvS 31 oktober 1991, BR 1992, p. 471 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Borne).
277. Aan dit onderwerp heb ik uitvoeriger aandacht besteed in mijn bijdrage aan de bundel De staat van water, onder redactie van A. van Hall, Th.G. Drupsteen & H.J.M. Havekes, Lelystad 1999, p. 195-216. Kortheidshalve verwijs ik daarnaar en naar de daarin genoemde literatuur. In het navolgende zal van enig autoplagiaat sprake zijn.

nemen met een lagere prijs dan de prijs die het zou hebben opgebracht zonder de schaduwwerking van dit plan. De koper zal bij de bepaling van de prijs die hij bereid is te betalen, immers laten meewegen dat (waarschijnlijk) een waardedrukkende planologische maatregel zal gaan gelden. Bovendien zal de koper er rekening mee (moeten) houden, dat hij de schade die hij dientengevolge zal lijden, niet vergoed zal kunnen krijgen. Het is, zoals hierna nog zal blijken, vaste rechtspraak dat degene die ten tijde van de aankoop redelijkerwijs kon voorzien dat de planologische situatie in zijn nadeel zou wijzigen, geen aanspraak kan maken op schadevergoeding. De schade dient dan volgens deze rechtspraak op grond van de – hierna te behandelen – zogenoemde (actieve) risicoaanvaarding redelijkerwijs ten laste van de koper te blijven. Hij had, zo luidt de redenering, rekening kunnen houden met deze ontwikkeling en wordt geacht deze mogelijkheid te hebben verdisconteerd in de door hem betaalde koopprijs. De koper krijgt de schade dus niet vergoed. Ook de verkoper krijgt echter de schade die hij lijdt als gevolg van de schaduwwerking van het plan, niet vergoed. Het is immers vaste rechtspraak, dat degene die zijn woning verkoopt vóórdat het bestemmingsplan (of vrijstellingsbesluit) rechtskracht krijgt, geen aanspraak op schadevergoeding kan maken. Diens verzoek wordt afgewezen op grond van de overweging dat de gestelde schade niet is veroorzaakt door een rechtens onaantastbaar geworden planologische maatregel. Pas aan het einde van de juridische rit bestaat er dus een grondslag voor vergoeding van (plan)schade. De schade die daarvóór intreedt, komt niet voor vergoeding in aanmerking.

Dat een verkoper dit soort belemmeringen ondervindt, klemt temeer, nu de voorbereiding van plannen betreffende de realisering van grote infrastructurele werken vaak een zaak van zeer lange adem is. Er wordt veel gestudeerd, veel onderzocht, en ook de te doorlopen inspraak-, bedenkingen-, bezwaar- en beroepsprocedures vergen zeer veel tijd. Tussen de eerste verkenningen en het uiteindelijk vastgestelde plan zit niet zelden meer dan een decennium. Ook de procedures voor gewone planwijzigingen nemen al gauw vele jaren in beslag.

De nadelige invloed van deze schaduwwerking blijft overigens niet beperkt tot de prijzen van woningen. Deze schaduw kan er bijvoorbeeld ook toe leiden dat bedrijven uit vrees in de knel te komen zitten zich elders vestigen, of dat zij bepaalde investeringen (bijvoorbeeld aanschaf van groot materieel, groot onderhoud enz.) niet verrichten, of deze zelfs, bij gebreke van financieringsmogelijkheden als gevolg van deze schaduw, niet kunnen verrichten. Deze schaduw kan er voorts toe leiden dat de afnemers van een bedrijf zich elders vestigen. Ook dit soort bedrijfsschade komt niet voor vergoeding in aanmerking, omdat deze schade niet geacht wordt veroorzaakt te zijn door een rechtens onaantastbaar geworden planologische maatregel.

Het probleem van de planologische schaduwschade valt goeddeels samen met wat men het probleem van de 'voorbereidingsschade' zou kunnen noemen. Men beziet het probleem dan niet vanuit het perspectief van de planologische maatregel die in de lucht zit, maar vanuit het gezichtspunt van de planologische beslissingen die in het kader van de voorbereiding van dit soort maatregelen genomen moeten worden.

Een voorbereidingsbesluit, een ter visie gelegd ontwerpbestemmingsplan, een planologische kernbeslissing, een tracébesluit, een streek- of structuurplan, of de aankondiging van andere planologische beleidsvoornemens, kunnen tot de hiervoor reeds aangeduide nadelen leiden. Artikel 49 WRO biedt echter, zoals gezegd, geen grondslag voor vergoeding van schade veroorzaakt door iedere beslissing die gebaseerd is op de WRO. Waarom eigenlijk niet? Uit de inhoud van de parlementaire geschiedenis blijkt genoegzaam dat de wetgever met dit probleem worstelde. Enigszins vrij vertaald en met gebruikmaking van enige hedendaagse (planologische) termen kunnen uit de parlementaire geschiedenis de volgende overwegingen die ten grondslag lagen aan deze keuze, worden gedestilleerd. Een planologische beslissing kan naar het oordeel van de wetgever enkel als schadevergoedingsgrondslag gelden wanneer deze beslissing een duidelijk afgewogen, finale keuze beoogt in te houden, de inhoud van de beslissing zowel naar locatie als (aard van) het project of ruimtelijke ontwikkeling voldoende concreet is, en het tijdstip waarop die beslissing rechtskracht krijgt, alsmede de effecten daarvan duidelijk en objectief vastgesteld kunnen worden, zodat ook goed is vast te stellen welke schade nu precies wordt geleden als gevolg van zo'n beslissing.[278] Onvoldoende is dat er op grond van een bepaalde planologische beslissing redelijke verwachtingen bestaan omtrent het toekomstige planologische regime; de planologische verandering moet voldoende vaststaan en (mede daarom) voldoende mogelijkheden bieden om de daardoor veroorzaakte schade objectief vast te stellen. Wanneer de bestuurshandeling nog te veel (keuze)mogelijkheden openlaat en te weinig inhoudelijke duidelijkheid biedt, kan daarop geen schadevergoedingsaanspraak worden gebaseerd. Het wordt echter niet noodzakelijk geacht dat een planologische beslissing een rechtstreeks de burgers bindende werking heeft.[279] Tijdens de parlementaire behandeling van artikel 49 is voorts aangevoerd dat schaduwschade niet voor vergoeding in aanmerking komt, omdat deze schade geacht moet worden te behoren tot het normaal maatschappelijk risico. Gesteld werd dat de voorbereidingstijd van ruimtelijke plannen zo kort wordt gemaakt dat het nadeel de normale belemmering die een burger zich van de zijde van de overheid moet laten welgevallen, niet overtreft (sic!).[280] De moeilijkheid van de enigszins onzekere situatie moet worden opgevangen door de tijd van die onzekerheid zo kort mogelijk te doen zijn, en niet door het toekennen van schadevergoeding, aangezien dit een volkomen ongrijpbare zaak is die slechts tot willekeur kan leiden, aldus destijds de minister.[281] De regering beschouwde deze schade vooral als een onzekere toekomstige schade, bestaande uit

---

278. RARO-advies, p. 15-16; Verslag van mondeling overleg II, p. 7 (Tweede Kamer, 1960/61, Wet op de Ruimtelijke Ordening (Stb. 1962, 286)); Handelingen II, 1983/84, p. 3823 (Wet van 21 november 1985 tot Wijziging van de Wet op de Ruimtelijke Ordening); Handelingen II, 1983/84, p. 3823 (Wet van 21 november 1985 tot Wijziging van de Wet op de Ruimtelijke Ordening); Minister van VROM, Handelingen II, p. 4170.
279. Men denke aan de provinciale en ministeriële aanwijzingen als bedoeld in art. 37 lid 2 en 5, welke 'planschadegevoelig' zijn op grond van art. 49 onder e WRO. Zie voorts RARO-advies, p. 14.
280. Verslag van mondeling overleg II, p. 7 (Tweede Kamer, 1960/61, Wet op de Ruimtelijke Ordening (Stb. 1962, 286)).
281. Handelingen II, p. 4170; RARO-advies, p. 14.

de dreigende definitieve schade zelf. Het zou daarbij gaan om vergoeding van schade ten gevolge van psychologische factoren, die niet voor vergoeding in aanmerking kan komen.[282] De schade kan vanuit deze optiek bezien pas als voldoende zeker worden aangemerkt, wanneer de schadeveroorzakende planologische maatregel onherroepelijk is geworden. Eerst wanneer vaststaat dat een besluit als bedoeld in artikel 49 WRO in rechte onaantastbaar is geworden, kan worden vastgesteld dat er een rechtsgrond aanwezig is voor wijziging van de ruimtelijke situatie en welke gevolgen deze wijziging kan hebben voor de vermogensrechtelijke positie van belanghebbenden.[283]

Omtrent het realiteitsgehalte van deze schade valt nog wel wat meer te zeggen. Men kan dit soort schade immers ook vanuit een ander gezichtspunt beschouwen, namelijk niet als een onzekere toekomstige schade, maar als een actuele schade. Deze schade bestaat uit het op geld waardeerbare risico op het intreden van schade, indien een planologisch regime dat wordt voorbereid, onherroepelijk rechtskracht krijgt. De kwade kans dat een planologisch besluit met een bepaalde inhoud genomen zal gaan worden en (onherroepelijk) rechtskracht zal krijgen, beïnvloedt de actuele verkeerswaarde van een woning reeds nadelig en kan bovendien tot (actuele) negatieve ontwikkelingsschade bij bedrijven leiden.[284] Dat een in voorbereiding zijnde planologische maatregel een waardedrukkende invloed kan hebben, wordt in een enkele planschade-uitspraak ook erkend. De Afdeling heeft eens overwogen dat de omvang van planschade dient te worden bepaald naar het verschil tussen de waarde van de getroffen onroerende zaak onmiddellijk voorafgaand aan het tijdstip waarop de schadeveroorzakende planologische maatregel rechtskracht verkreeg, de waardedrukkende invloed van de in procedure zijnde maatregel weggedacht, en de waarde daarvan onmiddellijk na dat tijdstip.[285] In deze overweging ligt besloten dat een in procedure zijnde maatregel een waardedrukkende invloed kan hebben. Ofschoon aan deze visie een zeker realiteitsgehalte kan worden toegekend, heeft, als ik het goed zie, het eerstgenoemd gezichtspunt (onzekere, toekomstige schade) tot op heden ook in de rechtspraak de overhand. Een recent voorbeeld biedt een nadeelcompensatie-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak.[286] Het ging daar om de opheffing van een markt door het gemeentebestuur. In verband daarmee werd aan personen die op de zogenoemde sollicitantenlijst voor deze markt stonden, mee-

---

282. Vgl. ook ABRvS 18 februari 1997 (nr. E03.94.0190; E03.04.0191).
283. AGRvS 17 september 1990, AB 1991, 177 (Lieshout).
284. Vgl. A.J. Akkermans, De twee gezichten van inkomensschade bij letsel – Over ontstaansmoment, wettelijke rente en verjaring, p. 47 e.v.; Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, 1998: Het moment van ontstaan van schade, 1998; en A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss.), Deventer 1997, hoofdstuk 3, i.h.b. par. 3.5, p. 221, alsmede A.R. Bloembergen, WPNR 6279 (1997), p. 505 e.v. onder 5.
285. AGRvS 26 februari 1993, BR 1993, p. 992: in het onteigeningsrecht moet bij de vaststelling van de schadeloosstelling niet alleen rekening worden gehouden met het bestemmingsplan zoals dat onherroepelijk is vastgesteld, maar ook met de waardebeïnvloedende werking van een te verwachten wijziging van een bestemmingsplan (HR 28 juni 1967, NJ 1968, 65 m.nt. NJP (Staat/Voca); HR 29 november 1972, NJ 1973, 185 (Rolde/Haange)).
286. ABRvS 13 januari 2000, LJN-nr. AA 4601, zaaknr. H01.99.0412.

gedeeld dat hun sollicitantennummers voor de markt waren komen te vervallen. Het gemeentebestuur had aandacht besteed aan de belangen van de personen op de sollicitantenlijst. De raad stelde zich echter, naar het oordeel van de Afdeling terecht, op het standpunt

> 'dat deze belangen een weinig concreet en onzeker karakter hebben, waaraan geen doorslaggevende betekenis toekomt. Deze belangen betreffen mogelijke, toekomstige inkomsten in het geval er een plaats op de markt vrij zou komen. Er is geen sprake van concrete verliezen of investeringen, doch enkel van de teloorgang van (onzekere) verwachtingen. Onder deze omstandigheden is er geen grond voor nadeelcompensatie.'

Overigens moet er ook blijkens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie ten minste sprake zijn van reële en zekere schade als gevolg van het rechtmatige gemeenschapshandelen, wil deze voor vergoeding in aanmerking komen.[287]

Toch vergoeding van schaduwschade?

De vraag zou kunnen rijzen, of wellicht inmiddels in de rechtspraak een uitbreiding is gegeven aan de reikwijdte van artikel 49 WRO. Het is met name de vraag of de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 14 december 2000[288] (Oost-westbaan luchtvaartterrein Maastricht) tot de conclusie zou moeten leiden dat de Afdeling bestuursrechtspraak alsnog erkend zou hebben dat ook schaduwschade voor vergoeding in aanmerking kan komen.[289] Het ging daarbij om exploitanten van een varkenshouderij, annex slachterij, gesitueerd in de nabijheid van het vliegveld Zuid-Limburg (Beek). Deze exploitanten verzochten vergoeding van de schade die zij destijds reeds geleden hadden, nog leden en zouden gaan lijden als gevolg van het aanwijzingsbesluit, waartegen ten tijde van de indiening van het verzoek nog beroep op de Afdeling liep. In dit aanwijzingsbesluit was voorzien in de destijds nog voorgenomen uitbreiding van het bestaande luchtvaartterrein met de zogenoemde oost-westbaan in de nabijheid van hun bedrijf en woning. Zij wezen daarbij zowel op schade in verband met het niet kunnen investeren in de slachterij als op schade door het niet kunnen aanpassen van de varkenshouderij. Deze schade was het gevolg van financieringsproblemen die te wijten zijn aan de dreigende aanleg van de oost-westbaan. De minister heeft dit verzoek afgewezen en deze afwijzing bij besluit op bezwaar

---

287. Zie de arresten van 29 september 1982, Oleifici Mediterranei/Europese Economische Gemeenschap, 26/81, Jur, p. 3057, punt 16, en 7 mei 1992, Pesquerias de Bermeo en Naviera Laida/Commissie, C-258/90 en C-259/90, Jur, p. I-2901, punt 42; 15 juni 2000, Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft mbH, in zaak C-237/98 P, punten 17-19, AV&S 2001, p. 189 m.nt. B.P.M. van Ravels.
288. ABRvS 14 december 2000, AB 2001, 199 m.nt. dG, JB 2001, 29 (Leers/Minister van Verkeer en Waterstaat). Zie dienaangaande voorts HR 27 april 2001, JB 2001, 126 m.nt. FAM S, Gst. 7142, 2 m.nt. HH (Leers/Staat) en B.P.M. van Ravels, Kroniek schadevergoeding, NTB 2001, p. 196-209, waarin deze casus wordt beschreven.
289. De gedachten van J.E.M. Polak lijken blijkens diens artikel Schadevergoeding bij rechtmatige daad in het algemeen en de regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 in het bijzonder, BR 2002, p. 114-124, die richting op te gaan; zie p. 121, l.k. onderaan.

gehandhaafd, omdat het aanwijzingsbesluit toen nog niet onherroepelijk was en dit volgens haar in de weg stond aan een inhoudelijke beoordeling van het verzoek. Later, nadat het kabinet had besloten af te zien van de aanleg van de oost-westbaan, heeft de minister alsnog een aantal schadeposten vergoed. Al deze posten waren terug te voeren op de voor het moment dat het kabinet besloot af te zien van aanleg van de oost-westbaan bestaande dreiging dat deze baan zou worden aangelegd, en de daaruit voortvloeiende financieringsproblemen van deze exploitanten.

De Afdeling overwoog

> 'dat het feit dat geen zekerheid bestond over de vraag of de oost-westbaan zou worden aangelegd, niet zonder meer in de weg stond aan een inhoudelijke beoordeling van het verzoek om schadevergoeding. Dit was in elk geval mogelijk voor de (...) schadeposten, die zijn terug te voeren op de omstandigheid dat appellanten investeringen om te voldoen aan wettelijke eisen niet of niet tijdig hebben kunnen doen. Deze wettelijke eisen golden voor hun bedrijf, ongeacht of de oost-westbaan zou worden aangelegd. Ook de berekening van de hoogte van de schade staat (...) los van de oost-westbaan. Al deze schadeposten waren voorts beweerdelijk het gevolg van financieringsproblemen die zich ten tijde van het besluit [op bezwaar, BvR] reeds hadden voorgedaan. (...) Onder deze omstandigheden kon naar het oordeel van de Afdeling van verweerder gevergd worden dat hij het verzoek om schadevergoeding (...) inhoudelijk had bezien en (...) een beslissing had genomen op dit verzoek. Indien hij daarbij tot het oordeel zou zijn gekomen dat over de toewijsbaarheid of de hoogte van een bepaalde schadepost in verband met het nog niet onherroepelijk zijn van het aanwijzingsbesluit nog geen beslissing genomen kon worden, had hij zijn beslissing in zoverre kunnen opschorten. Dit laat onverlet de mogelijkheid van artikel 23 van het Aanwijzingsbesluit om met overeenkomstige toepassing van de Regeling nadeelcompensatie Rijkswaterstaat in een dergelijk geval eventueel een voorschot te verlenen. Nu verweerder in het besluit [op bezwaar, BvR] geen inhoudelijk oordeel heeft gegeven over het verzoek om schadevergoeding, maar dit onder verwijzing naar het niet onherroepelijk zijn van het aanwijzingsbesluit heeft afgewezen, is dit besluit niet deugdelijk gemotiveerd en daarom in strijd met artikel 7:12 van de Algemene wet bestuursrecht. Voorts heeft verweerder bij de voorbereiding van dit besluit niet de nodige kennis vergaard om het verzoek te kunnen beoordelen, zodat het besluit tevens in strijd is met artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht.'

Betekent deze uitspraak nu dat de Afdeling alsnog in het algemeen de mogelijkheid van vergoeding van planologische schaduwschade erkent? Laat ik vooropstellen dat deze casus duidelijk maakt welke schrijnende gevallen er kunnen blijven voortbestaan, wanneer de overheid niet op enigerlei wijze een mouw weet te passen aan het probleem van de planologische schaduwschade veroorzaakt door besluitvorming met het oog op de realisering van grote infrastructurele projecten. Dat betekent echter niet dat ik ertoe neig de hiervoor geformuleerde vraag zonder meer bevestigend te beantwoorden. De bijzondere omstandigheden van het door de Afdeling bestuursrechtspraak berechte geval staan er mijns inziens aan in de weg daaraan al te snel algemene consequenties te verbinden. Het lijkt mij bovendien van belang te constateren dat het hier niet ging om een uitspraak betreffende de toepassing van artikel 49 WRO. Het is zelfs niet helemaal duidelijk welke grondslag aan de orde was, zodat ook daarom voorzichtigheid moet worden betracht met redeneringen die deze uitspraak ook op het planschadevergoedingsrecht van toepassing achten.

Daarenboven ging deze uitspraak strikt genomen enkel over de vraag, of de minister deugdelijk gemotiveerd had waarom in de gegeven omstandigheden niet van haar gevergd kon worden dat zij een besluit op het verzoek om schadevergoeding nam voordat het beweerdelijk schadeveroorzakende besluit rechtens onaantastbaar was geworden. Tot de door de Afdeling bij de beantwoording van die vraag relevant geachte omstandigheden behoorde onder meer dat de minister naderhand in het feit dat het aanwijzingsbesluit nog niet onherroepelijk was, géén belemmering meer heeft gezien om het verzoek inhoudelijk te beoordelen. De Afdeling oordeelde – mede daarom – dat het argument dat de minister had aangevoerd om in het nog niet onherroepelijk zijn van het aanwijzingsbesluit een belemmering voor een inhoudelijke beslissing te zien, juist voor de gestelde schadeposten geen relevant verschil uitmaakte. Daarmee was het motiveringsgebrek een gegeven. Over het bestaan van aanspraak op vergoeding van schaduwschade heeft de Afdeling zich niet uitgelaten.

Men kan zich afvragen, of de uitspraak anders zou hebben geluid wanneer de minister een ander argument zou hebben aangevoerd. Wat zou er gebeurd zijn wanneer de minister zich op het standpunt zou hebben gesteld dat uitsluitend aanspraak zou kunnen worden gemaakt op vergoeding van schade die het gevolg is van een besluit dat rechtskracht heeft verkregen nadat dit besluit in rechte onaantastbaar is geworden? Wanneer artikel 49 WRO[290] de grondslag voor de gevraagde schadevergoeding zou zijn geweest, zou deze tegenwerping, naar ik aanneem, wel degelijk opgeld hebben gedaan. Ik kan mij althans moeilijk voorstellen dat de Afdeling beoogd zou hebben in deze uitspraak plotsklaps en zonder enige nadere motivering af te wijken van een kort tevoren nog bevestigde consistente jurisprudentielijn.[291] Zulks geldt temeer nu de Afdeling recent nog duidelijk had gemaakt dat het niet aan de rechter, maar aan de wetgever is om desnodig te overwegen en te beslissen of in deze jurisprudentielijn door wetswijziging verandering moet worden gebracht.

De vraag echter of, en zo ja, welke grondslag voor vergoeding van de gestelde schaduwschade bestaat, komt in het desbetreffende onderdeel van de uitspraak (r.o. 2.5) niet expliciet aan de orde en ook dat maakt dat men niet te snel algemene conclusies uit deze uitspraak kan trekken. Daarbij komt dat de door de minister in het naderhand alsnog genomen besluit in aanmerking genomen schadeoorzaak – in afwijking van hetgeen gebruikelijk is – een aanzienlijk grotere reikwijdte had dan enkel 'het onherroepelijke aanwijzingsbesluit'. De minister bezag immers de schade veroorzaakt door de besluitvormingsprocedure en de daarmee verband houdende gedragingen van de Staat.

---

290. Of wellicht ook art. 23 van het aanwijzingsbesluit, dat een op de redactie van art. 49 WRO gebaseerde nadeelcompensatieparagraaf bevat. Daarbij wordt de Regeling nadeelcompensatie Rijkswaterstaat van overeenkomstige toepassing verklaard op het aanwijzingsbesluit.

291. Ik doel daarmee op de hiervoor reeds genoemde uitspraken: ABRvS 22 april 1999, BR 2000, p. 55 (Beetsterzwaag) en ABRvS 22 april 1999, BR 2000, p. 56 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Schaduwschade Goedereede).

Wat betreft de grondslag van de uiteindelijk toegekende vergoeding moet worden geconstateerd dat deze niet beperkt was tot schadevergoeding wegens op zichzelf rechtmatig overheidshandelen. De Afdeling concludeert dat verzoekers niet tekort zijn gedaan doordat in het advies waarop de minister haar besluit baseerde, het standpunt dat het aanwijzingsbesluit onrechtmatig is, niet is overgenomen. Daartoe overweegt de Afdeling dat

> 'de potentiële schadeoorzaken ruim afgebakend (zijn), waardoor belemmeringen in verband met de toerekening van schadeposten zijn vermeden. Ten tweede is geadviseerd om schadeposten die zijn aan te merken als schaduwschade te vergoeden. Ten derde heeft de commissie de vraag of, gelet op artikel 23 van het aanwijzingsbesluit en artikel 2 van de Regeling nadeelcompensatie Rijkswaterstaat, de schade die zij heeft vastgesteld redelijkerwijze ten laste van appellanten behoort te blijven, ontkennend beantwoord. Een en ander heeft erin geresulteerd dat de commissie heeft geadviseerd om alle door haar vastgestelde schade als gevolg van de besluitvorming over de oost-westbaan volledig te vergoeden. Appellanten hebben niet aannemelijk gemaakt dat de commissie tot een hogere te vergoeden schade zou zijn gekomen, indien zij was uitgegaan van onrechtmatigheid van het aanwijzingsbesluit.'

Kortom, wanneer het schadebesluit zou zijn gebaseerd op het – in artikel 6:162 BW en in artikel 8:73 Awb tot uiting komende – algemeen geldende rechtsbeginsel, volgens hetwelk degene die door aan hem toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten schade heeft veroorzaakt, is gehouden die aan de benadeelde te vergoeden, zou de uitkomst geen andere zijn geweest.

Als ik het goed zie, heeft de uitspraak van de Afdeling betrekking op een kwestie waarin de minister, in haar bewoordingen, gelet 'op de bijzondere omstandigheden', is afgeweken 'van de geldende normen met betrekking tot het al dan niet vergoeden van planologische schaduwschade'. De Afdeling heeft deze benadering voor dit bijzondere geval geaccepteerd en heeft zich mijns inziens niet uitgesproken voor een gehoudenheid in het algemeen voor bestuursorganen om schaduwschade te vergoeden.

Wanneer desondanks geconcludeerd zou moeten worden dat deze uitspraak een opening zou bieden voor vergoeding van planologische schaduwschade, dan impliceert zulks nog niet dat dit voor alle mogelijke schadeposten geldt. Ik zie bijvoorbeeld geen aanknopingspunten in deze uitspraak voor de gedachte dat waardevermindering als gevolg van een zijn schaduw vooruitwerpend besluit voor vergoeding in aanmerking zou komen. Een andere conclusie zou bovendien tot grote problemen bij het vaststellen van de peildatum voor het bepalen van waardevermindering leiden.

Schaduwschade en het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten

Zou het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten een oplossing kunnen bieden voor het probleem van de planologische schaduwschade? Kan degene die stelt schade te lijden als gevolg van bijvoorbeeld een PKB, een streekplan, structuurplan, een voorbereidingsbesluit of een ontwerpbestemmingsplan een beroep doen op dit beginsel? Zou een verzoeker zich niet op het standpunt kunnen stellen dat hij,

nu er geen specifieke wettelijke bepaling aangewezen kan worden die voorziet in schadevergoeding wegens in werking getreden, maar nog niet in rechte onaantastbaar geworden besluiten als genoemd in artikel 49 WRO, zijn aanspraak kan baseren op dit beginsel? Het gaat hier om de verhouding tussen het égalité-beginsel en specifieke wettelijke bepalingen die voorzien in schadevergoeding. Beantwoording van deze vraag is lastig. Wellicht moet worden geconcludeerd dat artikel 49 WRO een uitputtende regeling geeft voor de vergoeding van schade, veroorzaakt door op de WRO gebaseerd bestuursoptreden. Voor die stelling pleit dat tijdens de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van artikel 49 WRO, betrekkelijk recentelijk nog, uitvoerig is beraadslaagd omtrent de vraag of bepaalde planologische besluiten al dan niet grondslag moeten kunnen bieden voor een aanspraak op schadevergoeding, en dat bedoelde besluiten bewust buiten het bereik van artikel 49 zijn gehouden. Wanneer die stelling verworpen zou moeten worden, is voorts van belang dat, zoals uit het volgende zal blijken, bij de toepassing van artikel 49 WRO geabstraheerd wordt van een aantal vereisten die bij de toepassing van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten wel relevant zijn. Betoogd zou kunnen worden dat deze criteria wel van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of schade veroorzaakt door een niet in artikel 49 WRO genoemde planologische beslissing op de voet van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten voor vergoeding in aanmerking komt. Mogelijk krijgt degene die schade lijdt als gevolg van een appellabele planologische beslissing die niet onder het bereik van artikel 49 WRO valt, ook nog tegengeworpen dat hij het schadevergoedingsaspect maar aan de orde had moeten stellen in het kader van het eventuele beroep tegen het besluit. Bij de beoordeling van het verzoek om een zuiver schadebesluit dat voorziet in vergoeding van de gestelde schade, zou alsdan alleen destijds niet voorzienbare schade in beschouwing genomen behoeven te worden. Daarenboven zullen de hiervoor reeds aangehaalde problemen in verband met het realiteitsgehalte van de schade eveneens roet in het eten kunnen gooien.

6.2.2 Causaal verband en omvang van schade

In het algemeen geldt volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat voor de beoordeling van een verzoek om schadevergoeding op grond van artikel 49 WRO in de eerste plaats moet worden bezien of sprake is van een wijziging in het planologische regime of de planologische regimes, waardoor de verzoeker in een nadeliger positie is komen te verkeren en waardoor hij schade lijdt of zal lijden. Daarbij is wat betreft het oude planologische regime niet de feitelijke situatie van belang, doch hetgeen op grond van dat regime maximaal kon worden gerealiseerd, ongeacht de vraag of verwezenlijking daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.[292] De bepaling van hetgeen onder het oude regime maximaal moge-

292. Zie recent ABRvS 20 augustus 1999, BR 2000, p. 265.

lijk was, is in verregaande mate een theoretische aangelegenheid, maar bij de vergelijking mag men toch niet geheel voorbijgaan aan juridische en praktische onmogelijkheden. Bij de bepaling van de maximale planologische invulling van de door het bestemmingsplan geboden mogelijkheden, dient blijkens rechtspraak immers rekening te worden gehouden met problemen van bijvoorbeeld privaatrechtelijke aard, die in de weg kunnen staan aan de theoretisch mogelijke maximale planologische invulling.[293] Voorts dient bijvoorbeeld te worden beoordeeld of een bepaalde vorm van overlast, ofschoon onder het oude regime niet uitgesloten, in de normale lijn der verwachtingen lag bij het onder het oude regime toegestane gebruik. Zo ligt bij het gebruik voor agrarische doeleinden waarbij kassen niet zijn toegestaan, overlast door lichthinder niet in de normale lijn der verwachtingen.[294]

Het maken van deze vergelijking maakt het mogelijk te beoordelen, of sprake is van schade als bedoeld in artikel 49 WRO en of de gestelde schade veroorzaakt is door de genoemde maatregel, of door een andere oorzaak. De Afdeling verwerpt ter vaststelling van het causaal verband tussen schade en planologische maatregel het criterium dat er tussen een naar objectieve maatstaven te meten schade enerzijds en de planologische maatregel anderzijds een onmiskenbaar rechtstreekse relatie moet kunnen worden aangetoond. De Afdeling acht het causaliteitscriterium aldus te stringent geformuleerd en merkt op dat deze benadering niet aansluit bij de meer gebruikelijke, in brede kring aanvaarde praktijk waarbij de causaliteitsvraag onderdeel vormt van de vraag of de schade die men lijdt of zal lijden, toerekenbaar is aan de schadeveroorzakende maatregel. De Afdeling lijkt dusdoende aan te sluiten bij de maatstaf neergelegd in artikel 6:98 BW, het principe van de (redelijke) toerekening.[295]

Sectoraal besluit als (mede-)oorzaak van schade

Bij waterstaatkundige infrastructuur spelen er enige specifieke problemen ter zake van het causaal verband, die ik hier signaleer maar niet vergaand zal uitwerken. Deze specifieke problemen houden verband met het volgende. De enkele aanwezigheid van een (uitbreiding van een) luchtvaartterrein, van een weg of spoorlijn kan leiden tot schade. Te denken valt daarbij bijvoorbeeld aan uitzichtschade, privacyschade ('inkijkschade') of omrijschade. Daarnaast kan het gebruik van het luchtvaartterrein, de weg en de spoorlijn tot extra milieubelasting in de omgeving daarvan leiden. Te denken valt aan toename van de geluidbelasting, stankhinder, onveiligheid, luchtverontreiniging, trillingshinder e.d. De vraag is of deze schade aan een planologische maatregel als bedoeld in artikel 49 WRO kan worden toegerekend, en zo ja, hoe de aan de planologische maatregel toerekenbare toename van de milieubelasting moet worden bepaald. Deze vraag is met name complex bij de aanleg en uitbreiding van luchtvaartterreinen. De voor de milieubelasting relevante normen kunnen immers

293. ABRvS 25 juni 1999, BR 2000, p. 350.
294. ABRvS 28 november 1996, BR 1998, p. 313; ABRvS 25 juli 1994, BR 1995, p. 513.
295. AGRvS 31 oktober 1991, BR 1992, p. 471 (Borne).

niet worden opgenomen in een op grond van de Wet op de Ruimtelijke Ordening vastgesteld bestemmingsplan.[296] In het stellen van deze normen is voorzien in de Luchtvaartwet, terwijl voor de milieubelasting relevante besluiten tevens worden genomen op basis van de Wet luchtvaart. De Luchtvaartwet regelt met name het gebruik van luchtvaartuigen en luchtvaartterreinen. De Wet luchtvaart is een aanbouwwet die onder meer het beheer van het luchtruim met het oog op een veilig, ordelijk en vlot verloop van het luchtverkeer regelt. Voor het onderwerp schadevergoeding is onder meer van belang dat op grond van laatstgenoemde wet luchtverkeersroutes worden vastgesteld. Daaronder zijn mede begrepen naderings-, vertrek- en wachtprocedures, alsmede luchtverkeerspatronen. De hier spelende problemen hangen samen met de omstandigheid dat voor aanleg, wijziging en gebruik van waterstaatkundige infrastructuur verschillende besluiten van verschillende bestuursorganen op grond van verschillende wettelijke regimes genomen moeten worden, terwijl die besluiten ook nog op verschillende tijden genomen kunnen worden, op verschillende momenten onherroepelijk kunnen worden en onder omstandigheden onafhankelijk van elkaar gewijzigd kunnen worden.

Ingevolge het stelsel van de Luchtvaartwet en de Tracéwet geldt bij de aanwijzing van luchtvaartterreinen, respectievelijk de aanwijzing van een tracé voor een land- of spoorweg niet de hoofdregel van de tweesporigheid. Dat wil zeggen dat de planologische aanvaardbaarheid van een luchtvaartterrein of van een uitbreiding daarvan, dan wel de aanvaardbaarheid van een tracé wordt beoordeeld in het kader van de aanwijzingsprocedure of tracéprocedure, en dat deze vervolgens niet meer mag worden beoordeeld in het kader van de bestemmingsplanprocedure. De gedachte is geopperd dat gelet daarop eventuele schade geen gevolg kán zijn van het bestemmingsplan, maar slechts van het sectorale besluit: het aanwijzingsbesluit of het tracébesluit.[297] Dat zou betekenen dat artikel 49 WRO in dit soort gevallen geen grondslag voor schadevergoeding zou kunnen bieden. De juistheid van deze zienswijze kan worden betwijfeld. De redenering doet enigszins denken aan de (in ieder geval in het burgerlijk recht) achterhaalde causaliteitsleer van de 'overheersende oorzaak'. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft deze zienswijze ook verworpen. De toepassing van de Luchtvaartwet (onder meer een aanwijzingsbesluit) biedt op zichzelf geen grondslag voor schadevergoeding op de voet van artikel 49 WRO.[298] Het gegeven dat

---

296. KB 27 oktober 1981, AB 1982, 54 (Vliegveld Beek).

297. Dit standpunt is verdedigd door Teunissen en bestreden door Van Montfoort. Zie L.A. van Montfoort m.m.v. J.M.H.F. Teunissen, Planschadevergoeding, tweesporigheid en causaliteit, Gst. 6929, p. 509-512; J.M.H.F. Teunissen, Planschadevergoeding en tweesporigheid, Gst. 6925, p. 386-388; J.M.H.F. Teunissen, Het Plan van aanpak Schiphol, preadvies voor de Vereniging voor Milieurecht (1991-2), p. 29 e.v.; J.M.H.F. Teunissen, Nogmaals: Planschadevergoeding, tweesporigheid en causaliteit. Gemeente heeft niets in de melk te brokkelen, maar moet wel de schade vergoeden?, Gst. 6935, p. 8-10; L.A. van Montfoort, Nogmaals: planschadevergoeding en tweesporigheid, Gst. 6935, p. 10-11; J.M.H.F. Teunissen, Wederom: Planschadevergoeding, tweesporigheid en causaliteit. Een beschouwing n.a.v. de uitspraak ABRvS 13 maart 1997 (planschadevergoeding Welschap), Gst. 7059, p. 470-474.

298. KB 15 april 1986, AB 1986, 450.

de inhoud van een bestemmingsplan goeddeels is bepaald door een niet-gemeentelijk orgaan, doet er niet aan af dat artikel 49 WRO van toepassing is. In artikel 49 WRO wordt, aldus de redenering van de Afdeling, geen onderscheid gemaakt tussen enerzijds planologische wijzigingen die totstandkomen naar aanleiding van een aanwijzingsbesluit als bedoeld in de Luchtvaartwet, en anderzijds planologische wijzigingen die niet voortvloeien uit dergelijke aanwijzingen. Wanneer de door een verzoeker gestelde schade in ieder geval mede valt terug te voeren op een planologische maatregel die voorziet in de aanleg of uitbreiding van een luchtvaartterrein, kan deze schade in aanmerking worden gebracht voor vergoeding op de voet van artikel 49 WRO.[299] Dat betekent vanzelfsprekend ook dat wanneer de schade mede kan worden teruggevoerd op een ander besluit, ook dat andere besluit onder omstandigheden een grondslag voor vergoeding van deze schade kan bieden. Zo kan bijvoorbeeld naast artikel 49 WRO een in een aanwijzingsbesluit of tracébesluit opgenomen nadeelcompensatieparagraaf of een afzonderlijke, specifieke nadeelcompensatieregeling een basis voor schadevergoeding bieden. Voorts is het denkbaar dat het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten ook zo'n basis biedt. Nu een wettelijke voorrangsregeling ontbreekt, zal de benadeelde in de regel kiezen voor de grondslag die hem de meeste kansen biedt. Wanneer dezelfde criteria voor vergoeding gelden, zal de benadeelde ervoor kunnen kiezen vergoeding van schade te vragen wegens het besluit dat het eerste onherroepelijk is geworden. Alsdan kan hij immers eerder aanspraak maken op vergoeding van schade en gaat bijvoorbeeld de wettelijke rente eerder lopen. Het is echter ook denkbaar dat een later in de tijd gelegen peildatum voor waardevermindering voordelen voor de benadeelde biedt. Het belang van deze kwestie voor tracébesluiten is, nu deze besluiten onder de werking van artikel 49 WRO kunnen vallen, minder geworden.

Bepaling omvang van aan planologische maatregel toerekenbare toename milieubelasting

In de praktijk levert de verhouding tussen deze vergoedingsmogelijkheden tal van problemen op. Enerzijds is er het probleem van de interne draagplicht tussen de betrokken overheden. Dat probleem laat ik hier rusten, omdat het slechts indirect van belang is voor inhoud en omvang van de aanspraak op schadevergoeding van benadeelden. Anderzijds zijn er de problemen die samenhangen met de bepaling van de omvang van de aan de planologische maatregel toerekenbare toename van de milieubelasting in de omgeving van het infrastructurele werk. In haar uitspraak van 13 maart 1997[300] betreffende de uitbreiding van vliegveld Welschap heeft de Afdeling bestuursrechtspraak het aanvaardbaar geoordeeld dat bij de toepassing van artikel 49 WRO ter bepaling van de eventuele toename van geluidsbelasting die door afzonder-

299. ABRvS 13 maart 1997, AB 1997, 362 m.nt. B.J. Schueler (Welschap); zie ook ABRvS 9 juni 1995, BR 1996, p. 418 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Wegreconstructie De Lier).

300. AB 1997, 362 m.nt. B.J. Schueler.

lijke belanghebbenden als gevolg van de planologische wijziging wordt ondervonden, een vergelijking wordt gemaakt tussen de geluidsbelasting zoals die in de oude situatie en de geluidsbelasting zoals deze in de nieuwe situatie, mede gelet op de toepasselijke rechtsregimes, kon worden ondervonden. In het betreffende geval ging het om de aanleg en ingebruikneming van een gedraaide start- en landingsbaan. Ten behoeve van de vergelijking van de geluidsbelasting onder het oude en het nieuwe planologische regime werd gebruik gemaakt van kaarten waarop de geluidsbelasting in de oude en de nieuwe situatie werd benaderd. Omdat de kaarten en de daarop aangegeven contouren in de betreffende casus geen formele status hadden, is het onzeker hoe in vergelijkbare kwesties geoordeeld moet worden. Mogelijk kan voor de volgende benadering worden gekozen ter bepaling van de omvang van een eventuele waardevermindering van een onroerende zaak als gevolg van een toename van milieubelasting in verband met de aanleg of uitbreiding van een luchtvaartterrein. Vooropgesteld zij dat de omstandigheid dat de (toegenomen) milieubelasting wettelijke grenswaarden niet overschrijdt, op zichzelf niet in de weg staat aan schadevergoeding wegens toegenomen geluidsbelasting.[301] Wil men de omvang van de waardevermindering kunnen bepalen, dan zal er een vergelijking moeten worden gemaakt tussen de prijs waarvoor een redelijk handelende verkoper direct vóór de peildatum[302] deze onroerende zaak zou willen verkopen aan een redelijk handelende koper en de prijs waarvoor zulks zou zijn geschied direct na deze peildatum. Tevens dient ervan te worden uitgegaan dat redelijk handelende kopers en verkopers die zich van de mogelijkheden en hun belangen bewust zijn, voor wat betreft de eventuele toename van de milieubelasting in verband met de aanleg of uitbreiding zich zullen oriënteren op de inhoud van de op dat moment geldende milieunormen en dat zij hun verwachtingen omtrent komende milieubelasting van de desbetreffende onroerende zaak mede zullen afstemmen op de op dat moment bekende plannen, voornemens en dergelijke daaromtrent. Ter beoordeling van de omvang van de eventuele toename van de geluidsbelasting, welke kan worden toegerekend aan een bestemmingsplan dat voorziet in de aanleg of uitbreiding van een luchtvaartterrein, zou men zich kunnen oriënteren op bestaande aanwijzingsbesluiten en eventuele ontwerpen van toekomstige aanwijzingsbesluiten. Wanneer op grond van deze vergelijking en de overige relevante omstandigheden kan worden aangenomen dat een redelijk handelende koper en verkoper zullen concluderen tot een aanzienlijke toename van de geluidsbelasting vanwege het vliegverkeer als gevolg van zodanig bestemmingsplan, kan er in beginsel van worden uitgegaan dat door een afzonderlijke belanghebbende schade als bedoeld in artikel 49 WRO wordt geleden als gevolg van dit bestemmingsplan. Mocht uiteindelijk blijken dat ingevolge het onherroepelijke aanwijzingsbesluit of op grond van latere wijzigingen van het aanwijzingsbesluit

---

301. AGRvS 28 mei 1990, BR 1991, p. 457 (Groenlo); ABRvS 6 juli 1995, BR 1996, p. 661 (Hendrik-Ido-Ambacht).
302. Het tijdstip van rechtens onaantastbaar worden van de planologische maatregel die de aanleg of uitbreiding mogelijk maakte.

een hogere maximale geluidsbelasting vanwege het vliegverkeer ter plaatse toelaatbaar zal zijn dan dewelke op de peildatum voorzienbaar was, dan kan betrokkene een verzoek om schadevergoeding gebaseerd op dit aanwijzingsbesluit indienen.

Wanneer eenmaal de toename van de milieubelasting als gevolg van de planologische maatregel is ingeschat, rijst vervolgens natuurlijk de vraag hoe deze toename 'vertaald' kan worden in waardevermindering. De beschikbare rechtspraak biedt op dit punt nog weinig aanknopingspunten voor een eenduidige benadering. Wel is er door economen enig onderzoek naar dit probleem gedaan[303] dat mede van betekenis kan zijn voor de beoordeling van dit soort kwesties.

6.3 Buiten het normaal maatschappelijk risico vallende schade

De bruikbare aanknopingspunten die de parlementaire geschiedenis van artikel 49 WRO biedt voor de uitwerking van de daarin begrepen vage normen, zijn beperkt. Tijdens de totstandkoming van deze bepaling is als het ware de ene vage norm vervangen door een andere vage norm, terwijl slechts in zeer globale bewoordingen werd aangegeven wat met beide normen werd bedoeld. Daarbij kwam dat kort tevoren omtrent deze kwestie ook reeds uitvoerig was gedebatteerd bij de behandeling van de Boswet en de Monumentenwet. Het wetsontwerp voor wat thans artikel 49 WRO is, luidde,[304] voorzover hier van belang, dat de Kroon of gedeputeerde staten aan de gemeenteraad een verplichting konden opleggen tot het toekennen van 'een tegemoetkoming in de schade', indien en voorzover blijkt dat een belanghebbende schade zal lijden 'doordat hij onevenredig zwaar wordt getroffen door de bepalingen van een bestemmingsplan en niet genoegzaam is verzekerd, dat in die schade in voldoende mate tegemoet wordt gekomen'. In de memorie van toelichting betoogden de betrokken bewindslieden destijds ter verduidelijking van het begrip 'onevenredig',

> 'dat de Overheid niet tot vergoeding gehouden is, indien haar maatregelen niet verder gaan dan het concretiseren van de vrijheidsbeperking, die voortvloeit uit het feit, dat de burger tezamen met anderen op een beperkt territoir in gemeenschap verenigd leeft. Deze vrijheidsbeperking kan geacht worden alle burgers even zwaar te belasten. Het kan echter voorkomen, dat een maatregel moet worden getroffen, die de vrijheid van een burger sterker aantast, dan met de algemene sociale situatie in overeenstemming is. Alsdan zal er grond zijn voor tegemoetkoming in de schade. In de beslissingen van de Kroon ter zake van uitbreidingsplannen wordt in dergelijke gevallen gesproken van "onevenredig zware belasting".'[305]

---

303. R.J. van den Brink, Economische waardering van stilte, ESB 26 november 1999, p. 876-878; R.J. van den Brink, Economische waardering van stilte. Een onderzoek naar de invloed van geluidsoverlast op de huizenmarkt en in welke mate dit kan dienen als een indicatie voor de schaduwprijs van stilte, Universiteit Utrecht, 1999.
304. Deze tekst van art. 48 van het ontwerp week op een aantal punten af van het oorspronkelijke ontwerpartikel (destijds art. 51). Ook in dit oorspronkelijke ontwerp werd overigens gesproken van 'onevenredig zwaar wordt getroffen'.
305. TK 1955-1956, 4233, nr. 3, p. 18.

Veel meer dan dat in dit citaat het begrip 'onevenredig' in verband wordt gebracht met artikel 49 WRO en met noties die verwant lijken te zijn aan de thans bij de toepassing van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten gehanteerde criteria, kan men eigenlijk niet zeggen. Het vereiste dat belanghebbende 'onevenredig zwaar' moet zijn getroffen door de planologische maatregel, is later als gevolg van een amendement vervangen door het vereiste dat de schade redelijkerwijze niet ten laste van de belanghebbende behoort te blijven. Wat nu precies de betekenis is van deze wijziging, is moeilijk te bepalen. Van regeringszijde werd benadrukt dat het verschil in redactie op dit punt eigenlijk niet veel uitmaakte.[306] De regering stelde zich in wezen op het standpunt dat bij de invulling van het begrip 'onevenredig' en de zinsneden 'redelijkerwijs niet ten laste' en 'naar billijkheid te bepalen' dezelfde gezichtspunten een rol zouden moeten spelen. Beide formules kwamen er in die visie op neer dat men niet altijd een volledige schadevergoeding krijgt. Sommige kamerleden daarentegen betoogden dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen beide formuleringen.[307] Zij doelden daarmee, als ik het goed zie, op het verschil tussen enerzijds een recht op schadevergoeding en anderzijds de mogelijkheid voor het bestuur om een tegemoetkoming toe te kennen, en voorts op een verschil in uitgangspunt. In de ene formulering geldt het in beginsel ruimhartige uitgangspunt: een recht op schadevergoeding, voorzover de schade redelijkerwijs niet ten laste van betrokkene behoort te blijven. In de andere geldt als uitgangspunt de in beginsel beperkende voorwaarde dat de schade onevenredig moet zijn, wil deze voor een tegemoetkoming in aanmerking komen: geen tegemoetkoming dus, tenzij de schade als onevenredig moet worden gekwalificeerd. Een leidraad voor beslissingen in concrete gevallen waarin schade wordt geleden als gevolg van planologische maatregelen die de realisering van waterstaatswerken mogelijk maken, valt er nauwelijks uit af te leiden. Wanneer is immers de schade als onevenredig te kwalificeren en wanneer moet worden geoordeeld dat de schade redelijkerwijs ten laste van de benadeelde behoort te blijven?

Normaal maatschappelijk risico in verband met de aanwezigheid van een waterstaatswerk

In de eerste vijfentwintig jaar waarin artikel 49 WRO gold, werd wel de gedachtelijn gevolgd dat schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort wanneer deze het gevolg is van een planologische maatregel die een als normaal of 'algemeen' te kwalificeren maatschappelijke ontwikkeling volgt. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de uitkomst van een kwestie waarin een woningeigenaar schade stelde te lijden als gevolg van een bestemmingsplan dat realisering van een weg langs zijn woonperceel mogelijk maakte. De Kroon overwoog in 1983 dat sedert betrokkene zijn woning in het begin van de jaren vijftig had gebouwd 'de algemene maatschappelijke ontwikkelingen onder meer een intensivering van het verkeer tot gevolg hebben gehad; dat deze

306. De regering herhaalde dit standpunt enige jaren later bij de totstandkoming van de Deltaschadewet.
307. Handelingen TK, 1960, p. 4170-4172; zie ook Handelingen EK, 1961/1962, p. 3468.

intensivering heeft genoopt tot het treffen van verkeersvoorzieningen, zoals de aanleg van de Dalweg, teneinde een goede verkeersafwikkeling te bevorderen; dat een eventuele waardevermindering in verband met verkeersoverlast en verlies aan privacy, welke hier het gevolg van kan zijn, in het algemeen niet voor vergoeding in aanmerking kan komen'. De omstandigheid dat algemene maatschappelijke ontwikkelingen hadden geleid tot het treffen van de schade veroorzakende verkeersvoorzieningen, was mede redengevend voor de conclusie van de Kroon dat de schade niet voor vergoeding in aanmerking kwam.[308] Op grond van deze redenering komt schade die het gevolg is van een planologische beslissing die aanleg van een waterstaatkundige infrastructuur mogelijk maakt, niet vaak voor vergoeding in aanmerking. Men kan immers bijna altijd wel betogen dat de aanleg van bijvoorbeeld een weg geboden is als gevolg van 'algemene maatschappelijke ontwikkelingen', de intensivering van het wegverkeer en dergelijke. Eenzelfde benadering ziet men in het geval waarin een aantal agrariërs meende onder meer schade te lijden ten gevolge van de verlegging van een kanaal. Deze verlegging was nodig in verband met de uitbreiding van een industrieterrein. In verband met deze verlegging waren weggedeelten, alsmede een brug over het kanaal komen te vervallen. De agrariërs stelden dientengevolge omrijschade te lijden. Het verzoek om schadevergoeding was afgewezen. De Afdeling geschillen oordeelde in 1988

> 'dat de onderwerpelijke uitbreiding van het ter plaatse reeds bestaande industrieterrein als een normale maatschappelijke ontwikkeling is te beschouwen. Zeker in de nabijheid van stedelijke kernen als Steenwijk moet men er rekening mee houden, dat de structuur van wegen en vaarwegen door de aanleg van nieuwbouwwijken en/of de aanleg dan wel uitbreiding van industrieterrein van tijd tot tijd kan wijzigen.'[309]

In latere rechtspraak blijkt echter de enkele omstandigheid dat de schade te herleiden was tot een normale maatschappelijke ontwikkeling, onvoldoende om te concluderen dat deze schade tot het normaal maatschappelijk risico van benadeelde behoort, of althans dat deze schade om die reden redelijkerwijs van betrokkene behoort te blijven. Doorslaggevend is, of deze ontwikkeling voorzienbaar was ten tijde van – kort gezegd – de verwerving onder bijzondere titel door de verzoeker[310] van de onroerende zaak. In een geval waarin vergoeding van uitzichtschade werd verlangd, overwoog de Afdeling, na te hebben overwogen dat aan een bepaald planologisch regime, waardoor bijvoorbeeld een vrij uitzicht mogelijk is, geen blijvende rechten kunnen worden ontleend, het volgende:

> 'Het is een normale maatschappelijke ontwikkeling dat ruimtelijke inzichten en, daaruit voortvloeiende, bestemmingsplannen in de loop der tijd wijzigen. De wetgever heeft met art. 49 van de WRO evenwel de schade die een belanghebbende lijdt als gevolg van een planologi-

---

308. KB 22 maart 1983, BR 1983, p. 480 (Waardevermindering Soest).
309. AGRvS 5 december 1988, BR 1989, p. 278 (Omrijschade Steenwijk).
310. Of diens rechtsvoorganger onder algemene titel.

sche wijziging die hem in een nadeliger positie brengt, in beginsel niet voor diens rekening willen laten. De schade dient niettemin wel redelijkerwijs geheel of gedeeltelijk ten laste van de betrokkene te blijven indien de schadeveroorzakende maatschappelijke ontwikkeling voorzienbaar was. Die voorzienbaarheid dient reeds te kunnen worden vastgesteld op het moment van de koop van de desbetreffende onroerende zaak.'[311]

De Afdeling voegt daar nog aan toe dat wanneer eenmaal is vastgesteld dat de gevolgen van de planologische wijziging op zichzelf niet voor rekening van betrokkene behoren te blijven, 'in dat kader niet meer relevant (is) of de manier waarop de bebouwing in dit geval is verwezenlijkt geen onevenredige inbreuk maakt op de bestaande situatie'. De planologische ontwikkelingen die zich na het moment van verwerving onder bijzondere titel door verzoeker hebben voorgedaan, 'kunnen niet als maatschappelijk risico voor rekening (van verzoeker) worden gebracht, ook al gaat het om ontwikkelingen die op zichzelf genomen niet spectaculair zijn en die (...) een logische afronding vormen van de bestaande stedenbouwkundige structuur'.

In de benadering die de Afdeling de laatste jaren volgt bij de toepassing van artikel 49 WRO, wordt de rol die het begrip 'normale maatschappelijke ontwikkeling' in de oude rechtspraak speelt en de rol die dit begrip overigens meer in het algemeen speelt bij op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten gebaseerde schadevergoedingen (aanzienlijk) beperkt. De Afdeling doet ter motivering van de door haar gemaakte keuze een expliciet beroep op de bedoeling van de wetgever. Bij de kamerleden en de regering leefden blijkens de geschiedenis van de WRO nogal uiteenlopende gedachten over onder meer het karakter van deze bepalingen (slechts vergoeding van onevenredige schade of vergoeding van schade die redelijkerwijs niet ten laste van benadeelde dient te blijven; begunstiging of schadevergoeding; geheel of gedeeltelijk schadevergoeding e.d.). Nu het amendement is aangenomen en de regering het wetsvoorstel niet heeft ingetrokken, 'overheerst' mijns inziens de lijn van de kamerleden. Voor het overige bood de geschiedenis van deze bepalingen weinig of geen aanknopingspunten voor de concrete toepassing daarvan. Men kan zich dan ook afvragen of de gecompliceerde historie van deze bepalingen voldoende grondslag biedt voor dit soort verreikende conclusies gebaseerd op de (veronderstelde) bedoeling van de wetgever. Wellicht speelt de gedachte een rol dat bij nader inzien artikel 49 WRO een vrijwel zinledige bepaling zou worden wanneer het begrip 'normale maatschappelijke ontwikkeling', los van het voorzienbaarheidsvereiste, bepalend zou zijn voor de toepassing daarvan.[312] Mogelijk is daarbij ook van belang dat dit begrip zo vaag is, dat men er vrijwel alles onder kan brengen en dat zodoende bijna alle verzoeken afgewezen zouden kunnen worden, hetgeen niet de bedoeling van de wetgever geweest kán zijn.

---

311. ABRvS 10 augustus 2000, BR 2001, p. 692 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Bankfiliaal Liemeer).

312. P.C.E. van Wijmen (BR 1997, p. 586) betoogt: 'De wetgever heeft hier uitdrukkelijk het (door de WRO zelf geïnstigeerde) verschijnsel van een bestemmingsplanwijziging buiten de sfeer van het normaal maatschappelijk risico willen brengen, juist door een dergelijke wijziging, als ze een verslechtering betekent en als aan bepaalde andere vereisten is voldaan, tot grondslag te maken voor schadevergoeding.'

De wil van de wetgever

Dat het niet eenvoudig is om bij de toepassing van dit soort schadevergoedingsbepalingen een peil te trekken op de wil van de wetgever, blijkt uit het volgende voorbeeld. Weliswaar gaat het om een voorbeeld uit de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de Deltaschadewet, maar hetgeen daar besproken werd, is toch ook wel van betekenis voor het hier te behandelen onderwerp. In het kader van de parlementaire behandeling van de Deltaschadewet lichtte de toenmalige Minister van Verkeer en Waterstaat – aan het eind van de jaren zestig en dus na de inwerkingtreding van artikel 49 WRO – toe dat schade die men lijdt als gevolg van door de overheid in het algemeen belang verrichte werken, niet zonder meer voor vergoeding in aanmerking komt. Dat standpunt werd geïllustreerd met een – in ieder geval in de ogen van de minister – aansprekend voorbeeld. Hij betoogde:

> 'Enerzijds profiteert de gelaedeerde, als lid van de gemeenschap ten behoeve waarvan de werken worden gemaakt, mede van de voordelen van die werken, anderzijds mag hij in bepaalde gevallen geacht worden het risico te dragen van een gewijzigde toestand. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval, indien een particulier een bedrijf heeft aan een doorgaande verkeersweg, welke nadien slechts lokaal van belang wordt, omdat ter vervanging van deze weg een andere weg elders is gemaakt.'[313]

Dat laatste wordt dus gebracht als een typisch voorbeeld van een geval waarin de benadeelde geacht wordt het risico te dragen van een gewijzigde toestand. Neemt men nu de planschadejurisprudentie in ogenschouw, dan ziet men daarin tal van gevallen waarin geenszins het oordeel besloten ligt dat dit soort risico's ten laste van benadeelden dient te blijven. Integendeel. Men denke bijvoorbeeld aan het geval waarin een garagebedrijf annex verkooppunt voor motorbrandstoffen in Aalten geconfronteerd werd met een reconstructie van de provinciale weg Aalten-Winterswijk, waarbij een gedeelte van het bestaande tracé van deze weg wordt verlegd. Het bedrijf stelde ten gevolge van de wegverlegging omzetschade te ondervinden, aangezien het bedrijf niet langer aan een doorgaande, druk bereden weg is gesitueerd. Die schade kwam in beginsel voor vergoeding in aanmerking.[314] Men denke ook aan de bekende casus Losser,[315] waarin een café-restaurant als gevolg van de realisering van een weg elders niet langer gesitueerd was aan de grote doorgaande grensoverschrijdende route en dientengevolge ernstig in zijn voortbestaan werd bedreigd. De schade kwam naar het oordeel van de Afdeling volledig voor vergoeding in aanmerking. De Afdeling overwoog dat er geen sprake was van voorzienbaarheid in die zin dat betrokkene haar bedrijfsvoering kon aanpassen. Het standpunt van de adviescommissie dat het bedrijf ter zake van de schade een eigen risico heeft te dragen van 20%, werd door de Afdeling verworpen. Kortingen als door de commissie bedoeld passen

---

313. MvT, Bijl. Hand. II, 1968-1969, 9974, nr. 3, p. 7 en MvA II, p. 4.
314. AGRvS 28 oktober 1991, BR 1992, p. 699 (Wegverlegging Aalten).
315. AGRvS 3 februari 1993, BR 1993, p. 728 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Losser).

niet in de toepassing van artikel 49 WRO, aldus de Afdeling.[316] Indien eenmaal is vastgesteld dat de belanghebbende ten gevolge van een besluit genoemd in artikel 49 WRO schade lijdt en dat deze schade niet of niet geheel ten laste van de belanghebbende behoort te blijven en niet of niet voldoende door aankoop, onteigening of anderszins is verzekerd, moet deze ten volle worden vergoed. Kortom: hetgeen in de parlementaire behandeling van de Deltaschadewet als een sprekend voorbeeld werd aangevoerd van schade die voor risico van de benadeelde diende te blijven, wordt bij de toepassing van artikel 49 WRO – op grond van een duiding van de bedoelingen van de wetgever – behandeld als een geval waarin de schade in beginsel volledig vergoed moet worden.

Normale maatschappelijke ontwikkelingen

De Afdeling bestuursrechtspraak gaat er dus (inmiddels) van uit dat de wetgever met artikel 49 WRO de schade die een belanghebbende lijdt als gevolg van een planologische wijziging die hem in een nadeliger positie brengt, in beginsel niet voor diens rekening heeft willen laten. Op dat beginsel wordt, anders dan voorheen, geen uitzondering gemaakt indien de schadeveroorzakende maatregel een normale maatschappelijke ontwikkeling volgt. Ook al is het immers een normale maatschappelijke ontwikkeling dat ruimtelijke inzichten en daaruit voortvloeiende bestemmingsplannen in de loop der tijd wijzigen, de Afdeling gaat er op grond van een interpretatie van artikel 49 WRO van uit dat de wetgever desondanks bedoeld heeft deze schade voor vergoeding in aanmerking te laten komen. Op dit uitgangspunt kan een uitzondering worden gemaakt wanneer de schadeveroorzakende maatschappelijke ontwikkeling voorzienbaar was ten tijde van de koop van de desbetreffende onroerende zaak.

Zijn er dan andere omstandigheden op grond waarvan geoordeeld kan worden, dat schade omdat deze binnen het normaal maatschappelijk risico of bedrijfsrisico valt niet voor vergoeding op de voet van artikel 49 WRO in aanmerking komt? Ik laat nu even de voorzienbaarheid van de schadeoorzaak rusten, omdat men dit kan brengen onder het begrip risicoaanvaarding. Dat begrip wordt in ieder geval in de literatuur veelal onderscheiden van het begrip normaal maatschappelijk risico.

Aard van de schade

Kan wellicht de aard van de schade leiden tot de conclusie dat de schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort? Kan bijvoorbeeld in gevallen van waardever-

316. Volgens het in de Circulaire Schadevergoedingen van 22 december 1997, Stcrt. 246 van de Minister van VROM neergelegde beleid met betrekking tot de toepassing van art. 15.20 Wet milieubeheer behoort 20% van de schade altijd tot het normale ondernemersrisico. Daarmee wordt onderstreept dat de ondernemer een zekere eigen verantwoordelijkheid heeft 'ook als het gaat om het dragen van kosten wegens het nemen van bovennormale milieumaatregelen'. In ABRvS 22 december 2000, AB 2001, 70 m.nt. FM wijst de Afdeling er overigens op dat de Circulaire Schadevergoedingen de reikwijdte van art. 15.20 Wm niet kan beperken.

mindering als gevolg van aantasting van het uitzicht aan benadeelde worden tegengeworpen dat niemand blijvend rechten kan ontlenen aan een vrij uitzicht? Of kan hem worden tegengeworpen dat deze schade als immateriële schade zou moeten worden aangemerkt en reeds daarom niet voor vergoeding in aanmerking komt? De Afdeling beantwoordt deze vragen inmiddels steevast ontkennend. De Afdeling is van oordeel, 'dat de opvatting dat niemand blijvend rechten kan ontlenen aan een vrij uitzicht niet rechtvaardigt, dat het vervallen van een vrij uitzicht zonder meer binnen het normaal maatschappelijk risico valt en derhalve niet voor vergoeding op de voet van art. 49 WRO in aanmerking komt'.[317] De stelling 'dat immateriële schade, zoals vermindering van woongenot en privacy of aantasting van uitzicht, in beginsel niet op de voet van artikel 49 WRO voor vergoeding in aanmerking komt, is in zijn algemeenheid niet juist'.[318] De Afdeling bestuursrechtspraak sluit dus niet op voorhand uit dat immateriële schade op de voet van artikel 49 WRO voor vergoeding in aanmerking kan komen. In het planschadevergoedingsrecht wordt echter in de regel geoordeeld dat schade ten gevolge van de toename van de overlast niet van immateriële aard is. Deze toename van de overlast kan immers een waardevermindering van het onroerend goed van appellant tot gevolg hebben.[319] Voor een afzonderlijke vergoeding van immateriële schade is daarnaast, volgens de Afdeling bestuursrechtspraak, geen plaats, aangezien het verminderde woongenot, voorzover objectief aanwezig, tot uitdrukking komt in een geringere waarde van het perceel.[320]

Ingevolge de rechtspraak van de Afdeling komt ook dit soort (uitzicht)schade, wanneer eenmaal vaststaat dat deze het gevolg is van een planologische maatregel en niet anderszins in vergoeding daarvan is voorzien, alleen niet voor vergoeding in aanmerking wanneer deze voorzienbaar was op het moment van verwerving van de getroffen onroerende zaak door de benadeelde onder bijzondere titel.[321]

Omvang en ernst van de schade

Kan dan de omvang van de schade tot de conclusie leiden dat deze bijvoorbeeld zodanig gering is dat deze tot het normaal maatschappelijk risico behoort, of althans dat deze redelijkerwijs ten laste van betrokkene kan worden gelaten? Uit eerdere rechtspraak leek te kunnen worden geconcludeerd dat de schade een zekere mate

317. AGRvS 22 oktober 1990, BR 1991, p. 540; AGRvS 20 augustus 1992, BR 1993, p. 904 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Capelle aan den IJssel); ABRvS 5 februari 1996, BR 1997, p. 586 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Vrij uitzicht Mook); ABRvS 14 januari 1999, AB 1999, 209 m.nt. J.St., BR 1999, p. 876 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Woningbouw Breukelen).

318. Aldus de ABRvS in een uitspraak van 17 oktober 1994 (BR 1995, p. 784).

319. AGRvS 19 april 1989, BR 1989, p. 704.

320. AGRvS 20 oktober 1993, BR 1994, p. 519; AGRvS 20 augustus 1992, BR 1993, p. 904; ABRvS 13 mei 1997, BR 1998, p. 854 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Welschap).

321. N.S.J. Koeman betoogt in De schadeplichtige overheid (Verwachting), NTB 2000, p. 14 dat het wel vaststaat dat iets dergelijks nooit door de artikel 49-wetgever bedoeld is. Voorzover hij het oogpunt heeft op het standpunt van de regering, lijkt mij dat wel juist.

van ernst moest hebben, wilde deze voor vergoeding in aanmerking komen. In 1988 overwoog de Afdeling:

> 'Een waardedaling van *f* 15 000 is niet zo gering, dat reeds hierom zou moeten worden geoordeeld, dat de appellant dit nadeel voor zijn rekening zou moeten nemen.'[322]

Deze formulering doet vermoeden dat een waardedaling van geringere omvang wel zodanig gering zou kunnen zijn, dat een benadeelde deze reeds daarom voor zijn rekening zou moeten nemen. Later heeft de Afdeling echter duidelijk gemaakt dat de omstandigheid dat slechts sprake is van een waardevermindering van geringe omvang, geen zelfstandige grond kan vormen voor afwijzing van een verzoek om planschadevergoeding.[323] Ook in relatieve zin geringe schade kan niet reeds daarom ten laste van betrokkene worden gelaten. Volgens vaste planschadejurisprudentie komt immers ter beantwoording van de vraag of een schade redelijkerwijze niet of niet geheel ten laste van betrokkene behoort te blijven, geen betekenis toe aan de verhouding tussen de hoogte van de schade enerzijds en de omvang van de winst of de omzet anderzijds.[324] De Afdeling oordeelde voorts, dat artikel 49 WRO geen aanknopingspunten biedt voor de zienswijze dat de vraag of sprake is van een waardevermindering van zodanige omvang dat deze voor vergoeding in aanmerking komt, op de voet van dat artikel afhankelijk zou dienen te worden gesteld van de waarde van het betrokken onroerend goed.[325] De wijze waarop blijkens de rechtspraak artikel 49 WRO moet worden toegepast, lijkt ook op dit punt verdergaande aanspraken te bieden dan die welke uit de enkele werking van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten zouden voortvloeien. De absoluut geringe omvang of de relatief geringe omvang van de schade lijkt daarbij immers een zelfstandige grond te kunnen zijn om vergoeding van schade af te wijzen.[326]

Normaal bedrijfsrisico

Toch zijn er – ook in recentere jurisprudentie – wel gevallen aan te wijzen waarin de Afdeling concludeerde dat (een deel van) de schade binnen het aan benadeelde toe te rekenen normaal maatschappelijk risico of binnen diens ondernemersrisico viel. Het gaat daarbij niet zozeer om gevallen van waardevermindering, maar enerzijds om gevallen waarin ondernemers schade lijden in de vorm van gederfde winst of kosten

---

322. AGRvS 2 mei 1988, AB 1988, 329 m.nt. PvB.
323. ABRvS 14 januari 1999, AB 1999, 209 m.nt. J.St.; ABRvS 20 augustus 1999, BR 2000, p. 675 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Speelveld Hendrik-Ido-Ambacht).
324. AGRvS 12 oktober 1988, BR 1989, p. 534 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Valwinden Barendrecht).
325. AGRvS 22 mei 1989, BR 1990, p. 460, AB 1989, 543 m.nt. J.A.M. van den Berk (Barendrecht) en AGRvS 10 september 1991, AB 1992, 141 m.nt. PvB (Haarlem).
326. ARRvS 29 juni 1987, AB 1988, 262 (Wijziging huisnummer Alblasserdam); ARRvS 23 februari 1990, AB 1991, 674 m.nt. JHvdV (onderzoekskosten); HvJ EG 25 mei 1978, gev. zaken 83 en 94/76,4,15 en 40/77, BHNL Jur. 78, p. 1209.

ter voorkoming of beperking van schade en anderzijds om kwesties waarin tijdelijke genotsderving een rol speelt.

Wanneer ondernemers planschade lijden, wordt soms bezien of deze schade al dan niet binnen het normale ondernemers- of bedrijfsrisico valt.[327] Daarbij wordt er waarschijnlijk van uitgegaan dat bepaalde risico's inherent zijn aan economische activiteiten in een bepaalde sector en dat er eerst aanleiding voor vergoeding van schade kan bestaan wanneer het nadeel de grenzen van het economische risico verbonden aan de activiteiten in de betrokken sector overschrijdt. Een vrachtwagenchauffeur verlangde vergoeding van schade (waardevermindering en omrijschade) die hij leed als gevolg van de aanleg van een weg op circa 15 meter afstand van zijn woning, alwaar hij ook zijn bedrijf uitoefende. Voor wat betreft de gestelde omrijschade stelde de gemeenteraad zich op het standpunt dat deze, nu deze betrekking heeft op bedrijfsschade, wordt geacht tot het normaal maatschappelijk risico te behoren. De Afdeling geschillen oordeelde evenwel dat er onvoldoende gronden zijn aangevoerd voor het standpunt, dat de beweerdelijk geleden omrijschade tot het normaal maatschappelijk risico behoort en mitsdien niet voor vergoeding in aanmerking komt. Dat schade soms wegens ondernemingsrisico ten laste van benadeelde dient te blijven, sloot de Afdeling niet uit. Naar het oordeel van de Afdeling diende alsnog te worden onderzocht welke nadelige invloed de aanleg van de weg heeft voor de bedrijfsvoering van betrokkene.

> 'Hierbij ware met name te betrekken het specifieke karakter van het bedrijf van appellant, als gevolg waarvan niet kan worden uitgesloten dat de omrijschade, die inherent is aan zijn normale bedrijfsactiviteiten, het normaal maatschappelijk risico te boven gaat.'[328]

De Afdeling geschillen nam aan dat ondernemers ter zake van omzetschade veroorzaakt door planologische mutaties een ondernemersrisico hebben te dragen en dat het daarom billijk is dat slechts een beperkt deel van de omzetschade voor een beperkt tijdvak vergoed wordt.[329] De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt die lijn te hebben voortgezet. In een geval van omzetschade oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak immers dat geen sprake is van schade 'die redelijkerwijze niet meer tot het gewone ondernemersrisico dient te worden gerekend'.[330] Uit sommige uitspraken zou men kunnen afleiden dat bij de beantwoording van de vraag, of schade al dan

---

327. Dit criterium wordt overigens ook buiten het overheidsaansprakelijkheidsrecht gehanteerd, bijv. in het arbeids- en stakingsrecht: HR 11 november 1994, NJ 1995, 152; HR 21 maart 1997, NJ 1997, 437, of in het subsidierecht: ABRvS 4 november 1999, AB 1999, 479 m.nt. MSV.
328. AGRvS 10 oktober 1988, AB 1989, 233 m.nt. J.A.M. van den Berk, BR 1989, p. 125 (Rondweg Binnenmaas).
329. AGRvS 30 januari 1991, BR 1991, p. 920 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Vuilstortplaats Enschede/Hengelo). In het Franse recht wordt toepassing van het begrip ondernemersrisico gerechtvaardigd met een beroep op wat men het profijtbeginsel zou kunnen noemen. Ondernemers moeten ook schade die uitgaat boven de algemeen te dulden schade, tot op zekere hoogte zonder vergoeding dulden. Vgl. B.J.P.G. Roozendaal, diss., p. 168.
330. ABRvS 24 oktober 1994, BR 1995, p. 863 (Loonwerkersbedrijf Amersfoort).

niet binnen het gewone bedrijfsrisico valt, een rol speelt of betrokkene in staat is zijn bedrijfsvoering aan te passen aan de nieuw ontstane situatie. Wanneer niet aannemelijk is dat een onderneming in staat moet worden geacht door aanpassing van de bedrijfsvoering de schade wezenlijk te beperken, zal niet gauw worden geconcludeerd dat inkomensderving binnen de sfeer van het normale bedrijfsrisico van het bedrijf valt.[331]

Normaal maatschappelijk risico en tijdelijke hinder

Een zeldzaam geval in de rechtspraak van de laatste jaren waarin schade die een particulier leed wegens normaal maatschappelijk risico voor zijn rekening wordt gelaten, betreft het geval waarin een eigenaar/gebruiker van een woning stelde (onder meer) schade in de vorm van tijdelijke genotsderving te lijden als gevolg van een bestemmingsplan dat voorzag in aansluiting van een tracé op een rijksweg, welke rijksweg langs zijn woning liep. De gemeenteraad overwoog dat een deel van de toegenomen verkeersdrukte op de rijksweg als normaal dient te worden beschouwd en geen aanleiding kan vormen tot vergoeding van planschade. Wat betreft de gestelde schade overwoog de Afdeling 'dat geen grond bestaat voor het oordeel dat de gemeenteraad zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de door appellant ondervonden hinder het normaal maatschappelijk risico niet te boven gaat'.[332] Bij schade veroorzaakt door tijdelijke hinder als gevolg van (het gebruik van) een infrastructureel werk bestaat dus eerst aanspraak op vergoeding van schade wanneer de hinder het normaal maatschappelijk risico te boven gaat. De Afdeling laat in het midden welke factoren bepalend zijn voor het in kaart brengen van de grens tussen abnormaal risico en normaal maatschappelijk risico.

Normaal maatschappelijk risico in verband met de uitvoering van een waterstaatswerk

In de praktijk komt het niet zelden voor dat als gevolg van realisering van waterstaatkundige, infrastructurele werken tijdelijk schade ontstaat voor derden. Tijdens de aanlegfase van een infrastructureel werk kan bijvoorbeeld schade ontstaan als gevolg van moeilijke bereikbaarheid van een bedrijf, schade als gevolg van afsluiting van gas, water en elektra, schade als gevolg van tijdelijke verslechtering van uitzicht, geluidshinder, trillinghinder, stofhinder, lichthinder en dergelijke van de bouwactiviteiten zelf. Het is de vraag, of deze schade op de voet van artikel 49 WRO voor vergoeding in aanmerking komt.

In de rechtspraak wordt aangenomen dat schade die is veroorzaakt door tijdelijke werkzaamheden ten behoeve van de realisering van een planologische maatregel als bedoeld in artikel 49 WRO, onder omstandigheden geacht kan worden te zijn gele-

331. AGRvS 12 oktober 1988, BR 1989, p. 534 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Valwinden Barendrecht); ABRvS 22 juli 1994, BR 1995, p. 327 (Restaurant Nijmegen).

332. ABRvS 12 mei 2000, BR 2001, 230 m.nt. P.C.E. van Wijmen; Nieuwsbrief StAB 2001, 01-05 (Tegelen).

den ten gevolge van de bepalingen van een bestemmingsplan. Vereist is dan dat de verwezenlijking van het bestemmingsplan (of een andere planologische maatregel als bedoeld in artikel 49 WRO) en de daarin begrepen aanleg van bepaalde infrastructurele werken een overheersende werking hebben gehad op het ontstaan van deze zogenoemde 'uitvoeringsschade'. Deze schade kan derhalve in aanmerking komen voor vergoeding op de voet van artikel 49 WRO.

In 1975 overwoog de Kroon dienaangaande reeds dat

> 'een bestemmingsplan mede beoogt om de verwezenlijking van de daarbij aangewezen bestemming mogelijk te maken en de vraag, of en zo ja, in welke omvang schade wordt geleden, veelal eerst zal kunnen worden beantwoord, wanneer tot zodanige verwezenlijking wordt overgegaan; dat alsdan in beginsel de werking van het bestemmingsplan zo overheersend en rechtstreeks en het verband tussen het plan en de zich bij de uitvoering openbarende schade zo nauw zal moeten zijn, dat van schade ten gevolge van de bepalingen van een bestemmingsplan kan worden gesproken; dat zulks evenwel niet het geval is, wanneer de schade, hoezeer toegebracht bij de uitvoering van een bestemmingsplan, in feite is veroorzaakt door een voor de belanghebbende onnodig belastende, dan wel onoordeelkundige werkwijze bij de uitvoering van de door het bestemmingsplan beoogde werken en derhalve niet een redelijkerwijze te verwachten gevolg van het plan is.'[333]

Zo wordt schade die het gevolg is van een gebrekkige ontwatering van een perceel, niet zozeer geacht het gevolg te zijn van een bestemmingsplan dat voorzag in realisering van een industrieterrein, doch wordt deze veeleer geacht 'het gevolg (te zijn) van een onoordeelkundige werkwijze bij de uitvoering van werkzaamheden door de gemeente in het voorzien van een aan de nieuwe situatie aangepaste wijze van afwatering'.[334]

Een houtbewerkingsbedrijf leed gedurende anderhalve maand inkomensschade doordat het tijdelijk vrijwel onbereikbaar was geweest. In verband met de realisering van een bestemmingsplan waren riolerings- en bestratingswerkzaamheden uitgevoerd aan de weg, waaraan destijds de enige inrit van het bedrijf was gelegen. De Kroon oordeelde dat 'het totaal der werken zozeer voortvloeit uit de werking van het bestemmingsplan, dat de zich daarbij voordoende schade moet worden aangemerkt als schade ten gevolge van de bepalingen van een bestemmingsplan'.[335]

Twee benzineverkooppunten, gesitueerd ter weerszijden van een, op een viaduct te realiseren, sneltramtracé in Capelle aan den IJssel waren gedurende de periode dat dit viaduct gerealiseerd werd, tijdelijk moeilijk en sporadisch in het geheel niet bereikbaar geweest. Ook was een van de stations voor enige tijd onttrokken aan het zicht van het doorgaande verkeer. Dientengevolge ondervond de exploitant van de stations (tijdelijk) omzet- en winstderving. De Afdeling oordeelde dat de schade die

333. KB 6 augustus 1975, AB 1975, 289 (Berkel en Rodenrijs); idem KB 20 mei 1975, BR 1975, p. 540, AB 1975, 241 (Weert).
334. KB 21 november 1985, AB 1986, 114 (Goirle).
335. KB 5 augustus 1982, AB 1983, 10 m.nt. BJvdN, BR 1982, p. 843.

de exploitant als gevolg van uitvoering van werkzaamheden ten behoeve van de bouw van het viaduct leed, in beginsel op de voet van artikel 49 WRO voor vergoeding in aanmerking komt. Daartoe is volgens de Afdeling vereist dat het vorige planologische regime geen mogelijkheden bood voor het ontstaan van dit soort schade en 'de verwezenlijking van het bestemmingsplan (...) en de daarin begrepen aanleg van het tramviaduct tussen de benzineverkooppunten een overheersende werking hebben gehad op het ontstaan van die schade'.[336]

Wanneer geconcludeerd zou moeten worden dat de schade niet wordt veroorzaakt door de in de planologische maatregel voorziene aanleg van de infrastructurele voorziening als zodanig, maar dat deze moet worden toegerekend aan een onoordeelkundige, technisch onjuiste, dan wel onzorgvuldige uitvoering van de werkzaamheden, dan volgt daaruit dat de planologische maatregel niet een overheersende werking heeft op het ontstaan van de schade. In zo'n geval bestaat er geen, althans een te ver verwijderd, causaal verband tussen plan en het nadeel. De schade kan dan niet op de voet van artikel 49 WRO voor vergoeding in aanmerking komen. Doorgaans biedt alsdan artikel 6:162 e.v. BW een grondslag voor schadevergoeding, zodat anderszins in vergoeding van deze schade is voorzien. Het moge duidelijk zijn dat het in de praktijk niet altijd eenvoudig zal zijn het hiervoor geschetste onderscheid te maken. Het probleem is extra lastig, omdat de vraag of een bepaalde gedraging hinder oplevert, die als onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW gekwalificeerd moet worden, bij uitsluiting toekomt aan de burgerlijke rechter. Het bestuur noch de bestuursrechter is bevoegd om bindend vast te stellen, of een bepaalde gedraging al dan niet onrechtmatige hinder oplevert. Beantwoording van die vraag is echter wel van belang voor de beoordeling van een verzoek om vergoeding van planschade.

Speelt bij dit soort tijdelijke uitvoeringsschade het begrip normaal maatschappelijk risico, of het normale ondernemersrisico een rol, en zo ja, welke? Veel jurisprudentie omtrent de beantwoording van die vraag is er niet. Het lijkt er echter op dat in de spaarzame uitspraken die dienaangaande beschikbaar zijn, het begrip normaal maatschappelijk risico bij dit soort schades een belangrijker rol vervult dan bij schade in de vorm van waardevermindering die het gevolg is van de aanwezigheid van het werk zelf.

Bij tijdelijke uitvoeringsschade gaat het in ieder geval niet om vergoeding van waardevermindering. Voor vergoeding van schade in de vorm van waardevermindering bestaat immers alleen aanleiding wanneer deze van duurzame aard is.[337] Het zal

---

336. ABRvS 29 augustus 1996, AB 1997, 434 m.nt. G.M. van den Broek (Capelle aan den IJssel); zie ook ABRvS 25 juli 1994, BR 1995, p. 511 (Omzetschade Smallingerland).

337. AGRvS 13 januari 1989, AB 1989, 131, BR 1989, p. 701 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Udenhout); ABRvS 2 mei 1994, BR 1995, p. 144 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Veldhoven); ABRvS 22 juli 1994 (Nijmegen), BR 1995, p. 327; ABRvS 12 mei 2000, BR 2001, p. 230 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Tegelen). In ABRvS 4 februari 2000, BR 2000, p. 859 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Woningbouw Voorhout) lijkt te worden verlangd dat de schade zich daadwerkelijk gerealiseerd moet hebben.

veelal gaan om schade in de vorm van inkomensschade of tijdelijke vermindering van woongenot.[338]

Bij tijdelijke omzetschades als gevolg van werkzaamheden aan straten, leidingen en dergelijke wordt ervan uitgegaan dat deze in beginsel ten laste van benadeelde blijven. De duur van de werkzaamheden en de (daarmee samenhangende) omvang van de schade kunnen in bijzondere omstandigheden tot een ander oordeel leiden. Een voorbeeld ter illustratie van deze stelling biedt de volgende casus.[339] In het kader van de uitvoering van een bestemmingsplan moesten werkzaamheden plaatsvinden aan het (water)leidingnet. De watertoevoer van een tandartsenpraktijk werd dientengevolge tijdelijk afgesloten. De vraag was of de tandarts op de voet van artikel 49 WRO aanspraak kon maken op de dientengevolge door hem geleden omzetschade. De Afdeling oordeelde

> 'dat werkzaamheden aan straten, leidingen en dergelijke als een normale gebeurtenis moeten worden beschouwd, waarmee een ieder geconfronteerd kan worden en waarvan de nadelige gevolgen in beginsel voor rekening van de betrokkenen behoren te blijven. Het vorenstaande neemt niet weg dat zich feiten en of omstandigheden kunnen voordoen waardoor een individueel belang ten gevolge van dergelijke werkzaamheden zodanig zwaar wordt getroffen dat het nadeel redelijkerwijs niet te zijnen laste kan blijven. Gelet op de beperkte duur van de praktijkonderbreking en de daarmee samenhangende beperkte omvang van de schade (...) is de Afdeling van oordeel dat in casu geen sprake is van schade welke redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven.'

Hiervoor is reeds aangegeven dat in een geval van derving van woongenot als gevolg van tijdelijke hinder als vergoedingsmaatstaf werd aangelegd, of de hinder het normaal maatschappelijk risico te boven gaat. Evenals bij omzetschade wordt er waarschijnlijk van uitgegaan dat dit soort schade in beginsel voor rekening van benadeelde dient te blijven, tenzij de aard de grens van het normaal maatschappelijk risico overschrijdt. Dat is een andere benadering dan die welke gevolgd wordt bij schade als gevolg van de aanwezigheid van het werk zelf. De Afdeling laat, zoals gezegd, in het midden welke factoren bij de bepaling van deze grens een rol spelen. Evenzeer onduidelijk is hoe dit criterium zich verhoudt tot het hinderleerstuk in het civiele recht. Of hinder onrechtmatig is, hangt daarin – daargelaten de betekenis van terzake geldende specifieke wettelijke regels van publiekrechtelijke aard – af van de omstandigheden van het geval. In de rechtspraak is daarbij een aantal relevante gezichtspunten gegeven.[340] Daarvan kunnen sommige ook bij de vraag of de hinder het normaal maatschappelijk risico te boven gaat, een rol spelen. Het gaat daarbij om gezichts-

---

338. Vgl. ABRvS 30 mei 2000, JB 2000, 201 m.nt. RJNS, BR 2001, p. 431 m.nt. B.P.M. van Ravels, Gst. 7130, 3 m.nt. Hennekens (IJsselmonde): vermindering van woongenot van een huurder is (ook) als vermogensschade te kwalificeren.
339. AGRvS 27 augustus 1990, BR 1991, p. 283 (Watertoevoer Medemblik).
340. Zie onder meer HR 23 september 1988, NJ 1989, 743; HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639; HR 3 mei 1991, NJ 1991, 476; HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 107; HR 18 september 1998, NJ 1999, 69; HR 3 november 2000, RvdW 2000, 218.

punten als de aard van de hinder, de ernst van de hinder, de duur van de hinder, de aard en omvang van de toegebrachte schade, de omstandigheden waaronder de hinder plaatsvindt, het gewicht van de belangen die met de door de hinder toegebrachte activiteit worden gediend, de mogelijkheid – mede gelet op de daaraan verbonden kosten – en de bereidheid van degene die hinder veroorzaakt, om maatregelen ter voorkoming van schade te nemen, de gevoeligheid van de benadeelde voor hinderlijke activiteiten, de plaatselijke omstandigheden, het al dan niet anterieure hinderlijk gebruik en het tijdstip waarop de hinderveroorzakende activiteiten plaatsvinden.

6.4 Risicoaanvaarding

Voorzienbaarheid

Bij de beantwoording van de vraag of een nadeel dat het gevolg is van een planologische wijziging redelijkerwijs ten laste van benadeelde behoort te blijven, komt bij de toepassing van artikel 49 WRO grote betekenis, zo niet uitsluitend betekenis toe aan een (hypothetische) reconstructie van hetgeen waarmee belanghebbende voorafgaande aan de planologische mutatie redelijkerwijs rekening kon en behoorde te houden. In dit verband worden begrippen als 'voorzienbaarheid', 'in de lijn der verwachtingen' en dergelijke gehanteerd. In de huidige rechtspraak geldt de volgende uitzondering op het beginsel dat bij de toepassing van artikel 49 WRO schade die het gevolg is van een planologische wijziging, in beginsel vergoed moet worden:

> 'De schade dient niettemin wel redelijkerwijs geheel of gedeeltelijk ten laste van de betrokkene te blijven indien de schadeveroorzakende maatschappelijke ontwikkeling voorzienbaar was. Die voorzienbaarheid dient reeds te kunnen worden vastgesteld op het moment van de koop van de desbetreffende onroerende zaak.'[341]

Wanneer hij op dat moment rekening moest houden met een voor hem nadelige wijziging van de planologische situatie, wordt hij geacht (actief) het risico daarvan te hebben aanvaard.[342] De Afdeling maakt overigens niet altijd een scherp onderscheid tussen normaal maatschappelijk risico en risicoaanvaarding. In sommige uitspraken wordt geconcludeerd dat wanneer benadeelden de gerealiseerde bestemmingswijziging niet behoefden te verwachten, deze 'niet gerekend (kan) worden te behoren tot hun normaal maatschappelijk risico'.[343]

De burgerlijke rechter kent in min of meer vergelijkbare gevallen eveneens betekenis toe aan risicoaanvaarding. De campinghouder in het Limburgse Schinveld die schade stelde te lijden als gevolg van de geluidshinder van de AWACS-vliegtuigen die

341. ABRvS 10 augustus 2000, BR 2001, p. 692 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Bankfiliaal Liemeer).
342. Bijv. ABRvS 10 augustus 2000, BR 2001, p. 594 (Warenhuis Terneuzen); ABRvS 11 mei 2000, BR 2001, p. 228 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Voorzienbaarheid Cranendonck).
343. Bijv. ABRvS 25 september 1995, BR 1996, p. 747 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Café Klundert).

het nabijgelegen vliegveld Teveren gebruikten, zag zijn schadeclaim op de Staat – na een aanvankelijk succes bij de rechtbank – uiteindelijk afgewezen. Hij had bij de aanvang van de exploitatie van de camping zich er niet of althans onvoldoende van vergewist of een mogelijke reactivering van de vliegbasis in de toekomst tot de mogelijkheden behoorde. De door hem gestelde bedrijfsschade lag daarom binnen zijn risicosfeer. De Staat had daarom niet onrechtmatig gehandeld door geen regeling met hem te treffen.[344]

Peilmoment

Het peilmoment voor de voorzienbaarheid van de schadeveroorzakende ontwikkeling is in geval van koop of een andere vorm van eigendomsverkrijging onder bijzondere titel het moment van eigendomsoverdracht.[345] In geval van eigendomsverkrijging onder algemene titel, bijvoorbeeld vererving, bestaat er geen grond voor beperking van schadevergoeding wegens voorzienbaarheid van de planologische verslechtering ten tijde van de eigendomsverkrijging onder algemene titel. Alsdan is het moment van verwerving onder bijzondere titel door de rechtsvoorganger bepalend.[346]

Geobjectiveerde voorzienbaarheid

Voor wie moet deze ontwikkeling voorzienbaar zijn geweest? Het gaat erom of er, bezien vanuit de positie van een redelijk denkende en handelende eigenaar dan wel koper, aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie op of in de omgeving van de betrokken onroerende zaak in een voor betrokkenen negatieve zin zou gaan veranderen.[347] Er geldt derhalve een geobjectiveerd voorzienbaarheidscriterium. Ik kan mij overigens voorstellen dat wanneer een eigenaar in een concreet geval meer weet dan de geobjectiveerde eigenaar, deze wetenschap hem kan worden tegengeworpen.

Mate van voorzienbaarheid

Hoe voorzienbaar moet deze ontwikkeling zijn geweest? Volledige voorzienbaarheid wordt, mede blijkens het vorenstaande, niet (meer[348]) verlangd. Het te dezen aan te leggen criterium is of er voor een redelijk denkende en handelende koper aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie ter plaatse zou veranderen. Zo staat de omstandigheid dat het ten tijde van de aankoop van een onroerende zaak geenszins zeker was dat een reeds in procedure zijnd bestemmings-

---

344. HR 24 november 1995, NJ 1996, 164 (Logister/Staat).
345. ABRvS 22 april 1999, BR 2000, p. 55 (Waardevermindering Bergen op Zoom).
346. ABRvS 26 september 2001, Gst. 7153, 8; zie ook reeds AGRvS 5 februari 1993, AB 1993, 523 (Nieuw-Ginneken).
347. ABRvS 28 januari 1999, BR 1999, p. 882 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Vervallen bouwmogelijkheid Hilversum); ABRvS 1 februari 2000, AB 2000, 444 m.nt. G.M. van den Broek (Ferwerderadeel); ABRvS 11 mei 2000, BR 2001, p. 228 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Cranendonck); ABRvS 20 november 2000, AB 2001, 378 m.nt. G.M. van den Broek (Slochteren).

plan rechtskracht zou krijgen, er niet aan in de weg risicoaanvaarding aan te nemen.[349] Dat neemt niet weg dat de Afdeling in de regel niet gauw bereid is voorzienbaarheid aan te nemen.

Aanknopingspunten voor voorzienbaarheid

Waarop kan deze voorzienbaarheid worden gebaseerd (en waarop niet)? Op die vraag krijgen we van de Afdeling een typisch juristenantwoord. Of van risicoaanvaarding sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval.[350] Daarbij geldt steeds dat de stelling dat een bepaalde ontwikkeling voorzienbaar was of in de lijn der verwachtingen lag, voldoende op concrete feiten en omstandigheden dient te berusten. Wanneer dat niet het geval is, acht de Afdeling zodanige tegenwerping te vaag.[351]

Ruimtelijk beleid

Een eerste omstandigheid waarmee rekening dient te worden gehouden, is het op het moment van verwerving onder bijzondere titel op schrift gestelde en van overheidswege bekendgemaakte ruimtelijke beleid voor het betrokken gebied.[352]

Niet alle stukken waarin ruimtelijk beleid wordt aangegeven, bieden zonder meer een grondslag voor een geslaagd beroep op risicoaanvaarding. De Afdeling lijkt, waarschijnlijk afhankelijk van de aard van het document, te verlangen dat er in een concreet geval ook aanleiding bestond deze documenten daadwerkelijk te raadplegen. Zo is de Afdeling niet bereid er zonder meer van uit te willen gaan dat bij de redelijk handelende koper ook bekendheid met het in een streekplan neergelegde provinciale beleid mag worden verondersteld. De toelichting behorende bij het ten tijde van de aankoop vigerende bestemmingsplan kan bekend worden verondersteld, wanneer althans in een concreet geval de structuur van de omgeving de koper aanleiding had moeten geven ook de toelichting bij het bestemmingsplan te raadplegen.[353]

Ook aan de inhoud van de stukken waaruit het ruimtelijk beleid kan blijken, worden verschillende eisen gesteld, wil men daarop een beroep op risicoaanvaarding kunnen baseren. Zo moeten zij een voldoende definitieve status hebben. Een benadeelde kan niet op basis van slechts stukken ter voorbereiding van de vaststelling van

---

348. In ABRvS 13 maart 1997, AB 1997, 362 m.nt. B.J. Schueler, BR 1998, p. 854 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Welschap) verlangde de Afdeling ter bepaling van de peildatum voor risicoaanvaarding nog dat er zekerheid moest bestaan over zowel de precieze ligging van een nieuwe start- en landingsbaan, als over de door ieder van de benadeelden afzonderlijk te verwachten geluidhinder. De huidige lijn is onder meer neergelegd in ABRvS 26 februari 1998, BR 1999, 131 m.nt. P.C.E. van Wijmen, Gst. 7085, 6 m.nt. J.M.H.F. Teunissen (Doorn).
349. ABRvS 26 september 2001, AB 2001, 379 (Westerveld).
350. ABRvS 20 november 2000, AB 2001, 378 m.nt. G.M. van den Broek (Slochteren).
351. ABRvS 11 april 1995, BR 1996, p. 584 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Verstedelijking Oirschot).
352. ABRvS 17 juli 1995, BR 1996, 345 (Waardevermindering Ooststellingwerf); bekendmakingen door derden zijn niet relevant: ABRvS 25 juli 1994, BR 1995, p. 511 (Omzetschade Smallingerland).
353. ABRvS 20 november 2000, AB 2001, 378 m.nt. G.M. van den Broek (Slochteren).

een gemeentelijk structuurplan worden verweten dat de aanleg van een weg voorzienbaar was, waardoor de schade voor zijn rekening zou moeten blijven.[354]

De enkele uit beleidsdocumenten blijkende mogelijkheid van een ruimtelijke verandering blijkt ook niet voldoende te zijn. Wil men de benadeelde risicoaanvaarding kunnen tegenwerpen, dan moeten deze documenten voldoende inzicht bieden in de aard, de situering en de wijze van verandering van de planologische situatie. Zo zal bij waterstaatkundige werken de aard van het werk, de situering en de wijze van uitvoering daarvan voldoende duidelijk moeten blijken uit de beschikbare documenten. In het kader van de beoordeling van de vraag of een verzoeker ten tijde van de aankoop van diens woning uit een streekplan kon afleiden 'dat ter plaatse een weg zou worden aangelegd overweegt de Afdeling dat – daargelaten of bij appellanten bekendheid met het provinciale beleid mag worden verondersteld – uit de bij dit streekplan behorende plankaart geen precieze situering van het tracé kan worden afgeleid gezien de gebruikte schaal van 1:50.000 en in het streekplan de wijze van uitvoering – al dan niet verhoogd – van de ontsluitingsweg evenmin is aangegeven'.[355] Het hangt dus van de concrete inhoud van bijvoorbeeld een ruimtelijk relevant document, bijvoorbeeld een gemeentelijk structuurplan of een voorbereidingsbesluit af of, en zo ja, in hoeverre voorzienbaarheid kan worden aangenomen.[356]

Feitelijke invulling van een gebied

Daarnaast is de wijze waarop aan het desbetreffende gebied toentertijd feitelijk invulling was gegeven, een omstandigheid waarmee bij vorenbedoelde (hypothetische) reconstructie rekening moet worden gehouden. De wat men zou kunnen noemen 'structuur van de omgeving', is in de regel op zichzelf onvoldoende om tot voorzienbaarheid te concluderen. De Afdeling verwerpt de gedachte dat een benadeelde een deel van de schade die hij lijdt als gevolg van de aanleg van een rijksweg in de omgeving van zijn in het buitengebied gelegen woning zelf moet dragen, in verband met eigen risico, 'dat voortvloeit uit de omstandigheden dat het wonen in het buitengebied de kans op functieveranderingen groter maakt'.[357] Eveneens verworpen wordt de gedachte dat iemand die in een druk (rand)stedelijk gebied woont, reeds daarom (meer) rekening moet houden met de realisering van infrastructurele werken in de omgeving van zijn woning. In een uitspraak betreffende de aanleg van een sneltramtracé verwierp de Afdeling een beroep van de gemeente 'op genomen normaal maatschappelijk risico'. De gemeente stelde dat wegens het normaal maatschappelijk

354. ABRvS 30 januari 1996, BR 1997, p. 512 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Helmond).
355. ABRvS 17 oktober 1994, BR 1995, p. 860 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Oostzaan).
356. ABRvS 9 augustus 1995, BR 1996, p. 508, AB 1996, 309 m.nt. L.A. van Montfoort (Wegverlegging Hellevoetsluis); zie ook ABRvS 10 augustus 2000, BR 2001, p. 594 (Warenhuis Terneuzen).
357. ABRvS 12 augustus 1996, BR 1997, p. 845 (Hengelo); zie ook AGRvS 27 januari 1989, BR 1989, p. 538 (Waardevermindering Moergestel); AGRvS 31 oktober 1991, AB 1992, 269 m.nt. PvB, BR 1992, p. 471 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Borne); AGRvS 29 juni 1992, BR 1993, p. 390 (Tubbergen); ABRvS 4 april 1995, BR 1996, 406 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Vuilstortplaats Borne).

risico verbonden aan het wonen in de stadsagglomeratie Rotterdam-Rijnmond, naast een percentage wegens actieve risicoaanvaarding, op grond daarvan 'nog eens 20% van de door hen geleden planschade voor hun rekening behoort te blijven'. De Afdeling overwoog:

> 'Hoewel de stelling juist is dat aan een bestemmingsplan geen blijvende rechten kunnen worden ontleend, is de Afdeling van oordeel dat in het onderwerpelijke geval van het wonen in de stadsagglomeratie Rotterdam-Rijnmond niet een zodanige planologische of sociale druk uitgaat dat de bewoners van een dergelijk dichtbevolkt gebied te allen tijde rekening dienden te houden met de aanleg van grote infrastructurele werken in hun directe woonomgeving.'[358]

De feitelijke invulling die aan het betreffende gebied is gegeven, kan echter wel bijdragen aan het oordeel dat sprake is van risicoaanvaarding, bijvoorbeeld wanneer deze invulling aanleiding gaf of althans had moeten geven voor nader onderzoek door betrokkene. Wanneer bijvoorbeeld ten tijde van de aankoop van een woning zicht is op een naast een als zodanig bestemd agrarisch terrein gelegen industrieterrein én dat agrarische terrein zich door ligging en wijze van ontsluiting leent voor vestiging van bedrijven, bestaat er aanleiding om nader onderzoek van betrokkene te vergen. Er kan dan worden uitgegaan van de veronderstelling dat hij de toelichting behorende bij het bestemmingsplan, waarin vermeld wordt dat de mogelijkheden op in aansluiting op het bestaande bedrijfsterrein een bedrijfsterrein te realiseren onderzocht worden, heeft geraadpleegd. Een enkel, niet nader onderbouwd beroep op de structuur van de omgeving wordt echter als te vaag van de hand gewezen.[359]

Maatschappelijke ontwikkelingen

De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt niet uit te sluiten dat ook bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen, bijvoorbeeld ontwikkelingen op het gebied van de volkshuisvesting en de woningbehoefte, aanknopingspunten kunnen bieden voor voorzienbaarheid. Bijvoorbeeld in gevallen van een gewijzigde verkeersontsluitingsstructuur is dan wel vereist dat gesproken kan worden van 'zodanige ontwikkelingen op het gebied van de volkshuisvesting en de woningbehoefte, dat appellant er reeds ten tijde van de aankoop van zijn woning rekening mee diende te houden dat de opzet van het uitbreidingsplan in onderdelen niet zou worden gehandhaafd en dat in verband hiermee de Windmolenstraat als ontsluitingsweg zwaarder zou worden belast'.[360] Vanzelfsprekend zal zodanige ontwikkeling niet gauw kunnen worden aangenomen.

---

358. ABRvS 29 augustus 1996, AB 1997, 434 m.nt. G.M. van den Broek (Sneltramtracé Capelle a/d IJssel); vgl. ook ABRvS 15 mei 1995, BR 1996, 229.
359. ABRvS 11 april 1995, BR 1996, p. 584 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Oirschot); zie ook AGRvS 26 augustus 1991, AB 1992, 143 (Krimpen a/d IJssel) en ABRvS 20 november 2000, AB 2001, 378 m.nt. G.M. van den Broek (Slochteren).
360. ABRvS 12 oktober 1995, BR 1996, 664 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Ontsluitingsstructuur Helmond).

Tijdsverloop

Ook het tijdsverloop tussen de aankoop en de daadwerkelijke verwezenlijking van het infrastructurele werk speelt in samenhang met de andere omstandigheden een rol. Dat geldt bijvoorbeeld wanneer weliswaar de realisering van een infrastructureel werk lange tijd open is gehouden, maar de verwezenlijking hiervan als zodanig gedurende lange tijd omstreden en ook overigens onzeker is geweest.[361]

Nagegaan moet dus worden of, bezien vanuit de positie van een redelijk denkende en handelende eigenaar dan wel koper, het op schrift gestelde en bekendgemaakte ruimtelijke beleid, de feitelijke invulling van het desbetreffende gebied en de overige omstandigheden van het geval aanleiding gaven om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie op of in de omgeving van de betrokken onroerende zaak in een voor betrokkenen negatieve zin zou gaan veranderen.[362]

Geen alles-of-niets-benadering

Wanneer er voldoende aanleiding bestond voor benadeelde om er rekening mee te houden dat de planologische situatie in de omgeving van de betrokken onroerende zaak in een voor betrokkenen negatieve zin zou gaan veranderen, betekent dat nog niet zonder meer dat de gehele schade voor diens rekening dient te blijven. In een geval waarin verzoeker ten tijde van de aankoop van zijn woning rekening kon houden met de mogelijkheid van realisering van een weg in de directe omgeving van zijn woning, maar niet had behoeven te voorzien dat de weg uiteindelijk op kortere afstand (34 m) dan destijds voorzienbaar was (65 m) kon worden gerealiseerd, was de Afdeling van oordeel dat in verband met deze gedeeltelijke voorzienbaarheid 50% van het nadeel ten laste van belanghebbende behoorde te blijven.[363]

In een geval waarin verzoekers ten tijde van de aankoop van hun woningen, gelet op de voorheen ter plaatse vigerende bestemmingsplannen in enige mate konden voorzien dat te zijner tijd een sneltramtracé zou kunnen worden aangelegd in de omgeving van hun woningen, maar de wijze van uitvoering van een zodanig railtracé, alsmede de exacte plaats waar dit zou geschieden, ten tijde van de aankoop van hun woningen nog onbepaald en ook overigens nog onzeker was, was de Afdeling van oordeel dat zij niet de meest nadelige wijze van uitvoering van het tracé hoefden te verwachten. Zij behoefden niet te verwachten dat de trambaan op een

---

361. ABRvS 29 augustus 1996, AB 1997, 434 m.nt. G.M. van den Broek (Sneltramtracé Capelle a/d IJssel); in ABRvS 13 maart 1997, AB 1997, 362 m.nt. B.J. Schueler, BR 1998, p. 854 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Welschap) speelde de omstandigheid dat na de presentatie van de aanvankelijke plannen voor draaiing van een startbaan concrete plannen hadden bestaan om het vliegveld te sluiten een rol.
362. ABRvS 17 juli 1995, BR 1996, p. 34 (Waardevermindering Ooststellingerwerf); ABRvS 1 februari 2000, AB 2000, 444 m.nt. G.M. van den Broek (Ferwerderadeel); ABRvS 10 augustus 2000, BR 2001, p. 692 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Bankfiliaal Liemeer). Minder duidelijk is ABRvS 17 april 1991, BR 1991, p. 855 (Kanaal Reimerswaal) betreffende de reconstructie van een kanaal en de aanleg van een nieuw sluizencomplex. In de min of meer vergelijkbare nadeelcompensatie-uitspraken ABRvS 1 augustus 1997, AB 1998, 37 en 38 m.nt. PvB (Kanaal door Zuid-Beveland) wordt gewezen op bestuurlijke notities en krantenpublicaties.
363. Idem.

viaduct op korte afstand van hun woningen gerealiseerd zou worden. In verband daarmee was de Afdeling van oordeel dat in verband met de beperkte voorzienbaarheid van de schade voor enkele verzoekers 20% van de schade redelijkerwijze voor rekening van belanghebbenden behoorde te blijven. De voorzienbaarheid voor een andere verzoeker was zodanig dat 10% van de schade voor diens rekening diende te blijven.[364]

In een ander geval waarin iemand stelde schade te lijden als gevolg van een rijksweg op 300 meter van diens woning, werd een korting van 20% geaccepteerd. De Afdeling was van oordeel dat terecht is uitgegaan van een zekere risicoaanvaarding door benadeelde

> 'aangezien ten tijde van de aankoop van het perceel waarop zijn woning is gebouwd, sprake was van het voornemen tot aanleg van een weg (de Noordelijke Bandweg), waarvan appellant eveneens een zekere mate van (geluid-)hinder te duchten zou hebben gehad. Het voor rekening laten van 20% van de schade acht de Afdeling dan ook aanvaardbaar.'[365]

Waar komt die 20% nu vandaan? Men zou verwachten dat gekeken is naar de verhouding tussen de schade (hinder) die het gevolg zou zijn van de niet gerealiseerde weg, ware deze aangelegd, en de schade die het gevolg is van de uiteindelijk gerealiseerde weg. Daarbij neem ik in aanmerking dat de afstand van beide wegen tot de woning ongeveer gelijk was. De benadering van het gemeentebestuur was echter een andere. De schadebeoordelingscommissie antwoordde desgevraagd dat zij de verhouding 80-20% niet verder kon onderbouwen. Zij wees erop dat voor zogenoemd maatschappelijk risico in nadeelcompensatiezaken ook vaak een bedrag in de orde van grootte van 20% wordt afgetrokken. Daarbij wees de commissie in het bijzonder op de Paul Krugerbrug-uitspraak, waarin eenzelfde risicoverdeling werd gehanteerd.[366] Het gemeentebestuur volgde die benadering onder verwijzing naar de Afdelingsjurisprudentie die inhoudt dat inzichten van deskundigen in gevallen als deze gebaseerd zijn op kennis en ervaring, zodat een nadere onderbouwing van die inzichten niet in alle gevallen kan worden verlangd.[367] De Afdeling accepteerde de toegepaste korting van 20%, maar daarmee is nog niet gezegd dat de Afdeling ook de motivering van het kortingspercentage (geheel) onderschrijft.

Passieve risicoaanvaarding

In het vorenstaande ging het over hetgeen doorgaans pleegt te worden aangeduid als actieve risicoaanvaarding. Daarnaast kent men de zogenoemde passieve risicoaanvaarding. Deze vorm van risicoaanvaarding komt aan de orde wanneer als gevolg

364. ABRvS 29 augustus 1996, AB 1997, 434 m.nt. G.M. van den Broek (Sneltramtracé Capelle a/d IJssel).
365. ABRvS 12 december 2001, nr. 200101227/1 (Hengelo).
366. ARRvS van 22 november 1983, AB 1984, 154 m.nt. J.H.W. de Planque, BR 1983, p. 230 m.nt. J.W. Meijer (Paul Krugerbrug III); AB-klassiek, 4e druk, p. 159 m.nt. P.J.J. van Buuren.
367. ABRvS 30 november 1998, AB 1999, 90 m.nt. FM.

van een planologische wijziging bestaande gebruiks- of bebouwingsmogelijkheden komen te vervallen. De aanleg of wijziging van infrastructurele werken of het gebruik daarvan kan er soms toe leiden dat bestaande bouw- of gebruiksmogelijkheden vervallen. Men denke aan het vervallen van de mogelijkheid om woningen te bouwen in de omgeving van een drukke verkeersweg, of aan het vervallen van bebouwingsmogelijkheden in het winterbed van de grote rivieren.[368] Voorts kan worden gedacht aan het vervallen van bebouwingsmogelijkheden binnen een geluids- of externe veiligheidscontour rond een luchtvaartterrein.[369]

Voorzienbaarheid van planologische wijziging

Het vervallen van een bestaande bouw- of gebruiksmogelijkheid levert bij toepassing van artikel 49 WRO in beginsel grond tot schadevergoeding. Een uitzondering op die regel doet zich voor wanneer een belanghebbende moet worden geacht het risico van een nadelige bestemmingsplanwijziging te hebben genomen door een bestaande bouwmogelijkheid niet te gebruiken. Men kan alleen worden geacht het risico van zo'n wijziging te hebben genomen wanneer de voortekenen daarvan reeds enige tijd zichtbaar waren.[370] Als een belanghebbende met het vervallen van de bestaande mogelijkheden redelijkerwijs geen rekening kon houden, kan geen sprake zijn van passieve risicoaanvaarding.[371] Ook bij passieve risicoaanvaarding verlangt de Afdeling dat er voldoende concrete feiten en omstandigheden aangewezen kunnen worden die als aanknopingspunt voor voorzienbaarheid kunnen gelden. Daarbij zijn ten dele dezelfde feiten en omstandigheden als bij actieve risicoaanvaarding relevant. De omstandigheid dat het vigerende bestemmingsplan oud is, is bij passieve risicoaanvaarding een relevante omstandigheid bij de bepaling van de voorzienbaarheid van een planwijziging, maar is als zelfstandige grond onvoldoende om voorzienbaarheid op te baseren.[372] Andere relevante omstandigheden kunnen zijn ontwikkelingen in het planologische beleid ter zake van het betrokken gebied, de feitelijke invulling daarvan en de ligging van het perceel, al dan niet binnen de bebouwde kom.[373]

---

368. Zie de Beleidslijn ruimte voor de rivier van de Minister van Verkeer en Waterstaat en de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, Strct. 1996, 77; bijgestelde beleidslijn Stcrt. 1997, 87. Deze beleidslijn is in het kader van de Vijfde Nota over de Ruimtelijke Ordening wederom aangepast. Deze aangepaste beleidslijn is onderdeel van de PKB Nationaal Ruimtelijk Beleid behorende bij de Vijfde Nota (Tweede Kamer, 2001-2002, 27 578, nr. 6). Zie voorts Besluit van de Minister van VROM tot instelling Commissie schadebeoordeling beleidslijn 'Ruimte voor de rivier', Stcrt. 1999, 218. Zie voorts de bekendmaking d.d. 28 april 2000 van het Reglement voor de werkwijze Commissie schadebeoordeling beleidslijn 'Ruimte voor de rivier', Stcrt. 2000, 92.
369. De Luchtvaartwet voorziet in een verplichte aanwijzing als bedoeld in art. 26 Luchtvaartwet jo. art. 37 WRO ten aanzien van gronden gelegen binnen de geluidszones.
370. ABRvS 28 januari 1999, AB 1999, 236; ABRvS 11 mei 2000, BR 2001, p. 228 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Cranendonck).
371. AGRvS 3 augustus 1989, BR 1990, p. 43; AGRvS 24 augustus 1989, BR 1990, p. 125, AB 1990, 43 m.nt. J.A.M. van den Berk; ABRvS 25 januari 1994, BR 1995, p. 141 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Hilversum); ABRvS 26 februari 1998, BR 1999, 131 (Doorn).
372. ABRvS 11 mei 2000, BR 2001, p. 228 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Cranendonck).

Een belangrijk verschil tussen passieve en actieve risicoaanvaarding is dat bij passieve risicoaanvaarding de gevolgen van algemene maatschappelijke ontwikkelingen die eerst na de verwerving onder bijzondere titel voorzienbaar werden, ten laste van de benadeelde kunnen worden gelaten. In een geval waarin een eigenaar geconfronteerd werd met een bestemmingsplan waarbij de voorheen bestaande mogelijkheden om villa's op zijn gronden te bouwen wegens onaanvaardbare geluidsbelasting vervielen, overwoog de Afdeling het volgende:

> '(...) om van risico-aanvaarding te kunnen spreken, (is) niet vereist (...) dat de plannen om de bouwmogelijkheden op de betrokken percelen te laten vervallen zodanig concreet waren, dat de rechtsvoorganger van appellanten hiermee volledig rekening kon en moest houden. Voldoende is dat er, bezien vanuit de positie van een redelijk denkende en handelende eigenaar, aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie op de percelen in negatieve zin zou gaan veranderen. In dit verband dient te worden gewezen op de omstandigheid dat de onderhavige percelen onderdeel uitmaken van een gebied dat wordt begrensd door belangrijke wegen met toenemende verkeersintensiteit. Mede gezien de in werking getreden stringente regeling ingevolge de Wet Geluidhinder, lag het in de rede dat de bouwmogelijkheden op enig moment zouden worden ingeperkt om een onaanvaardbare geluidshindersituatie te voorkomen. Voorts kan niet buiten beschouwing worden gelaten dat in het betrokken gebied al geruime tijd planologische ontwikkelingen gaande waren, waarbij de wenselijkheid om de diverse bestaande bouwmogelijkheden te handhaven ter discussie stond en het scheppen van nieuwe mogelijkheden, als kantoorbebouwing, werd onderzocht.'[374]

Voldoende concrete pogingen tot realisatie

Degene die verzoekt om vergoeding van schade als gevolg van verminderde bouw- of gebruiksmogelijkheden of verlies daarvan, moet aannemelijk kunnen maken dat – naarmate duidelijk wordt dat de planologische inzichten zich wijzigen en het meer in de lijn der verwachtingen komt te liggen dat deze gewijzigde inzichten zich zullen vertalen in een verslechtering van de planologische mogelijkheden – tijdig concrete pogingen in het werk zijn gesteld om de (nog) aanwezige mogelijkheden te benutten. Daarvoor is vereist dat het is gekomen tot een bouwplan dat zover is uitgewerkt dat dit in beginsel past binnen de bestaande mogelijkheden van het bestemmingsplan.[375] Tevens is vereist dat het ingediende bouwplan voldoende realiteitswaarde bezat.[376] Wanneer de benadeelde niet aannemelijk kan maken dat hij voldoende concrete

373. AGRvS 17 november 1992, BR 1993, p. 817 (Vervallen bouwmogelijkheid Geldrop); AGRvS 24 mei 1993, BR 1994, p. 508 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Nadelige bestemmingswijziging Loppersum); ABRvS 25 januari 1994, BR 1995, p. 141 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Vervallen bouwmogelijkheid Epe); ABRvS 30 januari 1998, BR 1999, 129 (Paardenhouderij Brielle).

374. ABRvS 28 januari 1999, AB 1999, 236 m.nt. JSt. (Hilversum); vgl. voorts ABRvS 25 juli 1994, BR 1995, 596; ABRvS 22 augustus 1994, BR 1995, 515.

375. ABRvS 23 april 1998, nr. H01.96.1049; AGRvS 24 augustus 1989, AB 1990, 43 (St. Philipsland); AGRvS 19 januari 1990, BR 1990, p. 466 (Zevenhuizen); ABRvS 1 februari 2000, AB 2000, 444 m.nt. G.M. van den Broek (Ferwerderadeel).

376. ABRvS 6 september 1994, BR 1995, p. 681 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Hilversum).

pogingen heeft ondernomen om de destijds bestaande, inmiddels verloren gegane gebruiks- of bouwmogelijkheden te benutten, wordt hij geacht het risico van een negatieve planologische wijziging (passief) te hebben aanvaard.

Vanzelfsprekend kan stilzitten aan de belanghebbende ook niet worden tegengeworpen, wanneer de bebouwingsmogelijkheden slechts gedurende een zeer korte periode hebben bestaan,[377] of indien aanpassing van bedrijfsvoering van een onderneming redelijkerwijs niet mogelijk was. Er moet sprake zijn van voorzienbaarheid in die zin dat verzoekers hun bedrijfsvoering konden aanpassen, wil men passieve risicoaanvaarding aan de benadeelde kunnen tegenwerpen.

6.5 Bijzondere last

Geldt nu bij de toepassing van artikel 49 WRO (onder meer) het vereiste dat de schade die door de betreffende planologische maatregel is veroorzaakt, op een beperkte groep burgers of instellingen drukt? Moet het gaan om schade die een gelijke behandeling van de rechtsgenoten verstoort doordat de schade bij een of enkele personen of een kleine groep van personen terechtkomt, terwijl anderen in een min of meer gelijke positie niet getroffen worden? Aanvankelijk leek dit criterium een zekere rol te vervullen. Een winkelier uit Weert verzocht bijvoorbeeld om vergoeding van schade in de vorm van daling van diens bedrijfsomzet. Deze was het gevolg van onbereikbaarheid van zijn winkel ten gevolge van de uitvoering van werkzaamheden in verband met de reconstructie van de binnenstad van Weert ter verwezenlijking van een bestemmingsplan. De Kroon oordeelde in beroep dat niet staande kon worden gehouden dat deze winkelier

> 'in verhouding tot andere in een vergelijkbare situatie verkerende winkeliers ter plaatse, (...) in zijn bedrijfsuitoefening sterker is belemmerd dan in de gegeven omstandigheden aanvaardbaar moet worden geacht, zodat niet kan worden gesproken van een onevenredig zware last, welke redelijkerwijze niet ten laste van de betrokkene behoort te blijven; dat hierbij mede van belang is, dat de meerbedoelde reconstructiewerkzaamheden de appellant anderzijds op langere termijn gezien ook voordelen – met name de mogelijkheid tot omzetverbetering – kunnen brengen'.[378]

Later werd dit criterium echter nadrukkelijk afgewezen. Twee inwoners van Oostzaan waren van mening dat ten gevolge van de aanleg van een weg op een talud van 4 meter hoog, op een afstand van tussen de 45 en 60 meter ten zuiden van hun woningen, hun onderscheidene woningen in waarde waren gedaald. De aanleg van deze weg was door een vrijstelling van een bestemmingsplan mogelijk geworden. De

377. AGRvS 2 september 1988, AB 1988, 548, BR 1989, p. 199 (Grubbenvorst); AGRvS 9 november 1990, BR 1991, p. 543 (Meerssen); ABRvS 26 februari 1998, BR 1999, 131 m.nt. P.C.E. van Wijmen, Gst. 7085, 6 m.nt. J.M.H.F. Teunissen (Doorn).

378. KB 20 mei 1975, BR 1975, p. 540 (Weert); idem KB 6 augustus 1975, AB 1975, 289 (Berkel en Rodenrijs).

gemeenteraad had echter vergoeding van deze schade afgewezen, onder meer omdat een eventuele waardevermindering eerst dan tot vergoeding van planschade aanleiding kan geven indien een individuele burger zwaarder wordt getroffen dan andere burgers in vergelijkbare omstandigheden. Deze tegenwerping lijkt rechtstreeks ontleend te zijn aan het vereiste dat er sprake moet zijn van een op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende schade, wil er een gehoudenheid tot schadevergoeding op grond van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten aangenomen kunnen worden. Van zodanige tegenwerping wil de Afdeling echter niets weten:

> 'De overweging van verweerder dat de aanleg van een weg eerst dan tot vergoeding van planschade aanleiding zal geven wanneer een individuele burger zwaarder wordt getroffen dan andere burgers in vergelijkbare omstandigheden is in dit verband niet alleen te vaag doch ook onjuist. Blijkens de wetsgeschiedenis gaat het bij een vergoeding op basis van artikel 49 WRO immers niet om een onderlinge vergelijking tussen burgers in vergelijkbare omstandigheden doch om de vraag of door de wijziging van de planologische situatie een burger zwaarder wordt getroffen dan met de algemene sociale situatie in overeenstemming is.'[379]

De Afdeling refereert hier kennelijk aan de hiervoor geciteerde passage uit de memorie van toelichting bij het oorspronkelijk, later geamendeerde voorstel voor het huidige artikel 49 WRO. Dat de interpretatie van de Afdeling minder dwingend is als zij het doet voorkomen, blijkt wanneer men kijkt naar een zeldzaam arrest van de Hoge Raad, waarin dit college geroepen werd zich uit te laten over de toepassing van artikel 49.[380] In diens arrest van 11 juni 1993[381] oordeelde de Hoge Raad – nadat de Kroon zich had uitgesproken – over een planschadekwestie waarin agrarische bebouwingsmogelijkheden waren weggestemd. Naar aanleiding van de stelling van het cassatiemiddel dat de als gevolg van de planologische wijziging geleden waardevermindering wel degelijk voor vergoeding in aanmerking kwam, oordeelde de Hoge Raad dat, anders dan het middel aanvoert, het Hof

> 'op grond van hetgeen ten processe was komen vast te staan, (kon) oordelen dat de positie van Ruijsch zich wat de waardedaling betreft niet, althans niet in voldoende mate, onderscheidt van die van de andere grondeigenaren in het betrokken gebied. Hierin ligt ook besloten dat het Hof de gestelde vermogensschade niet "onevenredig" acht, welk oordeel niet blijk

379. AGRvS 28 januari 1991, BR 1991, p. 464 m.nt. P.C.E. van Wijmen, AB 1991, 449 m.nt. J.A.M. van den Berk (Wegaanleg Oostzaan); zie voor het vervolg ABRvS 17 oktober 1994, BR 1995, p. 860 m.nt. P.C.E. van Wijmen); zie voor een vrijwel identieke overweging ABRvS 17 oktober 1994, BR 1995, p. 784 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Woningbouw Schijndel).
380. Overigens volgt de Afdeling ook bij schadevergoedingsbepalingen die op dezelfde redactionele lijst zijn geschoeid, een andere benadering: zie omtrent de toepassing van (thans) art. 15.20 Wm AGRvS 5 februari 1992, BR 1993, p. 227 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Geldermalsen), alsmede B.P.M. van Ravels, Grondwaterbescherming en schadevergoeding, M en R 1995, p. 235.
381. HR 11 juni 1993, NJ 1996, 2 m.nt. MS, BR 1994, p. 763 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Ruijsch/Apeldoorn). In dit arrest ging het evenals in HR 25 september 1998, NJ 1999, 193 m.nt. ARB (Van der Pol/Franekeradeel) om een nasleep van EHRM 23 oktober 1985, NJ 1986, 102 m.nt. EAA inzake Benthem.

geeft van een onjuiste rechtsopvatting en voor het overige berust op een aan het Hof als feitenrechter voorbehouden waardering van feiten.'

De Hoge Raad stelt zich[382] kennelijk op het standpunt dat bij de toepassing van artikel 49 WRO het begrip 'onevenredig' bepalend is en dit begrip onder meer impliceert dat de schade van de belanghebbende, wil deze voor vergoeding in aanmerking komen, onevenredig dient te zijn in verhouding tot die geleden door andere betrokkenen. Deze benadering – die aansluit bij de tekst van het later geamendeerde wetsvoorstel – wijkt, als ik het wel heb, in niet geringe mate af van de benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak.

6.6 Fundamentele herziening van artikel 49 WRO

Inmiddels heeft de Minister van VROM zijn plannen voor een fundamentele herziening van de WRO gepresenteerd. Deze plannen voorzien ook in een fundamentele wijziging van de regeling van planschadevergoeding. Deze plannen waren reeds aangekondigd in de nota grondbeleid 'Op grond van nieuw beleid'.[383] Daarin wordt gesteld dat gemeenten de afgelopen jaren geconfronteerd worden met een toenemend aantal planschadeclaims. Dit wordt door de Minister van VROM en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten als problematisch gezien. In het kader van het BANS (Bestuursakkoord Nieuwe Stijl) is afgesproken dat het ministerie samen met de VNG zal nagaan of er andere oplossingen kunnen worden ontwikkeld voor het ruimhartige gebruik van de planschadevergoedingsregeling. In deze Nota wordt aangekondigd dat in het kader van de fundamentele herziening van de WRO een aantal maatregelen zal worden genomen om de planschadeclaims te beperken. In augustus 2001 is het voorontwerp voor een Wet ruimtelijke ordening gepubliceerd. De regeling van vergoeding van planschade treft men aan in afdeling 5.1, getiteld 'Tegemoetkoming in schade'. Opmerkelijk is dat in de toelichting 'vastgesteld' wordt 'dat in de jurisprudentie de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever niet meer herkenbaar is'.[384] Die opmerking lijkt mij slechts juist wanneer in plaats van 'wetgever', 'de toenmalige bewindslieden' wordt gelezen. In de toelichting wordt aangegeven dat 'voorzover de uitvoering en toepassing van het ruimtelijk beleid onevenredige nadelige gevolgen heeft voor burgers en andere overheden, de betreffende overheid op basis van een toereikende regeling de schade vergoedt'. De opstellers van de regeling grijpen hier dus terug op het begrip 'onevenredig' nadeel. Zij wijzen voorts nadrukkelijk

382. Conform de conclusie van A-G Koopmans onder 10.

383. Ministerie van VROM, januari 2001, p. 106; zie ook de brief van de Minister van VROM d.d. 23 maart 1999, BR 1999, p. 665; VROM-raad, advies nr. 020 van 23 maart 2000, Het instrument geslepen, alsmede de bijdragen van J.W. van Zundert, Planschaderegeling ter discussie, BR 2001, p. 278-285; T.E.P.A. Lam en P. Hödel, Art. 49 WRO in rechtsvergelijkend perspectief, BR 2001, p. 548-554, alsmede P. van Buuren, Planschadevergoedingsrecht, Gst. 7146.

384. P. 135.

op het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten als grondslag voor vergoeding van deze schade. Dat is opmerkelijk omdat nu juist het begrip 'onevenredig' nadeel bij de totstandkoming van het huidige artikel 49 WRO, na heftige debatten tussen regering en parlement en na indiening van een amendement, uit artikel 49 is verdwenen.

Het kernartikel van deze afdeling komt erop neer dat de gemeenteraad degene 'die in de vorm van inkomensderving of een vermindering van de waarde van een onroerende zaak schade lijdt of zal lijden als gevolg van' onder meer een bepaling van een bestemmingsplan 'op aanvraag een tegemoetkoming toe(kent), voorzover de schade redelijkerwijs niet voor rekening van de aanvrager behoort te blijven en voorzover de tegemoetkoming niet voldoende anderszins is verzekerd'. Deze nieuwe bepaling bevat in vergelijking met het huidige artikel 49 WRO twee wijzigingen die ik weinig gelukkig acht. Ofschoon artikel 14 lid 3 van de Grondwet wellicht enig aanknopingspunt biedt voor hantering van de term 'tegemoetkoming', leidt naar mijn mening hantering van deze term, mede gelet op de discussies daaromtrent bij de totstandkoming van de huidige WRO, tot onnodige en vruchteloze debatten. Ik meen dat er geen bezwaar tegen bestaat ook in de Wet ruimtelijke ordening de oude terminologie op dit punt te handhaven en dus te spreken van vergoeding van schade.

Ten tweede meen ik dat zonder goede reden de schade die voor vergoeding in aanmerking komt beperkt wordt tot schade in de vorm van inkomensderving, of een vermindering van de waarde van een onroerende zaak. Ik vraag me af waarom hier een terminologie wordt gehanteerd die afwijkt van de in het Burgerlijk Wetboek gehanteerde termen. In artikel 6:96 lid 1 BW is bepaald dat onder vermogensschade zowel 'geleden verlies als gederfde winst' wordt verstaan. In het tweede lid van die bepaling wordt voorts nog een aantal 'kosten' genoemd. Ik zou niet weten waarom het redelijk zou zijn kosten die het gevolg zijn van een planwijziging, niet langer voor vergoeding in aanmerking te laten komen.[385] Evenmin zie ik goede redenen om het begrip schade, in afwijking van de huidige regeling, op deze wijze te beperken.

Een onderdeel van de regeling dat mijns inziens wél wijziging behoeft, blijft ongewijzigd. Ik doel daarmee op de regel dat enkel een onherroepelijk bestemmingsplan een grondslag kan bieden voor schadevergoeding. Ik meen dat een in werking getreden bestemmingsplan reeds als grondslag voor schadevergoeding zou moeten kunnen gelden.

Een zeer belangrijke wijziging is begrepen in artikel 5.1.2 van het ontwerp. Lid 1 bepaalt dat binnen het normaal maatschappelijk risico vallende schade voor rekening van de aanvrager blijft. Het betreft een codificatie van een van de twee vereisten die het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten stelt. Opmerkelijk is dat het andere vereiste – er bestaat slechts aanleiding voor een vergoeding indien de schade

385. Zie bijv. ABRvS 7 april 1997, BR 1999, p. 48 m.nt. P.C.E. van Wijmen (milieu-eisen Ten Boer), waarin kosten die gemaakt moesten worden als gevolg van een planwijziging op de voet van art. 49 WRO voor vergoeding in aanmerking kwamen.

een beperkte groep van personen of instellingen treft – niet in de wet wordt vastgelegd. Het blijft echter niet bij deze codificatie. De ondergrens van het normaal maatschappelijk risico wordt in de wet vastgelegd. Het tweede lid bepaalt dat van schade in de vorm van inkomensderving in ieder geval een gedeelte gelijk aan 10% van het inkomen onmiddellijk voor het ontstaan van de schade voor rekening van de aanvrager blijft. Van schade in de vorm van een vermindering van de waarde van een onroerende zaak blijft een gedeelte gelijk aan 10% van de waarde van een onroerende zaak onmiddellijk voor het ontstaan van de schade voor rekening van de aanvrager. Dat laatste geldt niet wanneer de waardevermindering een gevolg is van de bestemming van de tot de onroerende zaak behorende grond of van de bestemmingsplanvoorschriften.

Er wordt derhalve een percentuele drempel geïntroduceerd, die afhankelijk is van respectievelijk het inkomen van de aanvrager en de waarde van de onroerende zaak. In de toelichting[386] wordt opgemerkt dat een principiële inperking van het recht op schadevergoeding thans niet aan de orde is. Ik denk echter dat de in het voorontwerp voorziene inperking in ieder geval in die zin principieel is, dat naar mijn inschattingen ongeveer 90% van de verzoeken betreffende 'indirecte' planschade die onder het huidige regime voor honorering in aanmerking komen, niet meer gehonoreerd zullen worden. Dat maakt dat de nieuwe regeling zeer ingrijpend afwijkt van de huidige. Met name op het gebied van bestuursrechtelijke schadevergoeding en de waterstaatszorg zal deze beperking vergaande consequenties hebben. Wanneer deze beperking bijvoorbeeld van toepassing zou zijn op de nadelen die het gevolg zijn van de Betuweroute, de HSL-Zuid en de uitbreiding van de luchthaven Schiphol, zou het aantal gevallen waarin schadevergoeding wordt toegekend aanzienlijk verminderen, terwijl ook de toe te kennen schadevergoedingen zelf in omvang zouden teruglopen. Men kan zich afvragen of het verzet tegen de plannen die voorzien in de realisering van dit soort projecten, daardoor niet nog meer zal toenemen.

De bepaling van de drempel bij inkomensderving zal ongetwijfeld lastige problemen meebrengen. Met name moet men voorkomen dat individuele draagkrachtelementen een rol gaan spelen bij vergoeding van schade. Is het bijvoorbeeld de bedoeling dat wanneer een bedrijfsonderdeel geen zelfstandige economische eenheid vormt, de winst van het gehele bedrijf bepalend is voor de hoogte van de drempel? Filiaalbedrijven zouden dan zelden aanspraak kunnen maken op schadevergoeding. Dat lijkt mij niet juist. Is het bijvoorbeeld de bedoeling dat wanneer een bedrijf, een zelfstandige economische eenheid, verschillende bedrijfsactiviteiten ontplooit en slechts een van die activiteiten door een planologische maatregel nadelig getroffen wordt, de winst die het bedrijf met alle activiteiten genereerde bepalend is voor de hoogte van de drempel? Ook een bevestigde beantwoording van die vraag lijkt mij niet juist. Zo zijn er nog wel meer vragen op te werpen, die de wetgever zou moeten beantwoorden.

---

386. P. 134.

Is introductie van deze drempel aanvaardbaar? Dat lijkt mij vooral een rechtspolitieke vraag. De wetgever zal zich terdege moeten afvragen welk probleem hij nu eigenlijk wil oplossen door deze vergaande wijziging en of er geen andere mogelijkheden zijn om dit probleem op te lossen. Hij zal zich ook moeten beraden over de consequenties die deze wijziging heeft voor het aantal beroepen tegen bestemmingsplannen. Vanuit een strikt juridisch oogpunt denk ik dat de wetgever in formele zin de vrijheid toekomt deze grens in de wet vast te leggen. Voorts kan ik ook wel de voordelen inzien van een regeling waarin de belanghebbende en het bestuur, zonder dat rechterlijke tussenkomst nodig is, kunnen lezen waarop aanspraak kan worden gemaakt. Bovendien ontstaat er als gevolg van deze drempel misschien wat meer evenwicht in het bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht. Wanneer een benzinepomphouder schade lijdt, omdat een bestemmingsplan de aanleg van een andere weg mogelijk maakt, krijgt hij naar huidig recht zijn schade op de voet van artikel 49 WRO in beginsel volledig vergoed. Wanneer een verkeersbeperkende verkeersmaatregel wordt getroffen voor de weg waaraan hij zijn verkooppunt heeft, krijgt hij in beginsel niets. Men kan zich een evenwichtiger regeling voorstellen.

Het is wel de vraag, of de percentages niet te ver doorschieten. Bij een woning van een waarde van 300.000 euro betekent dit percentage dat wanneer een toch niet onaanzienlijke schade van 30.000 euro wordt geleden, betrokkene geen enkele vergoeding krijgt.

In het voorontwerp wordt voorts het leerstuk van de zogenoemde risicoaanvaarding aangeduid in artikel 5.1.3. De gemeenteraad dient bij beoordeling van verzoeken rekening te houden met de voorzienbaarheid van de schadeoorzaak. Er is echter niets geregeld omtrent het tijdstip waarop de schadeoorzaak voorzienbaar moet zijn geweest, wil de daardoor veroorzaakte schade niet meer voor vergoeding in aanmerking komen.

In het voorontwerp is geen aandacht besteed aan de vraag, of het in alle gevallen zinvol is om de gemeente, en niet het Rijk of de provincie, als direct aan te spreken (rechts)persoon aan te wijzen.[387] Met name bij grote infrastructurele projecten zou zulks het overwegen waard zijn. In dit verband kan nog worden gewezen op artikel 8.31 van het voorstel tot wijziging van de Wet luchtvaart inzake de inrichting en het gebruik van de luchthaven Schiphol. Daarin is bepaald dat indien een belanghebbende ten gevolge van het luchthavenindelingsbesluit of het luchthavenverkeersbesluit schade lijdt of zal lijden, welke redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet of niet voldoende anderszins is verzekerd, de Minister van Verkeer en Waterstaat hem op aanvraag een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding toekent. In het tweede lid wordt een voorrangsregel voor de samenloop tussen deze schadevergoedingsregeling en artikel 49 WRO gegeven. Zulks houdt verband met de omstandigheid dat het luchthavenindelingsbesluit door-

387. O.a. H.Ph.J.A.M. Hennekens, Een ingrijpende herziening van de Wet op de Ruimtelijke Ordening is dringend nodig, Gst. 7025.

werkt in gemeentelijke bestemmingsplannen. Artikel 49 WRO blijft buiten toepassing voorzover de belanghebbende met betrekking tot de schade een beroep doet of kan doen op schadevergoeding als bedoeld in het eerste lid.

Van belang is ten slotte dat in het voorontwerp is voorzien in een regeling van de termijn waarbinnen een verzoek om vergoeding van planschade moet worden ingediend. De termijn van vijf jaren sluit aan bij hetgeen in aansluiting op de verjaringsregeling in het burgerlijk recht, in het bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht ter zake van onrechtmatig overheidshandelen gebruikelijk is. De wijze waarop de aanvang van deze termijn wordt bepaald, roept echter vragen op. In het voorontwerp wordt gekozen voor het tijdstip waarop de schadeoorzaak ontstaat. Het lijkt mij, mede gelet op de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak, in aanmerking genomen hetgeen in het burgerlijk recht gebruikelijk is, aangewezen om aansluiting te zoeken bij het moment waarop de schade ontstaat.

7 Slot

7.1 Het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten

Het algemene rechtsbeginsel van gelijkheid voor de openbare lasten is een verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel. Op grond van dit algemene rechtsbeginsel zijn bestuursorganen en openbare lichamen naar positief recht, ook wanneer een bijzondere wettelijke bepaling die voorziet in schadevergoeding ontbreekt, gehouden tot compensatie van onevenredige – buiten het normaal maatschappelijk risico of normale bedrijfsrisico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade als gevolg van hun op de behartiging van het openbaar belang gerichte optreden. In het navolgende wordt weergegeven wat het onderzoek naar de toepassing van dit beginsel op het gebied van een deel van de waterstaatszorg heeft opgeleverd. Op enkele onderdelen vindt nog een aanvulling plaats.

Beperkingen

Niet elk overheidshandelen of nalaten kan een grondslag bieden voor schadevergoeding op grond van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten. Ofschoon de eventuele beperkingen die hier kunnen worden aangenomen, nog maar weinig aan bod zijn gekomen in de rechtspraak en de beperkingen die wél zijn aangenomen, niet of nauwelijks zijn uitgekristalliseerd en ook niet onomstreden zijn, kunnen vooralsnog de volgende beperkingen worden aangewezen.

Er zijn overheidsgedragingen die uit hun aard geen aanspraak op schadevergoeding op grond van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten kunnen opleveren. Ik doel daarmee op gevallen waarin het algemeen belang niet slechts de doorbreking van de gelijkheid voor de openbare lasten vereist, maar waarin het algemeen belang tevens de ongelijke verdeling van deze lasten direct verlangt.[388] Het nadeel is hier geen onbedoeld neveneffect van het overheidshandelen. Men kan daarbij denken aan direct door de overheid geheven bijdragen (belastingen bijvoorbeeld). Het kan ook gaan om sociaal-economische maatregelen die leiden tot een ongelijke verdeling van lusten en lasten (prijzenpolitiek, steunmaatregelen e.d.). In zekere zin kan men ook denken aan rechtmatig opgelegde straffen (bestuurlijke boetes bijvoorbeeld): het algemeen belang rechtvaardigt de discriminatie volkomen en

388. Vgl. C.A.J.M. Kortmann, 'Egalité' en 'Defense' – Een rechtsvergelijkend onderzoek naar enige algemene rechtsbeginselen, Alphen a/d Rijn 1971, p. 35.

voor schadevergoeding ter compensatie van het nadeel dat dientengevolge geleden wordt, bestaat vanzelfsprekend geen aanleiding.

Het overheidshandelen dient, in ieder geval in de benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak, voorts te zijn gericht op de behartiging van een openbaar belang, wil het een grondslag voor nadeelcompensatie kunnen bieden. Wanneer het openbaar belang zich niet tegen verlening van een vergunning verzet, betekent dat bijvoorbeeld niet zonder meer dat met vergunningverlening een openbaar belang gediend wordt. Dat wordt wellicht anders wanneer het vergunde handelen zelf gericht is op behartiging van een openbaar belang. Onder omstandigheden kan dan worden verlangd dat de vergunningverlenende instantie waarborgt dat de vergunninghouder onevenredige schade die derden als gevolg van het gebruikmaken van de vergunning lijden, vergoedt.

Wanneer het openbaar belang zich niet tegen gedogen van bepaalde activiteiten verzet, betekent dat nog niet dat een openbaar belang met dit gedogen gediend wordt. Dat wordt anders wanneer de gedoogde activiteiten zelf gericht zijn op behartiging van enig openbaar belang. Degenen die nadeel ondervinden als gevolg van door de overheid gedoogde of vergunde activiteiten, dienen zich te wenden tot de overtreder wanneer zij hun schade vergoed wensen te zien. Diens eventuele insolvabiliteit komt voor risico van benadeelden.

Er lijkt voorts, waar het gaat om beweerdelijk schadeveroorzakende beslissingen van de overheid, aanleiding te bestaan om bepaalde eisen te stellen aan de inhoud daarvan, wil zodanige beslissing een grondslag voor schadevergoeding kunnen vormen. Zo zal de inhoud van een beslissing voldoende afgewogen moeten zijn en een finale keuze moeten inhouden; de inhoud moet voorts voldoende concreet zijn en het tijdstip waarop die beslissing gelding krijgt, alsmede de effecten daarvan moeten duidelijk en objectief kunnen worden vastgesteld, zodat ook goed is vast te stellen welke reële schade geleden wordt als gevolg van zo'n beslissing.

Speciale last

Wil er een aanspraak op grond van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten kunnen worden aangenomen, dan is vereist dat de nadelen op een enkel individu of op een beperkte groep van personen of instellingen rusten. Aan dit vereiste wordt in de rechtspraak niet vaak expliciet aandacht besteed. Veelal wordt ervan uitgegaan dat aan dit vereiste is voldaan en concentreert de aandacht zich op de invulling van het begrip normaal maatschappelijk risico of normaal bedrijfsrisico. Uit de uitspraken waarin dit vereiste wél aan de orde komt, kan worden afgeleid dat het voorwerp van de lasten opleggende overheidsmaatregel zo eng mogelijk moet worden opgevat. De gelijkheid wordt in deze benadering alleen gehandhaafd onder de kleinst mogelijke verzameling van objecten die door de maatregel getroffen wordt. Wie binnen deze kleinste groep als gevolg van het rechtmatig overheidshandelen een last krijgt te verduren die groter is dan die van andere personen binnen dezelfde groep en die bovendien het normaal maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico overstijgt, kan in beginsel aanspraak maken op nadeelcompensatie.

Normaal maatschappelijk risico

Het begrip normaal maatschappelijk risico is een vage norm bij uitstek. Het begrip blijkt vooral te functioneren als een 'gemeenplaats' in de zin van de antieke retoriek;[389] als een vindplaats van argumenten en gezichtspunten, die elkaar afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval soms versterken en soms verzwakken.

Wie de lusten heeft, moet ook de lasten dragen

Het belangrijkste gezichtspunt lijkt te zijn dat wie de voordelen heeft van het leven in een geordende samenleving, ook de nadelen daarvan moet dragen. Voor toekenning van nadeelcompensatie bestaat eerst aanleiding wanneer een wanverhouding tussen lusten en lasten dreigt te ontstaan.

Vanzelfsprekend vindt er in concrete gevallen geen strikt mathematische vergelijking plaats tussen voor- en nadelen van overheidsingrijpen. Dat is eenvoudigweg onmogelijk. Bij de vergelijking wordt soms gekeken naar de (globale) voor- en nadelen die een onderneming, als zelfstandige economische eenheid, voor wat betreft een bepaald soort bedrijfsactiviteiten ondervindt van een bepaald soort overheidsmaatregelen. De schade valt niet buiten het normale ondernemersrisico wanneer het door de overheidsmaatregel veroorzaakte nadeel niet van overwegende betekenis is, in die zin dat deze geen ernstige verstoring oplevert van het normale evenwicht tussen de voor- en nadelen die een zelfstandige economische eenheid ter zake van een bepaalde soort bedrijfsactiviteiten in een zich steeds wijzigende samenleving ondervindt van min of meer vergelijkbare overheidsmaatregelen. Wanneer een benzinemaatschappij met een groot aantal afnemers verspreid over het hele land op de ene plaats een afzetmogelijkheid verliest als gevolg van een overheidsmaatregel ten aanzien van de wegeninfrastructuur, zal dat nadeel, gelet op de afzetmogelijkheden die elders bestaan en ontstaan als gevolg van dit soort infrastructurele maatregelen, niet gauw van overwegende betekenis zijn.

Een onderneming die afhankelijk is van voorbijgaand verkeer en de voordelen geniet van de aanwezigheid van een weg in de nabijheid van diens onderneming, moet af en toe beperkingen in onder meer de bereikbaarheid van zijn onderneming voor lief nemen. Zo'n onderneming moet het tijdelijk teruglopen van de omzet gedurende een aantal weken of wellicht maanden, zelfs indien iedere winstgevendheid verloren gaat, accepteren, wanneer de gevolgen van de werkzaamheden werkelijk tijdelijk zijn. Van een gezond bedrijf kan immers worden verwacht dat het dit soort beperkingen doorstaat, omdat het als bedrijf dat afhankelijk is van de verkeersstroom, met deze beperkingen in de jaren daaraan voorafgaand en daaropvolgend rekening had kunnen houden.

---

389. Ik ontleen deze vergelijking aan J.H. Nieuwenhuis, Hoi Topoi, in: Confrontatie & Compromis – Recht, retoriek en burgerlijke moraal, Deventer 1997, p. 109-121.

Indien een belanghebbende als gevolg van de opstelling van de overheid in een voordelige positie verkeerde, bijvoorbeeld omdat hij geen vergoeding of slechts een geringe vergoeding behoefde te betalen voor het gebruik van overheidsgronden, of omdat hij minder behoefde te betalen dan anderen of zelfs niets, kan dat een factor zijn die mede bepalend is voor het aan de belanghebbende toerekenbare risico, in dier voege dat hij minder bescherming geniet en meer risico aan hem toerekenbaar is: wie de voordelen heeft, moet ook de nadelen dragen.

Gerechtvaardigd vertrouwen

Bij de vraag of schade tot het normaal maatschappelijk risico behoort, kan voorts een rol spelen of, en zo ja, in hoeverre de benadeelde investeringen heeft gedaan in gerechtvaardigd vertrouwen op door de betrokken overheid gecreëerde verwachtingen. In de sfeer van de waterstaatszorg speelt dit gezichtspunt bijvoorbeeld een rol bij intrekking van vergunningen. Wie een opzegbare of intrekbare publiekrechtelijke vergunning heeft gekregen voor een bepaalde activiteit, moet begrijpen dat zo'n vergunning geen eeuwigheidswaarde heeft. Hij moet er rekening mee houden dat zich op enig moment het risico zal verwezenlijken dat de vergunning wordt ingetrokken om de redenen waarom het vergunningvereiste is gesteld en voorts dat het risico van intrekking – zonder aanspraak op schadevergoeding – groeit naarmate de tijd verstrijkt. Hij dient dit te verdisconteren in zijn beslissing om van de verleende vergunning gebruik te maken. Anderzijds mag een vergunninghouder er ook van uitgaan dat het vergunningverlenend orgaan bij het nemen van de beslissing omtrent vergunningverlening heeft nagegaan of, en zo ja, in hoeverre in de nabije toekomst ontwikkelingen te verwachten zijn die tot intrekking of wijziging van de vergunning zouden kunnen leiden. Wanneer de vergunning verleend wordt en het bestuursorgaan geen mededelingen doet omtrent omstandigheden die van bijzondere betekenis zouden kunnen zijn voor de 'levensduur' van de vergunning, mag de vergunninghouder daar bepaalde consequenties aan verbinden. Zo mag hij er alsdan redelijkerwijs van uitgaan dat, gedurende de ten tijde van de vergunningverlening voor het bestuursorgaan overzienbare periode, de verleende vergunning in beginsel niet ingetrokken of gewijzigd zal worden, althans niet zonder schadevergoeding. Het maatschappelijk risico strekt zich niet zover uit dat een vergunninghouder binnen een zeer korte periode kan worden geconfronteerd met een volledige ommekeer in de inzichten van het vergunningverlenend orgaan zonder dat terzake nadeelcompensatie wordt geboden. Na verloop van de 'overzienbare' periode bestaat er echter in beginsel geen aanspraak op nadeelcompensatie. Het risico van intrekking van de vergunning na afloop van deze 'overzienbare periode' is door de vergunninghouder aanvaard toen hij gebruik ging maken van de vergunning.

Normale maatschappelijke ontwikkelingen

Een belangrijk gezichtspunt is voorts dat wanneer de schadeveroorzakende overheidsmaatregel als een normale maatschappelijke ontwikkeling moet worden beschouwd, waarmee eenieder kan worden geconfronteerd, de nadelige gevolgen

daarvan in beginsel voor rekening van betrokkenen behoren te blijven. Zij vormen een normaal aan de benadeelde toe te rekenen risico, dat nu eenmaal inherent is aan het leven in een geordende samenleving.

Het nemen van passieve beheersmaatregelen ten aanzien van waterstaatswerken – waaronder het treffen van verkeersmaatregelen, beslissingen omtrent de openbare status van waterstaatswerken, het intrekken van vergunningen en ontheffingen – wordt in beginsel als een normale maatschappelijke ontwikkeling beschouwd. Ook de aanleg van waterstaatswerken en het nemen van actieve beheersmaatregelen dienaangaande wordt in beginsel als een normale maatschappelijke ontwikkeling beschouwd.

Omvang en ernst van het nadeel

Op het uitgangspunt dat nadelen die het gevolg zijn van normale maatschappelijke ontwikkelingen niet vergoed worden, vindt een correctie plaats wanneer er gesproken kan worden van naar aard en omvang abnormaal groot nadeel. Wil een wanverhouding kunnen worden aangenomen, dan zal het nadeel een zekere omvang, althans geen geringe omvang moeten hebben en zal het nadeel als ernstig gekwalificeerd moeten kunnen worden. Hierbij zal ook wel het gezichtspunt een rol spelen dat het, zo het al doenbaar zou zijn alle oneffenheden in de verdeling van de lusten en lasten over de bevolking adequaat te identificeren, het overheidsapparaat en het overheidsbudget overbelast zouden raken indien al deze oneffenheden, hoe onbeduidend ook, zouden moeten worden gecompenseerd.[390]

Wanneer een bedrijf in aanmerkelijke mate afhankelijk is van de staat van een waterstaatswerk en het bedrijf ter plaatse niet langer levensvatbaar zou zijn wanneer er geen kostbare voorzieningen zouden worden gerealiseerd, is dat in beginsel een voldoende, maar waarschijnlijk geen noodzakelijke voorwaarde om aan te nemen dat er sprake is van ernstig nadeel. Het is niet zo dat een ondernemer eerst aanspraak op nadeelcompensatie kan maken wanneer hij niet in staat moet worden geacht zelf de kosten te dragen die gemaakt moesten worden om het bedrijf aan te passen aan de als gevolg van de overheidsmaatregel nieuw ontstane situatie. Bij steun kan dit wel een rol spelen. Wanneer een gedupeerde de schade die hij vergoed wenst te zien, heeft verdisconteerd of zonder grote problemen had kunnen verdisconteren in de prijzen die hij aan zijn afnemers in rekening brengt, bestaat er in beginsel geen aanleiding om ernstig nadeel aan te nemen.

Wanneer het nadeel dat door het overheidshandelen is veroorzaakt, slechts gering van omvang is, kan reeds daarom niet van een wanverhouding worden gesproken, zodat de schade reeds daarom binnen het normaal maatschappelijk risico valt. Dat wordt niet anders wanneer het zou voortvloeien uit een abnormale maatschappelijke ontwikkeling.

---

390. Vgl. W. Konijnenbelt, De égalité devant les charges publiques in het Franse administratieve recht, Bestuurswetenschappen 1971, p. 263 e.v., m.n. p. 285.

Aard van het nadeel
De aard van de schade lijkt geen bijzondere rol te spelen bij de invulling van het begrip normaal maatschappelijk risico. Bij uitvoering van werken wordt niet verlangd dat de schade een blijvend karakter moet hebben en materieel van aard moet zijn.[391] Wellicht speelt een rol het gezichtspunt dat naarmate hoger te waarderen belangen worden geschaad, er eerder aanleiding zal zijn om onevenredig nadeel aan te nemen.

Risicoaanvaarding
Het begrip risicoaanvaarding zoals dat in het planschadevergoedingsrecht een rol speelt, wordt bij toepassing van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten eveneens toegepast.

Drempel
Het abnormale karakter van de schade wordt bij ingrepen in de waterstaatkundige infrastructuur soms geconcretiseerd door een percentuele drempel te hanteren. Ter zake van de uitvoering van grote infrastructurele werken in een stadscentrum is in de rechtspraak bijvoorbeeld een benadering aanvaard, waarbij de grens van het normaal maatschappelijk risico wordt gesteld op het nadeel dat wordt geleden als gevolg van een omzetdaling van 15% op jaarbasis, gerelateerd aan een aantal referentiejaren. In deze benadering bestaat eerst aanleiding voor toekenning van nadeelcompensatie als het nadeel deze drempel overstijgt. Van een verrekening van het normaal maatschappelijk risico wordt afgezien, in het geval een ondernemer langer dan twee jaar met de werkzaamheden is geconfronteerd. In de rechtspraak wordt aangenomen dat hier een objectief criterium gehanteerd wordt, waarbij, anders dan een op winst en verlies betrekking hebbend criterium, de draagkracht van de benadeelde geen rol speelt.

Kortingspercentage
Soms wordt in de rechtspraak de benadering gevolgd dat de schade weliswaar niet geheel voortvloeit uit een normale maatschappelijke ontwikkeling, maar dat benadeelden anderzijds niet zonder meer vast mochten rekenen op het ongewijzigd voortbestaan van de status quo.

Belanghebbenden mogen er in deze benadering niet vast op rekenen dat waterstaatswerken en waterstaatkundige infrastructuur altijd in de voor hun individuele behoeften meest bruikbare staat zullen worden gehouden. Zij moeten beseffen dat bijvoorbeeld de scheepvaartfunctie van een kanaal geleidelijk aan betekenis zal inboeten, terwijl zij er ook rekening mee zullen moeten houden dat de drang van weg- en railverkeer allengs zal toenemen. Ook 'verkeerskundige' ontwikkelingen brengen mee dat men in zijn algemeenheid niet mag rekenen op een handhaving van de status quo tot in lengte van jaren.

---

391. W.G. Vegting, In hoeverre en naar welke beginselen behoort schadeloosstelling te worden toegekend bij rechtmatige aantasting van rechten of belangen door de overheid?, Pre-advies NJV 1955, I, p. 16 e.v.

Ter concretisering van dit gezichtspunt wordt soms gebruik gemaakt van een kortingspercentage. Kortingspercentages variëren in de onderzochte rechtspraak betreffende waterstaatkundige maatregelen niet zelden tussen de 25 en 15%. Dat vaak dezelfde percentages worden gehanteerd, is waarschijnlijk mede het gevolg van het feit dat bestuursorganen en hun adviseurs niet zelden, bij gebreke van voldoende houvast biedende criteria en normen, aansluiting zoeken bij eerdere nadeelcompensatiebeslissingen, zelfs als de betreffende gevallen slechts weinig overeenkomsten vertonen. Dat is mogelijk omdat dit soort beslissingen, hoe uitvoerig en zorgvuldig gemotiveerd ze ook zijn, toch altijd een niet nader te motiveren 'sprong naar een percentage' inhouden. Een voorbeeld daarvan bieden de gevallen waarin aansluiting wordt gezocht bij de vergoeding van 85% op onteigeningsbasis die destijds werd toegezegd voor gevallen waarin de publiekrechtelijke vergunning voor een dijkwoning werd ingetrokken met het oog op de uitvoering van de Deltawerken. Dit percentage is min of meer een eigen leven gaan leiden.

7.2 Planschade

Zo artikel 49 WRO al zou kunnen worden herleid tot het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten, is de toepassing van deze bepaling 'losgezongen' van dit beginsel. Het begrip 'onevenredigheid' speelt in de rechtspraak betreffende de toepassing van artikel 49 WRO geen rol (meer), terwijl onevenredigheid bij toepassing van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten juist een voorwaarde voor aansprakelijkheid is.

Het vereiste dat de schade op een beperkte groep van burgers of instellingen moet rusten, speelt bij artikel 49 WRO praktisch geen rol. Voor een vergelijking met andere burgers of bedrijven in vergelijkbare omstandigheden is bij de bepaling van de aanspraak op planschadevergoeding geen plaats.

Het vereiste dat de schade buiten het normaal maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico moet vallen, speelt, in ieder geval bij gevallen van vergoeding van waardevermindering op de voet van artikel 49 WRO, nog slechts een beperkte rol. Die rol is beperkt tot gevallen waarin kan worden gesproken van risicoaanvaarding.

Ernst en omvang van de schade zijn wanneer het gaat om waardevermindering niet relevant. Indien en voorzover uit een planologische mutatie schade voortvloeit, komt bij toepassing van artikel 49 WRO voor de beantwoording van de vraag of dergelijke schade redelijkerwijze niet of niet geheel ten laste van benadeelde zou behoren te blijven, geen betekenis toe aan de (mogelijk) geringe omvang daarvan.

Bij winstderving speelt soms het begrip normaal ondernemersrisico een rol.

Bij tijdelijke genotsderving en bij tijdelijke uitvoeringsschade wordt (soms) van belang geacht of deze het normaal maatschappelijk risico overstijgt.

Een wijziging van relevante ruimtelijke inzichten en de daaruit voortvloeiende herziening van bestemmingsplannen wordt – ook in de planschadejurisprudentie – in beginsel als een normale maatschappelijke ontwikkeling beschouwd. Vanzelfspre-

kend geldt dat ook voor wijziging van ruimtelijk relevante inzichten op het gebied van de waterstaatszorg. Anders echter dan bij toepassing van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten betekent dat bij toepassing van artikel 49 WRO niet dat de daaruit voortvloeiende schade in beginsel ten laste van benadeelde dient te blijven. Op grond van een duiding van de bedoeling die de wetgever met artikel 49 WRO had, wordt ervan uitgegaan dat die omstandigheid niet aan vergoeding van schade op grond van deze bepaling in de weg kan staan. De stelling dat men er in het algemeen rekening mee moet houden dat bestuursrechtelijke regelgeving aan verandering onderhevig is en dat men er juist gelet op de in de WRO verdisconteerde periodieke herzieningsplicht[392] niet vast op mag rekenen dat de planologische situatie ter plaatse ongewijzigd zal blijven, wordt van geen betekenis geacht bij de bepaling van de aanspraak op vergoeding van planschade. Dat een bestemmingsplan uit zijn aard maar een beperkte zekerheid kán scheppen, doet niets af aan eventuele aanspraken op schadevergoeding wegens wijziging van de planologische situatie.

De enkele omstandigheid dat de schade te herleiden is tot een normale maatschappelijke ontwikkeling, is dus onvoldoende om te concluderen dat deze schade tot het normaal maatschappelijk risico van benadeelde behoort, of althans dat deze schade om die reden redelijkerwijs ten laste van betrokkene behoort te blijven. Doorslaggevend is of deze ontwikkeling voorzienbaar was ten tijde van – kort gezegd – de verwerving door verzoeker van de onroerende zaak onder bijzondere titel.

De rechtspraak betreffende de toepassing van artikel 49 WRO wordt, zeker in vergelijking met de nadeelcompensatierechtspraak, gekenmerkt door een afkeer van 'vaagheid'. De stelling dat de aanleg van een weg eerst dan tot vergoeding van planschade aanleiding zal geven wanneer een individuele burger zwaarder wordt getroffen dan andere burgers in vergelijkbare omstandigheden, wordt te vaag geacht.[393] In de planschaderechtspraak wordt veel meer dan in de nadeelcompensatierechtspraak verlangd dat de stelling voldoende op relevante feiten en omstandigheden berust. Wanneer bijvoorbeeld de stelling dat een bepaalde ontwikkeling voorzienbaar was, of althans in de lijn der verwachtingen lag, niet wordt gesteund door voldoende relevante feiten en omstandigheden, wordt deze als te vaag van de hand gewezen.[394]

Bij de beantwoording van de vraag of een nadeel dat het gevolg is van een planologische wijziging, redelijkerwijs ten laste van benadeelde behoort te blijven, komt bij de toepassing van artikel 49 WRO grote betekenis, zo niet uitsluitend betekenis toe aan een (hypothetische) reconstructie van hetgeen waarmee belanghebbende voorafgaande aan de planologische mutatie redelijkerwijs bij het nemen van beslissingen rekening kon en behoorde te houden. Indien de schadeveroorzakende maatschappelijke ontwikkeling dan wel de planologische mutatie bijvoorbeeld voorzienbaar was

392. Art. 33 WRO.

393. AGRvS 28 januari 1991, BR 1991, p. 464 m.nt. P.C.E. van Wijmen, AB 1991, 449 m.nt. J.A.M. van den Berk (Wegaanleg Oostzaan); ABRvS 17 oktober 1994, BR 1995, p. 784 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Woningbouw Schijndel).

394. ABRvS 11 april 1995, BR 1996, p. 584 m.nt. P.C.E. van Wijmen (Oirschot).

op het moment dat hij een onroerende zaak onder bijzondere titel in eigendom verwierf, wordt hij geacht het risico voortvloeiend uit deze mutatie te hebben aanvaard. Het gaat erom of er, bezien vanuit de positie van een redelijk denkende en handelende eigenaar dan wel koper, aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de planologische situatie op, of in de omgeving van de betrokken onroerende zaak in een voor betrokkenen negatieve zin zou gaan veranderen. Of van risicoaanvaarding sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Daartoe behoren het op schrift gestelde en van overheidswege bekendgemaakte ruimtelijke beleid voor het betrokken gebied, de feitelijke invulling van het betreffende gebied, maatschappelijke ontwikkelingen en tijdsverloop.

Artikel 49 WRO, zoals dat inmiddels wordt toegepast, biedt een vergaande bescherming van belanghebbenden tegen onherroepelijke wijzigingen van de planologische status quo. Tegenover de vrijheid van de overheid om in het algemeen belang een planologische wijziging in een bepaald gebied door te voeren staat een vergaande bescherming van rechthebbenden ten aanzien van onroerende zaken in het betreffende gebied. Zij worden beschermd tegen planologische wijzigingen aangaande de omgeving van hun onroerende zaak waarmee belanghebbenden toen zij een (investerings)beslissing namen ten aanzien van de hun toebehorende onroerende zaak op grond van voldoende concrete feiten en omstandigheden geen rekening konden houden. Weliswaar kan men geen aanspraak maken op handhaving van de planologische status quo en kan men aan een bepaalde planologische situatie geen blijvende rechten ontlenen, dat neemt niet weg dat een planologische aantasting van deze belangen en rechten in beginsel een aanspraak op volledige vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade oplevert. De hoofdcriteria van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten spelen derhalve bij de toepassing van artikel 49 WRO slechts een zeer beperkte rol. Daarmee is een aantal belangrijke 'drempels' opgeheven.

Zodanige bescherming geldt echter niet voor planologische maatregelen voorzover deze nog niet onherroepelijk zijn en dus ook niet voorzover deze nog slechts in voorbereiding zijn. Ook bij andere overheidsmaatregelen, die soms minstens zo vergaande effecten kunnen hebben, ontbreekt een dergelijke bescherming. Men denke op het gebied van de waterstaatszorg bijvoorbeeld aan de meeste passieve en actieve beheersmaatregelen ten aanzien van waterstaatkundige infrastructuur. Het systeem van de bestuursrechtelijke schadevergoeding lijkt daarmee niet evenwichtig te zijn. Misschien brengt de fundamentele herziening van de WRO, in samenhang met een algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb, meer evenwicht in het systeem.

7.3 Steunmaatregelen en hybride regelingen

Schadevergoedingsregelingen op het gebied van de waterstaatszorg hebben niet zelden een hybride karakter. Waar in de praktijk gesproken wordt van bestuursrechtelijke schadevergoeding of nadeelcompensatie, bestaat soms in het geheel geen aan-

spraak op nadeelcompensatie. Zo kan de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen strikt genomen niet als een nadeelcompensatieregeling worden aangemerkt. De wetgever heeft hier uit solidariteit met getroffenen en om sociaal-economische problemen in het getroffen gebied te voorkomen voorzien in toekenning van een tegemoetkoming. Men moet dus voorzichtig zijn met analoge toepassing van deze regeling bij de invulling van het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten.

Soms kan ten dele worden gesproken van nadeelcompensatie, maar gaat het bestuur onder dat etiket verder dan waartoe het strikt genomen op grond van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten gehouden is. Men denke aan regelingen die men als 'smeerolieregelingen' zou kunnen betitelen. Er blijken in de praktijk voor het bestuur reeds voldoende redenen te zijn om een vergoeding toe te kennen, of althans om meer compensatie toe te kennen dan waartoe het gehouden is, of om een ruimhartige schadevergoedingsregeling in het leven te roepen, indien daarmee bijvoorbeeld een vlotte gang van zaken wordt bevorderd. Het kan ook zijn dat maatschappelijke of politieke goodwill verworven of behouden moet worden, of dat het bestuur onzekere of lastige procedures wenst te vermijden. Tegenover betalingen uit dien hoofde staat soms geen aanspraak en soms een minder vergaande aanspraak. Dit soort betalingen vindt zijn grondslag dan ook niet (enkel) in het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, doch (tevens) in de vrije bevoegdheid van de overheid om binnen de grenzen die de wet – inclusief de Europese regelgeving – daaraan stelt, middelen ter beschikking te stellen ter behartiging van het algemeen belang. Dit betekent dat voorzover de betaling, of de schadevergoedingsregeling verder gaat dan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten vereist, de betrokken bestuursorganen daarbij in beginsel een grote mate van vrijheid toekomt. Zij zijn in verregaande mate vrij voor wat betreft inrichting en opzet van de regeling, inclusief de keuze voor de daarbij te hanteren uitgangspunten. De omvang van de rechterlijke toetsing van de uitoefening van die bevoegdheid is in zoverre beperkt.

Dat laatste geldt ook voor het type regelingen dat vooral een oplossing beoogt te bieden voor een 'sociaal vraagstuk', of regelingen waarmee beoogd wordt de sociaal-economische effecten in een bepaald gebied als gevolg van de uitvoering van waterstaatswerken zoveel mogelijk te mitigeren. Er wordt dan steun verleend teneinde de maatschappelijke en economische activiteiten in het gebied zo min mogelijk te onderbreken. Het kan daarbij gaan om grote gebieden, zoals bij de Zuiderzeesteunwet of de Deltaschadewet, maar ook om de handhaving van enkel een winkelstraat met een uniek karakter. Continuïteitshandhaving van de getroffen ondernemingen is een belangrijk oogmerk van dit soort regelingen. De draagkracht van de benadeelde speelt daarbij nadrukkelijk een rol. Wanneer de continuïteit van een onderneming niet in gevaar komt, bestaat er geen aanleiding voor toekenning van steun. Vanzelfsprekend biedt ook dit soort regelingen slechts beperkte mogelijkheden om daarbij aansluiting te zoeken voor wat betreft de toepassing van het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten.

7.4 Een algemene nadeelcompensatieregeling

Hoe nu verder? Er dient mijns inziens een algemene, aanvullende regeling in de Awb te komen die voorziet in vergoeding van – buiten het normaal maatschappelijk risico of normale bedrijfsrisico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade die het gevolg is van op de behartiging van het openbaar belang gericht rechtmatig overheidshandelen.

Onderzocht zou kunnen worden of deze regeling tevens zou moeten voorzien in vergoeding van schade veroorzaakt door wetgeving in formele zin.

Met deze regeling moet duidelijkheid worden geboden omtrent de grondslag van de schadevergoeding. Tevens zou daardoor de ongelukkige band tussen het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten en artikel 3:4 lid 2 Awb kunnen worden doorbroken.

Voorts zou deze regeling duidelijkheid kunnen bieden omtrent de bestuurlijke en rechterlijke bevoegdheid om te beslissen omtrent schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad.

De algemene regeling moet benadeelden op voorhand voldoende zekerheid verschaffen omtrent de wijze waarop en volgens welke normen nadeelcompensatie zal worden toegekend. Schadevergoeding achteraf zou aldus voldoende verzekerd moeten zijn.

De algemene regeling zal uiteraard slechts globale, algemene materiële normen kunnen bevatten.[395] Overwogen zou kunnen worden afdeling 6.1.10 van het BW van overeenkomstige toepassing te verklaren, eventueel met een ontsnappingsclausule in de trant van 'voorzover de aard van de rechtsbetrekking zich daar niet tegen verzet'.[396]

Het verdient mijns inziens aanbeveling, waar mogelijk, voor bepaalde categorieën van schadeveroorzakend overheidshandelen materiële normen in een bijzondere regeling vast te leggen. Het hanteren van op voorhand in een regeling neergelegde drempels en kortingen heeft onmiskenbaar belangrijke voordelen. Bij regelingen waarin niet meer wordt beoogd dan een uitwerking te geven van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten, zal men bij de hantering van dit soort drempels ernaar moeten streven objectieve criteria te hanteren waarbij de draagkracht van de benadeelde geen rol speelt. Voorts kan men aansluiting zoeken bij ervaringsregels, bijvoorbeeld ervaringsregels omtrent duur en frequentie van onderhouds- en verbeteringswerken aan bepaalde waterstaatkundige infrastructuur in een bepaald gebied.

Naar mijn mening verdient het ook aanbeveling de afstemming tussen de algemene en de bijzondere schadevergoedingsregelingen duidelijk te regelen. Daarbij dient met

---

395. Inspiratie kan worden geput uit onder meer het voorstel van P.J.J. van Buuren, Nadeelcompensatie in de Awb, in: J.L. Boxum e.a., Aantrekkelijke gedachten (Scheltema-bundel), Deventer 1993, p. 91-108 en de Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999.

396. Zie omtrent de toepasselijkheid van het BW in het bestuursrecht de paragrafen 3.2 en 3.3 van de toelichting behorende bij het voorontwerp vierde tranche Awb.

name te worden gedacht aan de mogelijkheid om te bepalen dat de algemene nadeelcompensatieregeling buiten toepassing blijft voorzover de belanghebbende met betrekking tot de schade een beroep doet of kan doen op een bijzondere schadevergoedingsregeling.

Hierbij dient met name ook aandacht te worden besteed aan de mogelijkheid om de afwikkeling van schadevergoedingskwesties ter zake van bijvoorbeeld bepaalde grote projecten te concentreren bij één bestuursorgaan (te denken valt aan 'schadeschappen' of aan voorrangsregelingen als die welke artikel 8:31 Wet luchtvaart biedt).

Vanzelfsprekend dient ook te worden voorzien in een regeling van de afwikkeling van schadevergoedingsverzoeken.[397] Onderzocht zou kunnen worden of het wenselijk is een recht te heffen voor het in behandeling nemen van een aanvraag om schadevergoeding. De regeling zou tevens dienen te voorzien in een termijn waarbinnen verzoeken dienen te worden ingediend. Voorts acht ik het essentieel dat de regeling voorziet in de mogelijkheid van bevoorschotting.[398]

397. De Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 bevat een beproefde regeling. Het grootste probleem is de daadwerkelijke handhaving van de daarin genoemde termijnen.

398. Vgl. Vz. ABRvS 18 november 1997, AB 1998, 60 m.nt. PvB.

Stellingen

1. Er dient een algemene, aanvullende regeling in de Awb te komen die voorziet in vergoeding van – buiten het normaal maatschappelijk risico of normale bedrijfsrisico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade die het gevolg is van op de behartiging van het openbaar belang gericht rechtmatig overheidshandelen.
2. Het verdient aanbeveling er niet langer van uit te gaan dat het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten mede ten grondslag ligt aan artikel 3:4 lid 2 Awb.
3. De wijze waarop artikel 49 WRO naar huidig recht wordt toegepast, kan niet worden aangemerkt als een toepassing van het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten.
4. Bij de uitwerking van het beginsel van gelijkheid voor de openbare lasten zijn er slechts beperkte mogelijkheden om aansluiting te zoeken bij de toepassing van de wel in de wet geregelde schadevergoedingen van overheidswege, waaronder vergoedingen als bedoeld in artikel 49 WRO en in de Wet tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen.
5. Het verdient aanbeveling de regel dat artikel 49 WRO uitsluitend een grondslag biedt voor vergoeding van schade die het gevolg is van een rechtskracht hebbend besluit genoemd in artikel 49 WRO nadat dit besluit in rechte onaantastbaar is geworden, te vervangen door de regel dat artikel 49 WRO uitsluitend een grondslag biedt voor vergoeding van schade die het gevolg is van een in werking getreden besluit. Deze aanbeveling geldt ook voor de eventueel in het leven te roepen algemene regeling als bedoeld in stelling 1.

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (voorzitter)
Mw. mr. E.C. Drexhage (secretaris)
Mr. B. Verwayen (penningmeester)
Prof. mr. M.A.P. Bovens
Mr. H.J.G. Bruens
Mw. mr. D. de Bruin
Prof. dr. M.W.C. Feteris
Mr. J.W. Ilsink
Mr. E. Lisser
Mr. R. Loeb
Mr. A.W.H. Meij
Mr. H.W.M. Oppenhuis de Jong
Mw. mr. W. den Ouden
Mw. drs. C. Pels Rijcken
Mr. F.P. Zwart

Ereleden

Mr. A.D. Belinfante †
Mr. J. van der Hoeven †
Mr. J.M. Polak
Mr. A. Rothuizen-Geerts
Mr. M. Scheltema
Mr. F.W. ter Spill †

Overzicht van de preadviezen uitgebracht voor de VAR

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip ‘algemeen belang’ in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)

XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)
XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1958)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)

LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXX	mr. L.J.M. de Leede mr. J.P. Scheltens	Het sociale verzekeringsrecht en het belastingrecht in het administratieve recht	(1973)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1975)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk–Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1978)

LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)
	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)

106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolaï mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widdershoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht	(1996)
118	mr. C.P.J. Goorden mr. M.M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering	(1997)
120	mr. H.P. Heida prof. mr. F.A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming	(1998)
122	mr. A.J.C. de Moor–van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)
124	prof. mr. C.A.J.M. Kortmann prof. mr. B.P. Vermeulen mr. P.J.J. Zoontjens	De Awb en de bijzondere wetgeving	(2000)

126	mr. B.J. van Ettekoven mr. M.A. Pach prof. dr. I.C. van der Vlies	Alternatieven van en voor de bestuursrechter	(2001)