

De zaken *Sātiņi-S* en Hemwegcentrale: grote gevolgen voor de Nederlandse nadeelcompensatiepraktijk?

Mr. G.J. van Midden en prof. mr. M.K.G. Tjepkema*

De grenzen tussen nadeelcompensatie op grond van het égalitébeginsel en verboden staatssteun zijn complex. Het arrest *Sātiņi-S* van het Hof van Justitie en het besluit van de Europese Commissie inzake de compensatie voor de sluiting van de Hemwegcentrale illustreren dat. *Sātiņi-S* betekent mogelijk een beperking voor overheden om bedrijven compensaties te verlenen voor beperkende maatregelen, zoals op het terrein van dieren- en milieubescherming. *Hemwegcentrale* betekent mogelijk dat zonder tussenkomst van de rechter geen zekerheid bestaat dat een compensatie geen steunvoordeel vormt. De door het Hof van Justitie en de Commissie gemaakte overwegingen hebben mogelijk grote gevolgen voor de Nederlandse nadeelcompensatiepraktijk. In dit artikel gaan wij hierop in en plaatsen wij daar kanttekeningen bij.

Inleiding

Het komt geregeld voor dat de overheid aan een onderneming een schadevergoeding, compensatie of tegemoetkoming toekent en de vraag rijst of deze vergoeding verboden staatssteun oplevert. Niet zelden speelt dat in grote of politiek gevoelige dossiers. Recente voorbeelden zijn het debat over de beoogde wijziging van de Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie in verband met beperking van de CO₂-emissie¹ en het mogelijk voor rekening van de Staat (en dus niet die van de exploitant) nemen van de schade door de aardgaswin-

ning in Groningen.² Een ander voorbeeld is de sanering van de pelsdierhouderij. Daarover liepen zowel procedures bij de Nederlands rechter ter verkrijging van schadevergoeding,³ als procedures bij de Europese Commissie over een in dit verband opgestelde subsidieregeling.⁴ Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie en in diverse beschikkingen van de Commissie is vanuit het perspectief van de staatssteunregels hierbij de kernvraag of de overheid een vergoeding toekent uit hoofde van een *rechtsplicht*, dan wel dat zij een onderneming een voordeel toekent dat duidelijk verder gaat dan waartoe de overheid is gehouden. Wij zullen hierna toelichten waar die rechtsplicht op kan worden gestoeld, maar kort gezegd gaat het om de grondslagen voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van de overheid, waaronder artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW), de bepalingen uit het onteigeningsrecht en het nadeelcompensatierecht.

De juridische grenzen van aansprakelijkheid van de overheid en verboden staatssteun zijn niet altijd duidelijk, wat wordt geïllustreerd door het recente arrest *Sātiņi-S*⁵ en een besluit van de Europese Commissie inzake de Hemwegcentrale.⁶ *Sātiņi-S* is interessant omdat

* Mr. G.J. (Gijs) van Midden is sectorhoofd bij de directie advisering van de Raad van State en redactielid van *NtEr*. Prof. mr. M.K.G. (Michiel) Tjepkema is unithoofd van de kennisunit van de directie bestuursrechtspraak van de Raad van State en hoogleraar overheidsaansprakelijkheid en mijnbouwschade aan de Open Universiteit.

1 *Kamerstukken II* 2020/21, 35668, nr. 44.

2 *Kamerstukken II* 2018/19, 35250, nr. 3, p. 36.

3 HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888.

4 Besluit van de Europese Commissie van 15 januari 2016, C(2016)58 final, betreffende staatssteun Nederland (Sloop en ombouw pelsdierhouderij), zie https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/261041/261041_1727985_178_2.pdf.

5 HvJ 27 januari 2022, C-238/20, ECLI:EU:C:2022:57 (*Sātiņi-S*). Het arrest dat het Hof van Justitie in de parallelle zaak *Sātiņi-S* (HvJ 27 januari 2022, C-234/20, ECLI:EU:C:2022:56) heeft gewezen blijft in dit artikel buiten beschouwing. Dat arrest gaat over de vraag of schade vanwege het verbod om in veengebieden veenbessenplantages aan te leggen kan worden gecompenseerd met gebruik van het Europees Landbouwfonds voor plattelandsontwikkeling (ELFPO). De daarin gemaakte overwegingen ten aanzien van het Handvest wijken inhoudelijk niet af van die in het onderhavige arrest. De sleuteloverweging in *Sātiņi-S* heeft het Hof van Justitie meest recent nog bevestigd in zijn arrest van 28 april 2022 (zaak C-251/21, ECLI:EU:C:2022:311, punt 68).

6 Besluit van de Europese Commissie van 12 mei 2020, Verbod op kolen voor de elektriciteitsproductie in Nederland (SA/54537) (*Hemwegcentrale*).

het Hof van Justitie hierin het verschil markeert tussen enerzijds compensatie voor schade als gevolg van de naleving van op de onderneming rustende wettelijke verplichtingen en anderzijds compensatie voor de schade die wordt vergoed op grond van een op de overheid rustende rechtsplicht. Het besluit *Hemwegcentrale* gaat over de nadeelcompensatie van € 52,5 miljoen voor de vroegtijdige sluiting van de elektriciteitscentrale Hemweg. Dat besluit is interessant, omdat het de vraag oproept of zonder een oordeel van de rechter ten aanzien van de hoogte van de toegekende nadeelcompensatie een steunvoordeel inderdaad niet kan worden uitgesloten. Zowel het oordeel van het Hof van Justitie als het standpunt van de Commissie heeft mogelijk grote betekenis voor de Nederlandse rechtspraak.

In dit artikel beschrijven wij deze betekenis en plaatsen wij daarbij enige kanttekeningen, zowel uit staatssteunrechtelijk als nationaalrechtelijk perspectief. Alvorens dat te doen zullen wij hierna eerst, ten algemene, ingaan op de kaders uit het staatssteunrecht en de rechtspraak inzake de staatssteunrechtelijke kwalificatie van schadevergoedingen en nadeelcompensatie. Daarbij wordt ook ingegaan op het (nationale) *égalité*beginsel. Daarna zullen wij het arrest in *Sātiņi-S* en het besluit in *Hemwegcentrale* bespreken, waarna wordt afgesloten met een beschouwing over de betekenis daarvan.

Nadeelcompensatie en schadevergoeding en de staatssteunregels

Kaders uit het Nederlandse recht

Zoals hiervóór opgemerkt, is vanuit een Unierechtelijk perspectief relevant of de vergoeding die de overheid toekent, is gestoeld op een rechtsplicht. Het begrip ‘rechtsplicht’ is in dit verband makkelijk vatbaar voor verwarring. Zo is denkbaar dat de overheid juridisch niet is gehouden tot schadevergoeding, maar uit *coulance* of uit solidariteit met een bepaalde groep burgers toch een regeling opstelt waardoor deze burgers een aanspraak hebben op een tegemoetkoming. In zo’n geval dient de overheid de regeling zorgvuldig uit te voeren, maar is zij feitelijk noch juridisch verplicht een dergelijke regeling op te stellen. Uit haar besluit om een regeling te treffen kan in beginsel ook geen erkenning van aansprakelijkheid worden afgeleid, en evenmin kan zij worden opgevat als een rechtsplicht om in een toekomstig vergelijkbaar geval opnieuw een regeling te treffen.⁷

Dit type regelingen moet dan ook worden onderscheiden van de situaties waarin de overheid op grond van

het aansprakelijkheidsrecht of op grond van algemene regels tot (schade)vergoeding is gehouden. De meest gangbare grondslagen zijn de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW en het – thans nog ongeschreven – beginsel *égalité devant les charges publiques*, de algemene grondslag voor de vergoeding van (onevenredige) schade bij rechtmatig overheidsoptreden. Bij het *égalité*beginsel zullen wij hierna nog uitvoeriger stilstaan. Zeer verwant aan het *égalité*beginsel is de bescherming die justitiabelen kunnen ontleen aan het eigendomsrecht. De aan het *égalité*beginsel verbonden voorwaarden van een ‘speciale en abnormale last’ kennen namelijk een heel duidelijke pendant in de vorm van de eisen van de ‘individual and excessive burdens’, verbonden aan artikel 1 Eerste Protocol (EP) bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), dat bescherming biedt bij regulering en ontneming van eigendom.⁸ Waar lidstaten het Unierecht toepassen, kan ook een rechtsplicht voortvloeien uit artikel 17 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest), dat kan worden gezien als de EU-pendant van artikel 1 EP EVRM. Laatstgenoemde bepaling speelde ook een rol in de zaak *Sātiņi-S*, zoals hierna nog zal blijken.

Tot slot moet hier het onteigeningsrecht worden genoemd. Dat heeft zich los van de genoemde grondslagen ontwikkeld, maar kan worden gezien als de derde pijler van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. De rechtsplicht van de overheid vindt hier zijn grondslag in artikel 14 Grondwet en de op grond daarvan tot stand gekomen Onteigeningswet. Uitgangspunt is hier – anders dan in het nadeelcompensatierecht – een volledige schadevergoeding, ofwel ‘schadeloosstelling’.

Een aansprakelijkheid op basis van een van deze grondslagen kan in een individueel geval door een bestuursorgaan of de rechter worden vastgesteld, maar kan ook de vorm krijgen van een aansprakelijkheidsregeling, waarvan er in Nederland de nodige bestaan.⁹ In die gevallen dient de regeling vooral een doelmatige afwikkeling van aanvragen om schadevergoeding, maar is zij niet constitutief voor het bestaan van aansprakelijkheid: die bestaat immers ook zonder de regeling in kwestie. Anders gezegd: de rechtsplicht vloeit dan niet voort uit een dergelijke regeling, maar uit de aansprakelijkheid. Dit is van belang, omdat het Unierecht door de vorm waarin een regeling is vormgegeven ‘heen prikt’. Wanneer de wetgever *stelt* uit hoofde van een bestaande aansprakelijkheid een regeling op te stellen, kan toch sprake zijn van staatssteun, bijvoorbeeld wanneer de schadevergoeding meer omvat dan de schade die uit de aansprakelijkheid voortvloeit.¹⁰

7 De wetgever pleegt in dit verband in de toelichting te benadrukken dat het treffen van een regeling niet moet worden gezien als een erkenning van aansprakelijkheid. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel zal niet al te snel slagen, zo concludeert ook R.J.B. Schutgens, ‘Afhandeling van schade via schadereregelingen’, in: *De spankracht van de civiele rechter* (Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2022, p. 102.

8 Welk artikel met name toegevoegde waarde heeft bij nadeelcompensatie in verband met rechtmatige formele wetgeving. Zie recent de jurisprudentie over fosfaatrechten van het CBB, zoals samengevat in B.J. van Ettehoven e.a., ‘Overheidsaansprakelijkheid anno 2023: de stand van de rechtsontwikkeling’, O&A 2023/2, p. 58 e.v.

9 Zie Schutgens 2022, p. 85-88 en p. 115 e.v. Zie ook C. Ruppert, *Regelingen voor collectieve schade – geef slachtoffers erkenning*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

10 HvJ 12 januari 2023, gevoegde zaken C-702/20 en C-17/21, ECLI:EU:C:2023:1 (DOBELES HES SIA), punt 60.

Kaders uit het staatssteunrecht

Van ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is sprake indien (1) met staatsmiddelen (2) een financieel voordeel wordt verleend aan (3) een of meer bepaalde (4) ondernemingen, als gevolg waarvan (5) de concurrentie wordt vervalst en (6) de handel tussen de lidstaten kan worden beïnvloed. Als aan deze voorwaarden, die cumulatief zijn, is voldaan, is sprake van een ‘steunmaatregel’. Het verlenen van een steunmaatregel is verboden, tenzij deze door de Europese Commissie op grond van het tweede of derde lid van artikel 107 VWEU is goedgekeurd. Daartoe is de lidstaat op grond van artikel 108 lid 3 VWEU verplicht de voorgenomen maatregel vooraf te melden, waarbij een *standstill*-verplichting geldt. Deze aanmeldingsverplichting geldt niet voor zeer kleine steunmaatregelen (zogenoemde ‘de-minimissteun’) of steun waarvoor de Uniewetgever een algemene groepsvrijstelling heeft gecreëerd.

Van de zes genoemde voorwaarden is in het kader van dit artikel de tweede relevant: of sprake is van een voordeel. Een steunvoordeel is aan de orde indien de begunstigde onderneming dit onder normale marktvoorwaarden, dus zonder overheidsingrijpen, niet had kunnen verkrijgen.¹¹ Daarbij gaat het niet alleen om positieve voordelen, zoals subsidies. Een steunvoordeel kan ook aan de orde zijn indien een onderneming wordt bevrijd van bepaalde lasten of kosten, die inherent zijn aan haar economische activiteiten.¹² Het kan dan bijvoorbeeld gaan om schade als gevolg van dierziekten,¹³ maar ook om kosten die voortvloeien uit wettelijke verplichtingen die op de onderneming rusten. Zo is in rechtspraak uitgemaakt dat de kosten voor het verrichten van verplichte tests op BSE een last vormen die normaliter drukt op het budget van ondernemingen. Het compenseren van deze kosten zou dan ook een steunvoordeel zijn.¹⁴ Dat geldt – in principe – ook indien de overheid verliest compenseert die ondernemingen lijden als gevolg van uit wettelijke voorschriften voortvloeiende beperkingen aan hun activiteiten.

Bezien in dit kader is relevant dat een schadevergoeding op grond van een rechtsplicht naar haar aard erop is gericht toegebracht financieel nadeel te herstellen en niet om een onderneming een voordeel te gunnen dat haar anders niet zou toekomen. Het is vanwege dit andersoortige karakter dat het Hof van Justitie in het *Asteris*-arrest heeft geoordeeld dat ‘de vergoeding die nationale autoriteiten op grond van een rechterlijke uitspraak eventueel aan particulieren moeten betalen ter zake van

[door hen veroorzaakte schade]’ geen voordeel oplevert. Een dergelijke schadevergoeding vormt dus geen staatssteun, die vooraf aan de Commissie moet worden gemeld.¹⁵ In het *Asteris*-arrest betrof het een vergoeding die door de Griekse autoriteiten was toegekend aan producenten van tomatenconcentraat die door een technische fout van de autoriteiten in een gemeenschapsregeling geen steun uitbetaald hadden gekregen.

In de beschikking *Akzo Nobel* is ook de Commissie nader ingegaan op het verschil tussen een op grond van het nationale recht vastgestelde plicht tot schadevergoeding enerzijds, en steunmaatregelen anderzijds.¹⁶ In deze zaak betrof het een compensatie voor *rechtmatig* overheidshandelen, namelijk een door de overheid afgedwongen verplaatsing van een chloorfabriek van Akzo Nobel van Hengelo naar Delfzijl. De *Asteris*-jurisprudentie is dan ook van toepassing in situaties van nadeelcompensatie,¹⁷ voor zover zij louter dient ter compensatie van schade als direct gevolg van een overheidsingrijpen. Voorwaarde is wel dat de schadevergoeding wordt bepaald op grond van een algemene schadevergoedingsregeling die rechtstreeks is gebaseerd op het door de rechter erkende grondwettelijke eigendomsrecht.¹⁸

Vanuit dit uitgangspunt hebben de Commissie en het Hof van Justitie later ook ten aanzien van compensatie voor onteigeningsmaatregelen erkend dat deze in beginsel geen voordeel vormen.¹⁹ Een categorie *sui generis*, namelijk de rechtsplicht die wordt aangenomen op grond van het buitenwettelijke vertrouwensbeginsel, laten wij in dit artikel buiten beschouwing.²⁰

Het égalitébeginsel: tussen nadeelcompensatie en steunvoordeel

Uit oogpunt van de staatssteunregels moet een compensatie beperkt zijn tot hetgeen waartoe de overheid op grond van de rechtsplicht is gehouden. De toepassing van het égalitébeginsel noopt tot compensatie van schade, wanneer een burger of bedrijf ten opzichte van anderen *onevenredig zwaar nadeel* draagt, waarbij ook relevant is wat tot diens normale maatschappelijke risico mag worden gerekend. De grenzen van het begrip ‘onevenredig nadeel’ zijn bij nadere beschouwing echter

11 HvJ 11 juli 1996, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 (*Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a./La Poste e.a.*), punt 60 en HvJ 29 april 1999, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210 (*Spanje/Commissie*), punt 41.

12 HvJ 20 november 2003, C-126/01, ECLI:EU:C:2003:622 (*Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie/GEMO SA*), punt 28-31.

13 Zie bijvoorbeeld besluit van de Commissie van 13 februari 2003, C(2003)128 (*Schadevergoedingsregeling mond- en klauwzeer (Friesland)*), waarbij steun werd verleend voor inkomstenderiving als gevolg van omzetverlies die niet kan worden vergoed uit andere bronnen, zoals algemene fondsen, verzekeringen.

14 Gerecht 25 maart 2015, T-538/11, ECLI:EU:T:2015:188 (*België/Commissie*), punt 74-78.

15 HvJ 27 september 1988, C-106/87, ECLI:EU:C:1988:457 (*Asteris*). Zie ook Commissiebeschikking van 9 maart 2010 (*Farm Dairy*) (PbEU 2010, L 118/45).

16 Commissiebeschikking van 16 juni 2004, SA.14224 (*Akzo Nobel*), punt 18.

17 Het *Hemwegcentrale*-besluit bevestigt dit, vgl. punt 31. Dat de schadevergoeding aan Hemweg gebaseerd was op de uitgangspunten van het nadeelcompensatierecht kan duidelijk worden afgeleid uit de wijze waarop de omvang van de compensatie was gebaseerd, waarbij deskundigen zich hadden gebaseerd op vaste nadeelcompensatiejurisprudentie van de bestuursrechter (vgl. punt 33-41). In deze overwegingen wordt overigens foutief gewezen op art. 1 EVRM (moet zijn art. 1 Eerste Protocol EVRM).

18 Besluit van 16 juni 2004 Steunmaatregel N304/2003 (*Akzo Nobel*) en voorts Besluit (EU) 2015/1470 van de Commissie van 30 maart 2015 (*Micula*), punt 100-102.

19 Gerecht 1 juli 2010, T-64/08, ECLI:EU:T:2010:270 (*Nuova Terni Industrie Chimiche SpA/Commissie*), punt 59-63.

20 Niet uitgesloten is dat ook schadevergoeding op grond van schending van het vertrouwensbeginsel onder voorwaarden buiten de kwalificatie van staatssteun blijft. Vgl. conclusie A-G Medina 24 februari 2022, zaak C-36/21, ECLI:EU:C:2022:556 (*Sense Visuele Communicatie en Handel*) en zie ook J.E. van den Brink, ‘De hernieuwde betekenis van het nationale vertrouwensbeginsel in Europese subsidiezaken’, *NtEr* 2023, nr. 1/2.

diffuus.²¹ Van belang is in dit kader vooral dat het normaal maatschappelijk risico wordt ingevuld aan de hand van ‘alle omstandigheden van het geval’, waaronder de aard en omvang van de schade, de vraag of die schade ‘in de lijn der verwachtingen’ lag en omstandigheden die betrekking hebben op de benadeelde zelf (zoals een keuze voor een bepaald type bedrijfsvoering).²² Hoe die criteria in een concreet geval moeten worden toegepast is een onderwerp dat veelvuldig in rechtspraak aan de orde is.

Of een recht op nadeelcompensatie bestaat, wordt in de meeste gevallen in eerste instantie bepaald door de overheid (het bestuursorgaan) zelf. Naast de wens om nadeel te compenseren, kunnen daarbij ook andere belangen een rol spelen, zoals de wens een gunstig ondernemingsklimaat te creëren, sociaaleconomische motieven of het wegnemen van weerstand tegen omstreden maatregelen. Illustratief is de discussie die rond 2005 heeft gespeeld over de als ‘verplicht’ aangemerkte nadeelcompensatie aan kokkelvisserij die op grond van besluiten tot weigering om vergunningen te verlengen hun activiteiten in de Waddenzee niet langer mochten uitoefenen. Een van de kritieken was dat de schade tot het normaal maatschappelijk risico van de kokkelvisserij behoorde en dat een compensatie dus potentieel de concurrentie vervalst.²³ Hier speelden echter ook andere belangen, die met de compensatoire aard van de vergoeding vermengd waren. In die gevallen bestaat het risico dat met de compensatie toch een steunvoordeel wordt verleend.²⁴

Duidelijk is dat overheden ‘veilig’ zitten wanneer zij kunnen aantonen dat de compensatie een zuiver compensatoir karakter draagt, bijvoorbeeld door erop te wijzen dat dergelijke compensaties passen in een vaste lijn in de rechtspraak. De soms tamelijk indringende toets van de Commissie en het Hof van Justitie wekt in elk geval de indruk dat zij nationale overheden in dit verband geen bijzonder ruime beleidsruimte laten. Coulante interpretaties van het égalitébeginsel vormen vanuit het staatssteunrecht bezien een bron van rechtsonzekerheid. Dit kan tot gevolg hebben dat overheden, indien zij onzeker zijn over de compensatoire aard van een schadevergoeding, een voorgenomen compensatie voor de zekerheid ter goedkeuring kunnen aanmelden bij de Commissie.

De zaak *Sātiņi-S* en het besluit van de Commissie over de Hemwegcentrale

Arrest *Sātiņi-S*

Sātiņi-S is een Lets bedrijf dat onder meer actief is in de visteelt. *Sātiņi-S* heeft in 2002 onroerende goederen gekocht in een beschermd natuureservaat, dat in 2005 is aangemerkt als Natura 2000-gebied. Het bedrijf heeft last van schade die wordt veroorzaakt door beschermde diersoorten, waaronder vogels. Het bedrijf dient in 2017 een aanvraag in voor compensatie van deze zogenoemde ‘faunaschade’ bij de Letse milieubeschermingsautoriteit. De autoriteit wijst dit verzoek af, omdat *Sātiņi-S* al de maximale toegestane steun à € 30.000 voor drie belastingjaren op grond van de De-minimissteunverordening voor de visserijsector²⁵ had ontvangen.²⁶ *Sātiņi-S* stelt zich echter op het standpunt dat de gevraagde schadevergoeding dient ter compensatie van veroorzaakte schade, dat daarmee geen voordeel is gemoeid en deze daarom niet als staatssteun is aan te merken.

Nadat in eerste aanleg en in hoger beroep de vorderingen van *Sātiņi-S* zijn afgewezen, komt de zaak bij de Letse cassatierechter. Deze hoogste rechter vraagt zich, ten eerste, af of een compensatie die aanzienlijker lager is dan de daadwerkelijk geleden schade een inbreuk kan vormen op het eigendomsrecht en, ten tweede, of de door *Sātiņi-S* gevorderde compensatie inderdaad staatssteun is. Hij legt deze vragen via een prejudiciële procedure voor aan het Hof van Justitie.

Wat betreft de eerste vraag over het eigendomsrecht overweegt het Hof van Justitie dat hier geen sprake is van een ontneming van eigendom, maar van een beperking van het gebruik ervan. Het gewaarborgde recht op eigendom is niet absoluut. Ingevolge artikel 17 lid 1 Handvest mogen bij wet regels worden gesteld over het gebruik van goederen, voor zover het algemeen belang dat vereist. Aan het gebruik van het eigendomsrecht mogen beperkingen worden gesteld, mits deze daadwerkelijk beantwoorden aan doelstellingen van algemeen belang en geen onevenredige en onduidelbare ingreep opleveren waardoor het eigendomsrecht in de kern wordt aangetast.²⁷ Bij maatregelen als hier aan de orde, die visteelt niet verbieden maar daaraan alleen voorwaarden stellen ter bescherming van het milieu, lijkt daar volgens het Hof van Justitie geen sprake.²⁸ Lidstaten kunnen overwegen om eigenaren hiervoor te compenseren, maar een verplichting tot gehele of gedeeltelijke scha-

21 Zie ook J.A.M.A. Sluysmans & N. van Triet, ‘Vrijheid rond vergoeden’, *Maandblad voor vermogensrecht* 2020, afl. 7/8, p. 301-307.

22 Zie ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2717, ABRvS 16 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:488.

23 Zie J.E. Hoitink & Ch.W. Backes, ‘Financiële compensatie mechanische kokkelvisserij: politieke keuze of juridische noodzaak?’, *O&A* 2006, afl. 4, p. 24-30.

24 Vgl. beschikking van de Europese Commissie van 24 juni 2003 (*Berlijnse richtsnoeren*) (PbEU 2004, L 43/88). Zie voor bespreking W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, ‘Schadevergoeding van overheidswege en het verbod op staatssteun’, *O&A* 2007, afl. 3, p. 80-103.

25 Verordening (EU) 717/2014 van de Commissie van 27 juni 2014 inzake de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun in de visserij- en aquacultuursecto (PbEU 2014, L 190/45-54).

26 Dergelijke de-minimissteun is dermate beperkt dat die wordt geacht niet aan alle hiervóór geschetste cumulatieve steunvoorwaarden te voldoen. Vgl. art. 3 Verordening (EU) 717/2014.

27 *Sātiņi-S*, punt 31-33.

28 *Sātiņi-S*, punt 35.

deloosstelling kan niet uit het Unierecht worden afgeleid, aldus het Hof van Justitie.²⁹

Wat betreft de tweede vraag, of een compensatie voor de hiervoor beschreven faunaschade staatssteun vormt, brengt het Hof van Justitie in herinnering dat van een ‘voordeel’ in de zin van artikel 107 VWEU ook sprake kan zijn, wanneer daarmee de lasten van een onderneming worden verlicht die normaliter op haar drukken. Daarbij gaat het nadrukkelijk ook om de kosten die ondernemingen moeten maken om aan wettelijke verplichtingen te voldoen.³⁰ Dit geldt ook voor de schade die zij lijden als gevolg van natuurlijke gebeurtenissen die zich bij de normale uitoefening van de bedrijfsactiviteiten hebben voorgedaan. Beide zijn volgens het Hof van Justitie normale bedrijfskosten. De compensatie daarvan zou een economisch voordeel zijn, waarop een onderneming normaliter geen aanspraak zou maken.³¹ Evenmin heeft de door *Sātiņi-S* gevorderde compensatie een ‘compensatoir karakter’, zoals in de *Asteris*-rechtspraak. In een korte overweging veegt het Hof van Justitie dat argument – dat overigens niet door Letland of *Sātiņi-S* zelf, maar door Ierland, als interveniërende lidstaat is ingebracht – van tafel. Er is in dit geval geen sprake van door een lidstaat veroorzaakte schade die hij op grond van niet-contractuele aansprakelijkheid dient te vergoeden. Letland heeft de compensatie gegeven voor uit wettelijke verplichtingen of natuurlijke gebeurtenissen voortvloeiende kosten die normaliter door de betrokken ondernemingen worden gedragen bij de uitvoering van hun economische activiteiten.³² Met de compensatie wordt dus een voordeel in de zin van artikel 107 VWEU verleend.

Besluit Hemwegcentrale

Het besluit *Hemwegcentrale* van de Europese Commissie houdt verband met de Nederlandse Wet ‘verbod op kolen bij elektriciteitsproductie’, die voorzag in een verbod om met behulp van kolen elektriciteit op te wekken. Het gevolg van dit verbod was dat de productie-installaties van vijf kolengestookte centrales gefaseerd moesten worden gesloten. De wet voorzag in een tegemoetkoming indien de exploitant kon aantonen dat hij onevenredig zwaar zou worden geraakt. Dat was het geval voor de Hemwegcentrale, omdat deze, anders dan de andere centrales, per 1 januari 2020 moest sluiten en er geen overgangperiode van vijf tot tien jaar gold, waarbinnen investeringen konden worden terugverdiend. Vattenfall, de eigenaar van de Hemwegcentrale, kreeg daarom voor een bedrag van € 52,5 miljoen aan nadeelcompensatie vergoed.

De Nederlandse regering had ten tijde van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel de Commissie in kennis gesteld van het voorstel en de mogelijkheid tot compensatie. De regering stelde zich echter op het standpunt dat de compensatie een schadevergoeding is

als gevolg van handelen van de staat en daarom geen voordeel voor Vattenfall behelsde. Nu naar haar oordeel geen sprake was van ‘staatssteun’, had zij de compensatie niet formeel ter goedkeuring aan de Commissie voorgesteld. Na een aantal rondes van inlichtingenverzoeken komt de Commissie met een besluit, waarin zij dit standpunt niet (geheel) honoreert.

De Commissie stelt daarbij voorop dat de lijn uit het *Asteris*-arrest ook geldt voor schade als gevolg van *rechtmatige* overheidsmaatregelen.³³ Voor de vraag of een steunvoordeel wordt verschaft, is van belang of uit de Nederlandse regels over nadeelcompensatie een verplichting tot compensatie volgt en zo ja, tot welk bedrag.³⁴

De Nederlandse regering wijst in dit verband op het eigendomsrecht, zoals neergelegd in artikel 1 EP EVRM, op grond waarvan de Nederlandse regering een ‘eerlijk evenwicht’ moet treffen tussen enerzijds het algemene belang dat met de sluiting is gemoeid en anderzijds het individuele belang van de betrokken exploitanten. De Commissie merkt in dat verband op dat in Nederland artikel 1 EP EVRM rechtstreeks door de rechter wordt toegepast en dat in de rechtspraak methoden zijn ontwikkeld voor de berekening van de vergoeding, waarbij ook de cruciale rol van onafhankelijke deskundigen wordt benoemd.³⁵ Verder wijst de Commissie op de toekomstige nadeelcompensatieregeling in de Algemene wet bestuursrecht (Awb), die hiervóór al aan de orde kwam, op grond waarvan partijen recht hebben op vergoeding van schade die uitgaat boven het normale maatschappelijke risico. Volgens de Nederlandse regering is dat voor wat betreft de schade van Vattenfall het geval en is de compensatie conform de in de Nederlandse rechtspraak gevormde methode berekend, waarbij ook onafhankelijke deskundigen zijn ingeschakeld.

De Commissie concludeert dat de verplichte sluiting inbreuk maakt op de eigendomsrechten van Vattenfall en acht het zeer waarschijnlijk dat een rechter een compensatie zou verlenen. De Commissie oordeelt echter dat, ook al is de compensatie gebaseerd op een valide methode en is het compensatiebedrag onderzocht door onafhankelijk deskundigen, niet met zekerheid kan worden geconcludeerd dat een nationale rechter binnen het in Nederland toepasselijke rechtskader een compensatie van dezelfde hoogte zou hebben verleend. Daarbij verwijst de Commissie tot slot naar een arrest van het Hof van Justitie in *Orange/Commissie*, waarin het Hof van Justitie overwoog dat compensatie voor een (concurrentie)nadeel niet volstaat ter weerlegging van de kwalificatie van ‘staatssteun’.³⁶

De Commissie concludeert overigens evenmin dat de compensatie wél kwalificeert als ‘staatssteun’. Zij laat

29 *Sātiņi-S*, punt 36.

30 *Sātiņi-S*, punt 42.

31 *Sātiņi-S*, punten 43-44.

32 *Sātiņi-S*, punt 50.

33 Commissiebesluit *Hemwegcentrale*, punt 31.

34 Commissiebesluit *Hemwegcentrale*, punt 32. Dat de Commissie in punt 32 spreekt van ‘onteigeningsregels’ en er niet het etiket van de nadeelcompensatie op plakt, zegt waarschijnlijk iets over de onbekendheid van dit leerstuk, dat in lang niet alle lidstaten bestaat. Zie verder noot 17.

35 Commissiebesluit *Hemwegcentrale*, punt 34-35.

36 Commissiebesluit *Hemwegcentrale*, punt 43. Vgl. HvJ 26 oktober 2016, C-211/15 P, ECLI:EU:C:2016:798 (*Orange/Commissie*), punt 45.

dat nadrukkelijk in het midden, met het argument dat ook als sprake zou zijn van staatssteun, de maatregel sowieso verenigbaar is met de interne markt. Hoewel voor dit artikel niet direct relevant, is het wel opvallend, omdat de Commissie de stap of sprake is van staatssteun niet mag overslaan. Tegen het besluit is de Nederlandse regering mede daarom in beroep gegaan bij het Gerecht, dat bij arrest van 16 november 2022 oordeelde dat de Commissie inderdaad ten onrechte niet eerst heeft vastgesteld of de compensatie aan alle cumulatieve voorwaarden van artikel 107 lid 1 VWEU voldoet. Pas als dat vaststaat, kan de Commissie onderzoeken of aan een van de verenigbaarheidsgronden van het tweede of derde lid van artikel 107 VWEU is voldaan.³⁷ Deze kwestie, waarin het hoger beroep bij het Hof van Justitie op het moment van schrijven nog loopt,³⁸ laten wij hier verder onbesproken.

De gevolgen van *Sātiņi-S* en Hemwegcentrale voor de Nederlandse nadeelcompensatiepraktijk

Het arrest *Sātiņi-S* en het oordeel van de Commissie in de zaak *Hemwegcentrale* zijn van belang in de discussie of een (beweerdelijk) op grond van een nationale rechtsplicht toegekende schadevergoeding van overheidswege een steunvoordeel kan opleveren. Hoewel de context van beide zaken sterk verschilt, geven beide zaken wel een nadere inkleuring van de hoofdregel uit het *Asteris*-arrest. En juist daar wringt de blik van Hof van Justitie c.q. de Commissie met onze nationale nadeelcompensatieregels.

Sātiņi-S

Een belangrijke vraag die dit arrest opwerpt, is in hoeverre lidstaten ruimte hebben om agrarische bedrijven compensaties te verlenen voor beperkende maatregelen die noodzakelijk zijn om te voldoen aan (Europese) dier- of milieubeschermingsregels (zoals de Vogel- en Habitatrichtlijnen). Een sluitend antwoord is naar ons idee op grond van de overwegingen van het Hof van Justitie niet te geven. Daarom beperken wij ons tot een verkenning van enkele vragen.

Een eerste vraag is of uit de overwegingen van het Hof van Justitie principiële conclusies kunnen worden getrokken voor wat betreft de verenigbaarheid van de Nederlandse praktijk van de vergoeding van faunaschade. De overweging van het Hof van Justitie dat de kosten van naleving van wet- en regelgeving in beginsel tot de normale bedrijfskosten behoren, wringt als zodanig niet met het *égalité*beginsel. Sterker, ook in het Nederlandse recht is het uitgangspunt dat dergelijke kosten voor re-

kening van burgers en ondernemingen blijven.³⁹ Waar het gaat om kosten als gevolg van de naleving van beschermingsmaatregelen, geldt dat niet-contractuele aansprakelijkheid niet is uitgesloten voor zover er sprake is van *bovenmatige* kosten die de onderneming moet maken. Deze aansprakelijkheid is ook wettelijk geregeld. Op grond van artikel 6.1 Wet natuurbescherming kunnen Gedeputeerde Staten namelijk tegemoetkomingen verlenen voor schade aangericht door natuurlijk in het wild levende diersoorten. Deze vergoedingsregeling is volgens de regering weliswaar niet gebaseerd op het *égalité*beginsel, maar feit is dat ook op grond van deze regeling een normaal maatschappelijk risico wordt toegepast. De regeling ziet dan ook niet op normale bedrijfskosten die met naleving van wet- en regelgeving verband houden.⁴⁰ In voorkomende gevallen toetst de Afdeling – net als bij andere gevallen van nadeelcompensatie – of het bestuursorgaan de toets aan het normaal maatschappelijk risico correct heeft toegepast.⁴¹ Uit de conclusie van advocaat-generaal Rantos valt op te maken dat Letland een sterk met het Nederlandse recht vergelijkbare regeling heeft voor vergoeding van faunaschade. Alleen ‘aanzienlijke schade’ wordt vergoed,⁴² waarbij de voorwaarde geldt dat eigenaren of gebruikers van gronden wel schadebeperkende maatregelen hebben moeten treffen. Deze eisen tonen verwantschap met de eis van het normaal maatschappelijk risico dat in het *égalité*beginsel is geïncorporeerd. De overwegingen van het Hof van Justitie zouden zo kunnen worden gelezen dat dergelijke nationale vergoedingspraktijken in beginsel niet door de *Asteris*-regel worden gedekt. Het Hof van Justitie overweegt namelijk:

[d]e kosten van de naleving van wettelijke verplichtingen die erop gericht zijn om het milieu, met name in het wild levende dieren, te beschermen en de mogelijke door die dieren aangerichte schade aan een aquacultuuronderneming zijn immers normale bedrijfskosten. Derhalve verschaft de toekenning van compensatie wegens door beschermde dieren aan de onderneming aangerichte schade een economisch voordeel waarop de betrokken onderneming in nor-

39 Zie ter illustratie HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7902, NJ 2005/189, m.nt. M.R. Mok, r.o. 3.5.3 (het nemen van overheidsmaatregelen ter bestuuring van besmettelijke dierziekten is in beginsel objectief voorzienbaar) en CBB 10 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BH0855, AB 2009/90, m.nt. Van Ravels, r.o. 5.7 (een spoorwegonderneming, die op grond van de Spoorwegwet recht heeft op toegang tot en gebruik van hoofdspoorwegen in Nederland, heeft er in beginsel rekening mee moeten houden dat door de overheid ter behartiging van dit publieke belang maatregelen op grond van de Spoorwegwet worden genomen, die financieel nadelige gevolgen voor de spoorwegonderneming kunnen hebben).

40 Vgl. *Kamerstukken II* 2017/18, 34985, nr. 3, par. 6.1.

41 Zie ABRvS 9 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1523 (*Faunaschade*), waarin de Afdeling een uitleg van het normaal maatschappelijk risico hanteert die geheel in lijn is met haar *égalité*jurisprudentie. Overigens is in dit verband ook van belang dat van de teler verlangd wordt dat hij preventieve maatregelen neemt om zijn gewassen tegen diersoorten te beschermen. Zie voorts ABRvS 19 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3023, BR 2023/15, m.nt. Procee en Timmer.

42 Conclusie A-G Rantos 9 september 2021, ECLI:EU:C:2021:735 (*Sātiņi-S*), punt 14. Deze krijgt in het Nederlandse stelsel de vorm van een ‘eigen risico’. De hoogte van dat bedrag verschilt per provinciale beleidsregel.

37 Gerecht 16 november 2022, T-469/20, ECLI:EU:T:2022:713 (*Nederland/Commissie*).

38 Hogere voorziening, geregistreerd onder het zaaknummer C-40/23 P.

male marktomstandigheden in beginsel geen aanspraak had kunnen maken.⁴³

Als we de woorden ‘normale bedrijfskosten’ uitleggen als ‘tot het normaal maatschappelijk risico behorende kosten’, dan zou hieruit kunnen worden afgeleid dat het Hof van Justitie in algemene zin heeft overwogen dat faunaschade die een onderneming als gevolg van de naleving van beschermingsmaatregelen lijdt, in beginsel tot het normaal maatschappelijk risico behoort. In deze lezing zou er geen ruimte zijn om in de Nederlandse context een schadevergoeding als een ‘égalitégeval’ te labelen en zou elke nadeelcompensatie een economisch voordeel in de zin van de staatssteunregels opleveren.

Tegen deze lezing pleit dat Letland zelf zijn compensatieregeling niet heeft gepresenteerd als een regeling die uitvoering geeft aan een rechtsplicht op grond waarvan het tot nadeelcompensatie zou zijn gehouden.⁴⁴ Het Hof van Justitie heeft zich, met andere woorden, waarschijnlijk niet in algemene zin uit willen laten over de vraag of nationale autoriteiten een toe te kennen compensatie nooit als rechtens verplicht zouden kunnen presenteren. Wellicht moet de overweging van het Hof van Justitie veeleer zo worden gelezen dat het dit *type* schade eerder plaatst in de categorie ‘compensatie van normale bedrijfskosten’ dan in de categorie ‘compensatie krachtens algemene beginselen van nationaal recht’. Daarbij heeft het Hof van Justitie mogelijk ook meegewogen dat deze schade weliswaar het gevolg is van de naleving van beschermingsmaatregelen, maar niet wordt veroorzaakt door handelen van de nationale autoriteiten.

Daar komt bij dat de betreffende overwegingen van het Hof van Justitie zijn gedaan in het kader van een overweging ten overvloede, in reactie op het betoog van een andere lidstaat (Ierland). Het valt daarom niet geheel uit te sluiten dat het Hof van Justitie in een andere casus, waarin de ‘rechtsplicht of niet’-vraag wel expliciet voorligt, wel tot het oordeel komt dat een vergoeding als rechtens verplicht is aan te merken (en alsdan geen steunmaatregel vormt).

Vooralsnog zien wij daarom in de overwegingen van het Hof van Justitie voldoende ruimte voor nationale autoriteiten om een compensatieregime als het onderhavige te funderen op algemene beginselen van nationaal aansprakelijkheidsrecht. Daarbij is ook relevant dat de vraag of sprake is van een rechtsplicht een vraag is die in uitgangspunt aan de hand van nationale beginselen van aansprakelijkheidsrecht moet worden beantwoord. De omstandigheid dat de op bedrijven rustende verplichtingen uit het Unierecht voortvloeien, lijkt aan dat uitgangspunt niet af te doen.

Dit raakt aan de laatste interessante vraag, namelijk wat de reikwijdte is van de overwegingen van het Hof van Justitie. Moet *Sātiņi-S* worden gelezen in de context van het Unierecht, en meer specifiek de Vogel- en Habitatrichtlijnen, of is de door het Hof van Justitie gefor-

muleerde lijn breder van toepassing? Dat laatste lijkt het geval. Het Hof van Justitie spreekt namelijk in algemene termen van de kosten van het naleven van ‘wettelijke verplichtingen die zien op het milieu, met name in het wild levende dieren’. Ook overigens plaatst het Hof van Justitie zijn overwegingen niet in de sleutel van specifieke bepalingen uit de twee genoemde richtlijnen of hun doelstellingen.

Ook uit oogpunt van de staatssteunregels zou het niet logisch zijn de overwegingen van het Hof van Justitie te beperken tot deze richtlijnen (of tot situaties waarin naleving van het Unierecht aan de orde is). Voor het bestaan van een steunvoordeel is bepalend of een onderneming wordt bevrijd van kosten die normaliter op haar rusten. Daarbij doet het er niet toe of het gaat om kosten die voortvloeien uit Europese, dan wel nationale regelgeving. Als een onderneming normaliter kosten moet dragen voor de naleving van nationale normen of regels en zij daarvan wordt bevrijd, zou haar net zo goed een voordeel worden verleend.

Hemwegcentrale: rol van de rechter bij vaststelling hoogte nadeelcompensatie?

In het besluit inzake *Hemwegcentrale* voegt de Commissie in wezen de eis toe dat ‘met zekerheid kan worden geconcludeerd dat de nationale rechter binnen het in Nederland toepasselijke rechtskader een compensatie ten belope van hetzelfde bedrag zou hebben verleend’. Deze vraag is problematisch, omdat het recht op nadeelcompensatie door de wijze waarop dit in ons stelsel procedureel is vormgegeven niet wordt ‘verleend’ door een rechter. De rechter is weliswaar betrokken indien de overheid rechtstreeks – meestal uit hoofde van artikel 6:162 BW – in rechte wordt aangesproken, maar voor zover het gaat om schade door rechtmatig overheids-handelen, is een rechterlijke toets zeker niet de regel. In die gevallen wordt het recht op nadeelcompensatie bij beschikking door bestuursorganen vastgesteld en vindt de verlening van de geldsom plaats door de rechtspersoon waartoe dit bestuursorgaan behoort. Een rechtsgang naar de bestuursrechter is in die gevallen mogelijk, maar niet ter ‘verlening’ van een bedrag tot nadeelcompensatie, maar ter toetsing van het door het bestuursorgaan bij besluit vastgestelde recht daarop. Vaak komt – zoals ook in de zaak *Hemwegcentrale* zelf – de rechter er dus niet aan te pas en wordt tussen bedrijven en de overheid minnelijk tot een voor beide partijen bevredigende compensatie gekomen. Dat is overigens niet per se problematisch, omdat bestuursorganen zich vaak laten bijstaan door deskundigen, die adviseren over de hoogte van het te vergoeden bedrag. De bestuursrechter ontbreekt het daarentegen veelal aan kennis en expertise om dergelijke complexe schadeberekeningen te verrichten en hij toetst deskundigenadviezen niet indringend, maar veeleer op navolgbaarheid.

De vraag dringt zich dan ook op of het buitengerechtelijk toekennen van nadeelcompensatie nu op losse schroeven is gezet. Wij hopen stellig van niet en zien daarvoor ook goede gronden. Vooropgesteld: die lezing lijkt niet uit *Asteris* te volgen. In zijn kernoverweging in

43 *Sātiņi-S*, punt 44.

44 Of Letland een stelsel van nadeelcompensatie heeft, hebben wij niet kunnen achterhalen.

dit arrest spreekt het Hof van Justitie weliswaar nadrukkelijk over ‘vergoedingen op grond van een rechterlijke uitspraak’, maar daaraan lijkt geen beslissende betekenis te moeten worden toegekend. Nog los van het feit dat het Hof van Justitie in zijn overwegingen een wat hypothetische formulering gebruikt (‘eventueel’),⁴⁵ stoelt de overweging van het Hof van Justitie in de kern op het ‘karakter’ van de schadevergoeding. Voor de vraag of sprake is van een ‘voordeel’ is beslissend of een rechtsplicht bestaat tot het betalen van een vergoeding. Daarbij zou het geen verschil moeten maken of en in hoeverre die rechtsplicht door de rechter wordt vastgesteld, dan wel tussen partijen *in confesso* is. Ook uit latere beschikkingen van de Commissie kan worden afgeleid dat overheden betrekkelijk veel ruimte hebben om naar analogie met het onteigenings- of nadeelcompensatierecht een schadevergoeding overeen te komen.⁴⁶ In dat licht zou een verplichte rechterlijke toets bij wijze van ‘slot op de deur’ niet passen.

Daar komt bij dat, volgens vaste rechtspraak, voor de vraag of sprake is van staatssteun de aard en de gevolgen van een steunmaatregel bepalend zijn.⁴⁷ Ongeacht of de rechter, dan wel het bestuursorgaan zelf de hoogte van de compensatie vaststelt, beslissend is of het bedrag niet hoger is dan de overheid op grond van de aan de orde zijnde rechtsplicht gehouden is te betalen. De toets van de rechter daarop is formeel niet nodig, maar feitelijk ook geen zekerheid. Het is wel een extra drempel die voor de praktijk mogelijk grote gevolgen heeft. Mede in-dachtig onze argumenten om het zwaartepunt van de vaststelling van het recht op nadeelcompensatie niet als het ware naar de bestuursrechter te verplaatsen, hopen wij dat een nadere procedure, wellicht al in het vervolg op het hoger beroep in *Hemwegcentrale*, zal uitwijzen dat deze overweging van de Commissie een *slip of the pen* was.

Slotoverweging

De lijnen die in *Sātiṇi-S* en *Hemwegcentrale* zijn geformuleerd, schuren met de Nederlandse nadeelcompensatiepraktijk: *Sātiṇi-S* op materieel vlak en *Hemwegcentrale* op procedureel vlak. Als uit de overwegingen van het Hof van Justitie in *Sātiṇi-S* als algemene regel moet worden afgeleid dat schade als gevolg van het naleven van wettelijke verplichtingen als ‘normale bedrijfskosten’ hebben te gelden, zou dat grote gevolgen hebben. Nadeelcompensatie is immers *juist* aan de orde als het opleggen van wettelijke verplichtingen tot onevenredi-

ge schade leidt. Als het Hof van Justitie daarmee heeft bedoeld het normaal maatschappelijk risico in te vullen, dan zou van onevenredige schade nooit sprake zijn.

Tegelijkertijd moet er ook voor worden gewaakt te veel te lezen in die ene rechtsoverweging van het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie heeft immers de voorgelegde rechtsvraag niet nadrukkelijk beschouwd in een *égalité* sleutel. Daarmee bestaat naar onze mening (nog altijd) ruimte om op grond van de nationale beginselen van aansprakelijkheidsrecht te oordelen dat er in voorkomende gevallen wel ruimte is om nadeelcompensatie te verlenen, zonder daarmee een steunvoordeel te verlenen.

Dat neemt niet weg dat het Hof van Justitie met zijn overwegingen onmiskenbaar de nodige lastige vraagpunten heeft opgeworpen, die de toch al lastige kaders van de staatssteunregels bij nadeelcompensatie niet eenvoudiger maken. Dit wordt verder gecompliceerd door het konijn dat de Commissie uit haar hoge hoed toverde, door als ‘eis’ te formuleren dat een vergoeding pas staatssteunproof is als de rechter zich over de hoogte ervan heeft uitgesproken. Niet alleen volgt een dergelijke procedurele eis niet uit de staatssteunrechtspraak, ook wringt het met de nationale praktijk. Een verplichte rechterlijke toets op de hoogte van het compensatiebedrag zou voor de praktijk een nodeloze en bewerkelijke hobbel vormen.

Het voornaamste gevolg van beide zaken is dat deze rechtsonzekerheid in de hand werken, met als mogelijk gevolg dat overheden minder snel durven te vertrouwen op het bestaan van een rechtsplicht die conform de *Asteris*-lijn het bestaan van een voordeel uitsluit. Nu betekent dat niet dat de bijl van het staatssteunverbod onvermijdelijk valt. Generieke regelingen, regelingen voor particulieren en zeer kleine compensaties ontsnappen aan het staatssteunverbod, omdat alsdan niet zou worden voldaan aan het selectiviteits-, respectievelijk ondernemingscriterium van artikel 107 lid 1 VWEU, dan wel deze als de-minimissteun zijn aan te merken. Toch zal dat in veel gevallen geen soelaas bieden. Dan rest alleen de mogelijkheid om een compensatie(rege-ling) vooraf ter goedkeuring te melden (of te notificeren op grond van een groepsvrijstelling).

Hoewel dergelijke routes in voorkomende gevallen een *escape* kunnen bieden, zou de Nederlandse nadeelcompensatiepraktijk er bovenal gebaat bij zijn als uit nadere rechtspraak van het Hof van Justitie zal blijken dat de soep inderdaad niet zo heet wordt gegeten als deze leek te zijn opgediend en dus blijkt dat *Asteris* nog onverkort staat.

45 Dit blijkt ook uit de Franse taalversie waarin het arrest is geschreven, dat spreekt van ‘des dommages-intérêts que les autorités nationales seraient, éventuellement, condamnées à verser à des particuliers’ (punt 23).

46 Zie in deze zin ook D.W. Boot & T.W. Franssen, ‘Vergoeding van schade of steunmaatregel? Het onteigenings- en nadeelcompensatierecht als grondslag voor de (minnelijke) vergoeding van schade en de beoordeling daarvan in het staatssteunrecht’, *Tijdschrift voor staatssteun* 2013/4, p. 107-108.

47 HvJ 8 december 2011, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811 (*France Télécom/Commissie*), punt 17 en *DOBELES HES SIA*, punt 73.