Evaluatie van de besluitvorming inzake de nadeelcompensatie naar aanleiding van het besluit tot productiebeperking kolencentrales

Prof.mr. M.K.G. Tjepkema

Mr.dr. M.L. van Emmerik

Mr. C.A. van Drunen

Radboud Universiteit

Nijmegen, 23 oktober 2024

Contents

1 Inleiding en aanleiding tot dit evaluatieverzoek 3
2 Aanleiding en politieke achtergrond 4
2.1 De Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie 4
2.2 Productiebeperking en daaropvolgende intrekking 5
2.2.1 Instrument en doel productiebeperking 5
2.2.2 Verhouding tot art. 1 EP EVRM / art. 17 EU-Handvest 5
2.2.3 Intrekking van de productiebeperking 7
3 De discussie tussen regering en parlement over nadeelcompensatie naar aanleiding van de productiebeperking 8
3.1 Debat over rechtsgrondslag en omvang nadeelcompensatie 8
3.2 Parlementaire behandeling van de wijziging van de Wvk 8
3.3 Kamerdebat over de intrekking van de productiebeperking 10
3.4 Verzochte en toegekende nadeelcompensaties 12
4 Schadebepaling 12
4.1 Het Besluit nadeelcompensatie productiebeperking kolencentrales 13
4.2 Bepaling schade kolencentrales tegen de achtergrond van jurisprudentie over nadeelcompensatie 16
5 Voorzienbaarheid 18
5.1 Nogmaals het Besluit nadeelcompensatie productiebeperking kolencentrales 18
5.2 De voorzienbaarheid in de jurisprudentie over het égalitébeginsel 20
5.3 De voorzienbaarheidstoets in het kader van art. 1 EP EVRM 23
5.4 Ondernemersrisico kolencentrales volgens het vonnis van de Rb Den Haag 28
5.5 Drie scenario's voor de toepassing van de voorzienbaarheidseis bij de productiebeperking 30
6 Conclusie 37

1 Inleiding en aanleiding tot dit evaluatieverzoek

Dit onderzoek naar nadeelcompensatie voor de productiebeperking voor kolencentrales beoogt uitvoering te geven aan de aangenomen motie Grinwis c.s.[1] In deze motie wordt gesteld dat experts vraagtekens hebben gezet bij de vormgeving en hoogte van de nadeelcompensatie en menen dat een rechterlijke toets wenselijk was geweest, in plaats van de afwikkeling van de nadeelcompensatie door de minister zelf. Het onderzoek zal zich dan ook richten op de totstandkoming, vormgeving en hoogte van de nadeelcompensatie voor de productiebeperking voor kolencentrales.

Met de evaluatie wordt tevens beoogd verbeteringen door te voeren voor de totstandkoming van een eventueel toekomstige nadeelcompensatie. De evaluatie zal daarmee in elk geval ingaan op de vormgeving van de nadeelcompensatie voor kolencentrales door de productiebeperking. Hierbij zal worden nagegaan wat de politieke en maatschappelijke achtergronden waren, de totstandkomingsgeschiedenis en de concrete aanleiding. Tegelijkertijd hebben de auteurs van dit rapport gemeend er goed aan te doen relatief uitvoerig stil te staan bij de juridische systematiek van het nadeelcompensatierecht, in het bijzonder ten aanzien van twee onderwerpen: de vaststelling van de (hoogte van de) schade en de beoordeling van de vergoedbaarheid van deze schade op basis van het beginsel ‘égalité devant les charges publiques’ (de dragende grondslag voor nadeelcompensatie) en het verwante art. 1 Eerste Protocol (EP) EVRM. Een kernbegrip dat in dit verband zal worden besproken is het criterium van het ‘normaal maatschappelijk risico’ en het criterium van de ‘abnormale last’/‘excessive burden’, dat ook een belangrijke rol speelt bij de toetsing aan art. 1 EP EVRM. Het belang van het *fair balance*-criterium wordt afdoende geïllustreerd door zijn centrale rol in de uitspraak van de Rb Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12635. Besproken zal worden welke algemene lijnen uit de toepassing van dit criterium in de rechtspraak voortvloeien en hoe deze in het concrete geval van de kolencentrales zijn toegepast. Daarbij komen ook andere elementen, zoals het bieden van een overgangstermijn ter compensatie van schade en de bepaling van de hoogte van het schadebedrag (en de in dat verband te hanteren peildatum) aan bod. We maken in dit onderzoek gebruik van verschillende bronnen uit de literatuur, wetgeving en (nationale en internationale) jurisprudentie. Wij hebben ook inzage gekregen in vertrouwelijke documenten in dit kolendossier, waaruit wij conform de aan ons verleende opdracht niet citeren.

Hoewel het onderzoek zich primair richt op de nadeelcompensatie van de productiebeperking voor kolencentrales, is verzocht ook antwoord te geven op de centrale vraag “Welke lessen kunnen we leren uit dit onderzoek voor de toekomstige inzet van nadeelcompensatie?”. Daarmee heeft het onderzoek een lerende insteek. De leerpunten waarover de opdrachtnemer wordt verzocht te adviseren zijn:

- aandachtspunten die meegenomen moeten worden in de ontwikkeling van nieuwe regelgeving, die raakt aan regulering van eigendom onder het EVRM;
- handvatten bij de vormgeving van een nadeelcompensatieregeling waar het gaat om regulering van eigendom onder artikel 1 EP EVRM.

[1] *Kamerstukken II* 2023/24, 36197, nr. 16.

Het onderzoek is verricht door drie onderzoekers verbonden aan de Radboud Universiteit.[2]

2 Aanleiding en politieke achtergrond

2.1 De Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie

De Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie van 20 december 2019 (hierna: Wvk) verbiedt het gebruiken van steenkool als brandstof voor het productieproces van elektriciteit. Deze wet heeft tot doel het reduceren van koolstofdioxide (CO_2) in het licht van de klimaatdoelen[3] waaraan de Nederlandse Staat gebonden is. De Hoge Raad heeft in het *Urgenda*-arrest de Staat geboden dat hij op grond van klimaatverdragen en op grond van artikel 2 en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (verder: 'EVRM') de uitstoot van broeikasgassen tot eind 2020 met minstens 25% reduceert ten opzichte van het jaar 1990, en dat de Staat ook ná 2020 maatregelen neemt.[4] De wetgever heeft in de Klimaatwet opgenomen dat de uitstoot van broeikasgassen in 2030 met 49% en in 2050 met 95% moet zijn gereduceerd.[5] De Wvk is dus een reactie op de verplichting die de Staat heeft om concrete CO_2-reductiemaatregelen te treffen.[6]

Op het moment van inwerkingtreding van de Wvk waren in Nederland vijf kolencentrales actief: de Hemwegcentrale, Amercentrale, MPP3-centrale, Power Plant Rotterdam en Eemshavencentrale.[7] De wetgever was van mening dat het effect van de Wvk op de Hemwegcentrale al voldoende zou zijn voor het voldoen aan de CO_2-reductiedoelstelling van 25% in 2020 ten opzichte van het jaar 1990. Door het lage productierendement van de Hemwegcentrale gold voor deze kolencentrale geen overgangstermijn: uiterlijk op 1 januari 2020 moest de Hemwegcentrale het gebruik van kolen als brandstof staken bij het opwekken van elektriciteit. De Amercentrale van exploitant RWE kreeg een overgangstermijn tot 1 januari 2025. Voor de MPP3-centrale van exploitant Uniper, de Power Plant Rotterdam van exploitant Onyx en de Eemshavencentrale van exploitant RWE geldt een overgangstermijn tot 1 januari 2030. Het gebod om te stoppen met kolenstook voor deze vier kolencentrales diende bij te dragen aan de reductiedoelstelling van 49% in 2030 ten opzichte van het jaar 1990.[8]

Omdat de Hemwegcentrale geen overgangstermijn kreeg, is de exploitant van de Hemwegcentrale financieel gecompenseerd voor het nadeel dat het verbod heeft veroorzaakt: de Minister van Economische Zaken en Klimaat heeft hem een nadeelcompensatie van € 52,5 miljoen toegekend. De overige kolencentrales zijn in dit stadium niet gecompenseerd.

---

2 Prof.mr. M.K.G. (Michiel) Tjepkema, hoogleraar bestuursrecht aan de Radboud Universiteit en hoogleraar overheidsaansprakelijkheid en mijnbouwschade aan de Open Universiteit; mr.dr. M.L. (Michiel) van Emmerik, universitair hoofddocent staatsrecht aan de Radboud Universiteit en mr. C.A. (Colinda) van Drunen, promovenda bestuursrecht aan de Radboud Universiteit.

3 De Overeenkomst van Parijs.

4 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *AB* 2020/24, m.nt. G.A. van der Veen en C.W. Backes (*Staat/Stichting Urgenda*).

5 Wet van 2 juli 2019, *Stb.* 2019, 253.

6 *Kamerstukken II* 2018/19, 35167, nr. 3 (MvT), p. 1-2; *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3 (MvT), p. 2-4.

7 *Kamerstukken II* 2018/19, 35167, nr. 3 (MvT), p. 5.

8 *Kamerstukken II* 2018/19, 35167, nr. 3 (MvT), p. 4: Nederland heeft zich op grond van de Overeenkomst van Parijs en het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' gebonden aan de reductiedoelstelling van 49%.

Exploitant RWE kreeg voor de Amercentrale een overgangsperiode van vijf jaar en voor de Eemshavencentrale een overgangstermijn van tien jaar. Ook Uniper kreeg voor de MPP3-centrale op de Maasvlakte een overgangstermijn van tien jaar. De rechtbank Den Haag heeft hierover uitspraak gedaan en de vordering van RWE en Uniper afgewezen. Hoger beroep is nog aanhangig.[9]

2.2 Productiebeperking en daaropvolgende intrekking

2.2.1 Instrument en doel productiebeperking

De directe aanleiding tot het onderhavige evaluatieonderzoek is de aankondiging van het kabinet op 24 april 2020 dat het genoodzaakt is maatregelen te treffen om *extra* reductie van CO_2-emmissie te bewerkstelligen.[10] In juni 2019 had het kabinet nog maatregelen genomen om aan de reductiedoelstelling van 25% minder CO_2-uitstoot ten opzichte van het jaar 1990 te voldoen, waaronder de sluiting van de Hemwegcentrale. Dat bleek echter onvoldoende te zijn. Dat deze extra reductie noodzakelijk is, heeft het kabinet gebaseerd op geactualiseerde berekeningen uit december 2019 van het Planbureau voor de Leefomgeving.[11] Om een reductie van 25% van CO_2-uitstoot te behalen, waren volgens het Planbureau maatregelen nodig die ervoor zorgen dat 9 tot 11 Megaton CO_2 minder wordt uitgestoten. Het verschil in de verwachte reductie en de daadwerkelijke reductie komt door factoren die bij het maken van dergelijke berekeningen onzeker zijn. Om aan de reductiedoestelling te voldoen komt een reductie van 6 tot 8 Megaton minder CO_2-uitstoot voor rekening van de kolencentrales door hen een productiebeperking op te leggen. De beperking treft feitelijk de drie kolencentrales die op dat moment nog actief waren en kolen tijdens hun productieproces gebruikten.[12] Deze productiebeperking houdt in dat vanaf 1 januari 2022 een productie-installatie per kalenderjaar bij het opwekken van elektriciteit met behulp van kolen niet meer CO_2 mag produceren dan 35% van het aantal Megaton CO_2 dat bij volledige inzet van het 'opgesteld vermogen' van de productie-installatie zou kunnen worden geproduceerd. De productiebeperking is van kracht geworden door een wijziging van de Wvk. De productiebeperking was dus noodzakelijk om aan de reductiedoelstellingen en het *Urgenda*-arrest te voldoen.[13]

2.2.2 Verhouding tot art. 1 EP EVRM / art. 17 EU-Handvest

In deze paragraaf geven we weer wat er in het wetgevingsproces is overwogen over de vraag of en zo ja op welke gronden aan de kolencentrales een compensatie moet worden aangeboden. Daarbij gaan we zowel in op het wetgevingsproces rond het verbod als op het proces rond de nadien gevolgde productiebeperking. In de memorie van toelichting bij de Wvk wordt vooropgesteld dat het gaat om een vorm van regulering van eigendom en dat, zelfs na een eventuele sluiting, geen sprake is van ontneming van eigendom, aangezien na eventuele sluiting

---

9 Rb. Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12628, Rb. Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12635; Rb. Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12653, *AB* 2023/58, m.nt. L.M. Nijenhuis.

10 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3 (MvT); *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, nr. 496, i.h.b. p. 4.

11 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3; *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, nr. 431.

12 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3 (MvT), p. 5-6. De beperking is van kracht op de vier centrales, maar treft effectief drie centrales (vanwege hoge bijstook van biomassa door de Amercentrale).

13 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3 (MvT), p. 1-3; 6.

de centrales hun activa behouden en zij op gunstige locaties (nabij havens) gelegen blijven en de grond zo een aanzienlijke waarde zal behouden.[14] In de memorie van toelichting wordt voorts melding gemaakt van het beginsel 'de vervuiler betaalt', dat rechtvaardigt dat de schade die de centrales lijden voor hun rekening blijft omdat zij ook zelf schade aan het milieu veroorzaken.[15] In deze wet is de keuze gemaakt om de schade van de kolencentrales te vergoeden door het bieden van een overgangsperiode van ruim tien jaar, die de exploitanten van relatief nieuwe centrales gelegenheid geeft om hun schade te beperken als gevolg van het verbod op het gebruik van kolen. Dit was naar het oordeel van het kabinet een toereikende overgangsperiode, zodat zij geen noodzaak zag om te voorzien in aanvullende nadeelcompensatie. Daarbij werd wel onderkend dat eventueel aanvullend compensatie kon worden toegekend als onverhoopt zou blijken dat geen sprake was van een *fair balance*.[16]

Ten aanzien van de *productiebeperking* heeft de wetgever uitdrukkelijk een andere afweging gemaakt en is voorzien in de mogelijkheid om op verzoek een vergoeding toe te kennen wanneer de productiebeperking een schade veroorzaakt die niet voor rekening van de exploitant behoort te blijven, "onder meer met het oog op de rechtszekerheid van de exploitanten".[17] Het toekennen van een vergoeding achtte de wetgever nodig in het kader van het bereiken van een *fair balance* tussen het algemeen belang dat met de productiebeperking wordt gediend en de belangen van de exploitanten die worden geraakt door de inmenging in hun eigendomsrecht.[18] De wetgever heeft getoetst of een *fair balance* bestaat tussen het algemeen belang en de belangen van het individu dat wordt geraakt door de inmenging in het eigendomsrecht, in andere woorden: of sprake is van een rechtvaardig en evenwichtig resultaat. Ter invulling van deze toets slaat de wetgever acht op de geschiktheid en de noodzakelijkheid van het middel (de productiebeperking). Voorts is beoordeeld of de productiebeperking voorzienbaar was en of deze tot het normale bedrijfsrisico behoort. De wetgever achtte de maatregel noodzakelijk om de klimaatdoelen te halen, namelijk om de CO_2-reductiedoelstelling te behalen.

De wetgever gaat in het kader van de productiebeperking ook in op de voorzienbaarheid van de maatregel. In de memorie van toelichting zet de wetgever eerst een algemeen toetsingskader uiteen om de voorzienbaarheid van een maatregel te beoordelen. Bepalend is of de maatregel 'in de lijn van de verwachting ligt, ook al bestond er nog geen concreet zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop de ontwikkeling zich zou voordoen; en voor de *fair balance*-beoordeling is eveneens van belang of een inmenging behoort tot het normale bedrijfsrisico'. Ondernemingen moeten in zijn algemeenheid ermee rekening houden dat overheidsbeleid kan wijzigen en dat deze wijziging gevolgen kan hebben voor hun bedrijfsvoering.[19]

Vervolgens betoogt de wetgever dat de initiële Wvk voorzienbaar had moeten zijn. Door uitspraken van vorige kabinetten en het parlement zou het voor de exploitanten van kolencentrales al lange tijd voorzienbaar zijn geweest dat er op termijn maatregelen zouden

---

14 *Kamerstukken II* 2018/19, 35167, nr. 3 (MvT), p. 8.
15 *Kamerstukken II* 2018/19, 35167, nr. 3 (MvT), p. 10.
16 *Kamerstukken II* 2018/19. 35167, nr. 3 (MvT), p. 11-13.
17 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3 (MvT), p. 6.
18 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3 (MvT), p. 9-10.
19 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3 (MvT), p. 10-11.

worden getroffen die reductie van CO_2-emmissie moet bewerkstelligen. Tijdens de bouw van enkele (nieuwere) centrales was al bekend dat de CO_2-uitstoot van deze centrales tijdens hun levensduur tot nul zou moeten worden teruggebracht. Voor de al langer bestaande centrales uit de jaren negentig was vanaf 2005 voorzienbaar dat CO2-beperkende maatregelen zouden volgen.[20]

Met de Wvk had definitief duidelijkheid moeten worden geschept wanneer het gebruik van kolen als brandstof bij elektriciteitsproductie verboden zou worden: het ontbreken van een overgangstermijn voor de Hemwegcentrale moest bijdragen aan het voldoen van de verplichtingen uit het *Urgenda*-vonnis; en sluiting van de overige kolencentrales aan de reductie uitstoot van 49% in 2030 ten opzichte van het jaar 1990.[21] Volgens de wetgever hadden de exploitanten ook rekening moeten houden met het scenario dat aanvullende maatregelen in het kader van de reductiedoelstellingen nodig waren.[22]

De productiebeperking achtte de wetgever daarentegen *niet* voorzienbaar.[23] Doorslaggevend in het kader van de voorzienbaarheid is de overgangstermijn die in de initiële Wvk werd geboden: een termijn van vijf of tien jaar, zodat de exploitanten hun investeringen (deels) konden terugverdienen en de kolencentrales zodanig kunnen aanpassen dat het productieproces met een andere brandstof dan kolen zou werken, bijvoorbeeld biomassa. Het was voor de exploitanten echter niet voorzienbaar dat deze geboden terugverdienperiode wettelijk beperkt zou worden. De productiebeperking is daarom een 'extra inmenging', in aanvulling op de eerdere inmenging op het eigendomsrecht van de exploitanten door de Wvk.[24] Dit behoort volgens de wetgever niet tot het 'normale bedrijfsrisico' van de exploitanten.

De omstandigheid dat de maatregel ten behoeve van beperking van schade aan het milieu en andere maatschappelijke belangen wordt genomen verandert de uitkomst van deze evenredigheidstoets volgens de wetgever niet: 'het feit dat het voor de bepaling van de *fair balance* in beginsel niet ongerechtvaardigd wordt geacht om de kosten verbonden aan maatregelen ter beperking van schade aan het milieu en andere maatschappelijke belangen voor rekening te laten van bedrijven die schade veroorzaken, doet daar niet aan af.'[25]

2.2.3 Intrekking van de productiebeperking

De productiebeperking heeft uiteindelijk van 1 januari 2022 tot en met 20 juni 2022 gegolden en werd per laatstgenoemde datum ingetrokken.[26] De productiebeperking is daarmee vijf maanden en negentien dagen van kracht geweest. De reden voor de intrekking van de productiebeperking was de vrees vanuit de politiek dat er niet genoeg gas zou zijn om aan de vraag van Nederlandse huishoudens en bedrijven te voldoen, mede in het licht van de inval van

[20] *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3 (MvT), p. 10.
[21] *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3 (MvT), p. 4.
[22] *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3 (MvT), p. 10-11.
[23] *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3 (MvT), p. 11; Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640, p. 5.
[24] *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3 (MvT), p. 11.
[25] *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3 (MvT), p. 11.
[26] *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 3 (MvT), p. 2-3.

Rusland in Oekraïne en de Europese sancties die daarop volgden om deze daad van Rusland internationaalrechtelijk te veroordelen.[27]

De Europese sancties hadden als indirect effect dat de Russische valuta drastisch in waarde daalden.[28] Vanaf 15 juni 2022 is Gazprom via de Nord Stream-pijpleiding ook aan bedrijven – zonder vermelding van reden – minder gas gaan leveren aan verschillende in Europa gevestigde bedrijven. Naast deze gebeurtenissen heeft het kabinet in aanmerking genomen dat de winterperiode van de kalenderjaren 2022 en 2023 voor de boeg lag, met het gevolg dat er op beperkte termijn meer vraag naar energie vanuit Nederlandse huishoudens en bedrijven zou zijn. Op 20 juni 2022 is daarom 'crisisniveau 1' van 'een vroegtijdige waarschuwing' in overeenstemming met het Bescherm- en Herstelplan Gas gaan gelden.[29] Het Bescherm- en Herstelplan Gas is een uitwerking van een Europese verordening die het doel heeft om de gasleveringszekerheid van de Europese lidstaten veilig te stellen.[30] Crisisniveau 1 betekent dat op basis van 'concrete, ernstige en betrouwbare informatie blijkt dat zich een gebeurtenis kan voordoen die de gasleveringssituatie aanzienlijk kan doen verslechteren en kan leiden tot het ontstaan van een alarm- of een noodsituatieniveau.'[31]

3 De discussie tussen regering en parlement over nadeelcompensatie naar aanleiding van de productiebeperking

3.1 Debat over rechtsgrondslag en omvang nadeelcompensatie

Zoals gesteld, heeft de wetgever voorzien in de mogelijkheid om op verzoek nadeelcompensatie toe te kennen wanneer de exploitanten van een kolencentrales nadeel van de productiebeperking ondervinden. De rechtsgrondslag voor de nadeelcompensatie is gelegen in artikel 1, Eerste Protocol bij het EVRM: het recht op ongestoord genot van eigendom. De parameters voor het toekennen voor de nadeelcompensatie en de berekeningsmethode zijn opgenomen in een afzonderlijke regeling, namelijk het Besluit nadeelcompensatie productiebeperking kolencentrales.[32] Via een voorhangprocedure hebben de Kamers de gelegenheid gekregen om zich over het besluit uit te laten;[33] ook heeft nog een vertrouwelijke technische briefing plaatsgevonden. De discussie over de parameters en berekeningsmethode is daarom in een later stadium gevoerd dan de discussie over de productiebeperking zelf.

3.2 Parlementaire behandeling van de wijziging van de Wvk

Tijdens de parlementaire behandeling van de productiebeperking zijn er verschillende Kamervragen gesteld over de nadeelcompensatie. De vragen zien vooral op de berekening van de hoogte van de nadeelcompensatie en hoe verstrekte subsidies in deze berekening worden

---

27 *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 3 (MvT), p. 2.
28 *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 3 (MvT), p. 2; *Kamerstukken II* 2021/22, 29023, nr. 308 (Kamerbrief d.d. 3 juni 2022).
29 *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 3 (MvT), p. 2.
30 Verordening (EU) nr. 2017/1938 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2017 betreffende maatregelen tot veiligstelling van de gasleveringszekerheid en houdende intrekking van Verordening (EU) nr. 994/2010 (*PbEU* 2017, L 280/30).
31 Art. 11 lid 1 Verordening (EU) nr. 2017/1938.
32 Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640.
33 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 11 (Amendement lid Grinwis).

meegenomen. Ook is er vanuit verschillende fracties de vraag gesteld hoe overcompensatie wordt voorkomen. Enkele Kamerleden hebben gevraagd hoe op correcte wijze wordt vastgesteld of er al dan niet een vergoeding dient te worden toegekend en hoe wordt bepaald of schade een gevolg is van de productiebeperking en niet voor rekening van de exploitant behoort te blijven.[34] Andere leden hebben gevraagd of nadeelcompensatie 'juridisch wel noodzakelijk' is.[35] Ook is de vraag gesteld hoe de subsidie Aanvragen Stimulering Duurzame Energieproductie en Klimaattransitie (SDE++) zich verhoudt tot de nadeelcompensatie en hoe in dit verband overcompensatie wordt voorkomen.[36] Voorts heeft een enkele fractie gevraagd hoe wordt voorkomen dat exploitanten van kolencentrales onnodig worden gecompenseerd en welke rol de toe te passen berekeningsmethode daarbij heeft.[37]

Volgens de minister wordt nadeelcompensatie alleen geboden voor het nadeel dat een direct gevolg is van de productiebeperking en niet onderdeel is van het reguliere ondernemingsrisico van de exploitanten. Het gaat om compensatie van de beperkte verdiencapaciteiten van de exploitanten, die niet voorzienbaar was. In het licht van de inmenging in het eigendomsrecht van de exploitanten, is in het wetsvoorstel de bepaling opgenomen om op verzoek van de exploitanten nadeelcompensatie toe te kennen. Er wordt advies ingeroepen van een adviseur om dit te beoordelen. Dit geldt ook voor het gevaar van overcompensatie door de SDE+-subsidie: overcompensatie wordt voorkomen door het inschakelen van een deskundige en onafhankelijke adviseur en door de Europese Commissie te laten toetsen op onrechtmatige staatssteun. De minister stelt dat gemiste SDE+-subsidie onderdeel is van de berekening.[38] De berekeningsmethode werd aanbevolen door (onafhankelijke) adviseurs en toekomstige marktontwikkelingen werden in de rekenmethode verdisconteerd.

Over de voorzienbaarheid en het ondernemersrisico van de exploitanten zijn ook in de Eerste Kamer vragen gesteld.[39] Enkele leden hebben de minister gevraagd om commentaar te geven op een artikel van *Follow the Money* van 8 mei 2020, waaruit zou blijken dat de exploitanten hun ondernemersrisico op de belastingbetaler proberen af te schuiven.[40] Het antwoord hierop luidt dat de belastingbetaler niet opdraait voor het ondernemersrisico en dat de schade die voor rekening van de exploitanten behoort te blijven geen onderdeel van de nadeelcompensatie zal zijn.[41] Ook wordt gevraagd of het niet verstandiger zou zijn om te stellen dat de productiebeperking een ondernemingsrisico is geweest, omdat het beperken van de uitstoot al langer 'in de pen zat' en het kenbaar was dat dit voor de afschrijving van de centrales zou plaatsvinden.[42] Volgens de regering was het voor de exploitanten wel voorzienbaar dat op

---

34 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 6, p. 8 (Kamervraag 12).
35 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 6, p. 9-10 (Kamervraag 16) en *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 6, p. 21 (Kamervraag 37).
36 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 6, p. 7-8 (Kamervraag 11).
37 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 6, p. 9-10 (Kamervraag 16).
38 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 6, p. 7-8.
39 *Kamerstukken I* 2020/21, 35668, nr. C.
40 *Kamerstukken I* 2020/21, 35668, nr. C (Kamervragen 17 en 18).
41 *Kamerstukken I* 2020/21, 35668, nr. C, p. 10-11.
42 *Kamerstukken I* 2020/21, 35668, nr. C (Kamervraag 19).

termijn maatregelen zouden worden getroffen, maar niet dat de productiebeperking op zo een korte termijn zou plaatsvinden.[43]

Kamermoties en reactie minister

Ondertussen werd duidelijk dat de exploitanten van de kolencentrales om flinke sommen nadeelcompensatie verzochten. Hierover is op 11 mei 2021 een motie ingediend waarin wordt geconstateerd dat Uniper en RWE miljarden aan belastinggeld claimen, terwijl de klimaatmaatregelen noodzakelijk zijn. Ook zijn de indieners van mening dat bedrijven de klimaatmaatregelen wél hadden kunnen zien aankomen. Zij verzoeken de regering hier wetenschappelijk onderzoek naar te laten verrichten.[44] Ook is een motie ingediend die met de eerder genoemde motie deels overlapt.[45] Een andere motie, van dezelfde datum, verzoekt de regering om voor een rekenmethode te kiezen die naast een 'ex-anteanalyse' ook een 'ex-postelement' bevat. De elektriciteitsmarkt zou namelijk 'zeer volatiel zijn', waardoor marktprijzen aanzienlijk kunnen schommelen. Hierdoor zou volgens deze Kamerleden een groot risico op overcompensatie bestaan. De Kamerleden verzoeken om een rekenmethode toe te passen waarmee zo dicht mogelijk bij de marktontwikkelingen wordt aangesloten om het risico op overcompensatie zoveel mogelijk te minimaliseren.[46] De minister is daarentegen van mening dat de methodiek en parameters voor het toekennen van nadeelcompensatie in het licht van de rechtszekerheid kenbaar moeten zijn, zodat het wetsvoorstel inhoudende de productiebeperking onder andere de *fair balance*-toets van artikel 1 EP EVRM doorstaat.[47] Wel acht de minister dat de nadeelcompensatie zo dicht mogelijk bij het nadeel moet blijven dat de exploitanten ondervinden door de productiebeperking. Overcompensatie zou onrechtmatige staatssteun zijn, waardoor de nadeelcompensatie zou moeten worden teruggevorderd.[48]

3.3 Kamerdebat over de intrekking van de productiebeperking

Nog voordat de staatssecretaris een besluit had genomen over de verzoeken om nadeelcompensatie, is de productiebeperking ingetrokken. Dit heeft ertoe geleid dat tijdens de parlementaire behandeling van de wetswijziging inhoudende de intrekking van de productiebeperking nog Kamervragen zijn gesteld over de verzochte of verstrekte nadeelcompensaties.[49] De vragen zien met name op de hoogte van de reeds toegekende nadeelcompensaties, hoe de hoogte van de nadeelcompensatie wordt bepaald ('parameters'), de invloed van internationaal recht waaraan Nederland is gebonden (art. 1 EP EVRM) en de invloed van rechterlijke uitspraken in andere landen (Duitsland).

Enkele Kamerleden hebben de minister gevraagd naar de hoogte van de toe te kennen nadeelcompensaties en of het intrekken van de productiebeperking invloed op de hoogte van de nadeelcompensaties heeft. Eén Kamerfractie vraagt hoe hoog de kosten zijn voor de

---

43 *Kamerstukken I* 2020/21, 35668, nr. C, p. 11-12.
44 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 29 (Motie van het Lid Van Raan c.s.).
45 Deze motie ziet vooral op de Energy Charter Treaty, zie *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 32 (Motie van het lid Leijten).
46 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 31 (Motie van het Lid Van der Lee c.s.).
47 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 44 (Brief van de minister van EZK, 17 mei 2021).
48 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 44 (Brief van de minister van EZK, 17 mei 2021).
49 *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 5; *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 6.

nadeelcompensatie in de eerste maanden van 2022 en of de regering een inschatting kan maken van de toe te kennen nadeelcompensatiebedragen en met de Kamer kan delen.[50] Een andere fractie wil duidelijkheid over de hoogte van de toe te kennen nadeelcompensatiebedragen. Uit een eerdere brief van de minister bleek dat de drie exploitanten voor ongeveer € 1,9 miljard aan nadeelcompensatie hebben aangevraagd, waarvan het overgrote deel voor het jaar 2022 was. Enkele Kamerleden vragen wat het effect van het intrekken van de productiebeperking is op het aangevraagde bedrag aan nadeelcompensatie: hoeveel van de € 1,9 miljard blijft over nu de productiebeperking per 21 juni 2022 is ingetrokken?[51] Op het moment van het stellen van deze Kamervraag heeft de minister geen precies antwoord kunnen formuleren op de hoogte van de nadeelcompensatie. Wel schatte de minister in dat de toe te kennen nadeelcompensaties fors zouden zijn wegens marktontwikkelingen. De energieprijzen waren op dat moment namelijk erg hoog. Andere Kamerleden vragen of de intrekking van de productiebeperking van invloed is op de hoogte van de nadeelcompensatie.[52] Veranderingen van marktprijzen van ná voornoemde datum hebben volgens de minister echter geen invloed op de te berekenen nadeelcompensatie. Het peilmoment voor het berekenen van de nadeelcompensatie was namelijk een dag voor inwerkingtreding van het Besluit nadeelcompensatie productiebeperking kolencentrales was, namelijk 21 december 2021.

Enkele Kamerleden vinden de schadevergoedingen ‘moreel gezien niet uitlegbaar’ in het licht van de energiecrisis en de hoge winsten die de kolencentrales maken. Dit komt volgens deze leden door de berekeningswijze van de nadeelcompensatie: er wordt geen rekening gehouden met de hoge winsten en ze komen door de wijze van berekening in aanmerking voor een hoger bedrag aan nadeelcompensatie. Zij vragen daarom aan de regering welke mogelijkheden zij ziet om de exploitanten van de kolencentrales ertoe te bewegen om af te zien van nadeelcompensatie.[53] Ook andere Kamerleden vragen welk effect de hoge winstmarges in energieproductie als gevolg van de stijging van energieprijzen heeft op het bepalen van de uiteindelijke hoogte van de nadeelcompensatie.[54] De minister antwoordde hierop dat ‘het niet past om een partij die nadeel heeft ondervonden te vragen af te zien van een vergoeding van het geleden nadeel’.[55] De Wvk bepaalt in artikel 4, tweede tot en met het zesde lid, dat schade als gevolg van de productiebeperking niet voor rekening van de exploitanten behoeft te blijven om de evenredigheid van het wettelijke gebod te waarborgen. Regulering van eigendom is volgens de minister aan beperkingen op grond van artikel 1 EP EVRM onderworpen. Door te voorzien in nadeelcompensatie kan de productiebeperking de evenredigheidstoets van artikel 1 EP EVRM doorstaan.[56] De leden van de SP-fractie hebben tenslotte gevraagd welk effect klimaat- en milieuschade heeft in het bepalen van de hoogte van de nadeelcompensatie.[57] Volgens de

[50] *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 6, p. 8-9 (Kamervraag 18).
[51] *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 6, p. 11 (Kamervraag 26).
[52] *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 6, p. 9 (Kamervraag 19).
[53] *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 6, p. 10 (Kamervraag 24).
[54] *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 6, p. 13; 10 (Kamervraag 35).
[55] *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 6, p. 10.
[56] *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 6, p. 10.
[57] *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 6, p. 13-14 (Kamervraag 36, eerste volzin).

minister worden de benodigde ETS-rechten waarmee de CO_2-uitstoot van de kolencentrales via het EU-ETS wordt belast meegenomen in de bepaling van de nadeelcompensatie.[58]

3.4 Verzochte en toegekende nadeelcompensaties

Uiteindelijk heeft de minister op grond van artikel 4 van de Wvk aan exploitant RWE voor een verminderde productie in de Eemshaven € 331,8 miljoen nadeelcompensatie toegekend, bestaande uit € 318,3 miljoen euro nadeelcompensatie en € 13,5 miljoen euro rentevergoeding.[59] Aan exploitant Uniper is een bedrag van € 165,3 miljoen toegekend, bestaande uit € 158,8 miljoen nadeelcompensatie en € 6,5 miljoen rentevergoeding.[60] Aan exploitant Onyx ten behoeve van de Power Plant Rotterdam is geen nadeelcompensatie toegekend.[61]

Overzicht nadeelcompensatiebesluiten n.a.v. de productiebeperking

Uniper – MPP3-centrale (Maasvlakte)	€ 165,3 miljoen compensatie
Onyx – Power Plant Rotterdam (Maasvlakte)	Afwijzing nadeelcompensatieverzoek
RWE – Eemshavencentrale	€ 331,8 miljoen compensatie
RWE – Amercentrale	Niet door de productiebeperking getroffen, wel door de Wvk

4 Schadebepaling

Hiervoor is duidelijk geworden dat er in het debat met de kamer de nodige discussie is geweest over de bepaling van de hoogte van de schade. Kamerleden waren sterk gebrand op het voorkomen van overcompensatie en wilden inzicht in de wijze waarop de hoogte van de schade is bepaald. Daarover stelde de minister dat deze schade hoog kon uitvallen gelet op de destijds hoge energieprijzen. Zoals we zagen heeft de minister telkens de nadruk gelegd op de noodzaak om de kolencentrales rechtszekerheid te bieden over de vraag in hoeverre hun schade gecompenseerd wordt en op basis van welke methodes dit gebeurt.

De nota van toelichting bij het Besluit nadeelcompensatie geeft meer informatie over de keuze voor het moment van berekening en de wijze van berekening. Volgens de staatssecretaris gelden bij het vaststellen van de nadeelcompensatie in het Europese en nationale recht twee belangrijke uitgangspunten. Ten eerste moet de compensatie zo objectief mogelijk aansluiten bij het door de productie-installaties geleden financieel nadeel. Ten tweede mogen er zo min mogelijk (administratieve) lasten, procedurele beperkingen of onzekerheden optreden voor bedrijven. Bovendien dient in het kader van de *fair balance*-toets vooraf duidelijkheid te bestaan over de

[58] *Kamerstukken II* 2022/23, 36197, nr. 6, p. 13-14.
[59] *Kamerstukken II* 2022/23, 35668, nr. 51 (Brief van de minister van EZK, 18 september 2023).
[60] *Kamerstukken II* 2023/24, 35668, nr. 52 (Brief van de minister van EZK, 27 februari 2024).
[61] *Kamerstukken II* 2023/24, 35668, nr. 53 (Brief van de minister van EZK, 3 oktober 2024).

methodologie en de omvang van de nadeelcompensatie die de rechthebbende kan verwachten.[62] Uiteindelijk is ervoor gekozen om bij de schadebepaling aan te sluiten bij de marktprijzen die golden op *de dag voor de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin het koninklijk besluit, inhoudende de wijziging van de Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie, in het Staatsblad werd geplaatst*. In deze paragraaf staan we stil bij de vraag hoe deze keuze zich verhoudt tot het algemene nadeelcompensatierecht.

4.1 Het Besluit nadeelcompensatie productiebeperking kolencentrales

Het Besluit nadeelcompensatie productiebeperking kolencentrales bevat de parameters voor het toekennen van nadeelcompensatie en de berekeningsmethode. Om te beginnen bepaalt het Besluit dat de vergoeding wordt berekend over de periode waarin de productiebeperking van kracht is.[63] De hoogte van de vergoeding wordt vervolgens vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de waarde van de verwachte netto vrije kastroom zonder dat de maatregel zou worden toegepast en de waarde van de verwachte netto vrije kasstroom bij toepassing van de maatregel.[64] Met andere woorden: het verschil tussen de huidige waarde van de toekomstige netto vrije kasstroom zonder en mét de productiebeperking bepaalt de hoogte van de schade. De uitkomst van deze berekening wordt vermenigvuldigd met een 'markconforme disconteringsvoet'.[65] Dit is een marktconform percentage dat het rendement van een investering tot uitdrukking brengt:

> *Vergoeding = disconteringsvoet * (verwachte netto vrije kasstroom zonder productiebeperking – verwachte netto vrije kasstroom met productiebeperking)*

De netto vrije kasstroom wordt berekend door de verwachte kosten van een productie-installatie in mindering te brengen op de verwachte inkomsten die door de productie-installatie worden gegenereerd:

> *Netto vrije kasstroom = verwachte brutomarge - operationele kosten - vennootschapsbelasting – investeringskosten*

De brutomarge wordt bepaald door het 'productievolume' te vermenigvuldigen met een 'representatieve en marktconforme verwachting van de elektriciteitsprijs'. Het gaat hier om zogeheten 'forwardprijzen': de verwachte prijzen voor een bepaalde dag in de toekomst. De forwardprijzen kunnen gelden voor alle uren van de dag, alleen piekuren of alleen niet-piekuren. Deze prijs wordt bepaald met behulp van termijnmarktinformatie die bekend was op de dag voor de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin het koninklijk besluit, inhoudende de wijziging van de Wvk, in het Staatsblad werd geplaatst.[66] Daarbij wordt uitgegaan van een tiendaags gemiddelde van de prijzen op basis van kalenderdagen (althans handelsdagen, dus niet de weekeinddagen, waarop geen prijsinformatie beschikbaar is), om zo te corrigeren voor

---

62 Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640, p. 6.
63 Art. 2 lid 1 Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640.
64 Art. 2 lid 2 Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640.
65 Art. 3 lid 1 Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640.
66 Art. 3 lid 3 Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640.

extreme uitschieters: als de verwachte prijs meer dan 5% afwijkt van het tiendaags gemiddelde van de verwachte prijs voorafgaand aan de dag van inwerkingtreding van de wet, wordt gebruik gemaakt van het tiendaags gemiddelde van de verwachte elektriciteitsprijs.

De uitkomst wordt voorts gecorrigeerd voor de verwachte kosten van CO_2-uitstoot, kolen en overige directe variabele kosten. Ook worden de doelmatigheid en verwachte beschikbaarheid van de productie-installatie en de gevolgen voor bestaande subsidies en overige inkomsten (anders dan door de productie) in acht genomen bij het berekenen van de brutomarge.[67] Van de brutowinstmarge moeten, zoals de formule hierboven duidelijk maakt, de operationele kosten en de investeringskosten worden afgetrokken. Tot de operationele kosten behoren de verwachte personeelskosten, de verwachte kosten voor regulier onderhoud van de installaties en de verwachte kosten voor *overhead*.[68] De investeringskosten bestaan uit de reguliere investeringen, mutaties in werkkapitaal en revisies.[69] Daarnaast wordt de hoogte van het nadeelcompensatiebedrag beïnvloed door de volgende factoren: 1) kosten die worden gemaakt door niet-nakoming van overeenkomsten als gevolg van de maatregelen; 2) aanvullende personeelskosten als gevolg van de maatregel; en 3) redelijke kosten voor het voorkomen of beperken van schade.[70]

De nadeelcompensatie wordt *ex ante* vastgesteld, omdat daarmee de hoogte van het nadeel dat ten gevolge van de productiebeperking wordt geleden zo objectief mogelijk kan worden bepaald. Bij het hanteren van een *ex post*-berekening zou het mogelijk zijn dat marktprijzen door de productiebeperking worden beïnvloed. Dat kan een objectieve berekening belemmeren, aangezien een vergelijking wordt gemaakt tussen de situatie mét en zonder productiebeperking (zie hiervoor). Ook zouden exploitanten keuzes kunnen maken die het nadeel kunnen verhogen, hetgeen achteraf niet vast te stellen zou zijn. Een voorbeeld dat de staatssecretaris geeft is het 'gunstig' plannen van onderhoudswerkzaamheden aan een productie-installatie. Ook zouden aan een *ex ante*-benadering minder (administratieve) lasten verbonden zijn dan aan een *ex post*-benadering.[71] Het Europese staatssteunrecht zou bovendien tot een *ex ante*-berekening verplichten: op grond van het staatssteunrecht moeten de parameters en de methode van nadeelcompensatie van tevoren voldoende duidelijk zijn om te beoordelen of sprake is van compensatie die niet verder gaat dan nodig is – en overcompensatie kan worden voorkomen.[72]

Niet alleen de *ex ante*-rekenmethode, maar ook de keuze om de hoogte van het nadeel op basis van de verwachte gemiste netto vrije kasstroom te berekenen (dus de netto vrije kasstroom zonder productiebeperking) geeft het meest objectieve beeld van het geleden nadeel vergeleken met andere rekenmethodes.[73] Door de toekomstige netto vrije kasstroom te verdisconteren zou overcompensatie worden voorkomen. Door de verdiscontering wordt een onzekerheidsmarge

---

67 Art. 3 lid 2 Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640.
68 Art. 3 lid 4 Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640.
69 Art. 3 lid 5 Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640.
70 Art. 2 lid 3 Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640.
71 Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640, p. 6.
72 Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640, p. 7.
73 Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640, p. 8.

in acht genomen die het ondernemersrisico reflecteert. Het ondernemersrisico blijft op deze manier voor rekening van de onderneming, aldus de regering in de toelichting bij het Besluit.[74]

Achteraf wordt jaarlijks beoordeeld of de exploitant daadwerkelijk door de maatregelen is benadeeld. Op grond van het Besluit nadeelcompensatie dient alleen schade te worden vergoed die niet voor rekening van de exploitant moet blijven: 'als blijkt dat een productie-installatie niet is benadeeld door de maatregel, vervalt ook de grond om voor het geleden nadeel te compenseren aan de exploitant.'[75] In dat geval vindt een verrekening plaats.[76] De toelichting bij het Besluit nadeelcompensatie onderscheidt vervolgens twee scenario's waarin een exploitant géén nadeel door de productiebeperking heeft ondervonden.

Kamerdebat over het Besluit nadeelcompensatie productiebeperking kolencentrales

Verschillende fracties hebben zich naar aanleiding van het ontwerpbesluit afgevraagd hoe overcompensatie wordt voorkomen.[77] Volgens de staatssecretaris bevat het Besluit nadeelcompensatie een *ex-post* mechanisme, waarmee jaarlijks wordt getoetst of 'daadwerkelijk sprake is geweest van een beperkende werking van de maatregel'.[78] Bij het *ex-post* correctiemechanisme wordt dagelijks de winstgevendheid van de centrales berekend op basis van de marktinformatie die op die dag beschikbaar is. Hiermee wordt met het *ex-post* correctiemechanisme de meest recente marktinformatie gehanteerd die beschikbaar is, waaronder de elektriciteitsprijs.[79] Sommige Kamerleden hadden 'grote zorgen' over het ontwerpbesluit en vroegen hoe de staatssecretaris zich ervan heeft verzekerd dat de overheid niet veel te veel betaalt aan de kolencentrales.[80] Enkele leden wezen erop dat de schade wel voorzienbaar was, aangezien al decennia werd gesproken over het beperken van CO_2-emmissies. Daarom zou de schade behoren tot het ondernemersrisico van de exploitanten.[81] Ook stelden enkele leden dat de fossiele industrie eind jaren zeventig reeds op de hoogte was van het 'ontwrichtende effect van hun verdienmodel op het klimaat' en dat in '1996 al een speciale klimaatcommissie van de Tweede Kamer adviseerde om het voorzorgsbeginsel voorop te plaatsen in het klimaatbeleid'. Opvolgende kabinetten zouden echter ervoor hebben gekozen om hun verantwoordelijkheid te negeren om toekomstige generaties te beschermen tegen de gevaarlijke gevolgen van de klimaatcrisis: de Minister van Economische Zaken sprak in 2003 zijn voorkeur uit voor de bouw van de nieuwe kolencentrales. Daarmee zou de minister ten onrechte het beeld hebben geschetst dat de kolencentrales een gewenste ontwikkeling waren.[82] De staatssecretaris antwoordde dat weliswaar decennia wordt gesproken over het beperken van CO_2-emmissies en dat exploitanten al voor hun investeringsbeslissingen wisten of behoorden te weten dat zij hun CO_2-uitstoot aanzienlijk zouden moesten reduceren – oplopend tot nul

[74] Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640, p. 9-10.
[75] Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640, p. 11.
[76] Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640, p. 11.
[77] *Kamerstukken II* 2022/23, 35668, nr. 47, p. 2.
[78] *Kamerstukken II* 2022/23, 35668, nr. 47, p. 2, 3; 9.
[79] *Kamerstukken II* 2022/23, 35668, nr. 47, p. 3.
[80] *Kamerstukken II* 2022/23, 35668, nr. 47.
[81] *Kamerstukken II* 2022/23, 35668, nr. 47, p. 14.
[82] *Kamerstukken II* 2022/23, 35668, nr. 47, p. 14.

emissies. De productiebeperking was echter niet voorzienbaar, omdat deze maatregel op zeer korte termijn in werking trad.[83]

Vanuit de Kamer is ook de vraag gesteld waarom als peilmoment de datum van de uitgifte van het Staatsblad is gekozen (en het aan die dag voorafgaand tiendaags gemiddelde als controle), aangezien de energieprijzen op dat moment erg onstabiel waren. In dit verband wordt tevens gevraagd waarom niet voor een lager gemiddelde was gekozen en de prijs niet wordt gemonitord ter controle.[84] Volgens de staatssecretaris is daarvoor gekozen, omdat de prijzen op voornoemde peildatum niet door de maatregelen is beïnvloed. Deze methode is bovendien goedgekeurd door de Europese Commissie bij het compenseren van de Hemwegcentrale. Er is bovendien niet gekozen voor een langer gemiddelde voor het berekenen van de prijzen, omdat oude prijzen in het gemiddelde zouden worden verwerkt die op 'achterhaalde marktprijzen' zijn gebaseerd. Het uitgangspunt is dat de prijsverwachtingen op het peilmoment de beste prijsverwachtingen zijn die ook rekenschap zouden geven van de 'technische mogelijkheden' tussen dat peilmoment en 2024.[85]

4.2 Bepaling schade kolencentrales tegen de achtergrond van jurisprudentie over nadeelcompensatie

In de gangbare en algemeen aanvaarde wijze van berekening van inkomensschade in de context van nadeelcompensatie wordt schade in beginsel concreet berekend door een vergelijking te maken van het werkelijk gerealiseerde inkomen/winst met het inkomen/winst die in deze periode gerealiseerd zou zijn indien geen sprake was geweest van de bewuste schadeoorzaak. Het inkomen/de winst zonder schadeoorzaak wordt meestal gebaseerd op de gerealiseerde brutowinst in de jaren direct voorafgaand aan de schadeperiode, gecorrigeerd met de algemene omzetontwikkeling in de branche van de aanvrager.[86] Ook kan gecorrigeerd worden voor inflatie, terwijl de gederfde omzet op zijn beurt soms wordt vermenigvuldigd met een brutowinstpercentage dat representatief is voor de branche om de gederfde winst te berekenen. Dit percentage betreft doorgaans het gewogen gemiddelde van de behaalde brutowinst en de behaalde omzet in de referentieperiode. Op de gederfde winst worden vervolgens nog kostenbesparingen in mindering gebracht om tot het uiteindelijke schadebedrag te komen.

De referentieperiode bestaat meestal uit drie of vijf jaar, waarbij rekening kan worden gehouden met correcties. Zo kan er rekening worden gehouden met het feit dat in de referentieperiode al eerder schade werd geleden, de normomzet alleen maar kan worden geschat,[87] of de

---

83 *Kamerstukken II* 2022/23, 35668, nr. 47, p. 10-11.
84 *Kamerstukken II* 2022/23, 35668, nr. 47, p. 18.
85 *Kamerstukken II* 2022/23, 35668, nr. 47, p. 18-19.
86 I.P.A. van Heijst, *Planschade en nadeelcompensatie*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2017, p. 215 e.v.
87 ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:336, r.o. 4.1 e.v. (het ging om een schatting van het aantal klanten dat als gevolg van deze aanpassing niet meer per fiets naar de desbetreffende supermarkt kwam).

inkomensschade wordt geleden door een startende onderneming.[88] In de bekende uitspraak *AH Casssandraplein* overweegt de Afdeling in dit kader:

> "Binnen het stelsel van nadeelcompensatie wordt de omvang van de gestelde schade doorgaans berekend door de in de schadeperiode gerealiseerde omzetten en daaraan gerelateerde brutowinsten te vergelijken met de gerealiseerde omzetten en daaraan gerelateerde brutowinsten in een referentieperiode. Uitgangspunt daarbij is dat deze periode in voldoende mate representatief dient te zijn voor de ontwikkeling van de omzetten en/of brutowinsten in de schadeperiode, de schadeveroorzakende ontwikkeling weggedacht. Zoals AH Cassandraplein terecht betoogt, is het gebruikelijk om van een periode van drie jaar uit te gaan en bij een stabiel verloop van de omzetten deze te middelen en de uitkomsten daarvan als referentieomzet te hanteren, voor zover nodig onder toepassing van een correctie vanwege branche-, markt- en concurrentieverhoudingen en inflatie. Van dit uitgangspunt kan en moet soms worden afgeweken. Daarvoor kan aanleiding zijn indien de omzetontwikkeling over deze drie jaren een bestendig dalende of stijgende ontwikkeling laat zien. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 13 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ3966. In het geval van een bestendig stijgende omzet zou middeling over drie jaren immers tot gevolg hebben dat de verbetering van de omzet voorafgaande aan de schadeperiode niet wordt betrokken bij de schadeberekening."[89]

De schadeberekening naar aanleiding van de productiebeperking wijkt van dit stramien af. Wij kennen althans geen duidelijke precedenten waarin voor de berekening van de schade wordt aangesloten bij de berekende prijs onmiddellijk voorafgaand aan de beperkende maatregel. Kern van de wijze van berekening waarvoor in het besluit is gekozen, is dat deze niet terugkijkt, maar werkt met een prognose van de inkomsten in de situatie met en zonder de maatregel.[90] Er wordt in dit verband gebruik gemaakt van 'termijnmarktprijzen', die een objectief beeld geven van toekomstverwachtingen en van bedrijfsspecifieke kenmerken.[91] Dat betekent echter niet dat de gekozen methode niet aanvaardbaar zou zijn. Immers, door vooruit te kijken kon een zo objectief mogelijk beeld worden verkregen van het geleden nadeel, zoals een methode die uitgaat van historische winstgevendheid. Zou juist worden teruggekeken, zo maakt de toelichting bij het Besluit duidelijk, dan zou geen rekenschap worden gegeven van veranderingen in (toekomstige) marktomstandigheden.

Uitgaande van een systeem waarbij niet de in het verleden behaalde resultaten maatgevend zijn maar de in de toekomst te genereren resultaten, heeft de minister er voor gekozen te werken met een zogenaamde 'forwardcurve': prijzen die niet achteruit-, maar vooruitkijken. Dit is, zoals gesteld, gedaan omdat vooruitkijkende prijzen een beter inschatting geven van de

---

88 ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3819, r.o. 5 (*Einduitspraak Urilift*). Omdat sprake was van een startende onderneming kon de feitelijk na de planologische wijziging behaalde omzet niet worden vergeleken met de omzet uit daaraan voorafgaande referentiejaren. Dit werd opgelost door de feitelijk gerealiseerde omzet te vergelijken met een over zeven deelperiodes geschatte omzet. Deze oplossing werd door de Afdeling geaccepteerd.

89 ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1650, *AB* 2016/363, m.nt. M.K.G. Tjepkema.

90 Besluit van 16 december 2021, Stb. 2021, 640, p. 11.

91 Besluit van 16 december 2021, Stb. 2021, 640, p. 8.

toekomst – waarin de schade immers geleden zal worden – dan een 'terugrekenen' op basis van enkele referentiejaren vóór de productiebeperking.[92] In die forwardcurve is alle informatie opgenomen die op dat moment bekend is. Een dergelijke methode lag te meer voor de hand aangezien er toekomstige elektriciteitsprijzen zijn. De relatief uitvoerige beschrijving van de berekening van de schade hiervoor laat zien dat beoogd is om elke vorm van overcompensatie zoveel mogelijk te vermijden, waaronder het ex post-mechanisme en het tiendaags gemiddelde.

Wij wijzen erop dat in de jurisprudentie over nadeelcompensatie vaak wordt benadrukt dat "bij het begroten van schades (…) altijd keuzes [moeten] worden gemaakt. Het gaat erom dat die keuzes redelijk en aanvaardbaar zijn."[93] Dat een bepaalde methode geen gangbaar of algemeen geaccepteerd uitgangspunt is voor de begroting van schade, betekent niet dat deze methode reeds daarom onjuist of ondeugdelijk is.[94] Daar komt tot slot nog bij dat de minister zich heeft laten adviseren door deskundigen van KPMG, die op het punt van taxatievragen bij uitstek kundig zijn en op welk punt de rechter enige afstand dient te bewaren.[95] Gelet op al deze omstandigheden zien wij geen redenen om te oordelen dat de onderhavige wijze van schadebepaling niet redelijk en aanvaardbaar is.

5 Voorzienbaarheid

5.1 Nogmaals het Besluit nadeelcompensatie productiebeperking kolencentrales

Een voor dit evaluatieonderzoek belangrijke vraag is hoe is gekomen tot het besluit dat nadeelcompensatie moet worden toegekend en hoe vervolgens de omvang van de nadeelcompensatie is bepaald. Hiervoor is al weergegeven welk standpunt in de memorie van toelichting is ingenomen over de verplichting tot nadeelcompensatie en is op hoofdlijnen dit debat weergegeven. De uiteindelijke nadeelcompensatie is gebaseerd op het Besluit nadeelcompensatie productiebeperking kolencentrales.[96] De reden om dit Besluit vast te stellen is de opvatting van de minister dat een compensatie geboden is in het licht van art. 1 Eerste Protocol (EP) van het EVRM, dat het recht op eigendom omvat:

> "De inmenging in het eigendomsrecht moet voldoen aan een aantal eisen, waaronder evenredigheid. Er moet sprake zijn van een *fair balance* tussen het algemeen belang dat met de tijdelijke productiebeperking is gediend en de belangen van de bedrijven die worden geraakt door de regulering van het eigendom. Nadeelcompensatie is in dit geval noodzakelijk om een *fair balance* tussen het algemeen belang en de belangen van de desbetreffende bedrijven te bereiken."[97]

---

92 Zeker in het onderhavige tijdvak zou het beeld vertekend zijn geweest, omdat in de COVID-jaren sprake was van een veel lager dan gewoonlijke elektriciteitsproductie.

93 ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, r.o. 4 (*Overzichtsuitspraak*); ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3819, r.o. 5 (*Einduitspraak Urilift*).

94 ABRvS 2 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:274.

95 ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:, sub 8.11 ('De bestuursrechter kan een taxatie slechts terughoudend toetsen [nu] daarbij ook de kennis, ervaring en intuïtie van de desbetreffende deskundigen een rol spelen.')

96 *Stb*. 2021, 640 en inwerkingtredingsbesluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 641.

97 *Kamerstukken I* 2020/21, 35668, C, p. 8, p. 11.

Het Besluit noch de toelichting verwijst uitdrukkelijk naar het égalitébeginsel, maar wij gaan ervan uit dat de nadeelcompensatie in dit beginsel haar grondslag vindt, aangezien de minister stelt dat het uitgangspunt van het Besluit is dat 'een vergoeding wordt gegeven voor onevenredige schade die ontstaat door rechtmatig overheidshandelen', waarbij zij tevens verwijst naar het aan het égalitébeginsel verbonden criterium van het 'normale ondernemersrisico'.[98] Elders verwijst de minister voorts naar het criterium van de voorzienbaarheid, stellend dat de specifieke maatregel van de productiebeperking voor de bedrijven niet voorzienbaar was.[99] Ook het criterium van de voorzienbaarheid is aan het égalitébeginsel gerelateerd.[100]

Het reeds genoemde standpunt van de minister dat de productiebeperking niet voorzienbaar was, heeft ook de inrichting van de nadeelcompensatieregeling sterk bepaald. Immers, het Besluit beperkt zich tot het geven van een raamwerk voor de te vergoeden schade, maar verbindt aan die compensatie niet – zoals in veel nadeelcompensatieregelingen gebruikelijk – nadere voorwaarden, zoals de kernvoorwaarde dat sprake dient te zijn van onevenredig nadeel. Wel bevat het Besluit een clausule die het mogelijk maakt de toe te kennen nadeelcompensatie terug te vorderen wanneer de CO_2-uitstoot onder een bepaald percentage blijft (art. 5 Besluit) en een clausule die het mogelijk maakt voordeel te verrekenen (art. 2, vijfde lid, Besluit). Voor het overige beperkt het Besluit zich echter tot het geven van 'rekenregels' ten aanzien van de wijze waarop de te vergoeden (hoogte van de) schade moet worden berekend. Deze zijn hiervoor al besproken.

Zoals ook in de op 11 augustus 2021 aan de staatssecretaris EZK voorgelegde nota is vermeld, is de vraag naar de hoogte van de nadeelcompensatie een politiek gevoelig onderwerp gebleken.[101] Vanuit de Kamer lijkt de wens te zijn geweest om zo snel mogelijk de uitstoot bij de kolencentrales te verlagen, maar ook om hiervoor geen of zo min mogelijk compensatie te bieden. In dit verband is vanuit de Kamer onder meer de vraag gesteld of het nodig is schadevergoeding toe te kennen aangezien de capaciteit van de kolencentrales door normale marktwerking al verminderd zou zijn.[102] Enkele Kamerleden vroegen zich voorts af 'hoe er bij het toekennen van de nadeelcompensatie wordt geborgd dat dit vooral personeel helpt met het vinden van nieuw werk en minder naar het overdadig afkopen van ondernemersrisico's gaat'.[103]

In antwoord op deze vragen heeft de minister telkens geantwoord dat de nadeelcompensatie op grond van het Besluit alleen nadeel zal vergoeden dat het direct gevolg is van de productiebeperking en die niet onderdeel is van het reguliere ondernemersrisico van de

---

98 *Kamerstukken I* 2020/21, 35668, C, p. 11.
99 *Kamerstukken I* 2020/21, 35668, C, p. 11.
100 Zie bijv. B.P.M. van Ravels, *Grenzen van voorzienbaarheid* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005; M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 8.
101 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 46 (Beslisnota AMvB Nadeelcompensatie Productiebeperking), p. 2.
102 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 5, p. 10 (Partij voor de Dieren) en *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 6, p. 8 (Nota naar aanleiding van het Verslag) (GroenLinks), wijzen op het ingezette klimaatbeleid, de toenemende prijs van de EU ETS en de verhoging van het klimaatdoel van de Europese Unie naar 55 procent.
103 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 6, p. 7 (Nota naar aanleiding van het Verslag).

exploitant.[104] Volgens de minister vloeit de verplichting tot het toekennen van nadeelcompensatie voort uit Europees recht. Daarbij is gekozen voor een 'zuivere berekeningsmethode' aan de hand van de methode van de discounted cash flow.[105] Ook stelt de minister dat de methodiek die wordt gehanteerd uitgaat van recente marktprijzen en -inzichten, waardoor er geen vergoeding plaatsvindt voor capaciteit die door normale markwerking al verminderd is.[106]

In een latere brief heeft de minister nog eens toegelicht wat zijn uitgangspunten zijn geweest bij de toegekende nadeelcompensatie (zie par. 4). Zouden deze uitgangspunten niet worden gevolgd dan voorziet de minister dat het besluit tot productiebeperking met succes bij de Nederlandse rechter wordt aangevochten en als onrechtmatig wordt gekwalificeerd.[107] Daarbij is ook nog relevant dat de minister de productiebeperking niet kwalificeert als onteigening maar als regulering van eigendom, die in beginsel niet verplicht tot *volledige* vergoeding van de schade, maar slechts tot vergoeding van onevenredig nadeel.[108]

Wij halen deze passages hier nog eens aan omdat zij duidelijk weergeven welk uitgangspunt is genomen voor de toekenning van nadeelcompensatie. Enerzijds houdt de minister vast aan het uitgangspunt dat slechts het onevenredig nadeel wordt vergoed; anderzijds is het uitgangspunt ook dat het *daadwerkelijk geleden nadeel* ten gevolge van de productiebeperking wordt vergoed, omdat *al* dit nadeel als 'niet voorzienbaar' wordt aangemerkt.

5.2 De voorzienbaarheid in de jurisprudentie over het égalitébeginsel

Het begrip 'voorzienbaarheid' neemt in de jurisprudentie over nadeelcompensatie een centrale rol in. Wel is het een weerbarstig begrip, dat door zijn vaagheid al snel aanleiding kan zijn tot begripsverwarring. In deze paragraaf willen we daarom eerst nader op dit begrip ingaan. In een arrest uit 2004 heeft de Hoge Raad een aantal relevante gezichtspunten over de toetsing aan het normaal maatschappelijk risico op een rij gezet:

> 'De vraag of in een bepaald geval de gevolgen van een overheidshandeling buiten het normale maatschappelijk risico of het normale bedrijfsrisico vallen, moet worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Van belang kan hierbij onder meer zijn enerzijds de aard van de overheidshandeling en het gewicht van het daarmee gediende belang alsmede in hoeverre die handeling en de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn voor de derde die als gevolg daarvan schade lijdt, en anderzijds de aard en de omvang van de toegebrachte schade.'

Van deze maatstaven spelen in het bijzonder de voorzienbaarheid voor de gelaedeerde, de aard van de overheidshandeling en de aard en de omvang van de toegebrachte schade in de praktijk een belangrijke rol. Daarbij moet wel worden bedacht dat de voorzienbaarheid in het kader van

---

[104] *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 6, p. 8 (Nota naar aanleiding van het Verslag).
[105] *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 6, p. 20 (Nota naar aanleiding van het Verslag).
[106] *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 6, p. 21 (Nota naar aanleiding van het Verslag).
[107] *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 44, p. 2 (Brief van de minister van EZK, 17 mei 2021).
[108] *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 44, p. 2 (Brief van de minister van EZK, 17 mei 2021).

de toets aan het normaal maatschappelijk risico een eigen invulling krijgt. Dit type voorzienbaarheid heeft de Afdeling later als volgt omschreven, waarbij zij overwoog dat het normaal maatschappelijk risico ziet op:

> 'algemene maatschappelijke ontwikkelingen en nadelen waarmee men rekening kan houden, ook al bestaat geen zicht op de omvang waarin, de plaats waar en het moment waarop deze zich zullen concretiseren en de omvang van de nadelen die daaruit eventueel voortvloeien' (zie ABRvS 11 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK2907, *AB* 2010/6 en ABRvS 8 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9769, *AB* 2013/187).

Deze overweging duidt goed aan waar het bij het normaal maatschappelijk risico vooral om draait en waarin dit criterium zich onderscheidt van de voorzienbaarheid in het kader van de risicoaanvaarding. Of *risicoaanvaarding* kan worden tegengeworpen wordt beoordeeld door te bezien of voor een redelijk denkend en handelend persoon aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat de situatie in ongunstige zin zou veranderen. Daarbij wordt gewerkt met een peildatum, meestal de datum waarop de aanvrager investeerde in het nadien geschade belang. De vraag of er aanleiding bestond om met dit nadeel rekening te houden wordt meestal beantwoord aan de hand van concrete beleidsvoornemens die openbaar zijn gemaakt.[109]

Bij het *normaal maatschappelijk risico* is daarentegen niet relevant dat niet voorzienbaar was of, en zo ja wanneer, een maatregel precies zou worden uitgevoerd. Uitgangspunt is immers dat men er altijd rekening mee moet houden dat een maatregel kan worden genomen die nadelige gevolgen heeft. Ook de omvang van die nadelen hoeft niet precies voorzienbaar te zijn om het normaal maatschappelijk risico tegen te werpen. Deze vorm van voorzienbaarheid, die zich dus op een abstracter niveau begeeft, kan worden afgeleid uit een bepaalde *hoedanigheid*, zoals het zijn van ondernemer of het wonen in een grote stad. Daarbij kan afhankelijk van de hoedanigheid sprake zijn van een verhoogd risico, bijvoorbeeld voor ondernemingen die zich inlaten met een risicovolle activiteit,[110] of juist van een verlaagd risico, bijvoorbeeld van inwoners in een landelijk gebied.[111] Soms zal daarbij het toepasselijke wettelijke kader een indicatie kunnen geven van de vraag op welke risico's men bedacht moet zijn.[112] Kortom, bij de toets aan het normaal maatschappelijk risico gaat het telkens om de voorzienbaarheid *in abstracto*, zij het dat er aanleiding kan zijn om op basis van concrete omstandigheden te oordelen dat de schade niet (geheel) op basis van deze abstracte voorzienbaarheid voor rekening van de benadeelde kan worden gelaten.

Hoewel de voorzienbaarheid in abstracto enerzijds en de voorzienbaarheid in concreto dus van elkaar moeten worden gescheiden, is de terminologie in de jurisprudentie op dit punt niet altijd consistent. In de jurisprudentie over planschade wordt de voorzienbaarheid die ziet op datgene waarmee een burger of ondernemer rekening kan houden gelet op 'algemene maatschappelijke ontwikkelingen' aangeduid met de vraag of de schadeveroorzakende maatregel in de 'lijn der

---

[109] Zie ook B.P.M. van Ravels, 'Hoe groot is het normale maatschappelijke risico? Een analyse van recente rechtspraak', *NTB* 2014/2.
[110] Vgl. Tjepkema 2010, p. 457-458.
[111] Vgl. bijv. ABRvS 12 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1006 en ABRvS 16 maart 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT0572.
[112] CBb 10 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BH0855, *AB* 2009/90, m.nt. B.P.M. van Ravels.

verwachtingen' lag.[113] Het woord 'voorzienbaarheid' wordt hier exclusief gereserveerd voor de risicoaanvaarding. Om het nog gecompliceerder te maken speelt in de jurisprudentie van de civiele rechter vooral het eerste type (dus de abstracte voorzienbaarheid) een rol, en is in diens jurisprudentie geen behoefte gebleken aan risicoaanvaarding als rechtsfiguur naast de figuur van 'eigen schuld' (art. 6:101 BW).[114]

Het onderscheid tussen de verschillende vormen van voorzienbaarheid is van belang voor de omvang van de compensatieplicht. Daarbij kunnen de volgende vuistregels worden aangehouden.

1. Is de overheidshandeling concreet voorzienbaar (meestal omdat een concreet beleidsvoornemen bestaat), dan geldt als hoofdregel dat de schade geheel ten laste van de partij kan worden gelaten die deze handeling had moeten voorzien. Slechts in uitzonderlijke gevallen is ruimte voor de figuur van de 'gedeeltelijke' risicoaanvaarding.[115]
2. Is de schade niet concreet voorzienbaar, dan dient nog wel te worden getoetst aan de voorzienbaarheid in abstracto. Dit zijn zelfstandige criteria voor de vergoedbaarheid van de schade. Daarbij gelden de volgende subregels:
    a. De toepassing van de voorzienbaarheid in abstracto kan de vorm krijgen van een *schadedrempel*, waarbij de vergoedingsplicht pas start na het overstijgen van de drempel. Een bekend voorbeeld is bijv. de omzetdrempel uit het nadeelcompensatierecht, die ondernemers pas een recht op nadeelcompensatie geeft wanneer de schade op de peildatum uitstijgt boven 15% van de gemiddelde omzet in een aantal (meestal drie) referentiejaren en de vergoedingsplicht ook slechts op dat onevenredige deel van de schade ziet.
    b. De voorzienbaarheid in abstracto kan echter ook de vorm krijgen van een *korting* op het schadebedrag. Van belang is dat aan de toepassing van de korting dus een afweging voorafgaat waarin het bestuursorgaan van oordeel is dat er een vergoedingsplicht bestaat. Maar omdat deze vergoedingsplicht in het nadeelcompensatierecht *als regel* niet volledig is, wordt een korting toegepast, waarvan de hoogte varieert en als (nadere) vuistregel geldt dat hoe hoger het toegepaste kortingspercentage, hoe steviger de motivering moet zijn.
3. In (zeer) uitzonderlijke gevallen is geen ruimte voor toepassing van enige aftrek uit hoofde van het normaal maatschappelijk risico (en is risicoaanvaarding dus evenmin aan de orde).[116]

---

[113] ABRvS 29 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV7254, *AB* 2013/78, m.nt. M.K.G. Tjepkema.

[114] HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0300, *NJ* 1992/622, m.nt. C.J.H. Brunner (*Dekker/Van der Heide*).

[115] ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4893. Is van gedeeltelijke risicoaanvaarding sprake, dan dient voor de toepassing van het normaal maatschappelijk risico te worden uitgegaan van het schadebedrag dat resteert na aftrek van dat deel van de schade dat voorzienbaar was ten tijde van de aankoop (ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2109, ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2402 en ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, *AB* 2016/399, m.nt. G.M. van den Broek en M.K.G. Tjepkema, sub 5.19).

[116] ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1222, ook besproken in par. 5.5, hierna.

Drempel of korting?

Voor de vraag of toepassing van een drempel dan wel een korting de meest gerede manier is om een het normaal maatschappelijk risico / voorzienbaarheid *in abstracto* te verdisconteren zijn in de jurisprudentie van de Afdeling nadere vuistregels geformuleerd. Deze luiden als volgt:

1. De keuze voor de drempelmethode is niet vrijblijvend maar moet worden gemotiveerd. Deze past namelijk alleen bij rechtmatige maatregelen die zelf 'normaal' zijn, en die kwalificeren als 'normale maatschappelijke ontwikkelingen'. Bij de keuze van de drempel geldt verder wederom dat de hoogte van de drempel goed moet worden gemotiveerd. Waar voorheen een hoge drempel van 15% zonder meer 'redelijk' werd bevonden, geldt sinds de jurisprudentie over *De Wouwse Tol* dat ook de kostenstructuur van het getroffen bedrijf een rol kan spelen.[117] Hieraan is bijvoorbeeld invulling gegeven in de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2019, maar buiten het beleidsterrein van I&W is het onzeker welke aarde precies aan deze lijn in de jurisprudentie moet worden gehecht. Duidelijk is in elk geval dat het bestuursorgaan zal moeten bezien of een gekozen drempel toepassing kan vinden wanneer de verzoeker om nadeelcompensatie goed onderbouwt dat deze drempel, gelet op zijn kostenstructuur, voor hem onevenredig uitpakt.
2. Vloeit de schade niet voort uit een normale maatschappelijke ontwikkeling, maar is (veeleer) sprake van een abnormale maatregel, dan past in beginsel de drempel- en niet de kortingsmethode, zo werd duidelijk uit de uitspraak *Hollandse Brug* (ABRvS 5 juni 2013, *AB* 2013, 222, m.nt. Tjepkema), al is niet uitgesloten dat in dat geval ook een lage drempel kan worden toegepast. De hoogte van de drempel varieert meestal tussen de 10% en 40%. Bij een *verhoogd* ondernemersrisico heeft de Afdeling geoordeeld dat een korting of 50% op het berekende schadebedrag mag worden toegepast.[118]

   Zowel bij normale als niet- normale ontwikkelingen mogen bestuursorganen gebruik maken van een zogenaamde 'batageldrempel' om op voorhand duidelijk te maken dat relatief lichte schades niet worden vergoed (vgl. ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:336 (*C 1000 Sneek*)).

5.3 De voorzienbaarheidstoets in het kader van art. 1 EP EVRM

Ook de Straatsburgse jurisprudentie biedt aanknopingspunten voor eisen die gesteld worden aan de voorzienbaarheid van maatregelen die de eigendom beperken. Waar relevant zal ook vergelijkbare Nederlandse art. 1 EP-jurisprudentie worden genoemd.

[117] Zie nader M.K.G. Tjepkema en L. van der Velden, *Handleiding nadeelcompensatie bij infrastructurele maatregelen* (2018).
[118] ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1824.

De centrale vraag in veel EHRM-zaken is of de inmenging in het eigendomsrecht van art. 1 EP *proportioneel* is.[119] Bestaat er, met andere woorden, een *'fair balance'* c.q. rechtvaardig evenwicht tussen de eisen van het algemene belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu?[120] De vraag naar proportionaliteit wordt door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (verder: EHRM of Hof) in het concrete geval beantwoord aan de hand van een groot aantal factoren. De lijst is niet uitputtend en kan van zaak tot zaak verschillen, afhankelijk van de bijzondere feiten ervan en de aard van de betrokken inmenging,[121] zoals onder heel veel meer of er een redelijke compensatie is geboden en een passende overgangstermijn bestaat. Zo is van een *fair balance* geen sprake als een handelsvergunning voor tabak wordt ingetrokken met een heel korte overgangstermijn, terwijl de tenderprocedure voor het verkrijgen van een nieuwe vergunning niet transparant is.[122]

Onze casus vertoont het meeste verwantschap met zaken waarin begunstigende beschikkingen, c.q. vergunningen ten aanzien van het drijven van een inrichting waarmee financiële belangen zijn gemoeid, worden ingetrokken of beperkt. De reden hiervoor kan bijvoorbeeld gelegen zijn in aspecten van gezondheid en veiligheid maar zeker ook van milieu- en klimaatbescherming. In dit soort zaken neemt het Hof doorgaans aan dat sprake is van 'regulering' van eigendom, zelfs als de hele onderneming teniet gaat.[123]

Cruciaal voor elke vorm van regulering is dat bij de toets aan art. 1 EP EVRM een ruime *margin of appreciation* wordt gelaten aan de wetgever. Deze *margin* ziet op zowel op de noodzaak om in te grijpen, het oordeel dat dit ingrijpen 'in het algemeen belang' is als ten aanzien van de beoordeling van de proportionaliteit van de gevolgen van het ingrijpen.[124] Naarmate de inbreuk ernstiger gevolgen heeft, volstaat een beroep op de *margin* niet meer en zal eerder schadevergoeding of een andere flankerende maatregel nodig zijn om conform art. 1 EP EVRM te handelen.

---

[119] Zie bijv. EHRM 16 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1016JUD002162313, *AB* 2020/48, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Könyv-Tár Kft e.a/Hongarije*). In deze uitspraak wordt door het EHRM het kader uiteengezet inzake statelijke regulering van (daarvoor vrije) markten, met name waarin dat voor private ondernemingen leidt tot verlies van clientèle c.q. goodwill of zelfs tot de noodzaak een bedrijf geheel te beëindigen. Bij de proportionaliteitstoets is in een dergelijk geval bijvoorbeeld van belang of er overgangsmaatregelen zijn getroffen en of er op de markt al regels van toepassing waren voor de door de overheid genomen maatregel.

[120] Zie bijv. EHRM 11 oktober 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1011JUD005081110, *EHRC* 2017/32, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans (*Barcza e.a./Hongarije*). Zie ook EHRM 11 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1011JUD007130611, *EHRC* 2018/248, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans (*Osmanyan en Amraghyan/Armenië*): er is geen sprake van een 'fair balance' als onteigening van grond leidt tot verlies van de 'main source of income' (i.c. in de vorm van fruitbomen) en dit niet wordt gecompenseerd.

[121] Zie *Guide on Article 1 of Protocol No. 1*, par. 158.

[122] EHRM 13 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0113JUD006568113, *JB* 2015/82, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Vèkony/Hongarije*).

[123] Zie reeds EHRM 7 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001087384 (*Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden*): waarin de intrekking van de drank- en horecavergunning van een restaurant toch werd beschouwd als regulering, terwijl de deuren dientengevolge moesten worden gesloten. Het Hof hechtte hierbij belang aan de waarde van het pand en de achterblijvende inventaris.

[124] EHRM 13 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0113JUD006568113, *EHRC* 2015/74, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Vékony/Hongarije*)

In de zaak *Pinnacle Meat Processors t. Verenigd Koninkrijk* betrof het maatregelen van de Britse overheid ter bestrijding van BSE (ook wel bekend als "gekkekoeienziekte").[125] Een aantal bedrijven wendde zich tot de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens met een klacht over schending van art. 1 EP. Zij hielden zich namelijk uitsluitend bezig met het 'uitbeenderen' van runderkoppen, dat is het verwijderen van resterend vleesmateriaal uit runderkoppen om dit vervolgens aan de detailhandel te verkopen. In 1996 werd in het Verenigd Koninkrijk een maatregel van kracht om dit te verbieden, vooral ook gezien een eerdere BSE-uitbraak. Daarbij werd een bescheiden schadevergoedingsregeling gecreëerd voor de bedrijven die hierdoor werden getroffen. Pinnacle en de zijnen kregen slechts een beperkte vergoeding voor niet-verkoopbare voorraden. De Commissie oordeelt dat art. 1 EP niet geschonden is vanwege een veelvoud aan factoren zonder dat precies valt aan te geven welke factor de doorslag gaf (sommige bedrijfsonderdelen zijn nog bruikbaar voor andere vleesverwerkende activiteiten, klagers kregen een vergoeding van hun niet-verkoopbare voorraden). Het valt op dat de Commissie, anders dan de Nederlandse rechter zou hebben gedaan, in het geheel geen woorden besteedt aan de voorzienbaarheid in abstracto van het verbod, namelijk het 'normale bedrijfsrisico' dat dergelijke bedrijven hebben. Bedrijven die actief zijn in de vleesverwerkende sector moeten rekening houden met een (totaal)verbod op hun bedrijfsactiviteit.[126]

In de zaak *Denimark Limited t. Verenigd Koninkrijk* stelde de klager, handelaar in de handvuurwapenbranche, in zijn door art. 1 EP beschermde eigendomsrecht te zijn geraakt, nu hij door een algeheel wettelijk verbod moest stoppen met zijn business.[127] Op grond van deze wet werd een beperkte compensatieregeling in het leven geroepen. Het Hof concludeert om verschillende redenen dat geen sprake is van een schending van art. 1 EP. Het overweegt dat de handelaren op deze markt wisten dat zij in een sterk van overheidswege gereguleerde business stapten. Daaruit leidt het Hof af dat zij er niet op mochten rekenen dat hun beroep ook in de toekomst rechtmatig zou kunnen worden uitgeoefend.

Enigszins hiermee vergelijkbaar is de zaak *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd. T. Ierland*, waarin een bedrijf dat viste naar mosselzaden zijn activiteiten moest staken.[128] Deze activiteiten waren vergunningplichtig en ook onderhevig aan EU-regelgeving. Het EHRM overwoog onder meer dat lidstaten op een terrein als dat van de milieubescherming over een ruime *margin of appreciation* beschikken, waarbij onder omstandigheden zelfs geen compensatie geboden is (r.o. 124). Verder oordeelde het Hof dat er sprake was van een commerciële activiteit die onderhevig was aan strikte en gedetailleerde regelgeving door de autoriteiten. Gelet op deze commerciële activiteit overwoog het Hof: 'the applicant company should have been aware of a possible risk of interruption of, or at least some consequences for, its usual commercial activities. The extent and consequences of any infringement judgment

[125] ECRM 21 oktober 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:1021DEC003329896 (*Pinnacle Meat Processors e.a./ Verenigd Koninkrijk*). De ECieRM is per 1 november 1998 opgegaan in het – permanente – Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

[126] Zie nader Tjepkema 2010, p. 653.

[127] EHRM 26 september 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0926DEC003766097 (*Denimark Ltd. e.a./Verenigd Koninkrijk*).

[128] EHRM 7 juni 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0607JUD004446016, *EHRC* 2018/194, m.nt. M.K.G. Tjepkema.

could not be foreseen (..), but the risk of some interruption could clearly not be excluded'. Deze overweging sluit goed aan op onze nationale jurisprudentie inzake het normaal maatschappelijk risico. Het Hof oordeelde dat de Ierse overheid geen compensatie had hoeven te verstrekken voor verliezen ten gevolge van de aanwijzing van een haven waar tijdelijk niet op mosselzaden mocht worden gevist.

In de zaak *Vekony t. Hongarije*[129] beschikten klager en zijn familie sinds 1994 over een vergunning om tabaksproducten in hun winkel te verkopen, welke verkoop jaarlijks goed was voor een derde van de omzet. Het Hongaarse parlement nam in 2012 een wet aan die van de verkoop van tabak een staatsmonopolie maakt. Winkeliers raken hun vergunning kwijt maar kunnen via een tender een nieuwe concessie krijgen. De aanvraag van de klager voor een concessie wordt ongemotiveerd afgewezen. Hij moet daardoor de verkoop van tabak staken en uiteindelijk gaat hij hierdoor failliet. In Straatsburg klaagt hij over een schending van art. 1 EP, nu geen sprake is van een 'fair balance' tussen zijn belangen en het algemeen belang, namelijk de volksgezondheid. Door de korte overgangsperiode (tussen de inwerkingtreding van de wet en het moment dat hij de verkoop van tabak moest staken lagen slechts tien maanden). Verder werd er geen enkele compensatie geboden door de overheid. De concessieregels waren niet transparant en er werd op geen enkele manier rekening gehouden met de personen die reeds een vergunning hadden. Het wekt dan ook geen verbazing dat het Hof concludeert tot een schending van art. 1 EP, nu de klager een excessieve, individuele last moet dragen.

In de zaak *Könyv-Tár Kft e.a. t. Hongarije* gaat het om distributeurs van schoolboeken die opereerden op een deels gereguleerde markt met onder meer wettelijke bepaalde maximumprijzen.[130] Door in 2011 en 2012 door het Hongaarse parlement aangenomen wetgeving kwam hieraan een einde. Het Hongaarse scholensysteem werd gecentraliseerd en er werd een nieuw systeem voor de verdeling van schoolboeken in het leven geroepen. Voortaan werd deze distributie belegd bij een nieuw opgerichte non-profit staatsinstelling, teneinde de verdeling van schoolboeken transparanter te maken en de kopers van de boeken te beschermen. De klagers zijn van oordeel dat de schoolboekendistributiemarkt hiermee wordt gemonopoliseerd en gecentraliseerd. De klagers worden hier niet voor gecompenseerd, net als andere voormalige marktdeelnemers. Hiermee kunnen zij niet meer concurreren op deze markt, terwijl dit eerder wel mogelijk was. De klagers stellen dat hiermee hun eigendomsrecht is geschonden. Het EHRM toetst of deze regulering kan worden gerechtvaardigd en overweegt onder meer dat de maatregel disproportioneel is. Zij verliezen immers hun clientèle en er was geen effectieve manier om hun marktactiviteiten voort te zetten, nu de samenwerking met het staatsinstituut geen reële mogelijkheid was. Verder zijn de klagende ondernemingen op geen wijze gecompenseerd voor het verliezen van hun marktpositie, terwijl voor hen niet voorzienbaar was dat monopolisering van de distributiemarkt zou volgen, nu het ging om een ongereguleerde markt. Het Hof concludeert daarom tot een schending van art. 1 EP.

---

[129] EHRM 13 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0113JUD006568113, *EHRC* 2015/74, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Vékony/Hongarije*).

[130] EHRM 16 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:2021:1005JUD002162313, *AB* 2020/48, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Könyv-Tár Kft e.a./Hongarije*).

In de zaak *Plakát tegen Hongarije*, tot slot, werden in zéér korte tijd vergaande veiligheidsmaatregelen ten aanzien van reclameborden naast wegen getroffen om de verkeersveiligheid op wegen te bevorderen. Deze maatregel had als gevolg dat ondernemers die hun inkomsten met deze activiteiten genereerden in financieel zwaar weer terechtkwamen. Enkele bedrijven gingen zelfs failliet door de maatregel. Het Hof neemt in de *fair balance*-beoordeling de langdurige geldigheid van het bestaande regime in acht dat vervolgens in een zeer korte periode volledig veranderde: van 1996 tot 2010 golden milde veiligheidsmaatregelen die vanaf 2011 plotseling werden aangescherpt. Deze wijziging hield een algemeen verbod in op plaatsing van reclameborden die groter dan 4 m^2 zijn, ongeacht de installatiedatum. In 2013 voerde de regering een totaalverbod in op reclameborden buiten de bebouwde kom in de nabijheid van wegen. Volgens het Hof kunnen de ondernemers aan de langdurige geldigheid van het milde regime legitieme verwachtingen ontlenen. Dat het volledige verbod op zo een korte termijn werd genomen (met een 'overval'-effect) was volgens het Hof voor de ondernemers niet te voorzien. De grote schade in combinatie met de extreem korte overgangsperiode en het uitblijven van compensatie maak dat de Hongaarse regering een ongerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht van de ondernemers had gemaakt. Het bieden van een redelijke overgangstermijn is dus een essentieel aspect in de *fair balance*-toets.[131]

Conclusie voorzienbaarheid art. 1 EP

Zoals hiervoor aangegeven, kunnen bij de bepaling van de *fair balance* bij de inbreuk op het eigendomsrecht in de zin van art. 1 EP een groot aantal factoren een rol spelen die van geval tot geval kunnen verschillen en in iedere specifieke casus anders kunnen uitwerken. Wel kunnen uit de zojuist behandelde uitspraken waarin ondernemingen worden geconfronteerd met ingrijpen door de overheid in hun eigendomsrechten enkele gemeenschappelijke ijkpunten worden afgeleid. Een belangrijke factor kan zijn of er compensatie is geboden en/of er een redelijke overgangsperiode bestaat voordat de beperkende maatregelen ingaan. Het ontbreken van compensatie of een te korte overgangsperiode kan met zich brengen dat deze *fair balance* niet wordt bereikt en art. 1 EP daarmee is geschonden. In enkele van de zaken werkt het Hof deze voorzienbaarheid uit. Gaat het om een markt waar er al veel langer overheidsregulering bestaat en beperkende maatregelen worden getroffen, dan weegt dit zwaar mee in het nadeel van degene wiens eigendom gereguleerd wordt. Dit zien we bijvoorbeeld terug in de zaak over de handvuurwapenhandelaar in de zaak *Denimark Limited tegen Verenigd Koninkrijk* en de zaak *O'Sullivan tegen Ierland.* In de andere behandelde zaken oordeelde het Hof dat voor de betreffende ondernemers de beperkende maatregel juist niet voorzienbaar was. Daartoe was bepalend dat er sprake was van een activiteit die op zeer korte termijn geheel moest eindigen en dus ernstige gevolgen had (*Vékony*) en dat sprake was van een activiteit die weliswaar aan overheidsregulering onderhevig was maar deze regulering lange tijd niet beperkend van aard was maar dit plotseling wel werd (*Pannon Plakát*). Een heel duidelijk voorbeeld van een situatie waarin – zoals bij de kolencentrales – sprake is geweest van twee maal (kort) achter elkaar

[131] EHRM 6 december 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD003985914, *EHRC Updates* 2023/14, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Plakát/Hongarije).*

plaatsvindende regulering van eigendom hebben wij in de EHRM-jurisprudentie niet aangetroffen.

5.4 Ondernemersrisico kolencentrales volgens het vonnis van de Rb Den Haag

Om inzicht te krijgen in het ondernemersrisico van kolencentrales is het van belang te kijken naar de Wvk, in bijzonder de memorie van toelichting daarbij, en naar het vonnis van de rechtbank Den Haag van 30 november 2022 over de door Uniper aangespannen rechtszaak tegen de Wvk.[132] Hoewel de Wvk geen onderdeel is van deze evaluatie, is het toch van belang op dit vonnis in te gaan, om zo inzicht te krijgen in de toepassing van de eis van voorzienbaarheid (in abstracto) op kolencentrales. Wij menen dat deze overwegingen namelijk ook van belang kunnen zijn bij de beoordeling van de vraag of en zo ja in hoeverre de productiebeperking tot toekenning van nadeelcompensatie noopt.

Onder het kopje 'aard en ernst van de "interference"' bespreekt de rechtbank of sprake is van een regulering van eigendom dan wel van een (de facto) onteigening. Daarbij stelt de rechtbank terecht voorop dat bij de facto onteigening in beginsel een compensatie moet worden geboden, terwijl dit bij regulering van eigendom slechts één van de te beoordelen elementen is. Omdat Uniper na ommekomst van de overgangsperiode de volledige beschikking houdt over al haar door de maatregel getroffen eigendommen, is van de facto onteigening geen sprake, aldus de rechtbank.

Op de voorzienbaarheid van de Wvk gaat de rechtbank uitvoerig in. De rechtbank bespreekt diverse documenten waaruit blijkt dat de Wvk voorzienbaar was. De eerste twee factoren die de rechtbank aandraagt zien op het normale ondernemersrisico op het meest abstracte, fundamentele niveau. De rechtbank stelt in dit verband dat

> "een onderneming, zeker als deze deel uitmaakt van een groot internationaal concern, op de hoogte moet zijn van nationale en internationale ontwikkelingen die kunnen leiden tot overheidsmaatregelen waardoor de activiteiten van haar onderneming geraakt kunnen worden. Dit geldt des te meer voor een onderneming die activiteiten ontplooit waarvan de toelaatbaarheid onderwerp is van maatschappelijk debat, bijvoorbeeld omdat die activiteiten door (een deel van) de publieke opinie als moreel verwerpelijk, onveilig, schadelijk voor het milieu of voor de gezondheid worden gezien ("omstreden branches") en daardoor weerstand oproepen. Dan dient een onderneming extra bedacht te zijn op de mogelijkheid van regulerende maatregelen van overheidswege en zich daarop in te stellen, bijvoorbeeld door die activiteiten aan de daartegen levende bezwaren aan te passen dan wel zich (mede) te richten op andere, minder controversiële activiteiten, waardoor haar kwetsbaarheid voor die maatregelen kan verminderen. Als een onderneming dat niet of in onvoldoende mate doet, is dat voor haar eigen risico."

[132] Rb. Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12653, *AB* 2023/58, m.nt. L.M. Nijenhuis.

Dit is in lijn met het hiervoor gestelde over de aard van de onderneming en de aard van de maatregelen waar in het bijzonder bepaalde ondernemingen op bedacht moeten zijn. De rechtbank overweegt vervolgens:

> "Niet relevant is of degene die wordt getroffen van tevoren rekening moest houden met *precies* die maatregel: het gaat erom of de getroffen maatregel valt binnen de reikwijdte van maatregelen waarvan de mogelijke invoering, gelet op de omstandigheden van het geval en het publieke belang in kwestie, redelijkerwijs kon worden verwacht. Voor het aannemen van voorzienbaarheid is dus niet vereist dat de precieze aard en omvang van de maatregel die uiteindelijk wordt afgekondigd, op voorhand al bekend waren."

Ook dit is in lijn met de rechtspraak van (in het bijzonder de Afdeling) dat het gaat om de vraag of maatregelen *in algemene zin* voorzienbaar (in de lijn der verwachtingen liggen). Als die vraag bevestigend wordt beantwoord, doet het niet ter zake dat de exacte maatregel niet kon worden voorzien. De rechtbank neemt op basis hiervan, én op basis van tal van ontwikkelingen in het internationale klimaatbeleid, tot uitgangspunt dat toen Uniper in 2006 besloot te investeren in een centrale, zij kon verwachten dat zij *gedurende de levensduur van die centrale te maken zou krijgen met CO_2-emissie reducerende overheidsmaatregelen die het (ongestoorde) gebruik van die centrale (in toenemende mate) beperken*.

Waarschijnlijk (mede) vanwege het hoge abstractieniveau van deze overwegingen gaat de rechtbank vervolgens ook meer in het bijzonder na op grond van welke overwegingen het verbod op kolenstook op grond van de Wvk ook daadwerkelijk in de lijn der verwachtingen lag. Deze argumentatietechniek is gebruikelijk en waarborgt dat niet al te snel op grond van overwegingen met een hoog abstractieniveau wordt geconcludeerd dat het égalitébeginsel niet is geschonden. Er moet immers ook worden bezien of de concrete maatregel, in het bijzonder vanwege de wijze van uitvoering of de omvang van de door de maatregel ontstane schade, ook voorzienbaar was.[133] De rechtbank stelt in dit verband voorop dat Uniper bij het nemen van de beslissing (in 2006) en zeker na april 2009 (toen met de bouw werd gestart)

> "kon verwachten dat zij gedurende de levensduur van die centrale te maken zou krijgen met CO_2-emissie reducerende overheidsmaatregelen die het (ongestoorde) gebruik van die centrale (in toenemende mate) beperken."

In dat verband wijst de rechtbank onder meer op de volgende documenten:

- De Uitvoeringsnota Klimaatbeleid, waaruit naar voren komt dat Nederland ver achterligt bij 'het rendement van de wereldtop ten aanzien van de efficiency van kolencentrales' en verschillende mogelijkheden aanreikt om CO_2-uitstoot door kolencentrales omlaag te brengen.
- Het Milieuprogramma 2001-2004, dat heeft geleid tot de Beleidsafspraak op hoofdlijnen (Kolencentrales en CO_2-reductie) en het Convenant Kolencentrales en CO_2-reductie, waaruit volgt dat productiebedrijven tal van CO_2-reductiemaatregelen kunnen inzetten, zoals 'het sluiten van een kolencentrale'.

[133] Zie over deze argumentatietechniek nader Tjepkema 2010, p. 432-434.

- De Beleidsnotitie “Schoon Fossiel” over klimaatneutrale (fossiele) energiedragers, met begeleidende brief waaruit duidelijk wordt dat verdere verscherping van emissiedoelen na Kyoto denkbaar is en er behoefte bestaat aan nieuw oplossingen, zoals schoon fossiel oplossingen.
- Het Energierapport 2005 waarin staat dat elektriciteitsopwekking door kolen alleen zal worden ingezet ‘onder de voorwaarde dat het geen afbreuk doet aan het realiseren van de CO_2-emissieafspraken’ en waarin staat dat kolencentrales die nu worden gebouwd omstreeks 2050 geen CO_2 meer mogen uitstoten.

Een belangrijke stelling van Uniper in deze zaak is dat zij in 2009 is gestart met de bouw van de centrale in de gerechtvaardigde veronderstelling dat beperkende maatregelen van de overheid enkel zouden bestaan uit de toepassing van het stelsel voor emissiehandel (European Trading System (ETS)). De rechtbank is van oordeel dat dit standpunt geen stand kan houden. De rechtbank wijst er in dat verband op dat verschillende kabinetten consequent als voorwaarde hebben gesteld dat de nieuwe kolencentrales moesten passen in het klimaatbeleid en de klimaatdoelstellingen waaraan Nederland zich heeft gecommitteerd. Het was volgens de rechtbank ‘volstrekt duidelijk’ dat deze doelstellingen steeds verder zouden worden aangescherpt en tot steeds strengere maatregelen ter beperking van CO_2-uitstoot zouden leiden. Uniper mocht er echter niet van uitgaan dat de Nederlandse overheid geen andere CO_2-uitstoot beperkende maatregelen zou treffen ten aanzien van de kolencentrales dan invoering en toepassing van het ETS. De onder 5.16.32 van het vonnis genoemde omstandigheden wijzen de rechtbank maar in één richting, namelijk dat Uniper ten onrechte veronderstelde dat het ETS gedurende de levensduur van de MPP3-centrale als *exclusief* regelingskader voor het terugdringen van CO_2-emissies zou worden gehanteerd. De rechtbank besluit vervolgens met de stelling dat Uniper ‘wist of had moeten begrijpen dat daarnaast het risico aanwezig was dat er van overheidswege aanvullende beperkende maatregelen ten aanzien van het gebruik van de MPP3-centrale zouden worden genomen’ en ‘dat in het geval een zeer substantiële CO_2-reductie zou uitblijven, tot de reikwijdte van maatregelen (…) waarmee Uniper rekening had te houden, behoort een maatregel die het gebruik van kolen in de centrale (op termijn) volledig aan banden legt.’

Later is gebleken dat de voorwaarden waaronder de minister de bouw van kolencentrales verantwoord vond, niet van de grond zijn gekomen. Het gebruik van biomassa in de MPP3-centrale is zeer beperkt gebleven, subsidiemogelijkheden hiertoe zijn afgeschaft of niet gerealiseerd en ook CCS (CO_2-afvang en opslag) heeft niet gebracht wat daarvan was verwacht. Daardoor kwam een gefaseerd verbod op het gebruik van kolen per 2030 steeds duidelijker in beeld. De door Uniper aangedragen feiten en omstandigheden maken dat die maatregel voor haar niet onvoorzienbaar was of alsnog is geworden.

5.5 Drie scenario’s voor de toepassing van de voorzienbaarheidseis bij de productiebeperking

In het voorgaande is de nodige theorie behandeld over de toepassing van de eis van voorzienbaarheid in het kader van (respectievelijk) het égalitébeginsel, art. 1 EP EVRM en is

ook het vonnis van de rechtbank Den Haag besproken. In deze paragraaf willen we deze lijnen samennemen en zo ook tot een evaluerend oordeel komen over de aan de kolencentrales naar aanleiding van de productiebeperking toegekende nadeelcompensatie.

Alvorens we daaraan toekomen nog één opmerking vooraf. De suggestie is gewekt dat de minister de vraag naar compensatie aan de rechter had moeten laten, die op basis van een volle rechterlijke toets hierover had kunnen oordelen. Naar ons oordeel is de vraag of enige compensatie geboden is in situaties als deze echter in eerste instantie een afweging 'des bestuurs'. Het is aan de regering, in het bijzonder de minister van EZK, om te beoordelen of en zo ja op welke wijze hij de kolencentrales wil compenseren. Dat geldt zowel ten aanzien van het besluit tot het (bij wet) verbieden van de centrales als ten aanzien van de productiebeperking. Een stilzitten van de wetgever, door in wet en (daarop gebaseerde) regelgeving geen 'positive measures' te nemen (overgangsperiodes, schadevergoedingen, al dan niet in natura) kan deze regelgeving onrechtmatig maken en uit dien hoofde aanleiding zijn tot (slepende) juridische procedures. Dat het op de weg van de overheid ligt om ingrijpend overheidshandelen als de in dit evaluatieonderzoek besproken maatregelen van flankerende maatregelen te voorzien, blijkt ook uit de hiervoor genoemde EHRM-jurisprudentie, waarin het EHRM spreekt over door de Staat te treffen 'positive measures' (vgl. bijv. *Pannon Plakát*, r.o. 56, *Vékony*, r.o. 35, *Könyv-Tár KFT*, r.o. 58). Vanzelfsprekend kunnen deze 'positieve maatregelen', als zij in de ogen van partijen tekortschieten, bij de rechter worden aangevochten, maar dat laat onverlet dat het in eerste instantie op de weg van de staat ligt om te bezien of met flankerende maatregelen in de getroffen belangen tegemoet te komen.

Om tot een systematische bespreking van de nadeelcompensatie naar aanleiding van de productiebeperking te komen onderscheiden wij drie mogelijke scenario's:

1. Een weigering schadevergoeding toe te kennen, op dezelfde gronden die de minister naar voren heeft gebracht in het kader van de Wet verbod elektriciteitsopwekking kolencentrales.
2. Een toekenning van schadevergoeding, waarbij op de daadwerkelijk geleden schade een korting uit hoofde van het normale ondernemersrisico wordt toegepast.
3. Een toekenning van schadevergoeding, waarbij op de daadwerkelijk geleden schade geen korting uit hoofde van het normale ondernemersrisico wordt toegepast.

Bij onze hierna te volgen beschouwingen over deze drie scenario's tekenen wij aan dat het hier niet gaat om 'juridische wiskunde' in die zin dat met absolute zekerheid kan worden gezegd dat één van de drie scenario's de absolute voorkeur zou hebben boven de andere. Dat heeft met verschillende factoren te maken.

Ten eerste is het recht op nadeelcompensatie bij inbreuken op eigendom in ons rechtsstelsel niet een door een rechter vastgesteld recht op gelijke wijze als een recht op schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad. Door de reeds genoemde voortrekkersrol van het bestuur, dat zich hierbij laat bijstaan door deskundigen, komt het er in sterke mate op aan of de door de overheid gemaakte keuzes verdedigbaar zijn in het licht van reeds eerder in rechte aanvaarde praktijken en gebruiken.

Ten tweede geldt in het bijzonder bij de regulering van eigendom dat de overheid, zoals gesteld, een zekere *margin of appreciation* geniet. Deze ziet niet alleen op de keuze voor een bepaalde wijze van regulering van eigendom maar ook op de proportionaliteit van de maatregel (d.w.z. de effecten van die maatregel en in hoeverre deze en de wijze waarop, tot compensatie nopen). Hoewel uit de jurisprudentie beslist algemene lijnen zijn af te leiden komt het uiteindelijk aan op een redelijke interpretatie van begrippen als 'normale maatschappelijke ontwikkelingen' die 'in de lijn der verwachtingen' liggen en het al even vage begrip 'fair balance'. Aan de hand van de genoemde driedeling kunnen we niettemin bespreken welke argumenten pleiten voor de ene of de andere keuze.

Scenario 1: geen nadeelcompensatie

Het eerste scenario ziet op het niet toekennen van enige nadeelcompensatie ten gevolge van de productiebeperking. Dit is vanuit een EVRM-perspectief naar ons idee niet goed denkbaar, althans niet zonder het aanmerkelijke risico te lopen dat deze keuze met succes in rechte zal worden aangevochten. De kolencentrales zouden zich daarbij op het standpunt kunnen stellen dat zij aan de eerdere regulering (de Wvk) de gerechtvaardigde verwachting hebben mogen ontlenen dat zij niet kort daarna opnieuw aan een ingrijpende vorm van regulering van eigendom zouden worden onderworpen. Daarbij is vanzelfsprekend ook relevant dat de gekozen overgangstermijn berustte op de veronderstelling dat deze termijn voldoende ruim zou zijn om de gedane investeringen terug te verdienen. Een nadere ingreep als een productiebeperking zorgt er daarmee ook voor dat de premisse waaronder deze overgangstermijn aanvaardbaar werd geacht niet meer, of althans niet meer volledig opgaat.

Daar komt bij dat een productiebeperking hoe dan ook een ingrijpende vorm van regulering is. Hier valt een parallel te trekken met de regulering van eigendom door de inperking van varkensrechten: ook een maatregel waarin de bedrijfsactiviteit moet worden ingeperkt om het doel van de maatregel te bereiken en er dus een directe doel-middel-relatie is tussen de maatregel en de gevolgen daarvan.[134] Dit type van directe regulering verschilt daarmee van indirectere vormen van regulering, zoals die in de nadeelcompensatiejurisprudentie veel voorkomen: denk aan het benzinestation dat door de afsluiting van een weg minder klandizie heeft. Wel moet hierbij worden aangetekend dat de *duur* van de productiebeperking aanmerkelijk minder lang was dan aanvankelijk gepland: deze was gepland vanaf 1 januari 2022 en zou derhalve drie jaar hebben moeten duren, maar duurde uiteindelijk veel korter, nog geen zes maanden. Niettemin: door toch tot nadere maatregelen over te gaan, komt daaraan al snel een prijskaartje te hangen.

Scenario 2: onvoorzienbaar, wel verdiscontering van het normaal ondernemersrisico

Ten aanzien van het tweede scenario ligt het minder eenduidig. In dit scenario wordt in beginsel aanvaard dat de schade ten gevolge de productiebeperking tot toekenning van

[134] HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5943 (Whv).

nadeelcompensatie noopt, maar wordt op het toe te kennen schadebedrag wel het normale ondernemersrisico in rekening gebracht. Dit zou kunnen in de vorm van een (lage) drempel, bijvoorbeeld een procentueel deel van de omzet van de centrales, of, minder vergaand, door een korting op het schadebedrag toe te passen. Hoe dan ook zou een *volle* toets aan het normaal maatschappelijk risico moeten plaatsvinden aan de hand van alle relevante gezichtspunten die zijn genoemd in par. 5.2.

Van een dergelijke volle toets is (onder meer) geen sprake wanneer in het kader van de berekening van de hoogte van de schade onzekerheidsmarges in acht worden genomen, al dan niet in de vorm van de 'WACC' (de *weighted average cost of capital*).[135] Een dergelijke wijze van berekening waarborgt weliswaar dat geen overcompensatie plaatsvindt, maar kan niet worden gezien als een volwaardige toets aan het normale ondernemersrisico. Sterker: de overheid loopt, door te werken vanuit de veronderstelling dat in de schadebepaling al het ondernemersrisico is verdisconteerd, het risico dat zij belangrijke vragen over overheidsaansprakelijkheid uitbesteedt aan schade-experts, terwijl de motivering van de toets aan het normale ondernemersrisico bij uitstek aan het bestuursorgaan zelf is.[136] Het is juridisch dan ook zuiverder beide van elkaar te scheiden. Wanneer wél een volwaardige toets aan het normale ondernemersrisico plaatsvindt, kunnen verschillende gezichtspunten naar voren worden gebracht.

Ten eerste kan worden betoogd dat kolencentrales bij uitstek behoren tot het type onderneming dat een *verhoogd* ondernemersrisico draagt. Argumenten om daarvan uit te gaan kunnen worden ontleend aan de jurisprudentie van de Afdeling, waarin een verhoogd ondernemersrisico bijvoorbeeld is ontleend aan de locatie waar een bedrijf zijn activiteiten ontplooit en het feit dat sprake is van vergunningplichtige activiteiten.[137] Ten aanzien van de kolencentrales kan worden gewezen op de overwegingen van de rechtbank in het kader van de voorzienbaarheid in abstracto, geciteerd in par. 5.4, waarin erop is gewezen dat de centrales op de hoogte moeten zijn van nationale en internationale ontwikkelingen die kunnen leiden tot overheidsmaatregelen waardoor de activiteiten van haar onderneming geraakt kunnen worden, en voorts op het feit dat de centrales activiteiten ontplooien die maatschappelijk omstreden zijn.

Ten tweede zou een argument kunnen zijn dat de centrales – mede in het licht van hun verhoogde ondernemersrisico – uit het enkele feit dat een overgangstermijn is gegund, niet hebben mogen afleiden dat zij verder van elke inbreuk op hun eigendom gevrijwaard zouden blijven. Zeker in een complex maatschappelijk dossier als de klimaatverandering, dat bepaald geen rustig gegeven is, moeten centrales altijd rekening houden met nadere beperkende maatregelen. Ook in dit kader valt te wijzen op het vonnis van de rechtbank Den Haag, waarin deze moest oordelen over de stelling van Uniper dat zij niet met andere beperkingen te maken zou krijgen dan de beperkingen die voortvloeien uit het ETS. Dit standpunt kon niet op bijval van de rechtbank rekenen. Volgens de rechtbank moest Uniper ervan uitgaan dat 'gedurende de levensduur van die centrale te maken zou krijgen met CO_2-emissie reducerende overheidsmaatregelen die het (ongestoorde) gebruik van die centrale (in toenemende mate)

[135] Besluit van 16 december 2021, *Stb.* 2021, 640, p. 9-10.
[136] Vgl. ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, r.o. 5.6 e.v. (*Overzichtsuitspraak planschade).*
[137] ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1824, ABRvS 26 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW4004.

beperken.'[138] Het verbod was zo'n nadere beperkende maatregel, maar te verdedigen valt dat ook een productiebeperking daar nog toe behoort.[139]

De aanvaarding van een compensatieplicht voor elke nadere beperkende maatregel na het gunnen van een overgangstermijn komt de facto neer op een toezegging van overheidswege dat de overheid de plicht heeft op de terugverdiencapaciteit van de centrales geen enkele inbreuk te maken. De vraag is hoe zich dat verhoudt tot het feit dat ook een productiebeperking een vorm van regulering van eigendom is en het naar ons idee pleitbare uitgangspunt dat er sprake is van een verhoogd ondernemersrisico. Zou de overheid uit dat verhoogde ondernemersrisico het recht willen afleiden om ook in het kader van nadere maatregelen een aftrek toe te passen, dan moet dit wel duidelijk aan de gedupeerde ondernemingen kenbaar worden gemaakt. Zo kan het geen kwaad als de overheid duidelijk communiceert dat een overgangstermijn geen recht impliceert om gepleegde investeringen volledig terug te verdienen,[140] evenmin als een recht op een volledige vergoeding wanneer onverhoopt nader ingrijpen toch nodig blijkt, ongeacht de ernst van die nadere inbreuk.

Ten derde kan worden gewezen op het precedent dat bestaat uit de casus van de pelsdierhouderij. Vanwege veranderende opvattingen over het fokken van nertsen voor het gebruik van hun vacht voor kleding werd een wet aangenomen om dit fokken te verbieden, de Wet verbod pelsdierhouderij. In de door de nertsenfokkers tegen de staat aangespannen onrechtmatigedaadsactie stond de vraag centraal of ze door dit verbod werden aangetast in hun eigendomsrecht, zoals beschermd door art. 1 EP EVRM. De Hoge Raad verwierp uiteindelijk het cassatieberoep van de pelsdierhouders, in het bijzonder omdat zij hun vorderingen vooral op gehoopte toekomstige inkomsten baseerden en niet zozeer op bestaande verworvenheden en deze worden niet beschermd door art. 1 EP. Ook een beroep op (de facto) onteigening verwierp de Hoge Raad.[141] In de Covid-crisis kwam een belangrijk vervolg op deze casus, nu nertsenfokkerijen zeer vatbaar bleken voor het Covid-virus en besmet raakten. De genoemde Wet verbod pelsdierhouderij werd gewijzigd en de overgangstermijn van 1 januari 2024 werd met bijna drie jaar ingekort.[142] Tegelijkertijd met de inkorting van deze overgangstermijn werd een compensatieregeling in het leven geroepen, die enige overeenkomsten vertoont met de casus van de kolencentrales. Op grond van deze wet werd mede in het licht van art. 1 EP een

---

[138] Rb. Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12653, *AB* 2023/58, m.nt. L.M. Nijenhuis, r.o. 5.16.31 (Uniper mocht er niet van uitgaan 'dat de Nederlandse overheid geen andere CO_2-uitstoot beperkende maatregelen zou treffen ten aanzien van kolencentrales dan invoering en toepassing van het ETS'), r.o. 5.16.34 (het gaat erom of voor Uniper voorzienbaar was dat 'door de Staat (naast toepassing van het ETS) beperkende maatregelen ten aanzien van het gebruik van kolencentrales zouden kunnen worden getroffen'); r.o. 5.16.36 (Uniper 'wist of had moeten begrijpen dat daarnaast het risico aanwezig was dat er van overheidswege aanvullende beperkende maatregelen ten aanzien van het gebruik van de MPP3-centrale zouden worden genomen').

[139] Ter verduidelijking: niet om te betogen dat de schade ten gevolge van de productiebeperking geheel tot het normaal ondernemersrisico behoort (zie scenario 1) maar wél om het ondernemersrisico in de vorm van een korting te verdisconteren.

[140] Vgl. *Kamerstukken II* 2018/19, 35167, nr. 3, p. 11: 'Naar het oordeel van het kabinet is het niet nodig dat de exploitanten hun investeringen in deze overgangsperiode volledig kunnen terugverdienen.'

[141] Hoge Raad 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, *NJ* 2017/132 m.nt. E.A. Alkema, *AB* 2018/12, m.nt. T. Barkhuysen & M.L van Emmerik.

[142] Wet van 16 december 2020 tot wijziging van de Wet verbod pelsdierhouderij in verband met een vervroegde beëindiging van de pelsdierhouderij, *Stb.* 2020, 555: de overgangstermijn van 1 januari 2024 wordt bekort tot en met de dertiende dag na inwerkingtreding van deze wet.

regeling van nadeelcompensatie geïntroduceerd. Op basis van deze regeling kwam uitsluitend schadevergoeding in aanmerking voor zover deze het rechtstreeks gevolg is van de vervroegde beëindiging en uitsteeg boven het normaal maatschappelijk risico. De omvang van dit normale ondernemingsrisico moest worden bepaald met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval.[143] Ten aanzien van de voorzienbaarheid van de vervroegde beëindiging overwoog de regering in de memorie van toelichting dat de nertsenhouders niet hoefden te verwachten dat de overgangstermijn van 1 januari 2024 zou worden bekort vanwege de ethische redenen die aanleiding gaven tot het verbod. Aan de andere kant zijn zij wel werkzaam op een terrein waarop het voorzienbaar moet worden geacht dat er dierziekten uitbreken en dat de overheid dwingende maatregelen treft om de volksgezondheid te beschermen. Tegelijkertijd ging deze voorzienbaarheid niet zover dat de pelsdierhouders hadden moeten zien aankomen en er rekening mee hadden moeten houden dat hun bedrijfstak in één keer volledig zou worden beëindigd vóór het einde van de wettelijke overgangstermijn.[144] In de beleidsregel nadeelcompensatie is om die reden een relatief lage korting van 15% vanwege het normaal maatschappelijk risico vastgesteld.[145]

Aan deze casus zou een argument kunnen worden ontleend voor een verdiscontering van het normaal maatschappelijk risico, ook wanneer tijdens de overgangsperiode aan nadere regulering plaatsvindt. Het feit dat er sprake is van een 'externe' oorzaak die tot die nadere regulering noopt (een ziekte waarvoor dieren vatbaar blijken) is voor ons geen argument om anders te handelen wanneer de oorzaak juist inherent is aan de betrokken ondernemersactiviteit. Sterker: betoogd zou juist kunnen worden dat de uitbraak van Covid minder voorzienbaar was dan de nadere maatregelen om de klimaatcrisis te beteugelen. Hieraan doet naar ons idee niet af dat de overheid eerder maatregelen had moeten nemen om de klimaatcrisis te beteugelen. Immers, commerciële actoren als kolencentrales moeten zich voor hun ondernemingsbeslissingen niet enkel oriënteren op het handelen (of stilzitten) van de overheid maar hebben ook een eigen verantwoordelijkheid om die maatregelen te nemen die verantwoord zijn gelet op de voortdurende, reeds decennialang duidelijke noodzaak om CO_2-uitstoot zoveel mogelijk in te dammen. Daarbij past het stevig en gemotiveerd in stelling brengen van de voorzienbaarheid in abstracto, waarvoor niet alleen het vonnis van de rechtbank in het kader van de Wvk voldoende bouwstenen aanreikt, maar ook de EHRM-jurisprudentie in het kader van art. 1 EP EVRM, die overheden bij regulering van eigendom in het kader van maatregelen om het milieu te beschermen een ruime *margin of appreciation* toekent. Lezen wij de toelichting bij de Wijziging van de Wvk dan blijkt dat de regering van oordeel is dat elk ingrijpen in de door het gunnen van een overgangstermijn tot stand gebrachte *fair balance* een situatie van onvoorzienbaar nadeel tot stand brengt, omdat de terugverdienmogelijkheden worden beperkt. De daardoor ontstane schade zou niet behoren tot het normaal bedrijfsrisico, waaraan 'niet afdoet' dat het in het kader van de *fair balance* in beginsel niet ongerechtvaardigd wordt gevonden om de kosten verbonden aan maatregelen ter beperking van schade aan het milieu en

[143] *Kamerstukken II* 2020/21, 35633, nr. 3 (MvT), p. 5-6.
[144] *Kamerstukken II* 2020/21, 35633, nr. 3 (MvT), p. 10.
[145] Besluit van de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit van 1 februari 2021, nr. WJZ/20288990, tot vaststelling van beleidsregels voor de beoordeling van aanvragen om een vergoeding op grond van artikel 8 van de wet verbod pelsdierhouderij (*Stcrt.* 2021, 5472), p. 8-9.

andere maatschappelijke belangen voor rekening te laten van bedrijven die die schade veroorzaken.[146] Zoals gesteld kan daar ook anders tegenaan worden gekeken.

Wij denken al met al dat op zijn minst een korting ergens tussen de bandbreedte van 10% en 30% te verdedigen zou zijn geweest. Deze percentages zijn ook in de jurisprudentie van de Afdeling aanvaard in situaties van regulering van eigendom bij ondernemingen met een verhoogd ondernemersrisico.[147] Op die manier is verdisconteerd dat de productiebeperking weliswaar onvoorzienbaar was, maar leidt dit niet automatisch tot vergoeding van alle schade. Dit is ook in overeenstemming met de nadeelcompensatiejurisprudentie waarbij ook onvoorzienbaar nadeel niet geheel wordt vergoed.[148]

Scenario 3: onvoorzienbaar nadeel: wel nadeelcompensatie, geen korting

De conclusie dat een korting niet ondenkbaar en zelfs juridisch verdedigbaar zou zijn geweest sluit de rechtmatigheid van de keuze die is gemaakt in het derde scenario echter niet uit. Het staat een bestuursorgaan immers altijd vrij om in een concreet geval ruimhartiger te zijn dan bij keuzes die in het verleden zijn gemaakt. Daarbij kunnen verschillende factoren een rol spelen. Zo wordt soms voor een ruimhartiger nadeelcompensatierecht gekozen om juridische procedures te voorkomen, zelfs al schorst een eventueel hoger beroep de werking van een besluit niet (art. 6:16 Awb). Dat neemt niet weg dat er nu, na de nadeelcompensatie voor de pelsdierhouderij en voor de productiebeperking, twee precedenten liggen die met elkaar in tegenspraak lijken. Zeker in een dossier als maatregelen inzake klimaatverandering kan niet worden uitgesloten dat de overheid nog vaker op een eenmaal gemaakte keuze later moet terugkomen door een versnelde regulering van eigendom. De overheid kan in toekomstige vergelijkbare dossiers inzake regulering, natuurlijk ook weer afhankelijk van de specifieke context, kiezen voor een meer of minder ruimhartige benadering als de minimumeisen van art. 1 EP maar in acht worden genomen, maar al te ruimhartige keuzes kunnen de overheid op termijn duur komen te staan. Het verdient in dit verband aanbeveling dat de overheid bij vergelijkbare maatregelen in de toekomst als uitgangspunt neemt dat haar een ruime *margin* toekomt om alle maatregelen te nemen die in het kader van de klimaatverandering geboden zijn, en te benadrukken dat die *margin* niet alleen ziet op het type maatregelen maar ook op de proportionaliteit van die maatregelen.

Ook hier kent de jurisprudentie overigens precedenten. De relevantie van eerdere beperkende maatregelen voor de aanvaarding van een compensatieplicht komt goed tot uitdrukking in een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak. Het ging daarbij om een zaak waarin een bestuursorgaan een percentage van 10% voor rekening van een getroffen ondernemer had gelaten, aangezien ‘de wegafsluitingen gedeeltelijk voortvloeien uit normaal wegonderhoud en ten dele, voor zover het de wegafsluitingen voor de bouw van het kantoorgebouw over de rijksweg betreft, samenhangen met planwijzigingen die [appellant] niet behoefde te voorzien’.

---

146 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 3, p. 11.
147 Zie nader par. 5.2.
148 Vgl. de in par. 5.2 genoemde uitspraak ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2052, *AB* 2013/222, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Hollandse brug).*

De Afdeling was echter van oordeel dat appellant het gehele gestelde schadebedrag vergoed behoorde te krijgen: er was sprake van kort na elkaar optredende schadeoorzaken, waarbij de lange duur van de wegafsluitingen niet te voorzien was. Bovendien had appellant eerder al wel de schade ten gevolge van een herinrichting van een weg voor eigen rekening moeten nemen.[149] Deze zaak kent een aardige parallel met de productiebeperking: in het kader van de Wvk is immers al een normaal ondernemersrisico toegepast, maar bij een daarop volgende maatregel ontstaat in beginsel een plicht om enige compensatie toe te kennen. De Afdeling overweegt zelfs dat er geen ruimte is voor enige aftrek uit hoofde van het normale ondernemersrisico.

6 Conclusie

In deze evaluatie is stilgestaan bij de totstandkoming van de besluitvorming rond de nadeelcompensatie aan de kolencentrales. Net als in andere eerdere nadeelcompensatiedossiers, zoals de discussie over de beëindiging van de pelsdierhouderij, is er aanvankelijk gekozen voor een ruime overgangstermijn. Deze 'goedkope' manier van compensatie in natura zou er in beginsel voor moeten zorgen dat de bedrijven hun investeringen kunnen terugverdienen, zonder dat de overheid al te diep in de buidel moet tasten. Al snel bleek echter dat er op kortere termijn verdergaande maatregelen nodig waren. Omdat deze maatregelen een directe inbreuk opleveren op het eigendomsrecht van de kolencentrales, kwam al snel de vraag naar voren of nadeelcompensatie moet worden toegekend. Dit bleek vervolgens ook een politiek heet hangijzer: in het debat tussen de staatssecretaris en de minister aan de ene kant en de Kamer aan de andere kant is duidelijk gebleken van huiver om riante sommen aan nadeelcompensatie toe te kennen aan deze grote, vervuilende bedrijven. De regering heeft zich echter terecht op het standpunt gesteld dat de toekenning van nadeelcompensatie geboden is, mede onder verwijzing naar het door art. 1 EP EVRM gewaarborgde eigendomsrecht. Ook terecht heeft de regering een duidelijk onderscheid gezien tussen het wettelijke verbod en de productiebeperking.

Daarmee is echter niet het laatste woord gezegd. Het bestaan van een recht op nadeelcompensatie, dat tegenwoordig wettelijk is geregeld in titel 4.5 Algemene wet bestuursrecht (Awb), is vooral rechtersrecht (waarbij het bestuursorgaan uiteraard eerst een voorzet doet). In de rechtspraak is – soms in wisselwerking met bestuurlijk beleid – tot een nadere invulling gekomen van de relevante criteria, zoals de 'lijn der verwachtingen', 'risicoaanvaarding' en 'voorzienbaarheid'. Evenmin kan uit de wet duidelijk worden afgeleid hoe de hoogte van de schade moet worden bepaald. Op die beide punten – de bepaling van de hoogte van de schade en de invulling van de eis van 'onevenredigheid', in het bijzonder de toepassing van de voorzienbaarheid *in abstracto*, zijn we in par. 5 nader ingegaan.

Uit ons onderzoek is naar voren gekomen dat de regering voor de vaststelling van de hoogte van de schade geen aansluiting heeft gezocht bij de wijze waarop dat in het nadeelcompensatierecht gebruikelijk is, namelijk door naar een representatieve periode in het verleden te kijken en daaruit een gemiddelde energieprijs af te leiden. Daarentegen is gewerkt

[149] ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1222.

met een methode waarbij wordt gewerkt met termijnmarktprijzen, die juist gelden voor de toekomst. Gelet op de specifieke aard van de markt voor elektriciteitsprijzen is deze afwijking van de in nadeelcompensatiezaken gebruikelijke wijze van schadebegroting gerechtvaardigd en lijkt deze zelfs een geschiktere methode om overcompensatie te voorkomen dan een methode die terugkijkt.

Ten aanzien van de eis van voorzienbaarheid is in de jurisprudentie een tamelijk verfijnd stelsel van hoofd- en subregels geformuleerd, waarvan de toepassing nog steeds niet neerkomt op een vorm van 'juridische wiskunde'. Dat geldt zowel voor de gezichtspunten die bepalend zijn voor de toets aan de *fair balance* van art. 1 EP EVRM als voor de relevante criteria bij de toets aan het 'normale ondernemersrisico'. Wij menen dat het besluit om nadeelcompensatie toe te kennen aan de kolencentrales gerechtvaardigd was, aangezien de productiebeperking een tweede vorm van regulering van eigendom was, die het voor de centrales niet meer mogelijk maakte om recht te doen aan de uitgangspunten van de Wvk, op grond waarvan de investeringen goeddeels zouden kunnen worden terugverdiend. Wij plaatsen niettemin twee kanttekeningen bij de toepassing van deze eis. Ten eerste zou er naar ons idee ruimte zijn geweest om zelfs op de schade ten gevolge de (onvoorzienbare) productiebeperking enige korting uit hoofde van het normale ondernemersrisico toe te passen. Wij hebben in par. 5.5 daartoe verschillende argumenten aangedragen: het verhoogde ondernemersrisico van kolencentrales, het vonnis van de rechtbank Den Haag inzake de Wvk (waaruit immers blijkt dat voor de centrales beperkende maatregelen *in algemene zin* voorzienbaar zijn) en het precedent van de pelsdierhouderij. Over dit laatste precedent valt nog op te merken dat daar waar een externe oorzaak als de uitbraak van Covid al tot toepassing van een korting leidt, dit te meer geldt wanneer de schade wordt veroorzaakt door een maatregel die verbonden is aan de inherente bedrijfsrisico's van de kolencentrales.

De toepassing van deze korting paste naar onze indruk dus goed in de égalitégedachte, maar dat laat onverlet dat zij niet geboden was. Dat is immers typisch aan de nadeelcompensatiejurisprudentie: verschillende keuzes kunnen nog door de 'égalitébeugel', waarbij wel moet worden bedacht dat ruimhartige keuzes een mogelijk ongewenst precedent scheppen. De door ons aan het slot van paragraaf 5 verkende derde optie, waarin het daadwerkelijke nadeel ten gevolge van de productiebeperking geheel is vergoed, kan uit het oogpunt van die égalitégedachte alsook vanuit de eigendomsbescherming van art. 1 EP EVRM, op zichzelf worden verdedigd.

Een laatste wens die we willen uitspreken is echter dat de toetsing aan het égalitébeginsel/art. 1 EP EVRM aan transparantie zou kunnen winnen door nadrukkelijker te verwijzen naar voorbeelden uit de rechtspraak, waarvan wij er in deze evaluatie vele hebben besproken.