
**Onderbouwing en verdere
uitwerking van het analysekader
bij de opmaak van regelgeving
ten einde te kunnen voldoen aan
het beginsel van de gelijkheid
van de burgers voor de
openbare lasten**

2017 – 2018

**In opdracht van de Vlaamse Overheid
Departement Kanselarij en Bestuur
Departement Omgeving**

Prof. Dr. Bernard VANHEUSDEN, Prof. Dr. Wim MARNEFFE, Prof. Dr. Jan
THEUNIS, Prof. Dr. Anne Mie DRAYE en Jonas VOORTER

4 oktober 2018



VOORWOORD

Dit rapport is het eindrapport in het kader van een onderzoeksproject dat de Universiteit Hasselt in de periode van 1 september 2017 tot 4 oktober 2018 heeft uitgevoerd in opdracht van de Vlaamse Overheid, Departement Kanselarij en Bestuur en Departement Omgeving. Het onderzoeksproject is getiteld "Onderbouwing en verdere uitwerking van het analysekader bij de opmaak van regelgeving ten einde te kunnen voldoen aan het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten" (bestek nr. TW01).

Het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten (GBOL-beginsel) en de bijhorende rechtsfiguur van nadeelcompensatie kregen de voorbije jaren concrete vorm. Het GBOL-beginsel trad recent op de voorgrond in zowel de rechtspraak van het Hof van Cassatie als de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Aangezien het toepassingsgebied en de reikwijdte van dit beginsel verre van duidelijk waren, besloot de Vlaamse Overheid deze studieopdracht uit te schrijven. Er was dringend nood aan meer duidelijkheid en pistes voor meer rechtszekerheid, mede aan de hand van de rechtseconomie.

Het onderzoek werd uitgevoerd door een multidisciplinair team van juristen en economen van de Universiteit Hasselt. De studie werd geleid door Prof. dr. Bernard Vanheusden en Prof. dr. Wim Marneffe. De heer Jonas Voorter werkte als parttime navorsers aan de studie. Ook Prof. dr. Jan Theunis en Prof. dr. Anne Mie Draye werkten mee aan het onderzoek via het nalezen van teksten, het deelnemen in de stuurgroepvergaderingen en het geven van advies vanuit hun eigen expertise.

De materie werd bijgehouden tot 4 oktober 2018.

Het onderzoeksteam wenst de leden van de stuurgroep, zijnde de heer Manuel Dierickx Visschers, de heer Joachim Heyligen, mevrouw Inge Leenders en de heer Christophe Pelgrims, van harte te bedanken voor hun deskundige begeleiding en zeer gewaardeerde aanmoediging en ondersteuning. Wij zijn ervan overtuigd dat de studie zeer nuttig is geweest en hopen dat dit onderzoeksrapport een belangrijke ondersteuning kan vormen bij het beleid. Veel dank.

Hasselt, 4 oktober 2018.

Prof. dr. Bernard Vanheusden en Prof. dr. Wim Marneffe

Inhoudstafel

| | |
|--|----|
| VOORWOORD..... | 2 |
| SAMENVATTING | 6 |
| INLEIDING | 16 |
| DEEL 1: JURIDISCHE EN RECHTSECONOMISCHE ONDERBOUWING | 17 |
| INLEIDING | 17 |
| HOOFDSTUK 1. JURIDISCHE ONDERBOUWING VAN HET BEGINSEL VAN GELIJKHEID VAN DE BURGERS VOOR DE OPENBARE LASTEN..... | 19 |
| AFDELING 1. ONTSTAAN EN EVOLUTIE VAN HET BEGINSEL VAN GELIJKHEID VAN DE BURGERS VOOR DE OPENBARE LASTEN | 19 |
| 1. De eerste tekenen van het GBOL-beginsel..... | 19 |
| 2. Burenhinder..... | 20 |
| a. Het Kanaal- en het Schoorsteenarrest | 20 |
| b. De ommekeer | 21 |
| 3. De uitbreiding van de reikwijdte van het GBOL-beginsel (Cass. 24 juni 2010) | 22 |
| 4. De grondwettelijke waarde van het GBOL-beginsel | 24 |
| a. Het arrest van het Grondwettelijk Hof dd. 19 april 2012 (nr. 55/2012) | 24 |
| b. De impact van de grondwettelijke waarde van het GBOL-beginsel..... | 25 |
| 5. Verdere evolutie..... | 26 |
| a. Het arrest van het Grondwettelijk Hof van 1 oktober 2015 (nr. 132/2015) | 26 |
| i) De rol van de gewone rechter | 26 |
| ii) De beoordelingscriteria van het GBOL-beginsel | 28 |
| b. Andere voorbeelden en het instrumentendecreet..... | 29 |
| AFDELING 2. DE TOEPASSING VAN HET BEGINSEL VAN GELIJKHEID VAN DE BURGERS VOOR DE OPENBARE LASTEN..... | 30 |
| 1. De toepassingsvoorwaarden van het GBOL-beginsel | 30 |
| 2. De vergoeding in het kader van het GBOL-beginsel..... | 34 |
| 3. Een samenlezing tussen artikel 1 Eerste Aanvullend Protocol EVRM en het GBOL-beginsel..... | 39 |
| a. Is een samenlezing mogelijk? | 39 |
| b. De samenlezing in de praktijk | 44 |
| i) Is de samenlezing relevant voor alle hoven en rechtbanken? | 44 |
| ii) Welke criteria kunnen geput worden uit de rechtspraak van het EHRM?..... | 46 |
| AFDELING 3. HET BEGINSEL VAN DE GELIJKHEID VAN DE BURGERS VOOR DE OPENBARE LASTEN OVER DE GRENZEN HEEN | 56 |
| 1. Waals Gewest..... | 57 |

| | |
|--|----|
| 2. Nederland | 57 |
| a. De smeeroliefunctie | 57 |
| b. De interpretatie van de materiële toepassingsvoorwaarden | 58 |
| i) De speciale last | 59 |
| ii) De abnormale last | 63 |
| iii) Het voorstel van wetgeving in Nederland | 65 |
| 3. Frankrijk..... | 69 |
| TUSSENBESLUIT | 72 |
| HOOFDSTUK 2. (RECHTS)ECONOMISCHE ONDERBOUWING VAN HET BEGINSSEL VAN GELIJKHEID VAN DE BURGERS VOOR DE OPENBARE LASTEN | 74 |
| AFDELING 1. CONTEXT..... | 74 |
| AFDELING 2. THEORIEËN VAN REGULERING | 76 |
| 1. Public interest theorieën van regulering..... | 76 |
| a. Imperfecte competitie..... | 77 |
| b. Instabiele markten..... | 78 |
| c. Ontbrekende markten | 78 |
| i) Informatieproblemen | 78 |
| ii) Beperkte rationaliteit | 79 |
| iii) Externaliteiten en publieke goederen | 79 |
| d. Ongewenste marktuitskomsten..... | 80 |
| 2. Bedenkingen bij de public interest theorieën van regulering..... | 80 |
| a. Algemene bedenkingen | 81 |
| b. Neo-klassieke waarderingsmethoden..... | 82 |
| 3. Private interest theorieën van regulering | 83 |
| a. Regulatory capture | 83 |
| b. Public choice..... | 84 |
| c. Stemmenparadox en stemmenruil | 88 |
| d. Meerderheid vs. Minderheid: meerderheidsregel..... | 89 |
| e. Rent seeking | 89 |
| f. Budgetmaximalisatie..... | 89 |
| 4. Kritiek op de private interest theorieën van regulering..... | 90 |
| 5. Samenvatting public en private interest theorieën van regulering | 90 |
| 6. Institutional possibility frontier | 92 |
| AFDELING 3. RECHTSECONOMIE EN EIGENDOMSRECHTEN | 95 |
| 1. De economische analyse van het recht..... | 95 |
| 2. Het concept efficiëntie | 96 |

| | |
|---|-----|
| 3. Maatschappelijke welvaart | 97 |
| 4. Eigendomsrecht in de rechtseconomie: algemeen | 97 |
| 5. De rol van eigendomsrechten | 99 |
| a. Eigendomsrecht als in rem of als bundel van rechten | 102 |
| 6. Het beschermen van eigendomsrechten | 104 |
| a. Eigendomsregels..... | 104 |
| i) Efficiëntiedoelstellingen | 105 |
| ii) Verdelingsdoelstellingen | 105 |
| iii) Andere rechtvaardigingsgronden..... | 106 |
| b. De keuze tussen eigendomsregels en aansprakelijkheidsregels..... | 106 |
| 7. Kwaliteit van instituties en eigendomsrechten..... | 109 |
| a. Sluier van onwetendheid en onzekerheid..... | 118 |
| 8. Unanimous consent..... | 119 |
| AFDELING 4. RECHTSECONOMISCHE ONDERBOUWING VAN HET SYSTEEM VAN NADEELCOMPENSATIE | 120 |
| 1. Rechtseconomische benaderingen van nadeelcompensatie..... | 120 |
| a. Een eenvoudige contractenbenadering van nadeelcompensatie..... | 120 |
| b. Theoretische compensatiemodellen in de economische literatuur | 122 |
| c. Toegepaste compensatiemodellen in de economische literatuur | 123 |
| 2. Structuur beoordelingssysteem GBOL-beginsel..... | 127 |
| a. Enkele uitgangspunten | 127 |
| 3. STAP 1: Is het ingeroepen belang legitiem..... | 129 |
| 4. STAP 2: Is de beleidsmaatregel noodzakelijk of is het gebruik van dwang nodig? | 130 |
| 5. STAP 3: Is de beleidsmaatregel proportioneel of moet in nadeelcompensatie voorzien worden?..... | 133 |
| AFDELING 5. UITWERKING COMPENSATIEREGELS EN COMPENSATIEMODEL | 136 |
| 1. Voorstel compensatiepercentage bestek..... | 136 |
| 2. Bepaling waardeverlies en compensatiepercentage | 137 |
| 3. Aangepast voorstel nadeelcompensatie | 141 |
| 4. Decretale of algemene juridische uitwerking compensatieprocedure | 145 |
| a. Impact op samenleving..... | 145 |
| b. Gerechtelijke of bestuurlijke procedure | 148 |
| HOOFDSTUK 3. JURIDISCHE EN RECHTSECONOMISCHE ANALYSE VAN HET UITGEWERKT VOORSTEL VAN NADEELCOMPENSATIE | 150 |
| AFDELING 1. HET TOETSINGSKADER. | 150 |
| ONDERAFDELING 1. DE VERHOUDING TUSSEN DE EVENREDIGHEIDSVEREISTE EN HET GBOL- BEGINSEL | 150 |

| | |
|---|-----|
| ONDERAFDELING 2. IS HET INGEROEPEN BELANG LEGITIEM? | 159 |
| ONDERAFDELING 3. IS DE BELEIDSMAATREGEL NOODZAKELIJK OF IS HET GEBRUIK VAN DWANG NODIG? | 160 |
| 1. Juridisch | 160 |
| 2. Rechtseconomisch..... | 169 |
| ONDERAFDELING 4. WELKE CRITERIA KUNNEN HET BEST OPGENOMEN WORDEN IN DE NADEELCOMPENSATIEREGELING? | 171 |
| ONDERAFDELING 5: IS DE BELEIDSMAATREGEL PROPORTIONEEL EN IS NADEELCOMPENSATIE WEL NODIG?..... | 177 |
| 1. Rechtseconomisch..... | 177 |
| AFDELING 2. IS EEN WETGEVEND INITIATIEF NOODZAKELIJK EN HOE ZOU DIT ERUIT MOETEN ZIEN?..... | 180 |
| DEEL 2. TOEPASSING VAN HET VOORSTEL OP BESTAANDE VLAAMSE WETGEVING | 182 |
| INLEIDING | 182 |
| GEVALSTUDIE 1: PLANSCHADE..... | 183 |
| 1. Situering en context | 183 |
| 2. De verhouding tussen de evenredigheidsvereiste en het GBOL-beginsel | 187 |
| a. De vergoedingsregeling | 188 |
| b. De concrete toepassing..... | 195 |
| i) Een evenredig toepassingsgebied? | 195 |
| ii) Een evenredige vergoeding | 196 |
| 3. Is het ingeroepen belang legitiem? | 206 |
| 4. Is de beleidsmaatregel noodzakelijk of is het gebruik van dwang nodig? | 206 |
| 5. Welke criteria kunnen het best opgenomen worden in de nadeelcompensatieregeling? | 220 |
| 6. Is de beleidsmaatregel proportioneel en is nadeelcompensatie wel nodig?..... | 221 |
| GEVALSTUDIE 2: KAPITAALSCHADE / GEBRUIKERSSCHADE / BESTEMMINGSWIJZIGINGSCOMPENSATIE | 221 |
| 1. Situering en context | 222 |
| a. Kapitaalschade..... | 222 |
| b. Gebruikersschade..... | 225 |
| 2. De verhouding tussen de evenredigheidsvereiste en het GBOL-beginsel | 227 |
| a. De vergoedingsregeling | 227 |
| b. De concrete toepassing..... | 229 |
| i) Een evenredig toepassingsgebied? | 230 |
| ii) Een evenredige vergoeding | 230 |
| 3. Is het ingeroepen belang legitiem? | 231 |
| 4. Is de beleidsmaatregel noodzakelijk of is het gebruik van dwang nodig? | 231 |

| | |
|---|-----|
| 5. Welke criteria kunnen het best opgenomen worden in de nadeelcompensatieregeling? . | 231 |
| 6. Is de beleidsmaatregel proportioneel en is nadeelcompensatie wel nodig?..... | 232 |
| GEVALSTUDIE 3: BILLIJKE SCHADEVERGOEDING..... | 233 |
| 1. Situering en context | 233 |
| 2. De verhouding tussen de evenredigheidsvereiste en het GBOL-beginsel | 238 |
| 3. Is het ingeroepen belang legitiem? | 239 |
| 4. Is de beleidsmaatregel noodzakelijk of is het gebruik van dwang nodig? | 239 |
| a. Juridisch | 239 |
| 5. Welke criteria kunnen het best opgenomen worden in de nadeelcompensatieregeling? . | 240 |
| 6. Is de beleidsmaatregel proportioneel en is nadeelcompensatie wel nodig?..... | 241 |
| GEVALSTUDIE 4: VERGOEDING INSCHAKELING IN WATERBEHEERSING..... | 241 |
| 1. Situering en context | 241 |
| 2. De verhouding tussen de evenredigheidsvereiste en het GBOL-beginsel | 242 |
| a. De vergoedingsregeling | 243 |
| b. De concrete toepassing | 244 |
| i) Een evenredig toepassingsgebied? | 244 |
| ii) Een evenredige vergoeding | 245 |
| 3. Is het ingeroepen belang legitiem? | 246 |
| 4. Is de beleidsmaatregel noodzakelijk of is het gebruik van dwang nodig? | 247 |
| 5. Welke criteria kunnen het best opgenomen worden in de nadeelcompensatieregeling? . | 252 |
| 6. Is de beleidsmaatregel proportioneel en is nadeelcompensatie wel nodig?..... | 253 |
| LESSONS LEARNED..... | 254 |
| 1. Regels en standaarden | 254 |
| 2. Samenvoeging van twee categorieën | 256 |
| 3. Hoe moeten we de categorieën interpreteren? | 257 |
| 4. Planschade en meer? | 259 |
| BIBLIOGRAFIE (juridisch) | 260 |
| BIBLIOGRAFIE (rechtseconomisch)..... | 266 |

SAMENVATTING

Het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten (GBOL-beginsel) is recent op de voorgrond getreden in zowel de rechtspraak van het Hof van Cassatie als de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. De reikwijdte en het toepassingsgebied van dit beginsel zijn echter nog steeds verre van duidelijk. Deze onduidelijkheid leidt tot een grote onzekerheid voor burger en bestuur.

Het onderwerp van deze studie is des te belangwekkender geworden door de in de jongste decennia sterk toegenomen impact van het overheidsoptreden op het bodemgebruik en als dusdanig op het eigendomsrecht.

Daarom probeert de studie in deel 1 in de eerste plaats dit "nieuwe" beginsel juridisch te ontleden. De studie analyseert daartoe in detail de bestaande rechtspraak en literatuur met betrekking tot het GBOL-beginsel en tracht op basis daarvan een aantal interessante verbanden te leggen. De studie kijkt daarvoor ook over de grenzen heen, naar onder meer Nederland, om te zien of de insteek uit andere regimes een hulp kan bieden bij de verdere analyse van het GBOL-beginsel. Het onderzoek leidt uiteindelijk onder meer tot de vaststelling van een mogelijke samenlezing tussen het GBOL-beginsel en artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol (EAP) van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

Hoewel de analyse van de rechtspraak en rechtsleer interessante nieuwe inzichten biedt, blijkt een ontleding van het GBOL-beginsel toch niet altijd zo eenvoudig. De diepgaande juridische analyse toont immers aan dat er nog een aantal risico's en juridische onduidelijkheden bestaan omtrent de verdere toepassing en ontwikkeling van het beginsel. Zo stelt de studie onder meer vast dat:

- 1) de (recente) rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie enkel betrekking heeft op situaties waarin er geen vergoedingsreling (meer) voorhanden is;
- 2) er een verschil is tussen de criteria die vooropgesteld worden door enerzijds het Grondwettelijk Hof in het arrest van 1 oktober 2015, nr. 132/2015 en anderzijds het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in haar rijke rechtspraak omtrent artikel 1 EAP EVRM alsook de toepassing van het noodzakelijkheidsbeginsel;
- 3) het risico bestaat dat de tweede toepassingsvoorwaarde van het GBOL-beginsel ("beperkte groep van burgers") te stringent geïnterpreteerd zal worden waardoor een toepassing van het GBOL-beginsel *de facto* onmogelijk wordt;
- 4) er onduidelijkheid blijft omtrent de exacte verhouding tussen de evenredigheidstoets en het GBOL-beginsel (de ventiefunctie).

Om een antwoord te bieden op de resterende onduidelijkheden of risico's, maakt de studie vervolgens gebruik van de rechtseconomie. De rechtseconomische inbreng bestaat erin door achtereenvolgens de verschillende ontstaanstheorieën van regelgeving toe te lichten, het maatschappelijk belang van het eigendomsrecht aan te tonen en het verschil tussen inclusieve en extractieve politieke/economische instituties te verduidelijken, om op basis hiervan een algemene regeling van nadeelcompensatie verder uit te werken.

Uit de analyse van de ontstaanstheorieën van wetgeving (waarbij de studie een onderscheid maakt tussen de theorieën van 'public interest' en van 'private interests') komen we tot het belangrijke inzicht dat marktfalingen pas blijken te leiden tot efficiëntieverlies wanneer er geen rekening wordt gehouden met de transactiekosten. Wanneer de in realiteit onvermijdelijke transactiekosten wel in rekening gebracht worden, dan gebeurt de allocatie van middelen binnen een markt vaak wél op een efficiënte manier. Het marktmechanisme blijkt immers dikwijls zelf in staat te zijn om instituties te ontwikkelen die deze transactiekosten doen dalen (e.g. productgaranties, merknamen, internalisering van externaliteiten door de markt zelf). Een marktfaling (zonder transactiekosten in rekening te nemen) is in dat opzicht geen voldoende reden voor een overheidsinterventie, omdat deze interventie dan geen antwoord biedt op de vraag waarom en hoe regulering de beste oplossing vormt om deze transactiekosten te minimaliseren. Daarnaast gaat men er soms verkeerdelijk van uit dat overheidsregulering effectief is en geïmplementeerd kan worden zonder hoge kosten. Informatie- en toepassingskosten worden verondersteld niet te bestaan in het geval van een overheidstussenkomst. De praktijk toont echter aan dat regulering in bepaalde gevallen resulteert in moeilijk toe te passen regels, imperfecte handhaving en onbedoelde incentives voor bedrijven en consumenten om zich inefficiënt te gedragen. Verder kent ook de opmaak zelf van regelgeving allerlei transactiekosten (wetgevingskosten, informatiekosten, handhavingskosten, etc.) die in deze literatuur niet (of slechts beperkt) in rekening worden gebracht. Hierdoor kan het zijn dat wetgeving onbedoelde neveneffecten krijgt of ongewenste resultaten, of dat de impact van regelgeving te laag wordt ingeschat waardoor onvoldoende stimulansen zijn om de kosten van wetgeving te verlagen, of er geen discipline is bij de opmaak van regelgeving en er teveel regelgeving ontstaat. Daarom is het volume aan wetgeving niet optimaal (omdat er belangrijke kosten niet worden meegenomen).

Tot slot zijn de 'public interest'-theorieën van regulering onvolledig in de zin dat ze niet verklaren hoe een bepaalde kijk op het algemeen belang vertaald kan worden naar wetgeving die de economische welvaart maximaliseert. Het politieke besluitvormingsproces bestaat immers uit verschillende actoren die elk hun eigen doelstellingen nastreven. Volgens de literatuur zijn deze actoren, kort samengevat, (bepaalde) politici, die aan de macht wensen te blijven en dus herverkozen willen worden, (bepaalde) lobbygroepen die de voordelen van 'hun' beleidsmaatregel voor zich willen houden en de kosten ervan op anderen willen afschuiven ('rent seeking'), en (een deel van de) 'bureaucratie' die invloed en middelen wenst te maximaliseren. Deze verklaringen voor het ontstaan van wetgeving vallen onder de noemer van 'private interests'-theorieën. Hoewel de impact of het belang van deze private belangen niet precies in te schatten vallen (aangezien zij vaak onder de radar blijven), kan hun rol bij de opmaak van regelgeving vaak niet onderschat worden.

Wanneer we beide denkwijzen over de drijfveren achter de totstandkoming van wetgeving bij elkaar samenvoegen, en dit toepassen op het vraagstuk wat nu precies ordenend recht en sturende regelgeving uitmaakt, dan kunnen we besluiten dat wetgeving een ordenend karakter heeft wanneer de wetgeving daadwerkelijk een oplossing voor een marktfaling biedt en die bovendien drie toetsen kan doorstaan die voortvloeien uit de kritiek op de theorieën van het algemeen belang. Concreet houdt dit in dat uit een analyse van de regelgeving moet blijken dat:

1. Er daadwerkelijk een ernstige marktfaling bestaat, waarbij het bestaan van transactiekosten in de analyse meegenomen wordt (geen utopische vergelijking die abstractie maakt van transactiekosten);
2. Een privaatrechtelijke of niet-dwangmatige oplossing van de marktfaling niet mogelijk is, onder meer door de aanwezigheid van transactiekosten of spel-theoretische mechanismen;
3. De baten of voordelen van de wetgeving tot oplossing van de marktfaling de kosten of nadelen ervan ruimschoots overstijgen;
4. Er geen ongelijke verdeling is van de kosten en baten tussen verschillende doelgroepen binnen de samenleving;
5. Er geen private belangen van de opstellers van de wetgeving (politiek of ambtelijk) aanwezig zijn, bijv. financieel of electoraal gewin bij de invoering van de wetgeving.

Wanneer de wetgeving niet voldoet aan minstens één (maar beter aan meerdere) van deze vijf criteria voldoet, dan kunnen we daaruit afleiden dat deze een eerder sturend of instrumenteel karakter heeft. Het is wel belangrijk om op te merken dat het laatste criterium in de praktijk moeilijk te toetsen valt. In die zin kan men stellen dat sturende regelgeving eerder als een 'default scenario' kan gezien worden, terwijl het ordenend karakter van wetgeving nauwgezet bewezen moet worden. Deze (eerder) zware bewijslast sluit aan bij het juridische beginsel dat inperkingen van of inbreuken op een grondrecht terughoudend moeten gebeuren, waardoor de vereiste compensaties zo volledig mogelijk moeten gebeuren. M.a.w., indien de invoering van ordenend recht leidt tot geen of minder compensaties voor de houder van het grondrecht, dan moet dit ordenend karakter dus ook objectief, eenduidig en onbetwistbaar aangetoond worden.

Wat betreft het belang van het eigendomsrecht in het maatschappelijk weefsel en economisch verkeer stelt de rechtseconomie kort samengevat:

1. Privaat eigendomsrecht past binnen de menselijke aard die nastreeft om goederen en diensten te accumuleren voor zichzelf of voor anderen waar men om geeft. Zonder dergelijke instituties moedigt men verspilling en luiheid aan.
2. Ze vervullen een belangrijke coördinatiefunctie aangezien ze het mogelijk maken dat de wensen van individuen worden omgezet in marktuitskomsten.
3. Ze zorgen ervoor dat men de volledige capaciteit van het eigendom gaat gebruiken en ze beschermen het eigendom tegen misbruik. Daarnaast zorgen ze dat externe effecten gelinkt aan het gebruik worden geïnternaliseerd.
4. Tot slot creëren ze stabiliteit en beschermen ze de verwachtingen die voortvloeien uit investeringen en eigen initiatieven. Men gaat enkel investeren als men weet dat de investering beschermd wordt, en dat een mogelijke onteigening door de overheid volgens de grondwet niet toegelaten is.

In een land waar eigendomsrechten niet bestaan, zouden de burgers op dagdagelijkse basis afhankelijk zijn van de wil en potentieel de willekeur van de overheid. De overheid zou immers haar mogelijkheid tot compensatieloze onteigening kunnen gebruiken als drukkingsmiddel om elke vorm van protest te ontmoedigen. Het recht op privaat eigendom is in dat opzicht niet alleen noodzakelijk voor welvaartscreatie maar ook voor een optimale werking van de democratie. De aanwezigheid van

eigendomsrechten creëert op die manier een barrière voor situaties waarbij de overheid (of de meerderheid) uit eigenbelang wenst te handelen. Een hogere mate van stabiliteit is tevens nodig opdat burgers hun zaken kunnen plannen, om de effecten van belangengroepen op de overheid te verminderen, om investeringen te promoten en om de afbrokkeling van politieke processen tegen te gaan als gevolg van bepaalde gevoelige kwesties.

De aanwezigheid van eigendomsrechten zorgt ervoor dat een onteigening (juridisch of via wettelijke erfdiensbaarheden) niet op willekeurige basis zal gebeuren of omwille van discriminerende of irrelevante redenen. Hierdoor is de overheid verplicht om de noodzaak van een onteigening met feiten te motiveren gecombineerd met een afweging van de kosten en baten van een dergelijke actie. Eigendomsrechten zorgen er tevens voor dat de mening van anderen gehoord wordt voordat men overgaat tot een onteigening. Daarnaast versterkt deze beperking de geloofwaardigheid van de overheid. Mensen voelen zich zelfverzekerd en vertrouwend als ze de kans krijgen om gehoord te worden voordat men overgaat tot een actie die hun belangen schaadt.

Via een rechtelijke toetsing kan dit mogelijk overheidsmisbruik worden beperkt. Door het toetsen van wetten aan een wet van hogere orde of aan objectief vastgestelde toetsingscriteria, kunnen dergelijke inspanningen die het eigenbelang dienen, gelimiteerd worden. Rechtbanken, in plaats van wetgevers, worden de scheidsrechters van wetgeving. Aangezien het doel van de rechterlijke toetsing is om in te gaan tegen de tirannie van de meerderheid, speelt dit een belangrijke rol in de bescherming van politieke en menselijke rechten maar ook in de bescherming van de democratie. Wanneer we dit nu samenleggen met de bovenstaande analyse van de theorie van 'private interests' en 'public interests' dan houdt dit in dat rechters eventueel kunnen nagaan wat de achterliggende motieven van wetgeving zijn (eerder algemeen belang of eerder bepaalde groepen bevoordelen). Om dit te doen moeten er echter wel zo helder mogelijke criteria geformuleerd worden die door de rechters kunnen toegepast worden.

Zowel de noodzakelijkheids- als de evenredigheidstoets vloeien voort uit deze wenselijke en zelfs noodzakelijke vrijwaring van het eigendomsrecht. In de rechtseconomie zijn er twee benaderingen van de bescherming van eigendomsrechten, namelijk via de *eigendomsregel of Property Rule* (geen inbreuk plegen op eigendom zonder toestemming van de eigenaar) ofwel via de *aansprakelijkheidsregel of Liability Rule* (inbreuk plegen op een eigendom zonder toestemming mag in ruil voor het betalen van een schadevergoeding). Volgens sommige auteurs zullen partijen zowel onder eigendomsregels als aansprakelijkheidsregels met elkaar onderhandelen zolang de transactiekosten laag zijn. Daarnaast kunnen bij hogere transactiekosten, en waarbij onderhandelen dus onmogelijk is, eigendomsregels wel leiden tot betere resultaten dan onder een systeem van aansprakelijkheidsregels. Samengevat zal men opteren voor de:

- Eigendomsregel indien transactiekosten > proceskosten + welvaartsverlies;
- Aansprakelijkheidsregel indien transactiekosten < proceskosten + welvaartsverlies.

Bij de noodzakelijkheidstoets is het daarom essentieel om na te gaan in welke mate overheidstussenkomst vereist is om dit maatschappelijk probleem aan te pakken. Eveneens moet de vraag gesteld worden of er oplossingen mogelijk zijn die steunen op vrijwilligheid. Het is de taak van

de wetgever om bij het ontwikkelen van het beleid aan te tonen dat het vrijwillig karakter (om bepaalde redenen) niet mogelijk is en er dwang vereist is. Volgende mogelijke redenen werden uit de literatuur geïdentificeerd:

- De externaliteit is van toepassing op grote groep eigenaars (hoge transactiekosten);
- Een 'holdout' en 'freeloader' probleem (hoge transactiekosten) door enkelingen.

Bij de evenredigheidstoets is het dan weer belangrijk de vraag te stellen over wat men als een 'normaal maatschappelijk risico' kan beschouwen. Want wanneer de normale risico's al in de waarde van een eigendomsrecht zijn opgenomen en het normaal risico zich alsnog voltrekt, het toekennen van een nadeelcompensatie een dubbel (en dus onterecht) voordeel voor de eigenaar zou opleveren. Volgens de literatuur kan men een abnormaal risico interpreteren als het risico dat groter is dan de gewone dagdagelijkse risico's die eenieder neemt, maar ook als het risico dat een normaal voorzichtig en oplettend mens in dezelfde feitelijke omstandigheden niet zou hebben genomen. Drastische en onvoorzienbare wijzigingen in de wetgeving door eenzijdige en dwingende beleidsmaatregelen vallen buiten het normale risico aangezien de burger zich hier minder tot niet tegen kan voorzien.

Als gevolg hiervan moet dus een koppeling gemaakt worden met de legitimiteitsvraag van de beleidsmaatregel. De burger kan zich immers beter instellen op en aanpassen aan overheidstussenkomsten wanneer zij een legitiem karakter hebben. De belangrijkste drijfveer van overheidstussenkomst vanuit de inzichten van neoklassieke economie is het verhogen van maatschappelijke welvaart door de aanpak van marktfalingen. Marktfalingen worden echter vaak ingeroepen als algemeen belang, maar zonder dat dit terecht is, zoals hierboven al aangetoond. Daarnaast moet er ook rekening gehouden worden met de politieke soevereiniteit waarbij niet enkel doelstellingen van economische efficiëntie nagestreefd kunnen worden, maar ook herverdeling en andere vormen van rechtvaardigheid.

De vraag rijst hierbij of men bij de bepaling van de mate (of bedrag) van nadeelcompensatie geen onderscheid moet maken tussen herverdeling (in strikte zin) en andere redenen van rechtvaardigheid aangezien men moet pleiten voor een inclusieve samenleving en inclusieve instituties die zorgen voor een toename van de economische welvaart en een eerlijke (her)verdeling van de welvaart en de politieke invloed in een maatschappij. Rechtseconomen stellen dat er een nauw verband bestaat tussen inclusieve economische en politieke instituties en welvaart. Inclusieve economische instituties, die eigendomsrechten beschermen, voor een gelijk speelveld zorgen en investeringen in nieuwe technologieën en vaardigheden stimuleren, dragen meer bij aan economische groei dan extractieve economische instituties, die erop gericht zijn de grote meerderheid uit te buiten ten bate van een kleine minderheid en die geen bescherming van eigendomsrechten bieden of economische activiteit stimuleren. Inclusieve economische instituties worden ondersteund door en ondersteunen op hun beurt weer inclusieve politieke instituties. Dat zijn instituties die zorgen voor een brede en pluralistische spreiding van de politieke macht en voor een bepaalde mate van politieke decentralisatie; hierdoor wordt het mogelijk rust en orde te brengen, de basis te leggen voor de bescherming van eigendomsrechten en een inclusieve markteconomie te creëren. Evenzo zijn extractieve economische instituties synergetisch gekoppeld aan extractieve politieke instituties, die de macht concentreren in de handen van kleine elites, die er daarom baat bij hebben deze extractieve

economische instituties in stand te houden en nieuwe te ontwikkelen en de middelen die ze daarmee verkrijgen, te gebruiken om hun greep op de politieke macht te verstevigen.

Deze rechtseconomische analyse brengt ons tot de conclusie dat alleen een democratische rechtstaat, door zijn bescherming van de algemene grondrechten en basisvrijheden en door zijn algemeen herverdelend karakter, kan leiden tot inclusieve instituties, terwijl een te eenzijdige focus op de democratische besluitvorming *sensu strictu*, met zijn potentiële *rent seeking* op basis van gewone meerderheidsbeslissingen, steeds het risico in zich draagt extractief te zijn of te worden.

De studie integreert vervolgens de juridische en rechtseconomische onderbouwing van het GBOL-beginsel. De (juridische) onduidelijkheid inzake de verhouding tussen de evenredigheidsvereiste enerzijds en het GBOL-beginsel anderzijds wordt verder uitgespit met de bijdrage van ALEN en VERRIJDT uit 2012 als uitgangspunt. De ventielfunctie van het GBOL-beginsel wordt bevestigd en benadrukt. Deze ventielfunctie houdt in dat het GBOL-beginsel gebruikt kan worden om de druk te verlichten die in extreme situaties voor getroffen burgers kan ontstaan wanneer er – in alle evenredigheid – geen vergoedingsregeling werd uitgewerkt.

Het onderzoek spitst zich ook toe op de vraag naar de noodzakelijkheidstoets. Het Grondwettelijk Hof voert geen noodzakelijkheidstoets uit in haar rechtspraak, daar de vraag naar de noodzakelijkheid voor het Grondwettelijk Hof vooral vervat lijkt te zitten in de evenredigheidstoets. Het Hof van Justitie durft daarentegen wel toepassing te maken van het noodzakelijkheidsbeginsel, al lijkt zij dit niet te doen voor alle zaken. Enkel indien één van de fundamentele vrijheden (vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal) in het geding is of wanneer de betrokken wetgeving expliciet naar de noodzakelijkheidstoets verwijst (bijv. de dienstenrichtlijn) zal het Hof van Justitie sowieso een noodzakelijkheidstoets uitvoeren.

Tot slot evalueert de studie in deel 1 het voorstel van nadeelcompensatie dat in het bestek was opgenomen. Het onderzoek naar de verhouding tussen de evenredigheidsvereiste en het GBOL-beginsel maakt duidelijk dat het voorstel van nadeelcompensatie:

- gebruikt kan worden om de beleidsmaatregel te laten voldoen aan zowel de vereisten van het evenredigheidsbeginsel als aan deze van het GBOL-beginsel;
- inpasbaar is binnen de bestaande rechtspraak van zowel het objectief als het subjectief contentieux;
- gebaseerd is op de rechtseconomische inzichten die in de studie beschreven staan.

Het voorstel van nadeelcompensatie is dus zeker interessant. De studie onderzoekt daarom verder of hiervoor een wetgevend initiatief noodzakelijk is. Ze komt tot de volgende conclusie. Er bestaat geen twijfel over dat er vandaag de dag, door onder meer het EHRM, een vrij casuïstische benadering wordt gehanteerd. Het zal er steeds op aan komen om alle elementen in het voordeel van de overheid, dan wel de getroffen burger(s), tegen elkaar af te wegen. Het verderzetten van deze casuïstische benadering zou ertoe kunnen leiden dat er onduidelijkheid blijft bestaan (1) voor de burger (rechtssubject of normadressaat) over de vrijwaring van zijn eigendomsrechten en 2) voor

de wetgever over de financiële gevolgen van haar beleid. Een wetgevend initiatief kan – minstens gedeeltelijk – voor meer rechtszekerheid zorgen en verdient dan ook de voorkeur.

De uitwerking van een nieuwe decretale regeling inzake nadeelcompensatie zal in een eerste fase vermoedelijk leiden tot een toename van het aantal betwistingen van wetgeving. De overgang naar een nieuw instrument zal leiden tot onduidelijkheid in een eerste fase en informatiekosten met zich meebrengen. Bij nieuwe wetgeving is het vaak zo dat eventuele onduidelijkheden in de wetgeving door verschillende partijen anders geïnterpreteerd wordt en er hierdoor ook nieuwe geschillen worden ingeleid. Met andere woorden, in eerste instantie zal het aantal geschillen en de gerechtskosten toenemen. Wel is het zo dat de decretale oplossing er zal toe leiden dat de transactiekosten voor de normadressaten lager zijn om een dergelijk geschil aan te spannen. De doorlooptijd om een beslechting van het geschil te bekomen zal ook lager zijn bij deze aanpak.

Op langere termijn zou een decretale regeling de overheden ertoe moeten aanzetten om bij de invoering van nieuwe regels een grondiger onderzoek te doen. Zo zal men moeten motiveren waarom de beleidsmaatregel legitiem, noodzakelijk en proportioneel is. Uiteraard moest men dit ook al doen vroeger in hoofde van de reguleringssimpactanalyse (RIA), maar de nadeelcompensatie kan een bijkomend versterkend effect hebben op de toepassing van deze RIA-logica aangezien er eventuele financiële gevolgen kunnen zijn. Dus voor een aantal administraties kan de decretale regel leiden tot een betere motivering van de wetgeving, voor een aantal administraties zal er geen effect zijn aangezien zij dit nu reeds doen. Als de motivering van wetgeving beter zal gebeuren, kan men verwachten dat de kwaliteit van wetgeving toeneemt en ten slotte ook de welvaart van en in de samenleving.

Daarnaast moeten vanuit rechtseconomisch standpunt ook de voor- en nadelen van een bestuursrechtelijke enerzijds en een gerechtelijke procedure anderzijds geanalyseerd worden. In Nederland is de gelijkheid van openbare last erkend als een algemeen beginsel van deugdelijk bestuur en is geopteerd voor een bestuursrechtelijk procedure waarbij de overheid verplicht is tot het compenseren van de onevenredige nadelen die zij veroorzaakt. Het rechtseconomische antwoord is uiteraard ten dele gelegen in de omvang van de rechtszaak en de bijhorende gerechtskosten. De gerechtelijke procedure lijkt veeleer geschikt voor grote zaken; voor kleine zaken is een proces vaak te duur. Het is zo dat als gevolg van wettelijke en gerechtelijke interesten en van de langdurige procedures de vergoedingen bij een rechtszaak hoog kunnen oplopen, hetgeen een afschrikkend effect kan hebben op de besturen. Dergelijke compensaties kunnen dan beschouwd worden als “punitive damages” hetgeen de case voor de keuze van een bestuursrechtelijke procedure versterkt.

Er bestaan weinig onderzoeken die de administratieve en gerechtelijke procedure vergelijken op kosten. Een voorbeeld is de vergelijking van de bestuurlijke verkeersboete en de gerechtelijke procedure. Nu blijkt de bestuurlijke procedure vooral te verkiezen voor wat betreft de administratieve kosten. De administratieve afhandeling is doorgaans efficiënter bij bestuurlijke procedures en vereist minder tijdsinspanning. Ook de kosten om een procedure te starten zijn bij een bestuurlijke procedure doorgaans veel lager dan bij een gerechtelijke *procedure*. Concreet kan ten eerste de vaststelling door de inzet van ambtenaren en eenvoudige vaststellingsformulieren in het

bestuursrecht tegen lagere kosten gebeuren. Gegeven de bestaande rechtswaarborgen, waaronder de bewijslast en de strakke regels voor de bewijsvergaring, lopen de kosten van de gerechtelijke procedure voor informatievergaring en de zitting op tegenspraak zo hoog op dat onder deze omstandigheden het hele gerechtelijke proces duur uitvalt. Wat de kosten van de rechtswaarborgen betreft, zijn deze het laagst bij de bestuurlijke procedure. Maar niet enkel de kosten per gerechtelijke procedure spelen een rol, ook het aantal processen beïnvloedt de totale proceskosten. Daar de bestuurlijke procedure geen systematisch gebruik van een gerechtelijke procedure maakt, boekt deze ook hier winst. De ingebouwde bestuurlijke vereisten die als buffer functioneren tegen het instellen van een gerechtelijke procedure door de benadeelde, garanderen een verdere terugval van het aantal procedures.

Deel 2 van de studie slaat dan de brug van het meer theoretische deel naar het praktische deel van de studie, namelijk de gevalstudies. De bedoeling is om het voorstel van nadeelcompensatie af te toetsen aan vier door de Vlaamse overheid geselecteerde gevalstudies. Het gaat meer bepaald om:

- de regeling inzake planschade;
- de kapitaalschade-, gebruikersschade en bestemmingswijzigingscompensatie;
- de figuur van de billijke schadevergoeding; en
- de vergoeding inzake de inschakeling in waterbeheersing.

Het gebruik van gevalstudies laat ook toe om het voorstel van nadeelcompensatie voor de eerste keer in gebruik te nemen. Hierbij kunnen drie mogelijke elementen interessant zijn bij de verdere toepassing van dit voorstel.

Ten eerste kan het in dit document uitgewerkt voorstel van nadeelcompensatie als een overkoepelend kader van de reeds bestaande compensatieregelingen, bijv. inzake planschade, beschouwd worden. Aangezien het voorstel de vorm aanneemt van een standaard, laat het meer vrijheid toe om rekening te houden met situationele factoren die bij iedere eigendomsbeperkende maatregel verschillend van aard kunnen zijn. Het gebruik van standaarden sluit ook meer aan bij de wensen van de Vlaamse Regering zoals opgenomen in het Vlaams Regeerakkoord (2014-2019). Sterk gedetailleerde regels kunnen immers de perceptie wekken dat de overheid de doelgroepen wantrouwt. Men zou idealiter vrijwel altijd moeten opteren voor standaarden tenzij er valabele redenen zijn (bv. de vermindering van transactiekosten) die de keuze voor een meer gedetailleerde regelgeving juridisch en economisch rechtvaardigen en zelfs noodzakelijk maken. Door de relatief gemakkelijke toepasbaarheid van de planschaderegeling, met de bijhorende lagere toepassingskosten (aangezien de vereiste van bouwverbod gemakkelijk vast te stellen is), alsook door het feit dat deze een grotere compensatie toekent dan wat het uitgewerkt voorstel zou bieden, is de planschaderegeling niet enkel conform het uitgewerkte voorstel, maar creëert zij zelfs een hogere meerwaarde voor de maatschappij.

Daarnaast blijkt uit de gevalstudies dat het inclusief, dan wel extractief karakter van een herverdeling in elkaars verlengde liggen, wat betekent dat ze in dezelfde compensatiecategorie moeten worden behandeld. Op basis hiervan komt de studie tot de volgende regeling van nadeelcompensatie waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen vijf gevallen of scenario's:

- 100 – 80%: altijd compensatie want dit vormt een quasi-onteigening.
- 80 – 60%: altijd compensatie, tenzij het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt wordt, en dit gedrag schade veroorzaakt dat meer bedraagt dan het waardeverlies.
- 60 – 40%: altijd compensatie, tenzij
 - o het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt wordt, en dit gedrag schade veroorzaakt dat meer bedraagt dan het waardeverlies,
 - o de beleidsmaatregel de transactiekosten verlaagt of een ordenend karakter heeft en de voordelen van dit ordenend karakter het waardeverlies meer dan compenseert.
- 40 – 20%: altijd compensatie, tenzij
 - o het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt wordt, en dit gedrag schade veroorzaakt dat meer bedraagt dan het waardeverlies,
 - o de beleidsmaatregel de transactiekosten verlaagt of een ordenend karakter heeft en de voordelen van dit ordenend karakter het waardeverlies meer dan compenseert.
 - o De beleidsmaatregel een inclusief herverdelend karakter heeft, op basis van een zuivere meerderheidsbeslissing gebeurt en de normadressaat niet kan aantonen dat de beleidsmaatregel een extractief herverdelend karakter op basis van rent seeking heeft.
- 20 – 0%: nooit compensatie want dit vormt een toepassing van het 'de minimis' principe.

Tot slot rijst de vraag of een toepassing van diverse categorieën zoals opgenomen in het aangepast voorstel van nadeelcompensatie, de gelijke behandeling van de rechtssubjecten niet schendt. Men moet er bovendien over waken dat het voor de normadressaat in bepaalde situaties niet interessanter wordt om zich op een ongewenste manier te gedragen om een hogere compensatie af te dwingen. Hierbij lijkt het ook relevant om te verwijzen naar het concept van moreel risico aangezien een volledige compensatie in geval van een (de facto) onteigening een moreel risico creëert in de zin dat eigenaars met hun eigendom negatieve externaliteiten zouden creëren. Anderzijds zal het concept ertoe bijdragen om de gevolgen van het abnormaal risico op een beperking van de eigendomsrechten door de overheid te elimineren, aangezien hiervoor een compensatie voorzien zal worden.

Daardoor lijkt het ons aangewezen om de categorieën van het voorstel van nadeelcompensatie niet zozeer te zien als toepassingsvoorwaarden om al dan niet over te gaan tot een volledige compensatie, maar wel als een soort opeenvolgende vergoedingsschijven (cfr. de belastingschijven). Hierdoor kan het probleem van de ongelijke behandeling op een correcte manier aangepakt worden. Stel dat 90% van het eigendom door een beleidsmaatregel wordt aangetast en de overige 10% niet, dan zal niet de volledige 90% zomaar vergoed worden, maar zal de vergoeding toegekend worden in de diverse vergoedingsschijven die bij deze 90% vermogensaan­tasting van toepassing zijn. De resterende 10% wordt hierbij uiteraard buiten beschouwing gelaten. Het resultaat is dat er nooit een vergoeding betaald moet worden t.w.v. van de eerste 20% van de totale waarde (laagste schijf), en vervolgens slechts 20% vergoeding betaald moet worden wanneer de beleidsmaatregel een negatieve

externaliteit corrigeert, 40% moet betaald worden in het geval van een ordenende maatregel, en 60% indien er sprake is van een inclusieve herverdelende maatregel.

Tot slot wijzen we erop dat de hoogte van de planschade(vergoeding) de nodige aandacht verdient. In de praktijk blijkt dat een onvoldoende toekenning van nadeelcompensatie kan leiden tot het inroepen van artikel 1382 BW. In een recent vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel wordt dit zeer duidelijk aan de orde gesteld. De rechtbank oordeelt namelijk dat een planschadevergoeding gedeeltelijk is terwijl een beroep op artikel 1382 BW een volledige schadevergoeding vooropstelt en de rechtbank vindt het beroep op artikel 1382 BW gegrond. Deze rechtspraak dient zeker nauwlettend te worden opgevolgd.

INLEIDING

In het kader van het bestek nr. TW01 "Onderbouwing en verdere uitwerking van het analysekader bij de opmaak van regelgeving ten einde te kunnen voldoen aan het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten" werd aan de Universiteit Hasselt de opdracht toegekend om een onderzoek uit te voeren naar de inhoud van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten (hierna: het GBOL-beginsel) en de eventuele implementatie van dit beginsel in de Vlaamse wetgeving.

In het eerste deel van dit onderzoeksrapport zal er in de eerste plaats worden ingezoomd op de juridische en (rechts)economische onderbouwing van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten (GBOL). Het zijn deze theoretische inzichten die het mogelijk zullen maken om het door de Vlaamse overheid geponeerde voorstel van nadeelcompensatie, in een derde hoofdstuk, concreet te analyseren en daarna goed te keuren of te herwerken.

Het tweede deel van dit onderzoeksrapport zal inzoomen op de concrete aftoetsing van het goedgekeurde of herwerkte systeem van nadeelcompensatie aan de vier gevalstudies die door de Vlaamse overheid werden geselecteerd. Het gaat meer bepaald om de regeling inzake planschade; de kapitaalschade-, gebruikersschade en bestemmingswijzigingscompensatie; de figuur van de billijke schadevergoeding en de vergoeding inzake de inschakeling in waterbeheersing. Er zal worden onderzocht of deze regelingen, die worden ingevoerd of - voor wat betreft de vergoeding - worden geharmoniseerd in het nieuwe instrumentendecreet, een juridische en rechtseconomische toets kunnen doorstaan, waarna er concrete besluiten en aandachtspunten kunnen worden geformuleerd bij het geponeerde systeem van nadeelcompensatie.

Dit onderzoeksrapport zal uiteindelijk als beleidsdocument kunnen dienen voor de verdere uitwerking en implementatie van wetgeving inzake het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten.

DEEL 1: JURIDISCHE EN RECHTSECONOMISCHE ONDERBOUWING

INLEIDING

Het eerste hoofdstuk van dit eerste deel van het onderzoeksrapport vormt een bevattelijke en beknopte juridische situering van het gelijkheidsbeginsel van de burgers voor de openbare lasten waarbij er bovendien reeds wordt ingespeeld op de volgende fase van de onderzoeksopdracht door het instrumentendecreet, waar mogelijk, bij het onderzoek te betrekken. Dit eerste hoofdstuk valt uiteen in drie afdelingen.

In een eerste afdeling wordt er ingegaan op het ontstaan en de evolutie van het GBOL-beginsel. Er wordt voornamelijk ingezoomd op het leerstuk van de burenhinder, waarna de principiële arresten van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof uitgebreid worden besproken.

De tweede afdeling neemt de daadwerkelijke toepassing van het GBOL-beginsel onder de loep. Verschillende elementen zullen worden besproken: de daadwerkelijke toepassingsvoorwaarden van het GBOL-beginsel; de vergoedingsregeling in het kader van het GBOL-beginsel en de mogelijke samenlezing van het GBOL-beginsel en artikel 1 EAP EVRM.

In de derde en laatste afdeling wordt er over de grenzen heen gekeken. Is men in Wallonië, Nederland en Frankrijk reeds bekend met het GBOL-beginsel en op welke manier passen zij dit beginsel toe? Het zal vooral het Nederlandse rechtssysteem zijn dat aan een meer uitgebreide analyse zal worden onderworpen.

Het tweede hoofdstuk van dit eerste deel van het onderzoeksrapport behandelt de rechtseconomische analyse van het beginsel van gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten (GBOL) en het daaraan gekoppelde concept van nadeelcompensatie. Voor de uitwerking van het compensatiemodel is er nood aan inzichten vanuit drie takken van economische literatuur: de rechtseconomische literatuur, de welvaartseconomische literatuur en de constitutionele economische literatuur. Om het document overzichtelijk te houden is ervoor gekozen om de literatuurstudie uit te werken in hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3. Hoofdstuk 4 en 5 maken gebruik van de inzichten uit de literatuur om deze in te zetten voor de toepassing op de nadeelcompensatie en het GBOL-beginsel.

In een eerste afdeling wordt de context van de studie nader toegelicht, samen met de doelstellingen van de rechtseconomische analyse van het GBOL-beginsel en het concept van nadeelcompensatie.

In afdeling 2 worden de neoklassieke inzichten, meer bepaald die van "welfare economics", en hun relevantie binnen de huidige context nader bekeken. We overlopen de algemene theorieën omtrent regulering, de rechtseconomische bestaansredenen van regelgeving en geven aan welke gaten in de huidige literatuur nog steeds aanwezig zijn. Dit laat toe om een basis te leggen voor de toepassing op het GBOL-beginsel.

Afdeling 3 omvat een beschrijving van de rechtseconomie en het concept van eigendomsrechten waarbij we dieper ingaan op de rol van eigendomsrechten, de bescherming van eigendomsrechten de relatie tussen eigendomsrechten en de kwaliteit van instituties.

In afdeling 4 bieden wij vanuit een rechtseconomische analyse een antwoord op een aantal onderzoeksvragen met betrekking tot het GBOL- beginsel en het concept van nadeelcompensatie.

Tot slot, zullen we in de laatste afdeling de vraag behandelen of het mogelijk is om te komen tot objectieve raming van de waardevermindering in het geval van onteigening. Daarnaast bekijken we welk voordeel een decretale uitwerking van de compensatieprocedure levert voor de maatschappij.

Het derde laatste hoofdstuk van dit eerste deel van het onderzoeksrapport poogt een brug te vormen tussen het theoretische eerste en tweede hoofdstuk enerzijds en het concrete tweede deel anderzijds. In dit derde hoofdstuk wordt in de eerste plaats een toetsingskader gecreëerd maar er wordt eveneens stilgestaan bij de vraag of een wetgevend initiatief noodzakelijk is en welke vorm zo'n wetgevend initiatief kan aannemen.

Uiteindelijk heeft dit eerste deel van het onderzoeksrapport tot doel om als leidraad te fungeren voor de concrete gevalstudies die in het kader van het tweede deel van deze onderzoeksopdracht uitgevoerd zullen worden.

HOOFDSTUK 1. JURIDISCHE ONDERBOUWING VAN HET BEGINSEL VAN GELIJKHEID VAN DE BURGERS VOOR DE OPENBARE LASTEN

AFDELING 1. ONTSTAAN EN EVOLUTIE VAN HET BEGINSEL VAN GELIJKHEID VAN DE BURGERS VOOR DE OPENBARE LASTEN

In het kader van het eerste deel van het onderzoeksrapport inzake het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten (hierna verkort: GBOL-beginsel) wordt in deze eerste afdeling stilgestaan bij de geschiedenis en de (juridische) evolutie van het GBOL-beginsel in de Belgische rechtsorde.

1. De eerste tekenen van het GBOL-beginsel

In het (verre) verleden werd er in de rechtsleer al een paar keer verwezen naar het GBOL-beginsel.

Zo opperde MARCQ reeds in 1911 dat het GBOL-beginsel kan worden gebruikt om een systeem van overheidsaansprakelijkheid op poten te zetten.¹ DABIN grijpt in 1921 terug naar deze visie van MARCQ om een foutloze aansprakelijkheid van de overheid voor burenhinder te ontwikkelen die wordt geënt op het GBOL-beginsel.² Beide trachten op hun manier de absolute opvatting van de scheiding der machten, die op dat moment algemeen werd aanvaard, te doorbreken door het onmogelijk te maken voor de overheid om altijd aan haar aansprakelijkheid te ontsnappen.³

De wens van zowel MARCQ als DABIN wordt vervuld door het Flandria-arrest waarin duidelijk wordt gesteld dat ook de overheid onderworpen is aan de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels.⁴

FLAMME hanteert in 1959 het GBOL-beginsel in de tegenovergestelde richting. Hij gebruikt het GBOL-beginsel om de aansprakelijkheid van de overheid in het kader van het leerstuk van de burenhinder te beperken.⁵ Hiermee plaatst FLAMME zich lijnrecht tegenover de visies van DABIN en MARCQ. Dit verschil kan verklaard worden door rekening te houden met de tijdsgeest waarin FLAMME enerzijds en DABIN en MARCQ anderzijds zich bevonden, met name respectievelijk na en voor het Flandria-arrest.

¹ R. MARCQ, *La responsabilité de la puissance publique*, Larcier, Brussel en Sirey, Parijs, 1911.

² J. DABIN, "L'abus de droit et la responsabilité dans l'exercice des droits", *La Belgique Judiciaire* 1921.

³ S. STIJNS en H. VUYE, "Burenhinder, openbare werken, overheden, het "beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten" en de verplichting tot compensatie: meanders in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *TBBR* 2001, afl. 6, 348 of A. ALEN en W. VERRIJDT, "Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 14.

⁴ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193.

⁵ M.-A. FLAMME, "Du partage des compétences entre le Conseil d'Etat et les tribunaux en matière d'atteintes aux aïsanses de voirie et de dommages provenant de travaux publics" (noot bij Cass. 4 juni 1959), *RCJB* 1959, 356 – 358.

De visie van FLAMME wordt echter niet veel later al tegengesproken door het Hof van Cassatie in het Kanaal- en het Schoorsteenarrest.

2. Burenhinder

a. Het Kanaal- en het Schoorsteenarrest⁶

Het Kanaal- en het Schoorsteenarrest van 1960 hadden respectievelijk betrekking op burenhinder veroorzaakt door een overheid en door een particulier. Wat frappant is, is dat de leer van de burenhinder in de twee bovengenoemde arresten op exact dezelfde wijze werd toegepast. Het criterium dat gebruikt diende te worden om te oordelen of een overheid bovenmatige hinder had veroorzaakt was identiek aan het criterium dat werd gehanteerd in zaken waarin de burenhinder werd veroorzaakt door een particulier.⁷ De hoedanigheid van de veroorzaker had bijgevolg geen enkele impact.⁸

De conclusie van de Advocaat-Generaal Mahaux bij het Kanaal- en het Schoorsteenarrest bevat een passage die zeker het vermelden waard is. Zo stelt hij dat:

*"Pareilles atteintes, si elles restaient sans compensation, auraient en effet pour conséquence de rompre, en cas de travaux privés, l'égalité devant les charges du voisinage qu'implique la définition même du droit de propriété, et, en cas de travaux publics, l'égalité devant les charges publiques qui est le fondement même de la vie en société."*⁹ (eigen onderlijning)

Hoewel zowel het Kanaal- als het Schoorsteenarrest geen melding maken van deze passage van de Advocaat-Generaal, heeft deze passage weldegelijk een belang. Vrij vertaald stelt Advocaat-Generaal Mahaux immers dat de vergoedingsplicht voor overheden in het kader van veroorzaakte burenhinder voortvloeit uit de gelijkheid (van de burgers) voor de openbare lasten. Deze gelijkheid (van de burgers) voor de openbare lasten vormt volgens Advocaat-Generaal Mahaux zelfs het fundament van onze maatschappij. Het GBOL-beginsel – en zijn later uitdrukkelijk erkende grondwettelijke waarde – wordt in deze conclusie bijgevolg al aangestipt maar krijgt in het Kanaal- en het Schoorsteenarrest geen verdere navolging.

⁶ Cass. (voltallige terechtzitting) 6 april 1960, *Arr. Cass.* 1960, 722, *RCJB* 1960, 257

⁷ W. VERRIJDT, "Naar een principieel recht op vergoeding: artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM en het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten" in R. PALMANS, V. SAGAERT en W. VERRIJDT (eds.), *Eigendomsbeperkingen: de erfdienstbaarheid van openbaar nut*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 232 en N. KORTMANN en S. LIERMAN, "Het beginsel van de gelijkheid van burgers voor openbare lasten: een beginsel op de snijlijn van publiek- en privaatrecht", *TPR* 2014, afl. 2, 701.

⁸ S. STIJNS en H. VUYE, "Burenhinder, openbare werken, overheden, het "beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten" en de verplichting tot compensatie: meanders in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *TBBR* 2001, afl. 6, 332.

⁹ Conclusie Advocaat-Generaal Mahaux bij Cass. 6 april 1960, *Pas.* 1960, I, 928.

STIJNS en VUYE hebben kritiek op deze conclusie van de Advocaat-Generaal. Volgens deze auteurs verwacht de Advocaat-Generaal het concept van gelijkheid met het evenwichtsprincipe dat uiteindelijk door het Hof van Cassatie werd toegepast.¹⁰

De gehanteerde terminologie is weldegelijk van belang daar het evenwichtsprincipe niet de nadruk legt op de hoedanigheid van de betrokken partijen, maar op de verhouding tussen twee erven. Het feit dat het erf, dat hinder heeft veroorzaakt, toebehoort aan de overheid, heeft, wanneer men het evenwichtsprincipe toepast, geen enkel belang.¹¹ Het is uiteindelijk ook dit evenwichtsprincipe dat tot drie decennia na het Kanaal- en het Schoorsteenarrest consequent werd toegepast door het Hof van Cassatie.¹² Het GBOL-beginsel verdween gedurende deze periode uit het zicht.¹³

b. De ommekeer

Uiteindelijk wordt de conclusie van Advocaat-Generaal Mahaux in 1991 toch gevolgd. Met arresten van 28 januari en 23 mei 1991¹⁴ besluit het Hof van Cassatie alsnog om het evenwichtsprincipe voor hinder veroorzaakt door de overheid – minstens gedeeltelijk – te verlaten voor de gelijkheidsleer.¹⁵

SAGAERT stelt dat het Hof van Cassatie in zijn arresten van 1991 een tussenpositie heeft ingenomen:

“Bij de beoordeling van de bovenmatige burenhinder veroorzaakt door een overheidsinstantie in het algemeen belang, moet de rechter toch bij zijn beoordeling van de omvang van de hinder rekening houden met de lasten die een particulier persoon in het algemeen belang moet dulden. Hoewel niet steeds eenduidig, lijkt het erop dat de evenwichtsleer toepassing moet vinden, d.w.z. dat de hinder wel degelijk moet worden beoordeeld in de verhouding tussen het openbaar domein en het particuliere goed. Eén van de elementen om te beoordelen of het evenwicht is miskend, in combinatie met de andere feitelijke indiciën die hoger reeds werden vermeld, is de vraag of ook andere particulieren in vergelijkbare omstandigheden eenzelfde mate van hinder moeten dragen.

¹⁰ S. STIJNS en H. VUYE, “Burenhinder, openbare werken, overheden, het “beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten” en de verplichting tot compensatie: meanders in de rechtspraak van het Hof van Cassatie”, *TBBR* 2001, afl. 6, 332.

¹¹ S. STIJNS en H. VUYE, “Burenhinder, openbare werken, overheden, het “beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten” en de verplichting tot compensatie: meanders in de rechtspraak van het Hof van Cassatie”, *TBBR* 2001, afl. 6, 332.

¹² Op één uitzondering na: Cass. 1 oktober 1981, *RW* 1981-192, 2885. De draagwijdte van dit arrest mag volgens STIJNS en VUYE niet worden overschat.

¹³ A. ALEN en W. VERRIJDT, “Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof” in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 15 en S. LIERMAN en P.-J. VAN DE WEYER, “Rechtspreken aan de hand van een pluraliteit van rechtsnormen: meer – of minderwaarde voor de rechtsbescherming bij rechtmatige overheidsdaad?” in F. DERUYCK, E. GOETHALS, L. HUYBRECHTS, J.-F., LECLERCQ, J. ROZIE, M. ROZIE, P. TRAESE en R. VERSTRATEN (eds.), *Amicus curiae. Liber amicorum Marc De Swaef*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 268.

¹⁴ Cass. 28 januari 1991, *Pas.* 1991, I, 509; Cass. 23 mei 1991, *Pas.* 1991, I, 827.

¹⁵ W. VERRIJDT, “Naar een principieel recht op vergoeding: artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM en het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten” in R. PALMANS, V. SAGAERT en W. VERRIJDT (eds.), *Eigendomsbeperkingen: de erfdiensbaarheid van openbaar nut*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 232.

*De gelijkheid van de burger voor openbare lasten is dus een aanduiding van de al dan niet miskennis van de evenwichtsleer.*¹⁶ (eigen onderlijning)

STIJNS en VUYE verbinden dezelfde consequenties aan de betrokken arresten.¹⁷ Zij voegen hier wel aan toe dat dit bijkomend criterium niet toegepast dient te worden indien de overheid niet in het algemeen belang handelt.¹⁸

Het GBOL-beginsel vond bijgevolg sinds de arresten van 28 januari en 23 mei 1991 ingang in de leer van de burenhinder. Lange tijd bleef het daar ook bij. In 2010 besloot het Hof van Cassatie echter om nog een stapje verder te gaan.

3. De uitbreiding van de reikwijdte van het GBOL-beginsel (Cass. 24 juni 2010)

Met volgende passage wordt het GBOL-beginsel door het Hof van Cassatie buiten de leer van de burenhinder geplaatst en doet het een eerste uitspraak omtrent de aard van het GBOL-beginsel:

*"Krachtens het algemeen rechtsbeginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten, dat onder meer is neergelegd in art. 16 van de Grondwet, kan de overheid niet zonder vergoeding lasten opleggen die groter zijn dan die welke een particulier in het gemeenschappelijk moet dragen. Uit dit algemeen rechtsbeginsel vloeit voort dat de onevenredig nadelige – dit zijn: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een op zichzelf rechtmatige dwangmaatregel op goederen in het raam van een strafrechtelijk onderzoek zoals een huiszoeking, niet ten laste van de getroffene behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld. Bij de beoordeling van dit onevenredig nadeel moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden van de zaak en in het bijzonder met de betrokkenheid van de getroffene bij het vermeende misdrijf en met de redelijke verwachtingen van de burgers in verband met de solidariteit die van hen wordt gevraagd. Gelet op het fundamentele karakter van het voormelde algemene rechtsbeginsel mag de rechter er bij stilzwijgen van de wetgever van uitgaan dat deze de toepassing van het voormelde rechtsbeginsel aan de beoordeling van de rechter heeft nagelaten."*¹⁹

De feiten van deze zaak laten zich als volgt samenvatten: Immo Antwerpia was eigenaar van een pand waarin zij een aantal appartementen verhuurde. Naar aanleiding van de verklaringen van een aantal verdachten, die suggereerden dat er drugsdelicten zouden plaatsvinden in het betrokken pand, viel de politie binnen in het pand.

¹⁶ V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 249.

¹⁷ Zie ook: N. KORTMANN en S. LIERMAN, "Het beginsel van de gelijkheid van burgers voor openbare lasten: een beginsel op de snijlijn van publiek- en privaatrecht", *TPR* 2014, afl. 2, 701.

¹⁸ S. STIJNS en H. VUYE, "Burenhinder, openbare werken, overheden, het "beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten" en de verplichting tot compensatie: meanders in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *TBBR* 2001, afl. 6, 338-339.

¹⁹ Cass. 24 juni 2010, *RW* 2010-2011, afl. 29, 1217.

Voor deze inval werd er een rechtsgeldig huiszoekingsbevel afgeleverd waardoor de handelingen van de politie als rechtmatig dienen te worden beschouwd.

Echter, de rechtmatigheid van de handelingen van de politie deed de omvangrijke schade, die aan het pand van Immo Antwerpia werd veroorzaakt, niet teniet. Hoewel er in slechts één appartement drugs werd gevonden, werden tijdens de huiszoeking zo'n 10 voordeuren geforceerd en alle deuren beschadigd.²⁰

Het Hof van Cassatie oordeelt uiteindelijk, gelet op het GBOL-beginsel, dat het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, waarin aan Immo Antwerpia een vergoeding werd toegekend voor de geleden schade, naar recht werd verantwoord, aangezien de toepassing van het – fundamenteel - GBOL-beginsel, bij gebreke aan enige wettelijke bepaling, geacht wordt door de wetgever aan het oordeel van de rechter te zijn overgelaten.²¹

Het GBOL-beginsel wordt door het Hof van Cassatie met het arrest van 24 juni 2010 bijgevolg ingepast in de foutloze aansprakelijkheid van de overheid voor (algemene) eigendomsschade.²² Of het GBOL-beginsel ook toepassing zal vinden bij de aantasting van persoons- of grondrechten blijft in dit arrest een open vraagstuk.²³

Een ander element dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 24 juni 2010 naar voren schuift is het fundamenteel – en (nog) niet het expliciet grondwettelijk karakter – van het GBOL-beginsel. In de rechtsleer leidt men, gelet op de bewoordingen van het Hof van Cassatie, met enige voorzichtigheid uit dit arrest af dat het GBOL-beginsel als een algemeen rechtsbeginsel met grondwettelijke waarde dient te worden beschouwd.²⁴ De daadwerkelijke bevestiging van het grondwettelijk karakter van het GBOL-beginsel volgt niet veel later in een arrest van het Grondwettelijk Hof (*infra*).

Het arrest laat echter wel de vraag open welke toepassing er van het GBOL-beginsel kan worden gemaakt indien de betrokken wetgeving het recht op een vergoeding expliciet uitsluit of indien er weldegelijk een – mogelijk slechts beperkte of symbolische – vergoeding wordt toegekend.

²⁰ J. GEENS en S. VERBIST, "De gelijkheid voor de openbare lasten als grondslag voor overheidsaansprakelijkheid", *Bb&b* 2011, afl. 2, 124.

²¹ A. ALEN en W. VERRIJDT, "Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 17.

²² W. VERRIJDT, "Naar een principieel recht op vergoeding: artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM en het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten" in R. PALMANS, V. SAGAERT en W. VERRIJDT (eds.), *Eigendomsbeperkingen: de erfdiensbaarheid van openbaar nut*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 234-235. Zie contra: G. VAN HOORICK, "Eigendom en openbare lasten: dit is nog maar het begin..." in B. GOOSSENS, Y. LOIX en F. SEBREGHTS (eds.), *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg. Liber amicorum Hugo Sebreghts*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 422.

²³ S. LIERMAN, "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten: wel fundamenteel, (nog) niet absoluut (noot onder Cass. 24 juni 2010)", *RW* 2010-2011, afl. 29, 1224.

²⁴ S. LIERMAN en P.-J. VAN DE WEYER, "Rechtspreken aan de hand van een pluraliteit van rechtsnormen: meer – of minderwaarde voor de rechtsbescherming bij rechtmatige overheidsdaad?" In F. DERUYCK, E. GOETHALS, L. HUYBRECHTS, J.-F., LECLERCQ, J. ROZIE, M. ROZIE, P. TRAEST en R. VERSTRATEN (eds.), *Amicus curiae. Liber amicorum Marc De Swaef*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 274 en S. LIERMAN, "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten: wel fundamenteel, (nog) niet absoluut (noot onder Cass. 24 juni 2010)", *RW* 2010 2011, afl. 29, 1225-1226.

LIERMAN stelt dat het Hof dit in het midden laat door enerzijds het GBOL-beginsel enkel in verband te brengen met een situatie waarin er geen vergoedingsregeling werd opgenomen en door anderzijds enkel te spreken over een beginsel met een fundamentele waarde.²⁵ Deze stelling zal verderop in het onderzoeksrapport worden besproken.

Het arrest van het Hof van Cassatie van 24 juni 2010 vormt aldus een volgende schakel in de ontstaansgeschiedenis en de verdere evolutie van het GBOL-beginsel. Hoewel het arrest al een aantal interessante uitspraken doet, blijven een aantal vragen onbeantwoord.

4. De grondwettelijke waarde van het GBOL-beginsel

a. Het arrest van het Grondwettelijk Hof dd. 19 april 2012 (nr. 55/2012)

Het Hof van Cassatie heeft in het arrest van 24 juni 2010 het "grondwettelijk karakter" van het GBOL-beginsel niet letterlijk erkend. Het Hof sprak daarentegen over een beginsel met een fundamentele waarde. Het Grondwettelijk Hof scheidt met het arrest van 19 april 2012 (nr. 55/2012) duidelijkheid. In dit arrest aanvaardt het Grondwettelijk Hof het grondwettelijk statuut van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor openbare lasten.²⁶

Met de intussen karakteristieke passage betreft het Grondwettelijk Hof het GBOL-beginsel in de grondwettigheidstoetsing van artikel 54 van de wet van 12 juli 1973 op het natuurbehoud:

"Krachtens het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten kan de overheid evenwel niet zonder vergoeding lasten opleggen die groter zijn dan die welke een persoon in het algemeen belang moet dragen.

Uit dit beginsel vloeit voort dat de onevenredige nadelige – dit zijn de buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende en op een beperkte groep van burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een op zichzelf rechtmatige overheidsdaad, zoals het opleggen van een erfdienstbaarheid van openbaar nut, niet ten laste van de getroffen behoren te komen, maar gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld.

Aangezien het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten een toepassing vormt van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, komt het aan het Hof toe een wettelijk bepaalde vergoeding voor een eigendomsbeperking, of de ontstentenis daarvan, aan dat beginsel te toetsen."²⁷

²⁵ S. LIERMAN, "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten: wel fundamenteel, (nog) niet absoluut (noot onder Cass. 24 juni 2010)", *RW* 2010-2011, afl. 29, 1226.

²⁶ S. LIERMAN en W. VERRIJDT, "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in R. PALMANS, D. LINDEMANS en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 23.

²⁷ GwH 19 april 2012, nr. 55/2012, overweging B.3.2 en B.3.3

Het arrest vormt een antwoord op een prejudiciële vraag die gesteld werd door het hof van beroep te Antwerpen naar aanleiding van de volgende feitelijke situatie: de nv Mafar beschikte over een contractueel bouwrecht – en geen eigendomsrechten – op twee percelen die, door toepassing van het Duinendecreet, na de toekenning van de stedenbouwkundige vergunning werden belast met een bouwverbod.²⁸

Toen de nv Mafar beroep wenste te doen op de vergoedingsregeling van artikel 54 van de wet van 12 juli 1973 kreeg zij in eerste aanleg en in graad van beroep gelijk. Echter, het Hof van Cassatie verbrak het betrokken arrest daar het Hof van mening was dat de vergoedingsregeling van artikel 54 enkel beschikbaar is voor eigenaars (van) en de houders van andere zakelijke rechten op een door een bouwverbod getroffen perceel.²⁹

Het Grondwettelijk Hof antwoordt uiteindelijk op de prejudiciële vraag dat er geen schending voorligt indien de betrokken bepaling zo geïnterpreteerd wordt dat ook de houder van een regelmatig uitgereikte stedenbouwkundige vergunning, zelfs indien hij geen zakelijke rechten heeft op het betrokken perceel, recht heeft op compensatie voor de door hem gemaakte kosten ter realisatie van de bestemming van het goed.³⁰

b. De impact van de grondwettelijke waarde van het GBOL-beginsel

Het Grondwettelijk Hof heeft in het arrest van 19 april 2012 (nr. 55/2012) de grondwettelijke waarde van het GBOL-beginsel bevestigd. In dit onderdeel staan we kort even stil bij de impact van deze kwalificatie van het GBOL-beginsel als algemeen rechtsbeginsel met een grondwettelijke waarde.

In het algemeen wordt er een onderscheid gemaakt tussen algemene rechtsbeginselen met wettelijke waarde en algemene rechtsbeginselen met grondwettelijke waarde. Volgens BOSSUYT vormen algemene rechtsbeginselen met een grondwettelijke waarde fundamentele gedragsregels die wezenlijk zijn voor het bestaan en de handhaving van de rechtsorde en per definitie deel uitmaken van de Grondwet.³¹

Het verschil tussen algemene rechtsbeginselen met wettelijke en grondwettelijke waarde is gelegen in hun relatie met de vigerende wetgeving. Een algemeen rechtsbeginsel met wettelijke waarde zal niet gebruikt kunnen worden indien de toepassing van dit beginsel onverenigbaar is met de vaste of ondubbelzinnige wil van de wetgever.³²

²⁸ G. VAN HOORICK, "Over het bouwverbod en de schadevergoedingsregeling in het kader van het Duinendecreet, en het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten", *MER* 2012, afl. 4, 252.

²⁹ GwH 19 april 2012, overweging B.2. en S. LIERMAN en W. VERRIJDT, "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in R. PALMANS, D. LINDEMANS en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 23.

³⁰ GwH 19 april 2012, nr. 55/2012, overweging B.6 en G. VAN HOORICK, "Over het bouwverbod en de schadevergoedingsregeling in het kader van het Duinendecreet, en het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten", *MER* 2012, afl. 4, 252.

³¹ A. BOSSUYT, "Algemene beginselen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *TPR* 2004, 1644.

³² S. LIERMAN, "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten: wel fundamenteel, (nog) niet absoluut (noot onder Cass. 24 juni 2010), *RW* 2010-2011, afl. 29, 1225.

Dit ligt anders bij een algemeen rechtsbeginsel met grondwettelijke waarde. Bij de toepassing van dergelijk algemeen rechtsbeginsel mag ervan uit worden gegaan dat de wil van de wetgever overeenstemt met het betrokken algemeen rechtsbeginsel.³³

Bijgevolg dient er te worden besloten dat de algemene rechtsbeginselen met een grondwettelijke waarde de geschreven Grondwet aanvullen en een hiërarchische positie boven de algemene wetgeving innemen. Algemene rechtsbeginselen met wettelijke waarde vullen daarentegen de algemene wetgeving aan en staan in de hiërarchie der rechtsnormen boven de uitvoeringsbesluiten van de administratieve overheden.³⁴

5. Verdere evolutie

a. Het arrest van het Grondwettelijk Hof van 1 oktober 2015 (nr. 132/2015)

Het arrest van het Grondwettelijk Hof van 1 oktober 2015 (nr. 132/2015) vormt een verdere verfijning en invulling van het GBOL-beginsel. In het kader van dit arrest werd o.a. hoofdstuk 6 van het Vlaamse decreet van 12 juli 2013 betreffende het onroerend erfgoed (het Onroerenderfgoeddecreet van 12 juli 2013) onder de loep genomen.

i) De rol van de gewone rechter

In een eerste middel voeren verzoekende partijen een schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol (EAP) EVRM en het GBOL-beginsel.

Het is belangrijk om aan te stippen dat, in tegenstelling tot het eerder besproken arrest van het Grondwettelijk Hof (nr. 55/2012), het in deze zaak gaat om een vernietigingsberoep en niet om een prejudiciële vraag. Het Grondwettelijk Hof houdt daarmee rekening in het arrest van 1 oktober 2015 (nr. 135.2015):

"Bij die arresten (GwH nr. 55/2012 en nr. 12/2014) gaf het Hof een antwoord op prejudiciële vragen, waarbij het zijn onderzoek beperkte tot de concrete situatie die zich in het bodemgeschil voordeed. In het kader van een beroep tot vernietiging moet het Hof er daarentegen rekening mee houden dat het bestreden decreet kan worden toegepast op een onbepaald aantal gevallen.

[...]

³³ A. BOSSUYT, "Algemene beginselen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *TPR* 2004, 1643 – 1644 en S. LIERMAN, "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten: wel fundamenteel, (nog) niet absoluut (noot onder Cass. 24 juni 2010)", *RW* 2010-2011, afl. 29, 1225.

³⁴ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 153.

*De concrete gevolgen van beschermingsbesluiten die krachtens hoofdstuk 6 van het bestreden decreet worden genomen voor de zakelijkrechthouder en voor de eigenaar van cultuurgoederen, kunnen geval per geval aanzienlijk variëren. Dat hoofdstuk is immers van toepassing op een veelheid aan beschermingsstatuten, te weten archeologische sites, monumenten, cultuurhistorische landschappen, en stadsgezichten of dorpsgezichten, in voorkomend geval met inbegrip van een overgangszone [...].*³⁵

Het Hof concludeert daarbij uiteindelijk dat de last, die zal worden opgelegd aan de zakelijkrechthouder van een beschermd goed/cultuurgoed, in vele gevallen niet van die aard zal zijn om een vergoeding op grond van het GBOL-beginsel te verantwoorden. Het GBOL-beginsel zal immers enkel aanleiding geven tot een vergoedingsplicht indien de gevolgen van de genomen maatregel buiten het normale maatschappelijke of bedrijfsrisico vallen. Het komt, volgens het Grondwettelijk Hof, aan de gewone rechter toe om in concrete gevallen na te gaan of er, op grond van het GBOL-beginsel, alsnog sprake is van een vergoedingsplicht.³⁶

Tot slot beoordeelt het Hof of het feit dat er geen vergoedingsregeling werd opgenomen in het betrokken decreet, redelijkerwijze verantwoord is.³⁷ In deze toets stipt het Grondwettelijk Hof de rol van de gewone rechters nog eens aan:

"De afwezigheid van enige vergoeding voor de zakelijkrechthouders van het beschermde goed of van de cultuurgoederen die zich erin bevinden, wordt door de decreetgever evenwel slechts verantwoord door aan te geven dat het om een « beleidsoptie » gaat (Parl. St., Vlaams Parlement, 2012-2013, nr. 1901/8, pp. 42 en 45). Die verantwoording houdt geen rekening met de veelheid aan situaties die zich in concrete gevallen als gevolg van een beschermingsbesluit kunnen voordoen en waarvan niet in abstracto uit te sluiten valt dat zij in bepaalde gevallen het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico te buiten gaan.

*Het bestreden decreet bevat, overeenkomstig de in B.13.3 vermelde parlementaire voorbereiding, geen vergoedingsregeling, maar verbiedt evenmin dat de rechter in het kader van een concreet beschermingsbesluit onderzoekt of op grond van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten een vergoeding moet worden toegekend. In geval van stilzwijgen van de wetgever staat het aan de rechter om het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten toe te passen, en daarbij rekening te houden met alle concrete elementen van openbaar en privaat belang, waaronder de in B.9.2 en B.10.2 opgesomde elementen, alsook de redelijke verwachtingen van de burgers in verband met de solidariteit die van hen wordt gevraagd (Cass., 24 juni 2010, Arr. Cass., 2010, nr. 453).*³⁸

³⁵ GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, overweging B.9.1 en B.9.2.

³⁶ GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, overweging B.10.1 en B.10.2.

³⁷ GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, overweging B.10.3

³⁸ GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, overwegingen B. 13.3, en B. 13.4. Het decreet betreffende het onroerend erfgoed grijpt uiteraard in op een groot aantal – reeds definitief geworden – beschermingsbesluiten die niet langer aanvechtbaar zijn voor de Raad van State. Voor toekomstige beschermingsbesluiten die onder de geldingskracht

Enkel in de hierboven geciteerde interpretatie kan hoofdstuk 6 van het Vlaamse decreet van 12 juli 2013 verzoenbaar worden geacht met de ingeroepen bepalingen.³⁹ Deze interpretatie ligt in lijn met de grondwettelijke waarde die aan het GBOL-beginsel wordt toegekend (*supra*).⁴⁰

Zolang de bevoegdheid van de gewone rechtbanken om het GBOL-beginsel toe te passen niet wordt uitgesloten, beschouwt het Grondwettelijk Hof de afwezigheid van een vergoedingsregeling *in casu* niet als onredelijk verantwoord en dus evenredig. THEUNIS en APPERMONT noemen dit "de ventielwerking" van het GBOL-beginsel.⁴¹

ii) De beoordelingscriteria van het GBOL-beginsel

Hoewel het Grondwettelijk Hof de verdere invulling van het GBOL-beginsel voornamelijk in handen van de gewone rechters legt, geeft het Hof toch een aantal criteria mee waarmee de gewone rechters rekening kunnen houden indien zij een toets aan het GBOL-beginsel dienen uit te voeren.⁴²

In twee passages lijst het Grondwettelijk Hof deze criteria op. Overweging B.9.2. heeft het voornamelijk over criteria met betrekking tot de betrokken zakelijkrechthouder of eigenaar. De impact die het beschermingsbesluit op hem/haar heeft kan immers afhangen van de redelijke verwachting dat het goed zou worden beschermd; het tijdstip waarop en de reden waarom hij/zij het betrokken goed heeft verworven, de plannen die hij/zij ermee had (incl. de vergunningen die reeds werden aangevraagd/verkregen); de investeringen die hij reeds heeft gedaan; de invloed van het beschermingsbesluit op de marktwaarde van het goed alsook de kennis en financiële middelen waarover hij beschikt om de verplichtingen die uit het beschermingsbesluit voortvloeien na te leven.

Overweging B.10.2 lijst dan weer een aantal criteria op die van belang kunnen zijn voor de betrokken overheid. Zo denkt het Grondwettelijk Hof aan de belangen die aan het bestreden decreet ten grondslag liggen; de erfgoedwaarde en het erfgoedbelang van het beschermde goed; het eerdere gedrag van de eigenaar met betrekking tot de erfgoedwaarde van het goed; de reeds toegekende premies en subsidies; de financiële draagkracht van de overheid. Wat dit laatste criterium betreft, dient te worden opgemerkt dat dit ingaat tegen de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Inzake het arrest *Potomska e.a. t. Polen* wordt onder meer gesteld dat:

"The district Mayor declared that he did not have sufficient funds to pay compensation to the applicants and therefore, for practical reasons, decided not to institute expropriation

van het onroerenderfgoeddecreet worden opgenomen, bestaat wel de mogelijkheid om een procedure op te starten voor de Raad van State.

³⁹ GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, overweging B.14.

⁴⁰ S. LIERMAN en W. VERRIJDT, "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in R. PALMANS, D. LINDEMANS en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 25.

⁴¹ J. THEUNIS en N. APPERMONT, "Beperkingen aan het recht op bescherming van eigendom", *Themis* 2018, 203.

⁴² A. DRAYE, "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten, bescherming van onroerend erfgoed en schadevergoeding", *RW* 2016-17, afl. 2, 73.

proceedings. In this connection the Court reiterates that a lack of funds cannot justify the authorities' failure to remedy the applicants' situation".⁴³

In deze passage wordt ook verwezen naar eerdere rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waarin deze stelling werd bevestigd.

In dezelfde overweging stelt het Grondwettelijk Hof wel duidelijk dat de gewone rechter geen rekening mag houden met de opportuniteit van de genomen beslissing.

Of deze criteria daadwerkelijk een meerwaarde betekenen voor de gewone rechters bij hun toetsing aan het GBOL-beginsel, zal in het tweede onderdeel van dit eerste hoofdstuk van het onderzoeksrapport worden onderzocht.

b. Andere voorbeelden en het instrumentendecreet

De hierboven besproken arresten van het Grondwettelijk Hof zijn niet de enige twee arresten waarin het Grondwettelijk Hof het GBOL-beginsel heeft betrokken in zijn rechtspraak. Het Grondwettelijk Hof heeft het GBOL-beginsel moeten toepassen op een grote verscheidenheid aan situaties. Denk maar aan het toetsen van wetgeving die het aantal parkeerplaatsen van bedrijven wenste te beperken;⁴⁴ een toets aan het Vlaamse decreet van 9 mei 2014 tot wijziging van de regelgeving inzake natuur en bos;⁴⁵ het beantwoorden van een prejudiciële vraag omtrent de artikelen 232 en 240 van het Brussels Wetboek van Ruimtelijke Ordening;⁴⁶ Het beoordelen van (buren)hinder die zou kunnen ontstaan door bermbeplantingen die deel uitmaken van de openbare weg en dus niet onderworpen zijn aan de afstandsregels van het veldwetboek⁴⁷, etc.⁴⁸

Een uitgebreide bespreking van al deze arresten zou de omvang van dit eerste deel van het onderzoeksrapport ruimschoots overschrijden. Wat zeker wel nog interessant is om aan te stippen is het feit dat er doorheen de memorie van toelichting bij het nieuwe instrumentendecreet⁴⁹ regelmatig wordt verwezen naar het GBOL-beginsel. Zo stelt deze memorie van toelichting onder meer dat:

"Administratieve overheden van het Vlaamse Gewest (definitie in artikel 3, 1°) worden uitgesloten van compenserende vergoedingen. Dit kan worden verantwoord vanuit het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten. Bij dit beginsel is het in vergelijking met anderen zwaar getroffen zijn van groot belang. Enkel onvoorzienbare en het normaal maatschappelijk risico of normaal bedrijfsrisico te boven gaande lasten worden vergoed.

⁴³ Het EHRM heeft in een arrest van 29 maart 2011 (*Potomska e.a. v. Polen*) aangegeven dat de financiële draagkracht geen rol kan spelen.

⁴⁴ GwH 27 november 2014, nr. 170/2014.

⁴⁵ GwH 28 april 2016, nr. 57/2016.

⁴⁶ GwH 23 januari 2014, nr. 12/2014.

⁴⁷ GwH 12 oktober 2017, nr. 115/2017.

⁴⁸ Zie onder meer: GwH 14 juli 2016, nr. 109/2016; GwH 12 oktober 2017, nr. 115/2017.

⁴⁹ Voorontwerp van decreet betreffende het realisatiegerichte instrumentarium. (hierna: voorontwerp instrumentendecreet)

[...]

Ook de zakelijk gerechtigden of gebruikers die de betrokken onroerende goederen hebben verworven met verwervingssubsidies van het Vlaamse Gewest, worden uitgesloten van compenserende vergoedingen. [...]

Overeenkomstig het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten, komt een dergelijke schade niet voor vergoeding in aanmerking. Het ligt voor de hand dit toe te passen, ongeacht de grootte van de verwervingssubsidies.⁵⁰

Het wordt duidelijk dat bepaalde beleidskeuzes in het instrumentendecreet worden verantwoord door of in lijn worden gebracht met het GBOL-beginsel.⁵¹ Deze verbondenheid tussen het GBOL-beginsel en het instrumentendecreet biedt interessante perspectieven en nieuwe ideeën voor het verdere vervolg van dit onderzoek. Zo kan er bijvoorbeeld gedacht worden aan een integratie van een vergoedingsregeling op grond van het GBOL-beginsel in het instrumentendecreet (*infra*).

AFDELING 2. DE TOEPASSING VAN HET BEGINSSEL VAN GELIJKHEID VAN DE BURGERS VOOR DE OPENBARE LASTEN

In de eerste afdeling van dit eerste hoofdstuk werd de ontstaansgeschiedenis en de evolutie van het GBOL-beginsel onder de loep genomen. In deze tweede afdeling wordt er dieper ingezoomd op de daadwerkelijke toepassing van het GBOL-beginsel.

Het eerste onderdeel van deze tweede afdeling legt de focus op de toepassingsvoorwaarden van het GBOL-beginsel. Vervolgens wordt er ingegaan op de verhouding tussen het principiële beginsel van niet-vergoeding voor eigendomsbeperkingen en het GBOL-beginsel. Hierna wordt in een derde onderdeel onderzocht of er een analogie tussen artikel 1 EAP EVRM en het GBOL-beginsel kan worden vastgesteld. Tot slot worden de criteria die het EHRM in haar rechtspraak gebruikt onder de loep genomen.

1. De toepassingsvoorwaarden van het GBOL-beginsel

In arrest nr. 109/2016 oordeelde het Grondwettelijk Hof op 14 juli 2016:

"Krachtens het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten kan de overheid niet zonder vergoeding lasten opleggen die groter zijn dan die welke een persoon in het algemeen moet dragen.

⁵⁰ X, Memorie van Toelichting bij voorontwerp van het instrumentendecreet, 63 - 64

⁵¹ X, Memorie van Toelichting bij voorontwerp van het instrumentendecreet, 61.

Uit dat beginsel vloeit voort dat de onevenredig nadelige – dit zijn de buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende en op een beperkte groep van burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een op zichzelf rechtmatige overheidsdaad niet ten laste van de getroffen en behoren te komen, maar gelijkmatig over de gemeenschap dienen te worden verdeeld.”⁵² (eigen onderlijning)

Uit deze passage volgt duidelijk dat er twee grondvoorwaarden verbonden zijn aan het toekennen van een vergoeding op basis van het GBOL-beginsel:

- 1) Er moet sprake zijn van buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende gevolgen;
- 2) Die bovendien drukken op een beperkte groep van burgers of instellingen.

Om na te gaan of er aan de eerste voorwaarde werd voldaan, dringt een evenredigheidstoets zich op:

“De toets die moet worden gehanteerd om na te gaan welk deel van de geleden schade die drempel overschrijdt, is een evenredigheidstoets, hetgeen, gelet op de grondslag van het beginsel, niet hoeft te verwonderen.”⁵³

In de rechtsleer werd er door verschillende auteurs onderzoek gedaan naar de concrete elementen die bij deze evenredigheidstoets betrokken kunnen worden.

Vooraf de rechtmatige verwachtingen van de getroffene; de “*Situationsgebundenheit*”; de draagkracht van de burger en de draagkracht van de overheid worden als mogelijk relevante criteria naar voor geschoven:

“Ondanks deze evidente afwijkingen kunnen we in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof toch een aantal gemeenschappelijke krijtlijnen herkennen. Zo loopt het belang van de rechtmatige verwachtingen van getroffen burgers of instellingen als een rode draad doorheen de uitspraken van beide hoogste hoven. [...] Voor die eigendomsbeperkingen die verband houden met ruimtelijke ordening, natuurbehoud of erfgoedbescherming betekent dit dat ook de omgevingsfactoren van de eigendom een rol zullen spelen. VAN HOORICK spreekt naar Duits voorbeeld over de omgevingsgebondenheid van de eigendom. De omgeving van het goed zal mee bepalen of bepaalde ontwikkelingen redelijkerwijze hadden kunnen worden ingeschat door de betrokkene. Een eigenaar van een goed gelegen in heide of duinen kan vroeg of laat verwachten dat op het perceel een bouwverbod zal rusten. Omgekeerd kan de eerdere uitreiking van een bouw- of

⁵² GwH 14 juli 2016, nr. 109/2016

⁵³ A. ALEN en W. VERRIJDT, “Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof” in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 22.

verkavelingsvergunning bij de houder ervan een gewettigde verwachting doen ontstaan dat hij het goed kan gebruiken overeenkomstig die bestemming. In dezelfde zin gaat de Nederlandse Raad van State voor de beoordeling van een tegemoetkoming bij planschade na of een planologische ontwikkeling als "een normale maatschappelijke ontwikkeling kan worden beschouwd waarmee de benadeelde rekening had kunnen houden in die zin dat de ontwikkeling in de lijn der verwachtingen lag, ook al bestond er geen zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop de ontwikkeling zich zou voordoen". In dit verband komt volgens de Raad van State betekenis toe aan de mate waarin de ontwikkeling naar de aard en omvang ervan binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving en het gevoerde planologische beleid past, alsook de afstand van de locatie waar de ontwikkeling heeft plaatsgevonden tot de onroerende zaak van de aanvrager en de aard en de omvang van het door de ontwikkeling veroorzaakte nadeel.

Om de impact van de overheidsmaatregel te beoordelen mag de rechter volgens het Grondwettelijk Hof ook rekening houden met de draagkracht van de getroffen burger. Over welke kennis en financiële middelen beschikt de betrokkene om de verplichtingen na te leven die uit het beschermingsbesluit voortvloeien en welke investeringen werden reeds gedaan? Het gegeven dat de overheid de burger door middel van premies en subsidies financieel ondersteunt om te voldoen aan de verplichtingen die uit het beschermingsbesluit voortvloeien, moet hierbij uiteraard in rekening worden genomen.

Een open vraag was vooralsnog of de rechter bij deze beoordeling in concreto ook rekening kan houden met de financiële draagkracht van de overheid. Het is algemeen geweten dat een dergelijke overweging in het klassieke aansprakelijkheidsrecht geen plaats heeft. Deze uitsluiting is veel minder evident wanneer het de vergoedingsplicht van de overheid betreft bij rechtmatig overheidsoptreden. In het licht van de uitdijende overheidsinterventie zou de steeds uitgebreidere aanspraakmogelijkheid op vergoeding onvoorzienbare repercussies met zich meebrengen. Het Grondwettelijk Hof blijkt in het arrest van 1 oktober 2015 gevoelig voor dit rechtseconomische argument door de financiële draagkracht uitdrukkelijk op te nemen in de catalogus van mogelijke beoordelingselementen. Het is afwachten of de gewone rechter dit element ook daadwerkelijk in zijn oordeel zal betrekken, temeer omdat hij hiermee in het vergoedingscontentieux weinig vertrouwd is."⁵⁴

Omtrent de tweede voorwaarde heerst er in de rechtsleer meer onduidelijkheid. Wat dient men immers te verstaan onder een "beperkte groep van burgers of instellingen"?

⁵⁴ S. LIERMAN en W. VERRIJDT, "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in R. PALMANS, D. LINDEMANS en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 28 – 30. Zie ook: G. VAN HOORICK, "Eigendom en openbare lasten: dit is nog maar het begin..." in B. GOOSSENS, Y. LOIX en F. SEBREGHTS (eds.), *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg. Liber amicorum Hugo Sebreghts*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 423 -424 en S. LIERMAN, "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten: wel fundamenteel, (nog) niet absoluut (noot onder Cass. 24 juni 2010)", *RW* 2010 – 2011, afl. 29, 1226 – 1227.

ALEN en VERRIJDT geven in hun bijdrage uit 2012 geen sluitend antwoord maar reiken wel twee interessante bedenkingen aan.

Zo stellen zij dat er geen vergelijking mag worden gemaakt met de interpretatie die aan de gelijkaardige vereiste uit artikel 11 gecoördineerde wetten op de Raad van State (hierna: RvS-wet) wordt gegeven. Het is immers deze strikte interpretatie van de vereiste uit artikel 11 RvS-wet die de werkzaamheid van het betrokken artikel onnodig moeilijk tot zelfs onmogelijk heeft gemaakt.

Verder stellen ALEN en VERRIJDT dat er geen "bijzondere schade" aangetoond moet worden. Dit houdt in dat het niet noodzakelijk is om de burgers die getroffen worden door de betrokken overheidsmaatregel nog eens onderling te vergelijken. De concrete situatie van elke betrokken burger dient afzonderlijk afgetoetst te worden aan de grens van de normale hinder:

"De vraag rijst hoe in dit kader de voorwaarde in de voormelde arresten van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof moet worden begrepen dat de schade slechts op een beperkte groep van burgers of instellingen rust.

Er wordt wellicht niet bedoeld op de strenge vereiste van geïndividualiseerde schade in de context van de op het GBOL-beginsel geïnspireerde vergoeding voor buitengewone schade waarin artikel 11 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State voorziet. Het is vooral die vereiste die ervoor heeft gezorgd dat bij dergelijke verzoeken nagenoeg nooit een vergoeding is toegekend. Overigens is het perfect denkbaar dat een rechtmatige overheidshandeling die de ganse bevolking ten goede komt, enkele tientallen particulieren een ernstig nadeel berokkent; o.i. is het GBOL-beginsel dan van toepassing.

Het Hof van Cassatie heeft overigens reeds, opnieuw in het kader van door de overheid veroorzaakte burenhinder, geoordeeld dat het GBOL-criterium niet inhoudt dat de concrete situaties van de eigenaars van verschillende door de overheidshinder getroffen erven met elkaar moeten worden vergeleken, in de zin dat men, om compensatie te verkrijgen, een bijzondere schade zou moeten bewijzen ten opzicht van zijn directe burens. De situatie van elke betrokken dient afzonderlijk te worden getoetst aan de grens van de normale hinder. Hoe ruim de getroffen groep van burgers of instellingen mag zijn, is dus nog een open vraag."⁵⁵

In 2017 herziet VERRIJDT, ditmaal in een bijdrage in samenwerking met LIERMAN, zijn visie omtrent de verplichting tot het bewijzen van een "bijzondere schade". Er wordt gesteld dat:

"Hoewel het beginsel een beoordeling behelst van het evenwicht tussen overheid en particulier, dwingt deze voorwaarde er alsnog toe een vergelijking te maken tussen particulieren onderling. Nochtans had het Hof van Cassatie eerder bij de toepassing van het

⁵⁵ A. ALEN en W. VERRIJDT, "Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 23.

leerstuk van de abnormale burenhinder de vereiste van bijzondere schade verworpen. Volgens het Hof stond de vergoedingsplicht los van de vraag of sommige eigenaars zwaarder werden getroffen.

Hoewel ook bij de toepassing van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten de verhouding tussen de overheid en de burger centraal staat, dringt zich alsnog een vergelijking op met andere getroffen burgers of instellingen. Dit is begrijpelijk, omdat de overheid er op grond van het beginsel toe gehouden is de lasten van het overheidsoptreden zo gelijkmatig mogelijk te spreiden over alle burgers. Het recht op vergoeding komt pas ter sprake wanneer de overheid hier niet in slaagt en de overheidsmaatregel bovenmatige hinder veroorzaakt aan een beperkte groep burgers of instellingen.”⁵⁶

VERRIJDT en LIERMAN nemen bijgevolg afstand van het arrest van het Hof van Cassatie dd. 28 januari 1991 dat de vereiste van bijzondere schade van de hand wees en zijn van mening dat, in het kader van het GBOL-beginsel, een vergelijking tussen de door een overheidsmaatregel getroffen burgers noodzakelijk zal zijn. In de bespreking van het criterium van de speciale last in Nederland, zal er worden aangetoond dat deze redenering het best aansluit bij de *ratio* van dit criterium.

VAN HOORICK lijkt zich echter weinig zorgen te maken over de invulling van deze tweede voorwaarde. Hij stelt dat de in het kader van het omgevingsbeleid opgelegde gebruiksbeperkingen vaak slechts een beperkte groep van burgers of instellingen zullen treffen.

“Dat de gevolgen van een in het algemeen belang opgelegde gebruiksbeperking van eigendom dikwijls een beperkte groep van burgers of instellingen treft, is legio in het omgevingsbeleid: deze landbouwers die nog historisch permanente graslanden bezitten, die personen op wiens eigendom beschermde soorten huizen, deze eigenaars in het woongebied die omwille van de watertoets toch geen stedenbouwkundige vergunning verkrijgen,... Met andere woorden, in het omgevingsbeleid worden de lasten dikwijls niet op gelijke wijze verdeeld onder de burgers of instellingen.”⁵⁷

Een ander voorbeeld kan worden teruggevonden in het kader van de bescherming van onroerend erfgoed. Het opleggen van een beschermingsstatuut zal ook slechts gevolgen hebben voor een beperkt aantal zakelijkrechthouders.

2. De vergoeding in het kader van het GBOL-beginsel

⁵⁶ S. LIERMAN en W. VERRIJDT, “Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad” in R. PALMANS, D. LINDEMANS en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 30.

⁵⁷ G. VAN HOORICK, “Eigendom en openbare lasten: dit is nog maar het begin...” in B. GOOSSENS, Y. LOIX en F. SEBREGHTS (eds.), *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg. Liber amicorum Hugo Sebreghts*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 423.

Principieel wordt er voor erfdiensbaaaheden van openbaar nut geen vergoeding toegekend. Deze stelling wordt van oudsher aanvaard door de hoogste rechtscolleges.⁵⁸ Enkel indien de wetgever een vergoeding heeft voorzien, zal er een vergoeding worden toegekend.

Redenen voor dit uitgangspunt van niet-vergoeding kunnen onder andere worden teruggevonden in de bewoordingen van artikel 544 Burgerlijk Wetboek en het feit dat artikel 16 Grondwet niet van toepassing is op erfdiensbaaaheden van openbaar nut.⁵⁹

COOREMAN en PEETERS verbinden drastische gevolgen aan de erkenning van het GBOL-beginsel. Zo stellen zij dat:

*"Desalniettemin blijken het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof in hun meest recente rechtspraak het beginsel van de principiële onvergoedbaarheid van de erfdiensbaaaheden van openbaar nut gaandeweg te verlaten op basis van de toetsing van de gevestigde erfdiensbaaaheden aan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten."*⁶⁰

Zo een vaart lijkt het echter niet te lopen. Het Grondwettelijk Hof neemt in zijn rechtspraak immers nog steeds de principiële niet-vergoedbaarheid als uitgangspunt:

*"Het enkele feit dat de overheid in het algemeen belang beperkingen van het eigendomsrecht oplegt, heeft niet tot gevolg dat zij tot schadeloosstelling is gehouden. Uit de vestiging van een door of krachtens een wettelijke bepaling opgelegde beperking van het eigendomsrecht in het algemeen belang vloeit aldus in beginsel voor de eigenaar van het bezwaarde onroerend goed geen recht op vergoeding voort."*⁶¹

Het Grondwettelijk Hof stelt in zijn arrest van 1 oktober 2015, nr. 132/2015 daarbij nadrukkelijk:

*"Een vergoeding is slechts vereist indien en in de mate waarin de gevolgen van de erfdiensbaaaheden tot openbaar nut of de beperking van het eigendomsrecht van de getroffen groep van burgers of instellingen de last te boven gaan die in het algemeen belang aan een particulier kan worden opgelegd."*⁶²

In het arrest nr. 57/2016 van 28 april 2016 oordeelde het Grondwettelijk Hof op een gelijkaardige manier. In dit arrest behandelde het Hof de beroepen die werden ingesteld tot de geheel of

⁵⁸ I. COOREMAN en L. PEETERS, "De wettelijke erfdiensbaaaheden van openbaar nut versus de onteigening. Een vergelijking aan de hand van erfdiensbaaaheden opgelegd door de Gaswet van 12 april 1962 [1965]" in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 63.

⁵⁹ M. LERNOUT, "De vergoeding van erfdiensbaaaheden van openbaar nut: Grondwettelijk Hof brengt opnieuw verduidelijking", *TBP* 2016, afl. 6, 305.

⁶⁰ I. COOREMAN en L. PEETERS, "De wettelijke erfdiensbaaaheden van openbaar nut versus de onteigening. Een vergelijking aan de hand van erfdiensbaaaheden opgelegd door de Gaswet van 12 april 1962 [1965]" in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 65.

⁶¹ GwH 14 juli 2016, nr. 109/2016, overweging B.11.1; GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, overweging B.8.2.

⁶² GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, overweging B. 8.3.

gedeeltelijke vernietiging van het decreet van het Vlaamse Gewest van 9 mei 2014 tot wijziging van de regelgeving inzake natuur en bos.

Het Grondwettelijk Hof herhaalt in zijn arrest nr. 57/2016 het standpunt dat het louter vestigen van een erfdienstbaarheid van openbaar nut in principe geen recht op vergoeding teweegbrengt. Enkel indien de gevolgen van deze erfdienstbaarheid de last te boven gaan die iemand in het algemeen belang moet dragen, is er een vergoeding verschuldigd.⁶³

Bovendien haalt het Hof, net als in het arrest nr. 132/2015, aan dat het *in casu* gaat om een vernietigingsberoep waarbij er rekening moet worden gehouden met het feit dat het bestreden decreet van toepassing kan zijn op zeer verschillende situaties die niet steeds als een bovenmatige last kunnen worden gekwalificeerd.⁶⁴

Het Hof is in zijn rechtspraak – arrest nr. 132/2015 en nr. 57/2016 – dan ook terecht van oordeel dat het moeilijk is om in dergelijke situatie *in abstracto* uitspraak te doen over het gebrek aan vergoeding in een decreet dat op een veelheid aan – niet altijd onevenredige - situaties van toepassing kan zijn. Op basis van het principiële uitgangspunt van niet-vergoeding, komt het Grondwettelijk Hof aldus tot de conclusie dat het gebrek aan een vergoedingsregeling in de betrokken decreten de evenredigheidstoets doorstaat. Echter, het moet voor getroffen burgers en ondernemingen in onevenredige gevallen wel steeds mogelijk blijven om een vergoeding te vragen op grond van het GBOL-beginsel. De ventielwerking van dit beginsel wordt hiermee onderstreept. Het derde hoofdstuk zoomt verder in op deze wisselwerking tussen de evenredigheidstoets door het Grondwettelijk Hof en het GBOL-beginsel (*infra*).

Mede gelet op deze rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, kan er samen met LIERMAN, VERRIJDT en LERNOUT besloten worden dat het principe van niet-vergoeding niet wordt verlaten door het GBOL-beginsel, doch enkel genuanceerd.⁶⁵

Er dient opgemerkt te worden dat de hierboven geciteerde arresten enkel handelen over een situatie waarin er geen compensatieregeling werd voorzien. Het is dus (nog) niet geheel duidelijk hoe het Grondwettelijk Hof, in het licht van het GBOL-beginsel, zal oordelen indien de toepasselijke wetgeving weldegelijk een – mogelijk slechts symbolische of beperkte - vergoeding toekent, al oordeelde het Grondwettelijk Hof in een recent arrest omtrent de (oude) regeling inzake de planschadevergoeding dat het aan de decreetgever toekomt om te preciseren onder welke voorwaarden van de decretale berekeningswijze – die mogelijk slechts leidt tot beperkte of symbolische vergoedingen - kan worden afgeweken (zie verder p. 154).⁶⁶ ALEN en VERRIJDT merken wel terecht op dat een burgerlijke rechtbank, die geconfronteerd wordt met een symbolische of (te) beperkte vergoeding, een

⁶³ GwH 28 april 2016, nr. 57/2016, overweging B. 15.3. en 15.4.

⁶⁴ GwH 28 april 2016, nr. 57/2016, overweging B.16.1.

⁶⁵ M. LERNOUT, "De vergoeding van erfdienstbaarheden van openbaar nut: Grondwettelijk Hof brengt opnieuw verduidelijking", *TBP* 2016, afl. 6, 305 en S. LIERMAN en W. VERRIJDT, "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in R. PALMANS, D. LINDEMANS, en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 22.

⁶⁶ GwH 7 juni 2018, nr. 66/2018, overw. 12.4.

prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof dient te stellen.⁶⁷ In dergelijke zaken zal het Grondwettelijk Hof wel een meer gerichte uitspraak kunnen doen, in tegenstelling tot de arresten die hierboven werden besproken.

Naast de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof springt ook een arrest van 4 december 2008 van een ander hoog rechtscollege, het Hof van Cassatie, in het oog.⁶⁸ Het is interessant om te bekijken of het Hof van Cassatie in dit arrest tot een gelijkaardige beoordeling komt als het Grondwettelijk Hof.

In het betrokken arrest ging het om het veroorzaken van geluidshinder rond de luchthaven van Bierset. Het Hof van Cassatie maakt in eerste instantie duidelijk dat het weldegelijk gaat om een eigendomsregulering/beperking en niet om een formele onteigening.

Daarna stelt het Hof dat:

“Het aantasten van de rechten die in artikel 1 zijn gewaarborgd, vereist, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, een compensatie die bestaat in het betalen van een vergoeding.

Om te oordelen of een billijk evenwicht in acht werd genomen tussen de verschillende belangen die op het spel staan en, onder andere, of de persoon die uit zijn eigendom is ontzet, geen overdreven last werd opgelegd, moet acht worden geslagen op de voorwaarden van die vergoeding.

Zonder het betalen van een bedrag dat in een redelijke verhouding staat tot de waarde van het eigendomsverlies, is er sprake van een overdreven aantasting die in de context van artikel 1 niet te rechtvaardigen valt.

Dat artikel waarborgt evenwel niet dat in alle gevallen een recht op volledige schadevergoeding ontstaat.

Bovendien dient de vergoeding de aantasting van de eigendom noch vooraf te gaan noch ermee samen te vallen.

In zoverre het middel staande houdt dat de vergoeding niet na die aantasting mag worden uitgekeerd, faalt het naar recht.”

ALEN en VERRIJDT stellen – terecht - dat het Hof van Cassatie in dit arrest de evenredigheidstoets aanzienlijk verstrengt. Niet het bestaan van een vergoeding, maar de omvang van deze vergoeding

⁶⁷ A. ALEN en W. VERRIJDT, “Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof” in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 26.

⁶⁸ Cass. 4 december 2008, nr. C040582F.

heeft een invloed op de beoordeling van de evenredigheid.⁶⁹ ALEN en VERRIJDT plaatsen wel onmiddellijk een bedenking bij deze werkwijze van het Hof van Cassatie. Verwaarloosbare eigendomsbeperkingen worden op deze manier misschien te goed beschermd:

*"Wellicht is de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof op grond van artikel 1 EP EVRM niet helemaal adequaat voor de zware gewone eigendomsbeperkingen die geen de facto onteigening zijn, terwijl de rechtspraak van het Hof van Cassatie wellicht te veel bescherming biedt voor de gewone eigendomsbeperkingen die slechts een verwaarloosbare impact op het ongestoord genot van de eigendom met zich meebrengen."*⁷⁰

De impact van dit arrest met betrekking tot het principe van niet-vergoeding is onduidelijk. Het arrest werd immers uitgesproken voor het arrest van het Hof van Cassatie dd. 24 juni 2010 en het Grondwettelijk Hof houdt in haar meer recente rechtspraak vast aan het principe van niet-vergoeding (*supra*).

Daarenboven maakt ook de memorie van toelichting bij het voorontwerp van het instrumentendecreet duidelijk dat het principiële uitgangspunt van niet-vergoeding nog niet dood en begraven is:

"In het omgevingsbeleid is de overheid vaak genoodzaakt bindende maatregelen in het algemeen belang op te leggen die gebruiksbeperkingen inhouden (bv. een bestemmingswijziging naar natuurgebied, een actieve inschakeling als overstromingsgebied). Hierbij geldt volgens de rechtspraak het principe van niet-vergoeding, omdat eigendom tot op zekere hoogte ook een sociale functie heeft.

Op het principe van niet-vergoeding zijn er volgens de rechtspraak vier uitzonderingen:

- 1° indien eigendomsbeperkingen zo zwaar zijn dat een de facto-ontteigening ontstaat, dan heeft de burger recht op vergoeding;*
- 2° indien een rechtmatig verleende niet-vervallen vergunning overeenkomstig de ruimtelijke bestemming, onuitvoerbaar wordt, dan heeft de burger recht op vergoeding;*
- 3° op basis van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten kan de burger in uitzonderlijke gevallen een vergoeding vorderen voor de burgerlijke rechter;*
- 4° de wet-, decreet- of ordonnantiegever kunnen ervoor kiezen toch in een vergoeding te voorzien. Het Instrumentendecreet situeert zich in deze vierde uitzondering."*⁷¹

De wetgever lijkt bijgevolg eveneens in te zien dat de erkenning van het GBOL-beginsel niet betekent dat er afstand moet worden gedaan van het principiële uitgangspunt van niet-vergoeding.

⁶⁹ A. ALEN en W. VERRIJDT, "Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 12.

⁷⁰ *Ibid*, 13.

⁷¹ X, Memorie van Toelichting bij voorontwerp van het instrumentendecreet, 16.

Het GBOL-beginsel lijkt aldus enkel een nieuwe uitzondering – lees: verdere nuancering – te vormen op deze niet-vergoedbaarheid van gebruiksbeperkingen/erfdienstbaarheden van openbaar nut.

Inzake het vergoedingsaspect dient er tot slot nog opgemerkt te worden dat enkel het gedeelte van de last die het normale maatschappelijke of bedrijfsrisico overschrijdt in aanmerking zal komen voor vergoeding.⁷² De decreetgever sluit zich hier uitdrukkelijk bij aan in de memorie van toelichting bij het voorontwerp van het instrumentendecreet:

*"Administratieve overheden van het Vlaamse Gewest worden uitgesloten van compenserende vergoedingen. Dit kan worden verantwoord vanuit het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten. Bij dit beginsel is het in vergelijking met anderen zwaar getroffen zijn van groot belang. Enkel onvoorzienbare en het normaal maatschappelijk risico of normaal bedrijfsrisico te boven gaande lasten worden vergoed. Daarmee in lijn stelde de Vlaamse Regering in haar conceptnota voorop dat het de bedoeling is enkel disproportionele nadelen te vergoeden."*⁷³

3. Een samenlezing tussen artikel 1 Eerste Aanvullend Protocol EVRM en het GBOL-beginsel

a. Is een samenlezing mogelijk?

Onderzoek binnen de literatuur toont een opvallende gelijkenis aan tussen de derde regel van artikel 1 Eerste Aanvullend Protocol EVRM (hierna: EAP EVRM) en het GBOL-beginsel.⁷⁴ De derde regel van artikel 1 EAP EVRM luidt als volgt:

"De voorgaande bepalingen zullen echter op geen enkele wijze het recht aantasten dat een Staat heeft om die wetten toe te passen welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren."

Het lijkt daarom een interessant idee om te bekijken of de rijke rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) inzake het eigendomsrecht van artikel 1 EAP EVRM een rol kan spelen in de bespreking en verdere ontwikkeling van het GBOL-beginsel.

⁷² A. ALEN en W. VERRIJDT, "Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 21 – 22; J. THEUNIS en N. APPERMONT, "Beperkingen aan het recht op bescherming van eigendom", *Themis* 2018, 203.

⁷³ X, Memorie van Toelichting bij voorontwerp van het instrumentendecreet, 63.

⁷⁴ Zie o.a.: S. LIERMAN en W. VERRIJDT, "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in R. PALMANS, D. LINDEMANS, en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 56 ev.; S. LIERMAN en P.-J. VAN DE WEYER, "Rechtspreken aan de hand van een pluraliteit van rechtsnormen: meer – of minderwaarde voor de rechtsbescherming bij rechtmatige overheidsdaad?" in F. DERUYCK, E. GOETHALS, L. HUYBRECHTS, J.-F., LECLERCQ, J. ROZIE, M. ROZIE, P. TRAEST en R. VERSTRATEN (eds.), *Amicus curiae. Liber amicorum Marc De Swaef*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 273 – 274; S. VERBIST, "De gelijkheid voor de openbare lasten en artikel 16 van de Grondwet" in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 346-347.

Het Grondwettelijk Hof heeft een (analogie)rechtspraak ontwikkeld die het mogelijk maakt om analoge grondrechten, die op verschillende niveaus bestaan, samen te lezen zodat er een maximale bescherming kan worden verleend aan de burgers:

"Wanneer evenwel een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een of meer van de voormelde grondwetsbepalingen, vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen. De schending van een grondrecht houdt overigens ipso facto een schending in van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel.

*Daaruit volgt dat, wanneer een schending wordt aangevoerd van een bepaling van titel II of van de artikelen 170, 172 of 191 van de Grondwet, het Hof, bij zijn onderzoek, rekening houdt met internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen."*⁷⁵

Binnen deze (analogie)rechtspraak werden artikel 16 Gw. en artikel 1 EAP EVRM, door het Grondwettelijk Hof⁷⁶, als analoge bepalingen beschouwd waardoor de bescherming die door artikel 16 Gw. wordt geboden gekoppeld kan worden aan de bescherming uit artikel 1 EAP EVRM:

*"Aangezien artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol een draagwijdte heeft die analoog is aan die van artikel 16 van de Grondwet, vormen de waarborgen die zij bevatten, een onlosmakelijk geheel, zodat het Hof ermee rekening houdt bij zijn toetsing van de bestreden wet."*⁷⁷

Deze analoge toepassing van artikel 16 Gw. en artikel 1 EAP EVRM werd door VERBIST in eerste instantie bekritiseerd. Hij leidt uit deze analogie immers af dat ook eigendomsbeperkende maatregelen (d.i. de derde regel van artikel 1 EAP EVRM) onder het toepassingsgebied en de strenge voorwaarden van artikel 16 Gw. zullen vallen:

"De vraag rijst nu wat de gevolgen zijn van deze analogie.

Een eerste belangrijk gevolg is dat het Grondwettelijk Hof elke inmenging in het eigendomsrecht, en dus niet slechts een onteigening, zal toetsen aan zowel de voorwaarden uit artikel 16 Grondwet als de voorwaarden uit artikel 1 eerste aanvullend protocol EVRM. Een inmenging in het eigendomsrecht dient dus aan de voorwaarden uit beide artikelen te voldoen. Het voldoen aan deze voorwaarden zal door het Grondwettelijk Hof wellicht beoordeeld worden vanuit de benadering dat de wetgever een billijk evenwicht tot stand dient te brengen tussen de vereisten van het algemeen belang en van de bescherming van

⁷⁵ Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004. Meermaals en recent bevestigd o.a. in GwH 18 februari 2016, nr. 22/2016 (= met uitzondering van de tweede zin).

⁷⁶ Voor het eerst in GwH 30 maart 2010, nr. 32/2010 en recent bevestigd in GwH 28 september 2017, nr. 105/2017.

⁷⁷ GwH 27 april 2017, nr. 48/2017, overweging B 5.4.

het recht van eenieder op het ongestoorde genot van de eigendom en vanuit de vereiste dat er een redelijk verband van evenredigheid moet bestaan tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel.

Een tweede belangrijk gevolg is dat elke inmenging in het eigendomsrecht, en niet louter de onteigening, onderhevig wordt aan de vergoedingsvereiste uit artikel 16 Grondwet. De vraag rijst of de wetgever hiermee gelukkig is. In principe wordt zijn recht om het eigendomsrecht in te perken stevig ingeperkt.

Of de vergoedingsvereiste volgens het Grondwettelijk Hof ook daadwerkelijk zal worden toegepast op elke inmenging van het eigendomsrecht, is nog mar zeer de vraag.⁷⁸

De bezwaren die door VERBIST in een eerste fase werden geuit, worden in latere rechtsleer genuanceerd. Hoewel er verbanden gelegd kunnen worden tussen artikel 16 Gw. en artikel 1 EAP EVRM, zijn de twee bepalingen niet identiek.:

"In de rechtsleer wordt geschreven dat die samenlooprechtspraak niet kon worden toegepast op artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 EP EVRM, gelet op hun verschillend toepassingsgebied. Na een periode van aarzeling heeft het Hof echter toch aanvaard dat die bepalingen analoge grondrechten waarborgen. Deze optie is de juiste: "analoog" is immers geen synoniem van "identiek"; voor identieke bepalingen heeft de techniek van samenlezing overigens geen toegevoegde waarde."⁷⁹

Artikel 16 Gw. handelt, in tegenstelling tot artikel 1 EAP EVRM, niet over eigendomsbeperkende maatregelen, waardoor deze eigendomsbeperkende maatregelen geen raakvlak hebben met de in artikel 16 Gw. geponeerde toepassingsvoorwaarden.⁸⁰ De eerste twee regels van artikel 1 EAP EVRM zullen, met het oog op de versterking van de bescherming op het vlak van onteigening/eigendomsberoving, bijgevolg perfect samengelezen kunnen worden met artikel 16 Gw.⁸¹ De derde regel van artikel 1 EAP EVRM (eigendomsbeperkende maatregelen), die geen raakvlak heeft met artikel 16 Gw., kan best in verband worden gebracht met het GBOL-beginsel:

"De cumulatie van waarborgen en beperkingsvoorwaarden moet overigens per gewaarborgd grondrecht worden beschouwd: voor formele en materiële onteigeningen kan de tweede regel van artikel 1 EP EVRM inderdaad worden gecumuleerd met artikel 16 van de Grondwet, zodat deze vereisten van integrale en voorafgaande schadeloosstelling ook van toepassing zijn op quasi-ontei­geningen, maar voor gewone eigendomsbeperkingen is het internrechtelijk

⁷⁸ S. VERBIST, "Het Grondwettelijk Hof verruimt onterecht het toepassingsgebied van artikel 16 Grondwet", *TBO* 2010, 302 - 303.

⁷⁹ Zie hierover: A. ALEN en W. VERRIJDT, "Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 5-7.

⁸⁰ Deze redenering gaat niet op indien het gaat om eigendomsbeperkende maatregelen die als quasi-ontei­gening worden bestempeld. In dergelijk geval is artikel 16 Gw. immers wel van toepassing.

⁸¹ De derde regel van artikel 1 EAP EVRM en artikel 16 Gw. zullen enkel samen worden gelezen in het geval van een quasi-ontei­gening.

equivalent het GBOL-beginsel, dat evenmin een integrale en voorafgaande schadeloosstelling vereist."⁸²

LIERMAN en VERRIJDT geven aan dat een samenlezing van de derde regel van artikel 1 EAP EVRM en het GBOL-beginsel interessante inzichten kan opleveren:

"Ook de samenlezing van het GBOL-beginsel met de derde regel van artikel 1 EP EVRM heeft een meerwaarde, aangezien een gewone eigendomsbeperking aan de vereisten van beide beginselen moet voldoen. Hoewel de gelijkenissen tussen beide beginselen het meest opvallen, en dan met name het feit dat zij enkel een vergoeding vereisen voor eigendomsbeperkingen waarvan de impact op het genot van de eigendom een bepaalde drempel overschrijft, bieden zij elk op een paar punten een ruimere rechtsbescherming. Zo tempert artikel 1 EP EVRM het belang van de vraag hoe bijzonder de schade moet zijn van de eigenaar die een vergoeding vraagt op grond van het GBOL-beginsel.

Omgekeerd biedt het GBOL-beginsel net meer bescherming indien de last die één of enkele eigenaars moeten dragen, inderdaad zwaarder is dan de last die andere eigenaars in het licht van eenzelfde eigendomsbeperking moeten dragen, althans indien die last de drempel van het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico overschrijdt.

*De evenredigheidstoets in de derde regel van artikel 1 EP EVRM kan daarnaast ook een invloed hebben op de elementen die in de weegschaal kunnen worden geworpen. [...]."*⁸³

Een toetsing aan het GBOL-beginsel – een algemeen rechtsbeginsel met grondwettelijke waarde (*supra*) – door het Grondwettelijk Hof kan echter niet rechtstreeks gebeuren. Het Grondwettelijk Hof kan immers maar aan een beperkt aantal normen toetsen:

"Het Grondwettelijk Hof doet, bij wege van arrest, uitspraak op de beroepen tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel wegens schending van:

1° de regels, die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten; of

2° de artikelen van titel II "De Belgen en hun rechten", en de artikelen 170, 172 en 191 van de Grondwet

*3° artikel 143, §1, van de Grondwet.*⁸⁴

⁸² S. LIERMAN en W. VERRIJDT, "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in R. PALMANS, D. LINDEMANS en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 56.

⁸³ S. LIERMAN en W. VERRIJDT, "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in R. PALMANS, D. LINDEMANS, en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 57.

⁸⁴ Artikel 1 Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

BIJNENS, POTARGENT en THEUNIS stellen omtrent een onrechtstreekse toetsing aan algemene rechtsbeginselen dat:

"Wanneer een verzoekende partij middelen aanvoert die zijn afgeleid uit de schending van bepalingen waaraan het Hof rechtstreeks mag toetsen en zij vermeldt daarnaast verdragsbepalingen, andere Grondwetsartikelen en algemene beginselen, dan zal het Hof die laatste enkel in aanmerking nemen in zoverre zij in samenhang worden gelezen met de bepalingen waaraan het Hof rechtstreeks mag toetsen."⁸⁵ (eigen onderlijning)

Daar het GBOL-beginsel het gelijkheidsbeginsel als grondslag heeft, lijkt het al bij al aangewezen om in een gerechtelijke procedure een beroep te doen op het GBOL-beginsel, in samenhang gelezen met de artikelen 10 en 11 Gw.:

"Het Hof van Cassatie heeft weliswaar twee pretoriaanse rechtsfiguren die geen betrekking hebben op formele onteigeningen, in verband gebracht met artikel 16 van de Grondwet, maar hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen grondslag en toepassing. Zowel inzake het leerstuk van de door de overheid veroorzaakte burenhinder als inzake het infra besproken beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten, waarvan de burenhinderleer in de verhouding tot de overheid overigens een toepassing is, verwijst het Hof van Cassatie naar artikel 16 van de Grondwet. Die bepaling vormt echter niet de grondslag van dit leerstuk. De grondslag ervan is veeleer gelegen in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en in de rechtsstaat."⁸⁶

Het is bijgevolg mogelijk voor het Grondwettelijk Hof om de derde regel van artikel 1 EAP EVRM samen te lezen met het GBOL-beginsel. De leemte die artikel 16 Gw. laat in de analogie met artikel 1 EAP EVRM kan door dit beginsel opgevuld worden.

GEENS en VERBIST stellen immers terecht dat artikel 16 Gw. een emanatie/bijzondere toepassing vormt van het GBOL-beginsel.⁸⁷ Het GBOL-beginsel is een onderliggend rechtsbeginsel waarop men zal kunnen/moeten terugvallen in een samenlezing met de derde regel van artikel 1 EAP EVRM.

Deze zienswijze wordt nog kracht bijgezet door VANDE LANOTTE, GOEDERTIER, HAECK, GOOSSENS en DE PELSMAEKER wanneer zij stellen:

"Algemene rechtsbeginselen zouden enkel moeten worden aangewend in situaties waar het formele recht ontoereikend is. Indien via een evolutieve interpretatie van de bestaande

⁸⁵ D. BIJNENS, S. POTARGENT en J. THEUNIS, "De toetsing aan grondrechten door het Grondwettelijk Hof: overzicht van rechtspraak 2015", *TBP* 2016, afl. 3, 126.

⁸⁶ A. ALEN en W. VERRIJDT, "Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 5; J. GEENS en S. VERBIST, "De gelijkheid voor de openbare lasten als grondslag voor overheidsaansprakelijkheid", *Bb&B* 2011, 127 – 128.

⁸⁷ J. GEENS en S. VERBIST, "De gelijkheid voor de openbare lasten als grondslag voor overheidsaansprakelijkheid", *Bb&b* 2011, afl. 2, 127

*normen hetzelfde resultaat kan worden bereikt als bij het "ontdekken" en toepassen van algemene rechtsbeginselen, moet de voorkeur worden gegeven aan de evolutieve interpretatie."*⁸⁸

Concluderend kan er worden gesteld dat er binnen de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof een analogie werd vastgesteld tussen artikel 16 Gw. en de eerste en tweede regel van artikel 1 EAP EVRM. De derde regel van artikel 1 EAP EVRM (rond eigendomsbeperkingen) kan echter niet samengelezen worden met artikel 16 Gw. (rond onteigening).

Hier komt het GBOL-beginsel goed van pas. Dit onderdeel heeft duidelijk gemaakt dat het leggen van een verband tussen het GBOL-beginsel en de derde regel van artikel 1 EAP EVRM weldegelijk steek houdt en beide bepalingen in de toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof opgenomen kunnen worden.

b. De samenlezing in de praktijk

i) Is de samenlezing relevant voor alle hoven en rechtbanken?

Men kan zich de vraag stellen of de vaststelling van een mogelijke samenlezing tussen artikel 1 EAP EVRM en het GBOL-beginsel⁸⁹ in het kader van een procedure bij het Grondwettelijk Hof enige meerwaarde zal hebben.

LIERMAN en VERRIJDT stellen hieromtrent terecht dat:

"Hiertegen moet, wat de toetsing aan het eigendomsrecht betreft, echter worden ingebracht dat het Grondwettelijk Hof slechts bevoegd is voor een abstracte grondwetstoetsing in een objectief contentieux.

*Die manier van werken is moeilijk verzoenbaar met de vereiste afweging in concreto van alle elementen in het voordeel van een particuliere eigenaar en van de overheid, zoals het Hof ook impliciet zelf aangeeft in zijn arrest nr. 132/2015."*⁹⁰

Dit houdt echter niet in dat de vaststelling van een mogelijke samenlezing tussen artikel 1 EAP EVRM en het GBOL-beginsel geen enkel nut zou hebben. De samenlezing tussen artikel 1 EAP EVRM en het GBOL-beginsel kan, in het kader van de beantwoording van een prejudiciële vraag, voor het Grondwettelijk Hof immers alsnog een meerwaarde betekenen.⁹¹

⁸⁸ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 156.

⁸⁹ De samenlezing vereist altijd een bepaling waaraan het Hof rechtstreeks kan toetsen, dus hier artikel 10 en 11 GW en/of artikel 16 GW

⁹⁰ S. LIERMAN en W. VERRIJDT, "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in R. PALMANS, D. LINDEMANS, en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 59.

⁹¹ GwH 23 januari 2014, nr. 12/2014.

Daarenboven blijft het voor de gewone rechtbanken ook perfect mogelijk om gebruik te maken van de samenlezing tussen het GBOL-beginsel en de derde regel van artikel 1 EAP EVRM om het GBOL-beginsel verder in te vullen, vorm te geven en toe te passen.

APPERMONT en THEUNIS bevestigen dat het vooral de gewone rechtbanken zullen zijn die het GBOL-beginsel *in concreto* gaan toepassen:

"Hoewel het Grondwettelijk Hof in sommige arresten aangaf bevoegd te zijn om een wettelijk bepaalde vergoeding voor een eigendomsbeperking, of de ontstentenis daarvan aan het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten te toetsen, deed het (tot hertoe) enkel uitspraak in zaken waarin geen vergoeding was voorzien.

Dat stemt ook overeen met de visie van het Hof van Cassatie volgens welke de rechter er bij het stilzwijgen van de wetgever [mag] van uitgaan dat deze de toepassing van het rechtsbeginsel aan de beoordeling van de rechter heeft gelaten.

Wanneer de wetgever niet in een vergoedingsregeling voorziet, heeft het beginsel een ventielwerking die de rechter toelaat om in uitzonderlijke gevallen toch in zeker mate de schade te vergoeden. Wanneer wel in een vergoeding is voorzien, lijkt de waarborg van dat beginsel op te gaan in de evenredigheidstoets- of de vereiste van het billijk evenwicht – die in de toetsing aan artikel 1 Eerste Protocol is vervat. Het is voorlopig onduidelijk of in dat geval nog een verdergaande toetsing door de gewone rechter is toegestaan.⁹²

In het eerste geval legt het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten de bal dus in het kamp van de gewone rechter [...]."⁹³

Het lijkt, in het licht van de hierboven geciteerde passage van APPERMONT en THEUNIS, bijgevolg weldegelijk zinvol om de rechtspraak van het EHRM ter hand te nemen in het kader van onze studie naar het GBOL-beginsel. Zonder wettelijke regeling, geeft het ons immers een inzicht in de criteria die de gewone rechtbanken – naar alle waarschijnlijkheid - bij hun beoordeling inzake het GBOL-beginsel zullen gebruiken, terwijl een eventuele wettelijke vergoeding de toets aan de evenredigheid van de derde regel van artikel 1 EAP EVRM – en het GBOL-beginsel – zal moeten kunnen doorstaan.

Inzake de billijke schadevergoeding, een nieuwe figuur in het instrumentendecreet die raakvlakken vertoont met het GBOL-beginsel, wordt de proportionaliteitstoets (d.i. evenredigheidstoets) door de memorie van toelichting bij het voorontwerp van het instrumentendecreet uitdrukkelijk aangestipt:

⁹² Het Grondwettelijk Hof heeft in haar recent arrest van 7 juni 2018 (nr. 66/2018) aangegeven dat het, in het kader van de planschadevergoeding, aan de decreetgever toekomt om te preciseren onder welke voorwaarden van de decretale berekeningswijze kan worden afgeweken. Deze passage lijkt te suggereren dat, in het geval er een vergoedingsregeling wordt uitgewerkt door de decreetgever, het GBOL-beginsel geen rol meer zal spelen.

⁹³ J. THEUNIS en N. APPERMONT, "Beperkingen aan het recht op bescherming van eigendom", *Themis* 2018, 205.

"Belangrijk hierbij is ook het proportionaliteitsbeginsel: de overheidsmaatregel is van die aard dat ze tot een bouwverbod leidt. Het Hof oordeelde in het vermeld arrest [GwH nr. 12/2014]:

"Hoewel de betrokken eigenaars, in het geval van een bouwverbod als gevolg van een beschermingsmaatregel, niet zijn onteigend, zijn zij niettemin fundamenteel geraakt in hun eigendomsrecht dat betrekking heeft op een terrein dat bestemd is om te worden bebouwd, met name wanneer, zoals te dezen, voordien een verkavelingsvergunning is uitgereikt.

Hoewel een dergelijke verkavelingsvergunning aan de houder ervan geen enkel onvoorwaardelijk of onveranderlijk recht om te bouwen verleent, wegens mogelijke wijzigingen van het vastgoedbeleid, kan zij niettemin een gewettigde verwachting het goed te kunnen gebruiken overeenkomstig die bestemming doen ontstaan. De beperking tot een periode van 10 jaar is redelijk verantwoord omdat planologische en milieumomstandigheden kunnen wijzigen."⁹⁴

Het is op basis van deze proportionaliteitsoverwegingen dat de Vlaamse decreetgever heeft beslist om de figuur van de billijke schadevergoeding in te voegen in het instrumentendecreet.

ii) Welke criteria kunnen geput worden uit de rechtspraak van het EHRM?

In de eerste afdeling van het eerste hoofdstuk van dit onderzoeksrapport werd er reeds gesproken over de criteria die door het Grondwettelijk Hof in haar arrest van 1 oktober 2015, nr. 132/2015 naar voor werden geschoven met betrekking tot de beoordeling van het GBOL-beginsel. Nu de samenlezing van het GBOL-beginsel en de derde regel van artikel 1 EAP EVRM kan worden aanvaard, is het interessant om na te gaan welke criteria het EHRM gebruikt in haar rechtspraak met betrekking tot deze derde regel van artikel 1 EAP EVRM en op welke manier deze criteria zich verhouden met de criteria die door het Grondwettelijk Hof naar voor worden geschoven.

Het EHRM heeft in haar rechtspraak al regelmatig de kans gehad om zich uit te spreken over de concrete toepassing van de derde regel van artikel 1 EAP EVRM. De afgelopen vijf jaar behandelde het Hof zo een vijftig (50) zaken die specifiek handelden over deze regel.⁹⁵ In zevenendertig (37) van deze zaken besloot het EHRM dat de derde regel niet werd gerespecteerd. Twee van deze uitspraken betroffen louter beslissingen van het EHRM waarin de zaak bij voorbaat onontvankelijk werd verklaard.

⁹⁴ X, Memorie van Toelichting bij voorontwerp van het instrumentendecreet, 102.

⁹⁵ In de HUDOC-database werd er gezocht naar arresten en beslissingen van het EHRM in het Engels (één van de hoofdtalen van het Hof om het dubbel tellen van arresten te vermijden) van de afgelopen vijf jaar die handelden over de tweede paragraaf (lees: derde regel) van artikel 1 EAP EVRM (P1 -1 -2). (consultatie database HUDOC: 29 juni 2018)

Een analyse van deze rechtspraak van het EHRM maakt duidelijk dat het Hof een zeer concrete afweging maakt van de feiten in het betrokken geschil om op die manier tot een uitspraak te komen. Dergelijke wijze verdient goedkeuring, maar heeft het nadeel dat het moeilijk is om algemene criteria te distilleren uit deze rechtspraak.

Alle gevonden arresten werden bestudeerd en geanalyseerd doch het uitgebreid bespreken van al deze arresten van het EHRM inzake de derde regel van artikel 1 EAP EVRM zou de omvang van dit onderzoeksrapport ruimschoots overschrijden. Enkel de arresten die, o.i., de meest interessante illustratie van enkele door het EHRM gehanteerde beoordelingscriteria weergeven, zullen hieronder uitvoerig worden besproken.⁹⁶ Deze voorbeelden tonen de *in concreto* toets van het EHRM duidelijk aan.

Zo diende het EHRM zich in de zaak PALEVICIUTE en DZIDZEVICIENE v. LITHUANIA dd. 9 januari 2018 (nr. 32997/14) uit te spreken over de vraag of het afnemen van 0.4863 hectare grond zonder enige compensatie verenigbaar kan worden geacht met de derde regel van artikel 1 EAP EVRM. Het Hof oordeelt uiteindelijk dat:

“The Court has held on numerous occasions that any interference with property must, in addition to being lawful and having a legitimate aim, also satisfy the requirement of proportionality. A fair balance must be struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights, the search for such a fair balance being inherent in the whole of the Convention. The requisite balance will not be struck where the person concerned bears an individual and excessive burden (see Pyrantienė, cited above, § 49; Tunaitis v. Lithuania, no. [42927/08](#), § 38, 24 November 2015; Noreikienė and Noreika v. Lithuania, no. [17285/08](#), § 28, 24 November 2015; Romankevič v. Lithuania, no. [25747/07](#), § 36, 2 December 2014; Paplauskienė v. Lithuania, no. [31102/06](#), § 41, 14 October 2014; and Albergas and Arlauskas v. Lithuania, no. [17978/05](#), § 58, 27 May 2014).

In similar cases which, like the present case, concerned the correction of mistakes made by State authorities in the process of restitution, on several occasions the Court has emphasised the necessity of ensuring that the remedying of old injuries does not create disproportionate new wrongs (see Velikovi and Others v. Bulgaria, nos. [43278/98](#) and 8 others, § 178, 15 March 2007, and Žilinskienė v. Lithuania, no. [57675/09](#), § 46, 1 December 2015). To that end, legislation should make it possible to take into account the particular circumstances of each case, so that individuals who have acquired their possessions in good faith are not made to bear the burden of responsibility. The risk of any mistake made by a State authority must be borne by the State, and errors must not be remedied at the expense of the individual concerned (see Gladysheva v. Russia, no. [7097/10](#), § 80, 6 December 2011, and Pyrantienė, cited above, § 70).

⁹⁶ Alle arresten die door de HUDOC-database werden gegenereerd door toepassing van de hierboven vermelde filters werden bestudeerd en geanalyseerd. Uiteindelijk werden hieruit vier arresten geselecteerd die, o.i., de meest kenmerkende, duidelijke en in het oog springende illustraties van de rechtspraak van het EHRM vormen.

Within the context of revoking ownership of a property transferred erroneously, the good governance principle may not only impose on the authorities an obligation to act promptly in correcting their mistake, but may also necessitate the payment of adequate compensation or another type of appropriate reparation to the former bona fide holder of the property (see Romankevič, cited above, § 37, and the references therein).

In order to assess the burden borne by an applicant, the Court must examine the particular circumstances of each case, such as the conditions under which the disputed property was acquired and the compensation that was received by the applicant in exchange for the property, as well as the applicant's personal and social situation.

[...]

The Court further notes that, contrary to their allegations, the applicants never asked the authorities to provide them with another plot of land (see paragraph 21 above), and considers that it was their lack of cooperation with the authorities which made it impossible for the authorities to take measures to restore the applicants' property rights to the plot of land in question immediately after the courts' decisions had been issued.

Lastly, the Court notes that the authorities cannot be blamed for a lack of diligence in their efforts to restore the applicants' property rights and that the applicants can still have their property rights to the plot of land of 0.4863 hectares restored under domestic legislation by receiving monetary compensation awarded to them (see paragraph 27 above). The Court is therefore of the view that the applicants did not have to bear an individual and excessive burden.

There has accordingly been no violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention."

Het EHRM start haar oordeel, zoals gebruikelijk, met een opsomming van de verschillende toetsingselementen. Naast de legaliteitsvereiste en de vereiste dat de inbreuk een algemeen belang moet dienen, dient er ook steeds een proportionaliteitstoets (fair balance-toets) uitgevoerd te worden.

Het EHRM gaat uit van het principe dat fouten die werden gemaakt door een overheid niet zomaar ten laste van de *bona fide* eigenaar(s) mogen worden gelegd. Het kan bovendien noodzakelijk zijn voor de overheid om, naast het herstellen van de door haar gemaakte fout, een vergoeding te betalen voor de geleden schade. Alles zal afhangen van de specifieke omstandigheden van de zaak die het EHRM daarna onderzoekt.

In casu hadden de eigenaars geen coöperatieve houding aangenomen. Ze hadden immers nooit gevraagd om hen een ander stuk land te geven. Bovendien was het voor de eigenaars ook mogelijk

om een financiële compensatie te krijgen. Het EHRM besluit dan ook dat artikel 1 EAP EVRM niet werd geschonden.

In de zaak VASKRSIC v. SLOVENIA dd. 25 april 2017 (31371/12) ging het om de gedwongen verkoop van het huis van verzoeker teneinde zijn schuldeisers te kunnen betalen. Verzoeker achtte artikel 1 EAP EVRM geschonden aangezien zijn huis werd verkocht voor een schuld van slechts EUR 124,00.

Het EHRM zet allereerst de principes van de proportionaliteitstoets (fair balance-toets) nog even op een rijtje:

"It remains to be determined whether the measure complained of was proportionate to the aim pursued. As the Court has consistently held, the right to peaceful enjoyment of possessions must strike a "fair balance" between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights (see, among other authorities, Sporrang and Lönnroth v. Sweden, 23 September 1982, § 69, Series A no. 52, and Jahn and Others v. Germany [GC], nos. [46720/99](#), [72203/01](#) and [72552/01](#), § 93, ECHR 2005-VI). In respect of interferences which fall under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1, there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued (see J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. the United Kingdom [GC], no. [44302/02](#), § 55, ECHR 2007-III).

In each case involving an alleged violation of Article 1 of Protocol No. 1, the Court must ascertain whether by reason of the State's interference, the person concerned had to bear a disproportionate and excessive burden.

In determining whether this requirement has been met, the Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question (see Vrzić, cited above, § 100).

Moreover, the Court reiterates that although Article 1 of Protocol No. 1 contains no explicit procedural requirements, the proceedings at issue must afford the individual a reasonable opportunity of putting his or her case to the relevant authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision. In ascertaining whether this condition has been satisfied, the Court takes a comprehensive view (see Zehentner, cited above, § 73)."

Het EHRM herhaalt dat er een *fair balance* moet worden gecreëerd tussen het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele individuele rechten en vrijheden. In het kader van de derde regel van artikel 1 EAP EVRM dient de relatie tussen het te bereiken doel en de aangewende middelen eveneens proportioneel te zijn. Aan deze vereiste wordt niet voldaan als een burger, omwille van de inmenging van de staat, een disproportionele en excessieve last dient te dragen.

Er wordt door het EHRM evenwel aangestipt dat staten over een ruime "margin of appreciation" beschikken.

Tot slot vereist het EHRM dat, hoewel artikel 1 EAP EVRM geen procedurele vereisten bevat, de procedures die voorhanden zijn voldoende waarborgen moeten inhouden voor het individu. Er moet een effectieve kans worden geboden om de maatregelen die een inbreuk vormen op zijn/haar eigendomsrecht aan te vechten.

Uiteindelijk past het EHRM deze principes ook toe op de concrete casus:

"While acknowledging that the Contracting States have a wide margin of appreciation in this area (see paragraph 77 above) and that the aims pursued by the relevant legislation might concern also issues exceeding the mere payment of a particular debt, such as the improvement of repayment discipline in the country concerned, the Court is nevertheless of the view that, given the paramount importance of the enforcement measure taken against the applicant's property, which was also his home, and the manifest disproportion between this measure and the amount of debt it aimed to enforce, the authorities were obliged to take careful and explicit account of other suitable but less intrusive alternatives (see, mutatis mutandis, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, no. [14902/04](#), § 651-54, 20 September 2011).

In this connection, the Court notes that the Enforcement Act provided for several means of enforcement, including seizure of assets from the debtor's bank account or part of the debtor's salary (see paragraphs 45 and 47 above). It further refers to its finding above that there was a clear indication that the measure in the form of seizure of assets from the applicant's bank account was available as a potentially suitable and effective measure for the enforcement of his debt (see paragraph 81 above), especially if applied with some flexibility, such as repayment over a reasonable period of time. What is more, almost a month before the second auction company J. requested that the enforcement be carried out by seizing the applicant's salary and bank account.

However, although the requests were made on 18 and 25 October 2010 respectively, the court did not grant them until 22 November 2010, that is after the house had been sold at the second auction (see paragraphs 24 and 27 above). The Court finds it striking that the enforcement court, which had previously taken decisions rather swiftly (see paragraph 81 above), took a month to decide on company J.'s requests.

Indeed, in view of the irreparable consequences of the judicial sale for the applicant, the court should have taken a timely decision on company's J. requests and taken steps to postpone or cancel the auction. The Court concedes that the latter, as well as the lack of initial consideration of proportionality when accepting the request for the impugned judicial sale, may have resulted, at least in part, from the court's interpretation of the relevant

requirements of the domestic law. Nevertheless, the Court finds that in the circumstances of the case this had a negative overall effect on the conduct of the enforcement proceedings against the applicant (see, mutatis mutandis, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos, cited above, § 656).

Lastly, the Court attaches great importance to securing effective enforcement proceedings for creditors (see, mutatis mutandis, Mindek v. Croatia, no. [6169/13](#), § 82, 30 August 2016). However, in the present case it has not been shown that the judicial sale of the applicant's house was a necessary measure to ensure such enforcement.

Having regard to the above considerations, in particular the low value of the debt that was enforced through the judicial sale of the applicant's house and the lack of consideration of other suitable and less onerous measures by the domestic authorities, the Court concludes that the State failed to strike a fair balance between the aim sought and the measure employed in the enforcement proceedings against the applicant. There has accordingly been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention."

In essentie stelt het EHRM in deze casus dat, ondanks het feit dat staten over een ruime "margin of appreciation" beschikken en ondanks het feit dat er weldegelijk een legitiem doel werd nagestreefd, het *in casu* volledig disproportioneel was om het huis van de schuldenaar te verkopen voor een eerder beperkte schuldenlast.

De alternatieve mogelijkheden werden niet op een adequate manier onderzocht. Bovendien vindt het EHRM het opmerkelijk dat de betrokken nationale rechtbank een maand nodig had om het verzoek van de schuldenaar tot het gebruik van alternatieven te beoordelen, terwijl haar eerdere - en meer ingrijpende - beslissingen veel sneller werden genomen.

Een volgend arrest dat zeker het bespreken waard is, betreft het arrest BARCZA AND OTHERS v. HUNGARY dd. 11 oktober 2016 (nr. 50811/10) waarin de eigendom van verzoekende partijen werd opgenomen als waterbeschermingszone terwijl de geplande onteigening zo'n negen jaar op zich liet wachten.

Het Hof gaat in dit arrest concreet in op de vraag of de handelswijze van de staat de proportionaliteitstoets (fair balance-toets) van de derde regel van artikel 1 EAP EVRM kan doorstaan:

"It now needs to be ascertained whether the interference in question struck a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights (see, among many other authorities, Jahn and Others v. Germany [GC], nos. [46720/99](#), [72203/01](#) and [72552/01](#), § 93, ECHR 2005-VI).

In determining whether this requirement has been met, the Court recognises that regional planning and environmental conservation policies, where the community's general interest is pre-eminent, confer on the State a margin of appreciation that is greater than when

exclusively civil rights are at stake (see Depalle v. France [GC], no. [34044/02](#), § 84, ECHR 2010).

*In the present case, the Court notes that although the domestic authorities were obliged to initiate an expropriation procedure with a view to acquiring ownership of the plot of land for the water protection zone, they failed to do so. Even after the applicants had offered their plot for sale on 16 November 2005, no steps were taken to complete the expropriation procedure, since, apparently, the applicants' attempt to have an authority designated to exercise jurisdiction over the matter did not yield any result (see paragraphs 11-12 above). In similar vein, the applicants' further offer of 31 October 2007 to sell their property to the State was to no avail (see paragraph 14 above). Finally, even after the confirmation of the administrative authorities' obligation to conclude the expropriation procedure by a court judgment on 22 October 2009 (see paragraph 17 above), National Asset Management Inc., the authority designated to conduct the expropriation, took no action for an additional period of two years, when the expropriation was finally enforced by the Pest County Government Office (see paragraph 21 above); the authorities thus took no action for an additional period of time, until 16 December 2011. Thus, in addition to the detrimental effects of the establishment of a water protection zone on the exercise of their right to property, the applicants were left in a state of uncertainty as to the fate of their plot of land over a long period of time (see, mutatis mutandis, *Frendo Randon and Others v. Malta*, no. [2226/10](#), § 55, 22 November 2011), during which they could neither realistically expect to sell their property at a fair price nor obtain expropriation against compensation.*

The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention."

Het EHRM merkt in de eerste plaats op dat er, in het kader van de *fair balance*-toets, rekening moet worden gehouden met de ruime "*margin of appreciation*" van nationale overheden in omgevingsvraagstukken.

Echter, *in casu* weigerde de nationale overheid, ondanks het feit dat zij hiertoe verplicht was, gedurende lange tijd over te gaan tot de onteigening van de percelen die werden ingericht als waterbeschermingszone. Het EHRM is dan ook van oordeel dat de zware gevolgen van de waterbeschermingszone op de percelen, gekoppeld aan de langdurige onzekerheid omtrent de onteigeningsprocedure, een schending uitmaken van artikel 1 EAP EVRM.

Tot slot lijkt het ook nog interessant om het arrest *PETER MATAS v. CROATIA* dd. 4 oktober 2016 (nr. 40581/12) te bekijken, waarin de eigendom van verzoekende partij voorlopig werd beschermd als cultureel erfgoed voor zes (6) jaar. Het Hof beoordeelde de proportionaliteitstoets (*fair balance*-toets) als volgt:

"The Court notes that, in the instant case, there was nothing to indicate that measures of protection relating to cultural heritage could be applied in respect of the building at the time

the applicant purchased it for commercial use (compare Potomska and Potomski, cited above, § 68, and, by contrast, Fürst von Thurn und Taxis v. Germany (dec.), no. [26367/10](#), § 24, 14 May 2013). There is also no doubt that the authorities were aware that the building had been bought by the applicant for commercial use (see paragraph 6 above). [...]

The Court notes that the preventive protection under the relevant domestic law entailed a number of significant restrictions on the applicant's use of the property, including its commercial use as he saw fit. There is no dispute between the parties that, under section 11 of the Cultural Heritage Act, the effects of preventive protection were akin to those of protection following a final determination on the status of an object's cultural heritage (see paragraph 20 above). In particular, those effects included restrictions with regard to the use of objects, and obligations on the part of owners to seek prior permission for any change in the nature of use of objects.

There were also restrictions with regard to the transfer of property where the State had a right of pre-emption. Moreover, under the Cultural Heritage Act, an object of cultural heritage could be expropriated in the interests of the State (see paragraph 22 above). The Court observes that, during the proceedings before the domestic authorities, the applicant referred to the adverse effect of these restrictions on his commercial projects concerning the building, which is consonant with his arguments and evidence put before the Court (see paragraph 14 above, and compare, by contrast, Valette and Doherier, cited above, § 20).

The Court considers that the restriction on the applicant's right to the peaceful enjoyment of his possessions by the application of the measure of preventive protection is not open to criticism per se, having regard in particular to the legitimate aim pursued and the wide margin of appreciation allowed to the State where cultural heritage issues are concerned (see SCEA Ferme de Fresnoy v. France (dec.), no. [61093/00](#), ECHR 2005-XIII extracts). However, in its assessment of the proportionality of the measure complained of, the Court has reservations about two aspects of the domestic authorities' conduct in the applicant's case.

Firstly, although undoubtedly the assessment of the value of an object with regard to cultural heritage may require complex and lengthy assessments and studies, the Court notes that there is no indication in the case in issue that any measurements, assessments or studies in relation to the value of the applicant's building with regard to cultural heritage – which would have justified the application of the measure of preventive protection for the period of six years – were actually taken or conducted (compare, by contrast, SCEA Ferme de Fresnoy, cited above). Indeed, the only reason cited by the Split Department during the proceedings to justify such a protracted application of the measure of preventive protection was its alleged inability to obtain an excerpt from the land register from Split Municipal Court concerning the building (see paragraph 12 above).

However, given that land registry data are public information – readily obtainable by other means, including via the Internet – and that there is no indication that the Split Department

actually made a serious attempt to obtain that information and failed, the Court cannot accept the reason invoked as a justification for the application of the measure of preventive protection for the period of six years.

In any case, the Court considers that the applicant should not have to bear any adverse consequences as a result of the alleged impossibility of the competent State bodies to coordinate their relevant actions in deciding on the matters affecting his property rights.

*In this connection, the Court would reiterate the particular importance of the principle of "good governance", which requires that, where an issue in the general interest is at stake, in particular when the matter affects fundamental human rights such as those involving property, the public authorities must act in good time and in an appropriate and, above all, consistent manner (see, amongst others, *Bogdel v. Lithuania*, no. [41248/06](#), § 65, 26 November 2013). In the case in issue, the Court finds that the domestic authorities failed to act in a manner consonant with the necessity to protect the applicant's property rights and to resolve the issues pertinent to the property status of his building in a timely manner.*

*Secondly, the Court notes several procedural omissions relating to the manner in which the domestic authorities conducted the proceedings in the applicant's case. The Court reiterates that, although Article 1 of Protocol No. 1 contains no explicit procedural requirements, the proceedings in issue must afford the individual a reasonable opportunity to put his or her case to the relevant authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision. In ascertaining whether this condition has been satisfied, the Court takes a comprehensive view (see, for instance, *Zehentner v. Austria*, no. [20082/02](#), § 73, 16 July 2009).*

In this respect, the Court notes that, when ordering the measures of preventive protection on 28 March 2003 and 10 January 2007, the Split Department did not inform the applicant of the necessity to order those measures, nor did it transmit its decisions to the applicant. It therefore failed to take into account his views on the matter and the impact on his property rights which the application of the measures of preventive protection would have. At the same time, there is no doubt that the Split Department knew or should have known that the applicant owned the building, since in its decisions it referred to the fact that the building was used as a car repair workshop (see paragraph 7 above) at that point in time, and the applicant's ownership was registered with the land registry.

Furthermore, the Court notes that, despite the applicant's clear arguments as to the effects of the restrictions on his property rights, in particular regarding his commercial projects concerning the building (see paragraph 14 above), the Administrative Court limited its assessment to the question of the possible relevance of the building to cultural heritage, without conducting any assessment of whether the protracted application of the measures had disproportionately affected the applicant's property rights.

It also failed to address the applicant's complaint of the competent authorities' passivity with regard to finally resolving the matter. Those omissions of the Administrative Court were not remedied by the Constitutional Court (see paragraphs 16 and 18 above).

Having regard to all the above factors, the Court finds that the domestic authorities' interference with the applicant's right to the peaceful enjoyment of his possessions fell short of the requirements of the protection of his right of property under the Convention.

Accordingly, there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention."

Het EHRM merkt in dit arrest op dat er, op het moment van de aankoop van het betrokken gebouw, nog geen indicatie was van een mogelijke bescherming van het gebouw als cultureel erfgoed.

Na een onderzoek te hebben gedaan omtrent de impact van een maatregel van voorlopige bescherming, stelt het EHRM dat het, in essentie, geen kritiek heeft op de genomen maatregel gelet op het legitiem doel en de grote "margin of appreciation". Echter, het EHRM heeft wel een aantal opmerkingen inzake de proportionaliteit van de betrokken maatregel.

Zo werd er, ten eerste, geen voorafgaand studiewerk verricht rond de waarde van het betrokken gebouw als cultureel erfgoed. Het argument van de betrokken overheid dat zij een bepaald uittreksel niet kon verkrijgen, kon het EHRM, gelet op het feit dat de preventieve bescherming gedurende zes jaar werd aangehouden, in het licht van het principe van *good governance* niet bekoren.

Ten tweede waren er, volgens het EHRM, *in casu* te weinig procedurele waarborgen voorhanden. Zo werden de beslissingen van de overheid niet ter kennis gebracht van de betrokkene en werd er in de gerechtelijke procedure geen proportionaliteitstoets uitgevoerd naar aanleiding van de argumentatie die door de eigenaar van het betrokken gebouw werd aangevoerd. Artikel 1 EAP EVRM werd bijgevolg geschonden.

In een aantal andere onderzochte arresten kwam het Hof zelfs niet toe aan de proportionaliteitstoets. In deze zaken werd er immers niet voldaan aan de legaliteitsvereiste.⁹⁷

Zoals eerder aangegeven, voert het EHRM een zeer concrete toetsing uit die volledig wordt afgestemd op de feiten van de betrokken casus. Het is dan ook moeilijk om uit deze rechtspraak criteria af te leiden die in alle gevallen van toepassing kunnen en zullen zijn. Uit de onderzochte arresten van het EHRM komt alvast naar voor dat het Hof in haar toetsing onder meer rekening houdt met:

- Het voorhanden zijn/gebrek aan procedurele waarborgen;⁹⁸

⁹⁷ EHRM 9 mei 2017, *PADURET v. THE REPUBLIC OF MOLDOVA AND RUSSIA* (nr. 16626/11); EHRM 24 januari 2017, *VALANT v. SLOVENIA* (nr. 23912/12); EHRM 20 december 2016, *LJASKAJ v. CROATIA* (nr. 58630/11); EHRM 30 augustus 2016, *SIEMASZKO & OLSZYNSKI v. POLAND* (nr. 60975/08).

⁹⁸ Zie onder meer: EHRM 25 april 2017, *VASKRSIC v. SLOVENIA* (nr. 131371/12); EHRM 12 juli 2016, *VRZIC v. CROATIA* (nr. 43777/13); EHRM 13 januari 2015, *VEKONY v. HUNGARY* (nr. 6568/13).

- Het gedrag van de overheid en/of de verzoekende partij;⁹⁹
- De ernst van de inbreuk op het eigendomsrecht;¹⁰⁰
- (Rechts)onzekerheid en legitieme verwachtingen in hoofde van verzoekende partij(en);¹⁰¹
- De aanwezigheid van/het gebrek aan compensatie;¹⁰²
- Het ondernemersrisico.¹⁰³

De criteria die werden aangetroffen in de recente rechtspraak van het EHRM lijken aan te sluiten bij de bevindingen van TJEPKEMA¹⁰⁴ enerzijds en DESMET¹⁰⁵ anderzijds.

Het wordt echter duidelijk dat deze criteria niet volledig overeenstemmen met de criteria die door het Grondwettelijk Hof werden opgenomen in haar arrest van 1 oktober 2015 (nr. 132/2015). Dit kan worden verklaard door 1) het feit dat de nationale rechter een ruimere bescherming kan bieden dan het EHRM of 2) het feit dat het Grondwettelijk Hof in het arrest van 1 oktober 2015 een uitspraak moest doen binnen een specifiek domein, met name het onroerend erfgoed. Naar alle waarschijnlijkheid heeft het Grondwettelijk Hof de criteria, die in het arrest van 1 oktober 2015 worden geponeerd, specifiek toegespitst op dit beleidsdomein.

Concrete rechtspraak van de burgerlijke rechtbanken zal moeten aantonen met welke criteria in het algemeen meer of minder rekening zal worden gehouden.

AFDELING 3. HET BEGINSEL VAN DE GELIJKHEID VAN DE BURGERS VOOR DE OPENBARE LASTEN OVER DE GRENZEN HEEN

Het lijkt weinig waarschijnlijk dat de Vlaamse overheid de enige overheid is die geconfronteerd wordt met de problematiek van een gelijkheidsbeginsel van de burgers voor de openbare lasten.¹⁰⁶ Het lijkt bijgevolg een goed idee om een onderzoek te voeren naar de eventuele aanwezigheid van een (gelijkaardig) GBOL-beginsel in onze buurlanden en –regio's.

Op die manier kunnen er nieuwe inzichten ontstaan die een impact kunnen hebben op het voorstel dat, in het kader van deze studieopdracht, uiteindelijk naar voor zal worden geschoven.

⁹⁹ EHRM 17 januari 2017, *BKM LOJISTIK v. SLOVENIA* (nr. 42079/12); EHRM 21 april 2016, *IVANOVA & CHERKEZOV v. BULGARIA* (nr. 46577/15); EHRM 24 juni 2014, *AZIENDA AGRICOLA SILVERFUNGHI SAS AND OTHERS v. ITALY* (nr. 48357/07); EHRM 25 juli 2013, *ROUSK v. SWEDEN* (nr. 27183/04); EHRM 23 juli 2013, *LAY LAY COMPANY LIMITED v. MALTA* (nr. 30633/11).

¹⁰⁰ EHRM 13 december 2016, *SC FIERCOLLECTI IMPEX SRL v. ROMANIA* (nr. 26429/07); EHRM 21 juli 2015, *DONPRUT SRL v. MOLDOVA* (nr. 45504/09);

¹⁰¹ EHRM 11 oktober 2016, *BARCZA AND OTHERS v. HUNGARY* (nr. 50811/10); EHRM 9 januari 2018, *TUMELIAI v. LITHUANIA* (nr. 25545/14); EHRM 4 oktober 2016, *PETER MATAS v. CROATIA* (40581/12).

¹⁰² EHRM 15 december 2015, *SC ANTARES TRANSPORT SA & SC TRANSROBY SRL v. ROMANIA* (nr. 27227/08); EHRM 21 juli 2015, *REISNER v. TURKEY* (nr. 46815/09); EHRM 13 januari 2015, *VEKONY v. HUNGARY* (nr. 6568/13)

¹⁰³ EHRM 4 maart 2014, *MICROINTELLECT OOD v. BULGARIA* (nr. 34129/03).

¹⁰⁴ M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 638 ev.

¹⁰⁵ E. DESMET, "Natuurbescherming en het recht op eigendom in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: een dubbel intensifiëring", *MER* 2010, afl. 3, 120 ev.

¹⁰⁶ Of op zijn minst een variant ervan.

1. Waals Gewest

Ver hoeft er niet gekeken te worden om een (mogelijk) vergelijkingspunt te vinden. Wallonië kent op het vlak van ruimtelijke ordening en milieu immers een geheel eigen regelgeving.¹⁰⁷

Desalniettemin baseert ook LAGASSE zich in zijn publicaties omtrent de Waalse decreetgeving voornamelijk op de hierboven reeds besproken arresten van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof, alsook op de toepassing van artikel 1 EAP EVRM (*supra*).¹⁰⁸

Voor wat betreft de vergoeding voor erfdienstbaarheden van openbaar nut stelt hij een drietrapsregeling voor:

- 1) In de eerste plaats dient men na te gaan of er een wettelijke vergoedingsregeling bestaat;
- 2) Indien er geen wettelijke vergoedingsregeling voorhanden is, dient men na te gaan of er wel een vergoedingsregeling werd vastgelegd voor een vergelijkbare situatie. In dat geval kan men een beroep doen op artikel 10 en 11 Gw.
- 3) Indien er ook geen vergelijkbare vergoedingsregeling bestaat, kan er teruggegrepen worden naar de derde regel van artikel 1 EAP EVRM en het GBOL-beginsel.¹⁰⁹

De visies van Wallonië en Vlaanderen op het vlak van het GBOL-beginsel lijken bijgevolg niet zo ver van elkaar af te liggen. De drietrapsregeling is zeker een element dat meegenomen kan worden bij de voorbereiding van het uiteindelijke voorstel.

2. Nederland

Ook in Nederland kent men de discussie omtrent het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten.¹¹⁰ Sterker zelfs, het arrest van het Hof van Cassatie dd. 24 juni 2010, zeg maar het arrest dat de gehele ontwikkeling van het GBOL-beginsel in een stroomversnelling heeft gebracht, wordt nadrukkelijk geënt op een arrest van de Nederlandse Hoge Raad.¹¹¹

Het belichten van enkele interessante ideeën en ontwikkelingen uit de Nederlandse rechtsorde is, in het kader van dit onderzoeksrapport, bijgevolg uiterst interessant.

a. De smeeroliefunctie

¹⁰⁷ Artikel 6 Bijzondere Wet Hervorming Instellingen juncto artikel 39 Grondwet.

¹⁰⁸ D. LAGASSE, "L'indemnité et la quasi-expropriation" in D. RENDERS, *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, Brussel, Bruylant, 2013, 591-595.

¹⁰⁹ Ibid, 599-601.

¹¹⁰ In Nederland het égalitébeginsel genoemd.

¹¹¹ S. LIERMAN, "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten: wel fundamenteel, (nog) niet absoluut (noot onder Cass. 24 juni 2010), *RW* 2010-2011, afl. 29, 1227.

In Nederland spreekt men ook over de smeeroliefunctie van de toegekende compensatie. Deze smeeroliefunctie houdt in dat eventuele weerstand tegen de betrokken overheidsbeslissingen wordt weggenomen door een adequate, relatief ruimhartige compensatie in het vooruitzicht te stellen. Er wordt in zo'n geval zelfs een iets hogere compensatie toegekend dan juridisch gezien noodzakelijk is.¹¹²

Men zou het begrip "smeeroliefunctie" een nog grotere draagwijdte kunnen toebedelen. Door de belangen van burgers reeds in een vroeg stadium bij de besluitvorming te betrekken, zullen de betrokken burgers minder snel geneigd zijn om een door de overheid genomen beslissing door de administratieve rechter te laten vernietigen.

Door als overheid transparant te communiceren met de betrokken burgers – bv. over de aard en duurtijd van het project maar eveneens over de toepasselijkheid en de grootteorde van een vergoeding – kan er *goodwill* gecreëerd worden bij de bevolking waardoor er meer draagkracht ontstaat en efficiëntiewinst kan worden geboekt:

"In plaats van achterover te leunen en een afwachtende houding aan te nemen, doet de overheid er goed aan proactief te werk te gaan en het voortouw te nemen door zelf in redelijke vergoedingen te voorzien wanneer een project burgers of instellingen bovenmatig treft. De overheid kan zich hier optrekken aan het Nederlandse voorbeeld, waar er nog zelden grote investeringsprojecten van start gaan zonder een gedegen uitgewerkt vergoedingsplan. Voorbeelden zijn de uitbreiding van de luchthaven van Schiphol of de noord-zuidlijn in Amsterdam.

*Deze praktijk heeft mogelijk het bijkomende voordeel dat het project breder wordt gedragen en minder schietschijf wordt voor tal van vorderingen van ontevreden burgers of instellingen."*¹¹³

b. De interpretatie van de materiële toepassingsvoorwaarden

TJPEKEMA heeft in zijn doctoraat de materiële toepassingsvoorwaarden van het GBOL-beginsel (de *égalité*) onder de loep genomen. Aangezien Nederland al enige rechtsontwikkeling op het vlak van nadeelcompensatie bij rechtmatig overheidshandelen heeft doorgemaakt, is het interessant om even stil te blijven staan bij de invulling die TJPEKEMA wenst te geven aan de materiële criteria van de speciale last en de abnormale last.

Inleidend stelt TJPEKEMA dat de *égalité* een drempelkarakter heeft. Dit houdt in dat de schade ten gevolge van weloverwogen overheidshandelingen principieel voor rekening van het "slachtoffer" dient te blijven, waardoor enkel onevenredig nadelige gevolgen door de overheid vergoed moeten

¹¹² M.K.G., TJPEKEMA, "Egalité à la Hollandaise: De evolutie van het recht op schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden in Nederland" in R. PALMANS, D., LINDEMANS, J., TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 78.

¹¹³ S. LIERMAN en W. VERRIJDT, "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in R. PALMANS, D. LINDEMANS, en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 34.

worden.¹¹⁴ Dit uitgangspunt sluit naadloos aan bij het in België gehanteerde principe van niet-vergoeding dat, ondanks enkele nuances, tot op vandaag gehandhaafd blijft (*supra*).

Uiteindelijk zoomt TJEPKEMA voornamelijk in op twee criteria: het criterium van de speciale last en het criterium van de abnormale last (d.i. een koepelbegrip dat hij zelf heeft ontwikkeld).

i) De speciale last

De vereiste van een speciale last – de op een beperkte groep van burgers of instellingen drukkende gevolgen – levert zowel in België (*supra*) als in Nederland moeilijkheden op:

*"In de jurisprudentie zoekt men vergeefs naar algemene uitspraken over hoe moet worden vastgesteld of een bepaalde groep als 'beperkt' heeft te gelden en met welke andere burgers in dat verband moet worden vergeleken. Vaak blijft het bij de constatering dat de groep beperkt moet zijn."*¹¹⁵

Met wie dient men met andere woorden te vergelijken? Wanneer is er sprake van een beperkte groep? Het zijn allemaal vragen die tot op heden onbeantwoord zijn gebleven.

TJEPKEMA stelt in de eerste plaats dat de speciale last geen getalsdrempel veronderstelt. De redenering dat een last niet langer speciaal kan zijn van zodra een bepaald aantal personen getroffen wordt door de betrokken maatregel gaat bijgevolg niet op. TJEPKEMA verwijst naar andere schrijvers die, in zijn ogen, terecht spreken over de identificeerbaarheid van de getroffen groep:

*"Veel auteurs herkennen in de speciale last een 'kwantitatief' element: of een last speciaal is, hangt af van de grootte van de groep getroffen. De speciale last wordt in dat verband wel gecontrasteerd met de last die juist een grote groep burgers treft en die dus per definitie niet speciaal is. Hoewel er wel iets waar zit in deze stelling, moet worden benadrukt dat er niet één bepaalde getalsdrempel is, aan de hand waarvan kan worden bepaald of de schade speciaal is of niet. 'Beperkt' is een relatief begrip, dat er dan ook niet aan in de weg staat dat een groep van een zekere omvang haar schade vergoed krijgt. Terecht benadrukken sommigen daarom niet de beperktheid van de groep, maar haar identificeerbaarheid. Zo stelt Morange dat 'le préjudice est spécial lorsqu'il est subi par un individu ou par plusieurs individus dont la détermination nominale apparaît possible'."*¹¹⁶

In het betrokken doctoraat worden twee groepen onderscheiden. Een eerste groep van auteurs is van mening dat men, in het kader van het criterium van de speciale last een getroffen burger dient

¹¹⁴ M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 355.

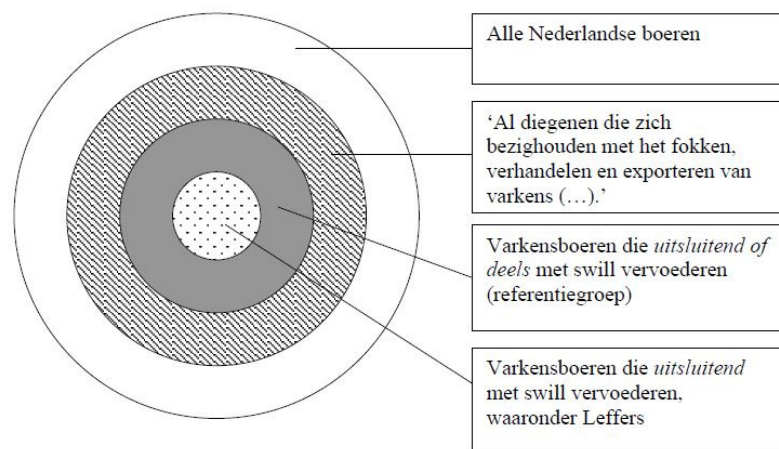
¹¹⁵ Ibid, 356.

¹¹⁶ Ibid, 356 – 357.

te vergelijken met de overige burgers die geraakt worden door de betrokken maatregel. Deze visie werd recent bijgetreden door VERRIJDT en LIERMAN (*supra*).¹¹⁷

Deze visie wordt op een duidelijke manier geïllustreerd in het Leffers-arrest van de Hoge Raad dd. 18 januari 1991. In dit arrest werd een Ministeriële regeling besproken die aan varkensboeren het verbod oplegde om nog langer swill als voer te gebruiken. De regeling werd genomen om de verspreiding van een besmettelijke varkensziekte te stoppen. Zowel boeren die deels swill als voer gebruikten maar ook boeren die uitsluitend swill hanteerden werden geraakt door deze regeling. Leffers behoorde tot deze laatste categorie.

De verschillende mogelijke vergelijkingsgroepen in deze zaak kunnen als volgt worden weergegeven:



118

De Hoge Raad was in het Leffers-arrest uiteindelijk van mening dat de referentiegroep, waartegen de situatie van Leffers afgewogen diende te worden, bestond uit alle andere getroffen ondernemingen (dit zijn de varkensboeren die gedeeltelijk met swill werken):

"De voormelde Regeling strekt ertoe de belangen te beschermen 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. Juist door deze bescherming wordt evenwel, naar de Staat niet heeft bestreden, een naar verhouding kleine groep van bedrijfsmatige varkensmesters die, anders dan het overgrote deel van hun concurrenten, hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoeding van swill en niet van de ene dag op de andere op een andere vervoederingsstelsel hebben kunnen overschakelen zonder dat daardoor de winstgevendheid van hun bedrijf verloren zou gaan, in onevenredige mate in haar belangen getroffen, en wel in de onderhavige zaak naar de stellingen van Leffers

¹¹⁷ S. LIERMAN en W. VERRIJDT, "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in R. PALMANS, D. LINDEMANS en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 30.

¹¹⁸ M.K.G. TJEPEKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 367.

in dier voege dat het bedrijf van Leffers is moeten worden geliquideerd met aanzienlijke vermogensschade."

Een andere groep van auteurs hanteert een bredere interpretatie van het criterium van de speciale last. Zij vinden dat een getroffen burger vergeleken moet worden met de overige leden van de samenleving.¹¹⁹

TJEPKEMA gebruikt de ratio van het criterium van de speciale last om zijn eigen keuze te staven. De beperking die het criterium van de speciale last met zich meebrengt op de (vergoedings)mogelijkheden van getroffen burgers (d.i. de ventielwerking) werd ingegeven door het feit dat de overheid in het algemeen belang moet kunnen blijven handelen zonder angst te hebben voor massale schadeclaims. TJEPKEMA besluit daaruit – o.i. terecht - dat de visie van de eerste groep van auteurs o.a. het best aansluit bij deze ratio:

"Ten eerste wordt de ratio genoemd dat het, juist bij handelingen die in het algemeen belang noodzakelijk zijn, nodig is een beperking aan te brengen in de mogelijkheden van burgers om het bestuur te verlammen met schadeacties. Zou deze beperking niet gelden, dan zou een te groot beroep op de schatkist worden gedaan en zou de grote aansprakelijkheidslast ten koste kunnen gaan van een goede vervulling van de overheidstaak. [...]"

Morange stelt in dit verband dat de spécialité een zekere gierigheid belichaamt. Hij plaatst daarbij echter de kanttekening dat deze overweging alleen niet de uitsluitende reden mag zijn om deze eis te stellen. Het belang van de getroffenenen zal uiteindelijk zwaarder moeten wegen dan louter financiële overwegingen.

Daarom legt hij de nadruk op een ander motief, namelijk dat besturen vaak betekent dat een keuze moet worden gemaakt tussen tegenstrijdige belangen van bepaalde groepen burgers. [...] Alleen door de eis van een speciaal nadeel te stellen, zal het beroep op de staatskas binnen de perken kunnen worden gehouden en wordt het bestuur evenmin te zeer gehinderd in het nastreven van zijn beleidsdoelen. Ook aan dit tweede motief liggen uiteindelijk dus zowel praktische als financiële overwegingen ten grondslag. [...]"

Deze strikte opvatting sluit, zo lijkt het, het beste aan bij de ratio van de speciale last zelf. De eis van een speciale last wordt gesteld om te voorkomen dat de rechter het bestuur hindert door telkens wanneer een overheidshandeling een groep in de samenleving dupeert, te verlangen dat het bestuur een redelijke compensatie biedt voor al het dientengevolge geleden nadeel. Het beschouwen van die groep als een geheel, die in verhouding tot de 'andere leden van de samenleving' een onevenredig nadeel lijdt, zou van de eis van een speciale last weinig meer overlaten en een zware financiële last op de overheid leggen.

¹¹⁹ M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 358.

Een tweede reden voor deze strenge invulling van de speciale last kan worden gezocht in taakverdeling tussen rechter en wetgever. De vraag naar het gelijkmatig verdelen van lusten en lasten over de leden van de samenleving is in eerste instantie een wetgevingsvraagstuk. Het Franse recht laat zien dat, voor zover grotere groepen burgers aanspraak op compensatie kunnen maken, daaraan in de regel een wettelijk voorschrift ten grondslag ligt, zoals in het geval van de wet die bij schade door attroupements en rassemblements (samenscholingen op straat in het kader van sportwedstrijden, politieke manifestaties, etc.) recht op vergoeding geeft. Niet overwegingen van égalité, maar van solidariteit zijn daarbij leidend. Ondervindt een grote groep schade zonder dat de wetgever ingrijpt, dan kan daarin een (impliciete) uitspraak worden gelezen dat deze schade inherent is aan het leven in een samenleving met anderen en dat die schade in beginsel behoort tot de normale maatschappelijke risico's. Het is niet aan de rechter om in die door de wetgever beoogde verdeling van voor- en nadelen in te grijpen door de overheid te verplichten grote groepen burgers te compenseren. Wat hij wel kan, is ingrijpen wanneer enkelingen bij de verdeelarbeit van de overheid worden overgeslagen."¹²⁰

Vervolgens probeert TJEPKEMA te onderzoeken of het altijd mogelijk is om een referentiegroep terug te vinden. Dit blijkt moeilijker dan initieel gedacht.¹²¹ Bovendien komt TJEPKEMA tot de vaststelling dat het voorhanden zijn van een speciale last vaak samenhangt met de vereiste van een zeer zware of abnormale last.¹²² De vereisten van de speciale last en de abnormale last (*infra*) zijn dan ook vooral complementair van aard:

"Ik meen, met Cormier, dat de verhouding tussen beide criteria bovenal complementair van aard is. Het is vaak zo dat er sprake is van een speciale last omdat een last zwaarder op de een drukt dan op de (vergelijkbare) ander. Niet alleen de Leffers-casus, maar ook de Franse jurisprudentie laat dat goed zien. Het ligt mijns inziens ook voor de hand dat beide criteria elkaar aanvullen. Het zou immers tot een te grote overheidsaansprakelijkheid leiden als de doorbreking van de gelijkheid voor de publieke lasten reeds zou kunnen zijn gelegen in het enkele feit dat aan een burger schade wordt berokkend door een rechtmatige overheidsdaad. Als de doorbreking van de gelijkheid werkelijk het enige gezichtspunt zou zijn, dan zou de overheid in veel meer gevallen aansprakelijk zijn dan de jurisprudentie laat zien. Door de égalité aan te vullen met de gravité, kan de aansprakelijkheid binnen de perken worden gehouden. Deze complementaire werking van beide gezichtspunten kan er echter ook toe leiden dat de overheid juist wel aansprakelijk is.

In § 7.6 zagen we immers dat ook schade die door grote groepen wordt geleden, soms wel wordt vergoed, namelijk als zij zeer zwaar worden benadeeld. De gravité van de last is alsdan het dominante gezichtspunt om de overheid aansprakelijk te houden; het feit dat strikt

¹²⁰ Ibid, 359-361.

¹²¹ TJEPKEMA verwijst bijvoorbeeld naar algemene verkeersmaatregelen of bepaalde maatregelen met een individueel karakter. Zie: M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 374 en 383 - 391.

¹²² Ibid, 391.

*genomen van een doorbreking van de gelijkheid geen sprake is, staat daar niet aan in de weg.*¹²³

Tot slot stelt TJEPKEMA dat de rechter meester is van de *spécialité*. Hij kan de draagwijdte van dit beginsel op grond van billijkheids- / solidariteitsoverwegingen uitbreiden of beperken.¹²⁴

ii) De abnormale last

TJEPKEMA gaat vervolgens over tot een bespreking van het criterium van de abnormale last. Hij komt al snel tot de conclusie dat het een vaag maar belangrijk criterium betreft:

"Het criterium van de anormalité fungeert als een tweede belangrijke drempel bij de toepassing van het égalitébeginsel. Elke poging om in meer algemene termen te zeggen wanneer een last abnormaal is, verzandt al snel in tot op grote hoogte vage omschrijvingen. [...]

*De abnormale last is dus een vaag, maar ook een belangrijk criterium. In de gevallen waarin de speciale last geen bruikbare toetsingsmaatstaf oplevert, komt het geheel aan op de vraag of de last 'abnormaal' is."*¹²⁵

Wat de ratio betreft van dit criterium, wordt er opnieuw verwezen naar de handelingsvrijheid van de overheid. Het kan niet de bedoeling zijn dat de overheid voor elke ongelijkheid die wordt ingevoerd middels een rechtmatige overheidshandeling een compensatie dient te betalen. Dit zou een te grote rem plaatsen op het rechtmatig functioneren van de overheid.¹²⁶

Bovendien dient er aangenomen te worden dat het inherent is voor het samenleven van burgers in een maatschappij dat er risico's bestaan op het ondervinden van hinder of nadelen door rechtmatig overheidshandelen en dat burgers deze nadelen dienen te aanvaarden (d.i. het aanvaardingsprincipe).¹²⁷ Sterker zelfs, TJEPKEMA overweegt dat burgers bepaalde lasten dienen te dragen omdat zij ook profiteren van de voordelen van een overheidsdienst:

"Naast het aanvaardingsprincipe is een verwante rechtvaardiging voor het stellen van de eis van anormalité gelegen in de gedachte dat burgers als lid van de gemeenschap ook profiteren van de overheidsdienst. Zo goed als zij de voordelen accepteren, zo moeten zij ook de nadelen daarvan in beginsel aanvaarden. Schreuder-Vlasblom stelt in dit verband dat 'gelet op de voordelen voor ieder van de ordenende, beschermende en (her)verdelende taken van de overheid, het af en toe her en der ondervinden van individueel nadeel daarvan, waaronder aantasting van individuele rechten, tot op nogal grote hoogte een normaal maatschappelijk

¹²³ M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 403.

¹²⁴ Ibid, 393 en 397 ev.

¹²⁵ Ibid, 409.

¹²⁶ M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 410 – 411.

¹²⁷ Ibid, 411.

*risico is'. Omdat voordelen in het algemeen niet worden afgeroomd, gaat het niet aan de overheid wel te verplichten om een compensatie te geven voor de nadelen die burgers soms van overheidshandelen ondervinden: 'wie de lusten heeft, draagt ook de lasten'.*¹²⁸

Vervolgens gaat hij in op één van de karakteristieke elementen van het GBOL-beginsel: het normale maatschappelijke en bedrijfsrisico.¹²⁹ Hoewel dit element een prominente plaats inneemt binnen het GBOL-beginsel ziet TJEPKEMA het normale maatschappelijke en bedrijfsrisico niet als een koepelbegrip. Het maakt slechts een onderdeel uit van het concept van de abnormale last.¹³⁰

Het normale maatschappelijke en bedrijfsrisico kan worden ingevuld aan de hand van de aard van de schadeoorzaak, de aard, ernst en omvang van het geleden nadeel en de voorzienbaarheid.

Ondanks het feit dat er verschillende elementen door TJEPKEMA naar voor worden geschoven bij de bespreking van de abnormale last, lijkt het aangewezen om in het kader van dit onderzoeksrapport enkel te blijven stilstaan bij de voorzienbaarheid. Dit onderzoeksrapport poogt enkel een inzicht te geven in en aanknopingspunten aan te reiken voor de verdere ontwikkeling van het GBOL-beginsel. Een uitgebreide bespreking van het Nederlandse rechtssysteem omtrent al deze elementen dringt zich dan ook niet op.¹³¹

De voorzienbaarheid vormt een sterk – maar geen uitsluitend – element in de beoordeling van het normale maatschappelijke en bedrijfsrisico. Het is een al bij al vaag begrip dat zowel *in abstracto* als *in concreto* kan worden bekeken.¹³² TJEPKEMA verwijst naar een arrest van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) van 10 december 2008.

In deze zaak werd er een nieuwe systeem van baanapparatuur geïnstalleerd op de noordelijke spoorlijnen. De spoorwegonderneming Rallion wenste gecompenseerd te worden voor de kosten die zij diende te maken om het nieuwe systeem in te voeren. Volgens de CBB diende de spoorwegonderneming, gelet op de algemene taak van de overheid om de veiligheid op het spoor te waarborgen, er rekening mee te houden dat dergelijke maatregelen genomen konden worden. Verder was de CBB van mening dat de spoorwegonderneming op grond van een ATB-beschikking reeds eind 2013 kennis zou moeten hebben gehad van de invoering van het nieuwe systeem.¹³³

Het wordt duidelijk dat het eerste argument van de CBB geënt is op de voorzienbaarheid *in abstracto* terwijl het tweede argument de voorzienbaarheid *in concreto* in de verf zet. TJEPKEMA stelt dat een

¹²⁸ Ibid, 412.

¹²⁹ Ibid, 413 ev.

¹³⁰ Zie: M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 421 voor een schematische voorstelling.

¹³¹ Er kan altijd teruggerepen worden naar het doctoraatsproefschrift van TJEPKEMA voor een allesomvattende uiteenzetting.

¹³² M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 431.

¹³³ Ibid, 432.

redenering die enkel acht heeft voor de voorzienbaarheid *in abstracto* zeer nadelige gevolgen kan hebben. Men kan *in abstracto* immers alles onder de voorzienbaarheid brengen.¹³⁴

Hij is dan ook terecht van mening dat men altijd zal moeten nagaan of een maatregel die *in abstracto* voorzienbaar is, in haar uitwerking *in concreto* onvoorzienbaar blijkt te zijn:

"Het zal sterk van de omstandigheden van het geval afhangen welke gevolgen aan een min of meer abstracte bron van voorzienbaarheid moeten worden verbonden. De eigenaar van een coffeeshop moet niet verbaast staan te kijken als hij wordt geconfronteerd met een beperking van openingstijden, bedoeld om de overlast te beperken. De bewoner van een druk bevolkte binnenstad dient zich in te stellen op met zijn omgeving verband houdende ongemakken, zoals werkzaamheden aan de infrastructuur. Een vervoersverbod naar aanleiding van de uitbraak van een besmettelijke varkensziekte is voor de veehouder van vandaag de dag een 'normale zaak'. Deze algemene, naar het clichématige neigende overwegingen nemen echter niet weg dat bestuur en rechter telkens dienen te bezien of ook de uitwerking van een op het eerste gezicht 'normale' maatregel 'normaal' was. Een maatregel kan in abstracto voorzienbaar zijn, maar in haar uitwerking in concreto onvoorzienbaar."¹³⁵

Een uitspraak op grond van de voorzienbaarheid van een maatregel zal bijgevolg steeds neerkomen op een weging van de verschillende gezichtspunten van de voorzienbaarheid.¹³⁶

Het valt op dat de concrete afweging, die in het kader van het GBOL-beginsel gemaakt dient te worden, het onvermijdelijke gevolg met zich meebrengt dat eventuele criteria vaag en voor interpretatie vatbaar dienen te zijn. Dit is een obstakel in de analyse en uiteindelijke vormgeving van een mogelijk wetgevend voorstel.¹³⁷

iii) Het voorstel van wetgeving in Nederland

TJEPKEMA gaat in zijn doctoraat ook in op het Voorontwerp van de Studiegroep Schadevergoeding bij rechtmatige en onrechtmatige overheidsdaad.¹³⁸ Uiteindelijk besluit hij een voorstel tot aanpassing van dit voorontwerp op te nemen in zijn doctoraatsproefschrift. De (belangrijkste) aanpassingen hebben betrekking op de volgende elementen:

- Artikel 4.5.1 geldt als algemeen uitgangspunt. Op basis van dit artikel wordt bepaald of er een plicht tot nadeelcompensatie/vergoeding bestaat;

¹³⁴ M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 433.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid, 434.

¹³⁷ Deze visie blijkt ook duidelijk uit de rechtspraak van het EHRM die een zeer casuïstische benadering hanteert in de beoordeling van zaken op grond van artikel 1 EAP EVRM.

¹³⁸ M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 869.

- De artikelen 4.5.2 – 4.5.7 vormen hulpmiddelen in de beoordeling of er wordt voldaan aan de voorwaarden uit artikel 4.5.1.. Het gaat om uitwerkingen van het begrip “abnormale last”, alsook om bepalingen uit het BW die bij wijze van analogie toegepast kunnen worden;
- De verwijzing naar een abnormale last heeft niet enkel betrekking op het normale maatschappelijke of bedrijfsrisico. De term abnormale last dekt een ruimere lading (*supra*).
- Het moet gaan om het *weloverwogen* veroorzaken van schade (*infra*). Dit zorgt vanzelfsprekend voor een mogelijke beperking van het toepassingsgebied van het GBOL-beginsel. Hierdoor wordt er in het tweede lid van artikel 4.5.1 gesproken over “bijzondere gevallen” die buiten het GBOL-beginsel om vergoed kunnen worden. TJEPKEMA zelf denkt hierbij onder meer aan risicovol overheidsoptreden, alsook gevallen van gerechtvaardigd vertrouwen.
- Een vergoeding in geld is mogelijk, maar een vergoeding *in natura* wordt niet uitgesloten (art. 4.5.1, derde lid).
- Er wordt een uitdrukkelijke verwijzing opgenomen naar het causaal verband (art. 4.5.5).

Het aangepast wetsvoorstel van TJEPKEMA ziet er dan ook als volgt uit:

"Artikel 4.5.1

- 1. Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak weloverwogen schade veroorzaakt, kent het bestuursorgaan de benadeelde op zijn aanvraag een vergoeding toe indien deze daardoor in het bijzonder en in abnormale mate wordt benadeeld.*
- 2. Daarnaast wordt, op aanvraag van de benadeelde, schade veroorzaakt door een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak, in bijzondere gevallen geheel of gedeeltelijk vergoed.*
- 3. De vergoeding wordt toegekend in geld. De vergoeding kan ook worden toegekend in andere vorm dan betaling van een geldsom.*

Artikel 4.5.2

- 1. Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, wordt de schade die valt binnen het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico, niet vergoed.*
- 2. Een bestuursorgaan kan bij wettelijk voorschrift of beleidsregel nader bepalen wanneer schade binnen het normaal maatschappelijk risico of het normaal ondernemersrisico valt.*

Artikel 4.5.3

Geen schade wordt vergoed voor zover de benadeelde het risico van het ontstaan van de schade heeft aanvaard.

Artikel 4.5.4

- 1. Laat de benadeelde na redelijke maatregelen ter voorkoming of beperking van schade te nemen, dan blijft de schade die daardoor voorkomen of beperkt had kunnen worden, ten laste van de aanvrager.*
- 2. Redelijke kosten van maatregelen ter voorkoming of beperking van schade worden vergoed.*

Artikel 4.5.5

- 1. Artikel 6:98 BW is van overeenkomstige toepassing op verzoeken om schadevergoeding op grond van deze titel.*
- 2. Indien de schade kan worden toegerekend aan de rechtmatige uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid of taak van bestuursorganen van verschillende rechtspersonen, kan de benadeelde elk van de bestuursorganen voor het geheel van zijn schade aanspreken.*
- 3. In hun onderlinge verhouding wordt de te vergoeden schade over de bestuursorganen verdeeld naar de mate waarin de schade aan hen kan worden toegerekend.*

Artikel 4.5.6

Indien een schadeoorzaak tevens voordeel voor de benadeelde heeft opgeleverd, wordt dit bij de vaststelling van de te vergoeden schade in aanmerking genomen.

Artikel 4.5.7

Geen schadevergoeding wordt toegekend voor zover deze anderszins is verzekerd.

Artikel 4.5.8

De aanvraag bevat:

- a. een aanduiding van de schadeoorzaak,*
- b. een opgave van de aard van de geleden of te lijden schade, en*
- c. voor zover redelijkerwijs mogelijk, het bedrag van de schade en een specificatie daarvan (schadebegroting).*

Artikel 4.5.9

- 1. Bij wettelijk voorschrift kan worden bepaald dat van de aanvrager een recht van ten hoogste C= 500 kan worden geheven. Dit bedrag kan worden aangepast voor zover de consumentenprijsindex daartoe aanleiding geeft.*
- 2. Indien de hoogte van het recht bij wet is vastgesteld, kan dit bij algemene maatregel van bestuur worden gewijzigd voor zover de consumentenprijsindex daartoe aanleiding geeft.*

Artikel 4.5.10

Indien het bestuursorgaan een schadevergoeding toekent, vergoedt het tevens:

- a. redelijke kosten ter zake van deskundigen- en rechtsbijstand bij de vaststelling van de schade,*
- b. het betaalde recht, indien voor de indiening van de aanvraag een recht is geheven,*

c. de wettelijke rente vanaf de ontvangst van de aanvraag, of indien de schade later ontstaat, vanaf dat tijdstip.

Artikel 4.5.11

- 1. Het bestuursorgaan beslist binnen acht weken of, indien een adviseur als bedoeld in afdeling 3.3 is ingeschakeld, binnen zes maanden na de ontvangst van de aanvraag.*
- 2. Het bestuursorgaan kan de beslissing eenmaal voor ten hoogste acht weken of, indien een adviseur als bedoeld in afdeling 3.3 is ingeschakeld, zes maanden verdagen. Van de verdaging wordt schriftelijk mededeling gedaan.*

Artikel 4.5.12

- 1. Het bestuursorgaan kan de aanvraag afwijzen indien vijf jaren zijn verstreken na aanvang van de dag na die waarop de benadeelde bekend is geworden met de schade en met het voor de schadeveroorzakende gebeurtenis verantwoordelijke bestuursorgaan. De aanvraag wordt in ieder geval afgewezen na verloop van twintig jaren nadat de schade is veroorzaakt.*
- 2. Indien een aanvraag betrekking heeft op schade veroorzaakt door een besluit waartegen beroep kan worden ingesteld, vangt de in het eerste lid genoemde termijn van vijf jaren niet aan voordat dit besluit in rechte onaantastbaar is geworden.*

Artikel 4.5.13

Indien hoger beroep is ingesteld tegen een uitspraak over een besluit omtrent nadeelcompensatie als bedoeld in deze titel, verwijst de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de behandeling naar een andere hogerberoepsrechter, indien de behandeling van het hoger beroep door deze rechter naar haar oordeel gewenst is. Artikel 8:13, tweede en derde lid, is van overeenkomstige toepassing."

Er dient hierbij alvast opgemerkt te worden dat TJPEKEMA de handelingen van de overheid die onder het GBOL-beginsel vallen wenst te beperken tot de handelingen van de overheid die een weloverwogen nadeel veroorzaken. TJPEKEMA wilt hiermee aangeven dat, in zijn visie, de toepassing van het égalitébeginsel beperkt dient te zijn tot de vergoeding van openbare lasten, dit zijn een door enig overheidshandelen 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel, dat noodzakelijk en onvermijdelijk is voor de behartiging van het algemeen belang.¹³⁹

Het begrip "weloverwogen veroorzaakt nadeel" houdt in dat er door de betrokken overheid een beslissing werd genomen op grond van een rechtmatige belangenafweging. Enkel die beslissingen waaraan dergelijke belangenafweging is voorafgegaan vallen onder het toepassingsgebied van het GBOL-beginsel. De overige handelingen/maatregelen/beslissingen vallen buiten het toepassingsgebied van het égalitébeginsel (GBOL). Voor hen rest er de categorie van de "bijzondere

¹³⁹ M.K.G. TJPEKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 900. Het begrip openbare last wordt uitgebreid besproken in hoofdstuk 5 van dit doctoraatsproefschrift. Een uitgebreide analyse hiervan zou de omvang van dit onderzoeksrapport te buiten gaan.

gevallen".¹⁴⁰ Deze "bijzondere gevallen" zullen, indien men een financiële compensatie voor een eigendomsbeperking wenst te bekomen, een beroep moeten doen op een andere wettelijke vergoedingsgrondslag of op een door de overheid uitgewerkt vergoedingsstelsel.

Het woord "weloverwogen" houdt daarentegen niet in dat alle belangen gekend moeten zijn bij de overheid en een eigen plek in de belangenafweging hebben gekregen bij de voorbereiding van de betrokken beslissing. De overheid maakt veelal een algemene inschatting van de belangen van de burgers en ondernemingen die door de betrokken maatregel zullen worden getroffen. TJPEKEMA wenst wel een verduidelijking aan te brengen:

"Met de term 'weloverwogen' veroorzaakt nadeel is evenwel nadrukkelijk niet beoogd om het bereik van de égalité te beperken tot situaties van kenbare en voorzienbare aantastingen van belangen. Kenmerk van het belangenafwegingsproces is immers dat niet altijd op voorhand zeker is welke belangen precies door een rechtmatige overheidshandelingen worden getroffen. Dat geldt zeker voor schade ten gevolge van rechtmatige wetgeving, maar ook voor andersoortige besluiten. De égalité heeft juist een belangrijke meerwaarde doordat zij zich kan richten op de gevolgen die rechtmatige overheidshandelingen in concreto hebben. 'Weloverwogen veroorzaakt nadeel' betekent in die gevallen van onvoorzienbare belangenaantastingen vooral 'op de koop toe genomen'.¹⁴¹

Dergelijke inperking van het GBOL-beginsel gaat niet zo ver als men in eerste instantie zou denken. Het merendeel van de beslissingen die door de overheid worden genomen worden immers voorafgegaan door een concrete – en veelal rechtmatige – belangenafweging.

Daarenboven heeft dergelijke visie het onmiskenbare voordeel dat het toepassingsgebied van het GBOL-beginsel op deze manier duidelijk wordt afgebakend, waardoor het GBOL-beginsel niet te pas en te onpas zal kunnen worden toegepast.

De ideeën van TJPEKEMA en zijn uiteindelijk voorstel van wetgeving kunnen en zullen zeker en vast een leidraad vormen bij de verdere ontwikkeling van een eigen Vlaams wetgevend initiatief.

Voor de volledigheid kan er nog opgemerkt worden dat de wet van 31 januari 2013 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met bepalingen over nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad een titel 4.5 rond nadeelcompensatie wenst in te voeren in de Algemene wet bestuursrecht. Tot op heden is deze wet echter nog niet in werking getreden.¹⁴²

3. Frankrijk

¹⁴⁰ M.K.G. TJPEKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 936.

¹⁴¹ M.K.G. TJPEKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 933-934.

¹⁴² X, Algemene wet bestuursrecht, http://wetten.overheid.nl/BWBR0005537/2018-07-01#Hoofdstuk4_Titeldeel4.5

Ook in Frankrijk vormt het GBOL-beginsel geen onbekende. *L'égalité devant les charges publiques* (d.i. het GBOL-beginsel) vormt in Frankrijk echter slechts één onderdeel van het grotere leerstuk van de foutloze overheidsaansprakelijkheid. Het tweede onderdeel wordt ingenomen door de risicoleer (*la responsabilité sans faute pour risque*).¹⁴³

Er kan bovendien opgemerkt worden dat het GBOL-beginsel ook in Frankrijk een grondwettelijke waarde werd toebedeeld.¹⁴⁴

Het GBOL-beginsel kent in Frankrijk een lange en graduele ontwikkeling. De Franse Raad van State heeft het toepassingsgebied van dit beginsel mondjesmaat uitgebreid. Het GBOL-beginsel werd in eerste instantie van toepassing verklaard op rechtmatig genomen besluiten.¹⁴⁵

Ook rechtmatige beschikkingen (*décisions individuelles régulières*) en verordeningen (*règlements*) kwamen niet veel later in het vizier van het GBOL-beginsel.¹⁴⁶

In 1938 volgde ook de *responsabilité sans faute pour la rupture de l'égalité devant les charges publiques* voor formele wetgeving:

*"que rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement; que cette charge, créée dans un intérêt général, doit être supportée par la collectivité."*¹⁴⁷

Dit arrest kreeg in de verdere rechtspraak van de Franse Raad van State echter weinig navolging. In 2003 probeerde de Raad van State het doel van de wetgeving in het onderzoek naar de mogelijke toepassing van het GBOL-beginsel te betrekken.¹⁴⁸

TJEPKEMA stelt dat uit dit arrest van 2003 blijkt dat het doel van de wet een eventuele aansprakelijkheid kan uitsluiten als de in het geding geschade belangen naar hun aard in de weg staan aan het bereiken van dit doel.¹⁴⁹

In 2005 wordt dit uitgangspunt echter alweer verlaten. In het arrest *Ax'ion* lijkt de Franse Raad van State opnieuw aansluiting te zoeken bij het *La Fleurette*-arrest. Het is vermeldenswaardig dat één van de partijen in deze zaak verwees naar de constitutionele waarde van het GBOL-beginsel en artikel 1 EAP EVRM om alsnog een schadevergoeding toe te kennen.¹⁵⁰ De Raad stelt uiteindelijk:

¹⁴³ X, *Quelles sont les différentes formes de responsabilité de l'administration? (contractuelle/extracontractuelle)*, <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/action/action-encadree/quelles-sont-differentes-formes-responsabilite-administration-contractuelle-extracontractuelle.html>.

¹⁴⁴ M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 136.

¹⁴⁵ CE (FR) 30 november 1923, *Couitéas*.

¹⁴⁶ M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 152 – 153.

¹⁴⁷ CE (FR) 14 januari 1938, *La Fleurette*.

¹⁴⁸ CE (FR) 30 juli 2003, *ADARC*.

¹⁴⁹ M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 165 – 166.

¹⁵⁰ *Ibid*, 194-195.

"Considérant qu'il résulte des principes qui gouvernent l'engagement de la responsabilité sans faute de l'Etat que le silence d'une loi sur les conséquences que peut comporter sa mise en oeuvre, ne saurait être interprété comme excluant, par principe, tout droit à réparation des préjudices que son application est susceptible de provoquer; qu'ainsi, en l'absence même de dispositions le prévoyant expressément [...] l'exploitant [...] est fondé à demander l'indemnisation du dommage qu'il a subi de [la fermeture d'une installation], lorsque excédant les aléas que comporte nécessairement une telle exploitation, il revêt un caractère grave et spécial et ne saurait, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé."¹⁵¹

Het GBOL-beginsel vindt in Frankrijk inmiddels ook toepassing op verdragen alsook op schade veroorzaakt door openbare werken (*travaux publics, ouvrages publics*).¹⁵²

Wat betreft de toepassingsvoorwaarden van het GBOL-beginsel vereist de Franse rechtspraak, net zoals in België, een abnormale last (*anormalité*) die drukt op een beperkte groep van personen (*spécialité*).¹⁵³ De Franse rechtspraak en rechtsleer omtrent de invulling van deze vereisten kunnen, net zoals hun Nederlandse tegenhangers, bijgevolg zeker en vast een meerwaarde bieden in het onderzoek naar de toepassing van het GBOL-beginsel in Vlaanderen.

¹⁵¹ CE (FR) 2 november 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion*.

¹⁵² M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 196 en 199.

¹⁵³ Zie bij wijze van voorbeeld: Cour administrative d'appel de Lyon 25 november 2010, *Société bar hôtel restaurant du lac*; M.K.G. TJEPKEMA, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 168.

TUSSENBSLUIT

Het eerste hoofdstuk van het eerste deel van dit onderzoeksrapport had tot doel om de evolutie en inhoud van het gelijkheidsbeginsel van de burgers voor de openbare lasten (GBOL-beginsel) juridisch onder de loep te nemen.

Deze analyse leverde een aantal interessante inzichten op. Zo werd het duidelijk dat het GBOL-beginsel al in 1911 voor de eerste keer in de rechtsleer is verschenen. Daarnaast werd er aangetoond dat een samenlezing tussen het GBOL-beginsel en artikel 1 EAP EVRM interessant en nuttig kan zijn voor de verdere toepassing van dit beginsel. Tot slot bood ook de Nederlandse rechtsorde, en meer bepaald het doctoraat van TJEPKEMA, een frisse insteek.

Maar naast deze belangwekkende verbanden werden er in het eerste hoofdstuk ook nog een aantal risico's en juridische onduidelijkheden blootgelegd.

Zo focussen de besproken arresten van het Grondwettelijk Hof zich voornamelijk op situaties waarin er geen vergoedingsregeling werd uitgewerkt/voorhanden was. Het is bijgevolg nog niet duidelijk welke toepassing er van het GBOL-beginsel kan worden gemaakt indien er wel sprake is van een (mogelijk vrij beperkte) vergoedingsregeling of wanneer het voorzien van een vergoeding expliciet wordt uitgesloten. Het recente arrest van het Grondwettelijk Hof dd. 7 juni 2018, nr. 66/2018 lijkt een eerste indicatie aan te leveren, al kunnen hieruit nog geen harde conclusies worden getrokken.

Daarnaast werden er door het Grondwettelijk Hof in haar arrest van 1 oktober 2015, nr. 132/2015 een aantal toetsingscriteria naar voor geschoven met betrekking tot het GBOL-beginsel. Het is nog gissen naar de verhouding tussen deze criteria en de criteria die worden toegepast door het EHRM en die, door de samenlezing tussen het GBOL-beginsel en het art. 1 EAP EVRM, ook een rol kunnen spelen.

Verder houdt de toepassingsvoorwaarde van het GBOL-beginsel, waarin er gesteld wordt dat er sprake moet zijn van een "beperkte groep van burgers", een risico in. Aan de hand van het Nederlands doctoraat TJEPKEMA werd hieromtrent een standpunt ingenomen, al zal de toekomst moeten uitwijzen of deze toepassingsvoorwaarde (te) strikt geïnterpreteerd zal worden, waardoor een toepassing van het GBOL-beginsel *de facto* onmogelijk wordt.

Tot slot werd het doorheen dit eerste hoofdstuk duidelijk dat de verhouding tussen het GBOL-beginsel en het evenredigheidsbeginsel nog verder uitgeklaard dient te worden en dat niet duidelijk is of er ook een daadwerkelijke toets aan het noodzakelijkheidsbeginsel uitgevoerd zal moeten worden.

Het volgende hoofdstuk richt zich op de rechtseconomische zijde van dit onderzoek. Het is de bedoeling om via rechtseconomische inzichten de openstaande juridische vraagstukken te analyseren en (mogelijke) oplossingen aan te reiken.

De vaststellingen uit het eerste en tweede hoofdstuk zullen uiteindelijk leiden tot het derde integratiehoofdstuk alwaar het in het bestek opgenomen voorstel van nadeelcompensatie zal worden geanalyseerd en een toetsingskader voor de gevalstudies zal worden uitgewerkt.

HOOFDSTUK 2. (RECHTS)ECONOMISCHE ONDERBOUWING VAN HET BEGINSEL VAN GELIJKHEID VAN DE BURGERS VOOR DE OPENBARE LASTEN

AFDELING 1. CONTEXT

België is een sociale verzorgingsstaat waarin de overheid het algemeen belang nastreeft door het nemen van (beleids-)maatregelen. Voorbeelden van beleidsdomeinen zijn milieubescherming, ruimtelijke ordening en bescherming van onroerend erfgoed.¹⁵⁴ In beginsel hebben economische belangen en soms zelfs fundamentele rechten, zoals het eigendomsrecht, geen voorrang op overheidsbeslissingen in functie van het algemeen belang.¹⁵⁵ Dit betekent dat eigendomsbeperkingen die de overheid oplegt in het algemeen belang niet automatisch resulteren in een vergoeding vanwege de overheid.¹⁵⁶ Er is namelijk enkel recht op een vergoeding wanneer de wetgeving hierin voorziet. Artikel 16 van de Grondwet voorziet bijvoorbeeld in het geval van een onteigening (i.e. ontneming van eigendom door de overheid in het algemeen belang) een billijke en zelfs voorafgaandelijke schadevergoeding.

Beleidsmaatregelen van de overheid zijn niet altijd zo ingrijpend als een onteigening. De overheid kan bijvoorbeeld ook een waterzuiveringsinstallatie bouwen die de waarde van omringende eigendommen aanzienlijk vermindert, een erfdienstbaarheid van algemeen nut vestigen op een erf of een uitgereikte bouwvergunning vernietigen op basis van een beschermingsbesluit. Dergelijke eigendomsbeperkingen gaven tot voor kort geen recht op een schadevergoeding, tenzij de wetgeving de mogelijkheid hiertoe voorzag. De achterliggende redenering was namelijk dat het eigendomsrecht behouden bleef en bijgevolg ook geen grond voor het verkrijgen van een schadevergoeding bestond.

De rechtsleer bestempelde dit echter als oneerlijk en ook het Eerste Aanvullend Protocol bij Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens voorziet in een bescherming van eigendom. De Belgische rechtsorde kon dit niet buiten beschouwing laten en het Grondwettelijk Hof oordeelde dat het gelijkheidsbeginsel van burgers voor de openbare lasten een bijkomende uitzonderingsgrond vormt waarbij een rechtmatig overheidsingrijpen in bepaalde gevallen een recht op schadevergoeding impliceert.

Bij onrechtmatigheid is er immers steeds volledige compensatie. Het gelijkheidsbeginsel voor de openbare lasten is bijgevolg een belangrijke uitzondering op het principe van niet-vergoeding bij

¹⁵⁴ G. VAN HOORICK, "Over eigendom, zijn omgeving en het omgevingsrecht (of zin en onzin van de gelijkheid voor de openbare lasten)", *TOO* 2013, afl. 2, 185.

¹⁵⁵ L. VANDENHENDE, "Het onroenderfgoeddecreet: enkele bepalingen beoordeeld door het Grondwettelijk Hof" (noot onder GwH 1 oktober 2015 nr. 132/2015), *T.Gem.* 2016, nr. 1, 39; A.-M. DRAYE, "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten, bescherming van onroerend erfgoed en schadevergoeding" (noot onder GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015), *RW* 2016-17, nr. 2, 63; A. LUST, "In of uit de boot bij een RUP, en de gelijkheids- en verwachtingsleer", *TOO* 2015, nr. 2, 253.

¹⁵⁶ Cass. 16 maart 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 922; L. VANDENHENDE, "Het onroenderfgoeddecreet: enkele bepalingen beoordeeld door het Grondwettelijk Hof" (noot onder GwH 1 oktober 2015 nr. 132/2015), *T.Gem.* 2016, nr. 1, 37, 43; A.-M. DRAYE, "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten, bescherming van onroerend erfgoed en schadevergoeding" (noot onder GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015), *RW* 2016-17, nr. 2, 57.

rechtmatig overheidsingrijpen in het algemeen belang¹⁵⁷ en verwerpt de absolute voorrang van het algemeen belang op private belangen.¹⁵⁸

Het beginsel voorziet in een mogelijkheid tot schadevergoeding indien de overheid door beleidsmaatregelen lasten aan de burgers oplegt die groter zijn dan de lasten die een individu zou mogen dragen in het kader van het algemeen belang. Dergelijke nadelen die het normale maatschappelijke of bedrijfsrisico (i.e. onevenredigheid of disproportionaliteit) overstijgen, moeten door de gemeenschap gedragen worden en niet ten laste komen van een beperkte en specifieke groep van burgers, bedrijven of instellingen. In dergelijke situaties bepaalt de rechtspraak dat zij recht hebben op een nadeelcompensatie. Indien de schadeveroorzakende overheidsmaatregel voorzienbaar was, blijven de nadelen voor rekening van de getroffen en, omdat zij het risico van de overheidsmaatregel hadden kunnen voorzien.

Deze evolutie roept echter enkele noodzakelijke en relevante onderzoeksvragen op, aangezien concrete wetsbepalingen omtrent dit onderwerp ontbreken. De ontwikkeling van deze nieuwe rechtsfiguur van nadeelcompensatie heeft heel wat onduidelijkheid over de plaats, invulling en gebruik van deze figuur met zich meegebracht. Vanuit theoretische standpunt is er bijvoorbeeld geen eenvormigheid over wanneer er nu precies sprake is van onevenredige nadelen die het normale risico te buiten gaan. Daarnaast bestaat er ook rechtsonzekerheid over de begroting van een eventuele schadevergoeding in het kader van het gelijkheidsbeginsel voor de openbare lasten van burgers. Ook vanuit praktische standpunt is niet alles duidelijk. Zo weten rechters bijvoorbeeld niet hoe ze met deze rechtsfiguur moeten omgaan.¹⁵⁹ Bijgevolg is een rechtseconomische analyse van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten en de bijhorende nadeelcompensatie relevant.

Aan de hand van een rechtseconomische analyse tracht dit luik van deze studie meer inzichten te verwerven in de theoretische en praktische invulling van het gelijkheidsbeginsel voor de openbare lasten van burgers en het daaraan gekoppelde concept van nadeelcompensatie.

De rechtseconomie (en bij uitbreiding de constitutionele economie, zoals zal blijken) is bij uitstek geschikt om de economische gevolgen van het principe van de gelijkheid van openbare lasten en het daaraan gekoppelde principe van nadeelcompensatie te analyseren. Deze analyse stelt beleidsmakers in staat om efficiënte (i.e. kosteneffectieve) regelgeving uit te werken. De doelstelling van dit luik van de studie is om een antwoord te formuleren op een aantal vragen die hierop betrekking hebben. Wat verstaat men onder een normaal risico voor burgers, instellingen en bedrijven?

Is er sprake van noodzakelijkheid en hoe verhoudt het GBOL-beginsel zich tot het proportionaliteitsprincipe? Welk belang dienen de verdelingsregels? Hoe kan het waardeverlies

¹⁵⁷ M. LERNOUT, "De vergoeding van erfdiensbaarheden van openbaar nut: Grondwettelijk Hof brengt opnieuw verduidelijking", *TBP* 2016, nr. 6, 305.

¹⁵⁸ N. KORTMANN en S. LIERMAN, "Het beginsel van de gelijkheid van burgers voor openbare lasten: een beginsel op de snijlijn van publiek- en privaatrecht", *TPR* 2014, nr. 51, 699.

¹⁵⁹ *Ibid.*

worden berekend? Welke compensatieregeling, -procedure en -percentage is efficiënt? Wat is het optimale bestuursniveau?

AFDELING 2. THEORIEËN VAN REGULERING

Alvorens over te gaan tot de uitwerking van de rechtseconomische analyse van de eigendomsrechten en de nadeelcompensatie overlopen we de algemene theorieën omtrent regulering en geven we aan welke de gaten in de huidige literatuur zijn. We kijken hier naar de inzichten uit de neoklassieke economie en meer bepaald de 'welfare economics' en de rechtseconomische bestaansredenen van regelgeving. Nadien koppelen we deze bestaansredenen aan de aard van de wetgeving om de basis te leggen voor de toepassing op het GBOL-beginsel.

We vertrekken vanuit het onderscheid dat in de (rechts-)economische literatuur wordt gemaakt tussen *public interest theories of regulation* en *private interest theories of regulation*. De eerste groep van theorieën vertrekt vanuit de assumptie dat regulatoren over voldoende informatie en handhavingsbevoegdheden beschikken, alsook de doelstelling hebben om publieke belangen te promoten. Een belangrijk onderdeel van deze theorieën is de aanwezigheid van marktfalingen en de mogelijkheid tot een efficiëntie tussenkomst van de overheid. In tegenstelling tot deze theorieën veronderstellen de *private interest*-theorieën dat regulatoren over onvoldoende informatie beschikken en hierdoor slechts in beperkte mate of zelfs helemaal niet op efficiënte wijze kunnen tussenkomen om bedrijven en sociale activiteiten te controleren, en om het publiek belang te promoten. Men gaat ervan uit dat elke economische agent zijn eigen belang nastreeft waar het publieke belang onderdeel mogelijks deel van uitmaakt. Op basis van deze assumpties kan men moeilijk concluderen dat een regulator zich tot doel stelt om enkel en alleen het publieke belang na te streven. *Private interest*-theorieën trachten het ontstaan van regulering als gevolg van invloed vanuit belangengroepen te verklaren.¹⁶⁰ Na een bespreking van beide theorieën worden de kritieken hierop besproken en de link gelegd naar een meer recente discipline die binnen de rechtseconomie aan belang heeft gewonnen: de constitutionele economie.

Met andere woorden, in dit hoofdstuk kijken we naar de redenen voor het bestaan van regulering, de relatie tot eigendomsrechten en lichten we toe waarom een dergelijke overheidstussenkomst gerechtvaardigd is vanuit rechtseconomisch perspectief. Regulering speelt een belangrijke rol in situaties waarbij het privaatrecht niet geschikt is om (negatieve) externaliteiten te corrigeren. Concreet gaat het over situaties waarbij het niet mogelijk is om deze externaliteiten te elimineren via een onderhandelingsproces of contractuele afspraken.

1. Public interest theorieën van regulering

Zoals reeds aangehaald, vertrekt men binnen deze groep van theorieën vanuit de veronderstelling van volledige informatie, perfecte handhaving en een behulpzame regulator. Regulering draagt bij

¹⁶⁰ Onder belangengroepen verstaat men alle economische agenten, zoals bedrijven, consumenten, regulatoren, regelgevers, etc.

tot het algemeen belang, wat betekent dat regulering zorgt voor de best mogelijke allocatie van schaarse middelen voor individuele goederen, collectieve goederen en diensten in een samenleving. In de praktijk is het vaak zo dat de allocatie van schaarse middelen vanuit een theoretisch perspectief niet optimaal verloopt, hetgeen leidt tot een marktfaling. Een efficiënte allocatie van schaarse middelen kan in een dergelijke situatie bereikt worden via overheidsregulering of publieke financiën. In die zin worden marktfalingen gezien als een rationale voor overheidstussenkomst. Vanuit de visie van het algemeen belang (public interest) kan men een onderscheid maken tussen vier soorten marktfalingen: imperfecte competitie, instabiele markten, ontbrekende markten en ongewenste marktuitskomsten.

a. Imperfecte competitie

Bij een efficiënte marktwerking wordt uitgegaan van de verdeling en het bestaan van individuele eigendomsrechten waarbij ook contractuele vrijheid bestaat en wordt gehandhaafd. Immers, de vrijheid om te onderhandelen zorgt ervoor dat eigendomsrechten kunnen getransfereerd worden van individuen die de rechten minder waarderen naar individuen die ze meer waarderen, dit tegen een vooraf afgesproken prijs. De vrijheid om contracten af te sluiten kan er ook voor zorgen dat er een samenwerking mogelijk is tussen economische agenten die zich verzetten tegen een efficiënte marktwerking. Afspraken tussen producenten om de aangeboden hoeveelheid kunstmatig laag te houden, leiden vaak tot hogere prijzen, zeker wanneer deze producenten zich in een dominante positie bevinden. Voorbeelden van markten waarin zo'n afspraken gemaakt worden, zijn de energie-, post-, telecommunicatie-, transport-, en watersector.¹⁶¹ Het gaat hierbij vaak over natuurlijke monopolies. Het is in bepaalde gevallen namelijk interessant om de productie van een bepaald goed of dienst over te laten aan één bedrijf omwille van schaalvoordelen. De productie van dezelfde totale hoeveelheid overlaten aan meerdere bedrijven zou leiden tot hogere productiekosten en bijgevolg ook hogere prijzen. Andere bedrijven kunnen toetreden tot de sector als ze denken efficiënter te zijn dan het reeds gevestigde bedrijf, maar dit zal uiteindelijk leiden tot een concurrentieslag met verspilling van schaarse middelen tot gevolg. Bovendien weet een gevestigd bedrijf dat als het een natuurlijke monopolist is en veel heeft geïnvesteerd, de kans bestaat dat ze onteigend wordt via politieke besluitvorming (bij een zwakke bescherming van eigendomsrechten) waardoor het bedrijf ervoor zal kiezen om investeringsinspanningen laag te houden. Tot slot zullen de marktuitskomsten vanuit socio-economisch perspectief oneerlijk of discriminatoir zijn. Consumenten die niet bijdragen tot de rendabiliteit zullen niet bediend worden en consumenten die niet kunnen overstappen naar een concurrent krijgen te maken hoge discriminatoire en winstmaximaliserende prijzen. Om een evenwichtige of efficiënte verdeling van schaarse middelen te bewerkstelligen, worden deze natuurlijke monopolies vaak onder overheidscontrole geplaatst of worden ze strikt gereguleerd. In de eerste situatie wordt aan de bedrijven opgedragen om de maatschappelijke welvaart te maximaliseren in plaats van winstmaximalisatie na te streven. In de tweede situatie wordt gebruikgemaakt van toegangsbarrières en maximumprijzen die zorgen voor een efficiënte en evenwichtige allocatie van schaarse middelen.

¹⁶¹ Het zijn vooral sectoren gekenmerkt door hoge verzonken kosten.

b. Instabiele markten

Een efficiënte allocatie van schaarse middelen kan ook bewerkstelligd worden door het stabiliseren van in wezen onstabiele markten. Dergelijke instabiliteit kan zowel voorkomen op micro- als op macroniveau. Op microniveau kan er destructieve en buitensporige competitie ontstaan, vaak als gevolg van lange-termijnovercapaciteit (e.g. vraag naar elektriciteit tijdens piekuren), waarbij het bereiken van een lange-termijn-evenwicht veel tijd in beslag kan nemen. Zonder ingrijpen van de overheid zal dit leiden tot een inefficiënte allocatie van middelen of een inefficiënte besluitvorming van de consumenten. Daarnaast kan buitensporige concurrentie ook schadelijk zijn voor de veiligheid en betrouwbaarheid van goederen en diensten wanneer men niet over de mogelijkheid beschikt om de kwaliteit van deze goederen en diensten te observeren en controleren. Op macroniveau kan instabiliteit optreden ten gevolge van de economische conjunctuur (i.e. afwisseling tussen toenemende en afnemende economische activiteit). Dit leidt tot periodes met een dalende productie, een verlies van investeringen en een afname van werkgelegenheid (met het risico op een stijging van de structurele werkloosheid). Dergelijke instabiliteit kan bestreden worden met allerlei beleidsmaatregelen die rekening houden met de afwisselende cycli in combinatie met budgettaire of monetaire beleidsinstrumenten. Tegelijkertijd zal prijs- en loonregulering worden gebruikt (e.g. bevriezen van prijzen en lonen) om de prijs-loon spiraal te bestrijden.

c. Ontbrekende markten

i) Informatieproblemen

Omwille van een aantal factoren kunnen markten voor bepaalde goederen en diensten afwezig zijn, ook al is het nut of de bereidheid te betalen (BTB) hoger dan de productiekost. Dit kan het resultaat zijn van informatieproblemen, maar evengoed van transactiekosten. Met betrekking tot de informatieproblematiek kan men een onderscheid maken tussen drie soorten goederen: zoekgoederen, ervaringsgoederen en vertrouwensgoederen. Bij zoekgoederen kan de kwaliteit van een goed of dienst bepaald worden vóór de aankoop ervan. Bij ervaringsgoederen daarentegen is de kwaliteit enkel te ervaren na gebruik van het goed. Wanneer het vertrouwensgoederen betreft, is het onmogelijk om de kwaliteit te bepalen, zelfs niet na gebruik ervan. Daarnaast wordt ook de informatiemarkt gekenmerkt door marktfalingen. Als de informatie makkelijk kan doorsijpelen naar partijen die de zoekkosten niet dragen, ontstaan er positieve externaliteiten. Dit resulteert in een onderaanbod van informatie. De productie van informatie is immers kostelijk, maar de verspreiding ervan niet. Er zal ook een tekort aan informatie ontstaan als de producenten van informatie niet alle opbrengsten van deze investering aan zichzelf kunnen toe-eigenen (e.g. investeringen in kennis m.b.t. gezondheidsrisico's en veiligheid van chemische substanties).

Bovendien zal informatie niet geproduceerd worden als het niet in de interesse ligt van de sector om dit te doen (e.g. gezondheidsrisico's bij sigarettenconsumptie). Wanneer het niet mogelijk is om de kwaliteit van goederen en diensten correct in te schatten, zullen kopers bereid zijn om een gemiddelde prijs te betalen die overeenkomt met de verwachte gemiddelde kwaliteit van het specifieke goed en dienst. Het resultaat is dat de kwaliteit van de goederen en diensten afneemt

samen met de prijs die de consumenten bereid zijn ervoor te betalen, aangezien de verkopers van goederen en diensten van hoge kwaliteit niet meer bereid zijn om ze tegen een lagere prijs te verkopen en bijgevolg de markt verlaten. Met andere woorden, goederen en diensten van hoge kwaliteit worden uit de markt geduwd (i.e. adverse selectie). Eveneens kan de asymmetrische distributie van informatie leiden tot het ontstaan van een moreel risico waarbij partijen misbruik maken van hun informatievoorsprong (e.g. verzekeringen). Het resultaat hiervan is dat markten voor bepaalde goederen en diensten verdwijnen, ook al is men bereid om deze tegen een hogere marktprijs aan te bieden.

ii) Beperkte rationaliteit

Men veronderstelt dat consumenten altijd rationele en welvaartmaximaliserende keuzes maken, maar dit komt vaak niet overeen met de werkelijkheid. Er is vaak ook een irrationeel aspect verbonden aan menselijk gedrag. Dit maakt het niet evident om de invloed van menselijk keuzegedrag op de maatschappelijke welvaart op een objectieve manier te bepalen. Het besluitvormingsproces van individuen bevat soms 'fouten' waardoor de allocatie van middelen niet steeds tot efficiënte resultaten leidt. Om volledig rationele beslissingen te kunnen nemen, zouden individuen niet enkel over volledige kennis van de karakteristieken van bepaalde goederen en diensten moeten beschikken, ook zouden zij moeten kunnen anticiperen op toekomstige evoluties en ontwikkelingen die een impact kunnen hebben op de huidige besluitvorming. Bijgevolg gaat men in de rechtseconomie uit van de veronderstelling dat mensen steeds voor dat alternatief kiezen dat hun individuele welvaart maximaliseert, en dus rationele beslissingen nemen.¹⁶² Bijgevolg kan geanalyseerd worden hoe een gemiddeld persoon zou handelen in een specifieke situatie, waardoor generaliserende uitspraken mogelijk zijn.

Het bestaan van beperkte rationaliteit, moreel risico en adverse selectie kunnen een verklaring bieden voor het feit dat o.m. private en publieke certificaten, en minimumkwaliteitsstandaarden in het leven geroepen zijn. In sommige situaties kan zelfregulering tot betere resultaten leiden, aangezien economische agenten vaak beter op de hoogte zijn van de manier waarop minimumkwaliteitsregels geformuleerd dienen te worden en weten dat et in hun eigen belang is om een bepaalde minimumkwaliteit aan te houden.

iii) Externaliteiten en publieke goederen

Niet enkel informatiefalingen, maar ook hoge transactiekosten kunnen leiden tot ontbrekende markten. De aanwezigheid van externaliteiten kan leiden tot een inefficiënte allocatie van middelen. Externaliteiten kunnen worden omschreven als kosten (respectievelijk baten, want er bestaan ook positieve externaliteiten) voor derden die geen deel uitmaken van de marktinteractie waaruit deze externe kosten (baten) voortvloeien (e.g. het lozen van vervuild water in een rivier door een fabriek, hetgeen resulteert in extra waterzuiveringskosten voor een watermaatschappij die haar water uit diezelfde rivier haalt). Externaliteiten kunnen zich zowel bij productie als bij consumptie voordoen.

¹⁶² Cooter en Ulen. Law and economics. Sixth edition. Addison-Wesley, 2012.

Omdat de private kosten lager zijn dan de maatschappelijke kosten, zal er meer van een bepaald goed of dienst geproduceerd worden dan maatschappelijk wenselijk is. Volgens Coase kan een efficiënte allocatie van middelen tot stand komen via onderhandelingen op voorwaarde dat eigendomsrechten duidelijk omschreven zijn en er geen transactiekosten zijn.¹⁶³ In de praktijk echter zorgen informatie-, onderhandelings- en handhavingskosten ervoor dat een efficiënte oplossing niet bereikt kan worden (e.g. te veel partijen die met elkaar moeten onderhandelen, onduidelijkheid over wat de schade inhoudt en wie deze veroorzaakt, etc.). In zo'n situatie kan de introductie van regulering aangewezen zijn indien de kosten van een overheidsinterventie lager zijn dan het welvaarsverlies (via internalisering van de externe kosten).

Ontbrekende markten kunnen ook ontstaan bij publieke goederen, aangezien deze niet altijd spontaan aangeboden worden omwille van de specifieke kenmerken van deze goederen. Voor de aanbieders van dergelijke goederen en diensten is het moeilijk om anderen van het gebruik van dit goed of deze dienst uit te sluiten wanneer ze er niet voor betalen (i.e. niet uitsluitbaarheid). Daarnaast zorgt de consumptie van het goed of de dienst door een bepaalde consument er niet voor dat een andere consument er minder van kan gebruiken (i.e. niet rivaliteit). Het resultaat is dat publieke goederen en diensten ofwel niet worden geproduceerd ofwel enkel in een beperkte (suboptimale) kwantiteit worden aangeboden. Indien aan consumenten gevraagd wordt om hun bereidheid te betalen (BTB) voor publieke goederen of diensten weer te geven, zal dit omwille van strategisch gedrag resulteren in een over- of onderschatting van de werkelijke BTB. Een overschatting vindt plaats indien een consument niet moet bijdragen tot de financiering van het goed. De BTB zal daarentegen onderschat worden indien de consumenten wel moeten bijdragen tot de totstandkoming van het publieke goed of de publieke dienst, want het is interessant om te profiteren van een hogere BTB van iemand anders. Overheidsregulering is in dit geval aangewezen om de optimale aangeboden kwantiteit te bepalen en om een betaling voor deze goederen en diensten af te dwingen.

d. Ongewenste marktuitskomsten

Sommige marktuitskomsten kunnen ongewenst zijn vanuit economisch standpunt of omwille van andere redenen (e.g. consumptie van verdovende middelen). In dit geval tracht men de situatie te corrigeren via regulering. De correctie van ongewenste markten kan ook overwogen worden omwille van andere dan economische redenen waaronder rechtvaardigheid, paternalistische motieven en ethische principes. In deze gevallen is er sprake van een afweging tussen economische efficiëntie en gelijkheid.

Voorbeelden hiervan zijn minimumlonen, kruissubsidiering van de postdiensten, telefoondiensten en passagierstransport, alsook regels om toegang tot gezondheidszorg te verbeteren.

2. Bedenkingen bij de public interest theorieën van regulering

¹⁶³ Coase, R. The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, 2, 1960.

a. Algemene bedenkingen

De vier marktfaalingen die hierboven zijn uitgediept hebben in essentie te maken met verstoring van de vrije prijsvorming. Het uitgangspunt van de neo-klassieke economie vormt het inzicht dat onder bepaalde omstandigheden een optimale marktwerking noodzakelijkerwijze de grootste welvaart of de beste allocatie van schaarse middelen genereert en daarom als beleidsdoel moet worden nagestreefd. Marktfaalingen geven aanleiding tot een inefficiënte allocatie van schaarse middelen in het geval er geen rekening wordt gehouden met transactiekosten. Vanaf het moment dat transactiekosten wél in rekening worden genomen, gebeurt vaak de allocatie van middelen binnen een markt op een efficiënte manier. Het marktmechanisme is vaak zelf in staat om instituties te ontwikkelen om te compenseren voor mogelijke inefficiënties (e.g. productgaranties, merkenamen, internalisering van externaliteiten door de markt zelf). Een marktfaaling (zonder transactiekosten in rekening te nemen) is in dat opzicht geen voldoende reden voor een overheidsinterventie, omdat deze interventie geen antwoord biedt op de vraag waarom en hoe regulering de beste institutie is om transactiekosten te minimaliseren bij de efficiënte verdeling van middelen voor bepaalde goederen, diensten of maatschappelijke waarden.

Daarnaast gaat men ervan uit dat overheidsregulering effectief is en geïmplementeerd kan worden zonder hoge kosten. Transactie- en informatiekosten worden verondersteld niet te bestaan in het geval van een overheidstussenkomst. De praktijk toont echter aan dat regulering resulteert in inefficiënte regels, imperfecte handhaving en incentives voor bedrijven en consumenten om zich inefficiënt te gedragen. Verder kent ook de opmaak van regelgeving transactiekosten (wetgevingskosten, informatiekosten, handhavingskosten, etc.) die in deze literatuur niet (of slechts beperkt) worden in rekening genomen. Hierdoor is het volume aan wetgeving niet optimaal (omdat er belangrijke kosten niet worden meegenomen). Hierdoor kan het zijn dat wetgeving onbedoelde neveneffecten krijgt of ongewenste resultaten, of dat de impact van regelgeving te laag wordt ingeschat waardoor onvoldoende stimulansen zijn om de kosten van wetgeving te verlagen, of er geen discipline is bij de opmaak van regelgeving en er teveel regelgeving ontstaat.

Een andere kritiek is dat de theorieën meestal veronderstellen dat regulering tot doel heeft om economische efficiëntie te bereiken. Het lukt ze echter niet om uit te leggen waarom men in bepaalde situaties andere doelstellingen nastreeft, zoals procedurele eerlijkheid of herverdeling van de welvaart ten koste van economische efficiëntie. Als er een spanning ontstaat tussen enerzijds de efficiëntie en anderzijds de rechtvaardigheid (bvb. bescherming van zwakkere groepen in de samenleving) is het niet eenvoudig om de maatschappelijke efficiëntie van wetgeving vast te stellen. Dit omwille van het feit dat rechtvaardigheid moeilijk te 'meten' of te 'waarderen' is en dus moeilijk af te wegen tegen efficiëntie.

Dit maakt het onmogelijk om theorieën van publiek belang op empirisch vlak op hun efficiëntie te toetsen. Dit komt uiteraard terug bij onze discussie van de nadeelcompensatie en de redenen voor inperken van bepaalde eigendomsrechten.

Tot slot zijn de public interest-theorieën van regulering onvolledig in de zin dat ze niet verklaren hoe een bepaalde kijk op de public interest vertaald kan worden naar een legislatieve actie die de

economische welvaart maximaliseert. Het politieke besluitvormingsproces bestaat immers uit verschillende actoren die elk hun eigen doelstellingen nastreven en hun eigen welvaart willen maximaliseren. Elke burger of elk bedrijf heeft eigen voorkeuren en de samenvoeging van de voorkeuren die leven in de maatschappij moet leiden tot de gekozen regelgeving of beleidsmaatregel. De klassieke literatuur kan niet verklaren hoe de bundeling van de individuele voorkeuren gebeurt in de praktijk en hoe dit als verklaring van het ontstaan van welvaartsverhogende regelgeving naar voren komt.

b. Neo-klassieke waarderingsmethoden

Hierboven blijkt al dat de standaard benaderingen van de neo-klassieke economie er niet in slaagt om alle marktfalingen correct te verklaren en dat er gevallen zijn waar het bestaan van de marktfaling in twijfel kan getrokken worden. Verder is het zo dat een marktfaling an sich niet voldoende is om overheidstussenkomst te verklaren, omdat de overheidstussenkomst ook kan zorgen voor een daling van de maatschappelijke welvaart of een minder efficiënte besteding van de schaarse middelen.

Uitgangspunt van de neo-klassieke literatuur is dat alle effecten van marktfalingen en overheidstussenkomst perfect te becijferen zijn. De analysemethoden die gehanteerd worden, kunnen de kosten en de baten van regulering (of het gebrek daaraan) in kaart brengen. Op zich is dat voor bepaalde kosten en bepaalde baten wel het geval, maar stellen we de laatste decennia vast dat deze methoden ook hun beperkingen hebben. Voor goederen waarvoor een markt beschikbaar is (zoals grond) is het mogelijk om de marktprijzen te waarderen. Maar voor goederen waarvoor geen markten bestaan (zoals veiligheid, rechtszekerheid, moreel lijden, tijd, gezondheid, enz.) is het moeilijk om met de analysemethoden betrouwbare resultaten te bekomen. Een belangrijk voorbeeld van dergelijke niet-vermarktbaar goederen zijn publieke goederen. De overheid moet bij de verdeling van publieke goederen over de bevolking zorgen voor een efficiënte verdeling. Volgens de neo-klassieke literatuur zal een herverdeling van de publieke goederen worden uitgevoerd als de totale baten hiervan de totale kosten overstijgen en er een welvaartsverbetering tot stand komt (cfr. *Hicks-Kaldor principe*).¹⁶⁴ Om de totale baten voor de maatschappij te achterhalen moet de overheid de individuele baten van het gebruik van publieke goederen ook kennen. De totale baten vormen hierbij de som van de individuele baten.

Het inschatten van de individuele baten van publieke goederen kan gebeuren door middel van het nutsbegrip. Het nut dat een individu ervaart door te beschikken over een goed of dienst wordt bepaald door de wijziging in het netto-inkomen dat evenwaardig is. Met andere woorden, hoeveel netto-inkomen wil iemand opofferen om over een bepaald publiek goed te beschikken? Om de wijziging in het inkomen te meten, wordt er vertrokken vanuit de nutsfunctie van het individu. Elk individu wilt namelijk zijn eigen nut zal maximaliseren, gegeven een bepaald inkomen.

¹⁶⁴ Boardman A., Greenberg D., Vining A. en Weimer D., , Cost-Benefit Analysis: Concepts and practice, Fourth edition, Pearson, p. 27, 2011.

Dit wilt zeggen dat de waardering van een publiek (bvb. een publiek park) kan gebeuren als we individuele waardering kennen van alle potentiële gebruikers van het park. Dit is in de praktijk niet eenvoudig en vaak zelfs onmogelijk. Binnen de neo-klassieke economische literatuur bestaan er twee evenwaardige waarderingmethoden om welvaartsveranderingen te waarderen. Ten eerste is er de bereidheid tot betalen (BTB) die bepaalt welke de hoeveelheid is die iemand maximaal wenst te betalen om een wijziging in omstandigheden door te maken. Deze wijziging kan betrekking hebben op een verbetering van de situatie, maar evengoed op een verslechtering. In het tweede geval wordt bepaald hoeveel een persoon wenst te betalen om zijn situatie niet te laten verslechteren. In de tweede plaats is er ook de bereidheid tot aanvaarden (BTA). De BTA is het minimumbedrag dat iemand wenst te ontvangen voor een wijziging in omstandigheden (ook hier kan dit een verbetering of verslechtering zijn). Zowel de BTB als BTA hebben betrekking op het recht van een individu op een nutsniveau. Als men moet betalen om een bepaald nutsniveau te behouden of een hoger nutsniveau te bekomen, dan ligt het recht op dat nutsniveau elders. Deze methoden maken gebruik van survey onderzoeken om mensen hun waardering voor goederen te bepalen. Onderzoek toont meer en meer dat dit soort methoden hun beperkingen hebben zeker als het aankomt op de waardering van niet te vermarkten goederen.

Deze neo-klassieke economische methodieken gaan uit van de interpersonele nutsvergelijking die mogelijk moet zijn en de waardering van zowel vermarktbaar als nietvermarktbaar effecten. Toegepast op de eigendomsrechten wilt dit zeggen dat de waarde van een recht kan gecijferd worden en dat hierop een euro bedrag kan gekleefd worden. Op zich is dit in heel wat gevallen mogelijk als het gaat over goederen waarvoor een goed functionerende markt bestaat. Toch moeten we voorzichtig zijn met deze neo-klassieke waardering door te drijven naar niet-vermarktbaar goederen. Dergelijke methodieken zijn vaak een hulpmiddel om een zicht te krijgen op de grootte van eventuele schade en compensatie, maar kunnen niet het doel op zich zijn.

3. Private interest theorieën van regulering

Sedert de jaren negentig is een belangrijke nieuwe inhoudelijke stroming (i.c. private interest theorieën) ontstaan die tegengewicht biedt aan de public interest theorieën. Deze private interest benadering erkent dat de opstellers van wetgeving een belangrijke rol spelen opmaak en de toepassing van wetgeving. Deze stroming is voortgekomen uit de inzichten die ontwikkeld zijn omtrent 'regulatory capture' van economische regelgeving door de bedrijfssectoren.

a. Regulatory capture

Regulatory capture gaat ervan uit dat, na verloop van tijd, regulering de belangen van de industrie gaat dienen die ze in de eerste plaats zou moeten reguleren. Bij het tot stand komen van nieuwe regelgeving zegt de theorie dat beleidsmakers zich vooral laten 'capteren' door de sector die ze moeten reguleren en niet zozeer door het algemeen belang. Deze theorie heeft echter in een aantal gevallen ook beperkingen. Zo is het onduidelijk waarom een industrie de komst van een regulator niet kan tegenhouden maar de regulator nadien wel kan beïnvloeden, dient regulering in bepaalde

gevallen de belangen van consumentengroepen in plaats van de belangen van de industrie, wordt regulering vaak aangevochten door de industrie omdat deze hun winstgevendheid zou beperken. Deze theorie gaat dus uit van een welvaartsherverdeling ten gunste van de meest efficiënte drukkingsgroepen. Deze efficiëntie hangt af van de omvang van de groep: hoe groter de groep, hoe meer transactiekosten om de groep te organiseren en hoe beperkter het voordeel van elk individueel lid van de groep. Kleine groepen zijn per definitie sneller georganiseerd en hebben elk een groter deel van het voordeel van de groep.

De regulatory capture theorie is echter maar een klein deel van de private interest theorieën. Deze theorie zelf is te beperkt en vormt een te enge weergave van het politieke en bestuurlijke proces in de maatschappij. Verder zijn drukkingsgroepen niet de enige stakeholders in het proces om regelgeving en beleid te ontwikkelen. Zo zijn er ook nog politici en ambtenaren die hun rol spelen. Hieronder gaan we verder door op de brede theorie van het private interest.

b. Public choice

Terwijl de traditionele economie de politieke besluitvorming als exogeen beschouwd, wordt ze vanuit de *public choice* als endogeen aanzien. Het neoclassicisme beschouwt een marktfaling als een geldige reden voor de overheid om tussen te komen in de markt. Vanuit de *public choice*-beweging redeneert men dat ook deze overheidsinterventies kunnen falen¹⁶⁵. Dit probeert men aan te tonen door het economisch instrumentarium toe te passen op de politieke besluitvorming; politieke actoren (i.e. kiezers, politici, leden van belangengroepen, ambtenaren en politieke partijen) laten zich leiden door een rationele economische calculus waarbij hoofdzakelijk het eigen welbevinden in rekening wordt gebracht. Het is perfect mogelijk dat overheidsfalen ten gevolge van een overheidsinterventie de samenleving met een veel grotere kost opzadelt dan de kost die verbonden is aan de marktfaling die de interventie probeert te corrigeren.

De *public choice* vraagt zich af waarom een individu in het economische leven als consument een andere rationaliteit zou volgen dan als kiezer in het politieke leven. Er ontstaat een tegenstelling tussen het algemeen belang dat zou moeten worden gediend door het systeem van representatieve democratie en de eigen preferenties van de individuen die dit systeem bevolken.

Het is in dit spanningsveld dat gevaar voor overheidsfaling opduikt. Bij elke overheidstussenkomst moet de vraag gesteld worden of deze tussenkomst wel efficiënter is dan de werking van de imperfecte markt.

Een verklaring voor het bestaan overheidsfalingen kan daarom gezocht worden in de zelfcorrigerende aard van sommige marktfalingen waardoor overheidstussenkomst overbodig wordt. Door de kortetermijnvisie van politieke actoren, door inflexibiliteit en tegenstrijdige beleidsmaatregelen en door politieke macht die toelaat dat bepaalde belangengroepen de verkozen vertegenwoordigers kunnen beïnvloeden om een inefficiënt beleid op te zetten en in stand te houden opdat ze hiervan zouden profiteren.

¹⁶⁵ Buchanan, J., M. Market failure and political failure, Cato Journal, Vol. 8, No. 1, 1988.

Er zijn drie hoofdredenen waarom overheden falen bij het aanpakken van een marktfaling: een disjunctie tussen kosten en opbrengsten, internaliteiten en organisationele doelstellingen, en afgeleide externaliteiten.¹⁶⁶ Ten eerste, aangezien een groot deel van publieke goederen en diensten gefinancierd worden via belastingen (in geval van overheidsorganisaties) of subsidies en giften (in geval van niet-gouvernementele organisaties) ontbreekt er een duidelijke link tussen de waarde van deze goederen en diensten en de kosten die gemaakt worden om ze te produceren. Wanneer de opbrengsten van een activiteit niet verbonden zijn met de kosten gemaakt om deze activiteit te verrichten, loopt men de kans dat meer middelen gebruikt zullen worden om een bepaalde output te produceren of dat er teveel respectievelijk te weinig wordt geproduceerd in verhouding tot hetgeen maatschappelijk wenselijk is. Daarnaast is de kans kleiner dat bij de productie van publieke goederen en diensten gebruik gemaakt zal worden van mogelijkheden die toelaten om de kostfunctie te laten dalen (e.g. schaalvoordelen en technologische ontwikkelingen). Ten tweede, aangezien overheidsorganisaties in beperkte mate gebruikmaken van prestatie-indicatoren die beschikbaar zijn voor marktorganisaties (e.g. winst), zijn ze genoodzaakt om hun eigen standaarden en doelstellingen op te stellen. Deze doelstellingen kunnen bestaan uit budgetmaximalisatie, maar ook uit technologische ontwikkeling, het verkrijgen en controleren van informatie of het verbeteren van de levensstandaard van hun eigenwerknemers. In het algemeen zorgen internaliteiten¹⁶⁷ dat de kosten kunstmatig opgedreven worden en de middelen van de organisatie verhoogd worden. Dit resulteert in een lagere output dan maatschappelijk wenselijk is. Tot slot kan een overheidsinterventie die tot doel heeft om een marktfaling te corrigeren onverwachte neveneffecten creëren, met name afgeleide externaliteiten.

Le Grand¹⁶⁸ bouwt verder op deze visie en focust meer op efficiëntie- en herverdelingsdoelstellingen om een verklaring te bieden voor overheidsfaling. Volgens hem kan de overheid interveniëren op drie verschillende manieren: via de directe voorziening van goederen en diensten, via belastingen en subsidies of via regulering. Er zijn twee belangrijke redenen waarom een directe voorziening van een goed of dienst door de overheid als inefficiënt beschouwd kan worden.

Enerzijds omdat de minimale productiekosten altijd hoger zullen liggen dan hetgeen technisch mogelijk is indien er sprake is van een overheidsmonopolie. Dit wil uiteraard niet zeggen dat overheidsmanagers onverschillig zijn voor efficiëntiedruk, aangezien hun prestaties een effect zullen hebben op de verkiesbaarheid van hun politieke oversten.

Anderzijds, indien overheidsbedrijven met andere moeten concurreren om te overleven en die concurrentie enkel bestaat uit bedrijven die winstmaximalisatie niet hoofddoelstelling aanschouwen (e.g. non-profit organisaties), volstaat het om hun gedrag te kopiëren. Dit zou nog steeds resulteren in een inefficiënte uitkomst. Indien de concurrentie echter bestaat uit bedrijven die

¹⁶⁶ Wolf, C. Market or Governments: Choosing Between Imperfect Alternatives, Cambridge, Mass.: MIT Press, 1988.

¹⁶⁷ Onder internaliteiten verstaat Wolf (1988) de doelstellingen die van toepassing zijn van een publieke organisatie om de performantie van de organisatie en haar leden te sturen, reguleren en evalueren.

¹⁶⁸ Le Grand, C. The theory of government failure. British Journal of Political Science, Vol. 21, No. 4, pp. 423-442.

winstmaximalisatie nastreven, kan een overheidsbedrijf zonder hulp van subsidies enkel overleven indien ze een kostenminimaliserende strategie hanteert.

In het geval publieke goederen en diensten gratis ter beschikking worden gesteld aan consumenten door subsidiering van de productie via publieke middelen, is de enige kost waar consumenten rekening mee moeten houden het geheel aan belastingen dat ze moeten betalen om meer van het goed of dienst te consumeren. Aangezien de toename in belastingen voor de consument maar een fractie bedraagt van de werkelijke kost (want niet iedereen consumeert, maar iedereen draagt bij), zal de gevraagde hoeveelheid hoger zijn dan wenselijk is vanuit maatschappelijk oogpunt. De overheid heeft twee keuzes bij zo'n vraagoverschot: voldoen aan de vraag en dus meer produceren dan efficiënt is of, indien de overheid weet welke de efficiënte hoeveelheid is, enkel die hoeveelheid voorzien. Het probleem dat ontstaat is dat, wanneer deze beslissingen genomen worden door private producenten of bureaucraten, er geen garantie is dat het resultaat overeenstemt met de belangen van de overheid of van de consumenten omwille van eigenbelang. De bureaucraten kunnen budgetmaximalisatie nastreven, wat resulteert in overproductie van het goed of de dienst. Aangezien voor een private actor de hoogte van het inkomen afhankelijk is van de geconsumeerde hoeveelheid van het desbetreffende goed of dienst, kan hij/zij de overheid en consumenten misleiden met het argument dat zij meer van het welbepaalde goed of dienst moeten consumeren. Indien de private actor een werknemer is en de inkomsten bijgevolg onafhankelijk zijn van de output kan hij/zij zijn/haar werkdruk verminderen door minder van het goed of dienst te produceren. Er is nog een bijkomend probleem wanneer de overheid beslist om bij de allocatie van middelen geen rekening te houden met prijssignalen, aangezien prijssignalen een belangrijke informatiefunctie hebben. Het zal dan zeer moeilijk zijn voor de overheid om het efficiënte productieniveau van een goed of dienst te bepalen. Het probleem kan aangepakt worden door het mechanisme van meerderheidsstemmen of delegatie van besluitvorming aan bureaucraten of professionelen (cfr. supra). Er zijn een aantal redenen waarom het mechanisme van meerderheidsstemmen een betere indicatie kan geven van de echte sociale baten verbonden aan de productie van een bepaald goed of dienst in vergelijking met de delegatie van besluitvorming. Het mechanisme laat iedereen die beïnvloed wordt door de productie of consumptie van een goed of dienst toe om te stemmen over het niveau van voorziening. Met andere woorden, als externaliteiten verbonden zijn aan de productie of consumptie van goederen of diensten, verwacht men dat het politieke proces hier rekening mee zal houden. Daarnaast heeft iedereen gelijke zeggenschap in de beslissing, aangezien het gewicht van iedere stem gelijk is en iedereen maar één stem heeft die hij/zij mag uitbrengen.

Uiteraard zijn aan het mechanisme van meerderheidsstemmen ook nadelen aan verbonden. Onder bepaalde voorwaarden kan een het mechanisme meer gewicht toekennen aan de voorkeuren van een bepaalde groep stemmers.

Daarnaast kan een achtereenvolgende meerderheidsstemming over verschillende aspecten leiden tot irrationele uitkomsten.¹⁶⁹ Bovendien is moeilijk te achterhalen hoe groot de voorkeur van iemand is voor een bepaald goed of dienst, aangezien iedereen maar één stem. Daarnaast zijn verkiezingen of

¹⁶⁹ Stel dat men stemt en onderwijs verkozen wordt boven defensie, defensie wordt verkozen boven investeringen in wegeninfrastructuur en investeringen in wegeninfrastructuur worden verkozen boven onderwijs, dan is het resultaat dat men defensie tegelijkertijd belangrijker en minder belangrijk vindt dan onderwijs.

referenda kostelijk om te organiseren. Tot slot zijn individuen vaak onvoldoende op de hoogte over de kosten en baten van verschillende voorstellen. Dit kan leiden tot misbruik door bepaalde drukkingsgroepen wanneer individuen erin slagen om valse informatie over de kosten en baten van bepaalde voorstellen te verspreiden.

In theorie kan een perfect geïnformeerde overheid met gemotiveerde ambtenaren een efficiënte allocatie van goederen en diensten bewerkstelligen via regulering. In de praktijk echter krijgt de overheid met een aantal problemen te kampen. Ten eerste zal de overheid moeilijkheden ondervinden bij het verkrijgen van alle relevante informatie om haar beleid te ondersteunen, zeker wanneer ze hiervoor beroep moet doen op de partijen die ze moet reguleren. Ten tweede is het probleem van *regulatory capture* werkzaam waardoor regulering meer in dienst komt van de industrie die een overheid tracht te reguleren. Het resultaat van beide problemen is dat er ofwel te veel of te weinig van een goed of dienst geproduceerd zal worden ofwel dat de prijzen te laag of te hoog komen te liggen. Daarnaast zal een te strenge of inefficiënte regulering een belemmering vormen voor innovatie en toegangsbarrières opwerpen voor nieuwe producenten die mogelijk geïnteresseerd zijn in de productie van de goederen en diensten in kwestie. Dit zal er ook toe leiden dat bedrijven die actief zijn op de markt deze zullen verlaten.

Rekening houdend met herverdelingsaspecten kan een interventie vanuit de overheid ook voordelige of nadelige gevolgen hebben. Indien een overheidsmonopolie vervangen wordt door een private monopolie kan dit nadelig zijn voor de herverdeling van middelen, aangezien de monopolie dan meer belang zou hebben bij het maximaliseren van haar winsten te maximaliseren de verspreiding ervan over aandeelhouders eerder dan de belastingbetaler. Overheidssubsidies daarentegen kunnen voordelig zijn aangezien een subsidiering ertoe leidt dat armen in een samenleving makkelijker toegang hebben tot bepaalde goederen en diensten. Daardoor is iedereen zeker dat er een bepaalde minimumhoeveelheid van deze goederen en diensten ter beschikking wordt gesteld aan de leden van de maatschappij. Tot slot kan overheidsregulering leiden tot een betere verdeling van middelen, maar eveneens kan het perverse gevolgen hebben (e.g. minimumlonen zorgen voor minder werkgelegenheid en bijgevolg meer werkloosheid).

Buchanan¹⁷⁰ gebruikt een eenvoudig voorbeeld om een overheidsfaling te duiden. Stel dat een bedrijf een goed of dienst produceert en de productie hiervan externaliteiten genereert waar het bedrijf geen rekening mee houdt. Vanuit de context van economische efficiënte worden er dan te veel middelen gespendeerd om het goed of dienst te produceren (want marginale private kosten < marginale sociale kosten). De externaliteit kan weggewerkt worden via politieke besluitvorming door gebruik te maken van belastingen of subsidies.

In een wereld waarin alle individuen binnen een economie, alsook de overheid toegang hebben tot alle informatie die beschikbaar is omtrent het effect van deze belasting of subsidie én waarbij alle personen stemmen of politieke acties ondernemen rekening houdend met het economisch belang, dan zou een politisering van de externaliteit ertoe leiden dat er voldaan wordt aan de economische

¹⁷⁰ Buchanan, J. M. Market failure and political failure, *Cato Journal*, Vol. 8, No. 1, 1988.

efficiëntienorm. Het is in ieders belang om een ideale belasting in te voeren. De marktprijs van het goed of dienst zal stijgen met de hoogte van de belasting, de productie zal dalen, en sommige van de vrijgekomen middelen zullen elders worden ingezet. De opbrengsten van de belasting zullen gelijk verdeeld worden over de gehele samenleving. In de praktijk echter moet men rekening houden met het eigenbelang, herverdelingseffecten van de maatregel, alsook met potentieel verlies of gewin op vlak van efficiëntie. Vanaf het moment dat herverdelingseffecten hun toetreden doen, ontstaan er belangenconflicten tussen individuen. Zij die deelnemen aan de politieke besluitvorming zullen in de eerste plaats hun eigen nut willen maximaliseren, rekening houdend met de instrumenten die hen ter beschikking worden gesteld. Pas nadien zouden ze zich interesseren in de verbetering van economische efficiëntie. De algemene conclusie is dat politisering van een marktvaling zeer onwaarschijnlijk de doelstelling van economische efficiëntie zal bereiken zolang als het politiek proces de verschillende belangen van verschillende belangengroepen belichaamt.

Rekening houdend met hetgeen er hierboven besproken is, kunnen een aantal overheidsfalingen verder in detail worden besproken: stemparadox, meerderheid versus minderheid, *rent seeking* en budgetmaximalisatie.

c. Stemmenparadox en stemmenruil

Elke individu tracht zijn/haar nut te maximaliseren door bij het nemen van een beslissing te kiezen voor het alternatief dat hem/haar het hoogste nut oplevert. De overheid moet bij het nemen van beslissingen echter het maatschappelijk nut maximaliseren en dus een nutsfunctie voor de gehele maatschappij opstellen. Om tot een collectieve voorkeursordening te komen, moeten eerst de individuele voorkeuren worden geordend. De stemparadox houdt in dat geen enkele beslissingsregel (of stemprocedure) erin slaagt om aan de hand van individuele voorkeuren tot een collectieve sociale voorkeur te komen. Het resultaat is dat elke stemprocedure (om maatschappelijke voorkeuren te bepalen) gevoelig is voor strategisch gedrag en bijgevolg gemanipuleerd kan worden. De stemprocedure kan gemanipuleerd worden via agendacontrole waarbij men de agendapunten in een bepaalde volgorde kan plaatsten, zodat het geprefereerde alternatief het haalt, ongeacht de voorkeur van anderen.

Een andere manier om de stemprocedure te manipuleren is via stemmenruil (*logrolling*) waarbij politici of politieke partijen hun minder urgente verlangens verkopen of inruilen om zo hun intense verlangens te realiseren en voor de ruilende partners een optimaal resultaat op te leveren. Het resultaat is dat de voorstellen van de twee partijen die op zich geen meerderheid zouden halen toch goedgekeurd worden. Het nadeel van stemmenruil is dat voorstellen met een negatieve kosten-batenverhouding toch goedgekeurd worden. Daarnaast kunnen projecten of maatregelen die enkel door minderheidsgroepen hoog worden gewaardeerd massaal worden goedgekeurd waardoor men de kosten over de volledige bevolking kan verdelen. Deze nadelen kunnen ook als een voordeel beschouwd worden als men via stemmenruil een minderheidsgroep de kans kan geven om voor een bepaald thema of voor kleinschalige projecten met een positieve kosten-batenverhouding een

meerderheidsstem te halen. De maatschappelijke efficiëntie van stemmenruil hangt dus af van de concrete omstandigheden en de individuele voorkeuren van burgers.

d. Meerderheid vs. Minderheid: meerderheidsregel

Bij publieke beslissingen, net zoals bij private markten, is het soms mogelijk om de externe kosten naar anderen door te schuiven, ook al genieten ze niet van de baten verbonden aan die beslissing. Volgens Buchanan en Tullock¹⁷¹ kan men een onderscheid maken tussen twee soorten kosten die een rol spelen bij besluitvorming: externe kosten en besluitvormingskosten. Externe kosten komen ten laste van individuen omdat ze gedwongen worden te participeren in een bepaald project terwijl besluitvormingskosten ontstaan door eigen deelname in de besluitvorming. Bij belangrijke beslissingen die de kiezers sterk beïnvloeden, zullen de externe kosten hoger zijn waardoor de totale kosten toenemen en er een grotere meerderheid nodig is om de beslissing te rechtvaardigen. Bij minder belangrijke, alledaagse beslissingen daarentegen zijn de externe kosten lager en volstaat reeds een kleinere meerderheid om tot een beslissing te komen. Het is zo dat de optimale beslissingsmeerderheid degene is waar de totale kosten (de som van de besluitvormingskosten en de totale kosten) het laagst zijn. Het spreekt voor zich dat de externe kosten in vele gevallen veel hoger oplopen dan de besluitvormingskosten omwille van de mogelijke impact van deze externe kosten.

e. Rent seeking

Rent seeking slaat op pogingen van belangengroepen om de overheid te overtuigen hun bepaalde voordelen of privileges toe te kennen. Sommige *public choice*-economen geloven dat overheidsinterventies in grote mate het resultaat zijn van *rent seeking* eerder dan dat ze het gevolg zijn van marktfalingen.

Het toekennen van een bepaald voordeel aan een belangengroep brengt enkel een verschuiving, een daling, van de welvaart teweeg. Om het voordeel te verkrijgen, moeten de belangengroepen echter tijd en geld investeren in lobbying.

Aangezien dit doorgaans tijd en middelen kost, zorgt *rent seeking* uiteindelijk voor een daling van de productiviteit. *Rent seeking* brengt baten met zich mee voor bepaalde groepen, maar schaadt de samenleving in haar geheel.

f. Budgetmaximalisatie

Budgetmaximalisatie wil zeggen dat (bepaalde) ambtenaren streven naar een maximaal budget met als gevolg een overproductie van de overheid. De maatstaven voor het meten van de prestaties die beschikbaar zijn in de markt, zoals winst of verlies, maken het mogelijk om harde werkers te belonen. In de publieke sector worden echter publieke goederen of goederen beladen met externe effecten

¹⁷¹ Buchanan, J. M. en Tullock, G. *The calculus of consent*, Vol. 3, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.

aangeboden waardoor deze prestatie maatstaven niet toepasbaar zijn. Een ambtenaar gaat dan trachten om zijn/haar eigen voordeel binnen het budget dat vastgelegd wordt door politici te maximaliseren. Daarnaast is er ook sprake van een principaal-agentprobleem met de politici als onvolledig geïnformeerde principaal en de ambtenaar als agent, hetgeen budgetmaximalisatie door middel van informatieasymmetrie toelaat. Tot slot ontbreken de prikkels om kosteneffectief te werk te gaan, wat budgetmaximalisatie verder aanmoedigt.

4. Kritiek op de private interest theorieën van regulering

De voornaamste kritiek is dat private interest-theorieën in de praktijk geen goede voorspellingen aanleveren over welke belangengroepen nu succesvol zullen zijn en welke groepen van de welvaartstransfer gaan profiteren. Ook al weet men aan wie de kosten en baten toekomen, dat wil nog niet per se zeggen dat deze kosten en baten een drijfveer zijn voor regelgeving. Indien de maatschappij bezorgd is over het vermogen van belangengroepen om gunstige regelgeving te bekomen, zal zij instituties oprichten die het publieke belang promoten. Daarnaast falen de theorieën om correct te voorspellen welke belangengroepen succesvol zullen zijn in hun taak, alsook geven zij niet weer wie uiteindelijk zal profiteren van de welvaartstransfer. Tot slot lukt het hen niet om te voorspellen welke industrieën gereguleerd zullen worden. Praktijkvoorbeelden tonen aan dat sommige industrietakken met gelijkaardige karakteristieken wel worden gereguleerd en andere dan weer niet.

Private interest-theorieën zijn met name ontwikkeld om een verklaring te vinden voor de inefficiëntie en niet-effectieve regulering. Uit empirisch onderzoek bleek, in tegenstelling tot wat de theorieën beweren, dat regulering wel degelijk tot lagere prijzen, lagere prijsdiscriminatie en lagere winsten kan leiden. Daarnaast blijkt het ook zeer moeilijk zo niet onmogelijk om de private interest theorie in de praktijk te testen, aangezien het zo goed als onmogelijk is om te bepalen welke economische agenten de meeste invloed uitoefenen.

5. Samenvatting public en private interest theorieën van regulering

Alvorens over te gaan tot een samenvatting van de beide theorieën over de totstandkoming van regelgeving, brengen we nog een bijkomend element naar voor.

Dit betreft het onderscheid tussen sturende regelgeving en ordenend recht. Twee voornamelijk rechtseconomen Oakeshott¹⁷² en Hayek¹⁷³ maken dit onderscheid tussen sturende regelgeving en ordenend recht in hun basiswerken die centraal staan in de rechtseconomische literatuur. Centraal in hun denkwijze staat het fundamenteel verschil in aard tussen beide soorten wetgeving, waardoor de gevolgen van deze soorten wetgeving voor en in de samenleving ook grondig van elkaar verschillen. In essentie creëert ordenend recht een win-win situatie of vloeit zij voort uit een zero-plus verhouding, terwijl voor sturende regelgeving net het tegenovergestelde geldt.

¹⁷² Oakeshott M. Rationalism in Politics, in Rationalism in politics and other essays, Liberty Press, 1991, p400

¹⁷³ Hayek F.A., Law, legislation and liberty, a new statement of the liberal principles of justice and political economy, Routledge, 1973, p646

Concreet is volgens Oakeshott en Hayek ordenend recht 'open-ended' en algemeen geldend, terwijl sturende regelgeving een specifiek en doelgericht karakter heeft. Met 'open-ended' bedoelen we dat ordenend recht geen vooraf bepaalde uitkomst nastreeft, maar slechts het speelveld wenst af te baken waaruit verschillende uitkomsten kunnen voortvloeien. Wanneer ordenend recht algemeen geldend is, dan moeten de 'normadressaten' niet over specifieke kenmerken beschikken.

Op zichzelf is de indeling tussen sturende regelgeving en ordenend recht niet geheel duidelijk en kan er verwarring ontstaan over wat doelgericht precies betekent want ook ordenend recht heeft een doel, namelijk orde in de samenleving brengen. Verder is sturende regelgeving ook algemeen verbindend, namelijk voor de groep die over de gewenste criteria beschikt.

Daarom is het noodzakelijk dit onderscheid verder te concretiseren door het te koppelen aan zowel de (neo-)klassieke rechtseconomische als de public choice inzichten die hierboven zijn uitgediept.

Wanneer we beide denkwijzen over de drijfveren achter de totstandkoming van wetgeving bij elkaar samenvoegen, en dit toepassen op het vraagstuk wat nu precies ordenend recht en sturende regelgeving uitmaakt, dan kunnen we besluiten dat wetgeving een ordenend karakter heeft wanneer de wetgeving daadwerkelijk een oplossing voor een marktfaling biedt en die bovendien drie toetsen kan doorstaan die voortvloeien uit de kritiek op de theorie van het algemeen belang.

Concreet houdt dit in dat uit een analyse van de regelgeving moet blijken dat:

1. Er daadwerkelijk een ernstige marktfaling bestaat, waarbij het bestaan van transactiekosten in de analyse meegenomen wordt (geen utopische vergelijking die abstractie maakt van transactiekosten);
2. Een privaatrechtelijke of niet-dwangmatige oplossing van de marktfaling niet mogelijk is, onder meer door de aanwezigheid van transactiekosten of spel-theoretische mechanismen;
3. De baten of voordelen van de wetgeving tot oplossing van de marktfaling de kosten of nadelen ervan ruimschoots overstijgen;
4. Er geen onevenredige verdeling is van de kosten en baten tussen verschillende doelgroepen binnen de samenleving;
5. Er geen private belangen van de opstellers van de wetgeving (politiek of ambtelijk) aanwezig zijn, bijv. financieel of electoraal gewin bij de invoering van de wetgeving.

Wanneer wetgeving niet voldoet aan één van deze vijf criteria (of aan meerdere niet voldoet), dan kunnen we daaruit afleiden dat deze een eerder sturend of instrumenteel karakter heeft. Het is wel belangrijk om op te merken dat het laatste criterium moeilijk te toetsen is in de praktijk. In die zin kan men stellen dat sturende regelgeving eerder als een default scenario kan gezien worden, terwijl het ordenend karakter van wetgeving nauwgezet bewezen moet worden.

Deze (eerder) zware bewijslast sluit aan bij het juridische beginsel dat inperkingen van of inbreuken op een grondrecht terughoudend moeten gebeuren waardoor de vereiste compensaties zo volledig mogelijk moeten gebeuren, tenzij het ordenend recht betreft. M.a.w., indien ordenend recht geen

compensaties voor de houder van het grondrecht met zich mee brengt, dit ordenend karakter dan ook objectief, eenduidig en onbetwistbaar moet blijken.

De toets om na te gaan of de vier criteria zijn voldaan zou bijvoorbeeld een onderdeel kunnen vormen van de RIA-methodiek.

6. Institutional possibility frontier

Waarbij concurrentie en private ordeningen marktfalingen niet succesvol kunnen aanpakken, kunnen onpartijdige rechtbanken dit doen door contracten af te dwingen waarin wordt gespecificeerd welke regels worden opgelegd.¹⁷⁴ Volgens Shleifer¹⁷⁵, hebben Coase en zijn aanhangers in hun visie te veel speelruimte gegeven aan rechtbanken aangezien ze vertrekken van de assumptie dat rechtbanken onpartijdige, volledig geïnformeerde en onomkoopbare promotors van sociale welvaart zijn. Uit onderzoek blijkt echter dat rechtbanken in bepaalde gevallen inefficiënt, politiek gemotiveerd en traag kunnen zijn. Ook rechters, net zoals regulatoren zijn overheidsagenten, die onder politieke druk, incentives en beperkingen kunnen komen te staan. Een manier om rechtbanken te beschermen voor invloeden van buitenaf is om juridische procedures te formaliseren door middel van codes om rechtelijke onafhankelijkheid te minimaliseren en potentiële ondermijning van rechters tegen te gaan. Dit proces zorgt volgens Schleifer echter voor vertragingen in de rechtsspraak en onvoorspelbare uitkomsten. Een andere mogelijkheid om rechters te beschermen tegen potentiële invloeden is om van hen werknemers van de staat te maken. Hierdoor worden ze beschermd tegen mogelijke private belangen maar zijn ze op hun beurt meer afhankelijk van de overheid hetgeen het risico op politisering van hun beslissingen, doet toenemen.

De overheid kan er ook voor kiezen om een aantal regels uit te vaardigen waar partijen rekening mee moeten houden tijdens de totstandkoming van transacties. Dit zorgt ervoor dat de lasten die gedragen moeten worden door de rechtbanken en de procederende partijen verminderen aangezien de regels duidelijk definiëren hoe deze transacties tot stand moeten komen.

Daarnaast, zorgt dit ervoor dat rechters moeilijk beïnvloedt kunnen worden aangezien ze reeds op voorhand weten aan welke regels de procederende partijen zich moeten gehouden hebben. Het risico bestaat wel dat deze regels ook misbruikt kunnen worden om de politieke minderheid (oppositie) uit te buiten en de politieke meerderheid te belonen.

De onafhankelijkheid van de rechters speelt een belangrijke rol bij de bescherming van eigendoms- en politieke rechten in situaties waarbij de overheid beslist om te onteigenen.¹⁷⁶ Maar rechtelijke onafhankelijkheid is ook waardevol in privaatrechtelijke geschillen waarbij een van de partijen politieke connecties heeft en hierdoor druk kan uitoefenen om het geschil in zijn/haar voordeel te beslechten. Rechterlijke onafhankelijkheid promoot zowel economische als politieke vrijheid. Buiten het beïnvloeden van rechters zou de overheid en de wetgevende macht een beleid willen nastreven

¹⁷⁴ Coase, R. The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, 2, 1960.

¹⁷⁵ Shleifer, S. Understanding Regulation, *European Financial Management*, Vol. 11, No. 4, 2005, 439-451.

¹⁷⁶ La Porta, R., López-de-Silanes, F., Pop-Eleches, C., Shleifer, A. Judicial Checks and Balances, *Journal of Political Economy*, 2004, vol. 112, no. 2.

en wetteksten stemmen die hunzelf, meerderheidsgroepen of geallieerde belangengroepen zouden bevoordelen. Via een rechtelijke toetsing kan dit misbruik worden gelimiteerd. Door het toetsen van wetten aan een wet van hogere orde of aan objectief vastgestelde toetsingscriteria, kunnen dergelijke inspanningen die het eigenbelang dienen, gelimiteerd worden. Rechtbanken, in plaats van wetgevers, worden de scheidsrechters van wetgeving. Aangezien het doel van de rechterlijke toetsing is om in te gaan tegen de tirannie van de meerderheid, speelt dit een belangrijke rol in de bescherming van politieke en menselijke rechten maar ook in de bescherming van de democratie. Als we dit nu samenleggen met de bovenstaande analyse van de theorie van 'private interests' en 'public interests' dan houdt dit in dat rechters eventueel kunnen nagaan wat de achterliggende motieven van wetgeving zijn (eerder algemeen belang of eerder bepaalde groepen bevoordelen). Om dit te doen moeten er echter heldere criteria geformuleerd worden die door de rechters kunnen toegepast worden. Daarom zal deze studie in de volgende paragrafen concreter ingaan op de criteria die hiertoe gebruikt kunnen worden.

Djankov et al. gebruikt de "Institutional possibility frontier" om aan te tonen dat de ideale institutionele mix een afweging is tussen wat hij noemt "wanorde" en "dictatuur".¹⁷⁷ Onder wanorde verstaat men de mogelijkheid van private actoren om anderen schade te berokkenen (diefstal, letsel, bedrog, het opleggen van externe kosten, enz....). Onder dictatuur verstaat men het vermogen van de overheid en haar agenten om de kosten op te leggen aan private actoren om hun gedrag te beïnvloeden. Volgens Djankov et. al. is er een afweging die gemaakt moet worden tussen enerzijds het vrij laten van burgers en het risico dat er elkaar schade berokkenen en anderzijds de kosten die ervaren worden (en het verlies aan vrijheid) als de overheid tussenkomt en regels oplegt. Volgens Djankov et al. zijn er vier institutionele strategieën waaruit men kan kiezen indien de overheid nadenkt om al dan niet tussen te komen: (1) marktwerking en private afspraken, (2) geschillen tussen private partijen (via rechtbanken), (3) openbare handhaving via regulering en (4) toewijding door de overheid. Deze strategieën zijn gerangschikt volgens de toenemende mate van publieke controle over de economische activiteiten (zie grafiek).

¹⁷⁷ Djankov, S., Glaeser, E., La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F. en Shleifer, A. The new comparative economics, *Journal of Comparative Economics*, Vol. 31, 2003, pp.595-619

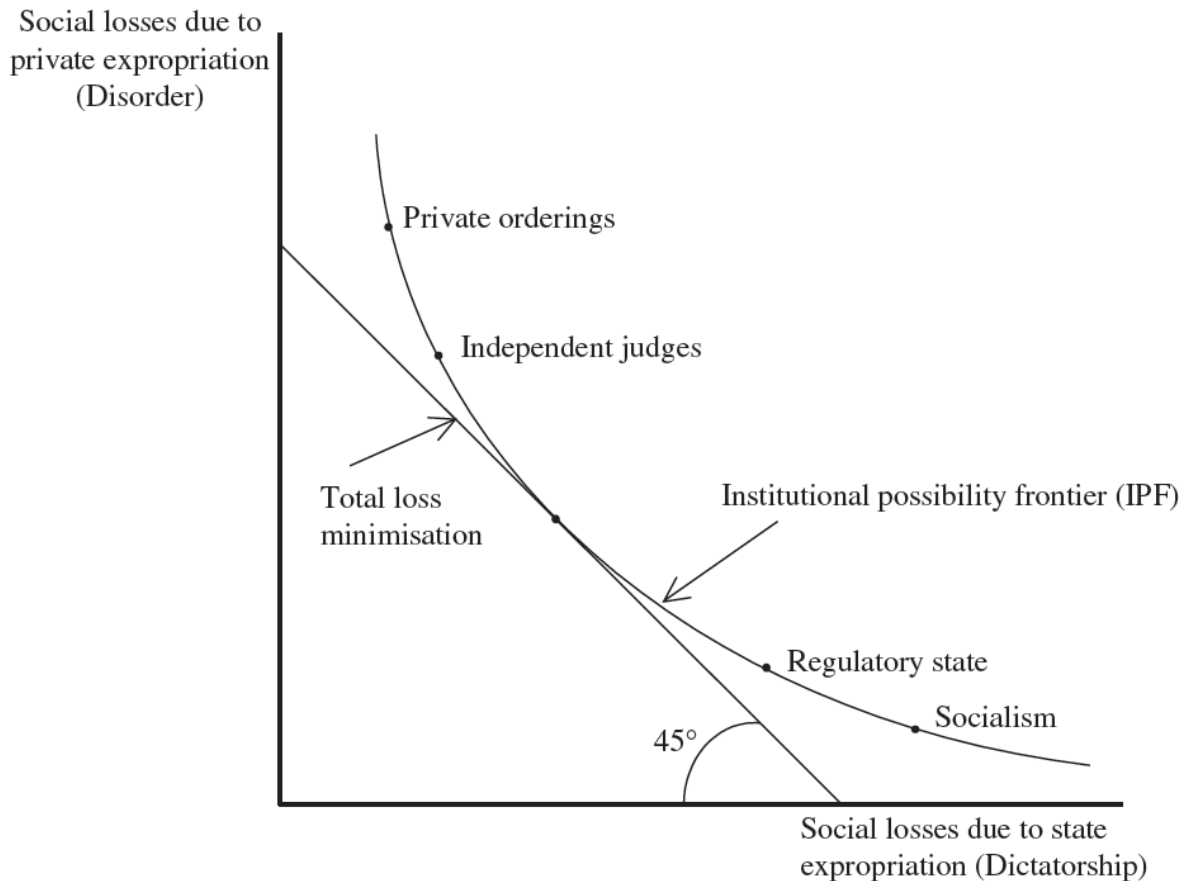


Fig. 1. Institutional possibilities.
Source: Djankov et al., 2003b.

Bij marktwerking en private afspraken is er zo goed als geen sprake van publieke interventies en laat de overheid de vrijheid aan de markt (en de individuele partijen) om problemen op te lossen. Bij geschillen tussen private partijen zijn het de rechters die zich bezighouden met de handhaving van goed gedrag, maar ervaren burgers wel de transactiekost om naar de rechtbank te stappen. De regels die de rechters handhaven moeten niet voortkomen uit regelgeving maar kunnen het resultaat zijn van een gewoonte of afstammen van het gewoonterechten als gevolg van een gerechtelijke uitspraak. In het geval van regulering stijgt de mate van overheidsinterventie (en dus ook de kosten die de overheid oplegt, maar zouden idealiter de kosten ten gevolge van wanorde moeten dalen) aangezien de overheid regels uitschrijft en ze ook kan handhaven. Bij de toe-eigening door de overheid staat de overheid volledig in voor het verrichten van een bepaalde activiteiten en laat ze weinig of geen ruimte aan de partijen om zelf oplossingen te zoeken.

De eerste implicatie is dat regulering of overheidstussenkomst enkel aangewezen is in situaties waarbij het niveau van wanorde zo hoog is, dat het onmogelijk wordt om dit aan te pakken via private afspraken of rechtbanken. Deze situatie komt het meest voor waarbij er een groot verschil is in de beschikbare middelen van de partijen die betrokken zijn in een transactie aangezien de partij met de meeste middelen hiervan misbruik kan maken. De tweede implicatie is dat regulering nodig is om publiek misbruik van de private sector tegen te gaan. De keuze voor regulering is een aantrekkelijke optie voor rijkere landen waarbij de overheid meer onder controle staat.

De impact van regulering zal echter miniem zijn in arme en ondemocratische landen aangezien de kans op machtsmisbruik daar ook hoger ligt. Tot slot is de toe-eigening door de overheid soms de enige manier om wanorde aan te pakken aangezien het risico op wanorde ten gevolge van private controle in bepaalde situaties onacceptabel is.

AFDELING 3. RECHTSECONOMIE EN EIGENDOMSRECHTEN

1. De economische analyse van het recht

Het recht heeft als doelstelling om menselijk gedrag te beïnvloeden en stuurt individuen om bepaalde gedragingen te stellen of om zich net te onthouden van bepaalde gedragingen. Omwille van twee redenen, die tevens de hoofddoelstellingen vormen van de rechtseconomie,¹⁷⁸ is het belangrijk om de invloed van het recht te analyseren. Terwijl het enerzijds belangrijk is om te analyseren of het geldend recht de beoogde effecten realiseert, is het anderzijds ook belangrijk om na te gaan of een eventuele wijziging van het recht tot een beter resultaat zou kunnen leiden.

Hoewel recht en economie zich initieel los van elkaar ontwikkelden, is de cohesie tussen beide disciplines de voorbije decennia aanzienlijk toegenomen. In de jaren 60 van de vorige eeuw is hieruit de rechtseconomie (*Law and Economics*) ontstaan in de Verenigde Staten. Rechtseconomisch onderzoek wordt doorgaans beoefend door juristen en economen, en heeft zijn toepassing gevonden in verschillende rechtstakken. Hierdoor kreeg de rechtseconomie steeds meer aanzien en stilaan doorgang in de Amerikaanse *law schools*.¹⁷⁹

De rechtseconomie betreft een economische benadering van het recht en tracht de werking ervan te analyseren door toepassing van economische concepten en principes op juridische vraagstukken. Dergelijke analyses worden gebruikt om de effecten van regelgeving op het gedrag van verschillende actoren in de maatschappij te beschrijven, te voorspellen en te evalueren. Terwijl de klassieke juridische benadering van het recht nagaat of het recht rechtvaardig is, analyseert de rechtseconomie of rechtsregels efficiënt en effectief zijn. Aangezien de overheid maar ook de samenleving beschikt over een beperkt budget, is efficiëntie een belangrijk aandachtspunt voor beleidsmakers.¹⁸⁰ De rechtseconomische benadering bestaat bovendien uit een positieve en een normatieve analyse van het recht.

In de positieve analyse wordt onderzocht of het bestaande recht efficiënt is en wordt een verklaring gegeven voor het recht aan de hand van economische concepten en principes.¹⁸¹

¹⁷⁸ van Velthoven, Ben CJ, and Peter Willem Wijck. *Recht en efficiëntie: een inleiding in de economische analyse van het recht*. Kluwer, 2007.

¹⁷⁹ W.C.T. WETERINGS, *De economische analyse van het recht – Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007.

¹⁸⁰ Cooter and Ulen. *Law and economics*. Sixth edition. Addison-Wesley, 2012.

¹⁸¹ A. RENDA, *Law and Economics in the RIA World – Improving the use of economic analysis in the public policy and legislation*, Cambridge – Antwerpen – Portland, Intersentia, 2011.

Met behulp van dergelijke analyse kan het ontstaan en de inhoud van regelgeving verklaard worden, alsook kunnen effecten van regelgeving op gedrag voorspeld en geëvalueerd worden. Indien een rechtsregel niet efficiënt blijkt te zijn, kan dit aanleiding geven tot een normatieve analyse van de rechtsregel.¹⁸²

De normatieve analyse gaat er bijgevolg van uit dat het recht efficiënt hoort te zijn en analyseert d.m.v. een efficiëntiecriteria welke alternatieve rechtsregel gehanteerd zou moeten worden en dus hoe het recht er zou moeten uitzien. Vanuit het standpunt van efficiëntie bekijkt deze analyse veranderingen in de regelgeving teneinde het geven van beleidsaanbevelingen.

Het recht wordt in de juridische benadering gezien als een *ex post* instrument om conflicten op te lossen.¹⁸³ In de rechtseconomie wordt het recht echter aanzien als een instrument om het gedrag van mensen te sturen en te beïnvloeden in de richting van een bepaalde houding die de maatschappij ten goede moet komen. Een concreet voorbeeld hiervan is het eigendomsrecht. Het ontbreken van eigendomsrecht zal wellicht de kans op vernieling of diefstal van andermans eigendom verhogen.

2. Het concept efficiëntie

Efficiëntie is een kernconcept in de rechtseconomie dat gehanteerd wordt om te beoordelen in hoeverre rechtsregels al dan niet bijdragen tot een toename van de welvaart. Er is sprake van een toename van de welvaart indien het saldo van een kosten-batenanalyse van de beleidsmaatregel positief is. Met andere woorden, er wordt welvaart gecreëerd indien de baten de kosten van de beleidsmaatregel overstijgen.¹⁸⁴ Om de efficiëntie te bepalen worden doorgaans twee criteria gehanteerd: *Pareto-efficiëntie* en *Kaldor-Hicks-efficiëntie*.

Pareto-efficiëntie is het strengste van beide criteria, daar het vereist dat de welvaart toeneemt terwijl er niemand op achteruit gaat. Indien geen *Pareto-verbetering* meer mogelijk is, is het *Pareto-optimum* bereikt. Aangezien er volgens dit criterium geen verliezers zijn, is het criterium bijzonder aantrekkelijk. In de praktijk blijkt echter dat maar weinig situaties hieraan voldoen. In geval van een beleidsmaatregel zullen er namelijk steeds winnaars en verliezers zijn. Hierdoor is het *Pareto-criterium* nagenoeg onbruikbaar.¹⁸⁵

Kaldor-Hicks-efficiëntie daarentegen is een soepelere variant van *Pareto-efficiëntie*. Het vereist eveneens dat de welvaart toeneemt, maar vereist niet dat er geen verliezers zijn. Om aan dit criterium te voldoen moeten de baten dus nog steeds de kosten van de beleidsmaatregel overtreffen. Met andere woorden, de verliezers moeten minstens gecompenseerd worden door de winnaars, althans in theorie. Deze transactie hoeft in werkelijkheid niet plaats te vinden.

¹⁸² W.C.T. WETERINGS, *De economische analyse van het recht – Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007.

¹⁸³ W.C.T. WETERINGS, *De economische analyse van het recht – Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007.

¹⁸⁴ W.C.T. WETERINGS, *De economische analyse van het recht – Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007.

¹⁸⁵ Cooter and Ulen. *Law and economics*. Sixth edition. Addison-Wesley, 2012.

Het is voldoende te weten dat deze transactie zou kunnen plaatsvinden opdat de winnaars er nog steeds op vooruit zouden gaan. Bijgevolg is *Kaldor-Hicks-efficiëntie* een meer geschikt criterium om in de praktijk te hanteren.¹⁸⁶

Vanuit het standpunt van efficiëntie is het mogelijk dat het uitoefenen van eigendomsrechten leidt tot een welvaartsverlies voor anderen. Indien de maatschappij er meer op achteruit gaat dan de eigenaar erop vooruit gaat, dan is de schade veroorzaakt door de normadressaat hoger dan het welvaartsverlies door de overheidsmaatregel.

3. Maatschappelijke welvaart

Een centraal begrip in de rechtseconomie is maatschappelijk welvaart (i.e. de gezamenlijke welvaart of het totale nut van de individuen in de samenleving). In de economie is men namelijk niet enkel geïnteresseerd in het nut of de welvaart van afzonderlijke individuen, maar ook in het nut van de individuen gezamenlijk.¹⁸⁷ Welvaart is een kwalitatieve maatstaf. Het omvat niet enkel financiële middelen, maar in feite alles waar men waarde aan hecht. Welvaart wordt bijvoorbeeld bepaald door werkgelegenheid, maar ook door milieu- of dierenbescherming en het socialezekerheidsrecht. Omwille van de verscheidenheid van de verschillende aspecten van welvaart is het niet evident om de maatschappelijke welvaart op een objectieve wijze te bepalen, laat staan kwantificeren.¹⁸⁸

De individuele welvaart wordt bepaald door het recht, aangezien mensen een bepaald gedrag stellen door rechtsregels die hen prikkels geven. Aan de hand van o.a. schadevergoedingen, boetes en straffen beïnvloedt het recht individuen om een bepaald gedrag wel of niet te stellen. Individen zullen steeds kiezen voor die gedraging die hen de hoogste individuele welvaart oplevert.

Waar de rechtseconomie zich in verdiept, is bestuderen welke rechtsregels precies resulteren in een hogere en zelfs maximale maatschappelijke welvaart.¹⁸⁹

4. Eigendomsrecht in de rechtseconomie: algemeen

Wanneer er geen schaarste heerst en goederen in overvloed aanwezig zijn, is er in principe geen nood aan het bestaan van eigendomsrechten. Goederen zijn in de praktijk echter schaars waardoor er een spanning heerst tussen menselijke behoeften en middelen die beschikbaar gesteld moeten worden om aan die behoeften te voldoen.¹⁹⁰

Bijgevolg is er nood aan begrenzing van het gebruik van goederen, hetgeen zich ontwikkeld heeft tot het eigendomsrecht. In aanvulling op het bestaan van het eigendomsrecht bestaan er eveneens

¹⁸⁶ van Velthoven, Ben CJ, and Peter Willem Wijck. *Recht en efficiëntie: een inleiding in de economische analyse van het recht*. Kluwer, 2007.

¹⁸⁷ van Velthoven, Ben CJ, and Peter Willem Wijck. *Recht en efficiëntie: een inleiding in de economische analyse van het recht*. Kluwer, 2007.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ W.C.T. WETERINGS, *De economische analyse van het recht – Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007.

¹⁹⁰ *Ibid.*

beschermingsmechanismen om het eigendomsrecht af te dwingen en burgers te beschermen tegen andere burgers en ook tegen overheden.¹⁹¹ Op die manier kunnen gebruiksrechten worden toegekend aan een eigenaar waardoor deze het gebruik van zijn eigendom door anderen mag uitsluiten (i.e. exclusiviteit).¹⁹²

Coase zag eigendomsrechten als een bundel van rechten of, concreter, een verzameling van gebruiksrechten voor bepaalde goederen en diensten voorgeschreven door de overheid.¹⁹³ Deze visie zal verder in dit hoofdstuk in detail worden toegelicht.

Volgens de rechtseconomie kan eigendom op twee manieren beschermd worden: de eigendomsregel (*property rule*) en de aansprakelijkheidsregel (*liability rule*). Volgens de eigendomsregel mag geen enkel individu een inbreuk plegen op een eigendom van iemand anders zonder diens toestemming. De aansprakelijkheidsregel daarentegen voorziet een schadevergoeding voor een eigenaar in geval iemand een inbreuk pleegt op diens eigendomsrecht.¹⁹⁴

Eigendomsregels leiden aldus tot een *Pareto-efficiënte* situatie, aangezien eigendomsrechten enkel op vrijwillige basis kunnen worden getransfereerd tussen partijen. Aansprakelijkheidsregels daarentegen zorgen voor een *Kaldor-Hicks-efficiëntie*, omdat de partij van wie het eigendomsrecht wordt ingeperkt of ontnomen, hiervoor een compensatie ontvangt op voorwaarde dat de baten de kosten van de interventie overstijgen.

In geval de eigendomsregel van toepassing is, is er sprake van transactiekosten, aangezien men via een onderhandelingsproces een transfer van eigendomsrechten kan bewerkstelligen. De hoogte van deze transactiekosten hangt samen met het aantal partijen dat betrokken is bij de transactie. Bij de aansprakelijkheidsregel is onderhandelen niet vereist, maar zijn wel andere kosten betrokken zoals bijvoorbeeld proceskosten, maar ook een eventueel welvaartsverlies (indien de objectieve waarde van het eigendom lager ligt dan de subjectieve waarde). Bijgevolg zal men opteren voor de:

- aansprakelijkheidsregel indien: transactiekosten > proceskosten + welvaartsverlies;
- eigendomsregel indien: transactiekosten < proceskosten + welvaartsverlies.

In het geval van een onteigening (e.g. bij het aanleggen van een nieuwe weg) zijn de transactiekosten voor een vrijwillige verwerving aanzienlijk. De overheid zal namelijk met alle grondeigenaars moeten onderhandelen voor de aankoop van de betreffende eigendommen waarbij de eigenaars zich in een sterke positie bevinden en abnormaal hoge prijzen kunnen vragen (*holdout probleem*). In dit geval is het beter ervoor te kiezen om achteraf (*ex post*) een schadevergoeding te betalen voor de inbreuk op de eigendommen (i.e. schadevergoedingsregel).¹⁹⁵

¹⁹¹ W.C.T. WETERINGS, *De economische analyse van het recht – Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007.

¹⁹² van Velthoven, Ben CJ, and Peter Willem Wijck. *Recht en efficiëntie: een inleiding in de economische analyse van het recht*. Kluwer, 2007.

¹⁹³ Coase, R. *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, 2, 1960.

¹⁹⁴ Cooter and Ulen. *Law and economics*. Sixth edition. Addison-Wesley, 2012.

¹⁹⁵ W.C.T. WETERINGS, *De economische analyse van het recht – Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007.

De belangrijkste allocatieve functie van eigendomsrechten is het internaliseren van voordelige en schadelijke effecten. Het ontwikkelen van eigendomsrechten kan bijgevolg het beste verklaard worden door hun associatie met de opkomst van nieuwe voordelige en schadelijke effecten. Nieuwe kennis en technieken veroorzaken bijvoorbeeld voordelige en/of schadelijke effecten die nieuw zijn voor de maatschappij. De opkomst van nieuwe eigendomsrechten vindt bijgevolg plaats als antwoord op de wens van interacterende personen voor het aanpassen van nieuwe kosten-batenmogelijkheden. Met andere woorden, eigendomsrechten ontwikkelen zich om externaliteiten te internaliseren wanneer de baten van het internaliseren groter zijn dan de kosten van het internaliseren.

Een klassiek voorbeeld uit de rechtseconomie is de relatie tussen de ontwikkeling van private grondrechten en de ontwikkeling van de commerciële bonthandel onder Noordwest-Amerikaanse indianenvolkeren. Doordat er heel wat gejaagd werd, ontstonden er externaliteiten (i.e. een kleinere dierenpopulatie) voor de andere jagers waarmee jagers geen rekening hielden bij het bepalen van de omvang van hun eigen jacht. Omwille van een gebrek aan controle over de andere jagers kon er overbejaging ontstaan, aangezien niemand er baat bij had om te investeren in het verbeteren of behouden van de dierenpopulatie. Vóór de bonthandel was de jacht echter enkel bedoeld om in voedsel en vachten voor eigen gebruik te voorzien. Dit veroorzaakte eveneens externaliteiten, maar deze waren dermate klein dat het niet de moeite loonde om ze in rekening te brengen. De baten om deze externaliteiten te internaliseren waren in andere woorden kleiner dan de kosten van het internaliseren waardoor er ook nog geen sprake was van eigendomsrechten.

Door de opkomst van de bonthandel steeg de waarde van bont voor indianen echter aanzienlijk. De jachtactiviteiten namen sterk toe en bijgevolg ook de externaliteiten. Op dat moment werd het wel voordelig om de toenemende externaliteiten van de jacht te internaliseren. Het jachtterritorium werd daarom verdeeld met markeringen zodat elk indianenvolk de exclusiviteit verkreeg over een eigen stuk jachtgebied. Het systeem van eigendomsrechten veranderde bijgevolg waarbij rekening gehouden werd met de economische effecten die belangrijk werden door de bonthandel.

Eigendomsrechten ontstaan dus wanneer het voor diegene die te maken krijgen met externaliteiten economisch voordelig wordt om de baten en kosten van deze externaliteiten te internaliseren. Eveneens ontwikkelen eigendomsrechten zich om externaliteiten te internaliseren wanneer de baten van het internaliseren groter worden dan de kosten van het internaliseren.

5. De rol van eigendomsrechten

Een basisartikel aangaande de rechtseconomische analyse van eigendomsrechten is 'Toward a theory of property rights' van Demsetz uit 1967. In dit artikel bespreekt hij de economische onderbouwing

van het bestaan van en de noodzaak aan eigendomsrechten waarbij hij een onderscheid maakt tussen de rol en het ontstaan van eigendomsrechten.¹⁹⁶

Volgens hem betekent het hebben van eigendomsrechten dat de eigenaar ervan de toestemming heeft van de medemens of de maatschappij om zich op een bepaalde manier te gedragen. De eigenaar heeft met andere woorden het recht om aan zichzelf of aan anderen een voordeel te geven of schade toe te brengen. Het is als producent bijvoorbeeld toegestaan om schade toe te brengen aan concurrenten door het produceren van superieure goederen en diensten. Eigendomsrechten specificeren dus hoe een voordeel gegeven kan worden of hoe schade toegebracht kan worden. Bijgevolg vloeit hieruit voort dat eigendomsrechten ook bepalen wie aan wie zou moeten betalen om de acties van personen (en de daaruit voortvloeiende kosten en/of baten) te wijzigen. De hierboven vermelde concurrenten zouden bijvoorbeeld een bedrag kunnen betalen aan de producent zodat deze de superieure goederen en diensten niet zou produceren. Hieruit vloeit ook de nauwe relatie voort tussen eigendomsrechten en externaliteiten.

Demsetz beschouwt externaliteiten als externe kosten en externe baten, die zowel van financiële als niet-financiële aard kunnen zijn. Een externe kost (nadelig effect) of een externe baat (voordelig effect) wordt een externaliteit indien de kost om de externaliteit te laten dragen door één of meerdere interacterende personen te hoog is om het de moeite waard te maken om de externaliteit te internaliseren. Het internaliseren van externaliteiten is het proces, gewoonlijk een uitwisseling van eigendomsrechten, waarin mogelijk gemaakt wordt dat deze effecten gedragen worden door alle interacterende personen. De externaliteit zal bijvoorbeeld verdwijnen indien het bedrag dat de concurrenten aan de producent moeten betalen (en de daarmee gepaard gaande transactie), om te stoppen met de productie van superieure goederen en diensten, lager is dan de nadelige effecten van de productie die ze ervaren. Met andere woorden, een externaliteit blijft bestaan zolang de kosten van de transactie van eigendomsrechten tussen de partijen groter zijn dan de baten van het internaliseren van de externaliteit. De aanwezigheid van externaliteiten zal ertoe leiden dat eigendomsrechten zullen evolueren om deze externaliteiten te bestrijden. Hieruit volgt dat niet enkel de transfer van bestaande eigendomsrechten, maar ook het ontstaan van nieuwe eigendomsrechten het externaliteitenprobleem kan oplossen.

Een tweede basiswerk aangaande eigendomsrechten is 'On property and constitutionalism' van Sunstein uit 1991. Volgens Sunstein¹⁹⁷ is een goede grondwettelijke bescherming van eigendomsrechten gecombineerd met een onafhankelijk rechtssysteem een goede basis om investeringen en economische groei te stimuleren.

Hij vermeldt er wel bij dat de grondwet enkel een kader voorziet en dat het de taak is van de wetgever of de rechterlijke macht om een verdere verfijning van het eigendomsrecht te bewerkstelligen.

¹⁹⁶ Desmetz, H. Toward a theory of property rights. The American Economic Review, Vol. 57, No. 2, pp. 347-359, 1967.

¹⁹⁷ Sunstein, C., R. On property and constitutionalism, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 3, 1991.

Hij haalt vier belangrijke redenen aan waarom eigendomsrechten positief zijn voor economische welvaart:

First, the institutions of private property creates and takes advantage of the powerful human inclination to bring goods and services to oneself and to people one cares about. [...] In a system of private property, the gains from the use and cultivation of ownership rights accrue to a designated owner. A system without private property stifles incentives and thus induces both sloth and waste. These points, too, do not depend on especially cynical accounts of human nature. It is necessary only to glance briefly at history, past and present, and to acknowledge that human beings will frequently attempt to accumulate resources. Social institutions appealing to this inclination will increase social productivity.

Second, a system of private property performs a crucial coordinating function. It ensures that the multiple desires of hundreds, thousands, or millions of consumers will be reflected in market outcomes. In this way it protects against the perverse forms of scarcity produced by a command economy. Public officials cannot possibly know what and how much people will want in advance. Their decisions will thus create both too much and too little production. By contrast, a system of ownership rights signals people to devote their productive activity to places in which that activity is most valued. A command-and-control economy is far inferior in this regard. [...]

Third, the institution of private property solves, all at once, a serious collective action problem faced by people in any system without that institution. When property is unowned, no one has a sufficient incentive to use it to its full advantage or to protect it against exploitation. The creation of private property overcomes this problem. It ensures that externalities from use will be internalized by people who are producing either social harms or social benefits. The point can be made more vivid by a glance at the problem of environmental deterioration. [...] A system without private property can be understood as a massive version of this unfortunate state of affairs. If property is unowned, everyone has an incentive to exploit it, and no one has an incentive to use it to its full advantage. Activity levels will have no relationship to their actual social costs and benefits. Ownership rights overcome the difficulty. They operate like a well-functioning system of environmental law; they ensure that people have incentives to take account of both the benefits and the harms of what they do. This is an exceedingly important task for a constitutional democracy.

Finally, a system of private property creates the kind of stability and protection of expectations that are preconditions for investment and initiative, from both international and domestic sources. A company deciding whether to invest in a country will have a greater incentive to do so if it knows that its investment will be protected, and that government confiscation is prohibited by the government's basic law. A citizen who is seeking to begin a business will be far more likely to do so if he can operate against a secure and stable background, protected against the vicissitudes of government policy. In this way, too, economic development can be facilitated by property rights."

Kort samengevat stelt Sunstein:

6. Privaat eigendomsrecht past binnen de menselijke aard die nastreeft om goederen en diensten te accumuleren voor zichzelf of voor anderen waar men om geeft. Zonder dergelijke instituties moedigt men verspilling en luiheid aan.
7. Ze vervullen een belangrijke coördinatiefunctie aangezien ze het mogelijk maken dat de wensen van individuen worden omgezet in marktuitskomsten.
8. Ze zorgen ervoor dat men de volledige capaciteit van het eigendom gaat gebruiken en ze beschermen het eigendom tegen misbruik. Daarnaast zorgen ze dat externe effecten gelinkt aan het gebruik worden geïnternaliseerd.
9. Tot slot creëren ze stabiliteit en beschermen ze de verwachtingen die voortvloeien uit investeringen en eigen initiatieven. Men gaat enkel investeren als men weet dat de investering beschermd wordt, en dat een mogelijke onteigening door de overheid volgens de grondwet niet toegelaten is.

Volgens Sunstein zijn in een land waar eigendomsrechten niet bestaan, burgers op dagdagelijkse basis afhankelijk van de willekeur en wil van de overheid. De overheid gebruikt haar mogelijkheid tot onteigening als drukkingsmiddel om enige vorm van protest te ontmoedigen. Het recht op privaat eigendom is in dat opzicht een noodzakelijke basis voor democratie. De aanwezigheid van eigendomsrechten creëert op die manier een barrière voor situaties waarbij de overheid (of de meerderheid) uit eigenbelang wenst te handelen. Een hogere mate van stabiliteit is tevens nodig opdat burgers hun zaken kunnen plannen, om de effecten van belangengroepen op de overheid te verminderen, om investeringen te promoten en om de afbrokkeling van politieke processen tegen te gaan als gevolg van bepaalde gevoelige kwesties. Een systeem waarbij eigendomsrechten op regelmatige basis worden aangepast, zorgt voor onzekerheid en is schadelijk voor de economie. De aanwezigheid van eigendomsrechten zorgt ervoor dat een onteigening niet op willekeurige basis zal gebeuren of omwille van discriminerende of irrelevante redenen. Hierdoor is de overheid verplicht om de noodzaak van een onteigening met feiten te motiveren gecombineerd met een afweging van de kosten en baten van een dergelijke actie. Eigendomsrechten zorgen er tevens voor dat de mening van anderen gehoord wordt voordat men overgaat tot een onteigening. Daarnaast versterkt deze beperking de geloofwaardigheid van de overheid. Mensen voelen zich zelfverzekerd en vertrouwend als ze de kans krijgen om gehoord te worden voordat men overgaat tot een actie die hun belangen schaadt.

a. Eigendomsrecht als in rem of als bundel van rechten

In rem rechten (zakelijke rechten) zijn rechten geassocieerd met een eigendom, maar niet op basis van een persoonlijke relatie met dat eigendom. Ze creëren plichten van non-interventie voor alle personen in tegenstelling tot *in personam* rechten die enkel betrekking hebben op bepaalde partijen.

Hiertegenover staat de visie dat eigendomsrechten gezien worden als een bundel van rechten waarbij eigendom een label is dat toegevoegd wordt aan een verzameling van rechten en verplichtingen met betrekking tot bepaalde zaken.

De inhoud van deze bundel wordt collectief vastgelegd, voornamelijk door de overheid of via regelgeving. Deze visie belemmert het beeld van eigendomsrechten als *in rem* rechten. Eigendom wordt op die manier een uitgebreide catalogoog van *in personam* rechten, waarin wordt uitgezet wat een eigenaar wel en niet kan doen en gelijktijdig wat anderen wel en niet kunnen doen met betrekking tot bepaalde middelen, bepaald door wetgeving of processen (rechtszaken). De rechtenverplichtingen relatie verloopt niet langer tussen de eigenaar en de rest maar tussen de eigenaar en de overheid. Ook Coase zag eigendom niet als een *in rem* recht maar eerder als een bundel van rechten: *"The rights of a land-owned are not unlimited. It is not even always possible for him to remove the land to another place, for instance, by quarrying it. And although it may be possible from him to exclude some people from using "his" land, this may not be true of others... Furthermore, it may or may not be possible to erect certain types of buildings, to grow certain crops, or to use particular drainage systems on the land. This does not come about simply because of Government regulation. It would be equally true under the common law. In fact, it would be true under any system of law. A system in which the rights of individuals were unlimited would be one in which there were no rights to acquire."*

Merrill en Smith¹⁹⁸ halen een aantal punten aan voor waarom eigendomsrechten eerder een *in rem* recht zijn dan een verzameling van rechten. Ten eerste, heeft de "bundelvisie" tot doelstelling om de centrale rol van uitsluitingsrechten van de institutie, zijnde eigendom, te capteren. Omdat de eigenaar het recht heeft om de wereld uit te sluiten, neemt de eigenaar de rol op van poortwachter of manager van een bezit. Dit betekent onder andere dat de eigenaar een sterke incentive heeft om te investeren in en het ontwikkelen van het bezit omdat hij/zij de voordelen van deze handelingen als enige zal ontvangen. Binnen de context van de bundel van rechten wordt het recht op uitsluiting naar de achtergrond verdrongen als onderdeel van een waaier aan rechten en heeft het bijgevolg even veel belang als het belang om het eigendom te erven of om het eigendom te gebruiken voor bepaalde doeleinden.

Ten tweede faalt de "bundelvisie" erin om rekening te houden met de kostenbeperking verbonden aan informatie binnen het systeem van *in rem* rechten. De kosten om informatie m.b.t. de rechten en plichten over te brengen in een wereld die bestaat uit enkel *in personam* rechten, zijn significant. Elke persoon zou op de hoogte moeten zijn van alle rechten en plichten en zou ze ook moeten kunnen begrijpen.

De kosten voor het overbrengen van informatie van *in rem* rechten en plichten die van toepassing zijn voor iedereen zijn mogelijk nog groter. Dit leidt ertoe dat informatie over eigendom in simpele vormen moet worden uitgedrukt.

Voor sommige aspecten richt men zich dus tot een bepaalde mate van standaardisatie (e.g. niet betreden, niet aanraken, enz.). De "bundelvisie" verdoezelt de nood om met potentiële overtreders op massale schaal te communiceren en suggereert dat eigendomsrechten veel meer kneedbaar zijn dan dat we ze in de praktijk ervaren.

¹⁹⁸ Merrill, T., W. en Smith, H., E. Making Coasean Property More Coasean, Harvard Law School Discussion Paper No. 688, 2011.

Ten derde verwerp de *in rem* aard van eigendomsrechten één van de assumpties van Coase, zijnde dat het probleem van sociale kosten wederkerig is. Bijgevolg kan men niet spreken van één partij als veroorzaker van een externaliteit. Als men de *in rem* aard van eigendomsrechten erkent alsook het bestaan van lichamelijke integriteit, dan wordt het idee van wederkerige causaliteit onrealistisch.

In een wereld met transactiekosten helpen *in rem* rechten om te besparen op kosten m.b.t. het beschrijven, begrijpen en handhaven van deze rechten. In een wereld met transactiekosten zou men ook verwachten een bepaald niveau van standaardisatie van rechten terug te vinden net omdat men ernaar streeft om deze kosten zo laag mogelijk te houden. Dit wil uiteraard niet zeggen dat men alles moet standaardiseren aangezien er steeds een afweging nodig is tussen het verminderen van kosten door middel van standaardisatie en de nood aan flexibiliteit in hoe men rechten omschrijft en afbakt.

6. Het beschermen van eigendomsrechten

In het klassieke artikel 'Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the cathedral' vergelijken Calabresi en Melamed¹⁹⁹ de bescherming van rechtentoekenningen (*entitlements*) door eigendomsregels, aansprakelijkheidsregels en onoverdraagbare rechten.

Wanneer de belangen van twee of meerdere personen of groepen conflicteren moet de overheid beslissen welke kant ze zal kiezen. Bij gebrek aan een dergelijke beslissing zal de "sterkste of machtigste" namelijk winnen. Een fundamentele eigenschap van het recht is dus beslissen welke van conflicterende partijen zal "zegevieren". Eens deze beslissing genomen is moet deze keuze ook afgedwongen worden, waarbij een minimum aan overheidsoptreden altijd noodzakelijk is. Enerzijds moet beslist worden op welke wijze deze rechtentoekenningen beschermd worden en anderzijds of het aan een individu is toegestaan om deze rechtentoekenningen te verkopen. Deze rechtentoekenningen kunnen beschermd worden door eigendomsregels, aansprakelijkheidsregels of onoverdraagbare rechten, of een combinatie ervan.

a. Eigendomsregels

Eigendomsregels beschermen een rechtentoekening doordat iemand die het recht van de houder wilt verwijderen hiervoor een bedrag, overeengekomen met de verkoper, moet betalen in een vrijwillige transactie.

Bij eigendomsregels is overheidstussenkomst tot een minimum beperkt, aangezien de overheid wel beslist over de initiële rechtentoekening maar niet over de waarde van het recht. Aansprakelijkheidsregels beschermen een rechtentoekening doordat iemand die het recht van de

¹⁹⁹ Calabresi, G., en Melamed, A., D. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral, Faculty Scholarship Series, 1983.

houder wilt verwijderen hiervoor een objectief bepaalde waarde moet betalen aan de houder. De overheidstussenkomst bij deze beschermingsregels is uitgebreider, aangezien ze over de initiële rechtentoekenning beslist en ook over de waarde van het recht.

Een rechtentoekenning kan ook beschermd worden door de niet-overdraagbaarheid ervan, zodat een transfer van het recht niet mogelijk is tussen een koper en verkoper. De overheidstussenkomst bij deze beschermingsregel is maximaal, aangezien ze over de initiële rechtentoekenning beslist, het bedrag bepaalt dat betaald moet worden om het recht over te nemen of te verwijderen en ook de verkoop van het recht verbiedt onder bepaalde voorwaarden. De redenen voor het toekennen van een recht zijn: economische efficiëntie, verdelingsvoorkeuren en andere rechtvaardigheidsoverwegingen.

i) Efficiëntiedoelstellingen

De eenvoudigste reden voor het toekennen van een recht is het minimaliseren van de administratieve handhavingskosten. Efficiëntie is echter een breder begrip dan enkel het minimaliseren van administratieve kosten. In deze context betekent economische efficiëntie het kiezen van een set van rechten die leiden tot een allocatie van middelen die op geen enkele wijze verbeterd kan worden. Met andere woorden wil dit zeggen dat een verandering niet kan leiden tot een verbetering in de toestand van diegene die erop vooruitgaan zodat ze diegene die erop achteruitgaan kunnen compenseren en nog steeds beter af zijn dan ervoor. Dit wordt ook wel een *Pareto-optimale allocatie* genoemd.

De verdeling van welvaart speelt daarbij ook een belangrijke rol, aangezien een *Pareto-optimale allocatie* optimaal is voor een bepaalde verdeling van de welvaart. Hierdoor zullen andere verdelingen van welvaart ook elk hun eigen *Pareto-optimale allocatie* van middelen hebben. Bijgevolg zullen verdelingen van welvaart ook een invloed hebben op de keuze van toekenning van rechten door een maatschappij.

ii) Verdelingsdoelstellingen

Terwijl efficiëntie besproken kan worden aan de hand van een algemeen concept zoals *Pareto-efficiëntie*, is dit niet het geval voor de verdeling van welvaart. Hoewel het moeilijk is om verdelingsvoorkeuren te analyseren, spelen ze wel een cruciale rol in het toekennen van rechten. Een maatschappij met een perfecte verdeling van de welvaart is echter onmogelijk. Een maatschappij waarin alle mensen identiek zijn aan elkaar bestaat niet en een maatschappij waarin de verschillen in welvaart gecompenseerd worden die ontstaan door een bepaalde set van rechtentoekenningen is evenmin haalbaar.

Perfekte gelijkheid is dus een utopie, waardoor een maatschappij dus op basis van andere criteria moet kiezen welke rechten er toegekend worden.

Eenzijds kan een maatschappij ervoor kiezen om bepaalde rechten gratis toe te kennen en de uitoefening van de rechten te beperken door hiervoor te betalen, ter bescherming van diegene die geschaad worden door de gratis rechten. Anderzijds kan een maatschappij er ook voor kiezen om een recht toe te kennen mits betaling aan de overheid.

Indien de keuze van rechtentoekenning de algemene welvaartsverdeling beïnvloedt, dan beïnvloedt dit ook de kansen dat mensen zogenaamde *merit goods* verkrijgen, zoals onderwijs of vaccinaties. De rechten voor dergelijke goederen en diensten zijn onoverdraagbaar, hetgeen ook bereikt kan worden wanneer de transactiekosten verbonden aan het kopen of verkopen van rechten zeer hoog zijn.

iii) Andere rechtvaardigingsgronden

Naast efficiëntie en verdelingsdoelstellingen, bestaan er nog twee andere redenen waarop de keuze van rechtentoekenning gebaseerd kan worden: de relatieve waarde voor de voorstanders en tegenstanders van de gevolgen van een bepaald recht en de consistentie van de keuze met andere rechtentoekenningen. Beide redenen zijn echter volledig te herleiden tot een analyse van efficiëntie en verdelingsdoelstellingen. Rechtvaardigingsgronden hebben betrekking op efficiëntie en verdelingsvoorkeuren, maar ook op andere meer idiosyncratische voorkeuren.

b. De keuze tussen eigendomsregels en aansprakelijkheidsregels

Volgens Calabresi en Melamed hangt de keuze om eigendomsrechten te beschermen via eigendoms- of aansprakelijkheidsregels af van een aantal factoren. Vanuit economische efficiëntie is het zo dat wanneer de kost voor het bepalen van de waarde van een recht via onderhandeling zo hoog is, een overdracht niet spontaan tot stand zal komen, zelfs indien deze transactie voor iedereen positief zou zijn. Onteigening is een perfect voorbeeld waarbij aansprakelijkheidsregels beter van toepassing zijn. De voornaamste redenen hiervoor zijn het *holdout* en *freeloader* probleem, die een collectieve waardebepaling bemoeilijken. Bij een *holdout* zijn het de verkopers die hun recht of eigendom niet willen verkopen in de hoop er later een hogere prijs voor te krijgen. In het geval van *freeloaders*, gaan de kopers een lagere waardering vermelden in de hoop dat iemand anders een hogere waardering prijsgeeft indien men een recht of eigendom gemeenschappelijk wenst aan te kopen. In beide situaties hebben kopers en verkopers een incentive om hun werkelijke waardering te verbergen waardoor de markt faalt in het bepalen van een correcte waarde. Via aansprakelijkheidsregels wordt deze problematiek opgelost door het opleggen van een collectieve waardebepaling. Aan het gebruik van aansprakelijkheidsregels zijn ook nadelen verbonden. De subjectieve waarde van een recht of eigendom kan immers hoger liggen dan de objectieve waarde zonder dat er sprake is van een *holdout*. De belasting die wordt opgelegd om het *freeloaders* probleem op te lossen, kan ook een overschatting zijn van de werkelijke BTB van de genietter van een recht of eigendom.

Ongevallen is een ander domein waarbij men eerder kiest voor aansprakelijkheids- i.p.v. eigendomsregels. Indien alle slachtoffers over het eigendomsrecht zouden beschikken om niet

gekwetst te worden ten gevolge van een ongeval, dan zouden de potentiële daders moeten onderhandelen met alle potentiële slachtoffers om het recht te kopen om schade te mogen berokkenen, hetgeen een kostelijke zaak zou zijn. Indien onderhandelingen plaatsvinden na een ongeval is dat vaak zo omdat het alternatief een collectieve waardering van de schade is (hetgeen duurder kan uitvallen voor de dader). Hieruit kan men afleiden dat de keuze voor aansprakelijkheidsregels primeert boven de keuze voor eigendomsregels in situaties waarbij de marktwaardering van het recht als inefficiënt wordt geacht, de waardering niet beschikbaar is of de totstandkoming van de waardering te duur is in vergelijking met een collectieve waardering.

Daarnaast is economische efficiëntie niet de enige reden om voor aansprakelijkheidsregels te kiezen. Verdelingsaspecten spelen hierbij ook een belangrijke rol. Verdelingsdoelstellingen zijn kostelijk en moeilijk te bereiken, terwijl de collectieve waardering, eigen aan aansprakelijkheidsregels, zich er makkelijk toe leent om verdelingsdoelstellingen te promoten.

Indien transactiekosten de onderhandelingen tussen dader en slachtoffer niet belemmeren of waarbij we zeker zijn wie de kosten goedkoper kan vermijden is er geen reden om een opzettelijke onteigening toe te staan. Het toepassen van eigendomsregels in combinatie met mogelijke sancties is dan meer toepasselijk.

Volgens Cooter zal in situaties waarbij een externaliteit door het uitoefenen van het eigendomsrecht door één partij niet kan worden weggewerkt via een vrijwillige onderhandelingsprocedure, de overheid zelf ingrijpen om deze externaliteit te elimineren. De overheid kan hierbij kiezen om te onteigenen of het gebruik van het eigendom te beperken via regulering. Het belangrijkste verschil tussen beide systemen is dat men bij een onteigening een compensatie verwacht (aansprakelijkheidsregels) en bij een regulering vaak niet. Dit wetende heeft de overheid een incentive om te overreguleren aangezien ze de verliezers van regulering niet moet compenseren, hetgeen leidt tot een inefficiënt gebruik van schaarse middelen. Volgens Cooter²⁰⁰ is het zo dat indien de overheid wel zou moeten compenseren voor een overheidsinterventie (geen onteigening), en de private eigenaar volledig vrij is in het uitoefenen van zijn eigendomsrecht, hij/zij de incentive heeft om excessief risico te nemen door bijvoorbeeld het eigendom te verbeteren of erin te investeren aangezien hij/zij toch indifferent is voor toekomstige overheidsregulering. Aangezien een systeem van volledige compensatie buitensporige private investeringen aanmoedigt, zorgt het ontbreken van een dergelijk compensatiemechanisme in geval van overheidsregulering net voor een efficiënt gebruik van private middelen.

In hun paper²⁰¹ beschrijven Calabresi en Melamed vier regels op basis van degene aan wie de rechtentoekenning toekomt en welke regels men gebruikt om deze eigendomsrechten te beschermen:

²⁰⁰ Cooter, R., D. The strategic constitution, Princeton University Press, 1999.

²⁰¹ Calabresi, G., en Melamed, A., D. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral, Faculty Scholarship Series, 1983.

| Initiële toewijzing | Bevel/eigendomsregels | Schade/aansprakelijkheidsregels |
|---------------------|---|--|
| Slachtoffer | Regel 1 Dader mag geen schade berokkenen aan het slachtoffer tenzij het slachtoffer dit toestaat. | Regel 2 Dader mag schade (wordt gepercipieerd als overlast) berokkenen aan het slachtoffer maar enkel als de dader de schade zal vergoeden. |
| Dader | Regel 3 Schade wordt niet gezien als overlast en dader mag schade berokkenen aan het slachtoffer tenzij het slachtoffer de dader vergoedt om dit niet te doen. | Regel 4 Dader mag schade berokkenen tenzij slachtoffer de dader betaalt om te stoppen met de schadelijke activiteiten. |

Het uitgangspunt is dat bij regel 1 en 2 de initiële toewijzing van het eigendomsrecht toekomt aan het slachtoffer. Bij regel 1 mag de dader geen schade berokkenen aan het slachtoffer tenzij het slachtoffer dit toestaat, eventueel in ruil voor een compensatie. De keuze voor deze regel gebeurt vooral vanuit economische efficiëntie aangezien men hierbij verwacht dat de dader de schade goedkoper kan vermijden/verminderen dan het slachtoffer. Bij regel 2 is de dader vrij om schade te veroorzaken maar moet hij in ruil het slachtoffer hiervoor vergoeden. De redenering hierbij is dat men niet met zekerheid weet of de dader meer belang hecht aan het veroorzaken van schade (e.g. vervuilen) dan het belang dat het slachtoffer hecht aan vrijgesteld te worden van de schade. Bij regel 3 en 4 wordt de situatie omgedraaid en komt de initiële toewijzing van het eigendomsrecht toe aan de dader. Hieruit volgt dat in het geval van regel 3, de dader schade mag blijven veroorzaken en het slachtoffer dit enkel kan tegenhouden als hij het recht om de schade te veroorzaken overkoopt van de dader. Bij regel 4 mag de dader schade blijven berokkenen aan het slachtoffer tenzij het slachtoffer hem een compensatievergoeding betaalt om te stoppen met de schadelijke activiteit.

Het toepassen van regel 4 brengt een aantal praktische problemen met zich mee. Zelfs als het mogelijk zou zijn om de schade voor de dader te bepalen, is de verdeling van de betalingsplicht tussen meerdere slachtoffers problematisch. Dit is zeker het geval indien sommige slachtoffers er last van ondervinden en andere dan weer niet, hetgeen tot *freeloader*-gedrag kan leiden. In sommige situaties is het volgens Calabresi en Melamed echter logisch om regel 4 toe te passen.

Soms is het gemakkelijker om de schade die toekomt aan de dader te bepalen indien hij zou moeten stoppen met zijn activiteiten, dan de schade van zijn activiteiten op een grote groep slachtoffers in te schatten. Regel 4 is volgens hen ook de enige regel die zowel efficiëntie- als herverdelingsdoelstellingen kan bereiken, alsook gunstig is vanuit het rechtvaardigheidsprincipe.

Stel dat de dader de schade veroorzaakte voordat er slachtoffers aanwezig waren die schade ondervonden (en zich pas erna in de omgeving zijn gaan vestigen), is het logisch vanuit het rechtvaardigheidsprincipe dat de dader niet bestraft kan worden voor de schade die hij veroorzaakt.

Zowel Epstein²⁰² als Coater oordelen echter dat regel 4 geen enkele functie heeft in de rechtspraak wegens de perverse implicaties verbonden aan de logica en het destabiliserend effect dat de regel heeft op eigendomsrechten. Volgens Epstein kan men de toepassing van regel 4 doortrekken naar extreme situaties zoals wanneer een vrouw een man enkel zou kunnen tegenhouden van haar te verkrachten als ze hiervoor een vergoeding betaalt, hetgeen onmogelijk de bedoeling kan zijn. Het idee dat rechtbanken of de wetgever kan kiezen tussen de vier verschillende regels zorgt ervoor dat men eigendomsrechten kan definiëren en herdefiniëren wanneer dit nodig is, hetgeen resulteert in de grootste destabilisatie van eigendomsrechten die men zich kan voorstellen. Daarnaast, in lijn met regel 4, kan men moeilijk besluiten dat iemand het eigendomsrecht van iets bezit als men genoodzaakt is om het eigendomsrecht opnieuw "aan te kopen" om van het eigendom te kunnen genieten (betaling van slachtoffer aan dader). De redenering van Calabresi en Melamed dat men niemand kan bestraffen omdat hij op het moment dat hij met zijn handeling begon, niemand schade berokkende, wordt door Epstein tegengesproken door te argumenteren dat niemand het recht kan verkrijgen om onbepaald in de tijd schade te veroorzaken enkel en alleen omdat hij als eerste aanwezig was aangezien hij op die manier zijn omgeving gijzelt. Coater, in tegenstelling tot Coase²⁰³, is van mening dat oorzakelijkheid (via sociale normen) een centrale rol moet spelen bij de toekenning van wettelijke aansprakelijkheid in eigendomszaken. Wanneer een externaliteit een kleine groep eigenaars beïnvloedt, kijkt de wet niet naar de economische efficiëntie maar naar de sociale normen om het gedrag te controleren (wie schaadt wie). Bij de afwezigheid van dergelijke normen, kan een vrijwillige overeenkomst bereikt worden door de partijen met elkaar te laten onderhandelen. In dit geval faciliteren duidelijke rechten het onderhandelingsproces. Wanneer een externaliteit van toepassing is op een grote groep eigenaars, kan men echter geen gebruik maken van sociale normen. In dergelijke situaties kunnen de verschillende partijen niet met succes onderhandelen (publieke goederen) waardoor het gerecht de externaliteit moet corrigeren door het toekennen van schadevergoedingen. De rechtsstaat bepaalt in de praktijk zelf hoeveel partijen moeten participeren in een onderhandeling. Indien de slachtoffers de daders moeten betalen om de schade niet te veroorzaken, zal een groot deel van potentiële daders een betaling eisen van hun slachtoffers (ook al gaan ze nooit schade veroorzaken). Indien degene die de schade veroorzaakt enkel de slachtoffers moet vergoeden, dan maken enkel de slachtoffers en de werkelijke daders deel uit van de onderhandelingen. Het gewoonrecht lost deze asymmetrie tussen dader en slachtoffer op door gebruik te maken van sociale normen om het oorzakelijk verband te bepalen.

7. Kwaliteit van instituties en eigendomsrechten

²⁰² Epstein, R., A. A clear view of the cathedral: the dominance of property rules, 106 Yale Law Journal 2091, 1997.

²⁰³ Coase zijn uitgangspunt is dat het slachtoffer net zo veel schade aanricht als de dader, waardoor oorzakelijkheid niet leidt tot aansprakelijkheid.

In de voorgaande sectie werd reeds kort besproken dat de kwaliteit van instituties in een land (zoals mate van democratie, mate van politieke participatie, etc.) gelinkt zijn aan de mate van bescherming van eigendomsrechten in een land. In dit onderdeel wordt dit luik nog verder uitgediept.

Het meest belangrijke werk dat de link legt tussen de kwaliteit van instituties en de eigendomsrechten is zonder meer het boek van Acemoglu en Robinson. Gelet op de relevantie van het boek gaan we er iets dieper op in. Naast de juridische plicht van de overheid om grondrechten en basisvrijheden te beschermen, die gekoppeld is aan het concept van democratische vrijheidsstaat, kent de democratische staatsvorm nog andere grote voordelen, namelijk de mogelijkheid tot verhoging van economische welvaart en van sociaal welzijn, die in het kader van een rechterlijke toetsing van wetgeving steeds in het achterhoofd zouden moeten gehouden worden.

Acemoglu en Robinson stellen: *"De kern van onze theorie is dat er een nauw verband bestaat tussen inclusieve economische en politieke instituties en welvaart. Inclusieve economische instituties, die eigendomsrechten beschermen, voor een gelijk speelveld zorgen en investeringen in nieuwe technologieën en vaardigheden stimuleren, dragen meer bij aan economische groei dan extractieve economische instituties, die erop gericht zijn de massa uit te buiten ten bate van een kleine minderheid en die geen bescherming van eigendomsrechten bieden of economische activiteit stimuleren. Inclusieve economische instituties worden ondersteund door en ondersteunen op hun beurt weer inclusieve politieke instituties. Dat zijn instituties die zorgen voor een brede en pluralistische spreiding van de politieke macht en voor een bepaalde mate van politieke decentralisatie; hierdoor wordt het mogelijk rust en orde te brengen, de basis te leggen voor de bescherming van eigendomsrechten en een inclusieve markteconomie te creëren. Evenzo zijn extractieve economische instituties synergetisch gekoppeld aan extractieve politieke instituties, die de macht concentreren in de handen van kleine elites, die er daarom baat bij hebben deze extractieve economische instituties in stand te houden en nieuwe te ontwikkelen en de middelen die ze daarmee verkrijgen, te gebruiken om hun greep op de politieke macht te verstevigen."*²⁰⁴

Deze stelling vergt wel enige verduidelijking: *"Dat alles betekent niet dat extractieve economische en politieke instituties geen economische groei kunnen bewerkstelligen. Integendeel, elke elite wil niets liever dan zo veel mogelijk groei om zichzelf nog meer te kunnen verrijken. Extractieve instituties die een minimum aan politieke centralisatie tot stand hebben weten te brengen, zijn vaak in staat een zekere groei te genereren. Een belangrijk aspect van groei onder extractieve instituties is echter dat die niet blijvend is, en wel om twee belangrijke redenen. Ten eerste vereist economische groei innovatie, en innovatie gaat altijd gepaard met 'creatieve destructie', waarbij in het economische domein het oude door het nieuwe wordt vervangen en gevestigde politieke machtsverhoudingen gedestabiliseerd raken.*

Omdat de elites die de zeggenschap hebben over de extractieve instituties bang zijn voor creatieve destructie, zullen ze zich daartegen verzetten en zal alle groei onder extractieve instituties uiteindelijk van korte duur zijn. Ten tweede levert het zeggenschap over extractieve instituties de elite veel

²⁰⁴ Daron Acemoglu & James A. Robinson, *Waarom Sommige Landen Rijk Zijn En Anderen Arm*, Amsterdam, 2012, Uitgeverij Nieuw Amsterdam, p. 416-417.

voordelen op en daarom zullen veel groepen en individuen proberen zich van de politieke macht meester te maken. Daardoor zijn er in samenlevingen onder extractieve instituties sterke krachten werkzaam die politiek destabiliserend werken.”²⁰⁵ Met andere woorden, krijgen de hierboven beschreven *public choice*-krachten dus meer vrij spel binnen extractieve politieke instituties.

Ze leggen de onderliggende maatschappelijke processen als volgt uit: *“Elke maatschappij functioneert met een aantal economische en politieke regels die door de staat en de burgers gezamenlijk worden opgesteld en gehandhaafd. De economische instituties geven vorm aan economische prikkels: de motivatie om onderwijs te volgen, om te sparen en te investeren, om te innoveren en nieuwe technologieën toe te passen, enzovoort. Het is het politieke proces dat de economische instituties van een samenleving bepaalt, en het zijn de politieke instituties die bepalen hoe dit proces werkt. Het zijn bijvoorbeeld de politieke instituties van een land die bepalen in hoeverre burgers politici kunnen controleren en hun gedrag beïnvloeden. Dit bepaalt weer of politici belangenbehartigers zijn, zij het onvolmaakte, van de burgers, of dat ze de hun toevertrouwde of zich toegeëigende macht kunnen misbruiken om zichzelf te verrijken en hun eigen belangen na te jagen, die haaks staan op die van de burgers. Tot de politieke instituties behoren geschreven grondwetten en de al dan niet democratische staatsvorm, maar niet alleen dat. Ook de macht en het vermogen van de staat om de samenleving te reguleren en te besturen behoren ertoe. Bovendien moet er vanuit een breder perspectief gekeken worden naar de factoren die bepalen hoe de politieke macht binnen de samenleving is verdeeld, met name in hoeverre verschillende groepen gezamenlijk kunnen optreden om hun doelen te verwezenlijken of kunnen voorkomen dat andere mensen de hunne najagen. Door hun invloed op het gedrag en de prikkels in het dagelijkse leven, bepalen instituties het succes of het mislukken van naties. Individueel talent is op elk niveau van de samenleving van belang, maar zelfs dat heeft een institutioneel kader nodig om tot een positieve kracht uit te groeien.”*²⁰⁶

Vervolgens leggen beide auteurs het begrip inclusiviteit uit: *“Inclusieve economische instituties [...] zijn instituties die het mogelijk maken en bevorderen dat de meeste mensen overeenkomstig hun talenten en vaardigheden kunnen deelnemen aan economische activiteiten en dat ze hun eigen keuzes kunnen maken. Economische instituties zijn inclusief als er sprake is van bescherming van privé-eigendom, van een onpartijdig rechtssysteem en van publieke diensten die de mensen gelijke kansen geven op de commerciële en financiële markt en bij het afsluiten van contracten. Ook moeten nieuwe bedrijven zich op de markt kunnen begeven en moeten mensen hun eigen loopbaan kunnen kiezen. [...] Inclusieve economische instituties stimuleren de economische activiteit, de productiviteit en de economische welvaart. Bescherming van het eigendomsrecht is van wezenlijk belang, want alleen als dit is veilig gesteld, zal men bereid zijn te investeren en de productiviteit te verbeteren. Een zakenman die kan verwachten die hij al zijn verdiensten kwijtraakt, dat zijn zaak onteigend wordt of dat hij zo zwaar belast wordt dat hij niets meer overhoudt, zal niet erg gemotiveerd zijn om hard te werken, laat staan te investeren of innoveren. Daarom is het een vereiste dat de meerderheid van de mensen in de samenleving over dergelijke rechten beschikt. [...] Er kan alleen sprake zijn van*

²⁰⁵ Daron Acemoglu & James A. Robinson, o.c., p. 417.

²⁰⁶ Daron Acemoglu & James A. Robinson, o.c., p. 48-49.

*inclusieve economische instituties als eigendomsrechten gegarandeerd zijn en niet alleen de elite maar een brede laag van de samenleving economische kansen heeft.*²⁰⁷ *De 'evil twin' van inclusieve instituties zijn daarom de extractieve instellingen: "We noemen deze instituties, die qua kenmerken tegengesteld zijn aan inclusieve economische instituties, extractieve economische instituties. Extractief omdat dergelijke instituties tot doel hebben inkomsten en rijkdom aan een deel van de samenleving te onttrekken, om die aan een ander deel ten goede te laten komen.*²⁰⁸

Inclusieve instellingen vergen trouwens een actieve en sterke overheid en staan niet zomaar gelijk aan een *laissez-faire* beleid: *"De bescherming van eigendomsrechten, wetgeving, publieke diensten en de vrijheid om contracten af te sluiten en goederen te verhandelen zijn zaken waar de staat voor moet zorgen. De staat is het instituut dat dwingend regels kan stellen, diefstal en fraude tegengaan en toezien op de naleving van contracten tussen private partijen. Voor het goed functioneren van een samenleving zijn ook andere publieke diensten nodig: wegen en een transportnetwerk voor het vervoer van goederen, een publieke infrastructuur die een bloeiend economisch leven mogelijk maakt en basisregels om fraude en corruptie te voorkomen. Hoewel veel van deze publieke diensten door de markt en particulieren kunnen worden geleverd, is bij grootschaliger diensten de nodige coördinatie en daarom vaak een centrale autoriteit vereist. De staat is dus noodzakelijkerwijs vervlochten met de economische instituties, als handhaver van de openbare orde en beschermer van het privé-eigendom, als toezichthouder op het naleven van contracten en vaak als belangrijke aanbieder van publieke diensten. Inclusieve economische instituties hebben de staat nodig en maken er gebruik van.*²⁰⁹

De voordelen van inclusieve instituties zijn dan ook legio: *"Inclusieve economische instituties creëren inclusieve markten, die niet alleen mensen de vrijheid geven om het beroep of het leven te kiezen dat het best bij hun talenten past, maar ook iedereen de kans geven die keuze te verwezenlijken. Mensen met goede ideeën kunnen een bedrijf beginnen, werknemers kunnen werk zoeken waar ze beter kunnen presteren en minder efficiënte bedrijven kunnen door efficiëntere worden vervangen. [...] Inclusieve economische instituties maken ook de weg vrij voor twee andere motoren van welvaart: technologie en onderwijs. Aanhoudende economische groei gaat bijna altijd gepaard met technologische verbeteringen die de productiviteit van mensen (arbeid), land en bestaand kapitaal (gebouwen, machines, enzovoort) verhogen. [...] Een dergelijk innovatieproces wordt mogelijk gemaakt door economische instituties die privé-eigendom stimuleren, zorgen dat contracten worden nagekomen, gelijke kansen creëren en de komst van nieuwe bedrijven die nieuwe technieken kunnen ontwikkelen, stimuleren en faciliteren.*²¹⁰

Nu is het wel belangrijk om de verhouding tussen economische en politiek instituties nauwgezet te analyseren: *"Alle economische instituties worden door de politieke krachten van de samenleving gecreëerd. [...] Het is door middel van het politieke proces dat een samenleving de voor haar geldende regels kiest. Het zijn de politieke krachtsverhoudingen die de instituties bepalen. Zo zijn*

²⁰⁷ Daron Acemoglu & James A. Robinson, o.c., p. 79-80.

²⁰⁸ Daron Acemoglu & James A. Robinson, o.c., p. 80.

²⁰⁹ Daron Acemoglu & James A. Robinson, o.c., p. 80-81.

²¹⁰ Daron Acemoglu & James A. Robinson, o.c., p. 81-82.

inclusieve instituties misschien goed voor de economische welvaart van een land als geheel, maar zullen sommige mensen of groepen [...] veel beter af zijn als ze extractieve instituties opzetten. Bij conflicten over instituties hangt de uitkomst af van welke bevolkingsgroep uiteindelijk het politieke spel wint, wie erin slaagt meer steun te krijgen, extra middelen te verwerven of effectievere allianties te vormen. Kortom, wie er wint is afhankelijk van hoe de politieke macht in de samenleving is verdeeld."²¹¹

De reden voor dit allesbepalend belang van politieke instituties is de volgende: "De politieke instituties van een samenleving bepalen voor een belangrijk deel de uitkomst van dit politieke spel. Zij bepalen hoe de regering wordt gekozen en hoever haar bevoegdheden reiken. Politieke instituties bepalen wie de macht in de samenleving heeft en voor welke doelen die macht kan worden gebruikt. Als de macht onder een kleine groep verdeeld is en onbeperkt, noemen we de politieke instituties absolutistisch. [...] Daartegenover staan de politieke instituties die de macht breed over de samenleving verdelen en er beperkingen aan stellen, instituties die we pluralistisch noemen. Hier wordt de politieke macht niet door één enkele persoon of een beperkte groep uitgeoefend, maar berust hij bij een brede coalitie of meerdere groeperingen. [...] De politieke instituties die voldoende gedecentraliseerd en pluralistisch zijn, zullen we inclusieve politieke instituties noemen. Wanneer een van deze beide voorwaarden ontbreekt, zullen we ze extractieve politieke instituties noemen."²¹²

Dit heeft belangrijke gevolgen voor de welvaartscreatie en -verdeling binnen een land: "Er bestaat een sterke synergie tussen economische en politieke instituties. Extractieve politieke instituties concentreren de macht in de handen van een kleine elite en leggen de uitoefening van deze macht weinig beperkingen op. Deze elite richt de economische instituties dan vaak zo in dat zij middelen kunnen onttrekken aan de rest van de samenleving. Extractieve economische instituties zijn dan ook een logisch voortvloeisel van extractieve politieke instituties. Ze zijn voor hun voortbestaan in feite afhankelijk van extractieve politieke instituties. Inclusieve politieke instituties, die de macht breed spreiden, maken vaak een eind aan economische instituties die de meerderheid van de bevolking uitbuiten, barrières opwerpen voor economische activiteiten en het functioneren van de markt tegenwerken zodat slechts enkelen ervan profiteren."²¹³

Zo blijken extractieve politieke instituties niet te kunnen samengaan met extractieve economische instituties: "Door dit synergetisch verband tussen extractieve economische en politieke instituties bestaat er een sterke wisselwerking tussen beide: extractieve politieke instituties maken het de elites die de politieke macht hebben mogelijk economische instituties te kiezen die hen weinig beperkingen opleggen en hen niet tegenwerken. Bovendien stellen ze de elites in staat nieuwe politieke instituties te ontwerpen en hun ontwikkeling te sturen.

Extractieve economische instituties verrijken op hun beurt weer diezelfde elites en dankzij hun economische rijkdom en macht kunnen die hun politieke macht consolideren. [...] Van de middelen die deze economische instituties genereerden konden deze elites legers en ordetroepen opbouwen om hun absolutistische politieke machtsmonopolie te verdedigen. Hieruit blijkt duidelijk dat

²¹¹ Daron Acemoglu & James A. Robinson, o.c., p. 84.

²¹² Daron Acemoglu & James A. Robinson, o.c., p. 85.

²¹³ Daron Acemoglu & James A. Robinson, o.c., p. 86.

*extractieve politieke en economische instituties elkaar steunen en in leven houden. De synergie tussen extractieve economische en politieke instituties heeft ook nog een ander aspect. Wanneer de macht van heersende elites met succes door nieuwkomers wordt betwist, leggen de extractieve politieke instituties ook de nieuwkomers weinig beperkingen in de weg. Daardoor zullen die geneigd zijn deze politieke instituties in stand te houden en soortgelijke economische instituties te creëren [...]."*²¹⁴

Dit geldt ook voor inclusieve instituties: *"Inclusieve economische instituties zijn op hun beurt een voortvloeiende van inclusieve politieke instituties, die zorgen voor een brede spreiding van de macht en willekeurige machtsuitoefening beperken. Dergelijke politieke instituties maken het ook anderen moeilijker zich macht toe te eigenen en de fundamenteën van de inclusieve instituties aan te tasten. De politieke machthebbers kunnen hun macht niet gemakkelijk aanwenden voor het opzetten van extractieve economische instituties voor hun eigen gewin. Inclusieve economische instituties zorgen op hun beurt voor een rechtvaardiger verdeling van de middelen en maken daardoor inclusieve politieke instituties stabielere."*²¹⁵

Maar hoe krijgen deze instituties hun eigen aard? Beide auteurs proberen hierop een antwoord te vinden: *"Politieke en economische instituties worden uiteindelijk gevormd op grond van keuzes die een samenleving maakt. Ze kunnen inclusief zijn en economische groei stimuleren, of ze kunnen extractief zijn en een enorme belemmering vormen voor economische groei. Landen zijn arm als ze door extractieve politieke instituties gesteunde extractieve economische instituties hebben, die economische groei belemmeren of zelfs blokkeren. Daarom is het bovenal van belang te kijken waarom er voor bepaalde instituties wordt gekozen, welke politieke keuzes daaraan ten grondslag liggen, willen we de vraag waarom sommige landen rijk zijn en andere arm, kunnen beantwoorden. We moeten begrijpen waarom het politieke proces in sommige samenlevingen leidde tot inclusieve instituties die economische groei bevorderen, terwijl dit door de tijden heen in verreweg de meeste samenlevingen heeft geleid en ook nu nog leidt tot extractieve instituties die economische groei belemmeren. Je zou toch veronderstellen dat iedereen belang heeft bij het creëren van economische instituties die welvaart brengen. Zou elke burger, elke politicus en zelfs een roofzuchtige dictator zijn land niet zo rijk mogelijk willen maken? [...]. Helaas voor de burgers van veel landen in de wereld is het antwoord nee. Economische instituties die prikkels voor economische vooruitgang creëren kunnen tegelijkertijd de inkomens en de macht zodanig herverdelen dat een roofzuchtige dictator en andere politieke machthebbers slechter af zijn."*²¹⁶

Het draait dus allemaal rond de vraag wie wint en wie verliest: *"Het fundamentele verschil is dat geschillen en conflicten over economische instituties niet te vermijden zijn. Verschillende instituties hebben verschillende gevolgen voor de welvaart van een natie, voor hoe die welvaart is verdeeld en voor wie de macht heeft. De economische groei waar instituties voor kunnen zorgen, levert zowel winnaars als verliezers op. [...]. Economische groei en technologische veranderingen gaan gepaard met wat de grote econoom Joseph Schumpeter 'creatieve destructie' noemde. Zij vervangen het*

²¹⁴ Daron Acemoglu & James A. Robinson, o.c., p. 86.

²¹⁵ Daron Acemoglu & James A. Robinson, o.c., p. 87.

²¹⁶ Daron Acemoglu & James A. Robinson, o.c., p. 88-89.

*oude door iets nieuws. Nieuwe sectoren onttrekken middelen aan oude bedrijfstakken. Nieuwe ondernemingen nemen bedrijvigheid over van gevestigde ondernemingen. Door nieuwe technologieën raken bestaande vakkennis en machines verouderd. Economische groei en de inclusieve instituties die dit moeilijk maken leveren op het politieke en economische vlak zowel winnaars als verliezers op. Angst voor creatieve destructie is vaak de achterliggende reden van verzet tegen inclusieve economische en politieke instituties.*²¹⁷

Deze angst om te verliezen zal tot slot leiden tot een verstrakking van de extractieve aard van de politieke instituties: *"De redenen waarom machthebbers niet per se voorstander zijn van economische instituties die economisch succes bevorderen, gelden net zo goed ten aanzien van de keuze van politieke instituties. In een absolutistische staat heeft een elite de macht om economische instituties op te zetten die zij verkiezen. Hebben ze belang bij meer pluralistische politieke instituties? In het algemeen zal hun politieke macht daardoor alleen maar aangetast worden en zal het voor hen moeilijker of wellicht onmogelijk worden de economische instituties naar hun hand te zetten. Ook hier doet zich een situatie voor die gemakkelijk tot conflicten kan leiden. Slachtoffers van extractieve economische instituties hoeven er niet op te rekenen dat absolutistische heersers vrijwillig politieke instituties veranderen en de macht in de samenleving herverdelen. Alleen onder dwang zal de elite bereid zijn ze om te vormen tot meer pluralistische instituties.*²¹⁸ Dit brengt ons tot de conclusie dat alleen een democratie *sensu lato*, door zijn bescherming van de algemene grondrechten en basisvrijheden en door zijn algemeen herverdelend karakter, kan leiden tot inclusieve instituties, terwijl een democratie *sensu strictu* met zijn potentiële *rent seeking* op basis van gewone meerderheidsbeslissingen steeds het risico in zich draagt extractief te zijn of te worden.

Niet alleen Acemoglu en Robinson komen tot deze conclusies, ook andere toonaangevende auteurs komen tot gelijkaardige conclusies. Dit onderdeel zal belangrijk worden voor de uitwerking van de nadeelcompensatie. Daarom geven we hieronder nog kort enkele citaten van Sunstein's basiswerk²¹⁹ en drie recente artikelen aan die gelijkaardige inzichten opleveren.

Sunstein stelt in zijn basiswerk:

"The connection between property and prosperity may be reasonably well understood; but the right to private property has not always been considered a precondition for democracy. On the contrary, private property has frequently been thought an obstacle to democracy, and for this reason highly objectionable, or perhaps at best an institution necessary for economic growth and therefore to be reluctantly accepted, despite its corrosive effects on the democratic process. There is indeed some tension between a system of property rights and a system of democracy. If property rights are secure, there is a firm limit on what the democratic process is entitled to do. In this sense the tension is a real and enduring one. Notably, markets impose conspicuous short-term costs – unemployment and inflation – and in the emerging Eastern European democracies, there will probably be a

²¹⁷ Daron Acemoglu & James A. Robinson, o.c., p. 89.

²¹⁸ Daron Acemoglu & James A. Robinson, o.c., p. 91.

²¹⁹ Sunstein, C., R. On property and constitutionalism, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 3, 1991.

continuous temptation to slow down the transition to markets or perhaps to reject the transition altogether. For this reason the simultaneous transition to democracy and to economic markets – without the protection of constitutionalism – will be exceptionally difficult.”

“In important respects, however, it is quite plausible to think that the right to a stable system of property rights – one with which the state will interfere only occasionally or in a limited way, with a provision for compensation – is actually necessary to democracy and not opposed to it at all.

The most fundamental point about the relationship between property and democracy is that a right to own private property has an important salutary effect on the citizens’ relationship with the state and – equally important – on their understanding of that relationship. Because of this effect, it can be seen as a necessary precondition for the status of citizenship. Personal security and personal independence from the government are guaranteed in a system in which rights from the government are guaranteed in a system in which rights of ownership are protected through public institutions.”

“In this sense, the ownership of private property is closely associated with the rule of law. Both of these create a realm of private autonomy in which the citizenry can operate without fear of public intrusion. That realm is indispensable to the public sphere itself. Only people with a degree of security from the state are able to participate without fear, and with independence, in democratic deliberations. In this sense, a sharp, legally-produced distinction between the private and the public can usefully serve the public sphere. Contrary to a conventional understanding, it need not harm it at all.”

In zijn paper ‘Inequality, democracy and the protection of property rights’²²⁰ onderzoekt Gradstein de opkomst van de bescherming van eigendomsrechten als het resultaat van politieke uitkomsten. De steun voor dergelijke bescherming is groter, hoe gelijkjer de inkomensverdeling en hoe lager de politieke bias is.

De politiek invloedrijke elite kan ervoor kiezen om haar macht af te staan ten voordele van democratisering opdat toekomstige beleidsmakers zich ertoe verbinden om eigendomsrechten te beschermen. Op die manier kan de elite profiteren van investeringen en de hieruit voortvloeiende economische groei. Een sterke bescherming van eigendomsrechten zorgt er immers voor dat men kan profiteren van de vruchten van de investeringen zonder dat men moet vrezen om onteigend te worden en alles te verliezen.

Het tot stand komen van democratisering hangt echter af van een aantal condities waaraan moet worden voldaan: een lage inkomensongelijkheid én een economie die productief genoeg is om te zorgen voor een inkomensgroei bij het arme deel van de bevolking. Democratisering zal dan zorgen voor een bescherming van eigendomsrechten, voor een nog lagere inkomensongelijkheid en een snellere economische groei. Indien aan deze begincondities niet wordt voldaan, zal de rijke elite over

²²⁰ Gradstein M. - Inequality, democracy and the protection of property rights, Economic Journal, volume 117 (516) 2007.

de economie blijven regeren. *Rent seeking* zal blijven zegevieren, hetgeen resulteert in een trage economische groei en een stijgende inkomensongelijkheid.

Volgens Sonin²²¹ zijn er twee mogelijkheden indien de overheid economische agenten niet beschermt tegen onwettelijke onteigening: het eigendom kan beschermd worden door te zoeken naar oplossingen via een privaat systeem (veiligheidsfirma's of investeren in corrupte relaties met politici) of men kan opteren voor een publieke bescherming van private eigendomsrechten door het politieke proces te bespelen (stemmen voor bepaalde kandidaten).

In ontwikkelingslanden en overgangseconomieën kiest men meestal voor het eerste omdat de tweede optie vaak niet beschikbaar is. Omwille van schaalvoordelen op vlak van private bescherming, beschikken de rijke economische agenten over een significant voordeel ten opzichte van de arme economische agenten. Daarnaast, zullen rijke economische agenten zich verzetten tegen elke mogelijke versterking van de publieke bescherming van eigendomsrechten aangezien ze bij een zwakke bescherming over het vermogen beschikken om te profiteren van een ongelijke verdeling van middelen.

Economische agenten tonen hun voorkeur via allerlei politieke mechanismen waarbij van rijke agenten wordt verwacht dat ze een voorkeur hebben voor een volledige bescherming van eigendomsrechten. Het is echter zo dat in veel landen, rijke agenten de voornaamste begunstigen zijn van een zwakke bescherming van eigendomsrechten, hetgeen hen toelaat om te profiteren van herverdelingsactiviteiten of van niet-productieve activiteiten zoals *rent seeking*.

Een zwakke bescherming van eigendomsrechten heeft drie belangrijke negatieve gevolgen voor economische groei. Ten eerste, zorgt private bescherming van eigendomsrechten tot verlies van schaarse middelen aangezien het om onproductieve activiteiten gaat.

Ten tweede, zorgt het gevaar voor onteigening voor een verstoring van het economisch klimaat, en leidt het tot suboptimale kapitalisatie en productie. Tot slot, worden *rent seeking* activiteiten en een inadequate publieke bescherming van eigendomsrechten geassocieerd met een substantiële inkomensongelijkheid.

De conclusie is dat agenten zonder politieke macht, een substantiële hoeveelheid middelen moeten investeren in de bescherming van hun productiekapitaal om te kunnen profiteren van de vruchten van hun inspanningen, hetgeen de aantrekkelijkheid om te produceren vermindert. Met andere woorden, de betwistbaarheid van eigendomsrechten vermindert de incentive om te investeren en om kapitaal te accumuleren. In theorie, is een verbetering van de bescherming van eigendomsrechten en een daling van *rent seeking* activiteiten een vereiste voor economische groei. In de praktijk echter is het vaak zo dat een verbetering van die rechten enkel zal optreden als het in het belang is van de meerderheid die inspraak heeft in het beleid.

221 Sonin, K., Why the rich may favor poor protection of property rights?, Journal of Comparative Economics, volume 31 (4), 2003.

Guriev en Sonin stellen dat in een economie met zwakke economische en politieke instituties, belangrijke institutionele keuzes strategisch worden genomen door oligarchen en dictatoren.²²²

Bij de keuze van hoe men eigendomsrechten moet afdwingen, moet een belangrijke afweging worden gemaakt. Aan de ene kant is het belangrijk om een sterke overheid te hebben die het private eigendom van economische agenten beschermt tegen onderlinge *rent seeking* activiteiten. Aan de andere kant kan een sterke overheid zich ook gedragen als een Leviathan en zelf eigendom van private economische agenten onteigenen. Oligarchen hebben er belang bij om een overheid op te richten waarbij ze beschermd worden van *rent seeking* activiteiten van anderen en waarbij hun coördinatieprobleem opgelost geraakt. Hierbij kunnen ze kiezen om een zwakke of sterke dictator aan de macht te helpen.

Een zwakke dictator kan een oligarch niet onteigenen maar kan het *rent seeking* probleem ook niet oplossen. Mocht een zwakke dictator *rent seeking* willen bestrijden dan dreigt hij opzij gezet te worden door de oligarchen. Bij een sterke dictator lossen de oligarchen het probleem zelf op: de beslissing van de dictator wordt beschermd door het onvermogen van de oligarchen om samen te werken. Bijgevolg, kan een sterke dictator *rent seeking* onder bedwang houden maar zal hij met sommige oligarchen samenwerken om anderen te onteigenen. Hierdoor zullen oligarchen eerder kiezen voor een zwakke dictator ook al is hij niet in staat om eigendomsrechten af te dwingen.

Eens een sterke dictator aan de macht komt, is het niet meer mogelijk om hem/haar af te zetten, zelfs als de oligarchen beter af zijn met een zwakke dictator. De sterke dictator kan een verdeel-en-heers strategie toepassen om misbruik te maken van het gebrek aan coördinatie dat hij/zij in de eerste plaats moest oplossen. Hieruit volgt weer dat het aanduiden van een sterke dictator een minder aantrekkelijke keuze is voor de oligarchen.

a. Sluier van onwetendheid en onzekerheid

Een ander belangrijk werk is dat van Rawls en zijn theorie van de veil of ignorance (de sluier van onwetendheid). Deze theorie gaat ervan uit dat niemand zijn plek, zijn sociale positie of zijn sociale status, in de samenleving kent, noch op de hoogte is van zijn kans bij de herverdeling van grondstoffen, vaardigheden, intelligentie, sterktes, enz. ...

In Rawls' visie hebben alle actoren een extreme aversie voor risico's en lange termijn effecten. Aangezien mensen geen kennis en informatie hebben over elkaar zullen ze voor eerlijke en rechtvaardige regels kiezen zonder vooringenomenheid en eigenbelang. Men gaat beslissingen nemen op basis van morele overwegingen aangezien men geen keuzes kan maken op basis van eigen zelfinteresses. Rawls zijn sluier werkt enkel als een samenleving uit actoren bestaat die het imperatief volgen om te vergeten van wie ze zijn en met opzet door een sluier van onwetendheid wandelen. Twee beginselen vullen Rawls sluier van onwetendheid aan: het vrijheidsbeginsel en het

222 Guvriev S. en Sonin K., Dictators and oligarchs: A dynamic theory of contested property rights, Journal of Public Economics, volume 93 (1-2), 2009.

beginsel van verschillen. Volgens het vrijheidsbeginsel, zou het sociaal contract verzekeren dat iedereen van de maximale mogelijke vrijheid geniet zonder de vrijheid van anderen te belemmeren. Volgens het beginsel van verschillen, moet het sociaal contract garanderen dat iedereen een gelijke kans heeft om te gedijen.

Volgens Rawls is er een bepaalde volgorde waarop keuzes worden gemaakt. Eerst kiezen de actoren achter de sluier om een keuze te maken over de eerste beginselen van rechtvaardigheid hetgeen alle daaropvolgende kritiek op en hervormingen van instituties moet reguleren. In de daaropvolgende stap wordt een keuze gemaakt over de grondwet en in een daaropvolgende stap over de wetgeving, enz. Zo worden de instituties in een maatschappij stap voor stap verder uitgebouwd door de actoren achter de sluier.

Een andere versie van deze theorie is ontwikkeld door James Buchanan (de sluier van onzekerheid). Zijn versie van de sluier impliceert dat actoren goed op de hoogte zijn van wie ze vandaag zijn, maar onzeker zijn over hun toekomstige positie. Een unaniem akkoord over grondwettelijke regels zal enkel tot stand komen indien de toekomst voldoende onzekerheden bevat. Hoe langer de verwachte termijn dat de regels van kracht zullen zijn, hoe hoger de kans dat ze tot stand komen. Hoe dikker de sluier van onzekerheid, hoe hoger de kans dat men tot een overeenkomst komt.

Een essentiële dimensie hierbij is die van veralgemeenbaarheid en duurzaamheid van regel. Hoe algemener de regels en hoe langer de periode over welke men verwacht dat ze een impact hebben, hoe minder zeker individuen zijn over de manieren waarop alternatieve regels hen zullen beïnvloeden.

De variabelen die de dikte van de sluier beïnvloeden, kunnen tot een zeker mate worden gemanipuleerd, en rationele actoren kunnen opzettelijk maatregelen nemen die ervoor zorgen dat men zichzelf achter een dikkere sluier plaatst, waardoor men vooruitzichten over potentiële voordelen van constitutionele akkoorden voor zichzelf capteert.

Buchanan gaat ervan uit dat de mogelijkheid bestaat dat actoren bij de keuze van een nieuwe grondwet met opzet ervoor kiezen om de mate van onzekerheid te verhogen zodat de kansen om tot een unaniem akkoord te komen, worden vergroot. Volgens Hume is het echter zo dat als de algemene onzekerheid hoog is, actoren ernaar zullen streven die onzekerheid te verminderen om beter verwachtingen op te bouwen m.b.t. de toekomst.

8. Unanimous consent

Hierbij samenhangend is de vraag hoeveel overeenstemming er moet zijn in een maatschappij. Buchanan en Tullock²²³ focussen zich op de vraag of de kosten verbonden aan de totstandkoming van een volledig unanimiteit voldoende hoog zijn om het gebruik van een relatieve unanimiteit te rechtvaardigen. Onder unanimiteit wordt verwacht dat de externe kosten volledige worden geïnternaliseerd aangezien een unanieme instemming niet kan gebeuren bij de afwezigheid van een

²²³ Buchanan, J. M. en Tullock, G. The calculus of consent, Vol. 3, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.

compensatie. Buiten de situatie van unanimiteit gaat men ervan uit dat externe kosten inherent deel uitmaken van het collectief besluitvormingsproces. De beslissingskosten daarentegen kunnen hoog oplopen. Indien een collectief besluit enkel een kleine meerderheid nodig heeft, worden organisatie- of beslissingskosten laag gehouden. Deze situatie verhoogt echter de kans dat externe kosten gedragen zullen worden door de meerderheid die geen baat heeft bij deze beslissing.

In situaties waarbij de externe kosten mogelijks hoger zijn dan de beslissingskosten (zoals in het geval van eigendomsrechten), zal de constitutionele keuze de voorkeur geven aan een relatieve unanimiteit (dit hoeft niet letterlijk unanimiteit te zijn maar kan ook 90% zijn). Voor andere problemen waarbij er minder externe kosten optreden, zijn minder grote meerderheden voldoende. Hieruit kan men ook concluderen dat indien de kosten van besluitvorming verwaarloosbaar zijn, een rationeel individu altijd de voorwaarde van een unanieme instemming zal steunen. Volgens Buchanan (1968) is het zo dat zo lang een individu op voorhand weet dat zijn/haar persoonlijke stem, een voorstel niet kan blokkeren, hij/zij niet gemotiveerd zal worden om anderen uit te buiten voor zijn/haar eigen persoonlijk voordeel. Indien een voorstel wordt aangeboden dat voordelig is voor hem, hij/zij geneigd zal zijn het voorstel te accepteren, zelfs indien onder volledige unanimiteit hij/zij eerder geneigd zou zijn om het voorstel te blokkeren of te weigeren. Onder relatieve unanimiteit, bestaat de kans dat een groep individuen, onstrategisch gedrag zou vertonen om tot een collectieve beslissing te komen.

AFDELING 4. RECHTSECONOMISCHE ONDERBOUWING VAN HET SYSTEEM VAN NADEELCOMPENSATIE

1. Rechtseconomische benaderingen van nadeelcompensatie

a. Een eenvoudige contractenbenadering van nadeelcompensatie

Er zijn auteurs die de 'regulatory takings' zien als een uitbreiding van de contractentheorie binnen de rechtseconomie. Ook al spreekt men in het kader van het gelijkheidsbeginsel voor de openbare lasten van burgers niet expliciet van een contractuele overeenkomst, zullen deze auteurs hier toch impliciet van uitgaan. Door de erkenning van het gelijkheidsbeginsel voor de openbare lasten van burgers in de wetgeving ontstaat er namelijk impliciet een contract tussen de overheid en de burgers en bedrijven (bvb. de vrijheid op ondernemen zoals die door Locke is vooropgesteld). Deze contractuele overeenkomst ontstaat op het moment van de aankoop (of verwerving) van de eigendom door de burgers.

Uit een strikte enge benadering van het gelijkheidsbeginsel voor de openbare lasten van burgers zou dan voortvloeien dat de overheid de eigendomsrechten van burgers niet mag beperken (door een beleidsmaatregel). Volgens deze zienswijze belooft de overheid in het 'impliciete' contract aan de burgers dat hun eigendomsrechten niet beperkt zullen worden door beleidsmaatregelen. Uiteraard is dit een hypothetisch (en zelfs fictief) contract en niet bestaande. Dit zou inhouden dat de overheid

geen nieuw beleid kan ontwikkelen en moet met de nodige voorzichtigheid geïnterpreteerd worden.²²⁴

In deze contractuele overeenkomst is de overheid bijgevolg de partij die de verbintenis aangaat een tegenprestatie te leveren aan de andere partij, i.e. de burgers. De burgers zijn de partij die de verbintenis aangaan een tegenprestatie te ontvangen van de andere partij, i.e. de overheid.

De tegenprestatie is in dit geval het niet beperken van de eigendomsrechten van burgers door een overheidsmaatregel.

Mogelijke uitkomsten van een contractuele verbintenis

Het gelijkheidsbeginsel voor de openbare lasten van burgers betekent impliciet dat er door de aankoop of verwerving van een eigendom door de burger een contractuele verbintenis ontstaat tussen de burger en de overheid. Vervolgens kan deze verbintenis al dan niet nagekomen worden door de partijen en de uitkomst kan al dan niet efficiënt zijn. Bijgevolg resulteert dit in vier verschillende situaties die zich kunnen voordoen m.b.t. deze contractuele verbintenis.

- Efficiënte nakoming: het nakomen van de contractuele verplichting, terwijl dit ook de hoogst mogelijke gezamenlijke welvaart oplevert
 - o In deze context: de overheid neemt geen beleidsmaatregelen die de eigendomsrechten van burgers beperkt, en dit resulteert ook in de meeste welvaart voor de maatschappij
- Inefficiënte nakoming: het nakomen van de contractuele verplichting, terwijl dit niet de hoogst mogelijke gezamenlijke welvaart oplevert
 - o In deze context: de overheid neemt geen beleidsmaatregelen die de eigendomsrechten van burgers beperkt, maar dit resulteert niet in de meeste welvaart voor de maatschappij
- Efficiënte contractbreuk: het niet nakomen van de contractuele verplichting, terwijl dit wel de hoogst mogelijke gezamenlijke welvaart oplevert
 - o In deze context: de overheid neemt wel beleidsmaatregelen die de eigendomsrechten van burgers beperkt, en dit resulteert ook in de meeste welvaart voor de maatschappij
- Inefficiënte contractbreuk: het niet nakomen van de contractuele verplichting, terwijl dit niet de hoogst mogelijke gezamenlijke welvaart oplevert
 - o In deze context: de overheid neemt wel beleidsmaatregelen die de eigendomsrechten van burgers beperkt, maar dit resulteert niet in de meeste welvaart voor de maatschappij

Zoals daarstraks aangegeven gaan deze neo-klassieke inzichten ervan uit dat het noodzakelijkheids criterium stelt dat de overheid enkel actie zal ondernemen indien de voordelen (i.e. baten) van de beleidsmaatregel opwegen tegen de nadelen (i.e. kosten) van de beleidsmaatregel. M.a.w. zullen een inefficiënte nakoming en een inefficiënte contractbreuk zich niet voordoen, aangezien de overheid in deze gevallen de maatregel zal aanpassen of intrekken. Uiteraard houdt

²²⁴ Cooter and Ulen. 2000. Law and economics. Third edition.

deze theorie geen rekening met de private interests benadering zoals we die ontwikkeld hebben in hoofdstuk 3. De beweegredenen voor regelgeving kunnen vanuit algemeen belang komen (waarbij de kosten en de baten van maatschappelijke acties worden afgewogen om welvaartsverhogend te werken), maar ook vanuit private belangen van drukkingsgroepen (herverdeling), politici, ... Daarom gaan we deze aanpak niet gedetailleerd uitwerken.

b. Theoretische compensatiemodellen in de economische literatuur

De vraag naar compensatie bij inperking van eigendomsrechten (de zogenaamde 'regulatory takings') is geen nieuwe vraag binnen de rechtseconomische wetenschap. Doorheen de jaren is dit thema door verschillende auteurs onderzocht. Hieronder geven we de belangrijkste compensatieregels die bestaan in de literatuur weer, alsook kritieken op deze systemen. Binnen de (rechts)economische literatuur wordt melding gedaan van een aantal tests m.b.t. de compensatie bij onteigening. Sax (1964)²²⁵ beweert dat de overheid een compensatie verschuldigd is in het geval ze eigendomsrechten toe-eigent om haar werking te ondersteunen (i.c. publieke goederen) maar niet ingeval ze zich opstelt als scheidsrechter om een dispuut tussen twee (private) partijen op te lossen (i.c. om een conflict inzake externe kosten te beslechten). Van een onteigening kan er enkel sprake zijn indien de overheid het eigendom toe-eigent en niet wanneer de overheid de eigendomsrechten beperkt. Hetgeen bij deze visie ontbreekt is een referentiemaat dat men kan gebruiken voor normaal gedrag.

Fischel (1985)²²⁶ biedt hiervoor een oplossing door te argumenteren dat een compensatie niet verplicht is voor regulering die ervoor zorgt dat eigenaars suboptimaal gedrag vertonen. Compensatie is wel verplicht in geval regulering eigenaars ertoe aanzet om gedrag te vertonen dat boven het normale ligt dan hetgeen van hen verwacht wordt volgens de maatschappelijke standaarden (cf. het normaal maatschappelijk risico). De kost van naleving wordt hierbij geminimaliseerd aangezien eigenaars automatisch normaal gedrag gaan vertonen zonder dat er nood is aan overheidsinterventie. Hierbij wordt ook het 'zero-compensation point' als normaal gedrag vooropgesteld.

Wittman (1984)²²⁷ heeft een gelijkaardig voorstel maar waarbij de compensatieregule gebaseerd is op het gedrag van de overheid i.p.v. van de eigenaars.

Volgens hem zullen de transactiekosten voor het uitbetalen van een compensatie geminimaliseerd worden indien de uitbetaling zich enkel beperkt tot situaties waarbij de overheid zich inefficiënt gedraagt. Deze theorie steunt op de stelling dat men redelijkerwijze kan verwachten dat de overheid zich vaker efficiënt zal gedragen dan inefficiënt.

²²⁵ Sax, J. (1964) "Takings and the Police Power," *Yale Law Journal* 74: 36-76.

²²⁶ Fischel, W. (1985) *The Economics of Zoning Laws: A Property Rights Approach to American Land Use Controls*, Baltimore: Johns Hopkins Univ. Press.

²²⁷ Wittman, D. (1984) "Liability for Harm or Restitution for Benefit?" *Journal of Legal Studies* 13:57-80.

Een probleem met de voorstellen van Fischel en Wittman is dat ze niet erkennen dat de compensatieregel incentives moet creëren voor ofwel de overheid ofwel de private partijen om zich efficiënt te gedragen. Met andere woorden, er is geen 'deterrent' effect op het gedrag.

Michelman (1967)²²⁸ stelt een standaard voor, op basis van de transactiekosten verbonden aan het uitbetalen van een compensatie en de demoralisatiekosten²²⁹ in het geval men geen compensatie verschuldigd is. Indien de transactiekosten lager zijn, dan moet een compensatie worden uitbetaald. Indien de demoralisatiekosten lager zijn, dan is het uitbetalen van een compensatievergoeding niet nodig. Ook hier moeten we weer verwijzen naar de kritische analyse van de neo-klassieke literatuur in het voorgaande hoofdstuk. Het is niet haalbaar om realistische inschattingen te maken van het moreel verlies dat mensen leiden door een inperking van de eigendomsrechten.

De theorie van Epstein (1985)²³⁰ baseert zich op de inzichten van John Locke en stelt dat de overheid niet meer rechten dan een gewone burger bij haar interactie met andere burgers, aangezien de overheid enkel een verzameling is van burgers die collectief handelen. Wanneer een overheidsactie zorgt dat het eigendom van een burger onterecht onteigend wordt, moet de overheid een compensatie voorzien, net zoals indien dezelfde situatie zich zou voordoen bij burgers onderling (aansprakelijkheidsrecht). Indien een overheidsactie ervoor zorgt dat een burger een andere burger geen schade kan berokkenen, is een vergoeding niet verplicht, op basis van de redenering en het recht dat burgers vrijgesteld moeten worden van hinder veroorzaakt door anderen.

c. Toegepaste compensatiemodellen in de economische literatuur

Een toonaangevend onderzoek van Blume, Rubinfeld en Shapiro (1984)²³¹ toonde aan door middel van econometrische en wiskundige modellen dat het betalen van een volledige compensatie in geval van onteigening een moreel risico creëert in de zin dat eigenaars te veel gaan investeren in hun eigendom. Het resultaat van hun analyse is het "no-compensation result" hetgeen aantoont dat niet compenseren efficiënt is. De basishypothese van de auteurs is de moral hazard benadering uit de economische literatuur dat mensen zich anders gaan gedragen als ze 'verzekerd' zijn tegen eventuele schade.

De uitkomsten van het onderzoek van Blume, Rubinfeld en Shapiro werd door vele andere auteurs als controversieel gepercipieerd wegens haar oneerlijkheid en de inconsistentie met de grondwettelijke verplichting van een eerlijke compensatie. Meerdere tegenargumenten werden

²²⁸ Michelman, F. (1967) "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law," *Harvard Law Review* 80: 1165-1258.

²²⁹ Kosten die gedragen worden door de eigenaars en hun sympathisanten en die ontstaan vanaf het moment dat ze zich realiseren dat hun verlies niet wordt gecompenseerd.

²³⁰ Epstein, R. (1985) *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, MA: Harvard Univ. Press.

²³¹ Blume, L., D. Rubinfeld, and P. Shapiro (1984) "The Taking of Land: When Should Compensation be Paid?" *Quarterly Journal of Economics* 99: 71-92.

opgeworpen ten gunste van een compensatieregeling. Het meest voorkomende argument is dat compensatie nodig is om te zorgen dat de overheid niet gaat overreguleren (Johnson, 1977)²³².

Welwillende (Pigovianse) overheid

Een welwillende overheid is een overheid die beslissingen neemt om de sociale welvaart te maximaliseren. Een overheid zal dan enkel overgaan tot onteigening als het eigendom meer waard is in publiek dan in privaat gebruik. Een volledige compensatie is nodig om ervoor te zorgen dat een eigenaar niet te veel of te weinig gaat investeren in zijn eigendom om de waarschijnlijkheid om onteigend te worden te manipuleren. Indien een eigenaar verwacht dat hij te weinig (te veel) gecompenseerd zal worden dan zal hij te veel (te weinig) investeren om de waarschijnlijkheid van een onteigening te verkleinen (te vergroten). Een volledige compensatie zal dit incentivemechanisme elimineren.

Een eigenaar kan de kans op onteigening ook manipuleren door investeringen die de publieke waarde van het eigendom beïnvloeden (i.t.t. hierboven waarbij de private waarde van het eigendom wordt beïnvloed). Indien de eigenaar de kans op onteigening kan beïnvloeden, zal het ontbreken van een compensatie ook hier niet leiden tot efficiënte investeringen door de eigenaar. Efficiëntie kan in dit geval hersteld worden door de eigenaar te compenseren voor de publieke waarde van het eigendom indien het onteigend wordt, of door de toepassing van een nalatigheidscompensatie waarbij de eigenaar enkel een compensatie ontvangt indien hij/zij efficiënt investeert om de publieke waarde van zijn/haar eigendom te beïnvloeden.

Deze modellen zijn eerder simplistisch van aard en gaan uit dat de landeigenaren in staat zijn om de kans op onteigening in te schatten alsook de perfecte waarde van privaat en publiek gebruik van eigendom kunnen bepalen. Dit is een sterke overschatting van de realiteit.

Niet-welwillende overheid (meerderheidsbeslissingen)

De meer realistische modellen van overheidsgedrag gaan ervan uit dat de overheid handelt in het belang van de meerderheid van eigenaars, rekening houdende met budgettaire beperkingen. De overheid houdt enkel rekening met de budgettaire impact van haar eigen acties. Een overheid zal dan enkel onteigenen als de publieke waarde van het eigendom groter is dan de compensatie die ze ervoor moet betalen. Een belangrijke regel hierbij is de "drempelwaarde test" ontwikkeld door Miceli en Segerson (1994, 1996)²³³ waarbij de overheid volledig zal moeten compenseren als ze inefficiënt handelt, en niet zal compenseren als haar handeling als efficiënt kan worden beschouwd.

²³² Johnson, M. (1977) "Planning without Prices: A Discussion of Land Use Regulation without Compensation," in: B. Siegan (ed.): *Planning without Prices*, Lexington, MA: Lexington Books.

²³³ Miceli, T. and K. Segerson (1994) "Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid?" *Journal of Legal Studies* 23: 749-776; Miceli, T. and K. Segerson (1996) *Regulatory Takings: An Economic Analysis with Applications*, Greenwich, CT: JAI Press.

Indien de eigenaar efficiënt heeft geïnvesteerd in zijn/haar eigendom zal de overheid enkel onteigenen of reguleren als dit efficiënt is aangezien ze dan niet moet compenseren. Het gevolg is dat een eigenaar ervan uit zal gaan dat enkel efficiënte onteigening of regulering zal plaatsvinden waardoor hij geen compensatie zal ontvangen. Hierdoor zal hij/zij investeren tot een optimaal niveau. Het ontstane evenwicht zorgt ervoor dat zowel de onteigening als het gebruik van het eigendom efficiënt is.

Grondwettelijke keuze modellen

Bij deze visie gaat men ervan uit dat de overheid geen aparte entiteit is, gedreven door haar eigen motieven, maar enkel een vehikel is waarmee burgers in een bepaald rechtsgebied collectief handelen om zichzelf te besturen (inclusief het gebruik van eigendom en de financiering van de kost verbonden aan een mogelijke compensatieregeling). In dit soort modellen kiezen burgers in een hypothetisch grondwettelijk referendum voor een compensatieregeling terwijl ze zich achter een sluitert van onwetendheid bevinden over welke specifieke eigendomsrechten gaan beperkt worden of voor welke groepen dit zal gebeuren (Rawls, 1971)²³⁴. Daarna nemen dezelfde burgers een beslissing over de hoeveelheid eigendom die onteigend of gereguleerd zal worden, maar nog steeds niet over welke specifieke eigendommen beknot zullen worden. Gegeven deze informatie, nemen de individuele eigenaars beslissingen m.b.t. investeringen zonder daarbij te weten of ze (deels) onteigend zullen worden of niet. Binnen deze context, weten eigenaars dat zij zowel een potentieel doel zijn van de regulering maar ook de begunstigden van deze regulering kunnen zijn. Toegekende compensaties aan burgers wiens rechten beknot zijn, zullen gefinancierd worden via belastingen die op alle burgers worden geheven. Hierdoor zullen burgers bij het nemen van beslissingen m.b.t. de compensatieregeling (in de eerste stap) ervoor zorgen dat men niet over- of ondergecompenseerd kan worden (Fischel, 1995)²³⁵. De redenering die achter deze modellen zit sluit aan bij de redeneringen die in de bovenstaande hoofdstukken is opgebouwd. Maar de wiskundige modellen die hierachter zitten, bevatten toch enkele (te) simpele assumpties: burgers zijn rationeel, burgers kunnen risico's inschatten, alle burgers hebben gelijke invloed in het beslissingsproces, compensatieregels kunnen niet wijzigen in de tijd, etc. Deze statische wiskundige modellen tonen aan dat alle compensatieregels (geen compensatie tot volledige compensatie) leiden tot efficiënt gedrag van burgers. Toch moet aan deze resultaten niet te veel gewicht worden toegekend omwille van te simplistische benaderingen.

Dynamische modellen van ontwikkeling

Een andere groep van auteurs (Micelli en Segerson 1996; Innes, 1997; Riddiough, 1997)²³⁶ kijkt eerder naar dynamische modellen in tegenstelling tot de statische modellen van hierboven. De timing

²³⁴ Rawls, J. (1971) *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: Belknap Press.

²³⁵ Fischel, W. (1995) *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics*, Cambridge, MA: Harvard Univ. Press.

²³⁶ Miceli, T. and K. Segerson (1996) *Regulatory Takings: An Economic Analysis with Applications*, Greenwich, CT: JAI Press; Innes, R. (1997) "Takings, Compensation and Equal Treatment for Owners of Developed and Undeveloped Property," *Journal of Law and Economics* 40: 403-432; Riddiough, T. (1997) "The Economic Consequences of Regulatory Taking Risk on Land Value and Development," *Journal of Urban Economics* 41: 56-77.

van de ontwikkeling is een belangrijk aspect aangezien eigenaars die onder dreiging staan van een mogelijke regulering of onteigening, gedreven zullen worden om hun eigendom vroegtijdig te ontwikkelen om deze dreiging te verminderen of te elimineren. Een landeigenaar zal zijn land ontbossen om te vermijden dat zijn land onteigend kan worden ter bescherming van een bepaalde soort fauna of flora (dit blijkt ook uit empirisch onderzoek). De eigenaar zal een correcte beslissing nemen m.b.t. de ontwikkeling van zijn/haar eigendom enkel als de compensatie in geval van een onteigening gelijk is aan de publieke waarde van het eigendom.

Een lagere compensatie (inclusief geen compensatie) zal het risico op een vroegtijdige ontwikkeling verhogen. De vorm van de compensatieregeling zal ook een impact hebben op de incentive van de eigenaar om informatie te delen m.b.t. de publieke waarde van zijn/haar eigendom. Een eigenaar zal bij het ontbreken van een compensatie minder geneigd zijn om met een regulator samen te werken om hem van de nodige informatie te voorzien. Een vorm van compensatie zal eigenaars motiveren om in dergelijke situaties mee te werken en informatie te delen met de regulatoren (Polasky et. Al, 1997)²³⁷.

Een eigenaar heeft geen recht op compensatie indien hij een eigendom heeft gekocht waarbij het gevaar bestond dat dit eigendom gereguleerd zal worden aangezien dit risico reeds verwerkt werd in de aankoopprijs (Michelman, 1967)²³⁸. Het is natuurlijk zo dat een volledige compensatieregeling voorzien moet worden voor de verkoper van het eigendom aangezien hij/zij het eigendom reeds in bezit had voordat er een dreiging was van een mogelijke regulering. Ofwel zal de koper gecompenseerd worden voor de meerprijs die hij/zij betaalde voor het eigendom aangezien de verkoper een waarde verwacht die hij/zij zou gekregen hebben bij de afwezigheid van de dreiging.

De opportuniteitskost van nadeelcompensatie

Het uitbetalen van een nadeelcompensatie voor een beperking op het gebruik van eigendom (of onteigening) heeft financiële implicaties voor de overheid. De vergoeding van deze middelen moet voortkomen uit de belastingopbrengsten. Een studie van Goldstein en Watson (1997)²³⁹ toont aan dat het compenseren van eigenaars van moerasgebieden die hun bouwrechten beperkt werden door regelgeving een kost met zich mee zou brengen van 350-400 miljoen dollar. Om deze bedragen te kunnen uitbetalen zouden er belastingen moeten geheven worden die marktverstoringen zouden veroorzaken en op hun beurt kunnen leiden tot welvaartsverliezen.

Daarom pleitten sommige auteurs (zie o.a. Innes, 2000)²⁴⁰ dat de compensatieregels beperkt moeten zijn om geen bijkomende welvaartsverliezen te veroorzaken. Dit is echter een opvallende stelling aangezien de welvaartsverliezen die voortvloeien uit de inperking van eigendomsrechten en het gebrek aan rechtszekerheid voor burgers en bedrijven door een gebrek aan compensatie ongetwijfeld

²³⁷ Polasky, S., H. Doremus, and B. Rettig (1997) "Endangered Species Conservation on Private Land," *Contemporary Economic Policy* 15: 66-76.

²³⁸ Michelman, F. (1967) "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law," *Harvard Law Review* 80: 1165-1258.

²³⁹ Goldstein, J.H. and W.D. Watson (1997) "Property Rights, Regulatory Taking, and Compensation: Implications for Environmental Protection," *Contemporary Economic Policy* 15: 32-42.

²⁴⁰ Innes, R. (2000) "The Economics of Takings and Compensation When Land and Its Public Use Value are in Private Hands," *Land Economics* 76: 195-212.

vele malen groter zal zijn dan de eventuele welvaartsverliezen van de bijkomende middelen die nodig zijn om nadeelcompensaties uit te betalen.

Samengevat, er bestaan heel wat compensatiemodellen in de rechtseconomische literatuur over regulatory takings. Maar deze modellen zijn ofwel theoretisch van aard en houden geen rekening met het spanningsveld tussen de private interest en public interest benadering die hierboven werd aangehaald.

Verder slagen deze modellen er ook onvoldoende in om de nutsvoorkeur van een maatschappij (die de som is van de nutsvoorkeuren van de individuele leden van de maatschappij) mee te nemen. Met andere woorden, de link naar de constitutionele aspecten blijft onvoldoende uitgewerkt. De eerder wiskundige modellen gaan uit van statische assumpties dat mensen rationeel zijn, in staat zijn om risico's in te schatten, etc. De neo-klassieke visie dat de compensatie kan gebeuren als de baten groter zijn dan de kosten en alles perfect gemonetariseerd kan worden schemert ook hier door.

2. Structuur beoordelingssysteem GBOL-beginsel

Op basis van de uitgebreide literatuurstudie die in de voorgaande hoofdstukken en paragrafen aan bod is gekomen, is het nu mogelijk om een beoordelingskader af te leiden dat gebruikt kan worden om het GBOL-beginsel in te schatten.

a. Enkele uitgangspunten

Vooraleer over te gaan tot de ontwikkeling van het kader maken we even terug de sprong naar het Vlaamse onteigeningsdecreet dat in het bestek ook aangehaald wordt. Het Vlaams onteigeningsdecreet dat met unanimitieit in het Vlaams Parlement werd goedgekeurd waardoor het een grote politieke en beleidsmatige waarde heeft verworven (cf. de constitutionele inzichten hierboven aangehaald en de inclusieve structuren van Acemoglu en Robinson).

Aangezien het concept van nadeelcompensatie steunt op de doctrine van "onteigeningen door wetgeving ('regulatory takings') maakt dit concept deel uit van het bredere onteigeningsrecht.

Centraal in dit Vlaams onteigeningsdecreet, dat "de jure" onteigeningen (m.a.w. met een juridische eigendomsoverdracht) binnen het Vlaams Gewest regelt, staat de verhoogde waarborg of vrijwaring van de individuele eigendomsrechten. Het decreet steunt hiervoor op de vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, Hof van Cassatie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat zich de voorbije decennia heeft ontwikkeld.

Deze versterkte waarborg of vrijwaring uit zich in twee belangrijke toetsen die in de wetgeving verstrengd werden t.o.v. de vroegere (federale) wetgeving:

- Het aantonen van het ingeroepen algemeen nut, gekoppeld aan twee belangrijke elementen, nl. dat (1) het publieke karakter van het beleidsdoel moet doorwegen op private belangen en (2) het openbaar gebruik automatisch het algemeen nut aantoon, wat a contrario betekent dat privaat gebruik van het onteigende goed een zwaardere bewijslast kent:

- Het bewijzen van de noodzaak van onteigening: het gebruik van dwang (of de onteigening als middel) en de noodzaak van het voorwerp.

Op het eerste zicht zou men hieruit kunnen denken dat het Vlaamse onteigeningsrecht nog steeds steunt op de "property rule", en niet op de "liability rule", zoals verkeerdelijk kan gedacht worden door de aanwezigheid van de verplichting tot "billijke compensatie".

Deze vaststelling houdt o.a. in dat bij de uitvaardiging van wetgeving die eigendomsrechten aantast, nadeelcompensatie alleen niet volstaat, maar dat ook de legitimiteit van het nagestreefde doel en de noodzaak (en de geschiktheid) van de gebruikte overheidsmaatregel (i.c. de wetgeving) moet onderzocht en aangetoond worden.

De mogelijkheid van de overheid om eigendomsrechten éézijdig aan te tasten, mits de toekenning van een vergoeding onder speciale omstandigheden, lijkt te suggereren dat de houding van de overheid ten aanzien van het eigendomsrecht door de liability rule wordt gekenmerkt. Maar dit klopt niet met de realiteit. Zo wordt het Vlaamse onteigeningsrecht gekenmerkt door een verplichte aanwezigheid van noodzaak:

- het ingeroepen algemeen belang is pertinent;
- het te verwerven goed is noodzakelijk om dit algemeen belang te realiseren;
- er is geen andere mogelijkheid om het benodigde goed vrijwillig te verwerven.

De reden voor deze bijziendheid (bijv. dat de liability rule efficiënter zou zijn dan de property rule bij de vrijwaring van het bezitselement van het eigendomsrecht) is dat het concept van marktwerking te abstract bekeken wordt, en niet gebaseerd is op concrete intersubjectieve transacties. We verwijzen terug naar hoofdstuk 2 waar we de conclusie hebben getrokken dat de neo-klassieke visie op marktfalingen te eng gedefinieerd is en vaak abstractie maakt van (de impact van) transactiekosten.

Hierdoor ontstaat de visie dat er altijd een marktprijs bestaat op basis waarvan het economisch optimum kan berekend worden. Deze bijziendheid ligt trouwens ook aan de grondslag van de identificatie van heel wat "marktfalingen" als de economische grondslag voor overheidsoptreden.

Uit hoofdstuk 3 en de beschrijving van de eigendomsrechten is gebleken dat deze een grote meerwaarde hebben voor de maatschappij. Ten eerste verlagen de eigendomsrechten de transactiekosten aanzienlijk en zorgen ze voor rechtszekerheid en stabiliteit in het economisch en maatschappelijk weefsel. Ten tweede zijn eigendomsrechten nodig voor een internalisering van (negatieve maar ook positieve) externaliteiten die onvermijdelijk zijn bij elk maatschappelijk samenleven tussen mensen. Ten derde zijn eigendomsrechten nodig voor de institutionele kwaliteit van een samenleving en de democratische draagkracht. Samengevat, de eigendomsrechten structureren en ordenen de maatschappij. In die zin hebben we in hoofdstuk 3 ook aangetoond wat het belang is van het beschouwen van eigendomsrechten als een zakelijk recht en geen persoonlijk recht (bundle of rights). Thomas Merrill en Henry Smith tonen aan in hun onderzoek dat het eigendomsrecht niet kan en mag gereduceerd worden tot een bundle of rights (in tegenstelling tot

de visie van neoklassieke economen) die door de overheid kan verleend worden bvb. door vergunningen. Dit zou de maatschappelijke meerwaarde voor het stelsel van de eigendomsrechten onderuit halen.

In het voorstel van nadeelcompensatie dat we hieronder zullen uitwerken, zullen we al deze elementen integreren en in rekening nemen.

3. STAP 1: Is het ingeroepen belang legitiem

Zoals herhaaldelijk aangehaald hierboven stelt de neoklassieke welvaartseconomie dat de belangrijkste drijfveer (wellicht eerder normatief dan positief bekeken) van overheidstussenkomst is het verhogen van maatschappelijke welvaart door de aanpak van marktfalingen. Bij nader toezien blijkt vaak dat het ingeroepen algemeen belang (public interest) echter niet (volledig) aanwezig is, en dat vaak ook private interests van de beleidsopstellers en wetgevers een (aanzienlijke) rol kunnen spelen, waardoor de maatschappelijke welvaart vermindert (cfr. theories of public interests vs. theories of private interests). Vaak wordt dus de theorie van de marktfalingen ingeroepen als algemeen belang maar zonder dat dit legitiem is.

Verder moet ook rekening gehouden worden met de politieke soevereiniteit waarbij niet enkel doelstellingen van economische efficiëntie kunnen nagestreefd worden, maar ook herverdeling en andere vormen van rechtvaardigheid (zie de inzichten van Calabresi en Melamed zoals hierboven uitvoerig beschreven). Beide auteurs maken bij de opsomming van redenen van overheidsinterventie een onderscheid tussen herverdeling en andere redenen van rechtvaardigheid ('justice'), bijv. het recht op stilte, het stimuleren van kunsten en wetenschappen of het nastreven van biodiversiteit. Hoewel zij erkennen dat beide redenen (kunnen) leiden tot een herverdeling, waardoor beide redenen kunnen vallen onder 'herverdeling' in de brede zin van het woord, past de eerste soort herverdeling binnen het nastreven van materiële gelijkheid tussen burgers in het kader van nationale solidariteit, terwijl de tweede soort herverdeling niet in dit kader past en daar zelfs mee in botsing kan komen. De eerste reden kunnen we als herverdeling in de strikte zin beschouwen.

Op basis hiervan rijst de vraag of we bij de bepaling van de mate (of bedrag) van nadeelcompensatie geen onderscheid moeten maken tussen beide vormen van herverdeling, waarbij de strikte vorm van herverdeling minder nadeelcompensatie vereist, terwijl de tweede vorm meer compensatie kan vereisen. De reden hiervoor ligt in het juridisch aanvaarde kader van algemene solidariteit voor de strikte vorm van herverdeling ('de sterkeren moeten de zwakkeren helpen'), wat ook de reden vormt waarom bvb. progressieve belastingschalen niet als een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel worden beschouwd.

We verwijzen ook hier weer naar de inzichten uit Acemoglu & Robinson die pleitten voor een inclusieve samenleving en inclusieve instituties die zorgen voor een toename van de economische welvaart en een eerlijke (her)verdeling van de welvaart en de politieke invloed in een maatschappij. Ze stellen dat een samenleving waarin de eigendomsrechten (en algemene grondrechten) worden

beschermd zal leiden tot inclusieve instituties en dat een samenleving met gewone meerderheidsbeslissing en het gevaar van rent-seeking het risico draagt om extractief te zijn.

4. STAP 2: Is de beleidsmaatregel noodzakelijk of is het gebruik van dwang nodig?

Ten eerste rijst de vraag of de beleidsmaatregel tot realisatie van dit algemeen belang geschikt is. Met andere woorden, is de beleidsmaatregel noodzakelijk om het maatschappelijk doel te bereiken. Dit is op zich op dit moment al onderdeel van het RIA-denken van de Vlaamse overheid waar de noodzakelijkheid van nieuwe beleidsmaatregel nu al getoetst dient te worden op noodzakelijkheid. Hierbij kan ook de vraag gesteld worden of er oplossingen mogelijk zijn die steunen op vrijwilligheid. Is het echt nodig om een dwingend karakter te gebruiken of kan vrijwilligheid zorgen voor de nodige oplossingen? Hierbij moet de wetgever bij het ontwikkelen van het beleid aantonen dat het vrijwillig karakter om bepaalde redenen niet mogelijk is of vermoedelijk niet mogelijk is.

Er zijn een aantal redenen waarom vrijwilligheid niet mogelijk is. Hiervoor grijpen we terug naar de basiswerken uit de literatuur die hierboven ook al (deels) zijn besproken.

Volgens Cooter (1999) krijgen partijen bij vrijwillige markttransacties te maken met externe kosten zonder dat ze hier toestemming voor hebben gegeven. Wanneer een externaliteit een kleine groep eigenaars beïnvloedt, kijkt de wet niet naar de efficiëntie maar naar de sociale normen om het gedrag te controleren (of anders gezegd, wie schaadt wie). Bij de afwezigheid van dergelijke normen, kan een vrijwillige overeenkomst bereikt worden door de partijen met elkaar te laten onderhandelen. In dit geval faciliteren duidelijke rechten het onderhandelingsproces. Wanneer een externaliteit van toepassing is op een grote groep eigenaars (i.e., hoge transactiekosten), kan men echter geen gebruik maken van sociale normen. In dergelijke situaties kunnen de verschillende partijen niet met succes onderhandelen (publieke goederen) waardoor het een rechtelijke tussenkomst de externaliteit moet corrigeren door het toekennen van schadevergoedingen.

In situaties waarbij veel individuen betrokken zijn bij het onderhandelingsproces, is privaatrecht niet geschikt om externaliteiten te corrigeren (bv. bij publieke goederen). In dergelijke situaties, kan de overheid regulering uitvaardigen om bepaalde activiteiten van bepaalde eigenaars te beperken ten voordele van de samenleving.

Zoals reeds aangehaald maken Calabresi en Melamed (1972) een onderscheid tussen drie soorten regels waarbij vooral eigendomsregels en aansprakelijkheidsregels van belang zijn bij het bepalen van de vrijwilligheid van een transactie. Eigendomsregels leiden ertoe dat indien iemand in het bezit wil komen van een eigendomsrecht, dit recht moet verkrijgen via een vrijwillige transactie waarbij de waarde onderling overeengekomen werd. De mate van overheidsinterventie is in deze situatie zeer beperkt aangezien de overheid eigendomsrechten enkel toewijst en beschermt.

Bij aansprakelijkheidsregels is er geen sprake van vrijwilligheid aangezien men het eigendomsrecht kan vernietigen of beperken in ruil voor een vergoeding gebaseerd op een "objectieve" waardering.

Het bepalen van die objectieve waarde komt niet meer tot stand via een vrijwillige onderhandeling tussen beide partijen maar wordt gedaan door een overheidsinstantie. In deze situatie is er sprake van een matige vorm van overheidsinterventie aangezien de rechten niet enkel worden beschermd, maar ook hun overdracht of vernietiging is toegestaan in ruil voor een vergoeding.

De keuzen tussen bescherming van rechten via eigendomsregels of via aansprakelijkheidsregels hangt af van een aantal factoren. Vanuit economische efficiëntie is het zo dat wanneer de (transactie)kost voor het bepalen van de waarde van een recht via onderhandeling zo hoog is, een overdracht niet spontaan tot stand zal komen, zelfs als deze transactie voor iedereen positief zou zijn.

De voornaamste redenen hiervoor zijn het 'holdout' en 'freeloader' probleem, die een collectieve waardebepaling bemoeilijken. Bij een 'holdout' zijn het de verkopers die hun recht of eigendom niet willen verkopen in de hoop er later een hogere prijs voor te krijgen. Het is voor de eigenaars immers voordeliger om het onderhandelingsproces te rekken hetgeen de transactiekosten, van bijvoorbeeld een project voor publieke doeleinden, doet toenemen. Vandaar dat de overheid in dergelijke situaties vaak beslist om te onteigenen, aangezien de hoge transactiekosten een vrijwillige eigendomsoverdracht verhinderen. In het geval van 'freeloaders', gaan de kopers een lagere waardering vermelden in de hoop dat iemand anders een hogere waardering prijsgeeft indien men een recht of eigendom gemeenschappelijk wenst aan te kopen. In beide situaties hebben kopers en verkopers een incentive om hun werkelijke waardering te verbergen waardoor de markt faalt om een correcte waarde te bepalen. Volgens de auteurs lossen aansprakelijkheidsregels deze problematiek op door het opleggen van een collectieve waardebepaling. Uit het bovenstaande kan men afleiden dat de keuze voor aansprakelijkheidsregels primeert boven de keuze voor eigendomsregels in situaties waarbij de marktwaardering van het recht als inefficiënt wordt geacht, de waardering niet beschikbaar is of de transactiekosten voor de waardering te duur zijn in vergelijking met een collectieve waardering. Indien transactiekosten de onderhandelingen tussen dader en slachtoffer niet belemmeren, of waarbij wij zeker zijn wie de kosten goedkoper kan vermijden, zijn er geen (of minder) redenen om een onteigening toe te staan.

Daarnaast is economische efficiëntie niet de enige reden om voor aansprakelijkheidsregels te kiezen. Verdelingsaspecten spelen hierbij ook een belangrijke rol zoals al enkele malen uitgelegd hierboven. Verdelingsdoelstellingen zijn kostelijk en moeilijk om via vrijwillige onderhandelingen te bereiken, terwijl de collectieve waardering, eigen aan aansprakelijkheidsregels, zich makkelijk toe leent om verdelingsdoelstellingen te promoten.

Epstein (1997) redeneert dat in een wereld waarbij transactiekosten onbestaande zouden zijn, de keuze tussen aansprakelijkheidsregels en eigendomsregels niet van belang zou zijn. In de realiteit verloopt dit uiteraard anders en zal er uiteindelijk een keuze moeten worden gemaakt. De standaard is dat eigendomsregels altijd primeren op aansprakelijkheidsregels tenzij men in een situatie komt waarbij het holdoutprobleem grote proporties aanneemt (bv. uitzonderlijke situatie van noodzaak). In dergelijke situaties is het risico op ondercompensatie alomtegenwoordig, gegeven het onvermogen om op vrijwillige basis het verlies accuraat te bepalen, zowel economisch als subjectief.

De inefficiënties van het aansprakelijkheidssysteem leiden na verloop van tijd tot een situatie waarbij de zekerheid van eigendom en ruil, nodig voor het complex commercieel en persoonlijk leven, niet langer beschikbaar is.

Het gebruik van aansprakelijkheidsregels is gelimiteerd tot situaties waarbij eigendomsregels niet goed functioneren; waarbij vrijwillige transacties geblokkeerd worden door strategisch gedrag.

Volgens Kaplow en Shavell (1996) klopt het niet dat eigendomsregels enkel gebruikt moeten worden wanneer transactiekosten laag zijn, aangezien men ervan uitgaat dat eigendomsregels partijen aanmoedigen om met elkaar te onderhandelen om de gewenste uitkomst te bereiken. Het klopt ook niet dat aansprakelijkheidsregels enkel moeten worden gebruikt in situaties waarbij transactiekosten hoog zijn. Volgens hen zullen partijen zowel onder eigendomsregels als aansprakelijkheidsregels met elkaar onderhandelen zolang de transactiekosten laag zijn.

Daarnaast kunnen bij hogere transactiekosten, en waarbij dus onderhandelen onmogelijk is, eigendomsregels wel leiden tot betere resultaten dan onder een systeem van aansprakelijkheidsregels.

Bovenstaande auteurs geven enkele mogelijke oorzaken die ertoe kunnen leiden waarom de vrijwilligheid niet haalbaar is. Belangrijkste reden hierbij zijn de transactiekosten (van de onderhandelingen en of de waardebepaling) die te hoog kunnen oplopen. Als de transactiekosten bij vrijwilligheid te hoog oplopen om tussen rechtssubjecten te komen tot een overeenkomst (na onderhandeling) of als de kosten voor het verkrijgen van een gerechtelijke beslechting bij een dispuut over eigendomsrechten te hoog oplopen dan zal dit ertoe leiden dat een vrijwillige oplossing niet zal ontstaan. Zoals omstandig aangetoond in hoofdstuk 2 kan de markt in bepaalde gevallen komen tot eigen oplossingen om met deze transactiekosten om te gaan, maar is dit niet vanzelfsprekend het geval.

We verwijzen in dit verband ook naar de uitgebreidere discussie die uitgelegd is in hoofdstuk 3 (met dezelfde samenvatting) omtrent het verschil tussen de eigendomsrechten en de aansprakelijkheidsregels. De literatuur beschouwt initieel de liability rule als superieur ten opzichte van de property rule. Echter is door een resem auteurs aangetoond dat het opgeven van de vrijwilligheid (bij de liability rule) een maatschappelijk hoge kostprijs heeft. Ook Shavell en Kaplow erkennen dat in het kader van de vrijwaring van het bezitselement van het eigendomsrecht (cfr. de rechtszekerheid) de property rule efficiënter is dan de liability rule, maar voor negatieve externaliteiten is dat omgekeerd wanneer er te hoge transactiekosten aanwezig zijn. Een gelijkaardige visie wordt gedeeld door Epstein die ook de institutionele waarborgen bij de toepassing van de liability rule benadrukt, wat nogmaals het uitzonderlijk karakter van de liability rule aantoont. Bovendien pleiten alle auteurs voor een behoedzaam gebruik van regelgeving bij de aanpak van negatieve externaliteiten.

5. STAP 3: Is de beleidsmaatregel proportioneel of moet in nadeelcompensatie voorzien worden?

De eerste vraag die moet gesteld worden is wat een normaal maatschappelijk risico voor burgers en instellingen of een normaal bedrijfsrisico voor bedrijven precies inhoudt? Wanneer overschrijdt een overheidsmaatregel de grenzen van het normale risico en/of wanneer zijn de gevolgen ervan onevenredig nadelig?

Deze thematiek is belangrijk is die zin dat het nuttig is na te gaan of het risico een abnormaal karakter heeft. Daar waar normale maatschappelijke en bedrijfsrisico's vermoedelijk al geïnternaliseerd zijn in de waarde van eigendomsrechten. Zie hiervoor de bespreking die we hebben gedaan bij de theoretische modellen van compensatie in de rechtseconomie. Als de normale risico's al in de waarde van een eigendomsrecht zijn opgenomen dan zou indien het normaal risico zich voltrekt het toekennen van een nadeelcompensatie een dubbel voordeel opleveren.

De vraag is nu wat abnormale risico's zijn. Uiteraard vallen de risico's die eigen zijn aan het ondernemerschap (zoals conjunctuur- en renteschommelingen of veranderingen in de input- en outputprijzen) daar niet onder, net zomin als de risico's die voortvloeien uit omgevingsfactoren (zoals oorlog of natuurrampen). Ook deze kunnen grote nadelige gevolgen hebben, maar zij vallen binnen het normale bedrijfsrisico (waarvoor de rechtssubjecten zich ook kunnen verzekeren). Drastische en onvoorzienbare wijzigingen in de regelgeving, in het bijzonder het eigendomsrecht, vallen echter buiten het normale risico. Het risico wordt in deze ook veroorzaakt door de overheid door de beleidsmaatregelen. Hierbij moeten we ook de link leggen naar STAP 1 inzake de legitimiteit. De burger kan zich eerder voorzien en aanpassen aan overheidstussenkomsten die legitiem zijn (en waarbij dus een reële marktvaling aanwezig is). Als de beleidsmaatregelen in mindere mate legitiem zijn door bijvoorbeeld invloed van private interest theorieën dan kan de burger zich hier al minder tegen voorzien en spreken we minder snel van een normaal risico. Het normale risico is dus ook gelinkt aan de legitimiteit van de beleidsmaatregel. Vervolgens kan je zelfs argumenteren dat ook aan de noodzakelijkheid moet voldaan zijn alvorens te spreken over een normaal risico.

De overheidstussenkomst moet geschikt zijn om een maatschappelijk probleem (bvb. externaliteiten) op te lossen. Met andere woorden, beleidsmaatregelen die stap 1 en stap 2 doorstaan hebben een hogere kans op het voldoen aan een normaal risico. Maatregelen die al in stap 1 en 2 in de problemen komen, gaan ook sneller struikelen over het risico criterium. Een hogere mate van compensatie zal vereist zijn als de maatregel in mindere mate legitiem en/of noodzakelijk is.

Een studie van de bestaande literatuur toont aan dat het concept abnormaal risico in verschillende contexten aan bod komt. In de aansprakelijkheidscontext wordt abnormaal risico bijvoorbeeld omschreven als het risico dat groter is dan de gewone dagdagelijkse risico's die eenieder neemt, maar ook als het risico dat een normaal voorzichtig en oplettend mens in dezelfde feitelijke

omstandigheden niet zou hebben genomen. Synoniemen voor abnormaal risico in deze context zijn bijvoorbeeld "uitzonderlijk", "groter dan normaal" of "zwaar" risico.²⁴¹

Om een ander inzicht te krijgen in het abnormale karakter van een abnormaal risico kan, kijkend naar het medisch recht, ook de link gemaakt worden met het concept "abnormale schade" en "abnormale gevolgen". In deze context spreekt Martin van abnormale gevolgen wanneer die "ne de vaient pas être probables, attendues ou même redoutées".²⁴² Voor Fagnart, "ce qui est normal, c'est ce qui est, en fait, plus fréquent, le plus courant, le plus habituel. Une conséquence anormale est celle qui est rare, exceptionnelle, inhabituelle".²⁴³ Volgens de WVSG is schade abnormaal "wanneer ze zich niet had moeten voordoen rekening houdend met de huidige stand van de wetenschap, de toestand van de patiënt en zijn objectief voorspelbare evolutie".²⁴⁴ Voor al het laatste element in deze omschrijving is van toepassing in de context van het beginsel van gelijkheid van openbare lasten voor burgers. Hier alludeert men namelijk opnieuw op de risico's die men redelijkerwijze zou mogen verwachten (in de toekomst).

Concrete vuistregels om een onderscheid te maken tussen normaal en abnormaal risico lijken echter niet voorhanden in de bestaande literatuur. Als vuistregel zou echter ook teruggegrepen kunnen worden naar een andere context. Het principe van de "goede huisvader" leunt bijvoorbeeld dicht aan bij de discussie omtrent abnormaal risico. Hoewel dit principe gehanteerd wordt bij de bepaling van het al dan niet in fout zijn van een dader in een aansprakelijkheidsconflict, zou het ook gebruikt kunnen worden om te bepalen of een risico normaal dan wel abnormaal is. Een normaal risico is dan een risico dat door een "goede huisvader" genomen zou worden, terwijl deze huisvader een abnormaal risico niet zou nemen.²⁴⁵

Als we hierbij terug de link maken naar de literatuur over de compensatiemodellen dan zou een goede huisvader het risico niet nemen om onevenredige negatieve externaliteiten te creëren voor derde partijen. Merk op dat het risico hier voort komt uit de acties van de overheid.

Het principe van de gelijkheid van openbare lasten houdt in dat de nadelen die het normale maatschappelijke of bedrijfsrisico overschrijden, d.i. de abnormale schade, in aanmerking komen voor compensatie. Daaruit volgt ook dat een bepaald percentage van de schade, d.i. de normale schade, voor rekening van de getroffen(e)n blijft. Dit percentage kan de vorm hebben van een korting op de totale schadevergoeding (bv. een percentage) of een drempel alvorens tot schadevergoeding

²⁴¹ Maurice Adams. 1997. De precedentwerking van rechterlijke uitspraken. Een rechtstheoretische en rechtsvergelijkende studie. Proefschrift KULeuven

²⁴² D. Martin, o.c., in G. Schamps (ed.), Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: le droit médical en mouvement, 494.

²⁴³ J.L. Fagnart, o.c., in I. Boone e.a., Liber Amicorum Hubert Bocken, 110.

²⁴⁴ Art. 2, 7° WVSG

²⁴⁵ Het menselijk gedrag kan echter weleens afwijkend zijn. Daarom gaat men in de rechtseconomische analyse uit van enkele gedragsveronderstellingen waaronder dat mensen rationeel handelen. Dit wilt zeggen dat, wanneer mensen een keuzemogelijkheid hebben, ze dat alternatief zullen kiezen dat hen het meeste nut oplevert of hun welvaart maximaliseert. Er moet dus in de praktijk aangenomen worden dat de hierboven vermelde goede huisvader ook een rationele huisvader is. Er dient daarnaast ook opgemerkt te worden dat deze huisvader tevens als risiconutraal beschouwd moet worden. Enerzijds zullen risico-averse huisvaders namelijk geneigd kunnen zijn om bepaalde risico's toch niet te nemen, hoewel ze wel als normaal beschouwd mogen worden. Anderzijds zullen risicozoekende huisvaders bepaalde risico's nemen, hoewel ze niet als normaal beschouwd mogen worden. "Goede" in "goede huisvader" dient dus ook geïnterpreteerd te worden als zijnde "risiconeutrale".

wordt overgegaan (bv. een percentage van de omzet). De rechtseconomische analyse moet ook een antwoord bieden op de vraag naar de bepaling van de optimale hoogte van deze korting of drempel en/of o.a. een generieke of een gedifferentieerd tarief aangewezen is. Ook de gerechtskosten, de deskundigenkosten en/of de voorbereidingsinvesteringen kunnen in mindering van de nadeelcompensatie gebracht worden.

Moreel risico is een concept uit de verzekeringscontext en ontstaat wanneer het gedrag van de verzekerde verandert na de aankoop van een verzekering, waardoor de waarschijnlijkheid of kans van het verlies of de omvang van het verlies toeneemt.²⁴⁶ Mensen zouden zich anders kunnen gaan gedragen na het afsluiten van een verzekering. Volgens het moreel-risico-probleem heeft de verzekerde namelijk geen reden meer om zich voorzichtig te gedragen, aangezien de verzekering toch alle schade dekt.²⁴⁷ Een extreem voorbeeld is de neiging van een verzekerde om zijn/haar huis te laten afbranden indien het huis verzekerd is voor een groter bedrag dan de marktwaarde.

In de letterlijke betekenis lijkt moreel risico echter niet van toepassing in de context van het gelijkheidsbeginsel voor de openbare lasten van burgers. Het gegeven dat de overheid zal overgaan tot het (volledig) vergoeden van enige beperking van de eigendomsrechten door een beleidsmaatregel zal burgers er namelijk niet toe aanzetten om hun gedrag op een zelf verrijkende manier aan te passen. Het zal er enkel toe bijdragen om de gevolgen van het abnormaal risico op een beperking van de eigendomsrechten door de overheid te elimineren, aangezien hiervoor een compensatie voorzien zal worden. Deze vermindering van onzekerheid zal bijgevolg een positieve invloed hebben op de marktwerking.

Er kan geredeneerd worden dat de beleidsmaatregel van de overheid ook positieve gevolgen met zich meebrengt voor de in de eigendomsrechten beperkte burger, waardoor deze ook zal moeten bijdragen. Vanuit dit standpunt zou een vrijstelling of franchise door de burger gerechtvaardigd kunnen zijn, waardoor minder dan 100% van het waardeverlies vergoed zal worden.

Deze redenering is echter ongegrond, aangezien de nadeelcompensatie op zich reeds (via belastingen) door alle burgers gedragen wordt. M.a.w. de in de eigendomsrechten beperkte burger vergoedt in principe zichzelf voor een klein deel van de nadeelcompensatie.

Op basis van het artikel van Calabresi en Melamed kunnen we het voorgestelde systeem van nadeelcompensatie beschouwen als een toepassing van "rule 4", waarbij de gebruiker van een eigendomsrecht (een "vervuiler") het gebruik van zijn eigendomsrecht moet inperken door wettelijke verplichtingen (geboden, verboden, vergunningen) mits de andere partij (de overheid) dit doet:

- met inachtneming van bepaalde institutionele verplichtingen (de motiveringsplicht), waarbij de overheid ook aantoont waarom zij optreedt en dit niet aan de private partijen overlaat;

²⁴⁶ Cooter and Ulen. Law and economics. Sixth edition. Addison-Wesley, 2012.

²⁴⁷ van Velthoven, Ben CJ, and Peter Willem Wijck. Recht en efficiëntie: een inleiding in de economische analyse van het recht. Kluwer, 2007.

- een compensatieplicht op basis van de motieven van de wetgeving en op basis van het waardeverlies als gevolg van deze gebruiksbeperkingen (zie hiervoor de verschillende opgesomde categorieën in het uitgewerkte voorstel).

In zijn artikel "A Clear View of the Cathedral" kant Epstein zich fel tegen "rule 4", maar dit verzet is van toepassing op het gebruik van rule 4 tussen private partijen (en dus niet tussen een private partij en de overheid) waardoor er niet in institutionele waarborgen is voorzien.

De vraag blijft dan nog hoeveel er moet gecompenseerd worden en hoe de proportionele verhouding kan bepaald worden. Hiervoor verwijzen we naar de volgende secties waar het concrete compensatiemodel wordt uitgewerkt.

AFDELING 5. UITWERKING COMPENSATIEREGELS EN COMPENSATIEMODEL

1. Voorstel compensatiepercentage bestek

Het bestek dat deze opdracht heeft uitgeschreven bevat het volgende voorstel van nadeelcompensatie:

"Hieronder staat een voorstel van nadeelcompensatie bij 'schending' van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten beschreven. De 2 relevante parameters betreffen de mate van waardeverlies of aantasting van het grondrecht, en de ratio legis van de genomen beleidsmaatregel. We onderscheiden 5 gevallen of scenario's:

- 100 – 80%: altijd compensatie want dit vormt een quasi-onteigening.
- 80 – 60%: altijd compensatie, tenzij het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt wordt, en dit gedrag schade veroorzaakt dat meer bedraagt dan het waardeverlies.
- 60 – 40%: altijd compensatie, tenzij de beleidsmaatregel de transactiekosten verlaagt, ter correctie van negatieve externaliteiten wordt ingevoerd of indien er een herverdelend beleid op basis van een zuivere meerderheidsbeslissing gebeurt (op basis van de Rawlsiaanse logica van inclusiviteit), en de eigenaar nooit meer dan 50% van de waarde van zijn goed verliest.
- 40 – 20%: nooit compensatie, tenzij de normadressaat kan aantonen dat de beleidsmaatregel niet is ingevoerd ter correctie van een maatschappelijk probleem, niet ordenend is of een herverdelend beleid op grond van een zuivere meerderheidsbeslissing inhoudt, m.a.w. dat de beleidsmaatregel door "rent-seeking" is tot stand gekomen => schending van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten.
- 20 – 0%: nooit compensatie want dit vormt een toepassing van het 'de minimis' principe, zelfs wanneer er sprake is van een herverdelende minderheidsbeslissing.

Het trekken van de grenzen tussen de 5 scenario's lijkt arbitrair te zijn, maar vloeit voort uit de zoektocht naar een evenwicht tussen de 5 situaties, waarbij de spanwijdte van de ene categorie evenredig is tot de andere."

Het bestek stelt hierbij twee grote vragen, nl. inzake de technische haalbaarheid enerzijds en de juridische fundamenten hiervan anderzijds. In deze rechtseconomische analyse gaan we enkel in op de eerste vraag die op zijn beurt in twee onderdelen uiteenvalt.

Vooreerst rijst de vraag of het wel mogelijk is om te komen tot objectieve ramingen van de waardevermindering. Een voorstel van aanpak wordt hieronder geformuleerd.

2. Bepaling waardeverlies en compensatiepercentage

De opdrachtgever heeft reeds een voorstel van nadeelcompensatie geformuleerd. Hierbij is het al dan niet ontvangen van een nadeelcompensatie afhankelijk van het procentuele waardeverlies maar ook van de aard van de wetgeving (sturend of ordenend: zie hoofdstuk 2). In geval van toekenning is de hoogte van de nadeelcompensatie gelijk aan dit procentuele verlies van de waarde van de eigendom. Vooraleer we overgaan tot het objectief bepalen van de waarde van een eigendom, moeten we eerst bepalen wat de waarde van eigendom precies inhoudt. De waarde kan namelijk gelijk zijn aan de marktprijs van de eigendom of de waarde kan gelijk zijn aan het nut van de eigendom. Beide opties vereisen vervolgens ook andere methodes om de waarde te 'monetariseren'.

Waarde = marktprijs

De marktprijs van een eigendom komt tot stand door de werking van de markt, of in andere woorden door het spel van vraag en aanbod.²⁴⁸ De prijs waarbij de vraag en het aanbod gelijk zijn aan elkaar noemt men de evenwichtsprijs. Het is deze prijs die de consumenten betalen aan de producenten. De marktprijs is echter enkel die prijs waarvoor vraag en aanbod aan elkaar gelijk zijn.

Bijgevolg zullen er steeds mensen zijn voor wie een goed meer waarde heeft dan de marktprijs, en dus het goed zullen aankopen. Omgekeerd zullen er ook mensen zijn voor wie een goed minder waarde heeft dan de marktprijs, en dus het goed niet zullen aankopen.

De marktprijs is een voorbeeld van een geobserveerde of gereveleerde voorkeur (revealed preference zoals beschreven in sectie 2.2.2). Het is bijgevolg mogelijk om de marktprijs tegen een (relatief) lage kost te bepalen, aangezien deze te vinden is op een echte markt. De vraag die hierbij moet gesteld worden is in welke mate de markt correct functioneert en de marktprijs als dusdanig kan gehanteerd worden.

Waarde = nut

²⁴⁸ Uitgaande van een perfecte markt zonder marktfalingen.

De vraag geeft echter meer informatie dan enkel de totstandkoming van de marktprijs. De vraag geeft namelijk weer hoeveel men bereid is te betalen voor een bepaalde hoeveelheid van het goed (eigendom in dit geval).²⁴⁹ De vraag kent bijgevolg een dalend verloop, aangezien consumenten steeds minder bereid zijn te betalen voor een toename in de hoeveelheid van een goed of marginaal goed. Op een bepaald moment zal hun bereidheid tot betalen (i.e. willingness to pay of WTP) voor een extra hoeveelheid van het goed zelfs nul bedragen, aangezien ze op een verzadigingspunt gekomen zijn. Dit noemt men ook de wet van het afnemende marginale nut. De bereidheid tot betalen van een consument is dus het nut dat de consument hecht aan het kunnen beschikken over en het kunnen gebruiken van een bepaald goed.

Voor sommige consumenten zal deze bereidheid tot betalen lager zijn dan de marktprijs van het goed, waardoor deze consumenten niet zullen overgaan tot een aankoop. Voor andere consumenten zal deze bereidheid tot betalen hoger zijn dan de marktprijs van het goed, waardoor deze consumenten wel zullen overgaan tot een aankoop. Voor deze laatste groep consumenten is het verschil tussen de bereidheid tot betalen en de marktprijs van het goed positief en wordt er bijgevolg welvaart gecreëerd.

In het geval van een waardevermindering van een eigendom kan men echter beter spreken in termen van de "bereidheid tot betalen voor het vermijden van een nadeel" (willingness to pay to avoid a disadvantage) of de "bereidheid tot het aanvaarden van een nadeel" (willingness to accept (WTA) a disadvantage).

Contextueel gezien geniet de WTA de voorkeur, aangezien het hier nadelige gevolgen van een overheidsmaatregel betreft die zich werkelijk zullen manifesteren en dus niet te vermijden zijn.

Om het nut van een goed voor de consument te bepalen kan men beroep doen op verschillende methoden van uitgedrukte of verklaarde voorkeur (stated preference), zoals contingente waarderingmethoden, rating-methoden, ranking-methoden en keuze-experimenten. Deze methoden maken gebruik van hypothetische markten en zijn bijgevolg arbeids- en data-intensief. Met andere woorden, er zijn hoge transactiekosten die gepaard gaan met het bepalen van het waardeverlies. Verder moeten we ook rekening houden met de bedenkingen die we in 2.2.2 hebben geformuleerd op deze methodieken (zijnde dat het gaat om een hypothetische marktsituatie die onderzocht wordt door middel van enquêtes en waarbij sterke assumpties gemaakt worden).

De bepaling van het procentuele waardeverlies

In theorie is het nut dat consumenten hechten aan een goed conceptueel gezien de beste manier om de waarde van een goed te bepalen. In de praktijk zullen de kosten echter aanzienlijk zijn indien voor elke waardering van een eigendom één of meerdere van de bovenvermelde methoden van verklaarde voorkeur toegepast dienen te worden.

²⁴⁹ Het aanbod geeft de aangeboden hoeveelheid weer bij verschillende niveaus van marginale (productie)kosten.

In het licht van het operationaliseren van de bovenstaande redenering lijkt de toepassing van de marktprijs bijgevolg de meest haalbare mogelijkheid, zodat het ook toepasbaar en hanteerbaar is voor de betrokken rechtscolleges of administratieve colleges. M.a.w. als schaduwprijs voor het nut van een eigendom wordt gebruik gemaakt van de marktprijs van de eigendom. Het al dan niet te compenseren waardeverlies kan bijgevolg berekend worden als:

$$\text{Waardeverlies} = \text{marktprijs vóór overheidsmaatregel} - \text{marktprijs ná overheidsmaatregel}$$

Of dit waardeverlies ook gecompenseerd zal worden is verder afhankelijk van de verdelingsregels en tot welke categorie het waardeverlies behoort. Ter bepaling van deze categorie van het waardeverlies, en dus of een nadeelcompensatie voorzien zal worden, kan het procentueel waardeverlies bijgevolg berekend worden als:

$$\text{Procentueel waardeverlies} = \frac{\text{marktprijs vóór overheidsmaatregel} - \text{marktprijs ná overheidsmaatregel}}{\text{marktprijs vóór overheidsmaatregel}}$$

Het kan in werkelijkheid echter soms enige tijd duren vooraleer de gevolgen van de overheidsmaatregel geïnternaliseerd zijn in de nieuwe marktprijs van de eigendom. In theorie zou men in principe een voldoende grote tijdsperiode moeten incalculeren, teneinde ervoor te zorgen dat de nieuwe marktprijs zich redelijkerwijze heeft kunnen vormen en aanpassen aan de overheidsmaatregel. Het zal namelijk enige tijd duren vooraleer de maatschappij (als dit al zal gebeuren, quid informatieasymmetrie?) volledig op de hoogte zal zijn van de (gevolgen van) overheidsmaatregel. In de praktijk zal dit waarschijnlijk echter niet haalbaar zijn, waardoor deze tijdsperiode mogelijk te kort zal zijn.

Bijgevolg zullen de gevolgen van de overheidsmaatregel niet volledig in de marktprijs geïnternaliseerd zijn en de gehanteerde marktprijs ná de overheidsmaatregel een onderschatting betekenen van de werkelijkheid.

Het bepalen van de marktprijs van de eigendom vóór de overheidsmaatregel is bovendien ook geen evidentie, aangezien men de historische marktprijs van een eigendom wenst te achterhalen.

Men moet dus als het ware terugkeren in de tijd en vervolgens de marktwaarde van voorheen bepalen van een eigendom. Dit is vanzelfsprekend niet realiseerbaar.

Wel kunnen zogenaamde schaduw prijzen gehanteerd worden, dewelke een aanvaardbare inschatting van de marktprijs vóór de beleidsmaatregel kunnen zijn. Hiervoor kan een beroep worden gedaan op de hedonistische prijsmethode. Met behulp van deze methode kan de waarde van een goed (bv. geluidsoverlast t.g.v. de aanleg van een autosnelweg) bepaald worden door het gedrag van consumenten te observeren in aanverwante markten. De prijsvergelijking van gelijkaardige huizen in rustige gebieden en gebieden die te kampen hebben met geluidsoverlast is hiervan een voorbeeld. Door twee types van goederen te vergelijken met dezelfde eigenschappen, kan namelijk de waarde van het externe effect (geluidsoverlast in dit geval) eruit gefilterd worden. Toegepast op het

voorbeeld van de huizen, wil dit zeggen dat deze over o.a. een vergelijkbare omvang in m², bouwjaar, nabijheid tot openbaar vervoer en winkels moeten beschikken.

Aangezien vervolgens enkel de geluidsoverlast verschillend is, kan het prijsverschil (geheel of gedeeltelijk) hieraan toegeschreven worden. In de praktijk is het echter niet eenvoudig om vergelijkbare huizen te vinden voor de overige eigenschappen. Dus ook hier moet met voorzichtigheid gehandeld worden.

Men zou hiervoor een beroep kunnen doen op de statistieken van de FOD Economie²⁵⁰ omtrent de gemiddelde prijs van de verkopen van bouwgronden, woonhuizen, villa's en appartementen. Deze bevatten respectievelijk de gemiddelde verkoopprijs per vierkante meter bouwgrond, per woonhuis, per villa en per appartement in België. Verdere verfijning (op basis van bv. oppervlakte bouwgrond, omgevingsfactoren, ...) is dan echter noodzakelijk zodoende een zo accuraat mogelijke inschatting van de marktprijs van een vergelijkbaar eigendom (vóór de overheidsmaatregel) te bekomen.

Het is dus niet eenvoudig (en vaak onmogelijk) om exact het procentuele waardeverlies van een eigendom door een overheidsmaatregel in te schatten. Wel kan er eventueel gezocht worden naar grootteorde om effecten in te schatten en daarom zijn de schalen uit het bestek een goede aanzet om niet in de val te trappen van vele neoklassieke studies die exact de kosten en baten van overheidstussenkomsten trachten te monetariseren. Gelet op de kritieken die we ook op deze methodieken hebben geformuleerd in 2.2.2 is voor eigendomsrechten voorzichtigheid geboden bij het gebruiken van stated preference methodieken.

Aansluitend hierop ontstaan vragen omtrent de eigenlijke uitbetaling van de compensatie: moet die volledig gebeuren, of moet deze met 20% ingeperkt (hetzelfde bedrag als voor de 'de minimis' regeling) worden? Het voorstel van het bestek is om te kiezen voor het eerste omwille van twee redenen: (1) ter compensatie van de kosten die de aanvrager moet maken om zijn aanvraag in te dienen en te wachten op een uitsluitsel hieromtrent, en (2) de 'de minimis' regeling geldt tot maximaal 20%, wat betekent dat niet elk geval binnen deze categorie leidt tot een waardeverlies van 20%.

De opdrachtnemer kan zich in principe aansluiten bij deze redenering, hoewel de keuze voor 20% eerder arbitrair lijkt te zijn. In de gevalstudies kan de eigenlijke omvang van deze kosten onderzocht worden in welke mate dit realistisch is.

Ten tweede stelt het bestek de tweede cruciale vraag hoe men een objectief verantwoordbaar onderscheid kan maken tussen de diverse categorieën, vooral dan tussen ordenende versus herverdelende beslissingen, enerzijds, en tussen meerderheids- en minderheidsbeslissingen die tot herverdeling leiden, anderzijds. Zoals aangehaald in hoofdstuk twee vertrekt het ordenend karakter van een beleidsmaatregel in het tegengaan van negatieve externaliteiten (al dan niet als gevolg van een problematisch handelen van de normadressaat) of in het scheppen van efficiëntere marktwerking door het reduceren van transactiekosten. Hierbij kan eventueel de invoering van een 'default rule'

²⁵⁰ Beschikbaar via: http://statbel.fgov.be/nl/statistieken/cijfers/economie/bouw_industrie/vastgoed/

overwogen worden, namelijk dat de beleidsdoelstellingen of -maatregelen die niet duidelijk ordenend zijn, 'van nature' herverdelend (moeten) zijn.

Daarom is in het analysekader voor GBOL dat we hierboven hebben beschreven de opbouw zo belangrijk: stap 1 de legitimiteit van de beleidsmaatregel moet aangetoond worden, stap 2 de noodzakelijkheid en het falen van de vrijwilligheid moet aangetoond worden en ten slotte moet de proportionaliteit bewezen worden. Dit zorgt ervoor dat de wetgeving goed onderbouwd moet worden. Dit betekent dat het aan de overheid toekomt om op afdoende wijze, d.i. objectief en met feiten onderbouwd, aan te tonen waarom de aantasting geoorloofd

3. Aangepast voorstel nadeelcompensatie

De 2 relevante parameters van het nieuwe voorstel hebben dezelfde criteria als deze van het initiële voorstel, nl. de mate van waardeverlies of aantasting van het grondrecht, en de ratio legis van de genomen beleidsmaatregel. Maar in plaats van 5 worden 6 gevallen of scenario's onderscheiden:

- 100 – 90%: altijd compensatie want dit vormt een quasi-onteigening.
- 90 – 70%: altijd compensatie, tenzij het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt worden, en dat de schade die veroorzaakt is door dit gedrag groter is dan het waardeverlies.
- 70 – 50%: altijd compensatie, tenzij de beleidsmaatregel de transactiekosten verlaagt en zodoende een vermogenstoename genereert die hoger is dan het waardeverlies, of het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt worden, en dat de schade die veroorzaakt is door dit gedrag groter is dan het waardeverlies.
- 50 – 30%: altijd compensatie, tenzij er een herverdelend beleid op basis van een zuivere meerderheidsbeslissing gebeurt (op basis van de logica van inclusiviteit zoals hierboven uitgelegd), of tot verlaging van de transactiekosten (zoals hierboven uitgelegd), of ter correctie van negatieve externaliteiten wordt ingevoerd (zoals hierboven uitgelegd).
- 30 – 10%: nooit compensatie, tenzij de normadressaat kan aantonen dat de beleidsmaatregel niet is ingevoerd ter correctie van een maatschappelijk probleem, niet ordenend is of een herverdelend beleid op grond van een zuivere meerderheidsbeslissing inhoudt, m.a.w. dat de beleidsmaatregel door rent-seeking en logrolling is tot stand gekomen.
- 10 – 0%: nooit compensatie want dit vormt een toepassing van het 'de minimis' principe, zelfs wanneer er sprake is van een herverdelende minderheidsbeslissing.

Terwijl bij het bovenstaande de situatie beschouwd wordt vanuit het standpunt van de overheid of onteigende instantie is het ook mogelijk om hetzelfde te doen vanuit het standpunt van de normadressaat:

- “Zelfs wanneer er sprake is van een herverdelende minderheidsbeslissing moet de normadressaat een 0 – 10% waardeverlies aanvaarden en kan men nooit compensatie vragen, aangezien dit een toepassing van het ‘de minimis’ principe vormt.
- Wanneer de normadressaat kan aantonen dat de maatregel niet is ingevoerd ter correctie van een maatschappelijk probleem, niet ordenend is of een herverdelend beleid op grond van een zuivere meerderheidsbeslissing inhoudt, m.a.w. bij uitsluiting niet anders kan dan dat de beleidsmaatregel door rent-seeking en logrolling tot stand is gekomen, dan kan hij bij een waardeverlies tussen 10 – 30% om een compensatie vragen.
- Wanneer de overheid daadwerkelijk kan aantonen dat er sprake is van een herverdelend beleid op basis van een zuivere meerderheidsbeslissing gebeurt (o.b.v. de Rawlsiaanse logica van inclusiviteit), of tot verlaging van de transactiekosten, of ter correctie van negatieve externaliteiten wordt ingevoerd, dan is de overheid bij een 30 – 50% waardeverlies niet verplicht een nadeelcompensatie toe te kennen.
- Wanneer de overheid daadwerkelijk kan aantonen dat de beleidsmaatregel de transactiekosten verlaagt en zodoende een vermogenstoename genereert dat hoger is dan het waardeverlies, of ter correctie van negatieve externaliteiten wordt ingevoerd, al dan niet veroorzaakt door het gedrag van de normadressaat, dan is de overheid bij een 50 – 70% waardeverlies niet verplicht een nadeelcompensatie toe te kennen.
- Wanneer de overheid daadwerkelijk kan aantonen dat de beleidsmaatregel is ingevoerd ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt worden, en dit gedrag schade veroorzaakt dat meer bedraagt dan het waardeverlies dan is bij een waardeverlies van 70 – 90% de overheid niet verplicht een nadeelcompensatie toe te kennen.
- Bij een 90 – 100% waardeverlies is de overheid steeds verplicht een nadeelcompensatie toe te kennen want dit vormt een quasi-onteigening.”

Merk op dat in vergelijking met het initiële voorstel uit het bestek er nu twee belangrijke verschillen zijn:

- M.b.t. “het ordenend karakter” van de wetgeving zou een onderscheid moeten gemaakt worden tussen de twee vermelde vormen of soorten ordenende wetgeving, namelijk het tegengaan of remediëren van (negatieve) externaliteiten enerzijds, en het verlagen van transactiekosten anderzijds. In het eerste geval draagt de normadressaat een eigen (grote) verantwoordelijkheid, terwijl dit in het tweede geval niet zo is. De graad van geoorloofde aantasting zou in het tweede geval dan ook lager moeten zijn, waardoor de mate van nadeelcompensatie zou moeten stijgen.
- De tweede voorwaarde bij het al dan niet toekennen van nadeelcompensatie wordt sterker benadrukt, namelijk geen toekenning van nadeelcompensatie indien de veroorzaakte schade (bij derden ten gevolge van externaliteiten) of de gecreëerde meerwaarde voor zichzelf (ten gevolge van de verlaging van de transactiekosten) groter is dan het waardeverlies die de wetgeving veroorzaakt, dit om te vermijden dat ofwel het veroorzaken van kleine negatieve externaliteiten onevenredig zwaar zou gesanctioneerd worden (door zelfs bij waardeverlies

onder 90% geen nadeelcompensatie toe te staan), ofwel dat bij de verlaging van de transactiekosten er tweemaal vergoed zou worden, namelijk het verkrijgen van de meerwaarde én van een nadeelcompensatie.

Nu ontstaat het probleem hoe men een objectief verantwoordbaar onderscheid kan maken tussen de diverse categorieën, vooral dan tussen ordenende versus herverdelende beslissingen, enerzijds, en tussen meerderheids- en minderheidsbeslissingen die tot herverdeling leiden, anderzijds. Zoals hierboven al aangegeven is het RIA-denken geschikt om te onderzoeken of er daadwerkelijk een ordenend karakter in de voorgestelde regelgeving aanwezig is. Het toepassen van de 'default rule' dat de beleidsdoelstellingen of -maatregelen die niet duidelijk ordenend zijn, herverdelend van nature (moeten) zijn. Dit zal hopelijk de overheid er ook toe aanzetten in een duidelijke(re) en objectieve(re) motivering van de bestaansreden van zijn beleidsmaatregel te voorzien (cf. het analysekader GBOL zoals hierboven toegelicht).

Wat moeilijker dan het onderscheid tussen ordenende en sturende beslissingen is het identificeren van het onderscheid tussen herverdelende meerderheids- en minderheidsbeslissingen en het probleem van de "log-rolling". Uiteraard zal dit niet blijken uit stukken die de verantwoording van een beleidsmaatregel moeten voeren. Zelden of nooit zal er gezegd worden dan een beslissing wordt genomen omwille van de invloed van drukingsgroepen of stemmenruil.

Daarom lijkt dit onderscheid zich eerder achter de schermen af te spelen en is het niet mogelijk om in de hoofde van de beleidsmakers te kijken om de motieven achter beleidsmaatregelen te identificeren. Een mogelijke oplossing hiervoor ligt echter wel in de nauwgezette analyse van de effecten van de maatregel. Meer bepaald in de verdelingsanalyse van de effecten van een maatregel (zoals dat in de RIA idealiter al zou moeten gebeuren). Welke groepen gaan er dankzij een maatregel op vooruit en welke groepen gaan er dankzij een maatregel op achteruit.

Wanneer we vaststellen dat de winnaars een (eerder kleine) minderheid vormen en de kosten ervan over een (eerder grote) meerderheid worden verspreid, dan zou dit kunnen duiden dat de krachten van de private interest theorieën hebben meegespeeld.

Uiteraard moet hierbij gezegd worden dat dit veel moeilijker ex-ante kan gebeuren en dat de herverdelingseffecten ten voordele van bepaalde groepen vaak pas duidelijker zal worden ex-post. Mede hierom zou men kunnen nadenken over het invoeren van een weerlegbaar vermoeden waarbij de bewijslast niet langer bij de overheid maar bij de normadressaat ligt, wat deze laatste de kans geeft de invloed van private interest krachten (rent seeking e.d.) van een beleidsmaatregel aan te tonen. De oplossing die we hier naar voor schuiven komt voor uit de inzichten Acemoglu en Robinson die we in luik 3.7 uitgebreid hebben besproken. De auteurs geven het belang aan in welke mate de economische en politieke instituties in een land 'inclusief' en 'extractief' zijn.

- Inclusieve politieke instituties geven alle lagen van de bevolking de kans deel te nemen aan het besluitvormingsproces. Er is persvrijheid, controle op bestuursorganen, transparantie en benoemingen vinden democratisch of op neutrale wijze plaats. Politieke systemen met een hoog democratisch gehalte zijn in principe inclusief.

- Inclusieve economische instituties betrekken de hele bevolking bij het economisch proces. De maatschappij is redelijk egalitair, carrièrekansen en studiekansen bestaan voor iedereen, sociale mobiliteit is hoog.
- Extractieve politieke instituties beperken de besluitvorming tot een relatief kleine gesloten elitegroep. Er is weinig controle op de instituten en als gevolg is de maatschappij gevoelig voor nepotisme, cliëntelisme en corruptie. Het is mogelijk dat er voor de bühne democratische besluitvorming bestaat; de invloed hiervan is dan echter beperkt of nihil.
- Extractieve economische instituties beperken de voordelen van economische groei tot een kleine groep, vaak dezelfde elitegroep. Dit geschiedt vaak door middel van controle over de belangrijkste ondernemingen en in het verlengde daarvan, benoemingen. De verschillen tussen rijk en arm zijn groot en sociale mobiliteit is laag.

Het gevolg van een inclusief systeem is dat innovatie beloond wordt met economisch voordeel. Bovendien worden bestuursorganen op de vingers gekeken waardoor de kans op machtsmisbruik kleiner wordt. Hierdoor zal ook de politiek meer in het algemeen belang handelen dan in het eigen belang. Het gevolg is dat de welvaart voor het hele land erop vooruit gaat. Aangezien economische en politieke inclusieve instituties elkaar wederzijds versterken, ontstaat er een opwaartse spiraal. Een extractief systeem daarentegen ontmoedigt iedere prikkel tot innovatie. Sterker nog, dit wordt in sommige gevallen zelfs opzettelijk belemmerd want voor de elite betekent iedere verandering een risico op een verslechtering van de eigen positie.

Dit geldt ook voor technologische vooruitgang en daarom worden ook technologische verbeteringen doelbewust tegengehouden waardoor de creatieve destructie niet kan plaatsvinden. Voor de onderlaag loont het niet om innovatief te zijn of harder te werken, omdat dit ofwel afgestraft wordt ofwel het voordeel hiervan aan de elite toekomt.

Weliswaar is het mogelijk om onder extractieve omstandigheden economische groei te bereiken door gebruik te maken van een tijdelijk voordeel (Argentinië begin 20e eeuw, de Sovjet-Unie, de Arabische Golfstaten), maar deze groei is meestal tijdelijk en zal uiteindelijk eindigen, tenzij het land zichzelf tijdig tot een systeem met inclusieve politieke en economische instituties kan hervormen.

Als we nu de link maken naar onze vraagstelling over herverdelende meerderheids- en minderheidsbeslissingen, dan zien we dat herverdelende minderheidsbeslissingen in bepaalde mate voortkomen uit extractieve politieke en economische instituties. Economische spelers die d.m.v. rent-seeking over een politieke machtspositie beschikken, proberen hun 'excessieve' winsten (als gevolg van hun economische machtspositie) te vrijwaren door hun economische machtsposities met politieke middelen en het gebruik van dwingende wetgeving van innovaties en concurrentie af te schermen. Herverdelende meerderheidsbeslissingen daarentegen hebben een inclusieve doelstelling en dienen om alle lagen van de bevolking te laten deelnemen aan en delen in de welvaartscreatie.

Een bijkomende test om na te gaan of we te maken hebben met een herverdelende meerderheidsbeslissing is het gebruiken van de 'veil of ignorance' en de 'veil of insecurity' van respectievelijk John Rawls en James Buchanan. Beide auteurs stellen namelijk zou een redelijk en risico-neutrale mens zonder enige kennis van zijn (toekomstige) positie binnen de samenleving de

herverdelende beleidsmaatregel al dan niet goedkeuren. Indien wel, dan mag men besluiten dat de herverdeling in het algemeen belang en dus inclusief van aard is, terwijl in het tegenovergestelde geval de herverdelende beleidsmaatregel als excessief en dus extractief kan beschouwd worden.

4. Decretale of algemene juridische uitwerking compensatieprocedure

a. Impact op samenleving

De vraag is nu wat het voordeel is van een decretale uitwerking van de compensatieprocedure. Waarom is deze nodig en zal deze een impact hebben op de maatschappij. De basisvraag past in de literatuur omtrent de 'rules versus standards' discussie. Een coherent basisartikel dat de belangrijkste verschillen aantoonst is dat van Posner waarin hij het verschil uitlegt tussen het maken van specifieke regelgeving die bestuurlijk kan opgevolgd worden (de administratie zoals hij het noemt) en het niet hebben van specifieke regelgeving en dus rekenen op de rechtbanken om geschillen te beslechten.²⁵¹ Er bestaan meerdere basiswerken, maar die zijn grotendeels gelijklopend en daarom gaan we ze niet allemaal uit de doeken doen. De basiselementen zijn overal dezelfde en geven enkel de grote lijnen weer zonder dat dit voor elke gevalstudie het geval zal zijn.

Voor een uitgebreidere bespreking verwijzen we ook naar de studie omtrent Detailregelgeving van de Vlaamse overheid. Volgens Posner zijn er vier belangrijke verschillen tussen regulering en procesvoering (litigation):

1) *Regulering gebruikt ex-ante middelen voor controle terwijl dit bij procesvoering ex-post gebeurt*

De ex-ante benadering promoot duidelijke wettelijke verplichtingen en daardoor een betere naleving. Ex-ante regulering treedt in werking voordat er sprake is van een verlies i.t.t. rechtszaken. Maar ex-ante en ex-post regulering zijn moeilijk van elkaar te scheiden aangezien er mechanismen nodig zijn om te interveniëren indien er toch een overtreding plaatsvindt. In het geval dat ex-ante regulering de vorm van regels aanneemt verkleint de informatiebasis omdat men precisie verkrijgt in ruil voor mogelijke informatieaspecten die de regulering niet heeft kunnen anticiperen of die eruit werden gelaten om regulering zo eenvoudig mogelijk te houden. Standaarden kunnen hiervoor een oplossing bieden maar ze zijn vaag hetgeen weer kan resulteren in een toename van rechtszaken.

Ex-post regulering geeft enkel in beperkte gevallen een aanleiding voor een interventie. Interventies zijn sporadisch en geval specifiek hetgeen de nauwkeurigheid doet toenemen. Nadelen van ex-post regulering hebben te maken met het gewoonrecht dat sterk focust op standaarden i.p.v. regels, hetgeen de kosten per gevalbasis doet toenemen. Dit is vooral te wijten aan het teveel van informatie dat wordt gegenereerd. Meer informatie kan een procedure niet enkel kostelijk maken maar kan ook voor onzekerheid zorgen en bijgevolg meer variantie in de uitkomst creëren. Daarnaast, maakt

²⁵¹ Posner R., *Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts) An Analytical Framework* – NBER working paper series, 2010 (<http://www.nber.org/chapters/c11956.pdf>)

onzekerheid het moeilijk om de prestaties van een rechter of regulator te monitoren om te verifiëren of hij/zij competent is en eerlijk handelt.

2) Regulering gebruikt regels terwijl men bij procesvoering standaarden gebruikt

Regels zijn duidelijk en simpel, hetgeen handhavingskosten doet afnemen en de controle van de rechtbank of agentschap dat de regels toepast vergemakkelijkt. Het gebruiken van regels is vooral interessant in een samenleving waarbij de rechtelijke macht gekenmerkt wordt door corruptie en incompetentie. Vaak zijn regels echter niet duidelijk en simpel aangezien ze ook uitzonderingen opnemen voor situaties waarbij ze niet van toepassing zijn. Het is meestal onduidelijk of iets onder een regel valt of onder één van de uitzonderingen. Regels zijn ook rauwer aangezien ze geen rekening houden met relevante feiten (bv. bij snelheidsovertredingen wordt geen rekening gehouden met verkeers- en weerscondities). Ze berusten op een nauwe informatiebasis hetgeen hen arbitrair en contra-intuïtief maakt. Standaarden zijn het tegenovergestelde van regels, hetgeen impliceert dat de nadelen van het één de voordelen zijn van het ander (en omgekeerd). Standaarden zijn flexibel, intuïtief en genereren en gebruiken meer informatie. Een belangrijk nadeel is dat ze zeer vaag kunnen zijn. Daarnaast kunnen standaarden kosten meebrengen bij hun toepassing omdat ze open-ended zijn. Hoe meer wantrouwen er is ten opzichte van rechtbanken, hoe meer men zich richt op regels. Het bovenstaande sluit niet uit dat regels van gerechtelijke aard kunnen zijn en standaarden van administratieve aard.

3) Regulering gebruikt experts (agentschappen) om regels te ontwerpen en te implementeren waarbij procesvoering gedomineerd wordt door generalisten (rechters, advocaten en jury's). Experts worden vaak bij procesvoering betrokken maar dan eerder als getuige.

Een belangrijk voordeel van agentschappen is hun specialisatie hetgeen de ontwikkeling van expertise in technische onderwerpen faciliteert. Agentschappen hebben meestal meer personeel ter beschikking en kunnen gebruik maken van flexibele bevoegdheden (ze kunnen zowel ex-ante als ex-post regulering toepassen). Daarnaast worden ze minder gehinderd door precedentes dan rechtbanken. De leden van een agentschap hebben meer politieke legitimiteit en spelen een belangrijke rol bij de totstandkoming van het beleid. Rechters maken geen beleid en zijn terughoudend om te innoveren. Een belangrijk nadeel van agentschappen is dat ze meer onder druk kunnen komen te staan van belangengroepen (regulatory capture). Ze zijn ook sterk afhankelijk van de informatie die ze moeten verkrijgen van diegenen die ze moeten reguleren.

Een voordeel van rechtbanken is dat ze immuun zijn voor potentiële druk vanuit belangengroepen. Daarnaast, zijn ze minder bureaucratisch, zijn ze gedecentraliseerd en semigeprivatiseerd (omwille van de grote rol die advocaten spelen bij hun werking). Tunnelvisie die verbonden is aan een bepaalde expertise kan vermeden worden en rechters zijn ook minder missie georiënteerd dan regulatoren. Belangrijke nadelen van rechtbanken zijn het gebrek aan middelen, personeel en gespecialiseerde kennis, de aanwezigheid van moeilijke en verouderde procedures, en de vertraging (traagheid) in het bieden van een oplossing voor belangrijke sociale problemen (rechtbanken kunnen enkel reageren wanneer een rechtszaak wordt aangespannen).

4) *Regulering gebruikt openbare handhavingsmechanismen terwijl procesvoering meestal private handhavingsmechanismen toepast.*

Het systeem van rechtbanken of rechtszaken hangt af van private individuen en bedrijven om het systeem te activeren. Procesvoering is doorgaans kostelijk en traag. Een administratieve procedure is te verkiezen boven een gerechtelijke indien er sprake is van veel rechtszaken en wanneer er veel advocaten nodig zijn om de zaken te behandelen, aangezien dit onacceptabele vertragingen en verwarringen met zich meebrengt. Daarnaast kunnen toenemende informatiekosten ertoe leiden dat agentschappen beter geschikt zijn om geschillen op te lossen dan generalisten.

Samengevat wilt dit zeggen dat we moeten rekening houden met:

- De gespecialiseerde expertise in heel wat gevallen hoger ligt binnen administraties dan de expertise van algemene rechters.
- De transactiekosten voor de burger die zonder een stelsel in de regelgeving verplicht is om naar de burgerlijke rechter te trekken. Dit kan omslachtig zijn omdat de kosten voor rekening van de normadressaten zijn.
- Het gevaar voor regulatory capture kan hoger zijn bij administraties dan bij rechters.

De bedoeling (vanuit een normatief rechtseconomisch oogpunt) van de decretale uitwerking van het juridisch stelsel van nadeelcompensatie (in het kader van de bescherming van eigendomsrechten) moet liggen in de verlaging van de transactiekosten bij de toepassing van het stelsel.

Deze transactiekosten kunnen verlaagd worden door een decretale bepaling waarbij (1) de diverse categorieën worden vastgesteld (= wat een gemiddelde burger al dan niet moet aanvaarden) en (2) de nadeelcompensatie kan verworven worden via een administratieve procedure waarbij de bewijslast als volgt wordt toegewezen:

- De burger toont aan dat zijn eigendom door de wetgeving dermate aangetast wordt dat zij valt in één van de categorieën, én indien bij 10 tot 30% waardeverlies hij aantoont dat er in casu minderheidsbeslissingen meespelen. Zoals gezegd vloeit hieruit de verplichting voor de overheid tot nadeelcompensatie voort;
- De overheid kan deze verplichting tot nadeelcompensatie vermijden wanneer zij aantoont dat zij valt onder één van de uitzonderingsgronden.

Vanuit de positieve rechtseconomie kunnen we ons de vraag stellen wat de impact is voor de samenleving als er een sterkere (of beter geregelde) bescherming van de eigendomsrechten komt. We hebben in sectie 3.7 al uitvoerig beschreven wat de literatuur stelt over de impact van eigendomsrechten op het economische weefsel en op de kwaliteit van institutionele indicatoren (zoals bvb. de mate van democratie). We gaan deze hele sectie hier niet opnieuw herhalen. We wijzen wel nog op enkele nieuwe elementen.

Het ontwikkelen van een nieuwe decretale oplossing zal in eerste fase vermoedelijk leiden tot een toename van het aantal betwistingen van wetgeving. De overgang naar een nieuw instrument zal leiden tot onduidelijkheid in een eerste fase en informatiekosten met zich meebrengen. Bij nieuwe wetgeving is het vaak zo dat eventuele onduidelijkheden in de wetgeving door verschillende partijen anders geïnterpreteerd wordt en er hierdoor ook nieuwe geschillen worden ingeleid. Met andere woorden, in eerste instantie zal het aantal geschillen en de gerechtskosten toenemen. Wel is het zo dat de decretale oplossing er zal toe leiden dat de transactiekosten voor de normadressaten lager zijn om een dergelijk geschil in te spannen. De doorlooptijd om een resolutie van het geschil te bekomen zal ook lager zijn bij deze procedure.

Op langere termijn zou deze regel de overheden ertoe moeten aanzetten om bij de invoering van nieuwe regels een grondiger onderzoek te doen. Met de default procedure zal men moeten motiveren waarom de beleidsmaatregel legitiem, noodzakelijk en proportioneel is. Uiteraard moest men dit ook al doen vroeger in hoofde van de RIA, maar de nadeelcompensatie kan een bijkomend versterkend effect hebben op de toepassing van de logica van de RIA aangezien er eventuele financiële gevolgen kunnen zijn. Dus voor een aantal administraties kan de decretale regel leiden tot een betere motivering van de wetgeving, voor een aantal administraties zal er geen effect zijn aangezien zij dit nu reeds doen. Als de motivering van wetgeving beter zal gebeuren, kan men verwachten dat de kwaliteit van wetgeving toeneemt en tenslotte ook de welvaart in de samenleving.

b. Gerechtelijke of bestuurlijke procedure

Daarnaast moet vanuit rechtseconomisch standpunt ook het onderscheid tussen regelgeving enerzijds en rechtspraak anderzijds gemaakt worden. Regelgeving geeft niet alleen economische incentives, maar vermijdt ook prohibitief hoge transactiekosten. In Nederland is de gelijkheid van openbare last erkend als een algemeen beginsel van deugdelijk bestuur en is geopteerd voor een bestuursrechtelijke procedure waarbij de overheid verplicht is tot het compenseren van de onevenredige nadelen die zij veroorzaakt. Het rechtseconomische antwoord is uiteraard ten dele gelegen in de omvang van de rechtszaak en de bijhorende gerechtskosten. De gerechtelijke procedure lijkt veeleer geschikt voor grote zaken; voor kleine zaken is een proces vaak te duur. Het is zo dat als gevolg van wettelijke en gerechtelijke interessen en van de langdurige procedures de vergoedingen bij een rechtszaak hoog kunnen oplopen, hetgeen een afschrikkend effect kan hebben op de besturen. Dergelijke compensaties kunnen dan beschouwd worden als "punitive damages" hetgeen de case voor de keuze van een bestuursrechtelijke procedure versterkt.

Het beleidsdoel van zowel een gerechtelijke als een bestuurlijke/administratieve procedure is het bepalen of een eigendom in aanmerking komt voor een nadeelcompensatie en hoe hoog deze desgevallend dient te zijn in geval van een overheidsmaatregel. Indien we mogen uitgaan van een gelijke effectiviteit van beide procedures,²⁵² vormen de reguleringskosten het enige, doorslaggevende economische element bij de keuze van de reguleringsoptie.

²⁵² En eveneens eenzelfde waarborging van de rechten van de burgers en bedrijven in beide procedures.

Om de reguleringskosten van een gerechtelijke en bestuurlijke procedure te identificeren en in kaart te brengen kan gebruik gemaakt worden van de taxonomie van reguleringskosten zoals voorgesteld door Marneffe en Vereeck.²⁵³ Hieronder vallen voor de overheid (de regulator) o.a. de besluitvormingskosten en de beheers- en handhavingskosten, en voor de burgers (de gereguleerden) o.a. de nalevings- en handhavingskosten.

Het is trouwens best mogelijk dat voor de gerechtelijke procedure van nadeelcompensatie een aantal elementen overgenomen zouden kunnen worden van de reeds bestaande gerechtelijke procedure voor onteigeningen. Als gevolg zullen een aantal kostencategorieën voor de gerechtelijke procedure voor nadeelcompensatie als "sunk" beschouwd kunnen worden. Om een bevooroordeelde keuze voor bestaande oplossingen te vermijden, hoeven deze sunk kostencategorieën vervolgens ook niet meer opgenomen te worden in de kostenanalyse van de twee procedures.²⁵⁴ Enkel de marginale kosten, i.c. de uitvoeringskosten, dienen daarom meegenomen te worden in het beslissingsproces.

In het kader van de verkeersboete concludeerden Deben et al. (2008) dat een administratieve procedure vanuit kostenstandpunt een goede oplossing is. Een empirische onderbouwing is echter noodzakelijk vooraleer een dergelijke uitspraak gedaan kan worden over het type procedure voor de nadeelcompensatie. Hiervoor moet met een gevalstudie gewerkt worden om dit te kunnen uitklaren aangezien dit niet mogelijk is om theoretisch te beantwoorden.

Er bestaan weinig onderzoeken die de administratieve en gerechtelijke procedure vergelijken op kosten. Een voorbeeld is dat van Deben bij de vergelijking van de bestuurlijke verkeersboete en de gerechtelijke procedure.²⁵⁵ Volgens Deben is bestuurlijke procedure vooral te verkiezen voor wat betreft de administratieve kosten. De administratieve afhandeling is doorgaans efficiënter bij bestuurlijke procedures en vereist minder tijdsinspanning. Ook de kosten om een procedure te starten zijn bij een bestuurlijke procedure doorgaans veel lager dan bij een gerechtelijke procedure. Ze stelt concreet ten eerste kan de vaststelling door de inzet van ambtenaren en eenvoudige vaststellingsformulieren in het bestuursrecht tegen lagere kosten gebeuren. Gegeven de bestaande rechtswaarborgen, waaronder de bewijslast en de strakke regels voor de bewijsvergaring, lopen de kosten van de gerechtelijke procedure voor informatievergaring en de zitting op tegenspraak zo hoog op dat onder deze omstandigheden het hele gerechtelijke proces duur uitvalt. Wat de kosten van de rechtswaarborgen betreft, zijn deze het laagste bij de bestuurlijke procedure. Maar niet enkel de kosten per gerechtelijke procedure spelen een rol, ook het aantal processen beïnvloedt de totale proceskosten. Daar de bestuurlijke procedure geen systematisch gebruik van een gerechtelijke procedure maakt, boekt het ook hier winst. De ingebouwde bestuurlijke vereisten die als buffer functioneren tegen het instellen van een gerechtelijke procedure door de benadeelde, garanderen een verdere terugval van het aantal procedures.

²⁵³ Marneffe en Vereeck (2008). De kosten van wetgeving: een taxonomie. Tijdschrift voor Wetgeving 2008, nr.1.

²⁵⁴ Deben, Marneffe en Vereeck (2008) De reguleringskosten van de administratieve verkeersboete. Tijdschrift voor Wetgeving 2008, nr.3.

²⁵⁵ Deben L, Verkeershandhaving door de bestuurlijke boete, een rechtseconomische benadering, RA-2006-81, Steunpunt Verkeersveiligheid

HOOFDSTUK 3. JURIDISCHE EN RECHTSECONOMISCHE ANALYSE VAN HET UITGEWERKT VOORSTEL VAN NADEELCOMPENSATIE

AFDELING 1. HET TOETSINGSKADER.

Dit derde (integratie)hoofdstuk dient als een koppeling tussen het algemene en theoretische eerste en tweede hoofdstuk van het eerste deel van dit onderzoeksrapport enerzijds en het tweede deel van dit onderzoeksrapport anderzijds.

Daarom wordt er hieronder in de verschillende onderafdelingen een overzicht gegeven van de elementen die relevant blijken te zijn voor deze studie. De hieronder besproken elementen zullen in het tweede deel van dit onderzoeksrapport worden gebruikt bij het uitvoeren van de concrete gevalstudies.

In afdeling 2 zal er tot slot nog ingezoomd worden op de wenselijkheid en eventuele inhoud van wetgeving inzake nadeelcompensatie.

ONDERAFDELING 1. DE VERHOUDING TUSSEN DE EVENREDIGHEIDSVEREISTE EN HET GBOL-BEGINSEL

De voorgaande hoofdstukken hebben duidelijk gemaakt dat een onderzoek naar de wisselwerking tussen de evenredigheidsvereiste en het GBOL-beginsel noodzakelijk is om de draagwijdte van het GBOL-beginsel ten volle te kunnen begrijpen. Aangezien de verhouding tussen deze figuren het speelveld inzake nadeelcompensatie duidelijk zal afbakenen, wordt ervoor gekozen om dit reeds in de eerste onderafdeling te bespreken.

Inzake de verhouding tussen de evenredigheidsvereiste en het GBOL-beginsel vormt de bijdrage van ALEN en VERRIJDT uit 2012 een interessant startpunt. Zij argumenteren in deze bijdrage immers dat het GBOL-beginsel de spagaat, die bestond/bestaat tussen de visie van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof inzake de vergoeding voor eigendomsbeperkingen, kan doorbreken. Hiervoor dient het artikel van ALEN en VERRIJDT grondig geanalyseerd te worden.

Wat de spagaat tussen de rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof betreft, schrijven ALEN EN VERRIJDT:

"De rechtspraak die inhoudt dat er voor een gewone eigendomsbeperking geen inherent recht op vergoeding bestaat, staat op twee manieren onder druk op grond van artikel 1 EP EVRM. In de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof gaat het daarbij vooral om de ontwikkeling van het concept de facto onteigening, terwijl in de rechtspraak van het Hof van Cassatie vooral de evenredigheidstoets de motor van de verandering is. Beide evoluties vinden steun in de strenger wordende rechtspraak van het EHRM. [...]"

Zowel het EHRM als, in navolging hiervan, het Grondwettelijk Hof, hebben aanvaard dat er naast de formele onteigening en de gewone eigendomsbeperking een derde categorie van eigendoms-beperkende maatregelen bestaat: die tussencategorie wordt aangeduid als materiële onteigening, quasi-ontei­gening of de facto onteigening. Het gaat om een gewone eigendomsbeperking, maar wel één waarvan de gevolgen zo aanzienlijk zijn dat zij in de praktijk vergelijkbaar zijn met die van een formele onteigening.

Het EHRM verklaarde reeds in het arrest *Sporrong en Lönnroth* dat het de tweede regel van artikel 1 EP EVRM ook zou toepassen indien een beperking van het eigendomsrecht zo ver gaat dat het genot van het eigendomsrecht de facto van zijn inhoud werd ontdaan.

Het stelde voor het eerst een schending vast in het arrest *Papamichalopoulos*, waarin de Griekse marine een stuk land van de verzoekers had ingenomen zonder hen te onteigenen of te vergoeden. Ook in latere arresten onderzoekt het vaak of er sprake is van een de facto onteigening en besluit het vaak tot schending. In het arrest *Guiso-Gallisay* maakt het Hof duidelijk dat in dat geval de billijke genoegdoening minstens moet bestaan in de marktwaarde van de eigendom op de datum waarop de eigenaar wist dat hij die de facto zou verliezen, vermeerderd met de interesten vanaf die datum.

Het Grondwettelijk Hof hanteerde het concept de facto onteigening voor het eerst op de dag waarop het EHRM het arrest *Papamichalopoulos* uitsprak. Het stelde voor het eerst een schending vast in zijn arrest nr. 9/97: de kwalificatie van een woning als renovatiegoed verplichtte de eigenaar tot het uitvoeren van de opgelegde renovatiewerken, op straffe van gedwongen verkoop aan de overheid. Het Hof oordeelde dat in dat geval een integrale en voorafgaande schadeloosstelling moest worden betaald. Ook in latere arresten besluit het Hof soms tot schending na een kwalificatie als de facto onteigening, maar in andere zaken verwerpt het een dergelijke kwalificatie door de verzoekers.

Geen van beide rechtscolleges heeft een criterium ontwikkeld om de de facto onteigening te onderscheiden van de gewone eigendomsbeperking. Volgens de rechtsleer is sprake van een de facto onteigening indien een eigendomsbeperking 'een einde maakt aan elk zinnol beschikkingsrecht van de eigenaar', of, ander gezegd, indien het 'eigendomsrecht behouden blijft, maar in die mate aan beperkingen wordt onderworpen dat van een werkelijke uitoefening van het eigendomsrecht geen sprake meer is'. Een aantal auteurs betogen op goede gronden dat een bouwverbod op een als bouwzone aangeduid perceel als de facto onteigening moet worden gekwalificeerd. Martin Denys geeft hen gelijk, omdat een bouwverbod dergelijke percelen 'waardeloos en onverkoopbaar' maakt. Het Grondwettelijk Hof gaat vooralsnog echter niet zo ver. Het Amerikaanse Supreme Court hanteert als criterium 'to sacrifice all economically beneficial uses in the name of the common good' en vereiste daarom in het principe-arrest *Lucas* een just compensation op grond van de Takings Clause uit het Vijfde Amendement voor een door ecologische motieven ingegeven bouwverbod op twee percelen.

Wat er ook van zij, het is duidelijk dat er voor het EHRM en het Grondwettelijk Hof geen twee, maar drie soorten van eigendomsbeperkingen bestaan, waarvan er twee steeds recht moeten geven op een vergoeding. Een formele ontneming van de eigendomstitel is dus geen vereiste meer om een vergoedingsaanspraak te laten gelden. De rechtsleer heeft deze evolutie toegejuicht en sommige auteurs stellen zelfs voor om nog meer tussencategorieën te creëren. Voor gewone eigendomsbeperkingen is dit inherente recht op vergoeding er in de rechtspraak van het EHRM en het Grondwettelijk Hof niet, maar beide hoven beklemtonen wel dat een eventuele vergoeding een belangrijke rol speelt in de evenredigheidstoets.

Het EHRM legt inzake gewone eigendomsbeperkingen weliswaar een grote nadruk op de appreciatiemarge die aan de nationale overheid toekomt, maar die marge is niet eindeloos en het Hof past dus wel degelijk steeds een evenredigheidstoets toe. Die toetsing vereist dat rekening wordt gehouden met de vraag of de verzoeker enige vorm van vergoeding heeft bekomen. In het arrest Yagtzilar oordeelde het Hof dat 'compensation terms under the relevant legislation are material to the assessment of whether the contested measure respects the requisite fair balance and, notably, whether it imposes a disproportionate burden on applicants'.

Tulkens ziet in dit verband twee periodes in de rechtspraak van het EHRM: tussen het arrest Sporrang en Lönnroth (1982) en het arrest Chassagnou (1999) was het Hof zeer terughoudend in de toetsing van gewone eigendomsbeperkingen, maar vanaf dat arrest worden ook deze eigendomsbeperkingen aan een daadwerkelijke proportionaliteitstoets onderworpen, waarbij het bestaan, de omvang en de modaliteiten van een vergoeding wel een belangrijke rol spelen en waarin het Hof regelmatig tot schending besluit.

De opvatting van het Grondwettelijk Hof is in theorie dezelfde. Ook dit rechtscollege oordeelt dat in de evenredigheidstoets in het kader van artikel 1 EP EVRM rekening moet worden gehouden met het bestaan van en de modaliteiten inzake de vergoeding. Het stelt echter zelden een schending vast, omdat het een zeer ruime appreciatiemarge aan de wetgever laat.

Nochtans is het helemaal niet vereist dat het Grondwettelijk Hof dezelfde appreciatiemarge laat als het EHRM: dat laatste verduidelijkt immers steevast dat die appreciatiemarge een structureel concept is dat samenhangt met het supranationale karakter van dit rechtscollege, een argument dat niet opgaat voor het Grondwettelijk Hof. In de verhouding tussen het Grondwettelijk Hof en de wetgever geldt enkel dat andere argument, dat van de democratische legitimiteit. Dat argument kan weliswaar verantwoorden dat de rechter de overheid niet te snel mag verbieden om in het algemeen belang bepaalde eigendomsbeperkingen op te leggen, maar het verzet er zich niet tegen dat die rechter zich uitspreekt over een financiële compensatie voor het door die beperking geleden nadeel.

Voor het Hof van Cassatie houdt de tweedeling tussen formele onteigeningen en gewone eigendomsbeperkingen voornamelijk stand en is er met andere woorden geen sprake van de

tussencategorie van de de facto onteigening. Aldus is ook het recht op vergoeding zoals dat voortvloeit uit artikel 16 van de Grondwet en de tweede regel van artikel 1 EP EVRM niet van toepassing op de gewone eigendomsbeperkingen met de allerzwaarste impact.

Daarentegen lijkt het Hof van Cassatie in de evenredigheidstoets recent heel wat strenger te zijn geworden dan het Grondwettelijk Hof. In een arrest van 4 december 2008 stelt het Hof eerst vast dat de geluidshinder rond de luchthaven van Bierset geen formele onteigening uitmaakt, zodat artikel 16 niet van toepassing is; wel is de derde regel uit artikel 1 EP EVRM van toepassing. Maar vervolgens oordeelt het Hof, in afwijking van zijn vroegere rechtspraak, dat ook voor dergelijke gewone eigendomsbeperkingen de evenredigheidstoets steeds een principieel recht op vergoeding impliceert. In casu stelde het geen schending vast, omdat het Waalse Gewest geluidsisolatie had gefinancierd en in onderlinge overeenstemming woningen had aangekocht.²⁵⁶

“Cass., 4 december 2008, C.04.0582.N., 105, punt 3: “Het aantasten van de rechten die in artikel 1 zijn gewaarborgd, vereist, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, een compensatie die bestaat in het betalen van een vergoeding. Om te oordelen of een billijk evenwicht in acht werd genomen tussen de verschillende belangen die op het spel staan en, onder andere, of de persoon die uit zijn eigendom is ontzet, geen overdreven last werd opgelegd, moet acht worden geslagen op de voorwaarden van die vergoeding. Zonder het betalen van een bedrag dat in een redelijke verhouding staat tot de waarde van het eigendomsverlies, is er sprake van een overdreven aantasting die in de context van artikel 1 niet te rechtvaardigen valt. Dat artikel waarborgt evenwel niet dat in alle gevallen een recht op volledige schadevergoeding ontstaat. Bovendien dient de vergoeding de aantasting van de eigendom noch vooraf te gaan noch ermee samen te vallen.”²⁵⁷

“Het Hof van Cassatie stelt zich in de evenredigheidstoets dus strenger op dan het Grondwettelijk Hof, en zelfs strenger dan het EHRM, in die zin dat het bestaan van een vergoeding niet één van de elementen – en volgens het EHRM zelfs een belangrijk element – in die toets is, maar een essentieel element. Het is voor het Hof van Cassatie niet het bestaan, maar de omvang van de vergoeding die in de evenredigheidstoets in rekening wordt gebracht, al voegt het wel terecht toe dat een integrale en voorafgaande vergoeding niet is vereist.

Verwarrend is wel dat de tekst van het arrest nog spreekt van ‘ontzet’ uit de eigendom en van ‘eigendomsverlies’, waar het beter had gesproken van een ‘beperking van het ongestoord genot’ van de eigendom.

Niettemin lijkt het om een bewuste keuze van het Hof van Cassatie te gaan om ook voor gewone eigendomsbeperkingen in een principiële vergoedingsplicht te voorzien, gelet op de

²⁵⁶ A. ALEN en W. VERRIJDT, “Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof” in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 7 – 12.

²⁵⁷ Ibid, 12, voetnoot 65.

duidelijke afwijzing van de kwalificatie als formele onteigening die eraan voorafgaat. Dat het Hof in artikel 1 EP EVRM een ruimere bescherming leest dan het EHRM, is gelet op het beginsel van de ruimste rechtsbescherming uiteraard geen probleem.

Zowel het Grondwettelijk Hof als het Hof van Cassatie hebben aangevoeld dat de afwezigheid van een vergoeding bij gewone eigendomsbeperkingen met een zeer zware impact op het ongestoord genot van de eigendom, niet houdbaar is, maar ze hebben daar op een onderscheiden manier aan geredieerd. Het Grondwettelijk Hof heeft, in navolging van het EHRM, de tussencategorie van de de facto onteigening gecreëerd, maar het blijft zich voor de overige eigendomsbeperkingen, zelfs indien zij alsnog een zware impact hebben, terughoudend opstellen in de evenredigheidstoets, zelfs terughoudender dan het EHRM zelf. Het Hof van Cassatie heeft daarentegen niet de tussencategorie van de de facto onteigening aanvaard, maar is strenger geworden in de evenredigheidstoets, door ook voor een gewone eigendomsbeperking een evenredige vergoeding te vereisen. Wellicht is de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof op grond van artikel 1 EP EVRM niet helemaal adequaat voor de zware gewone eigendomsbeperkingen die geen de facto onteigening zijn, terwijl de rechtspraak van het Hof van Cassatie wellicht te veel bescherming biedt voor de gewone eigendomsbeperkingen die slechts een verwaarloosbare impact op het ongestoorde genot van de eigendom met zich meebrengen."²⁵⁸

De volgende vraag die ALEN en VERRIJDT zich stellen, is dan ook hoe dit spagaat op de meest efficiënte manier gedicht kan worden. Zij kijken hiervoor naar het GBOL-beginsel:

"De promotie van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten tot 'fundamenteel' algemeen rechtsbeginsel is, vanuit het oogpunt van de vergoeding, wellicht de belangrijkste recente evolutie inzake eigendomsbescherming: enerzijds, omdat dit beginsel beter rekening houdt met de aard en de functie van de overheid, en, anderzijds, omdat het adequater is voor de vergoeding van de gewone eigendomsbeperkingen met een zeer zware of met een verwaarloosbare impact. Opvallend is ook dat de recente rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en die van het Hof van Cassatie nagenoeg identiek zijn.

Het Hof van Cassatie oordeelt dat krachtens het GBOL-beginsel, dat onder meer is neergelegd in artikel 16 van de Grondwet, 'de overheid niet zonder vergoeding lasten [kan] opleggen die groter zijn dan die welke een particulier in het gemeenschappelijk belang moet dragen'. Het criterium om te bepalen welke die lasten zijn die de overheid niet zonder vergoeding kan opleggen, haalt het Hof uit de rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad.

Het gaat om de gevolgen van een op zichzelf rechtmatige overheidsdaad die 'buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico [vallen] en op een beperkte groep burgers of instellingen [drukken]'. Dergelijke lasten behoren, aldus het Hof, niet ten

²⁵⁸ A. ALEN en W. VERRIJDT, "Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 12 – 13.

laste van de getroffene te komen, maar dienen gelijkelijk over de gemeenschap te worden verdeeld. De toetsing aan dat criterium is een evenredigheidstoets in concreto: de rechter moet volgens het Hof 'rekening houden met alle omstandigheden van de zaak', maar ook met 'de redelijke verwachtingen van de burgers in verband met de solidariteit die van hen wordt gevraagd'. Omdat in casu geen enkele wetsbepaling voorzag in een compensatie voor eigendomsschade als gevolg van de huiszoeking, oordeelt het Hof dat, gelet op het fundamenteel karakter van het GBOL-beginsel, 'de rechter er bij stilzwijgen van de wetgever van uit [mag] gaan dat deze de toepassing van het rechtsbeginsel aan de beoordeling van de rechter heeft gelaten.'

In een recent arrest met betrekking tot een bouwverbod in duingebied heeft het Grondwettelijk Hof zich bij de visie van het Hof van Cassatie aangesloten. [...] Voor het Grondwettelijk Hof verdedigde de Vlaamse regering zich door te verwijzen naar het uitgangspunt dat een erfdiensbaarheid van openbaar nut niet wordt vergoed, tenzij wanneer de wet krachtens dewelke zij wordt opgelegd, in een vergoeding voorziet. Zo luidde inderdaad de vroegere rechtspraak van het Hof, maar in dit arrest verandert het Hof het geweer van schouder en spreekt het de argumentatie van de Vlaamse regering tegen door te preciseren dat 'de overheid niet zonder vergoeding lasten [kan] opleggen die groter zijn dan die welke een persoon in het algemeen belang moet dragen'. Die formulering van het GBOL-beginsel is identiek aan die van het Hof van Cassatie, al verwijst het Grondwettelijk Hof niet naar artikel 16 van de Grondwet, maar naar het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Ook het criterium om na te gaan welke lasten onevenredig nadelig zijn, is duidelijk op dat van het Hof van Cassatie geïnspireerd: het gaat om 'de buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende en op een beperkte groep van burgers of instellingen drukkende gevolgen van een op zichzelf rechtmatige overheidsdaad, zoals het opleggen van een erfdiensbaarheid van openbaar nut'. Dergelijke lasten mogen, aldus het Hof, niet ten laste van de getroffene vallen, maar moeten gelijkelijk over de gemeenschap worden verdeeld.

Het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof hebben in de voormelde arresten het GBOL-beginsel toegepast op twee zeer onderscheiden casussen: een huiszoeking in het kader van een drugszaak en een bouwverbod in de kustduinen hebben op het eerste gezicht weinig met elkaar gemeen. In beide casussen was wel een overheidsbeslissing – of de uitvoering daarvan – in het geding die niet foutief was in de zin van artikel 1382 BW, maar waaruit wel een aanzienlijke schade voortvloeide voor particulieren die erdoor waren getroffen, hoewel ook hen geen fout kon worden verweten. In beide gevallen leidde het beginsel ertoe dat deze particulieren moesten worden vergoed.

Beide arresten hebben dan ook een draagwijdte die deze casussen overstijgt: zij vestigen een beginsel dat voortaan als leidraad geldt om de schade die voortvloeit uit rechtmatig overheidshandelen te vergoeden."²⁵⁹

²⁵⁹ A. ALEN en W. VERRIJDT, "Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 13, 16 – 19.

Zij komen tot slot tot de volgende conclusie:

"Dat het Grondwettelijk Hof artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 EP EVRM thans als analoge grondrechten beschouwt, speelt in dit kader eerder een bescheiden rol. Belangrijker is de ontwikkeling van het concept de facto onteigening door het EHRM en het Grondwettelijk Hof:

die ontwikkeling heeft ervoor gezorgd dat er voor de allerswaarste eigendomsbeperkingen die geen formele onteigening zijn, toch een recht op vergoeding – in België zelfs een recht op integrale en voorafgaande schadeloosstelling – bestaat. Een nadeel van dit concept is dat de breuklijn radicaal blijft: Zware eigendomsbeperkingen die net geen de facto onteigening zijn, blijven met toepassing van dat concept nog steeds onvergoed, al kan de evenredigheidstoets die ook het Grondwettelijk Hof via de voormelde samenlezing uitvoert, soelaas bieden.

Het Hof van Cassatie heeft het concept de facto onteigening niet aanvaard, maar heeft op een andere manier getracht de situatie van de eigenaar te verbeteren, namelijk door in de evenredigheidstoets op grond van artikel 1 EAP EVRM steeds het bestaan van een vergoeding te vereisen. Die techniek vermijdt de radicale breuklijn, maar biedt wellicht te veel bescherming voor de eigendomsbeperkingen met een verwaarloosbare impact. Aan de andere kant houden het EHRM en het Grondwettelijk Hof in de toetsing aan artikel 1 EAP EVRM zoveel rekening met de appreciatiemarge van de overheid dat ook voor zware eigendomsbeperkingen soms geen vergoeding zal worden vereist.

Het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten, dat recent zowel door het Hof van Cassatie als door het Grondwettelijk Hof centraal werd geplaatst, lijkt de nadelen van beide voormelde concepten te vermijden. Het beginsel verbiedt de overheid niet om in het algemeen belang eigendomsbeperkende maatregelen op te leggen, maar vereist wel dat een rechter zich in concreto kan uitspreken over de vraag of de getroffen particulieren ervoor moeten worden vergoed. Die rechter moet nagaan of de last die in het algemeen belang aan slechts een aantal particulieren wordt opgelegd, het normale maatschappelijke risico te buiten gaat. Wordt die drempel overschreden, dan wordt het gedeelte van de opgelegde last dat die drempel overschrijdt, vergoed. Het gedeelte van de last dat beneden die drempel blijft, dient de particulier in het algemeen belang zelf te dragen. In zijn zoektocht naar de hoogte van die drempel dient de rechter alle relevante elementen die in het voordeel van de overheid en in het voordeel van de particulier spreken, in rekening te brengen.

De toepassing van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten is dus een evenwichtsoefening en is precies daarom uiterst geschikt om het algemeen belang en het individueel belang met elkaar te verzoenen, nu duidelijk is dat het ene belang niet automatisch op het andere mag primeren. Het voordeel van dit beginsel op artikel 1 EP EVRM is dus dat het beter rekening houdt met de aard en de functie van de overheid, zodat niet steeds een vergoeding vereist zal zijn, maar dat het evenmin de overheid op een voetstuk

plaatst door haar een te ruime appreciatiemarge toe te kennen. De omvang van de vergoeding wordt aldus aangepast aan de concrete kenmerken van de situatie. In dit opzicht is dan ook al terecht beklemtoond dat de grens tussen de verschillende soorten van eigendomsbeperkende maatregelen vervaagt en dat er veeleer sprake is van een gradueel eigendomsbegrip."²⁶⁰

ALEN en VERRIJDT lijken in deze passage te suggereren dat een toepassing van het GBOL-beginsel de gulden middenweg is tussen de twee uiteenlopende visies van het Grondwettelijk Hof enerzijds en het Hof van Cassatie anderzijds. Binnen de (*in abstracto*) toetsing van het Grondwettelijk Hof zou er aldus in de eerste plaats worden beoordeeld of er sprake is van een *de facto*-onteigening. Indien dit niet het geval is, volstaat voor het Grondwettelijk Hof, aldus ALEN en VERRIJDT, een marginale of terughoudende toetsing.

Het Hof van Cassatie maakt daarentegen geen gebruik van de rechtsfiguur van de *de facto*-onteigening, maar past een (veel) strengere evenredigheidstoets toe, waardoor de principiële niet-vergoeding van wettelijke erfdiensbaarheden zelfs doorbroken wordt of lijkt te worden doorbroken.

Teneinde het spagaat te dichten, verkiezen ALEN en VERRIJDT een tussenoplossing: de huidige aanpak van het Grondwettelijk Hof, namelijk de rechtsfiguur van de *de facto*-onteigening en een marginale toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in het objectief contentieux²⁶¹ gekoppeld aan een verruimde toepassing van het GBOL-beginsel in het subjectief contentieux.

In het arrest nr. 145/2013 van het Grondwettelijk Hof dd. 7 november 2013 wordt deze zienswijze van ALEN en VERRIJDT niet gevolgd. Zoals hoger reeds is uitgelegd, betreft dit arrest een specifieke situatie. De steunmaatregelen, die initieel in het decreet waren opgenomen, werden vernietigd nadat zij in strijd bleken te zijn met de unierechtelijke regeling inzake staatssteun, waardoor er geen compensatiemaatregelen meer voorhanden waren om de onevenredigheid, die zou ontstaan door het opleggen van de in het decreet opgenomen sociale lasten, recht te trekken. In dit arrest voert het Grondwettelijk Hof alsnog een grondige evenredigheidstoets uit ondanks het feit dat er geen compensatieregeling voorhanden was.

Aan de andere kant kan men zich de vraag stellen of er wel algemene lessen kunnen worden getrokken uit arrest nr. 145/2013 van het Grondwettelijk Hof. Dit arrest speelde zich immers af in een specifieke context. Zoals hierboven reeds aangegeven waren er weldegelijk steunmaatregelen voorzien, maar het Hof van Justitie oordeelde, als antwoord op een prejudiciële vraag, dat deze maatregelen de regels inzake staatssteun schonden waardoor de compensatieregeling werd vernietigd.

²⁶⁰ A. ALEN en W. VERRIJDT, "Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in J. GHYSELS, M. BOES, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 25 – 26.

²⁶¹ Het GBOL-beginsel zal naar alle waarschijnlijkheid in deze terughoudende evenredigheidstoets van het Grondwettelijk Hof worden betrokken. Zie: J. THEUNIS en N. APPERMONT, "Beperkingen aan het recht op bescherming van eigendom", *Themis* 2018, 205.

In 2015 en later in 2016 lijkt het tijdsaltnog te keren ten voordele van de visie van ALEN en VERRIJDT met betrekking tot het GBOL-beginsel. Zowel in het arrest nr. 132/2015 dd. 1 oktober 2015 als in het arrest nr. 57/2016 dd. 28 april 2016 brengt het Hof het vervuld zijn van de evenredigheidsvereiste in verband met de mogelijkheid voor de burgerlijke rechtbanken om het GBOL-beginsel toe te passen (*supra*). Deze arresten lijken echter vooral ingegeven te zijn door het feit dat het Grondwettelijk Hof heeft vastgesteld dat de getoetste wetgeving op een veelheid aan – zowel evenredige als onevenredige – situaties kon worden toegepast. De betrokken arresten vormen aldus geen uitdrukking van de wil van het Grondwettelijk Hof om de evenredigheidstoets in de vorm van een toepassing van het GBOL-beginsel door te schuiven naar de burgerlijke rechter.

De vraag rijst in elk geval of en in welke mate het Grondwettelijk Hof de evenredigheidstoets in de vorm van een toepassing van het GBOL-beginsel ook zou doorschuiven naar de burgerlijke rechter indien er geen sprake is van een veelheid aan – zowel evenredige als onevenredige – toepasselijke situaties. Een hint hierover kan, naar alle waarschijnlijkheid, teruggevonden worden in het arrest van het Grondwettelijk nr. 145/2013 dd. 7 november 2013 dat hierboven reeds werd besproken. In dat arrest oordeelde het Hof immers dat elke eigendomsbeperkende maatregel, die middels het bestreden decreet kon worden opgelegd, een onevenredigheid tot stand zou brengen die niet zonder het toekennen van een vergoeding kan worden opgelost. De toepasselijke situaties waren bijgevolg voldoende duidelijk waardoor het Grondwettelijk Hof een – uitgebreide – evenredigheidstoets uitvoerde en niet doorverwees naar de burgerlijke rechtbank en het GBOL-beginsel.

Hoewel deze visie van ALEN en VERRIJDT inzake de compromisrol van het GBOL-beginsel zeker interessant te noemen valt, dient er nog een aanvulling te worden aangebracht. De Raad van State en de gewone burgerlijke rechtbanken zullen er immers in de regel toe gehouden zijn om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof indien er wordt opgeworpen dat een wet, decreet of een ordonnantie een grondrecht schendt dat op een geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een bepaling van Europees of internationaal recht.²⁶² Let wel, artikel 26, §4 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof voorziet ook in een enkele uitzondering op die verplichting.

Indien uit het antwoord op de prejudiciële vraag blijkt dat er zich daadwerkelijk een evenredigheidsprobleem voordoet, zal de Raad van State, dan wel de gewone burgerlijke rechtbank, de ongrondwettige wetgevende norm buiten toepassing moeten laten.

Het is slechts indien het arrest van het Grondwettelijk Hof of het antwoord op de door de burgerlijke rechtbank of de Raad van State gestelde prejudiciële vraag duidelijk maken dat er zich geen evenredigheidsproblemen voordoen, dat het GBOL-beginsel gebruikt kan worden om individuen, die omwille van de evenredige individuele overheidsbeslissing geconfronteerd worden met extreme omstandigheden, alsnog een vergoeding aan te reiken. Uit het recente arrest van het Grondwettelijk Hof dd. 7 juni 2018, nr. 66/2018 kan alvast voorzichtig worden afgeleid dat een toepassing van het

²⁶² Art. 26, §4 Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof

GBOL-beginsel enkel mogelijk is indien er geen vergoedingsregeling werd opgenomen in de betrokken wetgeving (*supra* p. 45).

Het GBOL-beginsel dient aldus beschouwd te worden als een aanvullende *ultimum remedium* die het in extreme gevallen en om redenen van billijkheid alsnog mogelijk maakt om aan specifieke individuen een vergoeding toe te kennen wanneer er in de toepasselijke wetgeving geen vergoedingsregeling werd opgenomen.

Het wordt bijgevolg duidelijk dat de evenredigheidsvereiste en het GBOL-beginsel niet één en dezelfde lading dekken. Desalniettemin heeft het verder uitgevoerd onderzoek aangetoond dat het voorstel tot nadeelcompensatie, dat hieronder nog verder zal worden besproken, zowel een aanknopingspunt kan bieden voor de beoordeling van de evenredigheidsvereiste als voor de toets aan het GBOL-beginsel.

ONDERAFDELING 2. IS HET INGEROEPEN BELANG LEGITIEM?

De belangrijkste drijfveer van overheidstussenkomst vanuit de inzichten van neoklassieke economie is het verhogen van maatschappelijke welvaart door de aanpak van marktfalingen.

Bij nader toezien blijkt vaak dat het ingeroepen algemeen belang (public interest) echter niet (volledig) aanwezig is, en dat vaak ook private interests van de beleidsopstellers en wetgevers een (aanzienlijke) rol kunnen spelen, waardoor de maatschappelijke welvaart vermindert (cfr. theories of public interests vs. theories of private interests). Vaak wordt dus de theorie van de marktfalingen ingeroepen als algemeen belang maar zonder dat dit legitiem is.

Daarnaast moet ook rekening gehouden worden met de politieke soevereiniteit waarbij niet enkel doelstellingen van economische efficiëntie nagestreefd kunnen worden, maar ook herverdeling en andere vormen van rechtvaardigheid (zie hiervoor de inzichten van Calabresi en Melamed).

Beide auteurs maken bij de opsomming van redenen van overheidsinterventie een onderscheid tussen herverdeling en andere redenen van rechtvaardigheid ('justice'), bijv. het recht op stilte, het stimuleren van kunsten en wetenschappen of het nastreven van biodiversiteit. Hoewel zij erkennen dat beide redenen (kunnen) leiden tot een herverdeling, waardoor beide redenen kunnen vallen onder 'herverdeling' in de brede zin van het woord, past de eerste soort herverdeling binnen het nastreven van materiële gelijkheid tussen burgers in het kader van nationale solidariteit. De tweede soort van herverdeling past echter niet in dit kader en kan daar zelfs mee in botsing komen. De eerste reden kunnen we als herverdeling in de strikte zin beschouwen.

Op basis hiervan rijst de vraag of we bij de bepaling van de mate (of bedrag) van nadeelcompensatie geen onderscheid moeten maken tussen beide vormen van herverdeling, waarbij de strikte vorm van herverdeling minder nadeelcompensatie vereist, terwijl de tweede vorm meer compensatie kan vereisen. De reden hiervoor ligt in het juridisch aanvaarde kader van algemene solidariteit voor de strikte vorm van herverdeling ('de sterkeren moeten de zwakkeren helpen'), wat ook de reden vormt

waaronder bvb. progressieve belastingschalen als zodanig niet als een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel worden beschouwd. We verwijzen ook hier weer naar de inzichten uit Acemoglu & Robinson die pleiten voor een inclusieve samenleving en inclusieve instituties die zorgen voor een toename van de economische welvaart en een eerlijke (her)verdeling van de welvaart en de politieke invloed in een maatschappij.

Ze stellen dat een samenleving waarin de eigendomsrechten (en algemene grondrechten) worden beschermd zal leiden tot inclusieve instituties en dat een samenleving met gewone meerderheidsbeslissing en het gevaar van rent-seeking het risico draagt om extractief te zijn.

ONDERAFDELING 3. IS DE BELEIDSMATREGEL NOODZAKELIJK OF IS HET GEBRUIK VAN DWANG NODIG?

1. Juridisch

De vraag of een maatregel noodzakelijk is, lijkt gelijk te lopen met de vraag of 1) er een dwingende reden van algemeen belang voorhanden is die het nemen van de desbetreffende maatregel vereist en²⁶³ 2) er in een bepaalde casus geen alternatieven voorhanden waren die een minder zware impact hadden op de getroffen eigendom/eigendommen.²⁶⁴

In onze Belgische rechtsorde wordt er niet tot nauwelijks verwezen naar de noodzakelijkheidstoets. Toch lijkt deze noodzakelijkheidstoets - weliswaar impliciet - opgenomen te worden in het instrumentendecreet. De memorie van toelichting bij dit instrumentendecreet stelt omtrent de "verscherpte" motiveringsplicht immers dat:

"Het Instrumentendecreet legt een verscherpte motiveringsplicht op, naast de bestaande formele motiveringsplicht, die op elke overheid rust bij beslissingen met individuele rechtsgevolgen, en de bestaande materiële motiveringsplicht die als beginsel van behoorlijk bestuur steeds geldt en dus ook een motievencontrole inhoudt.

Deze motiveringsplicht wordt opgenomen in een generieke bepaling en beoogt zo weinig mogelijk extra 'last'. De bepaling wijst elke initiatiefnemende overheid, die tot op heden sowieso reeds onderworpen was aan een motiveringsplicht, op het belang van een afgewogen instrumentenkeuze en de beginselen die bij zo'n afweging moeten meespelen.

De motiveringsplicht legt evenmin een bijkomende formele last op, in die zin dat er geen nieuw of extra 'product' wordt opgelegd waarin deze motivering vervat dient te zijn. De motivering dient aanwezig te zijn in elke relevante beslissing ter realisatie van een project of plan.

²⁶³ Art. 15, 3. b) Richtlijn 2006/123/EG

²⁶⁴ HvJ 24 maart 2011, C-400/08, overw. 83 – 84.

De motiveringsverplichting geldt wanneer meerdere instrumenten uit het Instrumentendecreet in combinatie met elkaar of in combinatie met andere instrumenten worden ingezet voor een realisatiegericht en grondgebonden project of plan. Hiermee wordt dus een breed toepassingsgebied van de instrumentenafweging beoogd.”

Deze motivering dient aan te tonen dat de gezamenlijke inzet van instrumenten voldoet aan de criteria van legitimiteit, billijkheid, efficiëntie en effectiviteit.²⁶⁵ De memorie van toelichting poogt deze criteria nader te verklaren:

“Legitimiteit betekent dat het verdedigbaar is dat de publieke overheid bij een of ander maatschappelijk fenomeen op zou treden. Het gaat hierbij dus om de afweging of de optredende overheid bevoegd is (grondwettelijkheid, wettelijkheid), het geëigende bevoegdheidsniveau wordt geactiveerd (subsidiariteit, kerntakendebat) en de beslissing die rechtsgrond verschaft tot dit optreden op participatieve wijze (betrokkenen hebben de mogelijkheid tot inspraak gehad via geëigende, relatief transparante procedures). Dit principe heeft aldus een belangrijke invloed op het draagvlak voor de in te zetten instrumentenmix. Adviesraden, commissies, wetenschappelijke studies en dergelijke dragen eveneens bij tot legitimerende beslissingen.

Legitimiteit houdt aldus verband met volgende beginselen van behoorlijk bestuur:

- het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel, omdat deze bepalen dat een overheid verantwoordelijk is voor een zorgvuldige voorbereiding van een beslissing (feitengaring, voorlichting) en op juiste wijze gebruik dient te maken van zijn beleidsvrijheid;*
- de materiële motiveringsplicht;*
- het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en*
- het continuïteitsbeginsel.*

Effectiviteit en efficiëntie worden als één geheel opgevat en vereisen dat er een gepaste hoeveelheid overheidsmiddelen en -mensen wordt toegewezen aan de inzet van de weerhouden instrumenten. Effectiviteit impliceert ook dat de ingezette instrumenten en hun operationele doelen adequaat zijn aan het algemene beleidsdoel.

Efficiëntie veronderstelt ook dat de toepassing van deze instrumenten daadwerkelijk en op een goed gemanagede wijze gebeurt – met de relevante sturingsmechanismen – en dat, ten slotte, de inzet van deze instrumenten – de concrete prioriteitsbepaling – outputgericht is. Effectiviteit en efficiëntie houden aldus verband met het zorgvuldigheidsbeginsel en redelijkheidsbeginsel (proportionaliteit).

Billijkheid gaat over de zorg om te garanderen dat er een faire verdeling van economische, financiële en andere baten en verliezen is, alsook dat er een gelijke vrijheid is (i.e. in verhouding tot reële, of ook symbolisch geladen uitbreidingen of inperkingen van handelingsmogelijkheden).

²⁶⁵ Art. 7 Instrumentendecreet.

De uitdaging voor elke ruimtelijke realisatie bestaat er dan ook in om in samenspraak met eigenaars en andere betrokkenen af te toetsen of de weerhouden instrumentenmix voldoende rekening houdt met de vraag of iedere 'rechtsonderhorige' voldoende kans heeft gekregen tot inzicht en inspraak bij de ingezette instrumentenmix, of de ingezette instrumentenmix dusdanig is dat aan de rechtsonderhorige een zo groot mogelijke vrijheid gelaten wordt betreffende inrichting en beheer van zijn/haar eigendommen (zelfrealisatie), of de publieke winst beoogd bij de inzet van een instrumentenmix opweegt tegen de private nadelen die door deze inzet geboekt worden en er desgevallend sprake is van evenredigheid of van vergoeding. Ook de vraag of de consequenties van ingezette instrumenten of van de globale instrumentenmix evenredig verdeeld is over de verschillende doelgroepen, speelt hierin mee. Billijkheid houdt aldus verband met volgende beginselen van behoorlijk bestuur:

- *het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel (proportionaliteit);*
- *het gelijkheidsbeginsel;*
- *het onpartijdigheidsbeginsel en*
- *de hoorplicht."*

De noodzakelijkheidstoets lijkt voornamelijk in twee van deze evaluatiecriteria vervat te zitten, namelijk dat van de effectiviteit en efficiëntie enerzijds, en dat van de billijkheid anderzijds. Nergens in de memorie van toelichting wordt echter het beginsel van de noodzakelijkheid uitdrukkelijk vermeld, hoewel de memorie aangeeft in het spoor van het 'Groenboek Bestuur' te treden. Dit <wq Groenboek Bestuur verwijst nochtans weldegelijk naar het noodzakelijkheidsbeginsel ("Er wordt telkens tijdig grondig afgewogen of een extra beleidsinstrument noodzakelijk is").²⁶⁶

Het criterium van effectiviteit staat vrijwel gelijk met het geschiktheidsbeginsel. Bovendien is het beginsel van de geschiktheid nauw met de beginselen van noodzakelijkheid en evenredigheid verweven, zo blijkt uit de toetsingscriteria in het EU-recht zoals ontwikkeld door de vaste rechtspraak van het Europees Hof van Justitie: "*Evenredigheid: de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken; zij gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt.*"

De invulling van het criterium van efficiëntie in de memorie van toelichting dreigt daarentegen weinig houvast te bieden. Het is niet echt duidelijk wat precies moet begrepen worden onder de verwoording "*de toepassing van deze instrumenten daadwerkelijk en op een goed gemanagede wijze gebeurt – met de relevante sturingsmechanismen – en dat de inzet van deze instrumenten – de concrete prioriteitsbepaling – outputgericht is*". Slaat het efficiëntie criterium hiermee enkel maar op de concrete uitvoering en toepassing van de beleidsmaatregel, en niet op de mate van impact van de beleidsmaatregel op de samenleving? Indien dit eerste het geval, dan lijkt o.i. niet voldaan te zijn aan de vereiste van de noodzakelijkheid en zou de memorie wat verduidelijkt moeten worden.

Tot slot is er het criterium van de billijkheid dat door zijn specifieke verwoording ("*of de ingezette instrumentenmix dusdanig is dat aan de rechtsonderhorige een zo groot mogelijke vrijheid gelaten*

²⁶⁶ X, Groenboek bestuur: 6 principes en 30 voorstellen voor een vernieuwende overheid, 8.

wordt betreffende inrichting en beheer van zijn/haar eigendommen (zelfrealisatie)”) in het verlengde van het noodzakelijkheidsbeginsel ligt. Concreet moet dus steeds beoordeeld worden of, in welke mate en waarom private oplossingen of niet-dwingende overheidsmaatregelen al dan niet mogelijk zijn. Hiervoor kunnen verschillende redenen bestaan: te hoge transactie- en coördinatie-kosten door te sterk uiteenlopende belangen van teveel partijen, het risico op free-rider- en ander strategisch gedrag (op basis van speltheorie), te sterke machtspositie van één van de partijen,... Vervolgens moet aangetoond worden dat de ‘government failures’ onder controle zijn, door bvb. procedurele en inhoudelijke waarborgen van grondrechten.

Het Europees Hof van Justitie maakt in haar rechtspraak wel uitdrukkelijk melding van het noodzakelijkheidsbeginsel. Zo stelt zij bijvoorbeeld in het arrest C-400/08 dd. 24 maart 2011 – dat weliswaar handelde over de vrijheid van vestiging – dat:

“Vastgesteld moet worden dat die specifieke beperkingen in de litigieuze regeling, in hun geheel bezien, een aanzienlijke invloed hebben op de mogelijkheden om grote winkelbedrijven te openen in de autonome regio Catalonië.

In dergelijke omstandigheden dient een lidstaat bij de door hem aangevoerde redenen ter rechtvaardiging van een afwijking van het beginsel van de vrijheid van vestiging een analyse te voegen van de geschiktheid en evenredigheid van de door hem genomen beperkende maatregel, en moet hij zijn betoog met nauwkeurige gegevens staven (zie arrest van 22 december 2008, Commissie/Oostenrijk, C-161/07, Jurispr. blz. I-10671, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Vastgesteld moet evenwel worden dat het Koninkrijk Spanje onvoldoende gegevens heeft aangedragen om te verklaren waarom de betrokken beperkingen noodzakelijk zijn ter bereiking van de nagestreefde doelstellingen.

Gelet op het ontbreken daarvan en de aanzienlijke invloed van de betrokken beperkingen op de mogelijkheden om grote winkelbedrijven te openen in de autonome regio Catalonië, moet worden geoordeeld dat de ter zake geldende beperkingen van de vrijheid van vestiging niet zijn gerechtvaardigd.” (eigen onderlijning)

Hierbij aansluitend is het zeer recente arrest van het Europees Hof van Justitie (gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16) d.d. 30 januari 2018 van groot belang. Hierin wordt de inhoud en draagwijdte van de Europese dienstenrichtlijn (EDRL) als gevolg van een prejudiciële vraag verder verduidelijkt.

Zo oordeelde het Hof van Justitie, in eerste instantie, dat de EDRL niet van toepassing blijft op *“voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw [...] wegens het niet naleven van dergelijke voorschriften die de dienstenactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar die de dienstenverrichters bij de uitvoering van hun economische activiteit in acht dienen te nemen op dezelfde wijze als natuurlijke personen die als particulier handelen”* (overweging 123). Tot zover dus niets nieuws onder de zon.

Echter, het Hof van Justitie oordeelde in deze casus omtrent een aangenomen bestemmingsplan dat:

"Na deze precisering moet worden vastgesteld dat de voorschriften in het hoofdgeding, ook al zijn zij, zoals uit de verwijzingsbeslissing volgt, gericht op het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum van de gemeente Appingedam en op het voorkomen van leegstand in binnenstedelijk gebied in het kader van ruimtelijk beleid, niettemin als specifiek doel hebben om de geografische zones aan te wijzen waar bepaalde activiteiten in verband met detailhandel zich kunnen vestigen. Zij zijn daarmee enkel gericht tot de personen die die activiteiten in die geografische gebieden willen gaan ontwikkelen, met uitsluiting van personen die handelen als particulier.

De in de verwijzingsbeslissing vermelde rechtspraak die voortvloeit uit het arrest van 8 mei 2013, Libert e.a. (C-197/11 en C-203/11, EU:C:2013:288, punten 103-107), staat aan die conclusie niet in de weg. Het Hof heeft in dat arrest immers, na in punt 104 overweging 9 van richtlijn 2006/123 te hebben vermeld, in de punten 105 en 106 beklemtoond dat de diensten die door de betrokken nationale maatregel werden geraakt uitdrukkelijk vielen onder de uitsluiting, in artikel 2, lid 2, onder j), van die richtlijn, voor diensten betreffende sociale huisvesting, en heeft dus in punt 107 van hetzelfde arrest vastgesteld dat genoemde richtlijn op die maatregel niet van toepassing was.

In die omstandigheden moet de verenigbaarheid van de voorschriften in het hoofdgeding met richtlijn 2006/123 worden getoetst aan de artikelen 14 en 15 van die richtlijn, betreffende verboden of aan evaluatie onderworpen eisen.

Artikel 14, punt 5, van richtlijn 2006/123, dat in de bewoordingen van de vijfde vraag wordt genoemd, verbiedt de lidstaten om de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit op hun grondgebied afhankelijk te stellen van „de toepassing per geval van economische criteria, waarbij de verlening van de vergunning afhankelijk wordt gesteld van het bewijs dat er een economische behoefte of marktvraag bestaat, van een beoordeling van de mogelijke of actuele economische gevolgen van de activiteit of van een beoordeling van de geschiktheid van de activiteit in relatie tot de door de bevoegde instantie vastgestelde doelen van economische planning”.

Uit geen gegeven waarover het Hof beschikt blijkt dat de voorschriften in het hoofdgeding een dergelijke eis zouden stellen.

In dit verband moet echter in herinnering worden gebracht dat de lidstaten volgens artikel 15, lid 1, eerste volzin, van richtlijn 2006/123 dienen te onderzoeken of in hun rechtsstelsel een of meer van de in lid 2 bedoelde eisen worden gesteld en in voorkomend geval erop moeten toezien dat deze verenigbaar zijn met de in artikel 15, lid 3, bedoelde voorwaarden van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid. Volgens artikel 15, lid 1, tweede volzin, van dezelfde richtlijn dienen de lidstaten hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aan te passen om de eisen met die voorwaarden in overeenstemming te brengen.

Dat artikel 15 heeft rechtstreekse werking voor zover het in lid 1, tweede volzin, de lidstaten een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige verplichting oplegt, hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aan te passen om ze in overeenstemming te brengen met de in lid 3 ervan bedoelde voorwaarden.

Zoals de advocaat-generaal in punt 143 van zijn conclusie heeft opgemerkt bevatten de voorschriften in het hoofdgeding, doordat zij de niet-volumineuze detailhandel in een geografische zone buiten het stadscentrum van de gemeente Appingedam verbieden, een van de eisen bedoeld in artikel 15, lid 2, van richtlijn 2006/123, want zij stellen de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit afhankelijk van een territoriale beperking in de zin van artikel 15, lid 2, onder a), van die richtlijn.

Zoals volgt uit punt 129 van het onderhavige arrest, staat richtlijn 2006/123 er niet aan in de weg dat de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit afhankelijk wordt gesteld van de inachtneming van een dergelijke territoriale beperking, mits de in artikel 15, lid 3, genoemde voorwaarden inzake non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid vervuld zijn.

Het staat aan de verwijzende rechter om te beoordelen of zulks het geval is in het hoofdgeding.” (eigen onderlijning)

Het Hof van Justitie heeft middels dit arrest het domein van de ruimtelijke ordening bijgevolg nauwer in verband gebracht met de EDRL in het algemeen en het noodzakelijkheidsbeginsel in het bijzonder. Artikel 15, tweede en derde lid van de EDRL bepalen immers dat:

“2. De lidstaten onderzoeken of de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit in hun rechtsstelsel afhankelijk wordt gesteld van de volgende niet-discriminerende eisen:

- a) kwantitatieve of territoriale beperkingen, met name in de vorm van beperkingen op basis van de bevolkingsomvang of een geografische minimumafstand tussen de dienstverrichters;*
- b) eisen die van de dienstverrichter verlangen dat hij een bepaalde rechtsvorm heeft;*
- c) eisen aangaande het aandeelhouderschap van een onderneming;*
- d) eisen, niet zijnde eisen die betrekking hebben op aangelegenheden die vallen onder Richtlijn 2005/36/EG of die in andere communautaire instrumenten zijn behandeld, die de toegang tot de betrokken dienstenactiviteit wegens de specifieke aard ervan voorbehouden aan bepaalde dienstverrichters;*
- e) een verbod om op het grondgebied van dezelfde staat meer dan één vestiging te hebben;*
- f) eisen die een minimum aantal werknemers vaststellen;*
- g) vaste minimum- en/of maximumtarieven waaraan de dienstverrichter zich moet houden;*

h) een verplichting voor de dienstverrichter om in combinatie met zijn dienst andere specifieke diensten te verrichten.

3. De lidstaten controleren of de in lid 2 bedoelde eisen aan de volgende voorwaarden voldoen:

a) discriminatieverbod: de eisen maken geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel;

b) noodzakelijkheid: de eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;

c) evenredigheid: de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken; zij gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt."

Verder is het Hof van Justitie in dit arrest van mening dat de EDRL ook van toepassing kan zijn op zuiver interne situaties:

"Met haar vierde vraag, die in de tweede plaats moet worden beantwoord, wenst de verwijzende rechterlijke instantie in essentie te vernemen of de bepalingen van hoofdstuk III van richtlijn 2006/123, betreffende de vrijheid van vestiging van dienstverrichters, van toepassing zijn op een situatie waarvan alle relevante aspecten zich binnen één lidstaat afspelen.

Dienaangaande moet allereerst worden opgemerkt dat uit de bewoordingen van die bepalingen niet volgt dat er sprake moet zijn van een grensoverschrijdend aspect. Inzonderheid wordt in artikel 9, lid 1, artikel 14 en artikel 15, lid 1, van richtlijn 2006/123, betreffende respectievelijk de vergunningstelsels, de verboden eisen en de aan evaluatie onderworpen eisen, geen grensoverschrijdend aspect genoemd.

Wat vervolgens de context van hoofdstuk III van richtlijn 2006/123 betreft, bepaalt artikel 2, lid 1, van deze laatste in algemene termen, zonder onderscheid te maken tussen activiteiten in verband met diensten met een grensoverschrijdend aspect en activiteiten die verband houden met diensten zonder enig grensoverschrijdend aspect, dat die richtlijn van toepassing is op „diensten van dienstverrichters die in een lidstaat zijn gevestigd“.

Artikel 4, punt 2, en artikel 4, punt 5, van richtlijn 2006/123, die de begrippen „dienstverrichter“ respectievelijk „vestiging“ omschrijven, vermelden evenmin een grensoverschrijdend aspect. Die bepalingen verwijzen weliswaar naar de artikelen 54 en 49 VWEU, maar enkel om aan te geven dat de in artikel 4, punt 2, en artikel 4, punt 5 van die richtlijn vermelde begrippen „rechtspersoon“ en „economische activiteiten“ moeten worden begrepen in het licht van die artikelen 54 en 49 VWEU.

Daarentegen heeft de wetgever van de Unie voor wat betreft de bepalingen van hoofdstuk IV van richtlijn 2006/123, betreffende het vrije verkeer van diensten, op meerdere plaatsen,

onder meer in artikel 16, lid 1, en in artikel 18, lid 1, van die richtlijn, de precisering gegeven dat die bepalingen betrekking hebben op het recht van de dienstverrichters „om diensten te verrichten in een andere lidstaat dan die waar zij gevestigd zijn” en het oog hebben op het geval van „een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter”.

Tot slot is de uitlegging waarbij de bepalingen van hoofdstuk III van richtlijn 2006/123 niet alleen van toepassing zijn op de dienstverrichter die zich in een andere lidstaat wenst te vestigen, maar ook op degene die zich wenst te vestigen in zijn eigen lidstaat, in overeenstemming met de doelstellingen van die richtlijn.

*In dat verband zij opgemerkt dat richtlijn 2006/123, zoals blijkt uit artikel 1 ervan, gelezen in samenhang met de overwegingen 2 en 5, algemene bepalingen vaststelt die de verwijdering beogen van de beperkingen op de vrijheid van vestiging van dienstverrichters in de lidstaten en op het vrije verkeer van diensten tussen deze lidstaten, teneinde bij te dragen tot de verwezenlijking van een vrije en concurrerende interne markt (arrest van 1 oktober 2015, *Trijber en Harmsen*, C-340/14 en C-341/14, EU:C:2015:641, punt 44).*

Voor de volledige verwezenlijking van de interne dienstenmarkt moeten allereerst de belemmeringen worden weggenomen die de dienstverrichters ondervinden om zich te vestigen in de lidstaten, of dat nu is in hun eigen of in een andere lidstaat, en die afbreuk kunnen doen aan hun capaciteit om diensten ten behoeve van ontvangers in de gehele Unie te verrichten. Met het oog op de totstandbrenging van een daadwerkelijke interne dienstenmarkt berust de benadering die de wetgever van de Unie heeft gekozen in richtlijn 2006/123, zoals in overweging 7 van deze laatste wordt verklaard, op een algemeen rechtskader bestaande uit een combinatie van diverse maatregelen die een hoge mate van juridische integratie in de Unie moeten waarborgen, onder meer door een harmonisatie met betrekking tot specifieke aspecten van de regelgeving voor diensten.

*Om geen afbreuk te doen aan het nuttig effect van het specifieke rechtskader dat de wetgever van de Unie heeft willen scheppen door richtlijn 2006/123 vast te stellen, moet bijgevolg worden aanvaard, anders dan de Duitse regering ter terechtzitting heeft verklaard, dat de draagwijdte van die richtlijn zich in voorkomend geval verder kan uitstrekken dan strikt volgt uit de bepalingen van het VWEU betreffende de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten, onverminderd de op grond van artikel 3, lid 3, van die richtlijn op de lidstaten rustende verplichting om de bepalingen van deze laatste toe te passen overeenkomstig de regels van genoemd Verdrag (zie in die zin arrest van 16 juni 2015, *Rina Services e.a.*, C-593/13, EU:C:2015:399, punten 39 en 40).*

De constatering dat de bepalingen van hoofdstuk III van richtlijn 2006/123 ook in zuiver interne situaties van toepassing zijn, wordt ook bevestigd bij onderzoek van de ontstaansgeschiedenis van die richtlijn. Daaruit blijkt namelijk dat de tijdens de debatten in het Europees Parlement voorgestelde amendementen die ertoe strekten dat artikel 2, lid 1,

van die richtlijn zou worden geherformuleerd in die zin dat het enkel van toepassing zou zijn op grensoverschrijdende situaties, niet zijn aanvaard.

Aangaande de door de Nederlandse regering ter terechtzitting aangevoerde omstandigheid dat artikel 53, lid 1, en artikel 62 VWEU de rechtsgrondslag van richtlijn 2006/123 vormen, moet worden opgemerkt dat die bepalingen, anders dan inzonderheid de artikelen 49 en 56 VWEU, die toch in dezelfde hoofdstukken 2 en 3 van titel IV van het derde deel van het VWEU staan, geen grensoverschrijdend aspect vermelden. Er kan dus niet uit worden afgeleid dat de bevoegdheid van de wetgever van de Unie om op de grondslag van artikel 53, lid 1, en artikel 62 VWEU richtlijnen vast te stellen ter vergemakkelijking van de toegang tot de activiteiten anders dan in loondienst en de uitoefening ervan, zoals dat voor richtlijn 2006/123 het geval is met betrekking tot activiteiten in verband met diensten, noodzakelijkerwijs impliceert dat sprake is van een dergelijk aspect.

Gelet op het voorgaande moet op de vierde vraag worden geantwoord dat de bepalingen van hoofdstuk III van richtlijn 2006/123, betreffende de vrijheid van vestiging van dienstverrichters, aldus moeten worden uitgelegd dat zij mede van toepassing zijn op een situatie waarvan alle relevante aspecten zich binnen één lidstaat afspelen."

Men dient er echter voor te waken dat men geen (te) algemene conclusies trekt uit de hierboven aangehaalde rechtspraak. In het eerste arrest was één van de fundamentele vrijheden van het Unierecht, met name de vrijheid van vestiging, in het geding. In dergelijke zaken bewaakt het Hof van Justitie de grenzen van de noodzakelijkheid zeer strikt.

Het tweede arrest handelde dan weer over de dienstenrichtlijn waarin een toets aan de noodzakelijkheid expliciet is opgenomen.²⁶⁷ Het klopt dat het Hof van Justitie in het hierboven besproken arrest een sterkere link heeft gelegd tussen het domein van de ruimtelijke ordening en de dienstenrichtlijn, al is het niet zeker of er, in het kader het thema van dit onderzoeksrapport, zware gevolgen aan dit arrest moeten worden verbonden. Het Hof van Justitie stelt in dat arrest immers dat:

"De verwijzende rechterlijke instantie wijst er echter op dat volgens overweging 9 van richtlijn 2006/123, deze laatste, "alleen van toepassing [is] op eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit", zodat zijn uitgesloten "eisen zoals [...] regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw, en [...] administratieve sancties wegens het niet naleven van dergelijke voorschriften die de dienstenactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar die de dienstverrichters bij de uitvoering van hun economische activiteit in acht dienen te nemen op dezelfde wijze als natuurlijke personen die als particulier handelen".

²⁶⁷ Artikel 15, 3. Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt.

Die overweging van richtlijn 2006/123 past volledig in het rechtskader zoals dat is vastgelegd door die richtlijn, die, zoals blijkt uit de punten 104 tot en met 106 van het onderhavige arrest, strekt tot opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters, in de lidstaten en van het vrije verkeer van diensten tussen die staten, teneinde bij te dragen tot de verwezenlijking van een echte interne dienstenmarkt.

*Richtlijn 2006/123 dient dus geen toepassing te vinden op eisen die niet kunnen worden geacht dergelijke beperkingen te vormen omdat zij niet de toegang tot een activiteit in verband met diensten specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar door de dienstverrichters in acht moeten worden genomen in de uitoefening van hun economische activiteit, op dezelfde wijze als door personen die handelen als particulier.*²⁶⁸

Tot slot kan er nog aangestipt worden dat het Hof van Justitie, in meer gevoelige of complexe beleidsdomeinen - waaronder ook zaken die specifiek handelen over het eigendomsrecht-, het noodzakelijkheidsbeginsel afzwakt door genoeg te nemen met de vaststelling dat de betrokken maatregel niet kennelijk ongeschikt is (bv. HvJ 9 juni 2016, Pesce, C-78/16, punt 49, weliswaar t.a.v. een maatregel van de Commissie).

Deze laatstgenoemde rechtspraak stemt overeen met de toetsing door het Grondwettelijk Hof, dat de noodzakelijkheidstoets in de regel niet toepast: vanaf het ogenblik dat een maatregel relevant is ten aanzien van de nagestreefde doelstelling en hij daarmee niet kennelijk onevenredig is, wordt hij niet discriminerend om de enkele reden dat een andere maatregel het mogelijk zou maken om die doelstelling te bereiken (Bv. arrest 81/2011, B.4.5). Slechts in uitzonderlijke gevallen neemt het Hof de noodzakelijkheid van de te nemen maatregel mee in zijn evenredigheidstoets, meer bepaald wanneer fundamentele beginselen in het geding zijn (bv. arrest 51/2014, B.7.3).

2. Rechtseconomisch

De vraag of (en in welke mate) de beleidsmaatregel noodzakelijk is om het maatschappelijk doel te bereiken maakt op dit moment al onderdeel uit van het RIA-denken van de Vlaamse overheid. Bij de RIA-logica gaat de wetsopsteller na in welke mate er een maatschappelijk probleem is en in welke mate overheidstussenkomst vereist is om dit maatschappelijk probleem aan te pakken.

Verder moet men zich de vraag stellen of er oplossingen mogelijk zijn die steunen op vrijwilligheid. Hierbij moet de wetgever bij het ontwikkelen van het beleid aantonen dat het vrijwillig karakter (om bepaalde redenen) niet mogelijk is of vermoedelijk niet mogelijk is. Met andere woorden, waarom is er dwang vereist en is vrijwilligheid niet voldoende om het maatschappelijk probleem aan te pakken. Er zijn een aantal redenen waarom vrijwilligheid niet mogelijk is. Hiervoor grijpen we terug naar de basiswerken van Cooter, Calabresi en Melamed, Epstein, en Kaplow en Shavell.

²⁶⁸ HvJ 30 januari 2018, nr. C-360/15 en C-31/16, overweg. 121 – 123.

Volgens Cooter (1999) krijgen partijen bij vrijwillige markttransacties te maken met externe kosten zonder dat ze hier toestemming voor hebben gegeven. Wanneer een externaliteit een kleine groep eigenaars beïnvloedt, kijkt de wet niet naar de efficiëntie maar naar de sociale normen om het gedrag te controleren. Bij de afwezigheid van dergelijke normen, kan een vrijwillige overeenkomst bereikt worden door de partijen met elkaar te laten onderhandelen.

Wanneer een externaliteit van toepassing is op een grote groep eigenaars (i.e., hoge transactiekosten), kan men echter geen gebruik maken van sociale normen. In dergelijke situaties kunnen de verschillende partijen niet met succes onderhandelen waardoor het een rechtelijke tussenkomst de externaliteit moet corrigeren door het toekennen van schadevergoedingen.

In dergelijke situaties, kan de overheid regulering uitvaardigen om bepaalde activiteiten van bepaalde eigenaars te beperken ten voordele van de samenleving. Daarom is het relevant om te kijken of de maatregel betrekking heeft op een kleine groep eigenaars of een grotere groep eigenaars.

Volgens Calabresi en Melamed (1972) zijn vooral eigendomsregels en aansprakelijkheidsregels van belang bij het bepalen van de vrijwilligheid van een transactie. Eigendomsregels leiden ertoe dat indien iemand in het bezit wil komen van een eigendomsrecht, hij dit recht moet verkrijgen via een vrijwillige transactie waarbij de waarde onderling overeengekomen werd. Bij aansprakelijkheidsregels is er geen sprake van vrijwilligheid aangezien men het eigendomsrecht kan vernietigen of beperken in ruil voor een vergoeding gebaseerd op een "objectieve" waardering. Het bepalen van die objectieve waarde komt niet meer tot stand via een vrijwillige onderhandeling tussen beide partijen maar wordt gedaan door een overheidsinstantie. De keuze tussen bescherming van rechten via eigendomsregels of via aansprakelijkheidsregels hangt af van een aantal factoren. Vanuit economische efficiëntie is het zo dat wanneer de (transactie)kost voor het bepalen van de waarde van een recht via onderhandeling zo hoog is, een overdracht niet spontaan tot stand zal komen, zelfs als deze transactie voor iedereen positief zou zijn. De voornaamste redenen hiervoor zijn het 'holdout' en 'freeloader' probleem, die een collectieve waardebepaling bemoeilijken. De keuze voor aansprakelijkheidsregels primeert boven de keuze voor eigendomsregels in situaties waarbij de marktwaardering van het recht als inefficiënt wordt geacht, de waardering niet beschikbaar is of de transactiekosten voor de waardering te duur zijn in vergelijking met een collectieve waardering. Daarnaast spelen verdelingsaspecten ook een beslissende rol bij de keuze voor aansprakelijkheidsregels. Verdelingsdoelstellingen zijn kostelijk en moeilijk om via vrijwillige onderhandelingen te bereiken, terwijl de collectieve waardering, eigen aan aansprakelijkheidsregels, zich er makkelijk toe leent om verdelingsdoelstellingen te promoten.

Epstein (1997) redeneert dat in een wereld waarbij transactiekosten onbestaande zouden zijn, de keuze tussen aansprakelijkheidsregels en eigendomsregels niet van belang zou zijn. In de realiteit verloopt dit uiteraard anders en zal er uiteindelijk een keuze moeten worden gemaakt. De standaard is dat eigendomsregels altijd primeren op aansprakelijkheidsregels tenzij men in een situatie komt waarbij het holdoutprobleem grote proporties aanneemt (bv. uitzonderlijke situatie van noodzaak). In dergelijke situaties is het risico op ondercompensatie alomtegenwoordig, gegeven het onvermogen om op vrijwillige basis het verlies accuraat te bepalen, zowel economisch als subjectief.

Het gebruik van aansprakelijkheidsregels is gelimiteerd tot situaties waarbij eigendomsregels niet goed functioneren; waarbij vrijwillige transacties geblokkeerd worden door strategisch gedrag.

Volgens Kaplow en Shavell (1996) zullen partijen zowel onder eigendomsregels als aansprakelijkheidsregels met elkaar onderhandelen zolang de transactiekosten laag zijn. Daarnaast kunnen bij hogere transactiekosten, en waarbij dus onderhandelen onmogelijk is, eigendomsregels wel leiden tot betere resultaten dan onder een systeem van aansprakelijkheidsregels.

Uit het bovenstaande kan men concluderen dat de belangrijkste reden voor het ontbreken van vrijwilligheid de aanwezigheid van transactiekosten is (van de onderhandelingen en of de waardebeoordeling). Als de transactiekosten bij vrijwilligheid te hoog oplopen om tussen rechtssubjecten tot een overeenkomst te komen of als de kosten voor het verkrijgen van een gerechtelijke beslechting bij een dispuut over eigendomsrechten te hoog oplopen dan zal een vrijwillige oplossing niet ontstaan. De markt kan in bepaalde gevallen komen tot eigen oplossingen om met deze transactiekosten om te gaan, maar dit is niet vanzelfsprekend het geval.

Concreet moet worden nagegaan in welke mate er dus transactiekosten aanwezig zijn. Deze transactiekosten kunnen afhangen van de omvang van de groep die geconfronteerd wordt met het probleem inzake eigendomsrechten alsook over de omvang van de transactiekosten voor het individu om te onderhandelen, te procederen of de waardebeoordeling te bekomen.

ONDERAFDELING 4. WELKE CRITERIA KUNNEN HET BEST OPGENOMEN WORDEN IN DE NADEELCOMPENSATIEREGELING?

De algemene theoretische bespreking van het GBOL-beginsel heeft eveneens duidelijk gemaakt dat er verschillende criteria naar voor worden geschoven die bij de toepassing van het GBOL-beginsel gehanteerd kunnen worden (*supra*). In deze onderafdeling zullen een aantal algemene criteria worden voorgesteld en besproken.

Het voorstel van nadeelcompensatie dat door ons wordt gesuggereerd maakt in essentie melding van twee criteria.

In de eerste plaats is er het criterium van de graad/ernst van de concrete inmenging. Een inmenging van 80-100% betreft een *de facto*-onteigening en dient dus steeds gecompenseerd te worden, terwijl een inmenging van 0-20% op grond van de *de minimis*-regeling nooit aanleiding zal kunnen geven tot compensatie.

Het is evident dat dit criterium als één van de basisprincipes in de toepassing van het GBOL-beginsel dient te worden beschouwd. Een van de vragen die naar boven komt bij de toepassing van dit criterium betreft de vraag naar de manier waarop deze inmenging zal worden berekend. Mogelijk kan er hieromtrent inspiratie worden gevonden bij het nieuwe instrumentendecreet dat de begroting

van o.a. de eigenaarsvergoeding overlaat aan de landcommissie.²⁶⁹ De landcommissie heeft immers al een grondige expertise opgebouwd:

*"De regie van de procedure is grotendeels toegewezen aan de landcommissies omwille van hun onafhankelijke rol en hun expertise opgebouwd bij de uitvoering van de opdrachten uit het Decreet Landinrichting."*²⁷⁰

Een tweede criterium dat reeds tot uiting komt in het voorstel van nadeelcompensatie betreft het criterium rond de aard van de genomen maatregel.

Het (vermoedelijke) belang van dit criterium kan allereerst geïllustreerd worden aan de hand van de procedure die werd gevoerd met betrekking tot het Grond- en pandendecreet van 27 maart 2009. In arrest nr. 50/2011 dd. 6 april 2011 gaf het Grondwettelijk Hof een weergave van de inhoud van de bestreden bepalingen:

"De artikelen 4.1.16 tot 4.1.26 van het Grond- en pandendecreet hebben als gevolg dat verkavelingen of bouwprojecten op percelen groter dan een halve hectare, alsook op percelen kleiner dan een halve hectare waarop ten minsten tien woongelegenheden of ten minste vijftig appartementen worden ontwikkeld, steeds van rechtswege onderworpen zijn aan een sociale last. Die sociale last zal in de meeste gevallen tussen de 10 en de 20 pct. Van de verkaveling of het bouwproject beslaan.

[...]

*Indien een ruimtelijk uitvoeringsplan is aangenomen voor de verwezenlijking van sociaal woonaanbod, kan daarin worden voorzien in de bijkomende verwezenlijking van bescheiden woningen. In dat geval kan de verplichting om te voorzien in sociale en bescheiden woningen krachtens artikel 4.2.4 van het Grond- en pandendecreet oplopen tot 40 pct."*²⁷¹

Een van rechtswege opgelegde last, die in de meeste gevallen oploopt tot max. 20 pct., lijkt op het eerste zicht, gelet op het principe van niet-vergoeding, niet te moeten worden vergoed.²⁷² Desalniettemin oordeelt het Grondwettelijk Hof, na het antwoord van het Hof van Justitie op een aantal prejudiciële vragen, in een arrest van 7 november 2013 met nr. 145/2013 als volgt met betrekking tot de evenredigheid:

"Gelet op de vernietiging, die voortvloeit uit B.6.2, van de steunmaatregelen die beogen de sociale last te compenseren, dienen de private actoren de sociale last te dragen zonder enige compensatie.

²⁶⁹ Artikel 17, §2 instrumentendecreet.

²⁷⁰ X, Memorie van Toelichting bij voorontwerp van het instrumentendecreet, 20 ev.

²⁷¹ GwH 6 april 2011, nr. 50/2011 overw. B.39.1 en B.39.4

²⁷² Over een last van om en bij de 40 pct. kan nog enigszins twijfel bestaan.

Zonder dat het Hof dient te onderzoeken of de bestreden beperkingen van het ongestoord genot van de eigendom, van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie en van het vrij verkeer van kapitalen noodzakelijk en pertinent zijn om de nagestreefde doelstelling te bereiken, dient te worden vastgesteld dat een dergelijke zware last, mede in het licht van de in B.8.1 tot B.8.3 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte omstandigheden, niet evenredig is met de doelstelling die met de artikelen 4.1.16 tot 4.1.26 van het Grond- en pandendecreet wordt nagestreefd.

[Die conclusie geldt niet alleen voor de uitvoering van de sociale last in natura, maar heeft evenzeer betrekking op de alternatieve manieren om de sociale last uit te voeren, namelijk de overdracht van gronden aan een sociale woonorganisatie (artikel 4.1.25), de verhuring van verwezenlijkte woningen aan een sociaal verhuurkantoor (artikel 4.1.26) en de uitzonderlijke bijdrageregeling (artikel 4.1.19) : enerzijds, zijn die alternatieve uitvoeringswijzen onlosmakelijk verbonden met de uitvoering in natura, en, anderzijds, is ook bij toepassing van die alternatieven niet gewaarborgd dat de bouwheer of verkavelaar op voldoende wijze, maar binnen de grenzen die het Europese staatssteunrecht toelaat, wordt gecompenseerd voor het nadeel dat de sociale last hem berokkent.]

Het derde onderdeel van het eerste middel is gegrond. Bijgevolg dienen onderafdeling 1 (« Gewestelijke en gemeentelijke normen ») van afdeling 2 (« Per bouw- of verkavelingsproject ») van hoofdstuk 2 (« Normen ») van titel 1 (« Verwezenlijking van een sociaal woonaanbod ») van boek 4 (« Maatregelen betreffende betaalbaar wonen »), alsook hoofdstuk 3 (« Sociale lasten ») van titel 1 (« Verwezenlijking van een sociaal woonaanbod ») van boek 4 (« Maatregelen betreffende betaalbaar wonen ») van het Grond- en pandendecreet te worden vernietigd.»²⁷³

Deze vernietiging heeft eveneens betrekking op de bepalingen die onlosmakelijk met de vernietigde bepalingen verbonden zijn.²⁷⁴

Het is frappant dat het Grondwettelijk Hof een "beperkte" sociale last van 10 – 20 pct. toch als onevenredig beschouwt indien zij zonder enige compensatie wordt opgelegd. Een mogelijke verklaring hiervoor zou kunnen liggen in het feit dat het Hof rekening heeft gehouden met de aard van de betrokken wetgeving.

De visie dat men rekening dient te houden met de aard van de betrokken maatregel vindt eveneens steun in de Amerikaanse natuurrechtelijke interpretatie van eigendomsbeperkingen door de overheid:

"Regulations" secure to people in reality the equal share of freedom to which they are entitled in principle. This is the sense in which Madison speaks of regulation in Federalist 10.

²⁷³ GwH 7 november 2013, nr. 145/2013, overw. B.9 en B.10.1

²⁷⁴ Ibid, B.10.2 ev.

Shortly after emphasizing that "the first object of government" is to protect "[t]he diversity in the faculties of men, from which the rights of property originate," he explains that government secures such protection by "[t]he regulation of these various and interfering interests.

Put differently, a "regulation" is a positive law that prevents one citizen from "injuring" another by stealing part of another's equal share of freedom. The allocation of equal-use rights creates a baseline to distinguish innocent or beneficial property uses from harmful or injurious ones. "Regulations" prevent the latter and encourage the former. Thus, Justice Swift could assume "it as a maxim in legislation, that the rule to be adopted in enacting laws, must be to restrain no acts but those which tend to the injury of individuals and the dissolution of government. Similarly, Kent could assume that the lawgiver has the power to issue "general regulations," because he "has a right to prescribe the mode and manner of using [property], so far as may be necessary to prevent the abuse of the right, to the injury or annoyance of others, or of the public.

In either case, whether one defines the power to regulate in relation to enlarging property or preventing injuries, one can determine whether a positive law is really a "regulation" by asking if it promotes equal freedom among all citizens. Because all citizens are equally entitled to the enjoyment of their natural rights, all property owners must respect a duty not to use their property to diminish others' natural rights. As Justice Swift warns, "whether men possess the greatest, or the smallest talents, they have equal claims to protection, and security in their exertions, and acquisitions." When Madison says that government "secures to every man, whatever is his own," he emphasizes that government must do so "impartially." When Kent speaks of property rights, he stresses that such rights are consistent with "the reciprocal rights of others."

These ideas of equality, impartiality, and reciprocity establish a powerful substantive limitation on government regulation. Because the social compact creates a partnership for the mutual improvement of morally equal partners, its laws must work to enlarge the advantage of every partner. Early in his *Lectures on Law*, Wilson explains as clearly as any other Founder how this principle applies: citizens enter civil society "to regulate, with one common consent, whatever regards their preservation, their security, their improvement, their happiness." Still, Wilson admonishes that "[t]he natural rights and duties of man belong equally to all." Later in the *Lectures*, he explains how positive laws secure natural rights:

True it is, that, by the municipal law, some things may be prohibited, which are not prohibited by the law of nature: but equally true it is, that, under a government which is wise and good, every citizen will gain more liberty ... by the limitation of other men's freedom, than he can lose by the diminution of his own.

He will gain more by the enlarged and undisturbed exercise of his natural liberty in innumerable instances, than he can lose by the restriction of it in a few.

When government violates this equal-advantage principle, Wilson says, natural liberty is "abridged," but when government follows this principle, natural liberty is "increased and secured." Thus, "[a]s in civil society, previous to civil government, all men are equal; so, in the same state, all men are free."

*Ultimately, the principle of equal freedom for all determines whether a property law regulates or invades natural property rights. Whenever a positive law restrains a right incident to property ownership- whether control, use, or disposition-that law risks impermissibly abridging the free exercise of property rights. The law is not per se invalid, but the restraint on property requires further justification. The law can be justified as a bona fide "regulation" of property rights if it restricts the use rights of every person in order to enlarge both the personal rights and freedom of action of everyone regulated. By contrast, if some individuals lose more than their equal share of use rights without gain, the law is not a "regulation" of right, but rather an "abridgement," "invasion," or "violation" of right.*²⁷⁵ (eigen onderlijning)

In deze natuurrechtelijke visie gaat men ervan uit dat, indien een overheidsinstantie een eigendomsbeperking oplegt, de overheid zal moeten aantonen dat de genomen eigendomsbeperking de persoonlijke rechten en activiteiten van iedereen verhoogt (ordenend/welvaartsverhogend). Indien bepaalde individuen een grotere last moeten dragen zonder enig corresponderend voordeel, is er aan deze voorwaarde niet voldaan waardoor er geen sprake kan zijn van een regulering van het eigendomsrecht, maar een inbreuk erop.

Ondanks het feit dat deze twee criteria zeer interessante uitgangspunten kunnen opleveren, lijkt het ons opportuun om nog een derde element als algemeen criterium naar voren te schuiven. Het betreft het criterium van de voorzienbaarheid oftewel de legitieme verwachtingen.

Ook TJPEKEMA beschouwt dit als een interessant en belangrijk element bij het onderzoek naar de plicht tot nadeelcompensatie (*supra* p. 51 van dit onderzoeksrapport).

Verder spreekt VAN HOORICK over *Situationsgebundenheit*:

"Volgens rechtspraak zijn er twee vereisten waaraan moet worden voldaan opdat een op zichzelf rechtmatige overheidsdaad tot schadevergoeding zou leiden: vooreerst moeten de gevolgen van die overheidsdaad een beperkte groep van burgers of instellingen raken, en bovendien moeten die gevolgen het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico te buiten gaan.

Dat de gevolgen van een in het algemeen belang opgelegde gebruiksbeperking van eigendom dikwijls een beperkte groep van burgers of instellingen treft, is legio in het omgevingsbeleid: deze landbouwers die nog historisch permanente graslanden bezitten, die personen op wiens

²⁷⁵ E. CLAEYS, "Takings, regulations, and natural property rights", *Cornell Law Review* 2003, volume 88, nr. 6, 1571 – 1573.

eigendom beschermde soorten huizen, deze eigenaars in het woongebied die omwille van de watertoets toch geen stedenbouwkundige vergunning verkrijgen,... Met andere woorden, in het omgevingsbeleid worden de lasten dikwijls niet op gelijke wijze verdeeld onder de burgers of instellingen. Maar wanneer gaan die gevolgen van een in het algemeen belang opgelegde gebruiksbeperking van eigendom, het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico te buiten? De aard en de omgeving van het eigendom lijkt voor het beoordelen van het normale maatschappelijke of het normale bedrijfsrisico heel relevant: bijvoorbeeld van een natuurlijk uitziend terrein of van een grond in de duinen, in de heide, in een overstromingsgevoelig gebied e.d. kan de eigenaar redelijkerwijze verwachten dat hier vroeg of laat beschermingsmaatregelen zullen worden opgelegd, zoals een bouwverbod of een verbod de vegetatie of een beschermde habitat te wijzigen. Een weigering van vergunning naar aanleiding van dergelijke beschermingsvoorschriften, die doorgaans niet in absolute termen gesteld zijn, vormt daarvan niet meer dan een logisch uitvloeisel.

Dit is wat men in Duitsland aanduidt met de 'Situationsgebundenheit' van eigendom: de eigenaar moet zijn eigendom zien in zijn ruimere omgeving en zelfs in zijn politieke-bestuurlijke context, waarin de dag van vandaag wordt gestreefd naar behoud van de open ruimte, instandhouding van zeldzame soorten, bescherming van waardevolle landschappen, e.d., en die Situationsgebundenheit rechtvaardigt dat de lasten onevenredig worden verdeeld over de verschillende eigendommen. In de Belgische context zou men kunnen stellen dat de omgevingsgebondenheid van eigendom mede bepaalt welke maatschappelijke risico's of bedrijfsrisico's normaal zijn en aldus redelijkerwijze hadden kunnen worden ingeschat door de betrokkene."²⁷⁶

Er dient aangestipt te worden dat dit criterium van de legitieme verwachtingen zowel voor de beoordeling van de evenredigheid als voor de beoordeling van het GBOL-beginsel van belang zal kunnen zijn. Ook het EHRM en het Grondwettelijk Hof nemen de (legitieme) verwachtingen, die de eigenaar(s) van de getroffen percelen konden hebben, mee in hun evenredigheidstoets.²⁷⁷ In beide gevallen is het dus aangewezen om de legitieme verwachtingen van de getroffen burger in het onderzoek te betrekken.

Deze drie elementen (m.n. ernst/graaag van de inmenging, aard van de maatregel en de legitieme verwachtingen) zullen, o.i., steeds afgetoetst moeten worden om te kunnen beoordelen of er een overschrijding van de evenredigheid dan wel het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico (GBOL-beginsel) heeft plaatsgevonden. Uiteraard is het ook steeds mogelijk om rekening te houden met andere elementen. Er kan hierbij gedacht worden aan de criteria van het Grondwettelijk Hof uit het arrest van 1 oktober 2015 (nr. 132/2015) of de (andere) criteria die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens naar voren schuift (*supra* hoofdstuk 1).

²⁷⁶ G. VAN HOORICK, "Eigendom en openbare lasten: dit is nog maar het begin..." in B. GOOSSENS, Y. LOIX en F. SEBREGHTS (eds.), *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg. Liber amicorum Hugo Sebreghts*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 423 – 424.

²⁷⁷ GwH 7 juni 2018, nr. 66/2018, overw. B.7.5.; EHRM 9 januari 2018, *TUMELIAI v. LITHUANIA* (nr. 25545/14).

Tot slot kunnen er voor bepaalde domeinen ook specifieke criteria uitgewerkt worden. Het staat de Vlaamse decreetgever immers vrij om voor specifieke beleidsdomeinen een oplistings te maken van de criteria waarvan het, naast de hierboven vermelde algemene criteria, opportuun wordt geacht om deze bij de beoordeling van vergoedingsvraagstukken op grond van het GBOL-beginsel te betrekken. Op die manier kan de decreetgever echt maatwerk verrichten en dit kan enkel worden toegejuicht.

ONDERAFDELING 5: IS DE BELEIDSMATREGEL PROPORCIONEEL EN IS NADEELCOMPENSATIE WEL NODIG?

Het is reeds duidelijk dat het GBOL-beginsel in essentie een evenredigheidstoets uitmaakt (*supra*). De vraag of er, in het streven naar evenredigheid, nood is aan nadeelcompensatie, is een vraag die het EHRM al veelvuldig heeft moeten beantwoorden. Deze rechtspraak werd in het eerste hoofdstuk reeds geanalyseerd.

1. Rechtseconomisch

De vraag die hierbij werd gesteld is wat een normaal maatschappelijk risico voor burgers en instellingen of een normaal bedrijfsrisico voor bedrijven precies inhoudt? Wanneer overschrijdt een overheidsmaatregel de grenzen van het normale risico en/of wanneer zijn de gevolgen ervan onevenredig nadelig? Een belangrijk element hierbij is wat men onder abnormale risico's verstaat.

Uiteraard vallen de risico's die eigen zijn aan het ondernemerschap daar niet onder, net zomin als de risico's die voortvloeien uit omgevingsfactoren. Drastische en onvoorzienbare wijzigingen in de regelgeving, in het bijzonder het eigendomsrecht, vallen echter buiten het normale risico.

Het risico wordt in deze ook veroorzaakt door de beleidsmaatregelen van de overheid. Hierbij moeten we ook de link leggen naar onderafdeling 2 inzake de legitimiteit.

De burger kan zich eerder voorzien en aanpassen aan overheidstussenkomsten die legitiem zijn (en waarbij dus een reële marktvaling aanwezig is). Als de beleidsmaatregelen in mindere mate legitiem zijn door bijvoorbeeld invloed van private interest theorieën dan kan de burger zich hier al minder tegen voorzien en spreken we minder snel van een normaal risico. Daarnaast, moet de overheidstussenkomst noodzakelijk zijn om een maatschappelijk probleem (bvb. externaliteiten) op te lossen. Met andere woorden, beleidsmaatregelen die onderafdeling 2 en onderafdeling 3 doorstaan hebben een hogere kans op het voldoen aan een normaal risico. Een hogere mate van compensatie zal vereist zijn als de maatregel in mindere mate legitiem en/of noodzakelijk is.

Een studie van de bestaande literatuur toont aan dat het concept abnormaal risico in verschillende contexten aan bod komt. In de aansprakelijkheidscontext wordt abnormaal risico bijvoorbeeld omschreven als het risico dat groter is dan de gewone dagdagelijkse risico's die eenieder neemt, maar ook als het risico dat een normaal voorzichtig en oplettend mens in dezelfde feitelijke omstandigheden niet zou hebben genomen.

De medische aansprakelijkheid leert ons dat schade als abnormaal wordt gezien “wanneer ze zich niet had moeten voordoen rekening houdend met de huidige stand van de wetenschap, de toestand van de patiënt en zijn objectief voorspelbare evolutie”. De literatuur over compensatiemodellen stelt ook dat een goede huisvader het risico niet zou nemen om onevenredige negatieve externaliteiten te creëren voor derde partijen.

Ten slotte, is het moreel risico een concept uit de verzekeringscontext dat ontstaat wanneer het gedrag van de verzekerde verandert na de aankoop van een verzekering, waardoor de probabiliteit van het verlies of de omvang van het verlies toeneemt. In de letterlijke betekenis lijkt moreel risico echter niet van toepassing in de context van het gelijkheidsbeginsel voor de openbare lasten van burgers.

Het zal er enkel toe bijdragen om de gevolgen van het abnormaal risico op een beperking van de eigendomsrechten door de overheid te elimineren, aangezien hiervoor een compensatie voorzien zal worden. Deze vermindering van onzekerheid zal bijgevolg een positieve invloed hebben op de marktwerking.

Op basis van de inzichten bekomen uit de literatuur, hebben wij een nieuw voorstel gedaan waarbij we rekening houden met twee belangrijke parameters die aan bod komen in het oorspronkelijk voorstel nl. de mate van waardeverlies of aantasting van het grondrecht, en de ratio legis van de genomen beleidsmaatregel. We onderscheiden 6 mogelijke scenario's:

- 100 – 90%: altijd compensatie want dit vormt een quasi-onteigening.
90 – 70%: altijd compensatie, tenzij het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt worden, en dat de schade die veroorzaakt is door dit gedrag groter is dan het waardeverlies.
- 70 – 50%: altijd compensatie, tenzij de beleidsmaatregel de transactiekosten verlaagt en zodoende een vermogenstoename genereert die hoger is dan het waardeverlies, of het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt worden, en dat de schade die veroorzaakt is door dit gedrag groter is dan het waardeverlies.
- 50 – 30%: altijd compensatie, tenzij er een herverdelend beleid op basis van een zuivere meerderheidsbeslissing gebeurt (op basis van de logica van inclusiviteit zoals hierboven uitgelegd), of tot verlaging van de transactiekosten (zoals hierboven uitgelegd), of ter correctie van negatieve externaliteiten wordt ingevoerd (zoals hierboven uitgelegd).
- 30 – 10%: nooit compensatie, tenzij de normadressaat kan aantonen dat de beleidsmaatregel niet is ingevoerd ter correctie van een maatschappelijk probleem, niet ordenend is of een herverdelend beleid op grond van een zuivere meerderheidsbeslissing inhoudt, m.a.w. dat de beleidsmaatregel door rent-seeking en logrolling is tot stand gekomen.
- 10 – 0%: nooit compensatie want dit vormt een toepassing van het 'de minimis' principe, zelfs wanneer er sprake is van een herverdelende minderheidsbeslissing.

Er zijn twee belangrijke verschillen met het oorspronkelijk voorstel:

- M.b.t. “het ordenend karakter” van de wetgeving zou een onderscheid gemaakt moeten worden tussen de twee vermelde vormen of soorten ordenende wetgeving, namelijk het tegengaan of remediëren van (negatieve) externaliteiten enerzijds, en het verlagen van transactiekosten anderzijds.
- De tweede voorwaarde bij het al dan niet toekennen van nadeelcompensatie wordt sterker benadrukt, namelijk geen toekenning van nadeelcompensatie indien de veroorzaakte schade (bij derden ten gevolge van externaliteiten) of de gecreëerde meerwaarde voor zichzelf (ten gevolge van de verlaging van de transactiekosten) groter is dan het waardeverlies die de wetgeving veroorzaakt, dit om te vermijden dat ofwel het veroorzaken van kleine negatieve externaliteiten onevenredig zwaar zou gesanctioneerd worden, ofwel dat bij de verlaging van de transactiekosten er tweemaal vergoed zou worden.

Het belangrijkste probleem dat ontstaat bij een dergelijke aanpak is dat men moet weten hoe men een objectief verantwoordbaar onderscheid kan maken tussen diverse categorieën, vooral dan tussen ordenende versus herverdelende beslissingen, enerzijds, en tussen meerderheids- en minderheidsbeslissingen die tot herverdeling leiden, anderzijds. Het RIA-denken is een geschikt instrument om te onderzoeken of er daadwerkelijk een ordenend karakter in de voorgestelde regelgeving aanwezig is. Wat moeilijker is, is het identificeren van het onderscheid tussen herverdelende meerderheids- en minderheidsbeslissingen en het probleem van de “log-rolling”. Uiteraard zal dit niet blijken uit stukken die de verantwoording van een beleidsmaatregel moeten voeren. Zelden of nooit zal er gezegd worden dat een beslissing wordt genomen omwille van de invloed van drukingsgroepen of stemmenruil

Daarom lijkt dit onderscheid zich eerder achter de schermen af te spelen en is het niet mogelijk om in de hoofden van de beleidsmakers te kijken om de motieven achter beleidsmaatregelen te identificeren. Een mogelijke oplossing hiervoor ligt echter wel in de nauwgezette analyse van de effecten van de maatregel.

Meer bepaald in de verdelingsanalyse van de effecten van een maatregel (zoals dat in de RIA idealiter al zou moeten gebeuren). Wanneer we vaststellen dat de winnaars een (eerder kleine) minderheid vormen en de kosten ervan over een (eerder grote) meerderheid worden verspreid, dan zou dit kunnen duiden dat de krachten van de private interest theorieën hebben meegespeeld. Men zou hierbij kunnen nadenken over het invoeren van een weerlegbaar vermoeden waarbij de bewijslast niet langer bij de overheid maar bij de normadressaat ligt, wat deze laatste de kans geeft de invloed van private interest krachten (rent seeking e.d.) van een beleidsmaatregel aan te tonen.

Concluderend kan er omtrent dit voorstel opgemerkt worden dat het een instrument is dat zowel voor de overheid als voor de rechter handig kan zijn bij de beoordeling van de evenredigheidsvereiste en het GBOL-beginsel (*supra* p. 145). Dit voorstel van nadeelcompensatie kent bijgevolg ruime toepassingsmogelijkheden en zal een ruime impact hebben op het gehele vergoedingsspectrum inzake eigendomsbeperkingen.

AFDELING 2. IS EEN WETGEVEND INITIATIEF NOODZAKELIJK EN HOE ZOU DIT ERUIT MOETEN ZIEN?

Het werd reeds duidelijk dat de wetgever zelden in een vergoedingsregeling voorziet. Men kan zich daarom de vraag stellen of een wetgevend initiatief wel noodzakelijk is? Verdient de huidige aanpak ook geen goedkeuring?

Zoals eerder werd aangehaald voert het EHRM steeds een zeer concrete toetsing uit. Het is bijgevolg niet altijd even gemakkelijk om een inschatting te maken van het oordeel dat het Hof in de ene dan wel de andere zaak zal uitspreken.

Deze visie wordt bijgetreden door LIERMAN en VERRIJDT:

*"De toetsing aan de derde regel van artikel 1 EP EVRM vertoont opvallende gelijkenissen met het GBOL-beginsel. Ook hier gaat het immers om een afweging in concreto van alle elementen in het voordeel van de overheid en in het voordeel van de particuliere eigenaar. Bijgevolg valt de omvang van een eventueel door de rechter toegekende compensatie moeilijk op voorhand in te schatten, temeer daar de lagere rechtspraak waarop men zich kan baseren schaars is."*²⁷⁸

LERNOUT stelt dat deze vaststelling een indicatie is van het feit dat een wetgevend initiatief op zijn plaats is:

"Particulieren zullen steeds in een individueel geval naar de rechter moeten stappen. De vraag rijst of dit de mogelijkheid biedt om tot meer eenvormigheid te komen bij de wetgeving inzake erfdiensbaarheden van openbaar nut, in die zin dat de wetgeving hierover het stilzwijgen bewaart.

*In een dergelijke interpretatie lijkt de bal volledig in het kamp van de rechter te liggen. Die oordeelt in concreto of een vergoeding verschuldigd is bij het opleggen van erfdiensbaarheden van openbaar nut. De vraag rijst of het vanuit rechtseconomisch standpunt wel te verantwoorden is dat in dergelijke gevallen steeds beroep moet worden gedaan op de rechter."*²⁷⁹

Wegens gebrek aan concrete rechtspraak, is het in de eerste plaats niet zeker dat de rechterlijke macht in België – die haar rechtspraak naar alle waarschijnlijkheid zal enten op de rechtspraak van het EHRM - een ruimhartige vergoedingspolitiek zal voeren.

²⁷⁸ S. LIERMAN en W. VERRIJDT, "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in R. PALMANS, D. LINDEMANS, en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 54.

²⁷⁹ M. LERNOUT, "De vergoeding van erfdiensbaarheden van openbaar nut: Grondwettelijk Hof brengt opnieuw verduidelijking", *TBP* 2016, afl. 6, 305

Het is echter ook niet uitgesloten dat zij dit wel zal doen. Het eenvoudig toekennen van hoge vergoedingen zou een enorme impact kunnen hebben op het financieel gezondheidspeil van de verschillende overheden.

Hoewel de toepassingsvoorwaarden van het GBOL-beginsel een systematische toekenning van vergoedingen lijken uit te sluiten, blijft het alvast koffiedik kijken hoe de rechterlijke macht het GBOL-beginsel zal integreren in de Belgische rechtsorde. Dit zorgt eveneens voor een hoge onzekerheidsfactor in hoofde van de overheid die haar zou kunnen weerhouden van het nemen van die maatregelen die in het kader van het algemeen belang weldegelijk als gewenst worden geacht.

Een goed uitgedachte codificatie van het GBOL-beginsel zou aan deze rechtsonzekerheid kunnen verhelpen en de nodige guidelines kunnen bieden aan de rechterlijke macht die met dergelijke vergoedingsdossiers worden geconfronteerd.

Nu het duidelijk wordt dat een wetgevend initiatief veel rechtsonzekerheid kan wegnemen, kunnen we nog even kort blijven stilstaan bij de mogelijke inhoud van deze wettelijke regeling.

Een eerste element dat besproken kan worden is de plaats van mogelijke regelgeving rond nadeelcompensatie. De materiële toepassingsvoorwaarden kunnen best geïntegreerd worden in een toekomstig (overkoepelend) decreet bestuursrecht terwijl er voor de procedureregels aansluiting kan worden gezocht bij de regeling die op dit moment naar voor wordt geschoven in de artikelen 10 – 14 van het instrumentendecreet. In deze artikelen wordt het administratief beheer en de procedure inzake het bekomen van een compenserende vergoeding uitgewerkt.

Gezien het feit dat het GBOL-beginsel een ventiefunctie vervult, zou er een afdeling in het instrumentendecreet opgenomen kunnen worden waarin er duidelijk wordt aangegeven dat, indien er in het instrumentendecreet of in de nog niet geharmoniseerde regelgeving geen vergoedingsregeling wordt vooropgesteld, er nog steeds gebruik kan worden gemaakt van deze afdeling om, indien men voldoet aan de toepassingsvoorwaarden, een vergoeding te bekomen.

In de tweede plaats is het uiteraard ook noodzakelijk om aan te geven aan welke toepassingsvoorwaarden men moet voldoen om zo'n vergoeding te bekomen. Hiervoor lijkt het aangewezen om de karakteristieke passage uit de arresten van het Grondwettelijk Hof als uitgangspunt te nemen:

"De overheid kan niet zonder vergoeding lasten opleggen die groter zijn dan die welke een persoon in het algemeen belang moet dragen.

De buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende en op een beperkte groep van burgers of instellingen drukkend gevolgen van een op zichzelf rechtmatige overheidsdaad, dienen gelijkelijk over de gemeenschap te worden verdeeld."

Het zal er daarna op aan komen om de twee toepassingsvoorwaarden – die in bovenstaande definitie tot uiting komen – nader te verklaren.

In de eerste plaats maakt men best duidelijk wat men dient te verstaan onder “een beperkte groep van burgers of instellingen”. Aan de hand van de Belgische en Nederlandse inzichten die werden aangereikt in het eerste hoofdstuk van het eerste deel van dit onderzoeksrapport, kan er duidelijk worden aangegeven met welke referentiegroep er steeds een vergelijking zal moeten worden gemaakt.²⁸⁰

Ook de tweede toepassingsvoorwaarde dient in de uitgewerkte regelgeving verder toegelicht te worden. Wat dient men immers te verstaan onder een buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallend nadeel?

Voor de invulling van dit criterium kan er teruggegrepen worden naar de vaststellingen die in het eerste en tweede hoofdstuk van het eerste deel van dit onderzoeksrapport reeds werden gedaan.

Daarenboven biedt het voorstel van nadeelcompensatie, dat in het kader van deze studieopdracht werd besproken en herwerkt, ook een interessant aanknopingspunt. Zowel de graad/ernst van de inmenging als de aard van de maatregel kunnen immers gebruikt worden door de overheid om te beoordelen of er *in casu* een eigendomsbeperkende maatregel werd opgelegd die, zonder het toekennen van enige vergoeding, als onevenredig – en dus buiten het normale maatschappelijk risico of normale bedrijfsrisico vallend - bestempeld dient te worden.

Naast deze twee criteria heeft het onderzoek ook aangetoond dat legitieme verwachtingen een grote rol kunnen spelen bij de beoordeling van de evenredigheidsvereiste enerzijds en het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico (GBOL-beginsel) anderzijds. Het lijkt dan ook aangewezen om ook dit criterium in de wetgeving op te nemen.

Tot slot verdient het ook aanbeveling dat het wetgevend initiatief duidelijk melding maakt van het feit dat sectorale wetgeving bijkomende specifieke voorwaarden kan bevatten.

DEEL 2. TOEPASSING VAN HET VOORSTEL OP BESTAANDE VLAAMSE WETGEVING

INLEIDING

²⁸⁰ Indien het geval van een individuele of zeer algemene maatregel zal het moeilijk zijn om een referentiegroep te onderscheiden (cfr. TJPEKEMA). In zo'n geval zal deze voorwaarde geen problemen opleveren al zal de concrete rechtspraak hier meer duidelijkheid over scheppen.

Nu het toetsingskader in het derde hoofdstuk van het eerste deel zorgvuldig werd afgebakend, wordt er in het tweede deel van dit onderzoeksrapport gefocust op de concrete toepassing van dit toetsingskader op een aantal gevalstudies.

Zowel de (vergoedings)regeling rond planschade, de kapitaalschade-gebruikersschade/bestemmingswijzigingscompensatie, de billijke schadevergoeding als de vergoeding rond de inschakeling in waterbeheersing zullen in dit deel uitgebreid onder de loep worden genomen.

Dit tweede deel biedt de mogelijkheid om, enerzijds, het voorstel van nadeelcompensatie voor de eerste keer in de praktijk te brengen en, anderzijds, om de nieuwe bepalingen uit het instrumentendecreet een eerste keer af te toetsen.

Er zal worden bekeken of en in welke mate de generieke regelgeving past binnen het kader van het hierboven uitgewerkte voorstel van nadeelcompensatie. Vervolgens onderzoeken we of en in hoeverre het voorstel van nadeelcompensatie kan toegepast worden op concrete gevalstudies en welk verschil dit maakt ten opzichte van de bestaande regelingen.

GEVALSTUDIE 1: PLANSCHADE

1. Situering en context

In het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening stond de regeling omtrent de toekenning van een planschadevergoeding al ingeschreven in art. 84.²⁸¹ Dit artikel gaf onmiddellijk ook een oplistings van een aantal uitzonderingen op deze vergoedingsregeling. Er werden zo'n tien situaties uitgesloten van een planschadevergoeding.²⁸²

Middels de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (hierna verkort: VCRO) werden de bepalingen van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening en artikel 90bis van het bosdecreet van 13 juni 1990 op 15 mei 2009 gecoördineerd.

Aan de uitzonderingsgevallen voor de planschadevergoeding uit het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening werd nog een 11^{de} situatie toegevoegd.²⁸³

Het voorliggende ontwerp van Instrumentendecreet heeft deze regeling echter opnieuw herwerkt. Zo wordt het oorspronkelijke artikel 2.6.1. VCRO helemaal vervangen door de volgende bepalingen:

"Art. 2.6.1. §1. De ruimtelijke uitvoeringsplannen kunnen erfdienstbaarheden van openbaar nut doen ontstaan en eigendomsbeperkingen inhouden, met inbegrip van een bouwverbod.

²⁸¹ De planschadevergoeding werd zelfs al opgenomen in de Stedenbouwwet van 1962. In het kader van het uitgevoerde onderzoek werd het niet relevant geacht om een volledig historisch overzicht te geven van de regeling inzake planschade.

²⁸² Artikel 84, §4 Decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening.

²⁸³ Art. 2.6.1., §4 VCRO

In de gevallen, vermeld in paragraaf 2 en 3, kan een bouw- of verkavelingsverbod dat volgt uit de definitieve vaststelling van een nieuw ruimtelijk uitvoeringsplan, aanleiding geven tot planschadevergoeding.

§2. Planschadevergoeding wordt toegekend als een perceel volgens de voor dat perceel toepasselijke stedenbouwkundige voorschriften van het nieuwe ruimtelijke uitvoeringsplan niet meer in aanmerking komt voor een vergunning om te bouwen als vermeld in artikel 4.2.1, 1°, of om te verkavelen, terwijl het volgens de voor het perceel toepasselijke stedenbouwkundige voorschriften van de plannen van aanleg of ruimtelijke uitvoeringsplan die golden op de dag die aan de inwerkingtreding van dat definitieve plan voorafging, wel in aanmerking kwam voor een vergunning om te bouwen of te verkavelen.

§3. Er is geen planschadevergoeding verschuldigd in de volgende gevallen:

1° bij een verbod om te bouwen of te verkavelen als gevolg van een vastgestelde en, in voorkomend geval, goedgekeurde onteigeningsbeslissing;

2° bij een verbod om een grotere oppervlakte van een perceel te bebouwen dan het ruimtelijk uitvoeringsplan toelaat, of om bij een verkaveling de door het plan bepaalde bebouwingsdichtheid te overschrijden;

3° bij een verbod om de exploitatie van gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke bedrijven voort te zetten na het verstrijken van de tijd waarvoor de milieuvergunning was verleend;

4° bij een verbod om te bouwen op een stuk grond dat de minimumafmetingen niet heeft die in een ruimtelijk uitvoeringsplan vastgesteld zijn;

5° bij een verbod om te bouwen of te verkavelen buiten de bebouwde kernen wegens de dwingende eisen van de verkeersveiligheid;

6° bij een verbod om een stuk grond te verkavelen waarvoor een vroeger verleende verkavelings-vergunning of omgevingsvergunning voor het verkavelen van gronden vervallen was op de datum van de inwerkingtreding van het ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg dat het vermelde verbod inhoudt;

7° bij gebouwen of vaststaande inrichtingen die vernield zijn door een natuurramp, als het verbod van hun wederopbouw is bepaald met toepassing van artikel 12, §3, eerste lid, van de wet van 12 juli 1976 betreffende het herstel van zekere schade veroorzaakt aan private goederen door natuurrampen;

8° bij een weigering van een aanvraag om de functie van een gebouw te wijzigen;

9° als de waardevermindering die voor schadeloosstelling in aanmerking komt en berekend is conform artikel 2.6.2, §1, van deze codex, niet meer bedraagt dan 20% van de waarde van het goed op het ogenblik van de verwerving, geactualiseerd tot op de dag van het ontstaan van het recht op vergoeding en verhoogd met de lasten en kosten;

10° als het perceel al bebouwd is en voor de betrokken woning of constructie na de vaststelling van het nieuwe ruimtelijk uitvoeringsplan een of meer basisrechten gelden, vermeld in titel IV, hoofdstuk IV, afdeling 2.”²⁸⁴

Een vergelijking van de in de gewijzigde versie van artikel 2.6.1. VCRO opgenomen uitzonderingsgevallen met de huidige regeling in de VCRO maakt duidelijk dat de 10^{de} en 11^{de} uitzonderingsgrond uit de huidige regeling zullen worden geschrapt en een nieuwe 10^{de} uitzonderingsgrond wordt toegevoegd.

De decreetgever heeft er vervolgens ook voor gekozen om het oorspronkelijke artikel 2.6.2. van de VCRO ofwel op te heffen (paragraaf 2 en 3), ofwel te vervangen door hetgeen volgt:

“§1. Alleen de waardevermindering die voortvloeit uit het plan, vermeld in artikel 2.6.1, §2, kan in aanmerking komen voor planschadevergoeding.

Het recht op planschadevergoeding wordt geregeld in het Instrumentendecreet van xxx.

§ 4. Wanneer krachtens een definitief vastgesteld ruimtelijk uitvoeringsplan een bouwverbod kan worden tegengeworpen aan degene die een perceel in een verkaveling heeft aangekocht, kan het gewest, de provincie of de gemeente zich aan de verplichting tot planschadevergoeding onttrekken door dat perceel, in onderling akkoord, van de betrokkene terug te kopen, op voorwaarde dat hem de betaalde koopprijs, verhoogd met de lasten en kosten, en geactualiseerd aan de hand van het indexcijfer van de consumptieprijzen, wordt terugbetaald. [nvdr.: eerste lid is oorspronkelijke tekst]

*Als het perceel, vermeld in het eerste lid, het enige onroerende goed is waarvan de betrokkene eigenaar is, kan hij de terugkoop door het gewest, de provincie of de gemeente eisen. De bepalingen van titel 3, hoofdstuk 1 tot en met 6 van het Instrumentendecreet van XXX zijn van toepassing op deze koopplicht. [nvdr: dit tweede lid is nieuw]”.*²⁸⁵

Er vinden bijgevolg een aantal markante wijzigingen plaats aan de regulering van de planschadevergoeding. De memorie van toelichting verschaft nadere uitleg omtrent de bijstelling van deze regelgeving:

²⁸⁴ Art. 130 Instrumentendecreet.

²⁸⁵ Art. 131 Instrumentendecreet.

"Een planschadevergoeding is een vergoeding voor een bouw- of verkavelingsverbod dat volgt uit de definitieve vaststelling van een nieuw verordenend plan (vroeger een plan van aanleg, vandaag een ruimtelijk uitvoeringsplan). De planschaderegeling werd reeds in de Stedenbouwwet van 1962 ingeschreven. Bij de vaststelling van de oorspronkelijke gewestplannen in de jaren '70 van vorige eeuw²⁸⁶ waren er nog maar weinig gronden waarvoor voorheen al een verordenend plan was vastgesteld.²⁸⁷ Voor de beoordeling van vorderingen tot planschade moest dus doorgaans de nieuwe planbestemming vergeleken worden met een feitelijke toestand vóór de vaststelling van het plan.

Verduidelijking toepassingsgebied

Dat is vandaag niet meer het geval: alle gronden in Vlaanderen hebben een juridische bestemming met bijbehorende stedenbouwkundige bestemmings- en/of inrichtingsvoorschriften, hetzij via het gewestplan, hetzij via een recenter APA, BPA of RUP. Het is dus zinvol om het toepassingsgebied van de planschaderegeling zo duidelijk mogelijk te definiëren in de VCRO naar de meest recente context. Via het Instrumentendecreet wordt daarom vooreerst verduidelijkt dat het bouw-of verkavelingsverbod rechtstreeks moet voortvloeien uit de toepasselijke stedenbouwkundige voorschriften van het nieuw ruimtelijk uitvoeringsplan, terwijl de tot dan toe geldende stedenbouwkundige voorschriften bouwen en/of verkavelen niet uitsloten.

Bijstelling criteria

Planschadevergoeding wordt door de decreetgever gezien als een vergoeding voor uitzonderlijke schadegevallen waarin een perceel onbebouwbaar wordt. Het is geenszins de intentie van de decreetgever om elke bestemmingswijziging die een waardevermindering impliceert, te vergoeden, maar wel om een bouw- of verkavelingsverbod billijk te vergoeden.

Teneinde de bestaande regeling toegankelijker te maken voor eigenaars, wordt de procedure via een Rechtbank van Eerste Aanleg vervangen door een administratieve procedure (Titel II). De planschadevergoeding maakt deel uit van de geharmoniseerde eigenaarsvergoeding. Artikel 2.6.1, §3 VCRO voorzag tot op vandaag in een aantal criteria voor de toekenning van een planschadevergoeding.

Deze criteria, met name de ligging aan een voldoende uitgeruste weg, dat de eerste 50 meter vanaf de rooilijn wordt vergoed en dat het perceel stedenbouwkundig en bouwtechnisch voor bebouwing in aanmerking moet komen, die tot op vandaag golden als toegangscriteria, krijgen nu een doorwerking in de bepaling van de eigenaarswaarde."²⁸⁸

²⁸⁶ Begeleid door het Koninklijk Besluit betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen van 28 december 1972.

²⁸⁷ Her en der waren (gemeentelijke) plannen van aanleg van kracht die waren vastgesteld op grond van de zogenaamde "Besluitwet" van 1946.

²⁸⁸ X, Memorie van Toelichting bij voorontwerp van het instrumentendecreet, 45 -46.

De twee grootste wijzigingen worden in de memorie van toelichting nader becommentarieerd. Het gaat in de eerste plaats om de verduidelijking/wijziging van het toepassingsgebied van de (vergoedings)regeling inzake planschade. Vervolgens staat de memorie van toelichting ook even stil bij 1) de vereenvoudiging van de procedure en 2) het feit dat de criteria die het toepassingsgebied van de planschadevergoeding vorm gaven nu opgenomen worden als criteria die de eigenaarswaarde van het getroffen goed mee bepalen.

Er werd door de verschillende adviesraden (MINARAAD, SARO, SERV en SALV) eveneens een overkoepelend advies uitgebracht omtrent dit nieuwe instrumentendecreet en de daarin vervatte wijziging van het toepassingsgebied van de planschadevergoeding. Het overkoepelend advies stelt dat:

“Toepassingsgebied planschade. Het Instrumentendecreet (artikel 130) wijzigt het toepassingsgebied van de planschadevergoeding, zoals vastgelegd in artikel 2.6.1 VCRO. Het nieuw artikel 2.6.1, §2, 10° VCRO bepaalt dat geen planschadevergoeding verschuldigd is als het perceel bebouwd is en er voor de woning of constructie na de vaststelling van het nieuwe RUP een of meer basisrechten gelden. De Memorie van Toelichting (pag. 108) verwijst kort naar de bescherming door één of meer decretaal geregelde basisrechten voor zonevreemde woningen of constructies en stelt dat in die gevallen geen reden is om een planschadevergoeding toe te kennen.

De raden menen dat hiermee wordt voorbij gegaan aan de verschillende basisrechten in enerzijds zonevreemde gebieden en anderzijds kwetsbare gebieden. De verschillen tussen beide zijn zeer groot en zullen zich vertalen in een substantiële daling van de marktwaarde van de woningen die nu zone-eigen of zonevreemd zijn en die in kwetsbaar gebied komen te liggen (vb. niet meer kunnen herbouwen). De raden menen dat voorliggende regeling discriminerend is in het licht van het principe van de volledige schadevergoeding die in het Instrumentendecreet wordt voorzien. Het gaat over constructies die wettig werden gebouwd. Daarenboven merken de raden op dat bij het zone-eigen maken volgens artikel 134, 4° wel een planbatenheffing wordt opgelegd (opheffing SARO Minaraad SERV SALV - maart 2018 - Advies Instrumentendecreet pag. 13 van artikel 2.6.5, 4°, 6°, 7° VCRO).

De raden vragen de schrapping van het nieuw artikel 2.6.1, §2, 10° VCRO (dat wordt ingevoerd met artikel 130 van het Instrumentendecreet).”²⁸⁹

Bij de concrete evenredigheidstoets van de regeling inzake planschade, zal er verder worden stilgestaan bij dit advies dat werd uitgebracht door de overkoepelende adviesraden.

2. De verhouding tussen de evenredigheidsvereiste en het GBOL-beginsel

²⁸⁹ MINARAAD, SARO, SERV, SALV, *Advies van 14 maart 2018 over het instrumentendecreet*, 2018, 12 – 13 (<https://www.rwo.be/Portals/126/SARO%202018-08%20Advies.pdf?ver=2018-03-19-124757-167>)

a. De vergoedingsregeling

Hoewel het bestaan van de planschadevergoeding, en de daaraan gekoppelde toepassingsvoorwaarden, terug te vinden zijn in de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (VCRO), wordt de vergoedingsregeling zelf opgenomen in het instrumentendecreet. Zo bepaalt artikel 9, 1^o van het instrumentendecreet dat de planschadevergoeding een compenserende vergoeding uitmaakt in de zin van dit nieuwe decreet.

Het administratief beheer en de procedure inzake het bekomen van dergelijke compenserende vergoeding kan teruggevonden worden in de artikelen 10 – 14 van het instrumentendecreet, terwijl de specifieke bepalingen rond o.a. het ontstaan en de grootte van de toe te kennen (planschade)vergoeding opgenomen zijn in de artikelen 15 – 17 (eigenaarsvergoeding) dan wel de artikelen 18 – 20 (gebruikersvergoeding) van het instrumentendecreet.

Er wordt allereerst stilgestaan bij het procedurele aspect. De artikelen 10 – 14 van het instrumentendecreet luiden als volgt:

"Art. 10. Het agentschap staat in voor het globaal administratief beheer en de ontwikkeling van een vergoedingenloket en een vergoedingendatabank, en ondersteunt de landcommissies bij hun taken in het kader van dit decreet en de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening. De Vlaamse Regering kan nadere regels vaststellen voor de betaling van werkingsmiddelen aan het agentschap voor zijn taken ter uitvoering van dit decreet en de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening.

In het eerste lid wordt verstaan onder agentschap: de Vlaamse Landmaatschappij, opgericht bij het decreet van 21 december 1988 houdende oprichting van de Vlaamse Landmaatschappij.

§2. De territoriaal bevoegde landcommissie maakt een schaderamingsrapport of schaderapport op na raadpleging van de initiatiefnemer.

De territoriaal bevoegde landcommissie stelt op vraag van de initiatiefnemer een schaderamingsrapport op voordat ze een beleidsbeslissing neemt die aanleiding kan geven tot compenserende vergoedingen. Het schaderamingsrapport bevat ten minste een berekening van de mogelijke compenserende vergoedingen op het niveau van het project, plan of programma. De territoriaal bevoegde landcommissie stelt een schaderapport op naar aanleiding van een of meer aanvragen om een compenserende vergoeding te verkrijgen.

Op basis daarvan neemt de initiatiefnemer of de landcommissie zelf, naargelang het geval, de beslissing over die aanvraag of aanvragen conform artikel 11. Het schaderapport bevat ten minste een beoordeling of de aanvrager voldoet aan de voorwaarden om recht te hebben op een compenserende vergoeding, en in het positieve geval de berekening van de compenserende vergoedingen.

De initiatiefnemer kan naar aanleiding van een schaderamingsrapport in overleg treden met en advies vragen aan de landcommissie over beleidsvragen in verband met de opportuniteit van bepaalde gebruiksbeperkingen in relatie tot de mogelijke compenserende vergoedingen waartoe de gebruiksbeperking aanleiding kan geven.

De landcommissie kan voor haar taken in het kader van dit decreet een beroep doen op deskundigen om de adviezen in te winnen die ze nuttig acht.

De landcommissie is belast met de vereffening van de bedragen die verbonden zijn aan de beslissing over de toekenning van een compenserende vergoeding, en de initiatiefnemer is gehouden die bedragen terug te betalen aan de landcommissie.

De Vlaamse Regering kan nadere regels stellen over het schaderamingsrapport, het schaderapport, het overleg, de advisering, en de uitbetaling bedoeld in deze paragraaf.

Art. 11. §1. *Bij de planschadevergoeding, vermeld in [artikel 9, 1°](#), wordt de administratieve procedure, vermeld in het tweede, het derde en het vierde lid, toegepast.*

De initiatiefnemer neemt een ontwerpbeslissing op basis van het schaderapport van de landcommissie. De aanvrager wordt op de hoogte gebracht van de ontwerpbeslissing.

De aanvrager kan bij de initiatiefnemer een bezwaar indienen tegen de ontwerpbeslissing. Als de aanvrager dat niet doet binnen de termijn die de Vlaamse Regering bepaalt, is de ontwerpbeslissing de definitieve beslissing.

Als de aanvrager dat binnen de voormelde termijn doet, neemt de initiatiefnemer een definitieve beslissing op basis van het schaderapport van de landcommissie en rekening houdend met het bezwaar. De aanvrager wordt op de hoogte gebracht van de definitieve beslissing.

Als de aanvrager niet akkoord gaat met de definitieve beslissing van de initiatiefnemer, vermeld in het derde lid, kan hij eenmalig beroep aantekenen binnen de termijn die de Vlaamse Regering bepaalt.

[...]

§3. Als de aanvrager bij een positieve definitieve beslissing niet binnen de termijn die de Vlaamse Regering bepaalt, het uitbetaalde bedrag terugstort, bevat de beslissing een bepaling die inhoudt dat dat wordt beschouwd als een afstand van een eventuele vordering die gebaseerd is op dezelfde feiten bij de burgerlijke rechter.

§4. De Vlaamse Regering regelt de administratieve procedure, met inbegrip van een beroepsprocedure, tot het verkrijgen van een compenserende vergoeding nader. Ze kan bepalen dat die procedure digitaal verloopt.

Art. 12. *De geschillen over compenserende vergoedingen behoren tot de bevoegdheid van de territoriaal bevoegde burgerlijke rechter, volgens de ligging van het onroerend goed.*

Bij de planschadevergoeding, vermeld in artikel 9, 1°, wordt de vordering van de aanvrager ingesteld tegen de initiatiefnemer die de definitieve beslissing over de aanvraag heeft genomen. In de andere gevallen dan de planschadevergoeding, vermeld in artikel 9, 1°, wordt de vordering van de aanvrager ingesteld tegen de landcommissie die de definitieve beslissing over de aanvraag heeft genomen.

Zolang geen definitieve beslissing is genomen over de aanvraag en in voorkomend geval over het eenmalig beroep, is de vordering onontvankelijk.

Art. 13. §1. *De aanvraag voor een compenserende vergoeding is onontvankelijk zolang een vordering van de aanvrager tot vergoeding die gebaseerd is op dezelfde feiten bij de burgerlijke rechter aanhangig is, of zolang de aanvrager het overheidsbesluit dat aanleiding geeft tot een compenserende vergoeding aanvecht voor de administratieve rechter.*

§2. *Als het overheidsbesluit dat aanleiding geeft tot een compenserende vergoeding door de administratieve rechter wordt geschorst, wordt de uitbetaling geschorst.*

Als het overheidsbesluit dat aanleiding geeft tot een compenserende vergoeding door de administratieve rechter wordt vernietigd, wordt de uitbetaling stopgezet en worden de betaalde tranches teruggevorderd.

§3. *De Vlaamse Regering kan de toepassing van de eerste en tweede paragraaf nader regelen.*

Art. 14. *De aanvraag voor een compenserende vergoeding wordt op straffe van verval binnen een periode van twee jaar na het ontstaan van het recht op een compenserende vergoeding gedaan.*

De aanvrager kan met een beveiligde zending de initiatiefnemer verzoeken om de termijn, vermeld in het eerste lid, voor de gebruiksbeperving eenmalig te verlengen met een termijn van twee jaar voor het deel dat betrekking heeft op zijn onroerende goederen.

Die termijn vangt aan op de dag na de dag waarop de beslissing van de initiatiefnemer of van de landcommissie, vermeld in artikel 11, aan de aanvrager werd betekend.

De vordering voor een compenserende vergoeding wordt op straffe van verval ingesteld binnen een periode van een jaar na de kennisgeving van de definitieve beslissing over de aanvraag.

De Vlaamse Regering kan de toepassing van het eerste en tweede lid nader regelen.”

Het instrumentendecreet maakt eveneens duidelijk dat een planschadevergoeding, binnen de categorie van de compenserende vergoedingen als een eigenaarsvergoeding kwalificeert. Teneinde de toets aan de evenredigheidsvereiste ten volle te kunnen uitvoeren, wordt er bijgevolg uitgebreid ingezoomd op de regeling inzake de eigenaarsvergoedingen:

"Art. 15. §1. *De eigenaarsvergoeding is een compensatie voor een daling van de eigenaarswaarde als gevolg van een gebruiksbeperking die valt onder artikel 9, 1°, 2°, 3°, 5°, 7°, 8° en 9°.*²⁹⁰

§2. De volgende instanties en percelen komen niet in aanmerking voor een eigenaarsvergoeding:

- 1° administratieve overheden;*
- 2° percelen waarvoor het Vlaamse Gewest aan de aanvrager een verwervingssubsidie voor het volledig onroerend goed heeft verleend 25 jaar geleden, of die zijn opgenomen in een grondruilplan, dat 10 jaar geleden door de landcommissie definitief werd vastgesteld, als vermeld in artikel 2.1.65 van het decreet van 28 maart 2014 betreffende de landinrichting."*

Het instrumentendecreet gaat verder en bepaalt tevens wanneer het recht op een eigenaarsvergoeding ontstaat. Er worden hiervoor specifieke bepalingen voor de planschadevergoeding opgenomen:

"Art. 16. §1. *Het recht op eigenaarsvergoeding ontstaat bij het in werking treden van bindende stedenbouwkundige voorschriften van een ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg en van beschermingsmaatregelen. Het recht kan uitgeoefend worden bij een overdracht ten bezwarende titel of bij de inbreng in een vennootschap die plaatsvond binnen een periode van vijf jaar na de inwerkingtreding van de beslissing van de voormelde gebruiksbeperking.*

De Vlaamse Regering kan nader bepalen welke maatregelen als beschermingsmaatregelen worden aangemerkt.

Bij een planschadevergoeding als vermeld in artikel 9, 1°, van dit decreet, kan het recht op een eigenaarsvergoeding ook uitgeoefend worden bij de weigering van een omgevingsvergunning om bouwwerken te verrichten als vermeld in artikel 4.2.1, 1°, van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, of van een omgevingsvergunning voor het verkavelen van gronden, of bij het afleveren van een negatief stedenbouwkundig attest binnen een periode van vijf jaar na de inwerkingtreding van de voormelde gebruiksbeperking.

Bij de overdracht of de inbreng aan verbonden vennootschappen en personen als vermeld in artikel 11 van het Wetboek van Vennootschappen, en geassocieerde vennootschappen als

²⁹⁰ De planschadevergoeding is opgenomen in artikel 9, 1° instrumentendecreet.

vermeld in artikel 12 van het voormelde wetboek, kan geen recht op een eigenaarsvergoeding uitgeoefend worden.

Bij een planschadevergoeding als vermeld in artikel 9, 1°, van dit decreet, kan het recht op de eigenaarsvergoeding onmiddellijk uitgeoefend worden na de inwerkingtreding van de voormelde gebruiksbeperking

1° ingeval de bindende stedenbouwkundige voorschriften van een ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg betrekking hebben op een ruimtelijk kwetsbaar gebied als vermeld in artikel 1.1.2., 10°, van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening met uitzondering van parkgebieden

2° op de dag van publicatie in het Belgisch Staatsblad van het besluit van de Vlaamse Regering tot aanduiding van het watergevoelig openruimtegebied conform artikel 5.6.8, §1, van de voormelde codex.

§2. Bij andere gebruiksbeperkingen dan de gebruiksbeperkingen, vermeld in paragraaf 1, die niet samenhangen met de gebruiksbeperkingen, vermeld in paragraaf 1, ontstaat het recht op een eigenaarsvergoeding op het moment dat de gebruiksbeperking effectief ingaat op het betrokken perceel, waardoor het goed van de begunstigde in waarde daalt.

§3. De uitoefening van het recht op een eigenaarsvergoeding wordt geschorst zolang op het goed een onteigeningsplan of onteigeningsbesluit van toepassing is.

De vervaltermijnen, vermeld in artikel 14, worden in het geval, vermeld in het eerste lid, ook geschorst.

De Vlaamse Regering kan de toepassing van deze paragraaf nader regelen.” (eigen onderlijning)

De memorie van toelichting geeft extra toelichting rond de bovenstaande bijkomende bepalingen voor de planschadevergoeding en vergelijkt deze met de kapitaalschadevergoeding die als tweede gevalstudie zal worden besproken:

“Het Instrumentendecreet bepaalt dat het recht op een compenserende vergoeding, zowel voor eigenaars als gebruikers, maar kan uitgeoefend worden op het moment dat de schade effectief geleden wordt. In het huidig recht is dit volgens artikel 6.2.11 van het Grond- en pandendecreet voor de kapitaalschadevergoeding bij overdracht onder bezwarende titel of inbreng van het goed in een vennootschap. Bij de planschadevergoeding is dit volgens artikel 2.6.2, § 1 van de VCRO ook bij een weigering van een stedenbouwkundige vergunning, verkavelingsvergunning of omgevingsvergunning op een perceel dat voorheen voor vergunning in aanmerking kwam (een overdracht of inbreng hoeft daar niet).

Het Instrumentendecreet behoudt dit verschil in de ontstaansfeiten. Het verschil in behandeling tussen de kapitaalschade enerzijds en de kapitaalschade die tevens planschade is anderzijds, kan worden verantwoord vanuit het verschil in definitie.

- *Voor planschade geldt (artikel 2.6.1, §2 VCRO): "Planschadevergoeding wordt toegekend wanneer op basis van een in werking getreden ruimtelijk uitvoeringsplan, een perceel niet meer in aanmerking komt voor een vergunning om te bouwen of te verkavelen, terwijl het de dag voorafgaand aan de inwerkingtreding van dat definitieve plan wel in aanmerking kwam." De planschadevergoeding is aldus een vergoeding om niet te mogen bouwen of verkavelen. Het is dus niet onlogisch dat men in aanmerking komt op basis van een weigering van een vergunning om te bouwen of te verkavelen of bij het afleveren van een negatief stedenbouwkundig attest. Bovendien ontstaat het recht op uitoefening van een eigenaarsvergoeding onmiddellijk na de inwerkingtreding van de voormelde gebruiksbeperking ingeval de bindende stedenbouwkundige voorschriften van een ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg betrekking hebben op een ruimtelijk kwetsbaar gebied als vermeld in artikel 1.1.2, 10° van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening met uitzondering van parkgebieden. Dit zijn de volgende gebieden: agrarische gebieden met ecologisch belang, agrarische gebieden met ecologische waarde, bosgebieden, brongebieden, groengebieden, natuurgebieden, natuurgebieden met wetenschappelijke waarde, natuurontwikkelingsgebieden, natuurreservaten, overstromingsgebieden, valleigebieden, en de gebieden, aangewezen op ruimtelijke uitvoeringsplannen, en sorterend onder één van volgende categorieën of subcategorieën van gebiedsaanduiding : bos, reservaat en natuur, het Vlaams Ecologisch Netwerk, bestaande uit de gebiedscategorieën Grote Eenheden Natuur en Grote Eenheden Natuur in Ontwikkeling, vermeld in het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu, de beschermde duingebieden en de voor het duingebied belangrijke landbouwgebieden, aangeduid krachtens artikel 52, § 1, van de wet van 12 juli 1973 op het natuurbehoud. Ook de regeling voor de watergevoelige openruimtegebieden die is opgenomen in de op 8 december 2017 goedgekeurde wijziging van de VCRO (de zogenaamde 'codextrein') wordt wat de onmiddellijke opeisbaarheid (op de dag van publicatie in het staatsblad van het Besluit Vlaamse Regering tot aanduiding van het watergevoelige openruimtegebied) geïntegreerd.*
- *Ingeval van kapitaalschade in de zin van het Decreet grond- en pandenbeleid is er geen sprake van weigering om te bouwen of te verkavelen. Kapitaalschade is een bestemmingswijzigingscompensatie (artikel 6.2.1 Decreet grond- en pandenbeleid): "Een bestemmingswijzigingscompensatie is een gewestelijke, perceelsgebonden, financiële en subsidiaire compensatie voor de kapitaalschade ten gevolge van: 1° een gewestelijk, provinciaal of gemeentelijk ruimtelijk*

uitvoeringsplan dat een zone die onder de categorie van gebiedsaanduiding « landbouw » valt, omzet naar een zone die onder de categorie van gebiedsaanduiding « reservaat en natuur », « bos » of « overig groen » valt; 2° een plan van aanleg dat een agrarisch gebied omzet naar een groengebied, een bosgebied of een parkgebied.” Kapitaalschade heeft buiten het geval van de planschade dus niet te maken met het niet mogen bebouwen.” (eigen onderlijning)

Tot slot bevat het instrumentendecreet een specifieke bepaling rond de berekening van de eigenaarsvergoeding. Dit is een cruciaal element in de beantwoording van het vraagstuk rond de evenredigheid van de voorgenomen regeling in het instrumentendecreet rond planschade en wordt daarom eveneens integraal hernoemen:

“Art. 17. §1. *De eigenaarsvergoeding wordt berekend conform de volgende formule: $A = B - C$, waarbij:*

- 1° A: de gezamenlijke vergoeding voor de zakelijk gerechtigden;*
- 2° B: de eigenaarswaarde van het deel van het perceel waarop de gebruiksbeperking slaat, vóór het effectief ingaan van de gebruiksbeperking;*
- 3° C: de eigenaarswaarde van het deel van het perceel waarop de gebruiksbeperking slaat, na het effectief ingaan van de gebruiksbeperking.*

§2. De landcommissie bepaalt B en C en berekent de eigenaarsvergoeding conform de formule, vermeld in paragraaf 1, in haar schaderapport, vermeld in [artikel 10, §2](#).

§3. De objectieve factoren die de eigenaarswaarde van het perceel kunnen beïnvloeden en waarop de venale waarde wordt gebaseerd, zijn de oppervlakte, de ligging, het bestemmingsgebied van kracht in de ruimtelijke ordening, de aanwezige constructies en opstanden, de cultuurwaarde, het bestaan van pacht of van erfdienstbaarheden, de verwervingswaarde, de technische bebouwbaarheid en het stedenbouwkundig in aanmerking komen voor bebouwing.

De ligging van het perceel als objectieve factor tot waardebepaling wordt in het bijzonder beïnvloed door de ligging aan een voldoende uitgeruste weg conform artikel 4.3.5 §1 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening en de ligging vanaf de eerste 50 meter van de rooilijn in gebieden die ressorteren onder de gebiedsbestemming ‘woongebied’, vermeld in artikel 5 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen, of die ressorteren onder de categorie van gebiedsaanduiding “wonen”, vermeld in artikel 2.2.6, §2, tweede lid, 1° van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening.

§4. De Vlaamse Regering bepaalt de berekening van de eigenaarsvergoeding nader.

Ze bepaalt dat eigenaarsvergoedingen die lager zijn dan een bepaald minimumbedrag, dat niet hoger is dan 500 euro, niet worden toegekend."

b. De concrete toepassing

De evenredigheidstoets van de regeling inzake planschade zal uiteen vallen in twee delen. In de eerste plaats dient er gekeken te worden naar de toepassingsvoorwaarden van de planschadevergoeding. Worden bepaalde (schade)gevallen niet onterecht uitgesloten van de planschadevergoedingsregeling?

Vervolgens zal de planschadevergoeding zelf onder de loep genomen worden. Indien er een vergoeding vereist is, dient zij immers afdoende te zijn om de ontstane onevenredigheid te herstellen.

i) Een evenredig toepassingsgebied?

Zoals hierboven reeds aangegeven, wijzigt het instrumentendecreet het toepassingsgebied van de planschadevergoedingsregeling. In de door het instrumentendecreet gewijzigde versie van artikel 2.6.1 VCRO is er nog plaats voor 10 uitzonderingsgevallen:²⁹¹

De gevallen 1° - 9° waren reeds opgenomen in de huidige versie van de VCRO zonder te zijn vernietigd of als onevenredig te worden beschouwd. Als we deze negen initiële uitzonderingsgevallen vanuit een rechtseconomisch standpunt bekijken, dan wordt het duidelijk dat uitzonderingsgeval 1°, 3°, 6°, 7° en 9° compatibel zijn met het voorstel van nadeelcompensatie. Voor de uitzonderingsgronden 2°, 4° en 8° moet nagegaan worden bij de concrete toepassing op een bestemmingswijziging wat de aard van de wijziging zal inhouden. Met andere woorden, worden deze uitzonderingsgronden ingeroepen omwille van het tegengaan van een negatieve externaliteit, het ordenen van de samenleving (bvb. het vermijden dat burens kunnen binnenkijken) en/of een inclusieve herverdeling. Als geen van deze drie redenen van toepassing zijn dan zou het kunnen gaan om een extractieve herverdeling en moet er voorzichtig mee omgesprongen worden. Wat de uitzonderingsgrond 5° betreft (verkeersveiligheid) is dit duidelijk een ordenende maatregel en moet dus ook dusdanig gecompenseerd worden (pas vanaf 60-70% waardeverlies).

In vergelijking met de huidige regeling worden er door de wijzigingen van het instrumentendecreet twee uitzonderingsgevallen weggelaten en een andere toegevoegd (10°).²⁹² Onze verdere focus zal bijgevolg voornamelijk liggen op de evenredigheid van dit laatste uitzonderingsgeval.

²⁹¹ Art. 130 instrumentendecreet.

²⁹² X, Memorie van Toelichting bij voorontwerp van het instrumentendecreet, 109.

De memorie van toelichting van het instrumentendecreet bevat geen verdere toelichting omtrent de keuze om deze tiende situatie toe te voegen aan de gevallen die uitgezonderd zijn van een planschadevergoeding.²⁹³

Zoals eerder aangegeven, zoomen de verschillende adviesraden ((MINARAAD, SARO, SERV en SALV) in hun overkoepelend advies dieper in op deze toevoeging. Zij zijn o.a. van mening dat deze tiende uitzonderingsgrond discriminerend is in het licht van het principe van de volledige schadevergoeding die in het instrumentendecreet wordt voorzien.²⁹⁴

De adviesraden maken duidelijk dat zij niet overtuigd zijn van de toevoeging van dit 10^{de} uitzonderingsgeval en vragen uitdrukkelijk om deze te schrappen. Het lijkt in het kader van de evenredigheid bijgevolg aangewezen dat de Vlaamse overheid dit uitzonderingsgeval nog even terug onder de loep neemt, zeker nu de memorie van toelichting geen enkele motivering bevat omtrent de keuze voor dit 10^{de} uitzonderingsgeval.

ii) Een evenredige vergoeding

Na het bestuderen van de evenredigheid van de toepassingsvoorwaarden van de planschadevergoeding, kan er gekeken worden naar de planschadevergoeding zelf.

Een wijziging van de stedenbouwkundige voorschriften in een nieuw ruimtelijk uitvoeringsplan die leidt tot een bouw- of verkavelingsverbod, levert de getroffen burger vanzelfsprekend schade op. In de eerste plaats zal er nagegaan worden of het, in het kader van de evenredigheid, überhaupt noodzakelijk is om een vergoeding toe te kennen voor deze schade.

Het voorstel van nadeelcompensatie, dat werd uitgewerkt in dit onderzoeksrapport,²⁹⁵ zal hiervoor als een nuttige leidraad dienen. Vervolgens blijft dit onderdeel ook nog even stilstaan bij de vraag of de planschadevergoeding, indien noodzakelijk, hoog genoeg is om de evenredigheidstoets te kunnen doorstaan.

In het algemeen kan er gesteld worden dat planschade een vrij zware impact heeft op het eigendomsrecht. Hierdoor lijkt het aangewezen om planschade, in een abstract geval,²⁹⁶ binnen de categorie 70 – 90%, of minstens binnen de categorie 50 – 70%, te plaatsen.

De categorie 50 – 70% houdt, volgens het voorstel van nadeelcompensatie in, dat er altijd een compensatie voorzien zal moeten worden, tenzij de beleidsmaatregel de transactiekosten verlaagt en zodoende een vermogenstoename genereert die hoger is dan het waardeverlies, of het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de

²⁹³ Ibid.

²⁹⁴ MINARAAD, SARO, SERV, SALV, *Advies van 14 maart 2018 over het instrumentendecreet*, 2018, 12 – 13 (<https://www.rwo.be/Portals/126/SARO%202018-08%20Advies.pdf?ver=2018-03-19-124757-167>)

²⁹⁵ *Supra* Deel 1, Hoofdstuk 3, onderafdeling 5.

²⁹⁶ Het is immers moeilijk om in het kader van deze toetsing rekening te houden met de concrete omstandigheden die zich in een specifieke casus kunnen voordoen.

normadressaat veroorzaakt worden, en dat de schade die veroorzaakt is door dit gedrag groter is dan het waardeverlies.

Ook de hogere categorie 70 – 90% vereist vanzelfsprekend een compensatie, tenzij het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt worden, en dat de schade die veroorzaakt is door dit gedrag groter is dan het waardeverlies.

In een abstract geval – het is immers moeilijk om in het kader van dit onderzoek rekening te houden met mogelijke concrete omstandigheden die zich in een casus kunnen voordoen – lijkt het aanreiken van een vergoeding bijgevolg weldegelijk vereist te zijn.

De hierboven geciteerde passages uit het instrumentendecreet maken duidelijk dat er, in het kader van een eigenaarsvergoeding, ook daadwerkelijk wordt voorzien in een compensatie die nadrukkelijk wordt omschreven in het instrumentendecreet.²⁹⁷

Een eerste analyse van deze vergoedingsregeling toont aan dat de getroffen burger vergoed zal worden op basis van de eigenaarswaarde van het betrokken goed. Dit is, voor de burger, een serieuze verbetering tegenover de verwervingswaarde die in de huidige regeling wordt gehanteerd. Er kan aldus met zekerheid worden besloten dat de nieuwe vooropgestelde planschadevergoedingsregeling – die geënt wordt op de eigenaarswaarde van het betrokken goed - de evenredigheid tussen de inbreuk op het eigendomsrecht van de burger enerzijds en de beleidsmaatregel van de overheid anderzijds in een concrete casus zal kunnen herstellen.

Naast deze abstracte analyse is het ook interessant om even stil te blijven staan bij een aantal concrete cases. De Vlaamse overheid heeft, in het kader van dit onderzoek, toegang verleend tot haar lopende dossiers inzake planschade. Uit deze dossiers werden een viertal zaken geselecteerd die 1) een goede mix tussen de verschillende bestemmingswijzigingen mogelijk maakten en 2) de toepassing van het voorstel van nadeelcompensatie extra in de verf konden zetten.²⁹⁸

In een eerste zaak is er sprake van een familie die in 1996, middels een erfenis, in het bezit is gekomen van een aantal gronden waarvan sommige 1) volledig gelegen zijn in natuurgebied, 2) gedeeltelijk gelegen zijn in natuurgebied en 3) andere gelegen zijn in woongebied. Over één perceel woongebied vloeit een waterloop, terwijl de andere percelen woongebied volledig bebost zijn.

De verkavelingsvergunning, die door de familie wordt aangevraagd, wordt door de gemeente geweigerd. Bovendien wordt er in 2000 een ministerieel besluit aangenomen waarmee het hele betrokken gebied als “beschermd” wordt aangeduid. In 2004 wijzigt een RUP de bestemming van de percelen woongebied naar bosgebied.

²⁹⁷ Art. 17 instrumentendecreet.

²⁹⁸ Om de vertrouwelijkheid in deze dossiers te bewaren, wordt er voor gekozen om geen uitgebreide referenties als voetnoot op te nemen.

In 2009 wordt er door de gemeente dan ook een negatief stedenbouwkundig attest afgeleverd. Op grond van dit negatief stedenbouwkundig attest, is de betrokken familie van oordeel dat zij recht heeft op een planschadevergoeding.

De percelen natuurgebied worden voor deze verdere analyse buiten beschouwing gelaten. Het feit dat de percelen woongebied worden omgezet naar bosgebied, waarvoor een bouw- / verkavelingsverbod geldt, houdt, zoals hierboven in de abstracte analyse reeds werd aangekaart, weldegelijk een redelijk zware inmenging in op het eigendomsrecht van de betrokken familie. Het is niet onredelijk om te besluiten dat deze inmenging – zonder rekening te houden met eventuele legitieme verwachtingen – het eigendomsrecht van de familie met minstens 70 – 90% aantast (en we dus van een quasi onteigening kunnen spreken).

De reden om deze bestemmingswijziging door te voeren is niet gekend, maar het wordt wel duidelijk dat deze maatregel niet genomen is ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt worden.²⁹⁹ Er dient bijgevolg een compensatie te worden betaald.

Indien deze compensatie wordt berekend zoals bepaald in het instrumentendecreet zal er zich geen evenredigheidsprobleem voordoen (*supra*). De nieuwe planschadevergoedingsregeling gaat immers uit van de eigenaarswaarde – en niet langer de verwervingswaarde – van het betrokken goed waardoor het waardeverlies voor de burger op een afdoende manier wordt vergoed.

In een tweede zaak wordt een woonzone herbestemd tot een zone voor primaire weg om een nieuw op- en afrittencomplex te realiseren bij de R4. De stedenbouwkundige voorschriften van het RUP die deze bestemmingswijziging invoerde, stelden duidelijk dat er in die zone enkel nog werken zouden worden toegelaten die in functie staan van de weguitrusting. Eender welke vorm van private ontwikkeling was uitgesloten.

De redenering van de Vlaamse overheid om deze wijziging door te voeren wordt als volgt weergegeven:

"Het knooppunt [...] geeft toegang tot een (te realiseren) parallelweg ten noorden van de R4. Deze parallelweg zorgt voor de ontsluiting van [...] en de voorziene uitbreiding met toeleverende bedrijven. Zowel langs de noordzijde als de zuidzijde van de R4 komen er delen van het op- en afrittencomplex van en naar deze parallelweg. Deze op- en afritten worden aangesloten op de brug over de R4. In het noorden gebeurt deze aansluiting via een rotonde waarop ook de parallelweg wordt aangesloten."

In deze concrete gevalstudie komt ook de figuur van de legitieme verwachtingen uitdrukkelijk tot uiting:

"Overwegende dat [...] de eigenaar is van een blok gronden gelegen te [...];

²⁹⁹ Zie het hierboven opgenomen voorstel tot nadeelcompensatie.

Overwegende dat deze gronden krachtens het Bijzonder Plan van Aanleg van [...], opgenomen waren in een zone voor open en gekoppelde woningbouw en uit hoofde van deze bestemming in aanmerking kwam voor bebouwing met 26 woningen; dat voor de bouwstroken aansluitend bij de litigieuze gronden overigens reeds diverse verkavelingen vergund werden op grond van het BPA;

Dat de thans in het geding zijnde gronden in het verlengde liggen van deze reeds gerealiseerde verkavelingen, en het in beginsel volstond om de reeds aangelegde wegen door te trekken over de gronden om tot effectieve verkaveling over te kunnen gaan, één en ander conform de voorschriften van het BPA [...] die een gedetailleerde ordening gaven aan het gebied, dat het derhalve een restgebied betreft binnen een geheel van reeds gerealiseerde verkavelingen;

Dat het plan van het BPA dus het doortrekken van de reeds aangelegde wegen voorzag, dit o.m. over de thans in het geding zijnde gronden van [...], om aldus langs de wegenis woningbouw toe te laten;

Dat één van de thans betrokken kadastrale percelen zelfs reeds deel uitmaakte van een vergunde verkaveling; Dat het kadastraal perceel nr. [...] werd vergund voor woningbouw als onderdeel van de door de Deputatie van de Provincie [...] vergunde verkaveling [...] dd. 23 mei 2002;

Dat [...] er derhalve rechtmatig van kon uitgaan dat zij beschikte over ontwikkelbare gronden, in de lijn van de reeds bestaande bebouwing; dat de gronden volgens het BPA bestemd waren voor woningbouw; dat daartoe enkel de reeds bestaande wegen diende doorgetrokken te worden binnen het daartoe voorziene tracé zoals aangeduid op de bestemmingskaart van het BPA; dat de gronden eveneens technisch in aanmerking komen voor bebouwing, hetgeen blijkt doordat alle omliggende terreinen reeds ontwikkeld werden; dat de gronden in het verlengde liggen van bestaande en reeds gerealiseerde verkavelingen voor woningbouw, en reeds gelegen zijn aan de openbare weg die volledig is uitgerust met alle nutsleidingen, minstens in het verlengde ervan.”³⁰⁰

Indien we de gerealiseerde eigendomsaantasting (woonzone naar zone voor primaire weg) samenlezen met deze legitieme verwachtingen, kan men niet anders dan besluiten dat het 70 – 90% scenario *in casu* van toepassing is.

Een concreet onderzoek naar de aard van de maatregel, doet ons bijkomend besluiten dat er sprake is van een grensgeval. Enerzijds is het aanleggen van een weg duidelijk een ordenende maatregel, maar anderzijds is deze weg enkel ten voordele van een specifieke rechtssubject, namelijk Volvo. In die zin kan men argumenteren dat de weg een specifiek herverdelend karakter heeft. Deze casus

³⁰⁰ Conclusie raadsman getroffen burger(s).

toont bijgevolg aan dat de indeling naar de aard van de maatregel in sommige gevallen niet eenduidig zal zijn.

In de categorie van 70 – 90% eigendomsaantasting verkrijgt men steeds een compensatie tenzij het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt worden, en dat de schade die veroorzaakt is door dit gedrag groter is dan het waardeverlies. De hierboven aangehaalde verantwoording voor de genomen maatregel, toont aan dat de beleidsmaatregel niet om die reden werd genomen. Er is aldus een compensatie vereist.

Indien deze compensatie wordt berekend zoals bepaald in het instrumentendecreet zal er zich geen evenredigheidsprobleem voordoen (*supra*). De nieuwe planschadevergoedingsregeling gaat immers uit van de eigenaarswaarde – en niet langer de verwervingswaarde – van het betrokken goed waardoor het waardeverlies voor de burger op een afdoende manier wordt vergoed.

In een derde interessante casus inzake planschade werden woongebieden, meer bepaald een zone voor open en gekoppelde bebouwing enerzijds, en een zone voor halfopen en gesloten bebouwing anderzijds, omgezet naar deels een zone voor recreatief bosgebied en deels een zone voor stedelijk woongebied.

Er wordt door de getroffen burger(s) in deze zaak o.a. geargumenteed dat er geen sprake is van (legitieme) verwachtingen omtrent deze uitgevoerde bestemmingswijzigingen:

"Nu het terrein aldus aan alle zijden bebouwbaar is geweest en het ontwerp-GRUP dienaangaande geen wijzigingen vooropstelde, werd door eisende partijen geen bezwaar ingediend tijdens het openbaar onderzoek.

Integendeel, eisende partijen waren op dat ogenblik volop bezig met de opmaak van een bouwontwerp teneinde de gehele site te ontwikkelen. In dat verband en teneinde de bouwplannen zoveel als mogelijk af te stemmen op de wensen en bemerkingen van de stad [...], hebben [...] meerdere malen overleg gepleegd met de dienst stedenbouw van de stad [...]. Op geen enkel ogenblik werd ten aanzien van [...] gewag gemaakt van het feit dat de bestemming van het terrein zou (kunnen) worden gewijzigd."

De keuze voor deze bestemmingswijziging wordt door de Vlaamse Regering als volgt verantwoord:

"Overwegende dat in sommige opmerkingen, bezwaren en adviezen en in het advies van VLACORO gewezen wordt op de aanwezigheid en het belang van het bestaande bosje; dat in de stedenbouwkundige voorschriften openbare groene ruimten als één van de functies van een stedelijk woongebied worden benoemd; dat met deze opmerkingen worden rekening gehouden door het aanduiden van een bestaand struweel als bosbuffer; dat gezien de ligging nabij de spoorlijn en de E40 in deze wijk behoefte is aan groenvoorziening; dat desgevallend in een gemeentelijk ruimtelijk structuurplan nader kan bepaald worden welke delen van het

gebied voor bebouwing in aanmerking komen en welke delen voor groenaanleg dienen ingericht te worden."

Het behoeft geen betoog dat een wijziging van woongebied naar o.a. recreatief bosgebied een zware impact heeft op de ontwikkelingsmogelijkheden. Het verrassende aspect van deze zaak ligt echter besloten in het feit dat de getroffen eigenaars naast een planschadevergoeding ook een aanvullende schadevergoeding op grond van art. 1382 BW vorderden voor de schade die niet vergoed kon worden door de planschadevergoeding. De Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel stelde op 11 april 2014 in een tussenvonnis hieromtrent dat:

"9. De [...] eisen een planschadevergoeding op grond van artikel 2.6.1, §2 van VCRO, en "bijkomend" een schadevergoeding op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek.

Zoals de rechtbank in het tussenvonnis van 21 juni 2013 heeft vastgesteld, beoogt de eis op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek vergoeding van de schade die eisers zouden lijden ten gevolge van de bestemmingswijziging van hun gronden, en die niet vergoed wordt door de planschadevergoeding die de eiser op grond van artikel 2.6.1. van de VCRO toekomt.

Indien de eis op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek gegrond zou zijn, en de eisers op die grondslag aanspraak zouden kunnen maken op een vergoeding van hun volledige schade, die zou bestaan uit de gehele waardevermindering van hun gronden die in recreatief bosgebied zijn gelegen, is het niet verder van belang om de planschade te begroten nu deze volledig zou overlappen met de schadevergoeding die op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek wordt verkregen.

De rechtbank onderzoekt dan ook hierna eerst de aanspraak op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek.

10. Wat de eis op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek betreft, moeten de [...] aantonen dat zij schade lijden die veroorzaakt is door een fout van het Vlaams Gewest.

De fout van het Vlaams Gewest zou er volgens de eisers in bestaan dat een quasi-onteigening werd doorgevoerd, hetgeen een schending zou inhouden van artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 van het Aanvullend Protocol bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955.

In het tussenvonnis van 21 juni 2013 heeft de rechtbank in dat verband reeds geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de gronden door de bestemmingswijziging een ernstige waardevermindering ondergaan, niet tot de conclusie leidt dat een fout werd begaan door het Vlaams Gewest. De planschadevergoeding houdt precies een billijke en passende compensatie in van het bouwverbod dat niet foutief tot stand is gekomen en dat de eisers in het algemeen belang dienen te ondergaan. De beperkingen die de regeling inzake de

planschadevergoeding voorziet in vergelijking tot de volledige schadeloosstelling die kan verkregen worden op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, doen geen afbreuk aan voormelde grondwettelijke en verdragsrechtelijke bepalingen waaruit de leer van de quasi-onteigening wordt afgeleid.

De [...] gewagen evenwel niet louter van een ernstige waardevermindering, maar wijzen er echter op dat de bestemming van 'recreatief bosgebied' de grond in werkelijkheid waardeloos heeft gemaakt en voor de eigenaars enkel kosten met zich brengt van afsluiting, bewaking en onderhoud. Het Vlaams Gewest zou bovendien geen onteigening overwegen om de recreatieve bosfunctie ter plaatste te realiseren, en de eigenaars dan ook opzadelen met een disproportionele last, waardoor voormelde grondwettelijke en verdragsrechtelijke bepalingen geschonden worden.

[...]

12. Wanneer de plaatselijke situatie werkelijk zo is zoals de eisers deze voorstellen, is het inderdaad niet denkbeeldig dat de gronden niet enkel een ernstige waardevermindering hebben ondergaan maar in werkelijkheid waardeloos zijn geworden of zelfs een negatieve waarde hebben doordat zij de eigenaars verplichten tot het maken van kosten van onderhoud, beveiliging en afsluiting terwijl er geen enkele investeerder kan gevonden worden die de gronden wil ontwikkelen en onderhouden conform de bestemming van het recreatief bosgebied.

*Wanneer dergelijke uitzonderlijke omstandigheden zich voordoen, moet worden aangenomen dat de overheid een disproportioneel zware last op de eigenaars legt, waaraan de planschadevergoeding niet meer kan tegemoet komen. Als noch de eigenaars, noch enige investeerder, bereid kunnen gevonden worden om de door de overheid gewenst bestemming van recreatief bosgebied te realiseren, behoort het de overheid om het nodige te doen om deze bestemming zelf te realiseren en daartoe desnoods over te gaan tot onteigening. De overheid die nalaat hiertoe het nodige te doen en de eigenaars met deze disproportionele lasten achterlaat, begaat een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek.
[...]³⁰¹*

De Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel besliste in dit tussenvonnissen uiteindelijk om een gerechtsdeskundige aan te stellen teneinde de werkelijke waarde van de betrokken gronden te onderzoeken. Na ontvangst van dit verslag, oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Brussel ten gronde op 31 maart 2017 dat:

"In het tussenvonnissen van 11 april 2014 heeft de rechtbank vervolgens geoordeeld dat de overheid een fout begaat in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek wanneer zij zonder meer een bestemmingswijziging doorvoert die niet louter leidt tot een

³⁰¹ Tussenvonnissen rechtbank van eerste aanleg Brussel 11 april 2014, nr. 10/13372/A, onuitg.

waardevermindering van een grond, maar deze grond in werkelijkheid waardeloos maakt en zelfs tot een negatieve waarde leidt doordat de nieuwe bestemming zware lasten met zich brengt zonder dat er een kandidaat-koper voor dergelijke grond kan worden gevonden.

In dergelijke uitzonderlijke omstandigheden moet immers worden aangenomen dat de overheid een disproportioneel zware last op de eigenaars legt, waaraan de planschadevergoeding niet meer kan tegemoet komen. De overheid moet in dergelijk geval zelf het nodige doen om de gewenste bestemming te realiseren en daartoe desnoods overgaan tot onteigening, waarbij de getroffen eigenaar kan genieten van het principe van de planologische neutraliteit en de onteigeningsvergoeding bepaald wordt op basis van de waarde van de grond voor de bestemmingswijziging.

De rechtbank leidt uit de bevindingen van de gerechtsdeskundige af dat in het geval van de gronden van [...] dergelijke uitzonderlijke omstandigheden zich inderdaad voordoen.

Uit dit verslag blijkt immers dat de grond een negatieve waarde heeft. De kosten om het terrein af te sluiten en te onderhouden overstijgen de waarde ervan. Indien de kandidaat-koper de bestemming van recreatief bosgebied zou willen realiseren, zou de kost van afsluiting vermeden worden, maar zouden anderzijds nog veel zwaardere kosten moeten gemaakt worden van verwijdering van de pijpenkoppen, aanleg van wandelwegen, beheer en bewaking. [...]

Uit niets blijkt dat er een particuliere of publieke investeerder zou kunnen worden gevonden voor deze gronden. De gerechtsdeskundig heeft weliswaar opgemerkt dat het "niet bewezen is" dat het bos niet verkoopbaar is aan overheidsdiensten, doch hieraan onmiddellijk toegevoegd: "Gezien de aard van het perceel, de geringe oppervlakte en de zeer beperkte mogelijkheden, om niet te stellen het gebrek aan mogelijkheden, kan deze stelling worden gevolgd."

Wat private kopers betreft, heeft de gerechtsdeskundige terecht gewezen op de ligging in de nabijheid van een sociale woonwijk. Het wordt niet ingezien welke privé persoon dit bos zou willen aankopen voor zijn persoonlijke recreatie.

Het bos zou uiteraard nuttig kunnen ontwikkeld worden voor recreatie van de buurtbewoners, doch dit vereist aanzienlijke investeringen (verwijdering pijpenkoppen, aanleg wandelwegen, beheer, onderhoud en bewaking) en het is vooralsnog niet aangetoond dat hiervoor een publieke investeerder of private weldoener zou kunnen gevonden worden die aan de huidige eigenaars nog een prijs zou willen betalen voor het verwerven van het eigendomsrecht.

Het negatieve bewijs dat voor deze grond geen enkele interesse bestaat, kan overigens ook moeilijk door de eisers worden geleverd. De rechtbank kan alleen maar vaststellen dat ook het Vlaams Gewest zelf niet geïnteresseerd is in de aankoop (hoewel het Gewest nochtans

beschikt over een boscompensatiefonds) en ook geen enkele geïnteresseerde kandidaat-koper kan identificeren.

[...]

De rechtbank besluit dat het bewijs is geleverd dat het Vlaams Gewest een fout heeft begaan in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, bestaande uit het doorvoeren van een bestemmingswijziging die de eigenaars heeft opgezadeld met een terrein met een negatieve waarde en waarvoor geen kandidaat-koper kan worden gevonden.

Indien het Vlaams Gewest deze fout niet had begaan, zou zij het nodige hebben gedaan om de gronden te verwerven met toepassing van het beginsel van de planologische neutraliteit. De rechtbank ziet immers geen andere rechtmatige handelswijze van het Vlaams Gewest die zou vermeden hebben dat een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek zou zijn gepleegd.³⁰²

De rechtbank is aldus van oordeel dat er, gezien de omstandigheden, een integrale schadevergoeding toegekend diende te worden op grond van art. 1382 BW. Er kan aangestipt worden dat de fout, die de toepassing van art. 1382 BW rechtvaardigt, zich echter niet zozeer richt op de bestemmingswijziging *as such*, maar op het feit dat het Vlaams Gewest de getroffen burgers had achtergelaten met een voor hen waardeloze grond waar geen interesse voor bestond (zelfs niet vanwege de Vlaamse Overheid) zonder zelf tot de verwerving van deze gronden (vrijwillige aankoop, onteigening, etc.) over te gaan. Het was voor verzoekende partijen daarbij onmogelijk om een beroep te doen op de aankoopplicht uit art. 2.4.10 VCRO daar de vereiste uitvoeringsbesluiten voor dit artikel ontbraken. Op zich zou dit ontbreken van de noodzakelijke uitvoeringsbesluiten als een nalatigheid van de overheid kunnen worden beschouwd.

Er kan op zijn minst worden gesteld dat de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel in dit vonnis – bijna uit noodzaak - een vrij “creatieve” toepassing (lees: oneigenlijk gebruik) maakte van art. 1382 BW om een integrale schadevergoeding toe te kunnen kennen. Een uitvoerbaar artikel 2.4.10 VCRO had hieraan kunnen verhelpen.

De feiten van de vierde en laatste zaak rond planschade kunnen als volgt worden samengevat:

“Het perceel lag aanvankelijk in agrarisch gebied, sinds 1991 is het gelegen binnen het Algemeen Plan van Aanleg (APA) [...] als te bebouwen perceel. Door de inwerkingtreding van het Gewestelijk Ruimtelijk Uitvoeringsplan (GRUP) “Afbakening regionaalstedelijk gebied [...]”, in 2008 komt een deel van het perceel niet meer in aanmerking voor bebouwing.

Op 20 december 2012 wordt door [...] een bouwvergunning aangevraagd tot het bouwen van een garage voor personenwagens met toonzaal. Op 4 maart 2013 wordt de aanvraag

³⁰² Rechtbank Eerste Aanleg Brussel 11 april 2014, nr. 10/13372/A.

geweigerd om reden dat "vanuit planologisch oogpunt deze aanvraag NIET in overeenstemming is met de plaatselijke ordening, gelet op de strijdigheid met artikel 54.1 van het GRUP. [...]"³⁰³

Artikel 54 van het betrokken GRUP voert een bouwvrije strook in die de bebouwbare zone van één van de getroffen percelen verkleint van 2091 m² naar 727 m². Het perceel van de getroffen burger(s) lag oorspronkelijk in een bedrijvengebied voor KMO en dienstverlening.

De achterliggende motieven van de Vlaamse Regering bij het betrokken GRUP kunnen teruggevonden worden in het besluit tot definitieve vaststelling van het GRUP:

"Overwegende dat diverse bezwaren en opmerkingen betrekking hebben op de bouwvrije strook langs de N36; dat het wenselijk is deze bouwvrije strook aan te passen zodat die delen niet langer opgenomen worden die niet nodig of nuttig zijn voor het halen van de achterliggende doelstelling uit het ruimtelijk structuurplan Vlaanderen, met name het vrijhouden voor de herinrichting en bundeling van infrastructuren langs de primaire weg; dat het verordenend deel dan ook in die zin werd aangepast; dat bijgevolg de volledige bouwvrije strook ten noorden van de N36 uit het grafisch plan wordt weggelaten;

Overwegende dat Vlacoro in navolging van het advies van de stad [...] adviseert om daar waar er sprake kan zijn van rechtsonzekerheid voldoende flexibiliteit in de voorschriften op te nemen zodat het advies van de wegbeheerder de voorziene bouwvrije strook kan concretiseren; dat het voorschrift van bouwvrije strook conform de typevoorschriften zoals vastgelegd door de Vlaamse Regering is opgesteld; dat een verfijning van de bouwvrije strook enkel mogelijk is via bestemmingswijziging naar zone voor verkeer- en vervoersinfrastructuur of in functie van andere parallelle infrastructuren op lange termijn; dat bijgevolg niet kan ingegaan worden op het advies van Vlacoro;

In het betrokken vonnis van 19 mei 2015 wordt er alvast geoordeeld dat de getroffen burger(s) recht heeft op een planschadevergoeding. De gerechtsdeskundige heeft in dit dossier reeds een eindverslag neergelegd, maar er werd ook hoger beroep ingesteld.

In casu wordt niet het volledige perceel ingenomen door de bouwvrije strook. Er blijft 727 vierkante meter van zijn perceel over om te ontwikkelen of te gebruiken. Desalniettemin was de getroffen burger van plan om een garage voor personenwagens met toonzaal op het perceel te bouwen.³⁰⁴ Het behoeft geen betoog dat een perceel van 727 vierkante meter niet zal volstaan om deze plannen te kunnen realiseren.

Er dient bijgevolg te worden besloten dat het 70 – 90% scenario van het voorstel tot nadeelcompensatie van toepassing is. Aangezien de verantwoording van de betrokken

³⁰³ Vonnis rechtbank van eerste aanleg te Brussel dd. 19 mei 2015, onuitg.

³⁰⁴ Het criterium van de plannen die de betrokken burger met het perceel had wordt door het Grondwettelijk Hof naar voor geschoven in haar arrest van 1 oktober 2015, nr. 132/2015.

beleidsmaatregel duidelijk maakt dat er geen sprake is van een correctie van negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt worden, dient er een compensatie te worden toegekend.

Indien deze compensatie wordt berekend zoals bepaald in het instrumentendecreet zal er zich geen evenredigheidsprobleem voordoen (*supra*). De nieuwe planschadevergoedingsregeling gaat immers uit van de eigenaarswaarde – en niet langer de verwervingswaarde – van het betrokken goed waardoor het waardeverlies voor de burger op een afdoende manier wordt vergoed.

3. Is het ingeroepen belang legitiem?

Zie de bespreking onder punt 4.

4. Is de beleidsmaatregel noodzakelijk of is het gebruik van dwang nodig?

De legitimiteit en de noodzakelijkheid van de maatregelen worden hier samen besproken. De analyses van de dossiers die hierboven al zijn toegelicht, zijn (te) beperkt om een uitspraak te doen over de aard van de maatregel. Het valt in deze dossiers bovendien op dat de partijen en hun advocaten weinig tot niet spreken over de aard van de maatregel, waardoor het moeilijk tot zelfs onmogelijk wordt om voor deze dossiers een harde uitspraak te doen over de aard van de in de betrokken casus genomen maatregel. We zouden kunnen terugkijken naar de Besluiten van de Vlaamse Regering die aan de basis liggen van deze dossiers maar vaak gaan deze besluiten terug tot een BPA van tientallen jaren geleden. Daarom hebben we ervoor geopteerd om recentere dossiers te bestuderen en de focus te leggen op Gewestelijke Ruimtelijke Uitvoeringsplannen met bestemmingswijzigingen.

De bedoeling van deze analyse van de vaststelling van GRUP's is om te onderzoeken **of en in welke mate de aard van de beleidsmaatregel** kan worden vastgesteld. Over de mate van effectief waardeverlies van percelen als gevolg van de beleidsmaatregel (bestemmingswijziging of verandering van de bindende stedenbouwkundige voorschriften) spreekt deze analyse zich niet uit.

Meer specifiek willen we de gevallen analyseren waarop de relevante categorieën van het voorstel van nadeelcompensatie kunnen worden toegepast. Voor onze analyse van bestemmingswijzigingen zijn er drie categorieën van belang:

- 1) Van bedrijvigheid of wonen (wonen wordt hier als een individueel eigenbelang beschouwd) naar groen waarvoor twee gevallen van onderzoek bestaan: ofwel betreft de maatregel het tegengaan van negatieve externaliteiten (het herstellen of vermijden van ernstige schade aan de natuur of het milieu door het individuele rechtssubject), of is de maatregel bedoeld voor de instandhouding van biodiversiteit (die door de gehele samenleving bedreigd wordt) en de creatie van een groene, rustgevende omgeving voor iedereen, wat als een algemene

herverdeling kan beschouwd worden. Deze zijn op de plannen aangeduid door verticale strepen paars/groen of rood/groen;

- 2) Van bedrijvigheid of wonen naar openbaar nut, zoals nutsvoorzieningen, waterbeheersing, afvalbeheer (stort of verwerking), om zo de mate van het ordenend karakter van de beleidsmaatregel te analyseren. Deze zijn op de plannen aangeduid door verticale strepen paars/blauw of rood/blauw;
- 3) Van bedrijvigheid of wonen naar landbouw of omgekeerd om zo het specifiek herverdelend karakter aan te tonen. Deze zijn op de plannen aangeduid door verticale of horizontale strepen paars/geel of rood/geel.

Daarnaast bevatten de GRUP's ook gevallen van kapitaalschade en/of gebruikersschade voor de landbouwsector bij bestemmingswijzigingen en stedenbouwkundige voorschriften bij de omzetting van landbouwzone naar zones voor natuur en/of bos. Ook hier moeten we onderzoeken onder welke van de twee categorieën deze maatregel kan vallen: tegengaan van negatieve externaliteiten of een algemene herverdeling. Deze zijn op de plannen aangeduid door geruite vakjes geel/groen.

Om het overzicht te behouden zullen we, tijdens de bespreking van de GRUP's, een gezamenlijke bespreking uitvoeren van de vergoeding rond planschade, enerzijds, en kapitaalschade en/of gebruikersschade anderzijds.

We hebben gebruikt gemaakt van de website <https://www.ruimtevlaanderen.be/GRUPS> om een resem GRUP's door te nemen. We hebben gekozen voor drie specifieke GRUP's die relevant zijn voor onze studie:

- Afbakening van de gebieden van de natuurlijke en agrarische structuur: regio Haspengouw-Voeren 'Munsterbos';
- Afbakening van de gebieden van de natuurlijke en agrarische structuur: gecontroleerd overstromingsgebied met natuurverwevingsgebied 'Kruibeke-Bazel-Rupelmonde';
- Afbakening van het Grootstedelijk Gebied Gent: 'Volvo Trucks Gent'.

Voor deze drie GRUP's werden ook alle achterliggende documenten die beschikbaar zijn doorgenomen. Voor de motivering van de aard van de maatregel hebben we gebruik gemaakt van de toelichting bij de Besluiten van de Vlaamse Regering die betrekking hebben op deze drie gevalstudies.

GRUP 1: Afbakening van de gebieden van de natuurlijke en agrarische structuur regio Haspengouw-Voeren 'Munsterbos'

Centraal in deze bestemmingswijziging staat de versterking van het groengebied ten nadele van vooral industrie, overige bestemmingen, in minder mate landbouw, en tot slot een beetje wonen. De wijzigingen van de zones 'overig groen' en 'bos' in een zone voor 'reservaat en groen' heeft neutrale gevolgen en kan hier verder buiten beschouwing worden gelaten.

Tevens worden twee bestemmingscategorieën in overdruk ingevoerd: 'GEN in overdruk' en 'natuurverweving in overdruk boven landbouw', maar deze kunnen we voor het doeleinde van de studie ook buiten beschouwing laten.

Dit leidt alvast tot de volgende ruimtebalans (in hectare):

| Bestemmingscategorie | Vorige bestemming | Nieuwe bestemming | Vershil |
|---|-------------------|-------------------|---------|
| Wonen | 7 | 0 | -7 |
| Reservaat en natuur | 191 | 407 | +216 |
| Overig groen | 42 | 0 | -42 |
| Bos | 28 | 5 | -23 |
| Landbouw | 165 | 130 | -35 |
| Industrie | 95 | 0 | -95 |
| Overige bestemmingen | 105 | 62 | -43 |
| GEN in overdruk | 220 | 407 | +187 |
| Natuurverwerving in overdruk boven landbouw | 0 | 5 | +5 |

Uit deze balans blijkt dat landbouw, de overige bestemmingen (waarbij uit de documenten niet duidelijk blijkt wat dit in concreto kan inhouden) en vooral industrie de belangrijkste verliezers zijn ten voordele van de bestemming 'reservaat en natuur'. De balans is evenwel niet in evenwicht, namelijk minus 29 ha.

De eerste vraag die opduikt, is wat de aard van de maatregel (i.c. de bestemmingswijziging) nu precies inhoudt. Daarvoor kijken we naar de aangegeven motivering in de toelichtingsnota. Vooreerst is er de algemene beleidsdoelstelling uit het Ruimtelijk Structuurplan:

"Met de metafoor 'Vlaanderen, open en stedelijk' wil het Ruimtelijk Structuurplan Vlaanderen (RSV) een trendbreuk realiseren met betrekking tot de ruimtelijke ontwikkeling. Deze trendbreuk beoogt de versterking van het buitengebied en het tegengaan van de versnippering door een optimaler gebruik en beheer van de stedelijke structuur.

Daarom wordt de ruimtelijk structurerende werking van het fysisch systeem als principe vooropgesteld. Het fysisch systeem is ruimtelijk structurerend voor de natuurlijke structuur (inclusief de bosstructuur), de agrarische structuur, de nederzettingsstructuur en het landschap. Ruimtelijk structurerend betekent dat de huidige, intrinsieke kenmerken van het bestaand fysisch systeem het richtinggevend kader zijn voor de ruimtelijke ontwikkeling van de structuurbepalende functies natuur, bos, landbouw en wonen en werken op het niveau van het buitengebied.

In Vlaanderen wordt de ruimtelijke structuur van het buitengebied vandaag bepaald door het samenhangend geheel (netwerk) van rivier- en beekvalleien, grote en aaneengesloten

natuur- en boscomplexen, belangrijke landbouwgebieden, de nederzettingsstructuur, het landschap en de infrastructuur,...

Elk van de drie voor het buitengebied structuurbepalende functies – landbouw, natuur en bos – kan slechts op een duurzame wijze functioneren indien de gebieden die aan deze functie worden toegewezen, ingebed zijn in een goed gestructureerd geheel. Daarom wordt het buitengebiedbeleid gedifferentieerd naar een beleid voor de natuurlijke structuur, de agrarische structuur en de nederzettingsstructuur. De natuurlijke en de agrarische structuur kunnen elkaar in bepaalde gebieden (natuurverwevingsgebieden) overlappen.

Het afbakenen van de gebieden van de natuurlijke en de agrarische structuur in ruimtelijke uitvoeringsplannen moet daarom gelijktijdig en op gelijkwaardige basis gebeuren. De natuurlijke structuur kan in bepaalde gebieden ook overlappen met andere functies (recreatie, overige functies...)."

Voor wat de gebiedsspecifieke situering van deze gevalstudie betreft, schrijft de toelichtingsnota:

"Het Munsterbos omvat delen van het habitatrictlijngebied BE2200042 Overgang Kempen-Haspengouw, meer bepaald deelgebied 2 "Munstervallei en Bonijterbos", deelgebied 5 "Munsterbos, Bekembeemden, Noterbos" en deelgebied 6 "Vallei van de Zutendaalbeek ter hoogte van Albertkanaal". Dit habitatrictlijngebied ontleent zijn naam aan de unieke ligging ter hoogte van de overgang van (leemhoudende) zandgronden van de Kempen in het noorden naar de rijkere, Haspengouwse leemgronden in het zuiden. Tussenin zijn vochtige tot natte zandleembodems en natte leembodems terug te vinden voornamelijk in de valleien van waterlopen.

Prioritaire inspanningen voor dit habitatrictlijngebied zijn o.a.:

- Herstel, verbinding en uitbreiding van habitattypes in de heidesfeer (met een toename van 5 ha in het Munsterbos);*
- Versterken van de loofboshabitats (met o.a. een bosuitbreiding van 9 ha in het noordelijk deel van de SBZ);*
- Aanpakken van verdroging;*
- Realisatie van een leefbare populatie Beekprik. Deze inspanningen zijn vooral van toepassing op de beeklopen waar beekprik actueel voorkomt of waar herstel van het vroegere leefgebied noodzakelijk is (o.a. Zutendaalbeek, Bezoensbeek, Roelerbeek, Munsterbeek).*
- Realisatie van aaneengesloten complexen van graslandhabitats in een bocagelandschap*
- Versterken van de rol van de taluds van het Albertkanaal als ecologische corridor*
- Realisatie van goed ontwikkelde vijvercomplexen en een laagveenlandschap."*

De doelstelling is dus duidelijk gericht op de vrijwaring van de biodiversiteit, maar deze nood aan vrijwaring is niet het gevolg van een negatieve externaliteit die door een specifiek rechtssubject gecreëerd wordt. Het is m.a.w. niet het gevolg van het handelen van een specifiek rechtssubject (natuurlijke of rechtspersoon) dat de biodiversiteit in dit concrete geval bedreigd zou zijn, maar

veeleer het gevolg van keuzes die de maatschappij in het verleden heeft gemaakt, namelijk de creatie van (te) veel ruimte voor niet-natuur-gebonden functies (wonen, industrie, e.d.m.), waardoor de biodiversiteit onder druk is komen te staan. Daarnaast speelt de vrijwaring van de biodiversiteit in het voordeel van de gehele samenleving, en is zij daarom niet gericht op de bevoordeling van één specifieke groep, bijvoorbeeld de omwonenden.

Daarom zou de nadeelcompensatie uit de tabel die we ontwikkeld hebben in het theoretische luik, moeten steunen op de categorie van de 'algemene herverdeling', wat een waardeverlies zonder compensatie toestaat van 40 tot maximaal 50%.

Tot slot bekijken we de relatie van het voorstel van compensatieregeling met de regelingen inzake planschade enerzijds en inzake kapitaal- en gebruikersschade anderzijds. De bedoeling hiervan is te zien of en in welke mate de vergoedingsstelsels elkaar overlappen, dan wel elkaar zouden kunnen aanvullen of versterken.

We beginnen met de regeling voor planschade, wat staat voor *"een vergoedingsregeling voor eigenaars van gronden die door een bestemmingswijziging minder waard worden. Het moet gaan om een bestemmingswijziging waarbij de grond vóór de wijziging bebouwbaar was, terwijl bouwen of verkavelen na de wijziging niet meer toegelaten is. De planschadevergoeding bedraagt 80% van de waardevermindering van de grond als gevolg van de bestemmingswijziging"*.

Hierbij moeten nog drie andere belangrijke voorwaarden vervuld zijn:

- *Het perceel moet gelegen zijn aan een uitgeruste weg;*
- *Enkel de eerste 50 meter vanaf die weg komt in aanmerking voor een vergoeding voor planschade;*
- *Wanneer de waardevermindering meer dan 20% bedraagt van de waarde van het perceel.*

De regelingen voor kapitaal- en gebruikersschade kennen daarentegen een enigszins ruimer en meer flexibel toepassingsgebied ten voordele van de landbouwsector. Kapitaalschade is gelijk aan *"de schade die de eigenaar ondervindt als gevolg van:*

- *Een bestemmingswijziging van 'landbouw' naar 'natuur', 'bos' of 'overig groen';*
- *Het in een plan opnemen van een overdruk die de economische aanwending van landbouwgrond beïnvloedt;*
- *Het opleggen van een erfdienstbaarheid die de economische aanwending van landbouwgrond beïnvloedt."*

De compensatie voor kapitaalschade bedraagt 80% van de waardevermindering en wordt enkel toegekend indien het perceel een oppervlakte heeft van ten minste 0,5 hectare of behoort tot een groep percelen van dezelfde eigenaar met een totale oppervlakte van ten minste 0,5 hectare. Voor de regeling van gebruikersschade gelden dus eigenlijk dezelfde voorwaarden.

Daar waar de eerste voorwaarde van de kapitaalschaderegeling vrij gericht is, bieden de twee andere, en dan vooral de derde, heel wat meer mogelijkheden. Zo zouden heel wat verordenende stedenbouwkundige voorschriften onder deze laatste voorwaarde kunnen vallen. Daarom is het belangrijk de eigenlijke decretale bepaling erbij te halen, namelijk artikel 6.3.1. van het Grond- en Pandendecreet van 2009, om zo de exacte draagwijdte van deze bepaling te kunnen vaststellen:

"Een compensatie ingevolge beschermingsvoorschriften is een gewestelijke, perceelsgebonden, financiële en subsidiaire compensatie voor de kapitaalschade ten gevolge van gewestelijke, provinciale of gemeentelijke ruimtelijke uitvoeringsplannen, plannen van aanleg of gewestelijke, provinciale of gemeentelijke beschikkingen houdende het opleggen van een erfdienstbaarheid tot openbaar nut, dewelke op een agrarisch gebied of op een zone die onder de categorie van gebiedsaanduiding «landbouw» valt, meer beperkingen op het vlak van de economische aanwending van de grond opleggen dan redelijkerwijs geduld moet worden in het algemeen belang en ter vrijwaring van de op de vooravond van de beperkingen bestaande basismilieukwaliteit, zijnde de kwaliteit die wordt bereikt door het naleven van de gebruikelijke goede landbouwmethoden, door de naleving van de eisen gesteld in de artikelen 3, 4 en 5 van de verordening (EG) nr. 1782/2003 tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor regelingen inzake rechtstreekse steunverlening in het kader van het gemeenschappelijk landbouwbeleid en tot vaststelling van bepaalde steunregelingen voor landbouwers, en door de naleving van de voorschriften van de Vlaamse regelgeving omtrent milieu en natuur.

Indien de kapitaalschade voortvloeit uit een ruimtelijk uitvoeringsplan of een plan van aanleg, is aan het criterium, vermeld in het eerste lid, slechts voldaan, en wordt de compensatie ingevolge beschermingsvoorschriften slechts toegekend, indien beide hiernavolgende vereisten zijn vervuld:

1° de aangebrachte overdruk betreft een nieuwe overdruk die nieuwe beschermingsvoorschriften betreffende inrichting en beheer oplegt;
2° de aangebrachte overdruk betreft de overdruk «ecologisch belang», «ecologische waarde», «overstromingsgebied», «reservaat» of «valleigebied», of een vergelijkbare, door de Vlaamse Regering aangewezen, overdruk.

Indien de kapitaalschade voortvloeit uit een beschikking houdende het opleggen van een erfdienstbaarheid tot openbaar nut, wordt de compensatie ingevolge beschermingsvoorschriften slechts toegekend indien de Vlaamse Landmaatschappij op grond van een advies van de territoriaal bevoegde kapitaalschadecommissie oordeelt dat deze erfdienstbaarheid tot openbaar nut voldoet aan het criterium, vermeld in het eerste lid. Indien de erfdienstbaarheid tot openbaar nut opgelegd wordt door de Vlaamse Regering, wordt deze afweging door de Vlaamse Regering zelf gemaakt, eveneens op grond van een advies van de territoriaal bevoegde kapitaalschadecommissie."

Nu ontstaan er in deze gevalstudie twee grote gevallen van planschade, namelijk door de wijziging (1) van industriezone naar groenzone en (2) van woonzone naar groenzone. Door het bouwverbod als gevolg van de bestemmingswijziging van industrie of wonen naar natuur zal heel waarschijnlijk wel aan de derde voorwaarde voldaan zijn. Maar wel rijst de vraag welke impact de twee eerste voorwaarden op de concrete berekening van de planschade hebben. Enerzijds blijken niet alle percelen (bijv. in de woonzone) aan een uitgeruste weg te liggen, en anderzijds zijn de percelen in het industriegebied soms dermate groot dat een belangrijk deel niet binnen de 50 meter valt.

Voor het voorstel van nadeelcompensatie spelen deze voorwaarden allemaal geen rol. Dit betekent dat elke bestemmingswijziging die een waardeverlies voor het perceel inhoudt zou gecompenseerd moeten worden, voor zover het een waardevermindering van meer dan 40 tot 50 % betreft aangezien de beleidsmaatregel een algemene herverdelende aard heeft. Wat ook onder het toepassingsgebied van het voorstel van nadeelcompensatie valt, zijn alle verordenende stedenbouwkundige voorschriften in functie van een nagestreefd beleidsdoel die de (economische) waarde van het perceel aantasten. Deze regeling gaat trouwens verder dan de voorschriften voor de bescherming van natuurelementen die bij de regeling van kapitaal- en gebruikersschade geldt.

Om de toepassing van het voorstel van nadeelcompensatie op verordende stedenbouwkundige voorschriften te illustreren, nemen we nog twee specifieke vormen van verordening die in de toelichtingsnota voorkomen onder de loep. Er wordt gekozen voor de zone voor natuurbuffer en deze voor recreatiebuffer, aangezien de andere verordeningen samenvallen met de eigenlijke bestemmingwijzigingen:

Voor de zone voor natuurbuffer (art. 5) – behoort tot de bestemmingscategorie van de bedrijvigheid – staat geschreven:

"De zone aangeduid met deze overdruk is bestemd voor de inrichting van een onbebouwde ruimtelijke buffer tussen de zones van het industriegebied waar bedrijfsactiviteiten mogelijk zijn en de omliggende bestemmingen, waarbij deze buffer een natuurinvulling krijgt.

Alle handelingen die nodig of nuttig zijn voor de instandhouding, het herstel en de ontwikkeling van de natuur, het natuurlijk milieu en van de landschapswaarden in de zone voor natuurbuffer zijn toegelaten.

Het oprichten van gebouwen of verhardingen is niet toegelaten.

Handelingen in functie van de visuele afscherming, geluidsafscherming, landschappelijke inpassing of het beheersen van veiligheidsrisico's van de bedrijfsactiviteiten op het industriegebied zijn toegelaten voor zover ze geen betekenisvolle aantasting van de soorten en habitats van de speciale beschermingszones in het gebied veroorzaken."

Zone voor recreatiebuffer (art. 6) behoort tot de bestemmingscategorie van de bedrijvigheid:

"De zone aangeduid met deze overdruk is bestemd voor de inrichting van een ruimtelijke buffer tussen de zones van het industriegebied waar bedrijfsactiviteiten mogelijk zijn en de omliggende bestemmingen, waarbij deze buffer een recreatieve invulling krijgt.

Binnen deze zone kunnen dagrecreatieve activiteiten toegelaten worden op voorwaarde dat deze verenigbaar zijn met de bedrijfsactiviteiten op het industriegebied én de recreatieve activiteiten geen aanleiding geven tot beperkingen ten aanzien van de toegelaten bedrijfsactiviteiten op het industriegebied.

Het oprichten van gebouwen of verhardingen is niet toegelaten.

De bestaande bebouwing en verharding van de bestaande dagrecreatieve activiteiten kan in stand gehouden worden. Bijkomende bebouwing en verharding is niet toegelaten. Bijkomende constructies i.f.v. de bestaande dagrecreatieve activiteiten kunnen enkel tijdelijk toegelaten worden.

Handelingen in functie van de visuele afscherming, geluidsafscherming, landschappelijke inpassing of het beheersen van veiligheidsrisico's van de bedrijfsactiviteiten op het industriegebied zijn toegelaten."

Voor de compensatie van deze bindende stedenbouwkundige verordeningen geldt een andere regeling dan voor deze die hierboven bij de vrijwaring van de biodiversiteit werd aangehaald. Aangezien het in beide gevallen een beleidsmaatregel betreft die gericht is op het tegengaan van negatieve externaliteiten die het specifieke rechtssubject, in casu het industriële bedrijf, met zijn activiteiten creëert, geldt hier de richtlijn dat er pas voorzien moet worden in een compensatie wanneer er sprake is een waardeverlies van 80 tot 90% van het ganse gebied.

Waarschijnlijk is dit *in casu* niet het geval aangezien deze stedenbouwkundige voorschriften slechts gelden voor een klein gedeelte van de totale industriezone. Bovendien blijft dit gebied ingedeeld als industriegebied, zelfs wanneer er 'groen' op dit gebied wordt aan gepland, waardoor er geen risico voor het bedrijf ontstaat dat er een steeds verder gaande zoneverschuiving ten nadele van het industriegebied in de toekomst kan gebeuren.

GRUP 2: Afbakening van de gebieden van de natuurlijke en agrarische structuur: gecontroleerd overstromingsgebied met natuurverwevingsgebied 'Kruibeke-Bazel-Rupelmonde'

Centraal in deze bestemmingswijziging staat de creatie van een overstromingsgebied, wat gekoppeld wordt aan de creatie van een watergebonden natuurgebied. Dit brengt ons tot de volgende ruimtebalans (in hectare):

| Bestemmingscategorie | Vorige bestemming | Nieuwe bestemming | Vershil |
|----------------------|-------------------|-------------------|---------|
| Wonen | 2,2 | 0,0 | -2,2 |
| Recreatie | 0,1 | 0,0 | -0,1 |

| | | | |
|----------------------|-------|-------|--------|
| Reservaat & Natuur | 217,8 | 0,0 | -217,8 |
| Overig Groen | 0,1 | 693,2 | +693,1 |
| Bos | 177,5 | 0,0 | -177,5 |
| Landbouw | 368,7 | 13,7 | -355,0 |
| Industrie | 0,1 | 0,0 | -0,1 |
| Overige bestemmingen | 0,3 | 59,9 | +59,6 |

(De oppervlakten kleiner dan een hectare zijn niet significant en zijn het gevolg van het schaalverschil tussen de gewestplannen en het RUP dat op kadastraal niveau is gemaakt.)

Uit de balans blijkt dat de landbouwgebieden hier de 'grote verliezer' zijn aangezien zij ingeschakeld worden als overstromingsgebied, annex natuurgebied ('overig groen'). Een gelijkaardige aanpak lezen we trouwens in het dossier "Intergetijdengebied Wijmeers deel 2".

De vraag rijst nu aan welke criteria van het voorstel van compensatieregeling de creatie van een overstromingsgebied voldoet. Daarvoor kijken we naar de beleidsdoelstellingen die beschreven staan in de toelichtende nota:

"De opname van het gebied Kruibeke-Bazel-Rupelmonde als essentieel onderdeel van de natuurlijke structuur in het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan wordt gemotiveerd vanuit:

- actuele natuurwaarden van de aanwezige bossen, moerassen en laaggelegen schrale hooilanden, slikken en schorren, de aanwezigheid van mineraalhoudende kwel en kwetsbare infiltratiegebieden;

- Het gebied maakt deel uit van het Vogelrichtlijngebied 3.5 Durme en middenloop van de Schelde (Besluit van de Vlaamse Regering van 23 juni 1998). De waarde van dit gebied wordt voornamelijk bepaald door de Blauwborst, waarvan er 60 tot 70 broedparen voorkomen. Vermeldenswaardig zijn ook 5 tot 10 broedgevallen van de IJsvogel. Verder komt er nog een redelijk aantal niet-broedende Bijlage I-soorten voor. Het gebied heeft verder een internationaal belang wat betreft watervogels voor Slobeend met 800 exemplaren.

- Het gebied maakt deel uit van een aangemeld Habitatrichtlijngebied (Beslissing van de Vlaamse Regering van 4 mei 2001) omwille van de volgende habitats (bijlage I): estuaria, bij eb droogvallende slikwadden en zandplaten, van nature eutrofe meren, voedselrijke ruigten, alluviale bossen (dit laatste is een prioritair communautaire habitat). De volgende soorten (bijlage II) van de Habitatrichtlijn zijn eveneens een reden van de aanmelding: Kleine modderkruiper en Rivierprik.

- De volgende biologisch waardevolle en zeer waardevolle vegetaties (opgetekend in de Biologische Waarderingskaart) komen in het gebied voor: eutrofe plas (diverse plantengemeenschappen), grote zeggevegetatie, rietland, natte ruigte met moerasspirea, weilandcomplex met veel sloten en/of microreliëf, kapvlakte, vochtig wilgenstruweel op voedselrijke bodem, zuur eikenbos (vaak met ruderaal ondergroei), elzen-essenbos van

bronnen en bronbeken, nitrofiel alluviaal elzenbos, mesotroof elzenbos met zeggen, populierenaanplant op vochtige grond, populierenaanplant op vochtige grond met elzen en/of wilgenondergroei, populierenaanplant op vochtige grond met ruderaal ondergroei, loofhoutaanplant. In het gebied zijn een groot aantal kleine landschapselementen zoals soortenrijke sloten, bomenrijen, dijken en veedrinkpoelen terug te vinden.

- versnippering van de als groengebied bestemde gebieden, voornamelijk door valleigebied; verstoring door recreatie (visvijvertjes), vertuining, ... die kan opgelost worden door een herlokatie van de visvijvertjes naar de zones voor waterbeheer buiten de ringdijk;

- de inrichting van het gebied Kruibeke-Bazel-Rupelmonde als gecontroleerd overstromingsgebied, voor een deel met gedempt getij, en het beheer van een deel als weidevogelgebied werden bij de Europese Commissie aangemeld ter compensatie van de schade aan de vogel- en habitatrictlijn-gebieden bij de verdieping van de Westerschelde en als deel van de compensatie voor de schade aan het vogelrichtlijngebied voor de bouw van het Verrebroekdok en het Deurganckdok. In het GOG wordt tevens voorzien dat waterhuishoudingswerken die noodzakelijk zijn voor de beveiliging van de hoger gelegen dorpen en cultuurgronden tegen ongewenste overstromingen van de Barbierbeek en andere waterlopen worden toegelaten.

- In het gebied gelegen tussen de aan te leggen ringdijk en de cuesta (ten zuiden van de dorpskern van Bazel en ten oosten van de dorpskern van Rupelmonde en ten noorden van de dorpskern van Bazel en de Barbierbeek) worden de functies natuur, recreatie met weinig impact op de omgeving en natuur (wandelen, fietsen, sportvisserij, ...), landbouw en de beveiliging van de hogergelegen dorpen en cultuurgronden tegen ongewenste overstromingen van de Barbierbeek en de andere waterlopen nevens geschikt geacht. De bestaande visvijvers in dit gebied en de bestaande lokalen van de georganiseerde jeugdvereniging (Chiro Althena) kunnen behouden blijven en de bijhorende speelterreinen ter hoogte van de aan te leggen ringdijk kunnen geherlokaliseerd worden binnen deze zones voor waterbeheer. In een nog op te maken inrichtingsplan zal de juiste lokalisatie van wachtbekkens en de andere maatregelen die het water van Barbierbeek en andere waterlopen opvangen en opnieuw afvoeren het bij het eerstvolgende laagtij naar de Schelde zelf of naar de Schelde via het Gecontroleerd Overstromingsgebied (GOG). Deze wachtbekkens kunnen tevens als visvijver gebruikt worden. In dit inrichtingsplan dienen tevens de recreatieve voorzieningen zoals wandel- en fietspaden, alsmede de niet overstroombare delen van het gebied – waarbinnen de jeugdlokalen en speelterreinen moeten voorzien worden – bepaald te worden. Daarbij dienen de nieuw te vergunnen gebouwen en constructies voor zowel de jeugdlokalen als de sportvisserij maximaal gevrijwaard te worden van overstroming.

- Het veer van Bazel-Hemiksem (Kallebeek) en de ernaast gelegen horecagelegenheid moeten bereikbaar blijven voor gemotoriseerd verkeer en kunnen blijven functioneren. Het bestemmingsvoorschrift laat zowel het functioneren van het veer en de erbij horende horecagelegenheid toe. Zowel het veer als de horecagelegenheid worden daardoor zone-eigen. Omdat het veer centraal gelegen is in het gebied is het niet aangewezen dat extra verkeer gegenereerd wordt. De aanleg van toegangswegen via compartimenteringsdijken wordt voorzien en dient hiermee rekening te houden.

- *Het veer van Kruibekke-Hoboken moet bereikbaar blijven voor gemotoriseerd verkeer en kunnen blijven functioneren. De locatie aanpalende bedrijf op de Scheldedijk, dat geen activiteit meer kent en waarvan de milieuvergunning verlopen is, kan nadien mogelijk gebruikt worden om een bezoekerscentrum met parkeergelegenheid aan te leggen, dan wel afgebroken worden. Het bestemmingsvoorschrift laat zowel het functioneren van het veer als de aanleg van een bezoekerscentrum met parkeergelegenheid toe.*
- *Het bestaande rustoord/vormingscentrum van de Broeders van Liefde gelegen langs de gewestweg is gelegen in natuurgebied. Het wordt herbestemd naar gebied voor gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen waardoor het zone-eigen wordt en het later ook kan ingeschakeld worden als bezoekerscentrum voor het gehele gebied. De ligging langsheen de gewestweg is daarbij ideaal om de verkeersstroom op te vangen.*
- *Doorheen het gebied lopen diverse bestaande pijpleidingen. Om het gebied te kunnen inrichten als gecontroleerd overstromingsgebied (GOG), deels met gereduceerd getij (GGG) dienen die verlegd te worden binnen het gebied. Doorheen het gebied lopen bovengrondse hoogspanningsleidingen. Die leidingen kunnen behouden blijven en onderhouds- en instandhoudingswerken blijven mogelijk.*
- *De agrarische gebieden ter hoogte van de Rupelmondse kreek, gelegen tussen de dorpskernen van Rupelmonde en Bazel, ten noorden van de Barbierbeek en ten noorden van de KMO-zone van het bestaande chocoladefabriek liggen op de cuestasflank boven 5m TAW. Daardoor kunnen ze niet ingeschakeld worden als wachtbekken voor de buffering van het water afkomstig van de cuestasrug en de beken. Deze gebieden worden herbestemd als bouwvrij agrarisch gebied. Dit laat toe om enerzijds lijn- en puntvormige landschapselementen zoals veedrinkpoelen, hagen, houtkanten, bomenrijen, ... te kunnen aanleggen en anderzijds te garanderen dat de bestaande open ruimte verbinding tussen de Scheldevallei (waarin het GOG wordt gerealiseerd) en de cuestasrug behouden blijft als agrarisch gebied. De bestaande bedrijfszetel wordt buiten het plangebied gehouden waardoor het verlenen van stedenbouwkundige vergunningen voor aanpassingen van de bestaande gebouwen en nieuwe gebouwen noodzakelijk voor de agrarische bedrijfsvoering mogelijk blijft.”*

De eerste vijf punten in deze oplistijng geven beleidsdoelstellingen van natuurbehoud aan, het zesde is gericht op waterbeheersing, terwijl de volgende streepjes hierop nuancerings (of nevenfuncties) aanbrenge, gebaseerd op bestaande economische (agrarische functie en nutsvoorzieningen), maatschappelijke (de veerdiensten en het rustoord/vormingscentrum) en recreatieve doelstellingen. De doelstelling van natuurbehoud betreft opnieuw de bescherming van de biodiversiteit die niet wordt bedreigd door een negatieve externaliteit die een specifiek rechtssubject heeft veroorzaakt. Net als in de vorige gevalstudie heeft deze bestemmingswijziging dus een algemeen herverdelend karakter.

Maar deze doelstelling loopt parallel met waterbeheersing die een maatschappij-ordenend karakter heeft. Daarom moeten we concreet bekijken wat deze waterbeheersing precies inhoudt. We moeten daarbij een onderscheid maken tussen de creatie van een gecontroleerd overstromingsgebied met ringdijk, overlooptdijk en uitwateringssluizen enerzijds, en de beveiliging van dorpen en landbouwgronden anderzijds.

Zo stelt de toelichtingsnota:

- *"Het laaggelegen poldergebied wordt ingeschakeld als gecontroleerd overstromingsgebied. In grote delen ligt het huidig maaiveld tussen 1,10m TAW (Tweede Algemene Waterpassing) en 1,60m TAW. Om het gebied in te schakelen als gecontroleerd overstromingsgebied dient het gebied aan de landzijde begrensd te worden door een ringdijk op Sigmahoogte en dient de bestaande Scheldedijk over een grote lengte omgevormd te worden tot een overloofdijk met een ten behoeve van de veiligheid optimale overloophoogte. Bij stormtij en in mindere mate gecombineerd met hoge bovenafvoer van de Beneden-Schelde loopt de Schelde dan over in het gebied. Bij het eerstvolgende laagtij loopt het gebied terug leeg via uitwateringssluizen;*
- *Via de Barbierbeek en andere waterlopen wateren de hoger gelegen landbouwpercelen en dorpskernen Kruibeke, Bazel en Rupelmonde op de cuesta van het Waasland af naar de lager gelegen polders. Door de aanleg van de ringdijk wordt die afwatering tegengehouden op het moment dat het Gecontroleerd Overstromingsgebied (GOG) in werking treedt en vol Scheldewater staat. Daarom moeten wachtbekkens en andere maatregelen ingericht worden die het water van Barbierbeek en andere waterlopen opvangt tot het bij het eerstvolgende laagtij opnieuw kan afwateren naar de Schelde zelf of naar de Schelde via het Gecontroleerd Overstromingsgebied (GOG). De gebieden in landbouwgebruik, gelegen boven 5m TAW, tussen de dorpskern van Rupelmonde en Bazel enerzijds en tussen de Barbierbeek en de dorpskern van Kruibeke anderzijds, dienen in agrarisch gebruik te blijven met aandacht voor kleine landschapselementen (bomenrijen, hagen, houtkanten). Private tuinen aan de rand gelegen naast bestaande vergunde of vergund geachte woningen kunnen blijven gebruikt en ingericht worden als private tuin maar het moet mogelijk zijn om ook hier kleine waterhuishoudingswerken (bouw van kleine dijkes, afwateringsgrachten, pompinstallaties, ...) uit te voeren ten einde de ernaast gelegen woningen te vrijwaren van wateroverlast."*

Men mag redelijkerwijze besluiten dat vooral de tweede functie een waterbeheersend en dus een ordenend karakter heeft, waardoor er, volgens het voorstel van nadeelcompensatie, pas een verplichting tot compensatie bij een waardeverlies boven de 60 tot 70% met zich meebrengt, daar waar de eerste functie vooral gericht is op de vrijwaring van de biodiversiteit, en dus een algemeen herverdelend karakter heeft, met de bijhorende compensatieverplichting vanaf een waardeverlies boven de 40 tot 50%. Dit betekent dat stedenbouwkundige voorschriften in de zone van de tweede functie, bijv. voor het gebruik van de tuinen in de woonzone, minder gecompenseerd zullen worden dan de voorschriften in de zone waarde de eerste functie geldt, en waar vooral landbouwgebieden gelegen zijn.

GRUP3: Afbakening Grootstedelijk Gebied Gent: 'Volvo Trucks Gent'

Centraal in deze bestemmingswijziging staat de omzetting van vooral landbouwgebied en een beetje natuurgebied in een industriezone ten einde uitbreiding van de onderneming Volvo Trucks Gent

mogelijk te maken. Tevens werd een deel van het landbouwgebied omgezet in een woonzone en in natuurgebied. Als compensatie hiervoor wordt een industriezone omgezet in landbouwgebied, maar deze compensatie is niet volledig.

Deze bestemmingswijzigingen brengen ons uiteindelijk tot de volgende ruimtebalans (in hectare):

| Bestemmingscategorie | Vorige bestemmingen | Nieuwe bestemmingen | Vershil |
|--|---------------------|---------------------|---------|
| Wonen | 0 | 1 | +1 |
| Bos | 1,5 | 9,5 | +8 |
| Industrie | 7 | 8 | +1 |
| Landbouw | 6 | 2,5 | -3,5 |
| Overig groen | 8 | 0 | -8 |
| Openbaar nut- en gemeenschapsvoorzieningen | 0 | 2 | +2 |

Voor de inschatting van de aard van de beleidsmaatregel kijken we naar de toelichtingsnota. Zo is er vooreerst de algemene beleidsdoelstelling:

"Met de metafoor 'Vlaanderen, open en stedelijk' wil het Ruimtelijk Structuurplan Vlaanderen een trendbreuk realiseren met betrekking tot de ruimtelijke ontwikkeling. Deze trendbreuk beoogt de versterking van het buitengebied en het tegengaan van de versnippering door een optimaler gebruik en beheer van de stedelijke structuur. Daarom wordt het principe van gedeconcentreerde bundeling vooropgesteld. Deze bundeling streeft een selectieve concentratie na van de groei van het wonen, het werken en de andere maatschappelijke functies in de stedelijke gebieden en in de kernen van het buitengebied. Vanuit deze optie moeten de stedelijke gebieden worden versterkt waarbij activiteiten er worden geconcentreerd en gestimuleerd."

Meer specifiek gelden voor Gent de volgende beleidsdoelstellingen inzake ruimtelijke ordening:

"In de gewenste ruimtelijke structuur voor Vlaanderen wordt Gent geselecteerd als grootstedelijk gebied omwille van haar bestaande en gewenste functioneel-ruimtelijke positie in de Vlaamse stedelijke structuur en de ruimtelijke potenties die zij heeft ten aanzien van de ruimtelijke ontwikkeling in Vlaanderen. Het grootstedelijk gebied Gent is als stedelijk gebied ook geselecteerd als economisch knooppunt."

Het beleid voor de grootstedelijke gebieden is – meer nog dan voor de overige stedelijke gebieden – gericht op het maximaal benutten van de bestaande en toekomstige stedelijke potenties. Deze liggen op het internationale en Vlaamse niveau. Door hun ligging, hun uitrusting en hun voorzieningen hebben de grootstedelijke gebieden kwalitatief en kwantitatief uitzonderlijke potenties om een belangrijk aandeel van de groei inzake

bijkomende woongelegenheden, stedelijke voorzieningen en ruimte voor economische activiteiten op te vangen. Dit houdt in dat een aanbodbeleid moet gevoerd worden om behalve de stedelijke ontwikkeling te stimuleren ook de lintontwikkeling te stoppen en het buitengebied van stedelijke ontwikkeling te vrijwaren.”

Tot slot staan de specifieke doelstellingen als volgt beschreven in de toelichtingsnota:

Deze wijzigingen werden ingegeven enerzijds vanuit de nood aan uitbreiding van Volvo Group Belgium en aan bijkomende regionale bedrijvigheid, en anderzijds vanuit de aanduiding van het 'Oud Vliegveld' als één van de vier groenpolen voor het stedelijk gebied van Gent. [...]

Zo blijft het scheiden van de verkeersstromen woon-/werkverkeer (lokaal verkeer) en verkeer in functie van de bedrijvigheid (economisch verkeer), de interne ontsluiting van het bedrijventerrein, het voorzien van fietsverbindingen, het uitbouwen van de groenpool Vliegveld Lochristi-Oostakker (inclusief stedelijke groenas) als principes vooropstaan.”

Nu omschrijft de toelichtingsnota de uitbreidingsplannen heel concreet als volgt:

“Op korte en middellange termijn heeft Volvo Belgium een uitbreidingsbehoefte in functie van een auto en truck/trailerparking. Door de specifieke locatie-eisen verbonden aan deze parkings komt de huidige beschikbare ruimte (ten zuiden van de Smalleheerweg en ten oosten van de Drieselstraat) niet in aanmerking om verschillende redenen: buiten de gates gelegen, te ver van een productie-eenheid om in aanmerking te komen voor truck/trailerparking en enkel interessant als personeels- en bezoekersparking voor de nabijgelegen gebouwen,... Het gebied ter hoogte van het tuinbouwbedrijf in de Drieselstraat wordt in functie van deze uitbreidingsbehoefte herbestemd naar gemengd regionaal bedrijventerrein. Voor dit gebied wordt een onteigeningsplan opgenomen. Dit garandeert een correcte vergoeding van de huidige eigenaar.

In het gebied in de hoek Drieselstraat/Westlede, dat in het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan voor de afbakening van het grootstedelijk gebied Gent was bestemd als bosgebied, werd recent de bebouwing (hoevegebouw met aanhorigheden) gesloopt. Dit gebied wordt in voorliggend plan herbestemd naar gemengd regionaal bedrijventerrein.”

Wat betreft de uitbreidingsmogelijkheden voor een concreet bedrijf heeft de beleidsmaatregel een specifiek herverdelend karakter, waardoor elk waardeverlies boven de 10 tot 20% een compensatie vereist. Uiteraard zal er hier sprake zijn van een waardestijging aangezien de bestemming wordt omgezet van landbouw- naar industriezone. Nu wordt de gehele compensatieproblematiek echter al opgevangen door te voorzien in een onteigeningsvergoeding.

Voor de creatie van een groenpool wordt industriegebied omgezet in een groenzone. Voor de compensatie moet bekeken worden of het specifiek gaat over het tegengaan van negatieve

externaliteiten (milieuhinder als gevolg van economische activiteiten) dan wel de creatie van groene (recreatieve) gebieden voor de inwoners, wat een algemeen herverdelend karakter heeft.

Tot slot vermelden we hier nog de creatie van een zone voor waterbeheersing door een wijziging van bestemming voor bestaande industriegrond. De vraag rijst waarom er niet in compensatie van de benadeelden binnen de regeling voor planschade voorzien is, aangezien dit, mede gelet op de bindende stedenbouwkundige voorschriften hieromtrent, toch een ernstige aantasting van de intrinsieke waarde van het gebied kan uitmaken.

In het voorstel van nadeelcompensatie zou de creatie van deze zone van waterbeheersing een ordenende beleidsmaatregel betreffen, wat gecompenseerd moet worden als de waardevermindering hoger is dan 60 tot 70%.

Conclusie van de analyse van de GRUP's:

De regelingen voor planschade en voor kapitaal- en gebruikersschade kunnen beschouwd en zelfs geïntegreerd worden in het overkoepelende voorstel van nadeelcompensatie. Nu zal de invoering van een bouwverbod, dat een noodzakelijke voorwaarde voor de planschaderegeling vormt, vrijwel altijd leiden tot een waardeverlies van 70 – 90%. Het voorstel van nadeelcompensatie gaat echter verder dan de planschaderegeling en in mindere mate de kapitaal- en gebruikersschade (want ook kleinere schadegevallen moeten vergoed worden), waardoor met zekerheid kan worden besloten dat het voorstel van nadeelcompensatie een hogere compensatieverplichting voor de Vlaamse overheid met zich mee zal brengen.

5. Welke criteria kunnen het best opgenomen worden in de nadeelcompensatieregeling?

Allereerst wordt het duidelijk dat de door ons vooropgestelde algemene criteria volledig toepasbaar zijn in het kader van de planschaderegeling. Zo komen zowel het eerste (graad/ernst van de inmenging) als het tweede (aard van de maatregel) criterium perfect tot uiting bij het gebruik van het uitgewerkte voorstel van nadeelcompensatie.

Daarnaast heeft ook het derde criterium (legitieme verwachtingen – voorzienbaarheid) een meerwaarde in het kader van deze planschaderegeling, al zal de daadwerkelijke toepassing van dit criterium afhankelijk zijn van de concrete omstandigheden van elke zaak. Indien de getroffen burger, op het moment dat het/de betrokken perceel/percelen werd/werden aangekocht, reeds wist of behoorde te weten dat er plannen waren om de stedenbouwkundige voorschriften van het toepasselijke RUP te wijzigen, kan de overheid beslissen om een sterk verminderde of – naargelang de omstandigheden van de zaak - zelfs geen vergoeding toe te kennen.

Het wordt ook duidelijk dat bepaalde criteria die werden aangereikt door het Grondwettelijk Hof zeker interessant kunnen zijn binnen het vergoedingsvraagstuk bij planschade. In het arrest van 1 oktober 2015, nr. 132/2015 geeft het Grondwettelijk Hof een overzicht van verschillende criteria die in het

kader van de evenredigheidstoets bij eigendomsbeperkingen een rol zouden kunnen spelen, zowel in hoofde van de burger als in hoofde van de overheid. De criteria die het meest relevant zijn voor de planschaderegeling worden hieronder hernoemen;³⁰⁵

Aan de zijde van de burger:

- het tijdstip waarop en de reden waarom hij/zij het betrokken goed heeft verworven;
- de plannen die hij/zij ermee had (incl. de vergunningen die reeds werden aangevraagd/verkregen);
- de investeringen die hij reeds heeft gedaan;³⁰⁶

Aan de zijde van de betrokken overheid:

- de belangen die aan het bestreden decreet/maatregel ten grondslag liggen;
- (de financiële draagkracht van de overheid).³⁰⁷

De Vlaamse overheid kan bekijken of het op de één of andere manier opportuun is om deze voorwaarden als specifieke sectorale voorwaarden op te nemen in het kader van het vergoedingsvraagstuk bij planschade.

Tot slot heeft het EHRM in haar rechtspraak eveneens criteria ontwikkeld die in evenredigheidsvraagstukken gebruikt kunnen worden. Specifiek voor planschade, zijn het criterium van het gedrag van de overheid en/of de verzoekende partij; de ernst van de inbreuk op het eigendomsrecht (d.i. het eerste algemene criterium) en (rechts)onzekerheid en legitieme verwachtingen in hoofde van de verzoekende partij(en) (d.i. het derde algemene criterium) het meest interessant/relevant.

6. Is de beleidsmaatregel proportioneel en is nadeelcompensatie wel nodig?

Dit element is ook al besproken bij de analyse van de GRUP's hierboven. Omwille van de overzichtelijkheid zijn alle elementen daar aan bod gekomen.

GEVALSTUDIE 2: KAPITAALSCHADE / GEBRUIKERSCHADE / BESTEMMINGSWIJZIGINGSCOMPENSATIE

³⁰⁵ Het arrest van het Grondwettelijk Hof dd. 1 oktober 2015 (nr. 132/2015) – waarin deze criteria werden opgenomen - handelde specifiek over het onroerenderfgoeddecreet. De in dit arrest opgenomen criteria worden in de tekst op een veralgemeende manier weergegeven.

³⁰⁶ GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015 overw. B.9.2.

³⁰⁷ GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015 overw. B.10.2. Het EHRM heeft in een arrest van 29 maart 2011 (*Potomska e.a. v. Polen*) echter aangegeven dat de financiële draagkracht geen rol kan spelen. De daadwerkelijke toepasbaarheid van dit criterium is bijgevolg nog onduidelijk.

1. Situering en context

a. Kapitaalschade

De kapitaalschade wordt geregeld in het decreet van 27 maart 2009 betreffende het grond- en pandenbeleid. Vooreerst is er de compensatie voor bestemmingswijzigingen:

"Artikel 6.2.1. *Een bestemmingswijzigingscompensatie is een gewestelijke, perceelsgebonden, financiële en subsidiaire compensatie voor de kapitaalschade ten gevolge van:*

1° een gewestelijk, provinciaal of gemeentelijk ruimtelijk uitvoeringsplan dat een zone die onder de categorie van gebiedsaanduiding « landbouw » valt, omzet naar een zone die onder de categorie van gebiedsaanduiding « reservaat en natuur », « bos » of « overig groen » valt;

2° een plan van aanleg dat een agrarisch gebied omzet naar een groengebied, een bosgebied of een parkgebied.

Artikel 6.2.4. *Een bestemmingswijzigingscompensatie wordt toegekend voor een perceel dat voldoet aan beide hiernavolgende voorwaarden:*

1° het perceel is in het kalenderjaar voorafgaand aan het jaar waarin het ruimtelijk uitvoeringsplan of het plan van aanleg definitief wordt vastgesteld of aangenomen, geregistreerd in het Geïntegreerd Beheers- en Controlesysteem, uitgezonderd de percelen die geregistreerd worden binnen de teeltgroep 'geen cultuurgrond';

2° het perceel heeft een oppervlakte van ten minste 0,5 hectare of behoort tot een groep van getroffen percelen van dezelfde eigenaar met een totale oppervlakte van ten minste 0,5 hectare.

[Nieuw lid: De bestemmingswijzigingscompensatie wordt geregeld in het Instrumentendecreet van XXX.]"

De compensatie focust zich voornamelijk op bestemmingswijzigingen en vertoont sterke gelijkenissen met de planschaderegeling. De verhouding tussen deze twee instrumenten wordt uitgelegd in artikel 6.2.6 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende het grond- en pandenbeleid. Dit artikel bepaalt uitdrukkelijk dat:

"Een planschadevergoeding, vermeld in artikel 2.6.1 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, kan niet worden verleend ten aanzien van kapitaalschade die in aanmerking komt voor een bestemmingswijzigingscompensatie."

Naast de bestemmingswijzigingscompensatie is er ook een decretale regeling voor compensatie ingevolge beschermingsvoorschriften:

Artikel 6.3.1. *Een compensatie ingevolge beschermingsvoorschriften is een gewestelijke, perceelsgebonden, financiële en subsidiaire compensatie voor de kapitaalschade ten gevolge van gewestelijke, provinciale of gemeentelijke ruimtelijke uitvoeringsplannen, plannen van aanleg of gewestelijke, provinciale of gemeentelijke beschikkingen houdende het opleggen van een erfdienstbaarheid tot openbaar nut, dewelke op een agrarisch gebied of op een zone die onder de categorie van gebiedsaanduiding « landbouw » valt, meer beperkingen op het vlak van de economische aanwending van de grond opleggen dan redelijkerwijs geduld moet worden in het algemeen belang en ter vrijwaring van de op de vooravond van de beperkingen bestaande basismilieukwaliteit, zijnde de kwaliteit die wordt bereikt door het naleven van de gebruikelijke goede landbouwmethoden, door de naleving van de eisen gesteld in de artikelen 3, 4 en 5 van de verordening (EG) nr. 1782/2003 tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor regelingen inzake rechtstreekse steunverlening in het kader van het gemeenschappelijk landbouwbeleid en tot vaststelling van bepaalde steunregelingen voor landbouwers, en door de naleving van de voorschriften van de Vlaamse regelgeving omtrent milieu en natuur.*

Indien de kapitaalschade voortvloeit uit een ruimtelijk uitvoeringsplan of een plan van aanleg, is aan het criterium, vermeld in het eerste lid, slechts voldaan, en wordt de compensatie ingevolge beschermingsvoorschriften slechts toegekend, indien beide hiernavolgende vereisten zijn vervuld:

1° de aangebrachte overdruk betreft een nieuwe overdruk die nieuwe beschermingsvoorschriften betreffende inrichting en beheer oplegt;

2° de aangebrachte overdruk betreft de overdruk « ecologisch belang », « ecologische waarde », « overstromingsgebied », « reservaat » of « valleigebied », of een vergelijkbare, door de Vlaamse Regering aangewezen, overdruk.

[Nieuw derde lid: "De compensatie ten gevolge van beschermingsvoorschriften wordt geregeld in het Instrumentendecreet van XXX."]

Artikel 6.3.3. *De voorwaarden, vermeld in artikel 6.2.4, zijn van overeenkomstige toepassing."*

De compensatie ingevolge beschermingsvoorschriften is er duidelijk op gericht om getroffen burgers een vergoeding aan te bieden voor beperkingen aan de economische aanwending van hun gronden die verder gaan dan in het algemeen belang mag worden verwacht en verder gaan dan nodig om de basismilieukwaliteit te handhaven.

Ter verduidelijking kan er aangestipt worden dat de compensatie inzake bestemmingswijzigingen voornamelijk gericht is op de aanpassing van de bestemming van de betrokken gronden terwijl deze compensatieregeling zich voornamelijk focust op het vergoeden van te verregaande beperkingen op de economische aanwending van de gronden die burgers in eigendom hebben.

De overkoepelende adviesraden stellen zich, in hun advies bij het instrumentendecreet, enkele vragen bij de opeisbaarheid van deze vergoedingen:

"Het Instrumentendecreet voert diverse wijzigingen door inzake de opeisbaarheid van de eigenaarsvergoeding waardoor een complex geheel ontstaat. Enerzijds vragen de raden verdere verduidelijking van het toepassingsgebied van artikel 16, §1 eerste lid en artikel 16, §2 aangezien de impact van deze bepalingen zeer uiteenlopend is.

Ten tweede bepaalt het Instrumentendecreet (artikel 16, §1) generiek dat het recht op eigenaarsvergoeding (dat ontstaat bij het in werking treden van bindende stedenbouwkundige voorschriften van een RUP of plan van aanleg en van beschermingsmaatregelen) pas kan worden uitgeoefend bij een overdracht ten bezwarende titel of bij de inbreng in een vennootschap die plaatsvond binnen een periode van vijf jaar na de inwerkingtreding van de beslissing van de voormelde gebruiksbeperking. De raden hebben hier vragen bij. Ten opzichte van de huidige kapitaalschaderegeling van het grond- en pandendecreet en de vergoedingen in het kader van natuurinrichting (artikel 106), landinrichting (artikel 157) of waterkeringswerken (artikel 101) betreft dit een nieuwe bijkomende beperking; ondanks de algemene stelling in de Memorie van Toelichting. De argumentatie (pag. 65) is erg beknopt: 'Immers hoe langer het duurt, hoe meer andere economische factoren de waarde van het goed bepalen, zodat de gebruiksbeperking een steeds kleinere invloed heeft op de waarde van het goed'. De raden menen dat een dergelijke nieuwe generieke beperking in de tijd de compensatieregeling grotendeels uitholt aangezien de eventuele aanspraak meestal veel later komt dan de verjaring.

Bovendien merken de raden op dat artikel 16, §1, vijfde lid bepaalt dat de planschadevergoeding onmiddellijk opeisbaar is in geval van herbestemming naar ruimtelijke kwetsbare gebieden (met uitsluiting van parkgebieden) en watergevoelige openruimtegebieden. Dit is momenteel niet het geval bij een bestemmingswijziging van agrarisch gebied naar ruimtelijk kwetsbaar gebied of in geval van erfdiensbaarheden tot openbaar nut die in agrarisch gebied beperkingen op het vlak van de economische aanwending van de grond opleggen. In deze gevallen kan de vergoeding maar worden opgeëist bij een overdracht van zakelijk recht onder bezwarende titel of inbreng in een vennootschap.

Het verschil tussen de planschaderegeling en de kapitaalschaderegeling wordt niet gemotiveerd in de Memorie van Toelichting. De raden kunnen een dergelijk onderscheid niet ondersteunen en vragen te voorzien in een generieke onmiddellijke opeisbaarheid voor compenserende vergoedingen ingevolge stedenbouwkundige voorschriften; dit binnen de randvoorwaarde van het voorzien van budgettaire zekerheid (zie eerder par. 9)."

b. Gebruikersschade

De voor het instrumentendecreet toepasselijke compensatieregeling inzake de gebruikersschade staat beschreven in het decreet van 2 maart 2009 houdende vaststelling van een kader voor de gebruikerscompensatie bij bestemmingswijzigingen, overdrukken en erfdienstbaarheden tot openbaar nut. Hiervan heft het ontwerp van instrumentendecreet diverse bepalingen op of wijzigt die. Dit leidt tot het volgende eindresultaat:

"Art. 2. Dit decreet stelt een kader vast voor de financiële vergoeding van schade die een gebruiker van een grond lijdt door gebruiksbeperkingen op deze grond, ten gevolge van bestemmingswijzigingen als vermeld in artikel 3, 2°, overdrukken als vermeld in artikel 3, 3°, en door de Vlaamse Regering opgelegde erfdienstbaarheden tot openbaar nut, voor zover via de sectorale regelgeving voor deze gebruikersschade geen afdoende vergoeding bekomen kan worden.

Art. 3. In dit decreet wordt verstaan onder:

[1° gebruiker: een gebruiker als vermeld in artikel 2.1.1, 5°, van het Instrumentendecreet van XXX];

2° bestemmingswijziging: een wijziging ten gevolge van:

- a) een ruimtelijk uitvoeringsplan dat een zone die onder de categorie van gebiedsaanduiding "landbouw" valt, omzet naar een zone die onder de categorie van gebiedsaanduiding "natuur", "bos" of "overig groen" valt;*
- b) een plan van aanleg dat een agrarisch gebied omzet naar een groengebied, een bosgebied of overig groen;*

3° overdrukken: het betreft de overdrukken "ecologisch belang", "ecologische waarde", "overstromingsgebied", "reservaat" of "valleigebied". De Vlaamse Regering wordt gemachtigd gelijkaardige overdrukken te bepalen. Met "overstromingsgebied" wordt in dit decreet bedoeld de overdruk, vermeld in de bijlage bij het besluit van de Vlaamse Regering van 11 april 2008 tot vaststelling van de nadere regels met betrekking tot de vorm en de inhoud van de ruimtelijke uitvoeringsplannen;

4° gebruikersschade: de schade voor de gebruiker van een grond bestaande uit het verschil tussen de gebruikswaarde van deze grond vóór de inwerkingtreding van [de gebruiksbeperkingen, veroorzaakt door] een ruimtelijk uitvoeringsplan, een plan van aanleg, of een beschikking tot oplegging van een erfdienstbaarheid tot openbaar nut, onder de voorwaarden, vermeld in artikel 5, en de verminderde gebruikswaarde ervan door gebruiksbeperkingen veroorzaakt door een bestemmingswijziging, als

vermeld in artikel 3, 2°, een overdruk, als vermeld in artikel 3, 3°, of een erfdienstbaarheid tot openbaar nut, na de inwerkingtreding van het betreffende ruimtelijk uitvoeringsplan, plan van aanleg, of de beslissing van de Vlaamse Regering waarbij de erfdienstbaarheid tot openbaar nut wordt opgelegd, onverminderd hetgeen is bepaald rond "overstromingsgebied";

5° de gebruikswaarde: de waarde die wordt bepaald in functie van het effectieve en feitelijke gebruik door een gebruiker voor de door hem bepaalde gebruiksdoeleinden;

6° gebruiksbeperking: beperkingen van het gebruik van een grond op basis van de sectorale regelgeving en die verder gaan dan de vereisten om de basismilieukwaliteit te halen;

7° gebruikerscompensatie: de eenmalige residuaire financiële vergoeding voor de gebruikersschade die groter is dan wat ter vrijwaring van de basismilieukwaliteit moet geduld worden;

8° VLM: Vlaamse Landmaatschappij;

9° beveiligde zending: één van de hiernavolgende betekeniswijzen :

a) een aangetekend schrijven;

b) een afgifte tegen ontvangstbewijs;

c) elke andere door de Vlaamse Regering toegelaten betekeniswijze waarbij de datum van kennisgeving met zekerheid kan worden vastgesteld;

10° basismilieukwaliteit: wordt gedefinieerd als: "de op de vooravond van de opgelegde beperkingen bestaande kwaliteit die wordt bereikt door het naleven van de gebruikelijke goede landbouwmethode, door naleving van de eisen gesteld in de artikelen 3, 4 en 5, van de Verordening 1782/2003 en door het naleven van de voorschriften in de Vlaamse regelgeving rond natuur en milieu.

Art. 4. § 1. Een gebruiker heeft recht op een gebruikerscompensatie vanwege het Vlaamse Gewest voor de door hem geleden gebruikersschade die ontstaat op het ogenblik van de inwerkingtreding van de [gebruiksbeperkingen, veroorzaakt door een] bestemmingswijziging of overdruk, vastgelegd in een ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg, op voorwaarde dat:

1° de bestemmingswijziging en/of overdruk beantwoordt aan alle vereisten opgesomd in artikel 6.2.4. van het decreet van 27 maart 2009 betreffende het grond-
en pandenbeleid;

2° de gebruiker het effectieve gebruik van de grond aantoont. De Vlaamse Regering kan nadere regels vaststellen over de wijze waarop het effectieve gebruik van de grond kan worden aangetoond.

[Nieuw toegevoegd: "Deze gebruikerscompensatie wordt geregeld in titel 2, hoofdstuk 1 tot en met 3 en hoofdstuk 5 en 6 van het Instrumentendecreet van XXX]"

§ 2. In afwijking van artikel 4, § 1, ontstaat het recht op een gebruikerscompensatie bij een overstromingsgebied op het moment waarop het overstromingsgebied wordt ingericht. De voorwaarden uit de vorige paragraaf blijven van overeenkomstige toepassing.

Art. 5. Een gebruiker heeft recht op een gebruikerscompensatie vanwege het Vlaamse Gewest voor de door hem geleden gebruikersschade die ontstaat ingevolge een door de Vlaamse Regering opgelegde erfdienstbaarheid tot openbaar nut die op een agrarisch gebied of op een zone die onder de categorie van gebiedsaanduiding "landbouw" valt, meer beperkingen op het vlak van het gebruik van de grond oplegt dan redelijkerwijs in het algemeen belang en ter vrijwaring van de basismilieukwaliteit geduld moet worden.

[Nieuw toegevoegd: "Deze gebruikerscompensatie wordt geregeld in titel 2, hoofdstuk 1 tot en met 3 en hoofdstuk 5 en 6 van het Instrumentendecreet van XXX.]"

Deze compensatieregeling inzake gebruikersschade onderscheidt zich van de compensatieregeling voor beschermingsvoorschriften door het feit dat eerstgenoemde zich focust op beperkingen die het daadwerkelijke gebruik van de betrokken gronden treft, terwijl laatstgenoemde eerder ingaat op de vergoeding van beperkingen die men als eigenaar van de getroffen gronden bij het (economisch) aanwenden ervan zal moeten dragen.

2. De verhouding tussen de evenredigheidsvereiste en het GBOL-beginsel

a. De vergoedingsregeling

Zoals eerder inzake de planschadevergoeding, dient men voor het bestaan en de toepassingsvoorwaarden van de desbetreffende vergoedingen terug te grijpen naar de initiële wetgeving hieromtrent. In deze gevalstudie gaat het bijgevolg om het decreet van 27 maart 2009 betreffende het grond- en pandenbeleid en het decreet van 2 maart 2009 houdende vaststelling van een kader voor de gebruikerscompensatie bij bestemmingswijzigingen, overdrukken en erfdienstbaarheden tot openbaar nut. De vergoedingsregeling zelf wordt opgenomen in het instrumentendecreet. Artikel 9, 2°, 3° en 4° van dit instrumentendecreet maken duidelijk dat de bestemmingswijzigingscompensatie, de compensatie ingevolge beschermingsvoorschriften, zoals opgenomen in het decreet van 27 maart 2009 betreffende het grond- en pandenbeleid, en de gebruikerscompensatie, zoals opgenomen in het decreet van 2 maart 2009 houdende vaststelling van een kader voor de gebruikerscompensatie bij bestemmingswijzigingen, overdrukken en erfdienstbaarheden tot openbaar nut, compenserende vergoedingen uitmaken in de zin van dit nieuwe decreet.

Het administratief beheer en de procedure voor het bekomen van dergelijke compenserende vergoedingen wordt geregeld in de artikelen 10 – 14 van het instrumentendecreet. Een integrale weergave van deze bepalingen werd reeds opgenomen in de eerste gevalstudie (planschadevergoeding).

De bestemmingswijzigingscompensatie en de compensatie ingevolge beschermingsvoorschriften maken eigenaarsvergoedingen uit.³⁰⁸ De regeling voor eigenaarsvergoedingen uit het instrumentendecreet werd eveneens reeds in zijn totaliteit besproken in de eerste gevalstudie (planschadevergoeding). Ook het verschil tussen de vergoeding voor kapitaalschade enerzijds en de planschadevergoeding anderzijds kwam in de eerste gevalstudie reeds aan bod. Het is bijgevolg niet nodig om deze passages ook bij de bespreking van deze gevalstudie integraal op te nemen.

Het instrumentendecreet maakt echter duidelijk dat de gebruikerscompensatie, zoals voorzien in het decreet van 2 maart 2009 houdende vaststelling van een kader voor de gebruikerscompensatie bij bestemmingswijzigingen, overdrukken en erfdiensbaarheden tot openbaar nut, binnen de categorie van de compenserende vergoedingen als een gebruikersvergoeding kwalificeert. Teneinde de toets aan de evenredigheidsvereiste ten volle te kunnen uitvoeren, wordt er, in het kader van deze gevalstudie, wel uitgebreid ingezoomd op de regeling inzake de gebruikersvergoedingen:

"Art. 18. §1. *De gebruikersvergoeding is een compensatie voor een daling van de gebruikswaarde door gederfde beroepsinkomsten als gevolg van een gebruiksbeperking die valt onder artikel 9, 4°, 5°, 6°, 8° en 9°.*

§2. De volgende instanties en percelen komen niet in aanmerking voor een gebruikersvergoeding:

- 1° administratieve overheden;*
- 2° percelen waarvoor het Vlaamse Gewest aan de aanvrager een verwervingssubsidie voor het volledig onroerend goed heeft verleend 25 jaar geleden, of die zijn opgenomen in een grondruilplan, dat 10 jaar geleden door de landcommissie definitief werd vastgesteld, als vermeld in artikel 2.1.65 van het decreet van 28 maart 2014 betreffende de landinrichting."*

Het instrumentendecreet gaat verder en bepaalt tevens wanneer het recht op een gebruikersvergoeding ontstaat:

"Art. 19. §1. *Het recht op een gebruikersvergoeding ontstaat na de inwerkingtreding van de gebruiksbeperking, op het moment dat deze effectief ingaat op het betrokken perceel, waardoor de begunstigde inkomsten dreigt te verliezen.*

³⁰⁸ Art. 15, §1 instrumentendecreet.

§2. Het recht op een gebruikersvergoeding wordt geschorst zolang op het goed een onteigeningsplan of onteigeningsbesluit van toepassing is.

De vervaltermijnen, vermeld in artikel 14, worden in het geval, vermeld in het eerste lid, ook geschorst.

De Vlaamse Regering kan de toepassing van deze paragraaf nader regelen."

Tot slot bevat het instrumentendecreet een specifieke bepaling rond de berekening van de gebruikersvergoeding. Dit is een cruciaal element in de beantwoording van het vraagstuk rond de evenredigheid van de voorgenen regeling in het instrumentendecreet rond de vergoeding voor inschakeling in waterbeheersing en wordt daarom eveneens integraal hernomen:

"Art. 20. §1. De gebruikersvergoeding wordt berekend conform de volgende formule: $X = Y - Z$, waarbij:

- 1° *X: de vergoeding voor de gebruikers;*
- 2° *Y: de gebruikswaarde van het deel van het perceel waarop de gebruiksbepanking slaat, vóór het effectief ingaan van de gebruiksbepanking;*
- 3° *Z: de gebruikswaarde van het deel van het perceel waarop de gebruiksbepanking slaat, na het effectief ingaan van de gebruiksbepanking.*

De gebruikswaarde wordt bepaald op basis van het actuele en wettige gebruik.

De landcommissie bepaalt Y en Z en berekent de gebruikersvergoeding conform de formule, vermeld in het eerste lid, en vermeldt ze in haar schaderapport, vermeld in artikel 10, §2. De berekening van het verlies van de gebruikswaarde is gebaseerd op een berekend aandeel van de onteigeningsvergoeding voor gebruikers op basis van reële gederfde beroepsinkomsten en bedrijfsgegevens.

§2. De Vlaamse Regering kan de berekening van de gebruikersvergoeding nader regelen. Ze bepaalt dat gebruikersvergoedingen die lager zijn dan een bepaald minimumbedrag, dat niet hoger is dan 500 euro, niet worden toegekend."

b. De concrete toepassing

Deze evenredigheidstoets van de regeling inzake de bestemmingswijzigingscompensatie en de compensatie ingevolge beschermingsvoorschriften, zoals opgenomen in het decreet van 27 maart 2009 betreffende het grond- en pandenbeleid, alsook de gebruikerscompensatie, zoals opgenomen in het decreet van 2 maart 2009 houdende vaststelling van een kader voor de gebruikerscompensatie bij bestemmingswijzigingen, overdrukken en erfdiensbaarheden tot openbaar nut, valt uiteen in

twee delen. In de eerste plaats zal er gekeken worden naar de toepassingsvoorwaarden van deze regeling. Worden bepaalde (schade)gevallen niet onterecht uitgesloten van een vergoeding?

Vervolgens zal de vergoedingsregeling zelf onder de loep genomen worden. Indien er een vergoeding vereist is, dient zij immers afdoende te zijn om de ontstane onevenredigheid te herstellen.

i) Een evenredig toepassingsgebied?

Het toepassingsgebied van zowel de bestemmingswijzigingscompensatie en de compensatie ingevolge beschermingsvoorschriften, zoals opgenomen in het decreet van 27 maart 2009 betreffende het grond- en pandenbeleid, als de gebruikerscompensatie, zoals opgenomen in het decreet van 2 maart 2009 houdende vaststelling van een kader voor de gebruikerscompensatie bij bestemmingswijzigingen, overdrukken en erfdienstbaarheden tot openbaar nut, werd aan het begin van deze gevalstudies reeds op een overzichtelijke manier uiteengezet.

De bepalingen die het toepassingsgebied van deze instrumenten vorm geven, lijken, op het eerste gezicht, voldoende coherent en afgebakend om de toets aan de evenredigheid te kunnen doorstaan. Bovendien worden er, in tegenstelling tot de regeling inzake planschade (*supra*), geen gevallen expliciet uitgesloten van de vergoedingsregeling waardoor enige discussie op dit punt in het kader van deze gevalstudie onwaarschijnlijk zal zijn.

ii) Een evenredige vergoeding

De bespreking van de toepasselijke wetgeving heeft duidelijk gemaakt dat het steeds moet gaan om een bestemmingswijziging van een perceel dat oorspronkelijk als "landbouw" werd gecatalogeerd naar een bestemming zoals "reservaat en natuur", "bos" of "overig groen" of om het aanbrengen van een overdruk op een landbouwgebied zoals "ecologisch belang", "ecologische waarde", "reservaat", etc.

Dergelijke bestemmingswijzigingen kunnen over het algemeen als inclusief herverdelend worden beschouwd, tenzij er sprake is van een situatie waarbij de maatregel ordenend is tot bescherming van de samenleving (bv. aanleggen van overstromingsgebieden die ook een natuurwaarde hebben) EN deze bescherming op geen andere manier kan plaatsvinden.

Indien we het uitgangspunt (inclusief herverdelend) als voorbeeld nemen, dan houdt dit in dat enkel een waardeverlies van meer dan 50% aanleiding kan geven tot het betalen van een compensatie.

Het feit dat de bestemming "landbouw" wordt gewijzigd naar één van de hierboven vermelde bestemmingen of het feit dat er een van de bovenstaande overdrukken aan het landbouwgebied wordt toegevoegd kan zeker en vast een waardeverlies van het betrokken perceel tot gevolg hebben. Het zal echter van de concrete casus afhangen hoe zwaar deze schade zal zijn. Er kan immers zowel

gedacht worden aan situaties waarin het perceel van de getroffen quasi onbruikbaar wordt, als aan gevallen waarin het slechts om een beperkte inmenging gaat.

De vergoedingsregeling uit artikel 17 en 20 instrumentendecreet lijkt hier op het eerste gezicht aan tegemoet te komen door een evenredige vergoeding voorop te stellen die zich ent op de vermindering in respectievelijk de eigenaarswaarde of de gebruikswaarde van het getroffen perceel.

De berekening van de eigenaarswaarde zal uitgevoerd worden op basis van een aantal objectieve factoren zoals de oppervlakte, de ligging, de aanwezige constructies, etc. De berekening van het verlies van de gebruikswaarde zal daarentegen gebaseerd worden op het berekend aandeel van de onteigeningsvergoeding voor de gebruikers op basis van de reële gederfde beroepsinkomsten en bedrijfsgegevens (artikel 20, §1, derde lid instrumentendecreet). De Vlaamse Regering kan steeds gebruik maken van haar mogelijkheid om de berekening van de eigenaarsvergoeding of de gebruikersvergoeding nader te regelen (artikel 17, §4 en 20, §2 instrumentendecreet).

Tot slot kan er hierbij nog opgemerkt worden dat de wetgever ervoor kiest om eigenaars- en gebruikersvergoedingen die lager zijn dan een bepaald bedrag (max. EUR 500,00) niet uit te keren (art. 17, §4 en 20, §2 instrumentendecreet). Deze bepaling ligt in lijn met het voorstel van nadeelcompensatie dat duidelijk aantoont dat voor beperkte inmengingen (0 – 30%) geen vergoeding dient te worden betaald.

3. Is het ingeroepen belang legitiem?

Zie de bespreking onder 4.

4. Is de beleidsmaatregel noodzakelijk of is het gebruik van dwang nodig?

We verwijzen hier terug naar de bespreking van de gevalstudies van de GRUP's bij de planschade hierboven. Deze gevalstudies bevatten ook gevallen van kapitaalschade en/of gebruikersschade. Omwille van de overzichtelijkheid hebben we deze hierboven samen besproken omdat het onderliggende dossier hetzelfde was.

5. Welke criteria kunnen het best opgenomen worden in de nadeelcompensatieregeling?

De algemene criteria uit hoofdstuk 3, onderafdeling 4 (graad/ernst inmenging, aard van de maatregel en de legitieme verwachtingen) kunnen sowieso gebruikt worden bij de begroting en de toekenning van een vergoeding voor de in deze gevalstudie besproken eigendomsbeperkingen.

De toepasselijkheid van de eerste twee algemene criteria blijkt reeds uit het gebruik van het voorstel van nadeelcompensatie (*supra*). Zowel de graad/ernst van de eigendomsbeperking als de aard van de maatregel kunnen een rol spelen bij de grootteorde van de op te leggen vergoeding.

Daarenboven kan ook het criterium van de legitieme verwachtingen zeker een bijdrage leveren in de concrete toepassing van de in deze gevalstudie bestudeerde vergoedingsregelingen.

Men zal immers steeds rekening kunnen houden met de concrete omstandigheden van de casus, de zogenaamde *Situationsgebundenheit*, bij het toekennen van deze vergoedingen. Indien een burger, gelet op de omstandigheden waarin hij zich bevindt, in alle redelijkheid kon verwachten dat er een risico bestond op de wijziging van de bestemming van of het aanbrengen van een overdruk op het betrokken perceel, is het mogelijk dat de Vlaamse overheid slechts een lagere of helemaal geen vergoeding dient toe te kennen.

Verder kan er ook rekening worden gehouden met de overige criteria die reeds werden aangereikt door het Grondwettelijk Hof en het EHRM (*supra*). Voor wat betreft de criteria van het Grondwettelijk Hof kan er onder meer gedacht worden aan:

Voor de burger:

- redelijke verwachting dat er een eigendomsbeperkende maatregel zou worden genomen;
- het tijdstip waarop en de reden waarom hij/zij het betrokken goed heeft verworven;
- de plannen die hij/zij ermee had;
- de investeringen die hij reeds heeft gedaan;
- de invloed van het besluit op de marktwaarde van het goed.

Voor de overheid:

- de belangen die aan de bestreden wetgevende handelingen ten grondslag liggen;
- (de financiële draagkracht van de overheid).³⁰⁹

Van de criteria die worden aangereikt door de rechtspraak van het EHRM lijken vooral het gedrag van de overheid / getroffen burger(s); de ernst van de inbreuk; de rechtsonzekerheid en legitieme verwachtingen in hoofde van verzoekende partijen en het ondernemersrisico het meest relevant te zijn.

Tot slot blijft het voor de overheid uiteraard steeds mogelijk om specifieke sectorale voorwaarden uit te werken die een impact kunnen hebben op de beantwoording van de vraag of het noodzakelijk is om een vergoeding toe te kennen.

6. Is de beleidsmaatregel proportioneel en is nadeelcompensatie wel nodig?

³⁰⁹ Het arrest van het Grondwettelijk Hof dd. 1 oktober 2015 (nr. 132/2015) – waarin deze criteria werden opgenomen - handelde specifiek over het onroerendergoeddecreet. De in dit arrest opgenomen criteria worden in de tekst op een veralgemeende manier weergegeven. Daarenboven heeft het EHRM in een arrest van 29 maart 2011 (*Potomska e.a. v. Polen*) echter aangegeven dat de financiële draagkracht geen rol kan spelen. De daadwerkelijke toepasbaarheid van dit criterium is bijgevolg nog onduidelijk.

Dit element is ook al besproken bij de analyse van de GRUP's hierboven. Omwille van de overzichtelijkheid zijn alle elementen daar aan bod gekomen.

GEVALSTUDIE 3: BILLIJKE SCHADEVERGOEDING

1. Situering en context

De billijke schadevergoeding is een nieuw instrument dat zal worden ingevoerd middels het instrumentendecreet. De toepassingsvoorwaarden van dit instrument staan bijgevolg niet opgelijst in enige sectorale regelgeving.

Artikel 97 van het instrumentendecreet vormt het kernartikel voor de billijke schadevergoeding en bepaalt:

"Als een rechtmatige niet-vervallen omgevingsvergunning voor stedenbouwkundige handelingen onuitvoerbaar wordt door een overheidsmaatregel die binnen een periode van drie jaar na het verlenen van de vergunning uitgevaardigd wordt en tot een bouwverbod leidt, heeft de zakelijk gerechtigde van het onroerend goed waarop deze vermelde omgevingsvergunning slaat, recht op een billijke schadevergoeding van het Vlaamse Gewest. Als een rechtmatige niet-vervallen omgevingsvergunning om te verkavelen, onuitvoerbaar wordt door een overheidsmaatregel die binnen een periode van tien jaar na het verlenen van de vergunning uitgevaardigd wordt en tot een bouwverbod leidt, heeft de zakelijke gerechtigde van het onroerend goed waarop deze vermelde omgevingsvergunning slaat, recht op een billijke schadevergoeding van het Vlaamse Gewest.

In het eerste en tweede lid wordt verstaan onder overheidsmaatregel: een beschermingsmaatregel, een inrichting- of beheermaatregel of een erfdiensbaarheid tot openbaar nut die gericht is op het tegengaan van nadelige invloeden op het milieu. De Vlaamse Regering stelt de maatregel die als overheidsmaatregel wordt aangemerkt, vast.

Na vaststelling van de overheidsmaatregel, zijn artikel 10, 11, § 2 tot en met § 4, artikel 12, 13 en 14 daarop van overeenkomstige toepassing."

De memorie van toelichting bij het instrumentendecreet licht de keuze voor en de inhoud van het instrument van de billijke schadevergoeding als volgt toe:

"In het Instrumentendecreet wordt een nieuwe vergoeding bepaald.

Een billijke schadevergoeding is een vergoeding die de overheid uitbetaalt als een rechtmatig verleende niet-vervallen omgevingsvergunning voor stedenbouwkundige handelingen of om te verkavelen overeenkomstig de ruimtelijke bestemming, onuitvoerbaar wordt door een overheidsmaatregel, die leidt tot een bouwverbod.

Het gaat om een schadevergoeding die slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal betaald worden. Bovendien moet de Vlaamse overheid zelf beslissen of een 'incident' kan beschouwd worden als een 'overheidsmaatregel'. Voorwaarde voor de toepassing van deze vergoeding is dat zij hierover een vaststellingsbeslissing heeft genomen waardoor ze zelf de uitzonderlijkheid en de rigidere benadering ervan in de hand heeft.

Op die wijze wordt tegemoetgekomen aan een arrest van het Grondwettelijk Hof van januari 2014, nr. 12/2014 (geïnspireerd door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens) die naar aanleiding van een dergelijk geval in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, waarbij een verkavelingsvergunning onuitvoerbaar werd ingevolge een beschermingsbesluit (onroerend erfgoed), heeft geoordeeld dat de overheid gehouden is tot een schadevergoeding aan de betrokken grondeigenaars.

Het onuitvoerbaar worden van de verkavelingsvergunning kan blijken uit het feit dat bv omwille van een beschermingsbesluit of ingevolge beschermingsvoorschriften inzake Natura 2000-gebieden, niettegenstaande de verkavelingsvergunning, geen stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor een aanvraag die nochtans conform de verkavelingsvergunning is. Dit probleem heeft zich ook reeds voorgedaan omwille van onuitvoerbaarheid ingevolge de waterproblematiek.

Belangrijk hierbij is ook het proportionaliteitsbeginsel: de overheidsmaatregel is van die aard dat ze tot een bouwverbod leidt.

De beperking tot een periode van 10 jaar is redelijk verantwoord omdat planologische en milieuomstandigheden kunnen wijzigen. Voor wat betreft de procedure wordt zoveel als mogelijk aangesloten bij de procedure voor de compenserende vergoedingen.³¹⁰ (eigen onderlijning)

In de artikelsgewijze toelichting wordt hier nog aan toegevoegd dat:

"In het Instrumentendecreet wordt een nieuwe vergoeding ingelast. Een billijke schadevergoeding is een vergoeding die de overheid uitbetaalt als een rechtmatig verleende niet-vernietigde omgevingsvergunning voor stedenbouwkundige handelingen of om te verkavelen overeenkomstig de ruimtelijke bestemming, onuitvoerbaar wordt door een overheidsmaatregel, die leidt tot een bouwverbod.

In de periode van het vaststellen van de overheidsmaatregel na het verlenen van de vergunning, wordt gedifferentieerd tussen stedenbouwkundige handelingen en verkavelingen in respectievelijk drie en tien jaar. Deze termijnen zijn geïnspireerd op de vervalregeling in de VCRO van beide.

³¹⁰ X, Memorie van Toelichting bij voorontwerp van het instrumentendecreet, 39 – 40.

Op die wijze wordt tegemoetgekomen aan een arrest van het Grondwettelijk Hof van januari 2014, nr. 12/2014 (geïnspireerd door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens) die naar aanleiding van een dergelijk geval in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, waarbij een verkavelingsvergunning onuitvoerbaar werd ingevolge een beschermingsbesluit, heeft geoordeeld dat de overheid gehouden is tot een schadevergoeding aan de betrokken grondeigenaars.

Het onuitvoerbaar worden van de verkavelingsvergunning kan blijken uit het feit dat bv. omwille van een beschermingsbesluit of ingevolge beschermingsvoorschriften inzake Natura 2000-gebieden, niettegenstaande de verkavelingsvergunning, geen stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor een aanvraag die nochtans conform de verkavelingsvergunning is. Dit probleem heeft zich ook reeds voorgedaan omwille van onuitvoerbaarheid ingevolge de waterproblematiek.

Belangrijk hierbij is ook het proportionaliteitsbeginsel: de overheidsmaatregel is van die aard dat ze tot een bouwverbod leidt. Het Hof oordeelde in het vermeld arrest:

"Hoewel de betrokken eigenaars, in het geval van een bouwverbod als gevolg van een beschermingsmaatregel, niet zijn onteigend, zijn zij niettemin fundamenteel geraakt in hun eigendomsrecht dat betrekking heeft op een terrein dat bestemd is om te worden bebouwd, met name wanneer, zoals te dezen, voordien een verkavelingsvergunning is uitgereikt.

Hoewel een dergelijke verkavelingsvergunning aan de houder ervan geen enkel onvoorwaardelijk of onveranderlijk recht om te bouwen verleent, wegens mogelijke wijzigingen van het vastgoedbeleid, kan zij niettemin een gewettigde verwachting het goed te kunnen gebruiken overeenkomstig die bestemming doen ontstaan."

De beperking tot een periode van 10 jaar is redelijk verantwoord omdat planologische en milieuomstandigheden kunnen wijzigen.

Voor wat betreft de procedure gelden de procedureregels voor de compenserende vergoedingen.³¹¹

De memorie van toelichting maakt duidelijk dat de figuur van de billijke schadevergoeding o.a. gebaseerd wordt op het arrest nr. 12/2014 van het Grondwettelijk Hof dd. 23 januari 2014. In dit arrest werd een antwoord gegeven op een prejudiciële vraag die betrekking had op de rechtmatigheid van het niet-voorzien van een vergoeding in het Brussels Wetboek van Ruimtelijke Ordening (BWRO) voor het opleggen van een bouwverbod dat voortvloeit uit een beschermingsbesluit inzake onroerend erfgoed.

³¹¹ X, Memorie van Toelichting bij voorontwerp van het instrumentendecreet, 102.

Het is immers zo dat het BWRO wel voorziet in een vergoeding indien het bouwverbod voortvloeit uit een plan van aanleg met bindende kracht waarbij een einde wordt gemaakt aan het gebruik waarvoor dat goed is bestemd of normalerwijze is bestemd op de dag voorafgaand aan de inwerkingtreding van het genoemde plan.

Daar het arrest de beantwoording vormt van een prejudiciële vraag, heeft het betrekking op een specifieke situatie. *In casu* waren de percelen van de getroffen eigenaars gelegen in woongebied en hadden zij reeds het voorwerp uitgemaakt van een verkavelingsvergunning. Echter, deze percelen werden ten gevolge van een overheidsbesluit beschermd waardoor hun aanvraag tot het bekomen van een stedenbouwkundige vergunning werd geweigerd. Ook een beroep bij de Raad van State bood geen soelaas.³¹²

In de eerste plaats herhaalt het Grondwettelijk Hof dat het enkele feit dat de overheid in het algemeen belang beperkingen oplegt aan het eigendomsrecht, geen verplichting tot schadeloosstelling inhoudt. Dat de beschermingsmaatregel kadert binnen het algemeen belang, wordt door partijen niet betwist. Het Grondwettelijk Hof maakt hierbij wel de kanttekening dat dergelijke in het algemeen belang opgelegde eigendomsbeperkende maatregelen weldegelijk een schadevergoeding zullen vereisen indien de last die deze maatregelen aan de getroffen eigenaars opleggen, onevenredig is ten opzichte van de met de beschermingsmaatregel nagestreefde doelstelling.³¹³

Het feit dat er *in casu* reeds een verkavelingsvergunning werd uitgereikt, maakt het voor het Grondwettelijk Hof duidelijk dat de getroffen eigenaars, in dit specifieke geval, weldegelijk fundamenteel geraakt waren in hun eigendomsrechten. Een verkavelingsvergunning doet immers een gewettigde verwachting ontstaan dat de percelen gebruikt mogen worden overeenkomstig de bestemming.³¹⁴

Door voor dit soort gevallen niet te voorzien in een vergoedingsregeling heeft de ordonnantiegever artikel 16 Gw in samenhang gelezen met artikel 1 EAP EVRM geschonden.

Het overkoepelend advies dat werd uitgebracht omtrent het instrumentendecreet stelt tot slot over deze nieuwe figuur dat:

“Het Instrumentendecreet (titel 6) voorziet in een nieuwe vergoeding ‘de billijke schadevergoeding’. Artikel 97 bepaalt wanneer een rechtmatige niet-ervallen omgevingsvergunning voor stedenbouwkundige handelingen onuitvoerbaar wordt door een overheidsmaatregel die binnen een periode van drie jaar na het verlenen van de vergunning uitgevaardigd wordt en tot een bouwverbod leidt, de zakelijk gerechtigde recht heeft op een billijke schadevergoeding van het Vlaamse Gewest.

³¹² GwH 23 januari 2014, nr. 12/2014, overw. B.9.1.

³¹³ Ibid, overw. B.10.1.

³¹⁴ Ibid, overw. B.10.2.

De Memorie van Toelichting (pag. 39) verduidelijkt dat het gaat om een schadevergoeding die in zeer uitzonderlijke gevallen zal worden betaald.

De Vlaamse Overheid zal beslissen wanneer een maatregel als een overheidsmaatregel kan worden beschouwd en aanleiding kan geven tot een billijke schadevergoeding (artikel 97, derde lid).

De raden dringen er op aan dat dit instrument van billijke schadevergoeding slechts uitzonderlijk wordt gebruikt. De raden vragen te verduidelijken op basis van welke criteria de Vlaamse overheid objectief zal beslissen of een incident beschouwd kan worden als een overheidsmaatregel.

Het Instrumentendecreet bepaalt verder dat dergelijk recht op billijke schadevergoeding niet kan worden ingeroepen wanneer het bouwverbod later dan drie jaar (voor stedenbouwkundige handelingen) of 10 jaar (voor verkavelingen) wordt ingevoerd, ook als de vergunning op dat ogenblik nog niet vervallen is. De raden vragen aanpassing van artikel 97 zodanig dat een recht op billijke schadevergoeding ingevolge bouwverbod mogelijk is zolang de vergunning niet vervallen is. De raden stellen vast dat daarmee de problematiek van oude, niet vervallen verkavelingen, waarvan de realisatie ruimtelijk niet langer wenselijk is, niet is opgelost, doch wenselijk is.

Verder merken de raden op dat het Instrumentendecreet slechts een zeer summiere procedure voorziet voor dit instrument. Wat betreft de procedure en het administratief beheer wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de procedure voor de compenserende vergoedingen (artikels 10 t.e.m. 14 van het Instrumentendecreet regelen het administratief beheer en de procedure inzake compenserende vergoedingen). Er is onduidelijkheid over de regels inzake het bepalen van de hoogte van de billijke schadevergoeding.³¹⁵ (eigen onderlijning)

De hierboven geciteerde passages geven een duidelijke schets van de contouren van deze nieuwe figuur van de billijke schadevergoeding. Het gaat om een vergoeding die de Vlaamse overheid, zoals de naam al zegt, in het kader van billijkheidsoverwegingen kan toekennen. De – strikte – toepassingsvoorwaarden zullen er echter voor zorgen dat deze vergoeding geen uitgebreide toepassing zal krijgen.³¹⁶ Zo is het enkel mogelijk om een billijke schadevergoeding te verkrijgen indien de overheidsmaatregel daadwerkelijk tot een bouwverbod leidt.

Bovendien is het de Vlaamse Regering zelf die moet bepalen welke maatregelen zij als een vergoedbare “overheidsmaatregel” beschouwt, waardoor het voor haar perfect mogelijk wordt om zelf de vinger nog verder op de knip te houden.

³¹⁵ SARO, MINARAAD, SERV en SALV, *Advies instrumentendecreet*, maart 2018, 18 – 19.

³¹⁶ De adviserende instanties vragen in het aangehaalde advies zelfs uitdrukkelijk om de toepassing van de billijke schadevergoeding te beperken.

Een niet onbelangrijke opmerking bij dit idee is het feit dat de Vlaamse Regering op een heldere en objectieve manier duidelijk zal moeten maken wanneer zij een maatregel wel of niet als een overheidsmaatregel beschouwt. Een andere handelswijze zou problemen kunnen opleveren met het gelijkheidsbeginsel.

2. De verhouding tussen de evenredigheidsvereiste en het GBOL-beginsel

De billijke schadevergoeding verwijst voor wat betreft de vergoedingsregeling naar de artikelen 10, 11 §2 – 4, 12, 13 en 14 van het instrumentendecreet. Deze artikelen spitsen zich voornamelijk toe op de (administratieve) procedure die gevolgd dient te worden om een (compenserende) vergoeding te verkrijgen. De inhoud van deze artikelen werd integraal hernomen in de eerste hierboven reeds besproken gevalstudie.

Aangezien de bepalingen van het instrumentendecreet inzake de billijke schadevergoeding zich voornamelijk toespitsen op het procedureel aspect, kan het voorstel van nadeelcompensatie, dat in het kader van dit onderzoeksrapport werd geanalyseerd en bijgewerkt, als een interessant bijkomend aanknopingspunt worden gebruikt om te bepalen of het toekennen van een vergoeding daadwerkelijk aangewezen is.

De toepassingsvoorwaarden voor het verkrijgen van een billijke schadevergoeding luiden als volgt:

"Als een rechtmatige niet-vervallen omgevingsvergunning voor stedenbouwkundige handelingen onuitvoerbaar wordt door een overheidsmaatregel die binnen een periode van drie jaar na het verlenen van de vergunning uitgevaardigd wordt en tot een bouwverbod leidt, heeft de zakelijk gerechtigde van het onroerend goed waarop deze vermelde omgevingsvergunning slaat, recht op een billijke schadevergoeding van het Vlaamse Gewest. Als een rechtmatige niet-vervallen omgevingsvergunning om te verkavelen, onuitvoerbaar wordt door een overheidsmaatregel die binnen een periode van tien jaar na het verlenen van de vergunning uitgevaardigd wordt en tot een bouwverbod leidt, heeft de zakelijke gerechtigde van het onroerend goed waarop deze vermelde omgevingsvergunning slaat, recht op een billijke schadevergoeding van het Vlaamse Gewest."³¹⁷ (eigen onderlijning)

Indien er in een casus aan de onderlijnde toepassingsvoorwaarden wordt voldaan, wordt een getroffen burger geconfronteerd met een onuitvoerbare omgevingsvergunning en een bouwverbod op zijn/haar perceel. Het behoeft geen betoog dat dergelijke inmengingen in het eigendomsrecht als zwaar te omschrijven zijn.

Hierdoor lijkt een billijke schadevergoeding, in het algemeen, ingepast te kunnen worden in categorie 70 – 90% van het voorstel van nadeelcompensatie. De overheid zal voor de eigendomsbepalende maatregelen die in deze categorie vallen altijd in een compensatie moeten voorzien, tenzij de maatregel werd genomen ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de

³¹⁷ Art. 97 instrumentendecreet.

normadessaat veroorzaakt worden, en de schade die veroorzaakt wordt door dit gedrag groter is dan het waardeverlies.

Let wel, de bepalingen van het instrumentendecreet en het voorstel van nadeelcompensatie maken dan misschien wel duidelijk dat het toekennen van een vergoeding noodzakelijk is, het is in geen enkel geval duidelijk wat de grootteorde van deze vergoeding zal zijn. Deze vaststelling is van belang daar het louter toekennen van een symbolische vergoeding in het kader van een billijke schadevergoeding niet zal volstaan om een toets aan de evenredigheidsvereiste tot een goed einde te kunnen brengen. Verduidelijkende regels hieromtrent zijn, zoals reeds terecht aangehaald door de overkoepelende adviesraden (*supra*), bijgevolg noodzakelijk.

Daarenboven verdient het aanbeveling om de samenloopregels inzake compenserende vergoedingen verder aan te vullen zodat het duidelijk wordt hoe de billijke schadevergoeding zich verhoudt tot de andere compenserende vergoedingen. Indien de billijke schadevergoeding een louter aanvullende werking zou hebben, heeft dit vanzelfsprekend een impact op de evenredigheidstoets die door het Grondwettelijk Hof zal worden uitgevoerd.

De regelgeving rond de billijke schadevergoeding is bijgevolg verre van compleet. Er dienen nog verdere verduidelijkingen te worden aangebracht, alvorens er een definitieve uitspraak kan worden gedaan omtrent de evenredigheid van dit nieuw instrument.

3. Is het ingeroepen belang legitiem?

Het is op dit moment niet mogelijk om de legitimiteit te beoordelen omdat het afhangt van de onderliggende overheidsmaatregel die gebruikt wordt om de billijke schadevergoeding in te roepen.

4. Is de beleidsmaatregel noodzakelijk of is het gebruik van dwang nodig?

a. Juridisch

De juridische analyse van de noodzakelijkheid spitst zich vooral toe op de vraag of de opgelegde beperkingen noodzakelijk zijn voor het bereiken van de nagestreefde doelstellingen.³¹⁸

De billijke schadevergoeding heeft echter geen betrekking op een specifiek soort van eigendomsbeperkingen. Elke overheidsmaatregel – in welk domein dan ook – die een omgevingsvergunning/verkevelingsvergunning onuitvoerbaar maakt en tot een bouwverbod leidt, kan middels een billijke schadevergoeding worden vergoed. Het is bijgevolg niet mogelijk om algemene uitspraken te doen over de noodzakelijkheid van de genomen maatregelen.

³¹⁸ HvJ 24 maart 2011, C-400/08.

Indien de Vlaamse Overheid zou aangeven welke eigendomsbeperkende maatregelen zij als "overheidsmaatregelen" zal beschouwen met het oog op de toepassing van de billijke schadevergoeding, zou het mogelijk worden om de noodzakelijkheid van deze specifieke overheidsmaatregelen af te toetsen.

Het derde lid van artikel 97 van het instrumentendecreet definieert een overheidsmaatregel als:

"een beschermingsmaatregel, een inrichting- of beheermaatregel of een erfdienstbaarheid tot openbaar nut die gericht is op het tegengaan van nadelige invloeden op het milieu. De Vlaamse Regering stelt de maatregel die als overheidsmaatregel wordt aangemerkt, vast.

Deze passage geeft al een inzicht in de maatregelen die als overheidsmaatregelen gekwalificeerd kunnen worden, maar blijft te algemeen om daadwerkelijk concrete uitspraken te kunnen doen.

5. Welke criteria kunnen het best opgenomen worden in de nadeelcompensatieregeling?

De algemene criteria uit hoofdstuk 3, onderafdeling 4 (graad/ernst inmenging, aard van de maatregel en de legitieme verwachtingen) kunnen sowieso gebruikt worden bij de begroting en de toekenning van een vergoeding.

De toepasselijkheid van de eerste twee algemene criteria blijkt reeds uit het gebruik van het voorstel van nadeelcompensatie (*supra*). Gezien de grote impact van de maatregel op het eigendomsrecht van de betrokken burger (bouwverbod), speelt het criterium inzake de aard van de maatregel, gelet op het voorstel van nadeelcompensatie, *in casu* een minder grote rol.

Daarenboven kan ook het criterium van de legitieme verwachtingen zeker een bijdrage leveren in het kader van de billijke schadevergoeding. Men zal immers steeds rekening kunnen houden met de concrete omstandigheden van de casus, de zogenaamde *Situationsgebundenheit*, bij het toekennen van deze (billijke) schadevergoeding. Indien een burger, gelet op de omstandigheden waarin hij zich bevindt, in alle redelijkheid kon verwachten dat er een risico bestond op het onuitvoerbaar worden van zijn omgevingsvergunning/verkavelingsvergunning of het opgelegde bouwverbod, is het mogelijk dat de Vlaamse overheid slechts een lagere of helemaal geen vergoeding dient toe te kennen.

De overheid kan, bij het bepalen van de billijke schadevergoeding, tot slot ook steeds rekening houden met de overige criteria die werden aangereikt door het Grondwettelijk Hof³¹⁹ en het EHRM. Aan de zijde van de burger kan er volgens het Grondwettelijk Hof bijvoorbeeld rekening worden gehouden met het tijdstip waarop en de reden waarom hij/zij het betrokken goed heeft verworven; de plannen die hij/zij ermee had (incl. de vergunningen die reeds werden aangevraagd/verkregen);

³¹⁹ Het arrest van het Grondwettelijk Hof van 1 oktober 2015, nr. 132/2015 – waarin de toetsingscriteria werden opgenomen – handelde specifiek over het onroerenderfgoeddecreet. De in dit arrest opgenomen criteria worden in de tekst op een veralgemeende manier weergegeven.

de investeringen die hij reeds heeft gedaan (voor het verkrijgen van een vergunning worden er steeds aanzienlijke kosten gemaakt); de invloed van het eigendomsbeperkende maatregel op de marktwaarde van het goed alsook de kennis en financiële middelen waarover hij beschikt om de verplichtingen, die uit deze genomen maatregel voortvloeien, na te leven.³²⁰

Aan de zijde van de betrokken overheid kunnen de volgende criteria dan weer van belang zijn: de belangen die aan het bestreden wetgevend initiatief ten grondslag liggen; de waarde en het belang van het goed in het kader van de door de overheid genomen maatregel; het eerdere gedrag van de eigenaar met betrekking tot bv. de erfgoedwaarde van het goed; de reeds toegekende premies en subsidies; de financiële draagkracht van de overheid.³²¹

Ook uit de rechtspraak van het EHRM werden verschillende criteria afgeleid die handig kunnen zijn bij het beantwoorden van de vraag naar de noodzaak en de grootteorde van een vergoeding bij eigendomsbeperkingen (*supra*).

Het gaat onder meer om het voorhanden zijn/gebrek aan procedurele waarborgen; het gedrag van de overheid en/of de verzoekende partij; de ernst van de inbreuk op het eigendomsrecht; (rechts)onzekerheid en legitieme verwachtingen in hoofde van de verzoekende partij(en); de aanwezigheid van/het gebrek aan compensatie en het ondernemersrisico.

Daar verschillende categorieën van beleidsmaatregelen de toekenning van een billijke schadevergoeding kunnen triggeren, lijkt het ons echter niet aangewezen en ook niet mogelijk om specifieke sectorale voorwaarden op te nemen met betrekking tot dit instrument.

6. Is de beleidsmaatregel proportioneel en is nadeelcompensatie wel nodig?

Dit element is ook al besproken bij de analyse van de GRUP's hierboven. Omwille van de overzichtelijkheid zijn alle elementen daar aan bod gekomen.

GEVALSTUDIE 4: VERGOEDING INSCHAKELING IN WATERBEHEERSING

1. Situering en context

Het recht op vergoeding voor de actieve inschakeling in waterbeheersing volgt uit artikel 17, § 2 van het decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid (hierna decreet integraal waterbeleid) dat in het eerste lid bepaalt:

"Indien een onroerend goed wordt gebruikt dat binnen een afgebakend overstromingsgebied ligt, kan van de vergoedingsplichtige een vergoeding worden gevraagd in de mate dat, ten

³²⁰ GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, overw. B.9.2.

³²¹ GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015 overw. B.10.2. Het EHRM heeft in een arrest van 29 maart 2011 (*Potomska e.a. v. Polen*) echter aangegeven dat de financiële draagkracht geen rol kan spelen. De daadwerkelijke toepasbaarheid van dit criterium is bijgevolg nog onduidelijk.

gevolge van het actief inschakelen ervan door de overheid in de waterbeheersing, inkomstenverlies kan worden aangetoond. De vergoedingsplichtige is de initiatiefnemer."

Het tweede lid van artikel 17, § 2 decreet integraal waterbeleid delegerde de overige aspecten van de vergoedingsregeling aan de Vlaamse Regering:

"De Vlaamse regering bepaalt de nadere voorwaarden en de procedure van de vergoedingsplicht. De Vlaamse regering bepaalt de wijze van berekening van het bedrag van de vergoeding waarop de gebruiker recht heeft. De Vlaamse regering kan een instantie aanduiden die gemachtigd wordt om bepaalde taken in het kader van de vergoedingsplicht uit te voeren."

Het ontwerp van instrumentendecreet vervangt het tweede lid echter door de volgende bepaling:

"De vergoeding, vermeld in het eerste lid, wordt geregeld in het instrumentendecreet van XXX."

Dit maakt de compensatieregeling, zoals geregeld in het besluit van de Vlaamse Regering van 24 juni 2009 tot uitvoering van de vergoedingsplicht en de afbakening van de overstromingsgebieden van titel I van het decreet integraal waterbeleid van 18 juli 2003, overbodig.

Het derde, vierde en vijfde lid van artikel 17, § 2 legt het kader voor de berekening van de vergoeding vast:

"De hoogte van de vergoeding bedoeld in eerste lid houdt rekening met

- a) Het in artikel 6, 1°, bedoelde standstill-beginsel en het in artikel 6, 5°, bedoelde 'de vervuiler betaalt'-beginsel;*
- b) De verordende bepalingen inzake ruimtelijke ordening, in het bijzonder de stedenbouwkundige voorschriften van de plannen van aanleg en de ruimtelijke uitvoeringsplannen van kracht in de ruimtelijke ordening.*

[Er is geen vergoeding verschuldigd als het inkomstenverlies het gevolg is van beperkingen, voorschriften en voorwaarden die door of krachtens een andere regelgeving zijn opgelegd.

Wanneer een gebruiker toepassing maakt van de vergoedingsplicht van de vergoedingsplichtige, kan hij geen aanspraak meer maken op een andere vergoedingsplicht van het Vlaamse Gewest of een andere vergoedingsregeling voor hetzelfde inkomstenverlies met betrekking tot hetzelfde onroerend goed.]"

Het ontwerp van instrumentendecreet heft evenwel het vierde en vijfde lid op, waardoor enkel nog het derde lid inzake de hoogte van de vergoeding overblijft. Deze bepaling ligt in het verlengde van het ontwerp van instrumentendecreet dat onbillijke en dubbele vergoedingen wil vermijden.

2. De verhouding tussen de evenredigheidsvereiste en het GBOL-beginsel

a. De vergoedingsregeling

Artikel 9, 6° van het instrumentendecreet maakt duidelijk dat de vergoeding ingevolge actieve inschakeling in de waterbeheersing, vermeld in artikel 17, §2, van het decreet integraal waterbeleid, een compenserende vergoeding uitmaakt in de zin van dit nieuwe decreet.

Het administratief beheer en de procedure voor het bekomen van dergelijke compenserende vergoeding wordt geregeld in de artikelen 10 – 14 van het instrumentendecreet. De inhoud van deze artikelen werd reeds hernomen tijdens de bespreking van de eerste gevalstudie.

Het instrumentendecreet maakt eveneens duidelijk dat de vergoeding ingevolge actieve inschakeling in de waterbeheersing, vermeld in artikel 17, §2, decreet integraal waterbeleid binnen de categorie van de compenserende vergoedingen als een gebruikersvergoeding kwalificeert. Teneinde de toets aan de evenredigheidsvereiste ten volle te kunnen uitvoeren, wordt er uitgebreid ingezoomd op de regeling inzake de gebruikersvergoedingen:

"Art. 18. §1. *De gebruikersvergoeding is een compensatie voor een daling van de gebruikswaarde door gedeerde beroepsinkomsten als gevolg van een gebruiksbeperking die valt onder artikel 9, 4°, 5°, 6°, 8° en 9°.*

§2. De volgende instanties en percelen komen niet in aanmerking voor een gebruikersvergoeding:

- 1° administratieve overheden;*
- 2° percelen waarvoor het Vlaamse Gewest aan de aanvrager een verwervingssubsidie voor het volledig onroerend goed heeft verleend 25 jaar geleden, of die zijn opgenomen in een grondruilplan, dat 10 jaar geleden door de landcommissie definitief werd vastgesteld, als vermeld in artikel 2.1.65 van het decreet van 28 maart 2014 betreffende de landinrichting."*

Het instrumentendecreet gaat verder en bepaalt tevens wanneer het recht op een gebruikersvergoeding ontstaat:

"Art. 19. §1. *Het recht op een gebruikersvergoeding ontstaat na de inwerkingtreding van de gebruiksbeperking, op het moment dat deze effectief ingaat op het betrokken perceel, waardoor de begunstigde inkomsten dreigt te verliezen.*

§2. Het recht op een gebruikersvergoeding wordt geschorst zolang op het goed een onteigeningsplan of onteigeningsbesluit van toepassing is.

De vervaltermijnen, vermeld in artikel 14, worden in het geval, vermeld in het eerste lid, ook geschorst.

De Vlaamse Regering kan de toepassing van deze paragraaf nader regelen."

Tot slot bevat het instrumentendecreet een specifieke bepaling rond de berekening van de gebruikersvergoeding. Dit is een cruciaal element in de beantwoording van het vraagstuk rond de evenredigheid van de voorgenomen regeling in het instrumentendecreet rond de vergoeding voor inschakeling in waterbeheersing en wordt daarom eveneens integraal hernomen:

"Art. 20. §1. *De gebruikersvergoeding wordt berekend conform de volgende formule: $X = Y - Z$, waarbij:*

- 1° X: de vergoeding voor de gebruikers;*
- 2° Y: de gebruikswaarde van het deel van het perceel waarop de gebruiksbeperking slaat, vóór het effectief ingaan van de gebruiksbeperking;*
- 3° Z: de gebruikswaarde van het deel van het perceel waarop de gebruiksbeperking slaat, na het effectief ingaan van de gebruiksbeperking.*

De gebruikswaarde wordt bepaald op basis van het actuele en wettige gebruik.

De landcommissie bepaalt Y en Z en berekent de gebruikersvergoeding conform de formule, vermeld in het eerste lid, en vermeldt ze in haar schaderapport, vermeld in [artikel 10, §2](#). De berekening van het verlies van de gebruikswaarde is gebaseerd op een berekend aandeel van de onteigeningsvergoeding voor gebruikers op basis van reële gederfde beroepsinkomsten en bedrijfsgegevens.

§2. De Vlaamse Regering kan de berekening van de gebruikersvergoeding nader regelen. Ze bepaalt dat gebruikersvergoedingen die lager zijn dan een bepaald minimumbedrag, dat niet hoger is dan 500 euro, niet worden toegekend."

b. De concrete toepassing

Deze evenredigheidstoets van de regeling inzake de vergoeding ingevolge actieve inschakeling in de waterbeheersing, vermeld in artikel 17, §2 decreet integraal beleid valt uiteen in twee delen. In de eerste plaats zal er gekeken worden naar de toepassingsvoorwaarden van deze regeling. Worden bepaalde (schade)gevallen niet onterecht uitgesloten van een vergoeding?

Vervolgens zal de vergoedingsregeling zelf onder de loep genomen worden. Indien er een vergoeding vereist is, dient zij immers afdoende te zijn om de ontstane onevenredigheid te herstellen.

i) Een evenredig toepassingsgebied?

Artikel 17, §2, eerste lid decreet integraal waterbeleid, dat het toepassingsgebied van de vergoeding voor de inschakeling in waterbeheersing vastlegt, werd in het begin van deze gevalstudie reeds integraal opgenomen.

Dit toepassingsgebied lijkt voldoende coherent en afgebakend te zijn om de toets aan de evenredigheid te kunnen doorstaan. Bovendien worden er, in tegenstelling tot de regeling inzake planschade (*supra*), geen gevallen expliciet uitgesloten worden van de vergoedingsregeling waardoor enige discussie op dit punt in het kader van de waterbeheersing onwaarschijnlijk is.

ii) Een evenredige vergoeding

Aangezien het toepassingsgebied van de vergoedingsregeling in het kader van de actieve inschakeling in de waterbeheersing geen evenredigheidsproblemen zal opleveren, kan de daadwerkelijke vergoeding onder de loep worden genomen.

Vooreerst rijst de vraag wat de decreetgever onder "waterbeheersing" begrijpt. Noch in het decreet, onder meer in het hoofdstuk met de definities of met de doelstellingen, noch in de memorie van toelichting wordt dit begrip omschreven. Linguïstisch bekeken staat waterbeheersing voor (1) het geheel van meten en regelen van debieten, peilen en stroomsnelheden ten behoeve van het waterbeheer; en (2) regeling van het tekort of teveel aan water in een gebied.³²² Deze tweede definitie stemt overeen met de vermelding van "afgebakend overstromingsgebied" in artikel 17, § 2 decreet integraal waterbeleid.

In artikel 2, 44° bis decreet integraal waterbeleid wordt "afgebakend overstromingsgebied" gedefinieerd als: "*overstromingsgebied dat met dat doel is afgebakend in het stroomgebiedbeheerplan, een wateruitvoeringsprogramma of door een beslissing van de Vlaamse Regering*", waarbij dan de vraag overblijft wat begrepen moet worden onder overstromingsgebied. Artikel 2, 44° decreet integraal waterbeleid definieert overstromingsgebied als volgt: "*door bandijken, binnendijken, valleiranden of op andere wijze begrensd gebied dat op regelmatige tijdstippen al dan niet op gecontroleerde wijze overstroomt of kan overstromen en dat als dusdanig een waterbergende functie vervult of kan vervullen*".

Waterbeheersing moet hier dus worden begrepen als de opoffering van bepaalde grondgebieden ter bescherming van ander (door mensen gebruikt) land tegen overstromingen en andere vormen van wateroverlast. Waterbeheersing veronderstelt aldus een ordenende beleidsmaatregel aangezien dit voor iedereen (in de buurt) positieve gevolgen heeft en hiermee geen herverdelend beleid wordt nagestreefd.

Als gevolg hiervan zou volgens het uitgewerkte systeem van nadeelcompensatie³²³ de gebruiker tot 70% waardeverlies in gebruikersrechten moeten aanvaarden, tenzij het eigen voordeel dat de

³²² X, <http://www.encyclo.nl/begrip/waterbeheersing> (datum raadpleging: 9 juli 2018)

³²³ *Supra* Deel 1, Hoofdstuk 3, onderafdeling 5.

gebruiker uit de beleidsmaatregel puurt, *in casu* de bescherming van zijn andere gebruiksrechten tegen wateroverlast, niet opweegt tegen de omvang van de schade die hij moet ondergaan, waardoor er alsnog een compensatieplicht ontstaat voor het verschil tussen de voor- en nadelen die de bescherming van zijn gebruiksrechten met zich meebrengt.

Indien er echter andere 'dwingende redenen van algemeen belang', zoals het herstel van milieuschade of -hygiëne of natuurbehoud of zelfs natuurversterking binnen het geïntegreerd waterbeleid (wat trouwens de bedoeling van dit decreet is) zouden meespelen, dan compliceert dit de wijze van vergoedingsplicht fors. Dan moet immers bekeken worden wat de schade precies inhoudt en vervolgens waarom die ontstaan is of waarvoor die door de overheid wordt opgelegd.

Maatregelen die natuurelementen versterken, moeten minstens beschouwd worden als algemeen herverdelende maatregelen aangezien de voordelen hiervan voor iedereen gelden en dus een inclusief karakter hebben (zie hierboven), waardoor een waardeverlies vanaf 50% van het totaal moet gecompenseerd worden. Daarentegen kunnen maatregelen die milieuschade remediëren als gevolg van specifiek individueel handelen, onder de noemer van 'negatieve externaliteiten' geplaatst worden, waardoor het principe van 'de vervuiler betaalt' van het decreet geldt.

Het behoeft geen betoog dat de inschakeling van iemands onroerend goed in het kader van de waterbeheersing inkomsten- en waardeverlies tot gevolg kan hebben. Het zal echter van de concrete casus afhangen hoe zwaar deze schade zal zijn. Er kan immers zowel gedacht worden aan situaties waarin het perceel van de getroffen quasi onbruikbaar wordt, als aan gevallen waarin het slechts om een beperkte inmenging gaat.

De vergoedingsregeling uit artikel 20 instrumentendecreet lijkt hier op het eerste zicht aan tegemoet te komen door een evenredige vergoeding voorop te stellen die zich ent op de vermindering in gebruikswaarde van het getroffen perceel.

De berekening van het verlies van de gebruikswaarde zal gebaseerd worden op het berekend aandeel van de onteigeningsvergoeding voor de gebruikers op basis van de reële gedeelde beroepsinkomsten en bedrijfsgegevens (artikel 20, §1, derde lid instrumentendecreet). De Vlaamse Regering kan steeds gebruik maken van haar mogelijkheid om de berekening van de gebruikersvergoeding nader te regelen (artikel 20, §2 instrumentendecreet).

Tot slot kan er hierbij nog opgemerkt worden dat de wetgever ervoor kiest om gebruikersvergoedingen die lager zijn dan een bepaald bedrag (max. EUR 500,00) niet uit te keren. Deze bepaling ligt in lijn met het voorstel van nadeelcompensatie dat duidelijk aantoont dat voor beperkte inmengingen (0 – 30%) geen vergoeding dient te worden betaald.

3. Is het ingeroepen belang legitiem?

Aangezien het hier gaat om de correctie van een negatieve externaliteit die we met zijn allen hebben mee veroorzaakt (i.c. gevaar op overstromingen), is het hier aannemelijk om het ingeroepen belang als legitiem te beschouwen.

4. Is de beleidsmaatregel noodzakelijk of is het gebruik van dwang nodig?

Concrete casus 1: GRUP3: Afbakening Grootstedelijk Gebied Gent: 'Volvo Trucks Gent'

Centraal in deze bestemmingswijziging staat de omzetting van vooral landbouwgebied en een beetje natuurgebied in een industriezone ten einde uitbreiding van de onderneming Volvo Trucks Gent mogelijk te maken. Tevens werd een deel van het landbouwgebied omgezet in een woonzone en in natuurgebied. Als compensatie hiervoor wordt een industriezone omgezet in landbouwgebied, maar deze compensatie is niet volledig.

Deze bestemmingswijzigingen brengen ons uiteindelijk tot de volgende ruimtebalans (in hectare):

| Bestemmingscategorie | Vorige bestemmingen | Nieuwe bestemmingen | Verschil |
|--|---------------------|---------------------|----------|
| Wonen | 0 | 1 | +1 |
| Bos | 1,5 | 9,5 | +8 |
| Industrie | 7 | 8 | +1 |
| Landbouw | 6 | 2,5 | -3,5 |
| Overig groen | 8 | 0 | -8 |
| Openbaar nut- en gemeenschapsvoorzieningen | 0 | 2 | +2 |

Voor de inschatting van de aard van de beleidsmaatregel kijken we naar de toelichtingsnota. Zo is er vooreerst de algemene beleidsdoelstelling:

"Met de metafoor 'Vlaanderen, open en stedelijk' wil het Ruimtelijk Structuurplan Vlaanderen een trendbreuk realiseren met betrekking tot de ruimtelijke ontwikkeling. Deze trendbreuk beoogt de versterking van het buitengebied en het tegengaan van de versnippering door een optimaler gebruik en beheer van de stedelijke structuur.

Daarom wordt het principe van gedeconcentreerde bundeling vooropgesteld. Deze bundeling streeft een selectieve concentratie na van de groei van het wonen, het werken en de andere maatschappelijke functies in de stedelijke gebieden en in de kernen van het buitengebied. Vanuit deze optie moeten de stedelijke gebieden worden versterkt waarbij activiteiten er worden geconcentreerd en gestimuleerd."

Meer specifiek gelden voor Gent de volgende beleidsdoelstellingen inzake ruimtelijke ordening:

"In de gewenste ruimtelijke structuur voor Vlaanderen wordt Gent geselecteerd als grootstedelijk gebied omwille van haar bestaande en gewenste functioneel-ruimtelijke positie

in de Vlaamse stedelijke structuur en de ruimtelijke potenties die zij heeft ten aanzien van de ruimtelijke ontwikkeling in Vlaanderen. Het grootstedelijk gebied Gent is als stedelijk gebied ook geselecteerd als economisch knooppunt.

Het beleid voor de grootstedelijke gebieden is – meer nog dan voor de overige stedelijke gebieden – gericht op het maximaal benutten van de bestaande en toekomstige stedelijke potenties. Deze liggen op het internationale en Vlaamse niveau. Door hun ligging, hun uitrusting en hun voorzieningen hebben de grootstedelijke gebieden kwalitatief en kwantitatief uitzonderlijke potenties om een belangrijk aandeel van de groei inzake bijkomende woonegelegenheden, stedelijke voorzieningen en ruimte voor economische activiteiten op te vangen. Dit houdt in dat een aanbodbeleid moet gevoerd worden om behalve de stedelijke ontwikkeling te stimuleren ook de lintontwikkeling te stoppen en het buitengebied van stedelijke ontwikkeling te vrijwaren.”

Tot slot staan de specifieke doelstellingen als volgt beschreven in de toelichtingsnota:

Deze wijzigingen werden ingegeven enerzijds vanuit de nood aan uitbreiding van Volvo Group Belgium en aan bijkomende regionale bedrijvigheid, en anderzijds vanuit de aanduiding van het 'Oud Vliegveld' als één van de vier groenpolen voor het stedelijk gebied van Gent. [...] Zo blijft het scheiden van de verkeersstromen woon--/werkverkeer (lokaal verkeer) en verkeer in functie van de bedrijvigheid (economisch verkeer), de interne ontsluiting van het bedrijventerrein, het voorzien van fietsverbindingen, het uitbouwen van de groenpool Vliegveld Lochristi-Oostakker (inclusief stedelijke groenas) als principes vooropstaan.”

Nu omschrijft de toelichtingsnota de uitbreidingsplannen heel concreet als volgt:

“Op korte en middellange termijn heeft Volvo Belgium een uitbreidingsbehoefte in functie van een auto en truck/trailerparking. Door de specifieke locatie-eisen verbonden aan deze parkings komt de huidige beschikbare ruimte (ten zuiden van de Smalleheerweg en ten oosten van de Drieselstraat) niet in aanmerking om verschillende redenen: buiten de gates gelegen, te ver van een productie-eenheid om in aanmerking te komen voor truck/trailerparking en enkel interessant als personeels- en bezoekersparking voor de nabijgelegen gebouwen,... Het gebied ter hoogte van het tuinbouwbedrijf in de Drieselstraat wordt in functie van deze uitbreidingsbehoefte herbestemd naar gemengd regionaal bedrijventerrein. Voor dit gebied wordt een onteigeningsplan opgenomen. Dit garandeert een correcte vergoeding van de huidige eigenaar.

In het gebied in de hoek Drieselstraat/Westlede, dat in het gewestelijk ruimtelijk uitvoeringsplan voor de afbakening van het grootstedelijk gebied Gent was bestemd als bosgebied, werd recent de bebouwing (hoevegebouw met aanhorigheden) gesloopt. Dit gebied wordt in voorliggend plan herbestemd naar gemengd regionaal bedrijventerrein.”

Wat betreft de uitbreidingsmogelijkheden voor een concreet bedrijf heeft de beleidsmaatregel een specifiek herverdelend karakter, waardoor elk waardeverlies boven de 10 tot 20% een compensatie vereist. Uiteraard zal er hier sprake zijn van een waardestijging aangezien de bestemming wordt

omgezet van landbouw- naar industriezone. Nu wordt de gehele compensatieproblematiek echter al opgevangen door te voorzien in een onteigeningsvergoeding.

Voor de creatie van een groenpool wordt industriegebied omgezet in een groenzone. Voor de compensatie moet bekeken worden of het specifiek gaat over het tegengaan van negatieve externaliteiten (milieuhinder als gevolg van economische activiteiten) dan wel de creatie van groene (recreatieve) gebieden voor de inwoners, wat een algemeen herverdelend karakter heeft.

Tot slot vermelden we hier nog de creatie van een zone voor waterbeheersing door een wijziging van bestemming voor bestaande industriegrond. De vraag rijst waarom er niet in compensatie van de benadeelden binnen de regeling voor planschade voorzien is, aangezien dit, mede gelet op de bindende stedenbouwkundige voorschriften hieromtrent, toch een ernstige aantasting van de intrinsieke waarde van het gebied kan uitmaken. In het voorstel van nadeelcompensatie zou de creatie van deze zone van waterbeheersing een ordenende beleidsmaatregel betreffen, wat gecompenseerd moet worden als de waardevermindering hoger is dan 60 tot 70%.

Concrete casus 2: GRUP4: Afbakening van de gebieden van de natuurlijke en agrarische structuur Intergetijdengebied Wijmeers II

Net zoals bij de voorgaande bestemmingswijzigingen wordt ook hier uitgegaan van een algemene beleidsdoelstelling:

"Met de metafoor 'Vlaanderen, open en stedelijk' wil het Ruimtelijk Structuurplan Vlaanderen (RSV) een trendbreuk realiseren met betrekking tot de ruimtelijke ontwikkeling. Deze trendbreuk beoogt de versterking van het buitengebied en het tegengaan van de versnippering door een optimaler gebruik en beheer van de stedelijke structuur.

Daarom wordt de ruimtelijk structurerende werking van het fysisch systeem als principe vooropgesteld. Het fysisch systeem is ruimtelijk structurerend voor de natuurlijke structuur (inclusief de bosstructuur), de agrarische structuur, de nederzettingsstructuur en het landschap. Ruimtelijk structurerend betekent dat de huidige, intrinsieke kenmerken van het bestaand fysisch systeem het richtinggevend kader zijn voor de ruimtelijke ontwikkeling van de structuurbepalende functies natuur, bos, landbouw en wonen en werken op het niveau van het buitengebied.

In Vlaanderen wordt de ruimtelijke structuur van het buitengebied vandaag bepaald door het samenhangend geheel (netwerk) van rivier- en beekvalleien, grote en aaneengesloten natuur- en boscomplexen, belangrijke landbouwgebieden, de nederzettingsstructuur, het landschap en de infrastructuur...

Elk van de drie voor het buitengebied structuurbepalende functies – landbouw, natuur en bos – kan slechts op een duurzame wijze functioneren indien de gebieden die aan deze functie worden toegewezen, ingebed zijn in een goed gestructureerd geheel. Daarom wordt het buitengebiedbeleid gedifferentieerd naar een beleid voor de natuurlijke structuur, de agrarische structuur en de nederzettingsstructuur. De natuurlijke en de agrarische structuur kunnen elkaar in bepaalde gebieden (natuurverwevingsgebieden) overlappen.

Het afbakenen van de gebieden van de natuurlijke en de agrarische structuur in ruimtelijke uitvoeringsplannen moet daarom gelijktijdig en op gelijkwaardige basis gebeuren. De natuurlijke structuur kan in bepaalde gebieden ook overlappen met andere functies (recreatie, overige functies...).”

Over de ruimtelijke structuur in Wijmeers vermeld de nota dat:

In Wijmeers is recreatie een belangrijkere functie. Er zijn verschillende private weekendverblijven met visvijvers, geclusterd rond Heisbroek. Daarnaast zijn er verschillende natuurgebieden (hooiland en extensief begraasd grasland), jachtvoorzieningen (bosjes en kleine akkers) en hobbyweiden. Landbouw is er minder prominent aanwezig onder de vorm van weilanden. Er is bewegwijzerde routerecreatie: een wandellus langs de jachtvoorzieningen en een lus langs de natuurgebieden. Beide zijn voorzien van infopanelen. Het vele opgaande groen en de zandduin geven het landschap een volledig ander karakter. Het is een heel divers en gesloten landschap, met een beperkt aantal doorzichten. Het niveauverschil van de zandduin, die duidelijk waarneembaar is in het landschap, draagt hier toe bij. Ook de diversiteit in vegetatie op de zandduin (onder meer naaldbomen), bij de 'vertuinde' percelen met weekendhuisjes (bloemenborders) en de lagergelegen natte gebieden (wilgen en elzenopslag) geven het gebied een ongestructureerde aanblik. Wijmeers II is een laaggelegen meersengebied, dat gekenmerkt wordt door weilanden, bosjes en bomenrijen. De grens wordt gevormd door de Schelde en loopt iets noordelijk van de Oeverbeek en de Sompelbeek. Op deze manier zijn alle mogelijke ingrepen, zoals hermodulering van beken en voorzien van perceelontsluitingen op de het dijkpad, binnen het RUP gelegen. Het grondgebruik bestaat voornamelijk uit weilanden, aangevuld met enkele bosjes, een tweetal kleinschalige maïsakkers ten behoeve van de jacht, de ingang van een natuurreservaat en een private visvijver. De bebouwing is beperkt tot enkele schuilhokken voor dieren en een uitkijkhokje voor jagers. Aansluitend bevinden zich naast weilanden en bosfragmenten ook een erkend natuurreservaat, een zandgroeve en verschillende private visvijvers met weekendverblijven. Aan de overzijde van de Schelde bevindt zich aan westelijke zijde bedrijvigheid (bedrijventerrein Meerbos), aan de oostelijke zijde woonbebouwing. Deze bebouwing is goed zichtbaar vanuit het gebied.

Voor wat betreft de gebiedsspecifieke ontwikkeling vermeld men in de toelichting bij het GRUP:

Het voorliggend RUP kadert in de beleidsdoelstelling 'behoud en versterken van watersystemen en valleestructuren'. Het ruimtelijk beleid creëert de ruimtelijke voorwaarden die het integraal waterbeleid ondersteunen, de relaties tussen de waterloop en de omgevende valleien versterken en het voortbestaan van de voorkomende ecotopen garanderen. Er wordt ruimte voorzien voor het behoud en herstel van de structuurkenmerken en het waterbergend vermogen van waterlopen en valleien, het behoud en herstel van natuurlijke overstromingsgebieden, het vertragen van waterafvoer en een ruimtelijke buffering van waterlopen. Maatregelen ter realisatie van deze doelstellingen (hermeandering, spontaan laten verbreden en verontdiepen van de zomerbedding, herwaardering van het winterbed,

structuurvariatie in oevers en bedding, herstel van de natuurlijke oevers, instellen van een ecologisch optimaal waterpeil...) worden gebiedsgericht ontwikkeld. Het landbouwgebruik in rivier- en beekvalleien moet de natuurlijke dynamiek van het watersysteem respecteren. De afbakening van logische ecohydrologische entiteiten is vereist om maatregelen i.v.m. waterbeheer te kunnen treffen.

In de valleigebieden vormt natuur de hoofdfunctie en soms een nevenfunctie met landbouw. Tussen en in de verstedelijkte gebieden speelt de landbouw een cruciale rol in het behouden en het versterken van de resterende open ruimte gebieden. In de ruimtelijke concepten komt het behoud en versterken van uitgesproken natuurwaarden in valleien met ruimte voor natuurlijke waterberging naar voor.

De doelstelling voor de ontwikkeling van Wijmeers II is het creëren van estuariene natuur, het vergroten van de waterbergingscapaciteit van de Scheldevallei en het verminderen van het overstromingsrisico in het Bovenscheldebekken door dissipatie van de vloedgolf. Door het gebied bloot te stellen aan de getijdewerking van de Schelde ontstaan er schorren en slikken, die dagelijks bij vloed onder water komen te staan. Aansluitend aan het gebied wordt een gecontroleerd overstromingsgebied gepland, dat bij springtij onder water kan komen. De ontwikkeling van zoetwater slikken en schorren op deze plaats is echter vooral als belangrijke toekomstige natuurwaarde op Europees niveau van belang.

De ontwikkeling van Wijmeers II zal bestaan uit twee ingrepen:

- *enerzijds de aanleg van een nieuwe ringdijk rond het intergetijdegebied,*
- *anderzijds het voorzien van openingen in de bestaande Scheldedijk.*

De ontwikkeling als intergetijdegebied laat geen andere functies in het gebied meer toe. De voorziene bres zal bij het dagelijkse hoogwater een instroom van water creëren. Enkel op de nieuwe ringdijk zijn er mogelijkheden voor recreatief medegebruik, zoals wandelen en fietsen, vissen,

Een nieuwe ringdijk verhindert verdere doorstroming naar het achtergelegen gebied.

De hoofdfunctie van het gebied is waterbeheer en natuur. Recreatief medegebruik en landbouw worden aanzien als ondergeschikte nevenactiviteiten. Uit het voorgaande kan men afleiden dat de dijk in Wijmeers II plaatselijk doorbroken zal worden zodat het Scheldewater vrij in het gebied kan stromen hetgeen leidt tot het ontstaan van slikken en schorren waardoor het gebied ontoegankelijk wordt.

Deze bestemmingswijzigingen brengen ons uiteindelijk tot de volgende ruimtebalans (in hectare):

| Bestemmingscategorie | Vorige bestemmingen | Nieuwe bestemmingen | Vershil |
|---------------------------|---------------------|---------------------|---------|
| Reservaat & natuur | 0 | 30 | +30 |
| Landbouw | 30 | 0 | -30 |
| Vlaams Ecologisch Netwerk | 16 | 0 | -16 |

| | | | |
|--|---|----|-----|
| | 0 | 30 | +30 |
|--|---|----|-----|

Uit de balans blijkt dat de landbouwgronden hier de 'grote verliezer' zijn aangezien hun gebied volledig wordt omgezet naar Reservaat & Natuur door het gebied bloot te stellen aan getijdewerking van de Schelde. Voor het Vlaamse Ecologisch Netwerk worden alle Grote Eenheden Natuur in Ontwikkeling (GENO) omgezet naar Grote Eenheden Natuur (GEN).

Uit de doelstellingen opgenomen in de toelichtingsnota zou men kunnen afleiden dat deze tweevoudig is: de belangrijkste doelstelling is natuurbehoud, en als bijkomende doelstelling is er de waterbeheersing aangezien men met de bouw van een nieuwe ringdijk ongewenste overstromingen naar achterliggende gebieden wil verhinderen. Deze parallelle beleidsdoelstellingen en hun bijhorende 'ruimtebeslag' (door de bestemmingswijziging) zouden normaal onder een verschillende categorie van compensatieregeling vallen.

Maar aangezien er al een dijk bestaat die het achterliggend grondgebied beschermt tegen overstromingen en die nu doorbroken zal worden om een intergetijdegebied mogelijk te maken, is de bouw van de nieuwe ringdijk (en het ruimtebeslag die hiervoor nodig is) eigenlijk het logische gevolg van de beleidsdoelstelling van het behoud van biodiversiteit, en valt zij dus onder de bijhorende compensatieregeling. Een nuancering zou hier misschien van toepassing kunnen zijn, namelijk dat een intergetijdegebied een wat betere bescherming zou kunnen bieden tegen overstromingen dan een enkele (oorspronkelijke) ringdijk, maar in casu staat dit niet als dusdanig in de toelichtingsnota vermeld, dus laten we deze nuancering hier verder buiten beschouwing.

De doelstelling van natuurbehoud ligt hier dus vrijwel uitsluitend in de bescherming van de biodiversiteit, zoals onder meer vereist door het EU-recht, die niet wordt bedreigd door een negatieve externaliteit die veroorzaakt is door een rechtssubject. De bestemmingswijziging heeft bijgevolg een algemeen herverdelend karakter. Hierdoor is er sprake van een algemeen herverdelend karakter, met de bijhorende compensatieverplichting vanaf een waardeverlies boven de 40 tot 50%.

5. Welke criteria kunnen het best opgenomen worden in de nadeelcompensatieregeling?

Elementen die door het voorstel van nadeelcompensatie terecht naar voor worden geschoven als mogelijke beoordelingscriteria voor vergoedingsvraagstukken zijn allereerst de graad/ernst van de inmenging, alsook de aard van de genomen maatregel.

Wat betreft de graad/ernst van de inmenging kan er bijvoorbeeld gekeken worden naar de oppervlakte van het deel van het perceel dat ingeschakeld wordt in het kader van de waterbeheersing. De verhouding tussen dit deel en de rest van het perceel vormt een eerste beoordelingselement in het vraagstuk naar de noodzaak om een vergoeding toe te kennen aan de getroffen burger.

Vervolgens kan ook de aard van de maatregel een rol spelen. Om welke reden wordt het perceel ingeschakeld? Gaat het om een maatregel die algemeen welvaartsverhogende gevolgen zal hebben of is er toch eerder sprake van herverdelende effecten?

Afhankelijk van de concrete casus zullen ook de legitieme verwachtingen van de getroffene een rol kunnen spelen bij het vergoedingsvraagstuk. Indien men, bij de aankoop van het getroffen perceel, reeds op de hoogte kon of behoorde te zijn van de plannen van de overheid om dit perceel actief in te schakelen in het kader van de waterbeheersing, zal de getroffen burger geen recht hebben op enige vergoeding of slechts aanspraak kunnen maken op een sterk verminderde vergoeding.

Naast deze algemene criteria die reeds in hoofdstuk 3, onderafdeling 4 naar voor werden geschoven, blijft het voor de overheid ook steeds mogelijk om specifieke sectorale voorwaarden op te stellen die een impact kunnen hebben op de beantwoording van de vraag of het noodzakelijk is om een vergoeding toe te kennen. Deze specifieke sectorale voorwaarden kunnen geënt worden op de criteria die naar voor worden geschoven door het Grondwettelijk Hof³²⁴ en het EHRM. Op niet-limitatieve wijze kan hierbij gedacht worden aan:

In hoofde van de burger:

- De redelijke verwachting dat er een eigendomsbeperkende maatregel zou worden genomen;
 - Het tijdstip waarop en de reden waarom de getroffen burger(s) het goed hebben verworven;
 - De plannen die hij/zij ermee had;
 - De investeringen die hij reeds heeft gedaan;
- Etc.

In hoofde van de overheid:

- De belangen die aan het bestreden decreet ten grondslag liggen;
- (de financiële draagkracht van de overheid).³²⁵

Het EHRM schuift dan weer het gedrag van de overheid en/of de getroffen burger(s); de ernst van de inbreuk op het eigendomsrecht; rechtsonzekerheid en legitieme verwachtingen in hoofde van de getroffen burgers; etc. naar voren als mogelijke criteria (*supra*).

6. Is de beleidsmaatregel proportioneel en is nadeelcompensatie wel nodig?

Dit element is ook al besproken bij de analyse van de GRUP's hierboven. Omwille van de overzichtelijkheid zijn alle elementen daar aan bod gekomen.

³²⁴ Het arrest van het Grondwettelijk Hof dd. 1 oktober 2015 (nr. 132/2015) – waarin deze criteria werden opgenomen - handelde specifiek over het onroerendergoeddecreet. De in dit arrest opgenomen criteria worden in de tekst op een veralgemeende manier weergegeven.

³²⁵ GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, overw. B.9.2 en B.10.2. Het EHRM heeft in een arrest van 29 maart 2011 (*Potomska e.a. v. Polen*) echter aangegeven dat de financiële draagkracht geen rol kan spelen. De daadwerkelijke toepasbaarheid van dit criterium is bijgevolg nog onduidelijk.

LESSONS LEARNED

Tijdens de vier gevalstudies werd het voorstel van nadeelcompensatie voor de eerste keer in gebruik genomen. Hieronder worden – met het nodige voorbehoud - drie elementen besproken die mogelijk interessant kunnen zijn bij de verdere toepassing van het voorstel van nadeelcompensatie.

1. Regels en standaarden

De planschaderegeling heeft betrekking op een verreгаande eigendomsbeperking door het opgelegde bouwverbod. Het in dit document opgenomen voorstel van nadeelcompensatie bevat een aantal nuanceringen bij situaties waarbij er sprake is van een waardevermindering tussen 70-90% (compensatie tenzij het gaat om de correctie van een negatieve externaliteiten veroorzaakt door de normadressaat) en 50-70% (compensatie tenzij het gaat om de correctie van een negatieve externaliteiten veroorzaakt door de normadressaat of een ordenende maatregel).

Het bovenstaande sluit echter niet uit dat de regelingen inzake planschade en kapitaalschade geen belangrijke maatschappelijke meerwaarde hebben door hun éénduidig en 'categorisch' karakter, waardoor er lage toepassingskosten ontstaan.

In dat opzicht kan er verwezen worden naar het gebruik van regels en standaarden.³²⁶ Het belangrijkste verschil tussen regels en standaarden is dat regels duidelijk en simpel zijn, hetgeen handhavingskosten doet afnemen en de controle van de instituties die de regel toepassen vergemakkelijkt. Regels zijn ook specifieker en dwingender van aard en laten minder keuzevrijheid toe om aan de verplichtingen van de regel te voldoen. Regels leiden in principe tot hogere regulerings- en welvaartskosten maar hoe meer ze worden toegepast, hoe lager de reguleringskosten zullen zijn aangezien men hier kan spreken van 'schaalvoordelen'.³²⁷ De reguleringskosten worden immers gespreid door de mate van toepassing van de specifieke regelgeving. Bij de aanwezigheid van welvaartskosten is dit systeem op termijn echter welvaartsvernietigend.

Daarnaast leiden gedetailleerde regels tot minder transactiekosten net omdat ze een mindere ruime waaier aan transacties toelaten. Vaak zijn regels echter niet duidelijk en simpel aangezien ze ook uitzonderingen opnemen voor situaties waarbij ze niet van toepassing zijn hetgeen de complexiteit verhoogt. Regels houden ook geen rekening met relevante feiten (ze moeten strikt worden toegepast ongeacht de situatie) hetgeen ze arbitrair en contra-intuïtief maakt.

Het in dit document uitwerkt voorstel van nadeelcompensatie kan als een toevoeging of verdere verfijning van de regelingen inzake planschade beschouwd worden aangezien het voorstel de vorm aanneemt van een standaard. Op die manier laat het meer vrijheid toe om rekening te houden met

³²⁶ De indeling tussen regels en standaarden verloopt quasi analoog aan de indeling tussen regels en algemene principes. Ellinghaus M.P. en Wright E.W. (2005), 'The Common Law of Contracts: Are Broad Principles Better Than Detailed Rules? An Empirical Investigation', Texas Wesleyan Law Review, 11(2): 399

³²⁷ Louis Kaplow (1992), "Rules Versus Standards: An Economic Analysis", Duke Law Journal 42, p. 557-629.

situationele factoren die bij iedere eigendomsbeperkende maatregel verschillend van aard kunnen zijn. Een standaard is immers het wettelijke criterium waarmee beslissers een actie beoordelen die heeft plaatsgevonden onder bepaalde omstandigheden die niet in detail gespecificeerd werden in de regelgeving. Ze zijn flexibel, intuïtief (en daardoor ook makkelijker te begrijpen door het brede publiek) en genereren en gebruiken meer informatie. Ze zijn ook minder dwingend dan regels en abstracter van aard en voorzien de actoren van een grotere keuze aan opties om aan de verplichtingen van de standaard te voldoen. Ze laten meer opties open waardoor er meer en verschillende transacties mogelijk zijn hetgeen leidt tot een besparing van transactiekosten.

Het gebruik van standaarden sluit ook meer aan bij de wensen van de Vlaamse Regering zoals opgenomen in het Vlaams Regeerakkoord (2014-2019) waarbij men afstand wil nemen van het gebruik van gedetailleerde regelgeving en meer nadruk wil leggen op participatie om het vertrouwen in het overheidsoptreden te versterken maar ook om de naleving van regels en standaarden te verhogen:

Een gebrek aan vertrouwen in burgers en bedrijven waarbij mensen en organisaties meer worden beschouwd als object van regelgeving dan al deelnemer aan de samenleving, leidt tot gedetailleerde wet- en regelgeving die ten koste gaat van de samenhangt in overheidsoptreden, van de kenbaarheid van regels en de naleving ervan. Wetgeving moet minder gericht zijn op beheersing door steeds verder verfijnde regels, maar ruimte geven door meer te vertrouwen op professionaliteit van uitvoerders en op andere vormen van sturing en verantwoording. Wetgeving moet dus worden gedragen door vertrouwen in dynamiek van de deelnemers van de samenleving en omgekeerd moet de samenleving vertrouwen kunnen stellen in de wet en de zorgvuldige uitvoering ervan.

Sterk gedetailleerde regels kunnen immers de perceptie wekken dat de overheid de doelgroepen wantrouwt. De ruimte om zelfstandig standaarden te gebruiken voor situationele noden wordt, in zo'n geval, immers niet toegelaten. Hoe meer wantrouwen er is in het systeem, hoe meer men zich richt op regels.

Uiteindelijk moet de regelgever bij de keuze van de mate van detail van regelgeving de afweging maken tussen enerzijds de regelgevings- en welvaartskosten en anderzijds de bespaarde transactiekosten.

Men zou idealiter vrijwel altijd moeten opteren voor standaarden tenzij er valabele redenen zijn (bv. omgevingsfactoren) die de keuze voor een meer gedetailleerde regelgeving juridisch en economisch rechtvaardigen en zelfs noodzakelijk maken.

Aangezien de huidige planschaderegeling slechts geldt wanneer de bestemmingswijziging leidt tot een bouwverbod, vormt deze regeling één specifiek geval van het uitgewerkte voorstel van nadeelcompensatie. Er zijn namelijk (in theorie) veel andere vormen van gebruiksbeperkingen, met bijhorend welvaartsverlies, als gevolg van de bestemmingswijziging mogelijk die echter niet tot een bouwverbod leiden, en waarvoor in de huidige regeling geen compensatie mogelijk is.

Daar een bouwverbod als gevolg van een bestemmingswijziging vrij gemakkelijk is vast te stellen; het waardeverlies als gevolg hiervan relatief gemakkelijk te berekenen valt (vaak wordt de eigendomswaarde vrijwel volledig teniet gedaan); vaak voorvalt en dit 'schadegeval' het belangrijkste geval voor het rechtssubject is (als gevolg van de zwaarte van het verlies aan eigendomswaarde), is de gemakkelijke en vlotte toepassing van een aparte 'regel' hiervoor (de bestaande regeling van planschade) maatschappelijk gezien efficiënt en kan dus behouden blijven. Bovendien stelt de huidige planschaderegeling geen vraag naar de achterliggende drijfveren van de bestemmingswijziging, maar wordt de compensatie toegekend voor het (volledige) eigendomsverlies minus 20% van de totale eigendomswaarde. Weliswaar is dit gebrek aan nuancering in de toekenning van compensatie maatschappelijk inefficiënt of welvaartsverlagend (zelfs bij een negatieve externaliteit of bij een ordenend beleidsdoel wordt 80% van het eigendomsverlies gecompenseerd), maar het heeft als groot voordeel dat er geen betwisting kan ontstaan inzake de aard van de beleidsmaatregel, wat leidt tot lagere toepassings- en handhavingskosten.

Aangezien de meeste bestemmingswijzigingen geen negatieve externaliteiten corrigeren (hiervoor worden trouwens andere beleidsmaatregelen gebruikt, zoals de omgevingsvergunning) of een ordenend beleidsdoel hebben (de maatschappelijke ordening is vaak al vroeger gebeurd), maar vooral een algemene (inclusieve), cfr. de vrijwaring van de biodiversiteit of de creatie van natuurrecreatie, of een specifieke (extractieve) herverdeling, cfr. de uitbreiding van de Volvofabriek in Gent, nastreven, komt de planschaderegeling (eigendomsverlies minus 20%) dicht te liggen bij het voorstel van nadeelcompensatie, met een maximum van 'teveel' toegekende compensatie van 20% van de eigendomswaarde (in geval van inclusieve herverdeling).

2. Samenvoeging van twee categorieën

Tussen de categorieën 10-30% en 30-50% ontstaat er een overlapping daar er altijd sprake is van een extractieve herverdeling indien de wetgever niet kan aantonen dat er sprake is van een inclusieve herverdeling. Het lijkt ons daarom aangewezen om bij het bepalen van de grenzen van de verschillende categorieën terug te gaan naar de oorspronkelijke herverdeling (100-80%, 80-60%, 60-40%, 40-20% en 20-0%) waarbij het spanningsveld tussen de inclusieve en extractieve bewijslast behandeld wordt in de 40-20% categorie.

In deze situatie is een compensatie verschuldigd indien de normadressaat kan aantonen dat er sprake is van een extractieve herverdelende maatregel.

Op basis hiervan komt de studie tot de volgende regeling van nadeelcompensatie:

De 2 relevante parameters betreffen de mate van waardeverlies of aantasting van het grondrecht, en de ratio legis van de genomen beleidsmaatregel. We onderscheiden 5 gevallen of scenario's:

- 100 – 80%: altijd compensatie want dit vormt een quasi-onteigening.
- 80 – 60%: altijd compensatie, tenzij het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt wordt, en dit gedrag schade veroorzaakt dat meer bedraagt dan het waardeverlies.

- 60 – 40%: altijd compensatie, tenzij
 - o het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt wordt, en dit gedrag schade veroorzaakt dat meer bedraagt dan het waardeverlies,
 - o de beleidsmaatregel de transactiekosten verlaagt of een ordenend karakter heeft en de voordelen van dit ordenend karakter het waardeverlies meer dan compenseert.
- 40 – 20%: altijd compensatie, tenzij
 - o het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt wordt, en dit gedrag schade veroorzaakt dat meer bedraagt dan het waardeverlies,
 - o de beleidsmaatregel de transactiekosten verlaagt of een ordenend karakter heeft en de voordelen van dit ordenend karakter het waardeverlies meer dan compenseert.
 - o De beleidsmaatregel een inclusief herverdelend karakter heeft, op basis van een zuivere meerderheidsbeslissing gebeurt en de normadressaat niet kan aantonen dat de beleidsmaatregel een extractief herverdelend karakter op basis van rent seeking heeft.
- 20 – 0%: nooit compensatie want dit vormt een toepassing van het 'de minimis' principe.

3. Hoe moeten we de categorieën interpreteren?

Bij het aangepast voorstel van nadeelcompensatie vertrekken we van diverse categorieën die gelden als toepassingsvoorwaarden voor het al dan niet toekennen van een volledige compensatie in geval van eigendomsbeperkende maatregelen. Aangezien we bij dergelijke zienswijze niet de mate van compensatie in overweging nemen (aangezien we automatisch uitgaan van een volledige compensatie), rijst de vraag of een dergelijke toepassing de gelijke behandeling van de rechtssubjecten niet schendt.

Indien een normadressaat maar tot 20% waardevermindering moet ondergaan, zal er geen compensatie worden voorzien aangezien men hier vertrekt van het 'de-minimis' principe. Het is dan vreemd genoeg voor de normadressaat interessanter om een grotere waarde-aantasting te ondergaan want dan stijgt de kans op een volledige compensatie (indien voldaan aan de voorwaarden), terwijl een compensatie bij een kleine(re) waarde-aantasting steeds onbestaande is. Hetzelfde kan ook gezegd worden bij een niet-vergoeding bij de correctie van een negatieve externaliteit (categorie 70-90%) die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt wordt. Bij het creëren van negatieve externaliteiten is het voor het normadressaat gunstiger indien de beleidsmaatregel meer dan 90% waarde-aantasting veroorzaakt aangezien het in dat geval niet meer uitmaakt of er sprake is van een negatieve externaliteit en de case behandeld wordt als een quasi-onteygening met een volledige compensatie. Met andere woorden, er kunnen hier onverwachte effecten optreden die niet de bedoeling zijn.

Het probleem dat kan ontstaan inzake de gelijke behandeling, kan aangepakt worden door de categorieën van het voorstel van nadeelcompensatie niet zozeer te zien als toepassingsvoorwaarden

om al dan niet over te gaan tot een volledige compensatie, maar wel als een soort opeenvolgende vergoedingsschijven (cfr. de belastingschijven). Bij deze aanpak is de aantasting van de waarde van het eigendom het vertrekpunt. Laten we dit met een voorbeeld illustreren.

Stel dat enkel 90% van het eigendom door een beleidsmaatregel wordt aangetast en de overige 10% niet (die hier dus verder buiten beschouwing gelaten wordt), dan zullen de categorieën enkel toegepast worden op het gedeelte (of schijf) van de eigendom (de 90% in totaal) die door de beleidsmaatregel aangetast wordt:

- Schijf 90 – 80%: altijd compensatie want dit vormt een quasi-onteigening.
- Schijf 80 – 60%: altijd compensatie, tenzij het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt wordt, en dit gedrag schade veroorzaakt dat meer bedraagt dan het waardeverlies.
- Schijf 60 – 40%: altijd compensatie, tenzij
 - o het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt wordt, en dit gedrag schade veroorzaakt dat meer bedraagt dan het waardeverlies,
 - o de beleidsmaatregel de transactiekosten verlaagt of een ordenend karakter heeft en de voordelen van dit ordenend karakter het waardeverlies meer dan compenseert.
- Schijf 40 – 20%: altijd compensatie, tenzij
 - o het een beleidsmaatregel betreft ter correctie van de negatieve externaliteiten die door het gedrag van de normadressaat veroorzaakt wordt, en dit gedrag schade veroorzaakt dat meer bedraagt dan het waardeverlies,
 - o de beleidsmaatregel de transactiekosten verlaagt of een ordenend karakter heeft en de voordelen van dit ordenend karakter het waardeverlies meer dan compenseert.
 - o De beleidsmaatregel een inclusief herverdelend karakter heeft, op basis van een zuivere meerderheidsbeslissing gebeurt en de normadressaat niet kan aantonen dat de beleidsmaatregel een extractief herverdelend karakter op basis van rent seeking heeft.
- Schijf 20 – 0%: nooit compensatie want dit vormt een toepassing van het 'de minimis' principe.

Het resultaat is dat er nooit een vergoeding betaald moet worden t.w.v. van de eerste 20% (laagste schijf), slechts 20% vergoeding betaald moet worden wanneer de beleidsmaatregelen een negatieve externaliteit corrigeren, en 40% moet betaald worden in het geval van een ordenende maatregel en 60% indien er sprake is van een inclusieve herverdelende maatregel.

Het werken met deze schijven zal ook het probleem van de moral hazard zoals hierboven beschreven in hoofdstuk 2 tegengaan. In de vorige aanpak kon er speculatie optreden om in een hogere schijf te belanden en had dit eventuele grotere gevolgen (bvb. vanaf 60% waardeverlies wel volledige compensatie en bij 55% geen compensatie), daar waar dit speculatief gedrag grotendeels wordt opgevangen door het apart beschouwen van elke schijf.

4. Planschade en meer?

Het vonnis van de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel dd. 31 maart 2017 dat werd besproken in de gevalstudie rond de planschadevergoeding maakt duidelijk dat de hoogte van de planschade(vergoeding) de nodige aandacht verdient.

In dit ene vonnis wenste men immers een planschadevergoeding te bekomen aangevuld met een beroep op artikel 1382 BW voor het gedeelte van de schade die niet gedekt zou worden door de planschaderegeling. De rechtbank van eerste aanleg te Brussel heeft geoordeeld dat een planschadevergoeding gedeeltelijk is terwijl een beroep op artikel 1382 BW een volledige schadevergoeding vooropstelt. *In casu* werd een beroep op grond van artikel 1382 BW gegrond bevonden waardoor een eventuele aanspraak op een planschadevergoeding volgens de rechter niet langer aan de orde was.

De rechtspraak dient in dit verband verder te worden opgevolgd.

BIBLIOGRAFIE (juridisch)

Wetgeving

- Voorontwerp van decreet betreffende het realisatiegerichte instrumentarium, nr. VR 2018 1201 DOC. 1462/2TER.
- Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.
- Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.
- MINARAAD, SARO, SERV, SALV, *Advies van 14 maart 2018 over het instrumentendecreet*, 2018, 22p. (<https://www.rwo.be/Portals/126/SARO%202018-08%20Advies.pdf?ver=2018-03-19-124757-167>)

Rechtsleer

Boeken

- ALEN, A. en VERRIJDT, W., "Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in GHYSELS, J., BOES, M., LINDEMANS, D. en PALMANS, R. (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 1 – 26.
- COOREMAN, I. en PEETERS, L., "De wettelijke erfdienstbaarheid van openbaar nut versus de onteigening. Een vergelijking aan de hand van erfdienstbaarheden opgelegd door de Gaswet van 12 april 1962 [1965]" in GHYSELS, J., BOES, M., LINDEMANS, D. en PALMANS, R. (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 53 - 72.
- LAGASSE, D., "L'indemnité et la quasi-expropriation" in RENDERS, D., *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, Brussel, Bruylant, 2013, 565 – 603.
- LIERMAN, S. en VAN DE WEYER, P.-J., "Rechtspreken aan de hand van een pluraliteit van rechtsnormen: meer – of minderwaarde voor de rechtsbescherming bij rechtmatige overheidsdaad?" in DERUYCK, F., GOETHALS, E., HUYBRECHTS, L., LECLERCQ, J.-F., ROZIE, J., ROZIE, M., TRAEST, P. en VERSTRATEN, R. (eds.), *Amicus curiae. Liber amicorum Marc De Swaef*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 267 – 279.
- LIERMAN, S. en VERRIJDT, W., "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in PALMANS, R., LINDEMANS, D. en TOURY, J. (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 19 – 60.

- MARCQ, R., *La responsabilité de la puissance publique*, Larcier, Brussel en Sirey, Parijs, 1911, 444p.
- SAGAERT, V., *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 765p.
- TJEPKEMA, M.K.G., "Egalité à la Hollandaise: De evolutie van het recht op schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden in Nederland" in PALMANS, R., LINDEMANS, D. en TOURY, J. (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 61 - 94.
- TJEPKEMA, M.K.G., *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, doctoraatsproefschrift, Universiteit Leiden, 2010, 1066p.
- VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS, J. en DE PELSMAEKER, T., *Handboek Belgisch Publiekrecht, I*, Brugge, die Keure, 2014, 791p.
- VAN HOORICK, G., "Eigendom en openbare lasten: dit is nog maar het begin..." in GOOSSENS, B., LOIX, Y. en SEBREGHTS, F. (eds.), *Tussen algemeen belang en toegewijde zorg. Liber amicorum Hugo Sebreghts*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 419 - 428.
- VERBIST, S., "De gelijkheid voor de openbare lasten en artikel 16 van de Grondwet" in GHYSELS, J., BOES, M., LINDEMANS, D. en PALMANS, R. (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 341 - 348.
- VERRIJDT, W., "Naar een principiële recht op vergoeding: artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM en het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten" in PALMANS, R., SAGAERT, V. en VERRIJDT, W. (eds.), *Eigendomsbeperkingen: de erfdiensbaarheid van openbaar nut*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 195 - 252.

Tijdschriften

- BOSSUYT, A., "Algemene beginselen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *TPR* 2004, 1589 - 1666.
- BIJNENS, D., POTARGENT, S. en THEUNIS, J., "De toetsing aan grondrechten door het Grondwettelijk Hof: overzicht van rechtspraak 2015", *TBP* 2016, afl. 3, 126 - 172.
- CLAEYS, E., "Takings, regulations, and natural property rights", *Cornell Law Review* 2003, volume 88, nr. 6, 1549 - 1671.
- DABIN, J., "L'abus de droit et la responsabilité dans l'exercice des droits », *La Belgique Judiciaire* 1921.
- DESMET, E., "Natuurbescherming en het recht op eigendom in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: een dubbel intensifiëring", *MER* 2010, afl. 3, 115 - 132.

- DRAYE, A., "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten, bescherming van onroerend erfgoed en schadevergoeding", *RW* 2016-17, afl. 2, 68 -74.

- FLAMME, M.-A., "Du partage des compétences entre le Conseil d'Etat et les tribunaux en matière d'ateintes aux aisanes de voirie et de dommages provenant de travaux publics » (noot bij Cass. 4 juni 1959), *RCJB* 1959, 356 – 358.

- GEENS, J. en VERBIST, S., "De gelijkheid voor de openbare lasten als grondslag voor overheidsaansprakelijkheid", *Bb&b* 2011, afl. 2, 120 – 129.

- KORTMANN, N. en LIERMAN, S., "Het beginsel van de gelijkheid van burgers voor openbare lasten: een beginsel op de snijlijn van publiek- en privaatrecht", *TPR* 2014, afl. 2, 689 – 721.

- LERNOUT, M., "De vergoeding van erfdienstbaarheden van openbaar nut: Grondwettelijk Hof brengt opnieuw verduidelijking", *TBP* 2016, afl. 6, 304 – 310.

- LIERMAN, S., "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten: wel fundamenteel, (nog) niet absoluut (noot onder Cass. 24 juni 2010)", *RW* 2010-2011, afl. 29, 1223 - 1227.

- STIJNS, S. en VUYE, H., "Burenhinder, openbare werken, overheden, het "beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten" en de verplichting tot compensatie: meanders in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *TBBR* 2001, afl. 6, 329 – 358.

- THEUNIS, J. en APPERMONT, N., "Beperkingen aan het recht op bescherming van eigendom", *Themis* 2018, 167 – 206.

- VAN HOORICK, G., "Over het bouwverbod en de schadevergoedingsregeling in het kader van het Duinendecreet, en het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten", *MER* 2012, afl. 4, 249 - 254.

- VERBIST, S. "Het Grondwettelijk Hof verruimt onterecht het toepassingsgebied van artikel 16 Grondwet", *TBO* 2010, 299 - 304.

Rechtspraak

Europese rechtspraak

- EHRM 9 januari 2018, *TUMELIAI v. LITHUANIA* (nr. 25545/14).

- EHRM 9 mei 2017, *PADURET v. THE REPUBLIC OF MOLDOVA AND RUSSIA* (nr. 16626/11).

- EHRM 25 april 2017, *VASKRSIC v. SLOVENIA* (nr. 131371/12).

- EHRM 24 januari 2017, *VALANT v. SLOVENIA* (nr. 23912/12).
- EHRM 17 januari 2017, *BKM LOJISTIK v. SLOVENIA* (nr. 42079/12).
- EHRM 20 december 2016, *LJASKAJ v. CROATIA* (nr. 58630/11).
- EHRM 13 december 2016, *SC FIERCOLLECTI IMPEX SRL v. ROMANIA* (nr. 26429/07).
- EHRM 11 oktober 2016, *BARCZA AND OTHERS v. HUNGARY* (nr. 50811/10).
- EHRM 4 oktober 2016, *PETER MATAS v. CROATIA* (40581/12).
- EHRM 30 augustus 2016, *SIEMASZKO & OLSZYNSKI v. POLAND* (nr. 60975/08).
- EHRM 12 juli 2016, *VRZIC v. CROATIA* (nr. 43777/13).
- EHRM 21 april 2016, *IVANOVA & CHERKEZOV v. BULGARIA* (nr. 46577/15).
- EHRM 15 december 2015, *SC ANTARES TRANSPORT SA & SC TRANSROBY SRL v. ROMANIA* (nr. 27227/08).
- EHRM 21 juli 2015, *DONPRUT SRL v. MOLDOVA* (nr. 45504/09).
- EHRM 21 juli 2015, *REISNER v. TURKEY* (nr. 46815/09).
- EHRM 13 januari 2015, *VEKONY v. HUNGARY* (nr. 6568/13).
- EHRM 24 juni 2014, *AZIENDA AGRICOLA SILVERFUNGHI SAS AND OTHERS v. ITALY* (nr. 48357/07).
- EHRM 4 maart 2014, *MICROINTELLECT OOD v. BULGARIA* (nr. 34129/03).
- EHRM 25 juli 2013, *ROUSK v. SWEDEN* (nr. 27183/04).
- EHRM 23 juli 2013, *LAY LAY COMPANY LIMITED v. MALTA* (nr. 30633/11).

Belgische rechtspraak

- GwH 7 juni 2018, nr. 66/2018.
- GwH 12 oktober 2017, nr. 115/2017.
- GwH 28 september 2017, nr. 105/2017.

- GwH 27 april 2017, nr. 48/2017.
 - GwH 14 juli 2016, nr. 109/2016.
 - GwH 28 april 2016, nr. 57/2016.
 - GwH 18 februari 2016, nr. 22/2016.
 - GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015.
 - GwH 27 november 2014, nr. 170/2014.
 - GwH 23 januari 2014, nr. 12/2014.
 - GwH 7 november 2013, nr. 145/2013.
 - GwH 19 april 2012, nr. 55/2012.
 - GwH 30 maart 2010, nr. 32/2010.
 - Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004.
 - Cass. 24 juni 2010, *RW* 2010-2011, afl. 29, 1217.
 - Cass. 4 december 2008, nr. C040582N
 - Cass. 23 mei 1991, *Pas.* 1991, I, 827.
 - Cass. 28 januari 1991, *Pas.* 1991, I, 509.
 - Cass. 1 oktober 1981, *RW* 1981-192, 2885.
 - Cass. (voltallige terechtzitting) 6 april 1960, *Arr. Cass.* 1960, 722, *RCJB* 1960, 257.
 - Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193.
 - Conclusie Advocaat-Generaal Mahaux bij Cass. 6 april 1960, *Pas.* 1960, I, 928.
- Buitenlandse rechtspraak
- CE (FR) 30 november 1923, *Couitéas*.
 - CE (FR) 14 januari 1938, *La Fleurette*.

- CE (FR) 30 juli 2003, *ADARC*.
- CE (FR) 2 november 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion*.
- Cour administrative d'appel de Lyon 25 november 2010, *Société bar hôtel restaurant du lac*.

Overige bronnen

- X, *Quelles sont les différentes formes de responsabilité de l'administration? (contractuelle/extracontractuelle)*, <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/action/action-encadree/quelles-sont-differentes-formes-responsabilite-administration-contractuelle-extracontractuelle.html>.

BIBLIOGRAFIE (rechtseconomisch)

- ACEMOGLU, D. & ROBINSON, J., *Waarom Sommige Landen Rijk Zijn En Anderen Arm*, Amsterdam, 2012, Uitgeverij Nieuw Amsterdam, p. 416-417.
- ADAMS, M. 1997. *De precedentwerking van rechterlijke uitspraken. Een rechtstheoretische en rechtsvergelijkende studie*. Proefschrift KULeuven.
- BLUME, L., D. Rubinfeld, and P. Shapiro (1984) "The Taking of Land: When Should Compensation be Paid?" *Quarterly Journal of Economics* 99: 71-92.
- BOARDMAN, A., Greenberg D., Vining A. en Weimer D., , *Cost-Benefit Analysis: Concepts and practice*, Fourth edition, Pearson, p. 27, 2011.
- BUCHANAN, J. M. en TULLOCK, G. *The calculus of consent*, Vol. 3, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.
- BUCHANAN, J. M. *Market failure and political failure*, *Cato Journal*, Vol. 8, No. 1, 1988.
- CALABRESI, G., en MELAMED, A., D. *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, Faculty Scholarship Series, 1983.
- COASE, R. *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, 2, 1960.
- COOTER and ULEN. 2000. *Law and economics*. Third edition.
- COOTER and ULEN. *Law and economics*. Sixth edition. Addison-Wesley, 2012.
- COOTER, R., D. *The strategic constitution*, Princeton University Press, 1999.
- DEBEN L., *Verkeershandhaving door de bestuurlijke boete, een rechtseconomische benadering*, RA-2006-81, Steunpunt Verkeersveiligheid.
- DEBEN, MARNEFFE en VEREECK (2008) *De reguleringskosten van de administratieve verkeersboete*. Tijdschrift voor Wetgeving 2008, nr.3.
- DESMETZ, H., *Toward a theory of property rights*. *The American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, pp. 347-359, 1967.
- DRAYE, A-M., "Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten, bescherming van onroerend erfgoed en schadevergoeding" (noot onder GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015), RW 2016-17, nr. 2.

- EPSTEIN. R., A. A clear view of the cathedral: the dominance of property rules, 106 Yale Law Journal 2091, 1997.
- EPSTEIN, R. (1985) Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, Cambridge, MA: Harvard Univ. Press.
- FAGNART, J.L., o.c., in BOONE, I. e.a., Liber Amicorum Hubert Bocken, 110.
- FISCHER, W. (1985) The Economics of Zoning Laws: A Property Rights Approach to American Land Use Controls, Baltimore: Johns Hopkins Univ. Press.
- FISCHER, W. (1995) Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics, Cambridge, MA: Harvard Univ. Press.
- GOLDSTEIN, J.H. and Watson, W.D. (1997) "Property Rights, Regulatory Taking, and Compensation: Implications for Environmental Protection," Contemporary Economic Policy 15: 32-42.
- GRADSTEIN, M. - Inequality, democracy and the protection of property rights, Economic Journal, volume 117 (516) 2007.
- GUVRIEV, S. en SONIN K., Dictators and oligarchs: A dynamic theory of contested property rights, Journal of Public Economics, volume 93 (1-2), 2009.
- HAYEK F.A., Law, legislation and liberty, a new statement of the liberal principles of justice and political economy, Routledge, 1973, p646.
- INNES, R. (2000) "The Economics of Takings and Compensation When Land and Its Public Use Value are in Private Hands," Land Economics 76: 195-212.
- INNES, R. (1997) "Takings, Compensation and Equal Treatment for Owners of Developed and Undeveloped Property," Journal of Law and Economics 40: 403-432.
- JOHNSON, M. (1977) "Planning without Prices: A Discussion of Land Use Regulation without Compensation," in: B. Siegan (ed.): Planning without Prices, Lexington, MA: Lexington Books.
- KORTMANN, N. en LIERMAN, S., "Het beginsel van de gelijkheid van burgers voor openbare lasten: een beginsel op de snijlijn van publiek- en privaatrecht", TPR 2014, nr. 51, 699.
- LE GRAND, C., The theory of government failure. British Journal of Political Science, Vol. 21, No. 4, pp. 423-442.

- LERNOUT, M., "De vergoeding van erfdiensbaarheden van openbaar nut: Grondwettelijk Hof brengt opnieuw verduidelijking", TBP 2016, nr. 6, 305.
- LUST, A., "In of uit de boot bij een RUP, en de gelijkheids- en verwachtingsleer", TOO 2015, nr. 2, 253.
- MARNEFFE en VEREECK (2008). De kosten van wetgeving: een taxonomie. Tijdschrift voor Wetgeving 2008, nr.1.
- MARTIN, D., o.c., in SCHAMGS, G. (ed.), Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: le droit médical en mouvement, 494.
- MERRILL, T., W. en SMITH, H. E.,. Making Coasean Property More Coasean, Harvard Law School Discussion Paper No. 688, 2011.
- MICELI, T. and SEGERSON, K. (1994) "Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid?" Journal of Legal Studies 23: 749-776.
- MICELI, T. and SEGERSON, K. (1996) Regulatory Takings: An Economic Analysis with Applications, Greenwich, CT: JAI Press.
- MICHELMAN, F. (1967) "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law," Harvard Law Review 80: 1165-1258.
- OAKESHOTT, M., Rationalism in Politics, in Rationalism in politics and other essays, Liberty Press, 1991, p400.
- POLASKY, S., DOREMUS, H. and RETTIG, B. (1997) "Endangered Species Conservation on Private Land," Contemporary Economic Policy 15: 66-76.
- POSNER, R., Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts) An Analytical Framework – NBER working paper series, 2010 (<http://www.nber.org/chapters/c11956.pdf>).
- RAWLS, J. (1971) A Theory of Justice, Cambridge, MA: Belknap Press.
- RENDA, A. Law and Economics in the RIA World – Improving the use of economic analysis in the public policy and legislation, Cambridge – Antwerpen – Portland, Intersentia, 2011.
- RIDDIOUGH, T. (1997) "The Economic Consequences of Regulatory Taking Risk on Land Value and Development," Journal of Urban Economics 41: 56-77.
- SAX, J. (1964) "Takings and the Police Power," Yale Law Journal 74: 36-76.

- SONIN, K., Why the rich may favor poor protection of property rights?, *Journal of Comparative Economics*, volume 31 (4), 2003.

- SUNSTEIN, C., R. On property and constitutionalism, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 3, 1991.

- VANDENHENDE, L., "Het onroerendergoeddecreet: enkele bepalingen beoordeeld door het Grondwettelijk Hof" (noot onder GwH 1 oktober 2015 nr. 132/2015), *T.Gem.* 2016, nr. 1.

- VAN HOORICK, G., "Over eigendom, zijn omgeving en het omgevingsrecht (of zin en onzin van de gelijkheid voor de openbare lasten)", *TOO* 2013, afl. 2, 185.

- VAN VELTHOVEN, Ben CJ, and WIJCK, P. W., *Recht en efficiëntie: een inleiding in de economische analyse van het recht.* Kluwer, 2007.

- WETERINGS, W.C.T., *De economische analyse van het recht – Rechtseconomische beschouwingen,* Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2007.

- WITTMAN, D. (1984) "Liability for Harm or Restitution for Benefit?" *Journal of Legal Studies* 13:57-80.

- WOLF, C. *Market or Governments: Choosing Between Imperfect Alternatives,* Cambridge, Mass.: MIT Press, 1988.