

Financiële compensatie mechanische kokkelvisserij: politieke keuze én juridische noodzaak!

G. van der Wal en F.Y. van Schaik¹

2

Het kabinet heeft in juni 2004 besloten de Waddenzee te sluiten voor mechanische kokkelvisserij.² In het eerste nummer van 2006 van dit tijdschrift hebben prof. mr. J.E. Hoitink en prof. dr. Ch. W. Backes zich kritisch uitgelaten over de rechtsgrondslag voor de toekenning van financiële compensatie aan de gedupeerde kokkelvisserij.³ Zij stellen zich in hun artikel op het standpunt dat louter om politieke redenen zou zijn besloten een vergoeding toe te kennen en dat daarvoor geen deugdelijke juridische grondslag bestaat. In deze bijdrage zal worden toegelicht dat het toekennen van een schadevergoeding aan de kokkelvisserij niet louter een politieke keuze was, maar tevens een juridische noodzaak.

1 Inleiding

Het kabinet heeft in 2004 besloten om met ingang van 2005 de Waddenzee te sluiten voor de mechanische kokkelvisserij, omdat er onvoldoende mogelijkheden zouden zijn voor de mechanische kokkelvisserij om zich duurzaam te ontwikkelen.⁴ Toen het kabinet dat besluit kenbaar maakte, heeft het tevens aangekondigd de kokkelvisserij een redelijke vergoeding te zullen betalen voor de door hen ten gevolge van dat besluit geleden schade. In het najaar van 2004 is een adviescommissie ('de Commissie Schadebepaling Kokkelvisserij') ingesteld om, binnen de nationaalrechtelijke en Europeesrechtelijke kaders, over de hoogte van de schadevergoeding te adviseren.⁵ Met inachtneming van de uitgebrachte adviezen, is op 14 oktober 2005 besloten een compensatie uit te keren van ongeveer € 92 miljoen. Dit komt overeen met een nettobedrag van € 70,6 miljoen.⁶ Na een motie van de Kamerleden Atsma en Snijder-Hazelhoff, maakte de regering later bekend alsnog een nettobedrag van € 85 miljoen (inclusief sociaal plan en vergoeding voor kleine bedrijven) uit te trekken voor de schaderegeling met de kokkelvisserij. Aan de – op zichzelf interessante – vraag naar het precieze bedrag dat aan de kokkelvisserij moet worden uitgekeerd, wordt in deze reactie geen aandacht besteed.⁷ Deze reactie spitst zich toe op de rechtsgrondslag voor toekenning van compensatie.

¹ Mr. Gerard van der Wal en mr. Freya van Schaik zijn beiden als advocaat werkzaam bij Houthoff Buruma te Brussel. Gerard van der Wal trad op voor de Producentenorganisatie van de Kokkelvisserij in procedures bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en de Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak.

2 Compensatie voor de mechanische kokkelvisserij: een juridische noodzaak

Hoitink en Backes achten het opmerkelijk dat de Commissie Schadebepaling Kokkelvisserij uitsluitend is gevraagd te adviseren over de hoogte van de compensatie van de kokkelvisserij en niet over de grondslag van die compensatie zelf. Zij suggereren zelfs dat in het adviesrapport naar het resultaat toe is geredeneerd: pas nádat een schaderegeling was toegezegd, zou een rechtsgrondslag zijn gezocht.⁸ Zoveel wantrouwen is misplaatst. Uit de door de overheid gevolgde handelwijze kan hooguit worden geconcludeerd dat het voor haar – terecht – zodanig evident was dat een verplichting tot schadevergoeding bestond dat daar geen diepgaand juridisch onderzoek naar behoefde te worden verricht.⁹ Hoewel de overheid haar adviseurs geen uitdrukkelijke opdracht heeft gegeven te onderzoeken of er een juridische grondslag was voor vergoeding aan de gedupeerde kokkelvisserijsector, wordt in de diverse opgestelde adviesrapporten overigens wel degelijk – en zelfs uitgebreid – aandacht besteed aan de rechtsgronden voor het betalen van schadevergoeding aan de kokkelvisserij. Uit die rapporten blijkt dat Hoitink en Backes ten onrechte vraagtekens zetten bij de gehoudenheid tot compensatie van de kokkelvisserijsector.¹⁰

2.1 Rechtsgrondslag voor vergoeding

In het adviesrapport worden het principe van de *égalité devant les charges publiques*, het vertrouwensbeginsel en de toepassing van art. 31

Natuurbeschermings-wet (NB-wet) 1998 genoemd als mogelijke grondslagen voor de vergoeding aan de kokkelvisserijsector.¹² Aangezien art. 31 NB-wet 1998 inmiddels in werking is getreden¹³, vloeit de schadeplichtigheid van de overheid in beginsel voort uit de

- 2 Dit besluit is verwoord in haar reactie van 28 juni 2004 (*Kamerstukken II 2003/04*, 29 684, nr. 1) op het advies 'Ruimte voor de Wadden' (*Kamerstukken II 2003/04*, 26 431, nr. 63) van de Adviesgroep Waddenzeebeleid (Commissie Meijer).
- 3 Zie J.E. Hoitink & Ch. W. Backes, 'Financiële compensatie mechanische kokkelvisserij: politieke keuze of juridische noodzaak', *O&A* 2006, 4, p. 24-30.
- 4 Zie ook Hoitink & Backes, t.a.p., p. 25-26. De Minister stelde dit besluit op het uitvoerige EVA II-onderzoek, de Europese Vogel- en Habitatrichtlijnen en het uitgangspunt van een 'ecologisch duurzame ontwikkeling van de Waddenzee'. De kokkelvisserijsector houdt het zelf op een politiek besluit en heeft de indruk dat de overheid – hoewel er voor de kokkelvisserij op zich wel mogelijkheden waren zich op termijn duurzaam te ontwikkelen –, wilde voorkomen dat de gaswinning in de Waddenzee aan banden zou moeten worden gelegd. Enigszins opmerkelijk is dat dit jaar nog wel met een vergunning kon worden gevist op kokkels in de Oosterschelde en de Voordelta (beide Vogel- en Habitatgebieden).
- 5 De Commissie heeft haar adviesrapport op 7 juli 2005 aangeboden (*Kamerstukken II 2004/05*, 29 684, nr. 37).
- 6 Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 29 684, nr. 40.
- 7 Wij delen overigens wel de visie van Hoitink & Backes (t.a.p., p. 28) dat de redenering voor het toepassen van een aftrek van 25% voor verminderde toekomstige vangsten en 20% in verband met het normale ondernemersrisico merkwaardig is en juridisch niet steekhoudend lijkt.
- 8 Zie Hoitink & Backes, t.a.p., p. 28.
- 9 Het kabinet was zelfs bezorgd dat de kokkelvisserij onvoldoende compensatie zouden ontvangen en heeft de met een motie geuite zorg dat bedrijven niet voldoende compensatie krijgen voor het door hen geleden nadeel ook ter harte genomen. Zie brief Minister LNV d.d. 18 april 2005 <www.minlnv.nl/publicaties/kamerrespondentie>.
- 10 Zie Adviesrapport Commissie Schadebepaling Kokkelvisserij d.d. 7 juli 2005, p. 3 en 27 en het advies van De Vries Robbé en Polak (Bijlage B2).
- 11 Zie Hoitink & Backes, t.a.p., p. 26. Zie ook *Adviesrapport Commissie Schadebepaling Kokkelvisserij* d.d. 7 juli 2005, p. 27.
- 12 De NB-wet 1998 is gefaseerd in werking getreden. Voor art. 31 NB-wet 1998 gold 1 oktober 2005 als datum voor inwerking-treding.
- 13 De nieuwe wet is van toepassing als het besluit naar aanleiding van een verzoek tot schadevergoeding wordt genomen ná de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Blijkens het overgangsrecht in art. 60 en 60a lid 1 NB-wet 1998 geldt een aanwijzing tot beschermd natuurmonument, staatsnatuurmonument, dan wel Vogelrichtlijn- of Habitatgebied, op grond van de NB-wet (oud), als een aanwijzing uit hoofde van de NB-wet 1998. Een vergunningbesluit op grond van de NB-wet (oud) geldt als een vergunningbesluit uit hoofde van de NB-wet 1998.
- 14 Het werd ook onder de oude Natuurbeschermingswet al onredelijk geacht dat de overheid ten koste van een kleine groep natuurbescherming zou bedrijven. Op grond van art. 18 NB-wet (oud) gold dat reëel aantoonbare schade als gevolg van de aanwijzing van een gebied als beschermd natuurmonument voor vergoeding in aanmerking kon komen.
- 15 Vgl. Hoitink & Backes, t.a.p., p. 26. Zie ook J.E. Hoitink, *Schadevergoeding in het omgevingsrecht, speurtocht naar 'verklarende principes'*, VAR-reeks 128, p. 237.
- 16 Zie HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638; ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 (*Van Vlodrop*); HR 30 maart 2001, AB 2001, 412 (*Staat/Lavrijsen*) en HR 20 juni 2003, AB 2004, 84 (*Staat/Harrida*). Vgl. art. 15.20 en 15.21 Wet milieubeheer.

toepassing van dat artikel.¹³ Op grond van die bepaling heeft een belanghebbende die ten gevolge van een besluit, genomen krachtens de Natuurbeschermingswet, schade lijdt of zal lijden, die redelijkerwijs niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet of niet voldoende door aankoop, onteigening of anderszins is verzekerd, recht op toekenning van een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding.¹⁴ Als een wettelijke grondslag voor schadevergoeding bestaat, spelen de ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur niet direct een rol. Toch zijn die beginselen niet zonder belang: wij delen de mening van Hoitink en Backes dat de aansprakelijkheid van art. 31 NB-wet 1998 kan worden getypeerd als een aansprakelijkheid waaraan het ongeschreven rechtsbeginsel van gelijkheid voor de publieke lasten (*égalité devant les charges publiques*) ten grondslag ligt. Bij de invulling van dat beginsel kan ook betekenis toekomen aan andere beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwensbeginsel.¹⁵ In materieel opzicht doet het er niet toe of de schadeplichtigheid van de overheid op art. 31 NB-wet 1998 wordt gestoeld dan wel op een schending van het beginsel van gelijkheid voor openbare lasten. Op grond van het eerste beginsel zijn bestuursorganen eveneens gehouden tot compensatie van onevenredige – buiten het maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukende – schade die ontstaat in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding.¹⁶

2.2 De toepassing van het *égalité*-beginsel in het geval van de gedupeerde kokkelvisserij

Het besluit van de overheid om de kokkelvisserij af te schaffen is een overheidshandeling die naar het oordeel van de Minister gerechtvaardigd is uit een oogpunt van algemeen milieubelang, maar waarvan het onaanvaardbaar is dat de kleine groep kokkelvisserij daar in het bijzonder het slachtoffer van wordt. In het hiernavolgende wordt nader toegelicht dat aan alle vereisten voor toekenning van schadevergoeding is voldaan:

- i. de kokkelvisserij is afgeschaft om het algemeen belang (milieu) te beschermen;
- ii. het besluit tot afschaffing van de kokkelvisserij leidt tot een onevenredige benadeling van de kokkelvisserij;
- iii. de schade dient niet redelijkerwijs ten laste van de kokkelvisserij te blijven, want
 - (a) valt niet binnen het normale ondernemersrisico en
 - (b) was niet voorzienbaar;
- iv. de schade van de kokkelvisserij is niet anderszins verzekerd.

i. Algemeen (milieu)belang

De reden voor afschaffing van de kokkelvisserij is er een van natuurbescherming: de regering is van mening dat onvoldoende kan worden gewaarborgd dat de mechanische kokkelvisserij de habitat in de

Waddenzee niet negatief beïnvloedt.

Niemand zal willen ontkennen dat het algemene natuurbeschermingsbelang met het besluit wordt gediend ten koste van de (particuliere visserijbelangen van de) kokkelvisserij.

Niemand zal willen ontkennen dat het algemene natuurbeschermingsbelang met het besluit wordt gediend ten koste van de (particuliere visserijbelangen van de) kokkelvisserij. Een leidend beginsel in het natuurbeschermingsrecht – en dat volgt ook uit de wetgeschiedenis van de NB-wet 1998 – is dat natuurbescherming niet dient plaats te vinden ten laste van de portemonnee van de individuele burger. Art. 31 NB-wet vormt een weerslag van dat beginsel. Daarbij speelt geen

rol dat de nationale autoriteiten op grond van een uitspraak van het Hof van Justitie EG op grond van de Europese Habitat- en Vogelrichtlijnen gehouden zijn het publieke natuurbeschermingsbelang te behartigen door in de toekomst toestemming te weigeren voor mechanische kokkelvisserij in de Waddenzee.¹⁷ De nationale autoriteiten kunnen aan een particulier ook niet tegenwerpen, dat zij Europese richtlijnen in het verleden – naar later is gebleken – onjuist hebben geïmplementeerd en toegepast.¹⁸ In dat geval geldt onverkort dat, indien een particulier belang moet wijken voor een publiek belang, een eventuele onevenwichtigheid tussen private en publieke belangen moet worden opgeheven door een compensatie toe te kennen. De grondslag voor het toekennen van nadeelcompensatie is immers gelegen in de onevenredige last die het publieke natuurbeschermingsbelang legt op de kokkelvisserij.

ii. Onevenredig nadeel voor de kokkelvisserij

Voor de toepassing van art. 31 NB-wet 1998 (en het daaraan ten grondslag liggende *égalité*-beginsel) is relevant of de kokkelvisserij onevenredig in hun particuliere belangen worden getroffen. Daarvoor is vereist dat de schade naar aard en omvang in belangrijke mate afwijkt van de schade die op eenieder drukt, dan wel op een naar verhouding omvangrijk aantal personen die in een vergelijkbare positie verkeren.

¹⁷ HvJ EG 7 september 2004, (*Kokkelvisserijzaak*), zaak C-127/02, *Jur.* 2004, p. I-7405.

Dat is hier onmiskenbaar het geval: de last van de afschaffing van de kokkelvisserij rust immers op een kleine groep vissers, die rechtstreeks en onevenredig zwaar in hun in Nederland verworven inkomsten uit bedrijf worden getroffen doordat zij hun bedrijfsvoering volledig moeten staken, terwijl concurrenten uit andere visserijsectoren niet of veel minder hard worden getroffen.¹⁹

Hoitink en Backes bekritisieren het feit dat de Commissie Schadebepaling Kokkelvisserij haar opvatting dat aanleiding bestaat tot vergoeding op grond van het *égalité*-beginsel heeft gebaseerd op het feit dat sprake is van een kleine groep vissers zonder dat duidelijk wordt welke referentiegroep de Commissie voor ogen heeft gehad.²⁰ Zij eisen nader inzicht in vergelijkbare gevallen en zijn in het bijzonder benieuwd hoe frequent het voorkomt dat vissers, met name op grond van Europeesrechtelijke beperkingen, niet meer mogen vissen op een bepaalde soort vis in een bepaald gebied en of dit tot gevolg heeft dat compensatie voor die nadelen wordt geboden. Daarmee trekken zij de kring van vergelijkbare gevallen te nauw: van vergelijkbare gevallen is reeds sprake als soortgelijke activiteiten (visserijactiviteiten) geen doorgang meer mogen vinden wegens de toepassing van milieunormen. Dat behoeven niet noodzakelijkerwijs beperkingen te zijn die hun oorzaak vinden in Europeesrechtelijke verplichtingen. Voor de toepassing van het *égalité*-beginsel is – anders dan Hoitink en Backes in hun artikel tot uitgangspunt nemen – evenmin relevant of de oorzaak daarvan (ten dele) is gelegen in de verschillen in duurzaamheid van de verscheidende visserijvormen.

Hoewel voor de toepassing van het *égalité*-beginsel ook niet vereist is dat er binnen de sector precedenten zijn (het feit dat die er niet zijn, maakt de noodzaak voor compensatie van onevenredig nadeel er niet geringer om), kan het door Hoitink en Backes verlangde inzicht wel worden gegeven. De positie van de kokkelvisserij vertoont onder meer gelijkenis met die van de oesterkwekers, die in de zestiger jaren plotseling werden geconfronteerd met de beslissing van de regering dat voortzetting van de oestercultuur in de Grevelingen onmogelijk werd en dat eveneens moest worden afgezien van voortzetting van de oesterproef in het Veersche Gat. De oesterkwekerij was toentertijd de enige bedrijfstak die moest worden geliquideerd. De oesterkwekers konden aanspraak maken op een tegemoetkoming in de schade (vermogensschade, bedrijfsschade en belastingsschade²¹) die zij door deze liquidatie leden. Ook de mosselkwekers die getroffen werden door de uitvoering van de Deltawerken, konden op een financiële tegemoetkoming rekenen indien zij hun bedrijf ter plaatse niet meer konden voortzetten.²² Er is geen goede reden waarom de kokkelvisserij, die eveneens een abrupt en definitief einde moeten maken aan hun 'core business', niet eveneens aanspraak zouden moeten kunnen maken op een passende compensatie.

iii. Schade dient niet redelijkerwijs ten laste van de kokkelvisserij te blijven

Als is vastgesteld dat een bepaalde groep particulieren onevenredig nadeel ondervindt van een overheidsbesluit – hetgeen in het geval van de kokkelvisserij buiten twijfel is –, dient nog te worden nagegaan of er redenen zijn waarom de schade niettemin voor rekening van die gedupeerde groep dient te blijven. Daarvoor kan aanleiding zijn als de schade (a) valt binnen het normale maatschappelijke of ondernemersrisico of (b) voorzienbaar was.

(a) normaal maatschappelijk risico of ondernemersrisico

Hoitink en Backes stellen zich, onder verwijzing naar een uitspraak van de Raad van State van 17 juli 2002²³, op het standpunt dat het besluit tot afschaffing van de kokkelvisserij tot het normale ondernemersrisico behoort. De door hen aangehaalde uitspraak betrof een geval waarin van een terecht verleende, later onherroepelijk geworden vergunning, tijdelijk geen gebruik kon worden gemaakt vanwege de wettelijke opschortende werking van het beroep dat was ingesteld tegen de vergunningverlening. De mosselvisserij werden niet schadeloos gesteld voor het gedurende drie achtereenvolgende jaren niet mogen rapen van 45 000 kilo mosselen per jaar in de Waddenzee, omdat zij er rekening mee moesten houden dat een ontheffing slechts zou worden verleend onder stringente voorwaarden. Dat is een wezenlijk andere situatie dan de positie waarin de kokkelvisserij zich thans bevinden. Het kabinetsbesluit tot afschaffing van de kokkelvisserij is in feite een aankondiging *bij voorbaat* dat de Minister verzoeken om vergunning voor het vissen van kokkels in de Waddenzee zonder meer, dus *zonder onderzoek* zal weigeren, en dat terwijl niet op voorhand vaststaat dat de mechanische kokkelvisserij onvoldoende duurzaam is en ook in de toekomst onvoldoende duurzaam zal zijn.²⁴ Dat geeft het besluit onmiskenbaar een veel ingrijpender karakter: het maakt immers nogal verschil of een onderneming gedurende een bepaalde, betrekkelijk korte

periode niet kan vissen of dat die onderneming haar visactiviteiten voorgoed moet staken. De Minister van LNV heeft dat ook wel erkend. Bij diens vergunningverlening in 2004 merkte de Minister op²⁵:

'dat een abrupte beëindiging van de mechanische kokkelvisserij, nadat gedurende tientallen jaren in de Waddenzee mechanisch op kokkels is gevist, de sector thans voor grote problemen stelt.'

en

'Een abrupte beëindiging zorgt voor grote schade (...).'

Het moge duidelijk zijn dat de – niet te voorziene – definitieve afschaffing van de kokkelvisserij niet gezegd kan worden binnen het normale maatschappelijk risico te vallen. Het abrupte en absolute einde aan de winstgevendheid van de kokkelvisserijsector komt dan ook zonder meer voor compensatie in aanmerking.

(b) voorzienbaarheid / actieve en passieve risicoaanvaarding

Voor de toe te kennen schadevergoeding is verder nog van belang in hoeverre de gedupeerde kokkel-

visserij voortgaand aan de uitvoering van schadeveroorzakende plannen, besluiten of uitvoeringshandelingen rekening moesten houden met de kans dat een bestaande situatie voor hen in ongunstige zin zou gaan veranderen. Hoitink en Backes rekken dat aspect van de voorzienbaarheid wel erg ver op: er moet volgens hen *altijd* rekening mee worden gehouden dat een bepaalde activiteit niet meer kan worden uitgeoefend. Zij suggereren in hun bijdrage ook dat het besluit tot afschaffing van de kokkelvisserij niet zomaar uit de lucht kwam vallen en wijzen er in dat verband op dat de kokkelvisserij ieder jaar opnieuw een vergunning werd verleend en

dat niet op voorhand vaststond dat de overheid ook in toekomstige jaren zou overgaan tot vergunningverlening.²⁶

Er is geen goede reden waarom de kokkelvisserij, die eveneens een abrupt en definitief einde moeten maken aan hun 'core business', niet eveneens aanspraak zouden moeten kunnen maken op een passende compensatie.

18 Vgl. Kapteijn/VerLoren van Themaat, 6e druk, p. 437.

19 Vgl. Hoitink & Backes, p. 27.

20 Hoitink & Backes, t.a.p., p. 26.

21 Zie art. 4 van de Wet van 16 september 1966 houdende tegemoetkoming in de schade van oesterkwekers (Stb. 1966, 399).

22 Zie art. 8 Deltaschadewet (die inmiddels vervallen is).

23 ABRvS 11 februari 2004, nr. 200301198/1.

24 Er is uitsluitend met inachtneming van het voorzorgsbeginsel gecoördeld dat significante effecten *niet kunnen worden uitgesloten*.

25 Vergunning d.d. 20 juli 2004, vervolgblad 21 sub 6 'Besluit' (zesde aandachtspunt).

26 Anders dan de mosselvisserij in ABRvS 17 juli 2002, nr. 200105865/1, M&R 2002, p. 336, 125.

27 Art. 31 NB-wet zou dan een dode letter zou zijn.

28 Zie b.v. de Regeling Nadeelcompensatie Betuweroute d.d. 6 september 1999 die door de Minister van Verkeer en Waterstaat in het leven is geroepen als uitwerking van art. 21 (betreffende financiële compensatie) van het Tracébesluit Betuweroute.

Vooropgesteld zij dat het er bij de toepassing van het voorzienbaarheids criterium natuurlijk niet om gaat of een bepaald overheidsbesluit *absoluut* voorzienbaar was – in theorie is *alles* voorzienbaar⁴⁷ –, maar of het besluit *in alle redelijkheid* te voorzien was. Als sprake is van schade die een direct gevolg is van een nieuw parkeerbeleid van de gemeente of van de uitvoering van infrastructurele werken⁴⁸, kan niet worden volgehouden dat op geen enkele wijze te voorzien was dat het parkeerbeleid op een zeker moment in de toekomst zou wijzigen. Toch wordt in dergelijke gevallen nadeelcompensatie toegekend, voorzover die schade redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste behoort te blijven van degene die de schade lijdt. Anders dan Houtink en Backes suggereren, bestond er tot eind 2004 voor de kokkelvisserij geen enkele aanleiding om er rekening mee te houden dat zij hun werkzaamheden op korte termijn definitief zouden moeten staken. Dat vergunningverlening jaarlijks plaatsvond, neemt niet weg dat in feite sprake was van een bestendige praktijk: in de Waddenzee vond immers sinds jaar en dag ononderbroken mechanische kokkelvisserij plaats. Het was bij de beoordeling van de jaarlijkse vergunningaanvraag niet zozeer de vraag of een vergunning zou worden verleend, maar veeleer welk quotum aan op te vissen kokkels zou worden bepaald (dat werd steeds aan de hand van het op dat moment geschatte kokkelbestand vastgesteld). In dat opzicht onderscheidt de positie van de kokkelvisserij zich terdege van andere teleurgestelde aanvragers.⁴⁹ De minister heeft bij de kokkelvisserij steeds het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat ook in de toekomst aan hen vergunningen zouden worden verleend:

- In de vergunning d.d. 20 juli 2004 verwees de minister naar een brief van enkele dagen daarvoor, waarin hij aan de Voorzitter van de Tweede Kamer had bericht dat er in 2004 onder de in deze brief vermelde voorwaarden in de Waddenzee op kokkels mocht worden gevist.
- Ook bij de beantwoording van kamervragen op 16 augustus 2004 ging de minister er vanuit dat in 2004 in de Waddenzee op kokkels zou kunnen worden gevist.⁵⁰
- Bij de beantwoording van schriftelijke vragen als voorbereiding op het overleg met de Tweede Kamer op 20 september 2004, zond de minister een brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer. Op de vraag of er dat seizoen daadwerkelijk 8 miljoen kg kokkelvlees te vissen was antwoordde de minister: 'Ja. Er is door het Rivo een groot kokkelbestand van 56 miljoen kg geïnventariseerd'.⁵¹

Gelet op deze positieve berichtgeving van de minister kan de kokkelvisserij bezwaarlijk worden verweten dat zij hun bemanning en schepen hebben aangehouden. Nog daargelaten dat de Minister in strijd heeft gehandeld met het vertrouwensbeginsel door vervolgens op zijn gedane toezeggingen te moeten terugkomen⁵², geldt dat die toezeggingen het kabinetsbesluit volstrekt onvoorzienbaar maakten.

iv. De schade is niet anderszins verzekerd

Ten slotte geldt voor de toepassing van art. 31 NB-wet 1998 en het daaraan ten grondslag liggende *égalité*-beginsel nog de eis dat de vergoeding van de schade die is ontstaan als gevolg van de gedwongen staking van de visserijactiviteiten ook niet anderszins is verzekerd. Nu ook aan die eis is voldaan, kan er geen twijfel over bestaan dat de gedupeerde kokkelvisserij aanspraak moeten kunnen maken op nadeelcompensatie.

3 Staatssteun en precedentwerking

3.1 De vrees voor ongeoorloofde staatssteun is ongegrond

In de eerste plaats geldt dat de voorgestelde schade-regeling niet strekt tot begunstiging van de betrokken ondernemingen, maar tot vergoeding van de door die ondernemingen geleden *schade* als gevolg van een natuurbeschermingsbesluit. Er is dan ook geen sprake van staatssteun in de zin van art. 87 lid 1 EG, laat staan van *ongeoorloofde* steunverlening. Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Asteris*⁵³ uitdrukkelijk bevestigd dat het de toekenning van schadevergoeding niet kwalificeert als een verboden staatssteunregel. Uit de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie blijkt eveneens dat wanneer de staat zich beperkt tot het vergoeden van schade die veroorzaakt is door overheidsingrijpen er geen sprake is van begunstiging in de zin van art. 87 EG.⁵⁴ Daar komt bij dat van staatssteun uitsluitend sprake is indien een toegekend voordeel de mededinging door begunstiging van één of meerdere ondernemingen in het bijzonder vervalst of dreigt te vervalzen. Aangezien de kokkelvisserij verplicht zijn hun mechanische kokkelvisserijactiviteiten volledig stop te zetten, kan van een (dreigende) vervalsing van de mededinging geen sprake zijn. Zeker nu het nog niet eerder is voorgekomen dat compensatie voor schade als gevolg van geoorloofd overheidshandelen is aangemerkt als ongeoorloofde staatssteun⁵⁵, is het overdreven te veronderstellen dat dit gevaar bij de schaderegeling met de kokkelvisserij wel op de loer zou liggen. Het is ook niet zonder reden dat de Nederlandse overheid de schaderegeling niet bij de Commissie heeft aangemeld: aangezien de tot stand gekomen nadeelcompensatie binnen de grenzen van het nationale schadevergoedingsrecht blijft en de kokkelvisserij door de compensatie niet worden bevoordeeld in de zin van art. 87 EG, zijn geen staatssteunrechtelijke problemen te duchten. Er zouden hooguit problemen op de loer kunnen liggen indien een schade-uitkering door de overheid de reële schade van de kokkelvisserij overtreft, maar ook dat is niet erg waarschijnlijk. Het zou voor de Commissie ondoenlijk zijn om aan te tonen, dat de bedragen die vallen binnen de door de Commissie Schadebepaling Kokkelvisserij in hun adviesrapport aangegeven grenzen, hoger liggen dan de reële door

de kokkelvisserij geleden schade en/of de vergoeding waartoe de overheid op grond van haar overheidsaansprakelijkheid naar Nederlands recht gehouden is.

Men kan zich bovendien afvragen of wel voldaan moet zijn aan de voorwaarde dat het toekennen van een schadevergoeding op grond van het nationale schadevergoedingsrecht *verplicht* is. Wat te denken van het geval dat een overheid in onzekerheid verkeert over de vraag of een gehoudenheid tot het betalen van schadevergoeding bestaat. Het staat haar dan toch zeker wel vrij om economische redenen te besluiten een genoegdoening uit te keren en daarmee mogelijke (proces)risico's af te kopen op gelijke wijze als een normale marktpartij dat ook zou doen? Als de kokkelvisserij geen schaderegeling was aangeboden, ligt het in de rede dat de consequentie daarvan zou zijn geweest dat over het recht op schadevergoeding en de hoogte van de vergoeding was geprocedeerd. Door een schaderegeling overeen te komen, zijn (is het risico van) ellenlange procedures met een onzekere uitkomst voorkomen.³⁶ In ruil voor toekenning van nadeelcompensatie doen de kokkelvisserij immers afstand van alle rechten op toekenning van een vergunning voor de mechanische kokkelvisserij en trekken zij aanhangig

gemaakte bestuursrechtelijke of civielrechtelijke procedures met betrekking tot de weigering van de voor 2005 verleende vergunning voor de mechanische kokkelvisserij in. Onder deze omstandigheden kan moeilijk worden volgehouden dat de overheid steun heeft verleend in de zin van het staatssteunrecht: de overheid heeft gehandeld als iedere andere marktpartij die op basis van een kostenafweging besluit een minnelijke regeling te treffen. Al met al valt niet in te zien welke staatssteunrechtelijke haken en ogen er in de praktijk aan de schaderegeling voor de kokkelvisserijsector zouden kunnen kleven.

3.2 Geen ongewenste precedentwerking

Een ander bezwaar dat Hoitink en Backes hebben tegen de vastgestelde schaderegeling, is dat de regeling een ongewenste precedentwerking tot gevolg zou kunnen hebben. Ook die vrees lijkt ons niet terecht. In de eerste plaats maakt de ruime discretionaire vrijheid³⁷ die de overheid heeft om een schadevergoeding vast te stellen (inherent aan de belangenafweging in het kader van toepassing van het evenredigheidsbeginsel) dat het gevaar van een ongebreidelde precedentwerking niet erg reëel is. Dit geldt temeer daar alleen gelijke gevallen in de toekomst op dezelfde wijze zullen moeten worden behandeld. Gelet op de uitzonderlijke situatie waarin de kokkelvisserij zich bevindt (een kleine groep vissers die sinds jaar en dag visserijactiviteiten ontplooit, en die – ondanks talloze toezeggingen van de minister – *definitief* afstand moet doen van haar bedrijfsactiviteiten), zal het met de ongewenste precedentwerking wel meevallen. Als een bepaalde groep ondernemers zich in de toekomst in precies dezelfde positie bevindt als de gedupeerde kokkelvisserij zich thans bevindt, bestaat er bovendien geen enkel bezwaar tegen dat ook aan hen nadeelcompensatie wordt toegekend (er is in dat geval geen sprake van onwenselijke, maar van wenselijke precedentwerking). Sterker nog, op de overheid rust zelfs een schadevergoedingsverplichting als in dat geval tenminste – evenals in het geval van de kokkelvisserij – is voldaan aan de eis dat schade wordt geleden, die redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste van de gedupeerde behoort te blijven en waarvan de vergoeding niet anderszins is verzekerd.

4 Besluit

Dat een politieke keuze is gemaakt om de kokkelvisserij niet in de kou te laten staan, betekent niet dat er niet tevens een juridische noodzaak bestond om een schaderegeling vast te stellen. Art. 31 NB-wet en het daaraan ten grondslag liggende beginsel van de *égalité devant les charges publiques* bieden de door Hoitink en Backes gezochte juridische grondslag

29 Hoitink en Backes stellen: 'Doorgaans komen dergelijke besluiten niet uit de hemel vallen, maar worden zij voorafgegaan door gesprekken tussen overheid en betrokkenen.' (zie Hoitink & Backes, p. 24). Voor de kokkelvisserij kwam het besluit tot afschaffing van de kokkelvisserij nu juist wel uit de lucht vallen.

30 Zie m.n. vraag 4.

31 Brief d.d. 17 september 2004 met kenmerk Viss. 2004/5082.

32 In zoverre hebben Hoitink en Backes gelijk waar zij stellen dat het kabinet zich kennelijk gebonden achtte aan de gedane toezeggingen (zie Hoitink & Backes, t.a.p., p. 25). De minister heeft niet alleen steeds de indruk gewekt dat vergunningen uit het verleden terecht waren verleend en dat ook in de toekomst nieuwe vergunningen zouden worden verleend, maar zij heeft de kokkelvisserij bovendien bij herhaling een schaderegeling in het vooruitzicht gesteld. Ook in een brief van 19 november 2004 – na de uitspraak van het Hof van Justitie in de Kokkelvisserijzaak (HvJ EG 7 september 2004, zaak C-127/02, *Jur.* 2004, p. I-7405) sprak de minister nog steeds over het toekennen van een schadevergoeding. De regering zou zonder meer in strijd handelen met het vertrouwensbeginsel als zij de kokkelvisserij niet schadeloos zou stellen.

33 Zie HvJ EG 27 september 1988, (*Asteris*), gev. zaken 106/87-120/87, *Jur.* 1988, p. 5515.

34 Vgl. Beschikking Commissie 20 januari 1999 betreffende de aankoop van grond overeenkomstig het Duitse 'Ausgleichleistungsgesetz' (compensatiewet), *PbEG* 1999 L 107/21. Zie ook HvJ EG 27 september 1988, (*Asteris*), gevoegde zaken 106/87 tot en met 120/87, *Jur.* 1988, 5515 en Brief Commissie d.d. 16 juni 2004 inzake steunmaatregel N304/2003 – Nederland 'Steun ten behoeve van Akzo Nobel ter beperking van het transport van chloor'.

35 Vgl. Hoitink & Backes, t.a.p. p. 28.

36 Vgl. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 684, nr. 20, p. 6, waarin de minister aankondigt dat overeenstemming is bereikt met de sector onder de voorwaarde van compensatie en bovendien aangeeft dat de Commissie schaderegeling is ingesteld 'ter voorkoming van langlopende processen tot schadevergoeding'.

37 Het kabinet spreekt zelf van 'de hem ter beschikking staande juridische handbreedte' (zie brief Minister LNV d.d. 18 april 2005 <www.minlnv.nl/publicaties/kamerrespondentie>).

voor de schadevergoedingsverplichting van de overheid. Omdat het algemene natuurbeschermingsbe-

Dat een politieke
keuze is gemaakt
om de kokkelvis-
sers niet in de kou
te laten staan,
betekent niet dat
er niet tevens een
juridische nood-
zaak bestond om
een schaderegeling
vast te stellen.

lang wordt gediend ten koste van het particuliere belang van de kokkelvisserij, bestaat er alle reden voor compensatie voor het onevenredig op hen drukende nadeel als gevolg van de voor hen redelijkerwijs niet te voorzien definitieve afschaffing van de kokkelvisserij. Daarnaast geldt dat de overheid in strijd zou handelen met het vertrouwensbeginsel als zij zou afzien van de bij herhaling aan de kokkelvisserij in het vooruitzicht gestelde schaderegeling. De vrees van Hoitink en Backes dat mogelijk in strijd wordt gehandeld

met het staatssteunrecht of dat het besluit tot een ongewenste precedentwerking leidt, is om de hiervoor uiteengezette redenen ongegrond. Hoitink en Backes zien beren op de weg die er niet zijn.