

VAN DEN BIESEN

ADVOCATEN

SARPHATI PLAZA

Rhijnspoorplein 22, 1018 TX AMSTERDAM

Telefoon +31 (0)20 568 29 29, Telefax +31 (0)20 568 29 25

e-mail: info@vandenbiesen.com

www.vandenbiesen.com

PHON VAN DEN BIESEN

ROBBERT BOESVELD

THOMAS RAMMELT

BART ARENTZ

ANITA NIJBOER

AANGETEKEND

Aan de Staatssecretaris van Volkshuisvesting,

Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer

De heer Drs. P.L.B.A. van Geel

Interne postcode: IPC 100

Postbus 20951

2500 EZ DEN HAAG

Ook per fax: 070-339 13 41

aantal pagina's: 10

Amsterdam, 27 april 2005

Dossiernummer : 19980300

**Betreft : Borssele, sluitingsvarianten en mogelijke aansprakelijkheid Staat
jegens EPZ in geval van sluiting**

Geachte heer Van Geel,

Door Stichting Greenpeace Nederland werd mij gevraagd om mij te verdiepen in de volgende twee vragen. (1) Op welke wijzen kan de in het huidige regeerakkoord opgenomen afspraak, sluiting van kerncentrale Borssele vóór 1 januari 2013, worden verwezenlijkt? (2) Is de Staat, indien de kerncentrale op één van de hierna te bespreken wijzen wordt gesloten, jegens EPZ gehouden om het nadeel en/of de schade die deze mogelijkerwijs als gevolg van de sluiting lijdt, te vergoeden?

Bij mijn onderzoek had ik onder meer de beschikking over de brieven die u de Tweede Kamer hierover stuurde, en verder over de voor deze vragen relevante regelgeving en jurisprudentie. Op verzoek van cliënte stuur ik u middels deze brief de uitkomsten van mijn onderzoek. Alvorens mijn bevindingen naar voren te brengen lijkt het mij van belang om eerst in het kort nog enige feiten/ontwikkelingen naar voren te brengen die in dit kader in elk geval van belang zijn.

Feiten / ontwikkelingen

1. In de Tweede Kamer wordt in 1994 een motie aangenomen gericht op sluiting van Borssele per 2004. In de daaropvolgende jaren probeert de overheid zowel middels de bestuursrechter als de burgerlijke rechter de sluiting van Borssele te bewerkstelligen. Uiteindelijk leidt dit tot afwijzende uitspraken van de bestuursrechter (in 2000) en de burgerlijke rechter (in 2002); in beide gevallen stuitte de poging tot sluiting af op kwesties die niet met het sluitingsbesluit zelf te maken hadden: procedurele gebreken in de bestuursrechtelijke procedure en bewijsproblemen in de civiele. De Staat heeft overigens tegen de uitspraak van de civiele rechter (de Rechtbank) geen hoger beroep ingesteld. Voorts baseert cliënte in 2002 een verzoek om de duur van de vergunning voor Borssele te beperken tot uiterlijk 31 december 2003 op een besluit van de Minister van Economische Zaken in 1994 om goedkeuring te onthouden aan de bedrijfsduurverlenging van de kerncentrale omdat de elektriciteitsvoorziening niet langer maatschappelijk verantwoord door Borssele kan worden gegenereerd. Dit verzoek wordt uiteindelijk door de bestuursrechter afgewezen. Maar, medio 2005 is een veranderde realiteit ontstaan welke de rechtvaardiging, en überhaupt de mogelijkheid voor het continueren van Borssele ook op andere gronden dan in 2002 bestonden, ter discussie stelt. Dat blijkt ook uit het feit dat de Staat ook nadien op sluiting blijft afkoersen: Balkenende II spreekt af dat Borssele uiterlijk 1 januari 2013 gesloten moet zijn. Bij brief aan de Tweede Kamer van 12 augustus 2004 bevestigt u nogmaals deze afspraak en deelt aan de Kamer mee "dat voor alles het regeerakkoord het uitgangspunt van het beleid is. Dat brengt met zich dat in 2013 Borssele dient te worden gesloten."¹

Varianten sluiting Borssele

2. Eind 2003 deelde u de Kamer mee dat om de sluiting van Borssele in 2013 zeker te stellen een wijziging van de Kernenergiewet zou worden voorbereid die een beperking van de duur van de vergunning voor kernreactoren tot 40 jaar zou inhouden.² In latere instantie heeft u nog een tweede sluitingsvariant genoemd, en wel de sluiting van Borssele door in de Kernenergiewet een verbod op te nemen op de commerciële productie in Nederland van kernenergie.³ Daarom wil ik ook uw aandacht vestigen op een aantal andere wegen waarlangs sluiting van Borssele kan worden bewerkstelligd.

¹ TK, 2003-2004, 25 422, nr. 39, p. 7.

² Ik doel op uw brief van 9 december 2003 aan de Tweede Kamer (TK, 2003-2004, 25 422, nr. 34, p. 3).

³ Hierbij ben ik afgegaan op uw mededelingen terzake in een interview in de periodiek 'Prospect' van Eneco (april 2005).

3. De vergunning zou eventueel nog ingetrokken of gewijzigd kunnen worden met een beroep op het in de Kernenergiewet opgenomen belang van de nakoming van internationale verplichtingen.⁴ In een in het kader van het OSPAR-verdrag⁵ aangenomen resolutie⁶ hebben de verdragsluitende partijen, waaronder Nederland, bepaald dat directe opslag van radioactief afval de voorkeur verdient boven opwerking er van. Het OSPAR-verdrag legt in dat kader een inspanningsverplichting op de Nederlandse Staat. In mijn brief aan u van 1 april 2004 ben ik reeds uitvoerig ingegaan op de verplichtingen die het OSPAR-verdrag in dit verband meebrengt voor de Nederlandse Staat. Met het oog op deze verplichtingen zou het belang van de nakoming van internationale verplichtingen een grond kunnen zijn voor intrekking of zodanige wijziging van de vergunning dat de werking van Borssele uiterlijk 2013 is beëindigd.
4. Een andere juridische variant op dit thema zou zijn om, mede op grond van overwegingen ten aanzien van het OSPAR-verdrag, krachtens de Kernenergiewet eerst een Algemene Maatregel van Bestuur vast te stellen⁷, waarin het aan het *justification*-beginsel ten grondslag liggende belang van een veranderde nationale en maatschappelijke opstelling ten opzichte van het in Nederland opwekken van kernenergie, als belang wordt aangewezen op grond waarvan de vergunning vervolgens ingetrokken of gewijzigd kan worden.
5. Het door cliënte in 2002 gedane, maar door de bestuursrechter afgewezen verzoek om de vergunningduur te beperken, was ook gebaseerd – onder verwijzing naar het besluit van 1994 van de Minister van Economische Zaken – op het *justification*-beginsel. In de Memorie van Toelichting op artikel 4, lid 1 van het Besluit stralingsbescherming Kernenergiewet wordt er immers op gewezen dat ook een veranderde nationale, maatschappelijke of sociale opstelling op zich zelf een nieuw feit kan zijn dat noopt tot herziening van de “rechtvaardiging”. De bestuursrechter oordeelde in 2003⁸ dat het *justification*-beginsel op die grond niet tot sluiting van Borssele kon leiden omdat de in de Tweede Kamer aangenomen motie *an sich* geen nieuw gegeven betrof dat kon leiden tot herziening van de rechtvaardiging voor het openhouden van Borssele. De bestuursrechter was van mening dat de genoemde veranderde opstelling slechts tot herziening van de rechtvaardiging van het openhouden van Borssele kan leiden indien daarnaast ook nieuwe gegevens bestaan waaruit blijkt dat de economische, sociale en andere voordelen van de

⁴ Artikel 15b, lid 1, sub f, Kernenergiewet.

⁵ Verdrag inzake de bescherming van het mariene milieu in het noordoostelijk deel van de Atlantische Oceaan van 22 september 1992, Trb. 1993, 16.

⁶ Decision 2000/1 on Substantial Reductions and Elimination of Discharges, Emissions and Losses of Radioactive Substances, with Special Emphasis on Nuclear Reprocessing, Tr. 1993, 16.

⁷ Artikel 15b, lid 2, Kernenergiewet.

⁸ Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 16 april 2003, AB 2003, 236.

handeling niet meer opwegen tegen de gezondheidsschade die hierdoor kan worden toegebracht.

6. De huidige ontwikkelingen/situatie in ogenschouw genomen zijn er, óók naar de maatstaven van de bestuursrechter, inderdaad nieuwe en objectieve gegevens die leiden tot een herziening van de rechtvaardiging voor het openhouden van Borssele. De in het regeerakkoord van het kabinet Balkenende II opgenomen afspraak kan worden ingevuld aan de hand van nieuwe gegevens die leiden tot het herzien van de rechtvaardiging voor het continueren van de bedrijfsvoering van Borssele.
7. Gebleken is bijvoorbeeld dat in Europa slechts een klein aantal kerncentrales plutonium kan gebruiken, waardoor de behoefte aan plutonium minimaal is. Indien de opwerking zou worden voortgezet, vergroot dit het reeds bestaande overschot aan plutonium. Dit is niet alleen risicovol uit het oogpunt van proliferatie, het leidt ook tot een opslag-, en daardoor milieuprobleem in Nederland; daar dient het opgewerkte, maar overbodige plutonium immers te worden opgeslagen. Bovendien leidt continuering van de opwerking in Frankrijk ook op een andere manier tot voortzetting van de afvalproblematiek. De bij La Hague in zee geloosde radioactiviteit wordt, zoals bekend, tot in het Noord Pool-gebied gemeten.⁹ De warme golfstroom die de radioactiviteit van La Hague in Frankrijk naar het arctisch gebied transporteert, komt ook langs de Nederlandse kust. Aangenomen kan worden dat voor en aan de Nederlandse kust de sterkte van de radioactiviteit groter is dan de reeds aanzienlijke, in het arctisch gebied gemeten sterkte.
8. In de huidige situatie waarin de opwerking in La Hague wordt gecontinueerd, maar óók wanneer de gebruikte splijtstoffen niet meer zouden worden opgewerkt, ontstaat in Nederland een groot probleem met de opslag van het hoog radioactieve afval. De afvalberging bij COVRA verschaft voor niet meer dan honderd jaar een oplossing. Een substantieel langer dan honderd jaar durende, en zeker een blijvende oplossing voor de opslag in Nederland, is tot op heden niet gevonden. Dit komt bijvoorbeeld ook naar voren in het verslag van de door het Rathenau Instituut georganiseerde en op 25 februari j.l. gehouden 'Werkbijeenkomst Kernenergie' waar door een breed samengestelde groep van vertegenwoordigers uit de energiesector, industrie, belangenorganisaties, financiële sector, overheid en onderzoek een debat werd gevoerd over kernenergie in Nederland.¹⁰ De deelnemers waren het er in elk geval over eens dat het om een zeer langdurig afvalprobleem gaat dat vraagt om permanente oplossingen *die er niet zijn*. Opwerking, transmutatie waarbij de periode waarin kernafval gevaar oplevert wordt verminderd, en

⁹ Hiervoor zij verwezen naar het rapport van het Arctic Monitoring and Assessment Programme (AMAP): 'AMAP Assessment 2002: Radioactivity in the Arctic'; vindplaats <http://www.amap.no>.

¹⁰ 'Resultaten Werkbijeenkomst Kernenergie 25 februari 2005', Rathenau Instituut, p. 4 en 5.

ondergrondse opslag die in Nederland slechts mogelijk is in zoutkoepels of klei, worden door de deelnemers allen omstreden genoemd. Deze conclusie sluit aan bij die van het door het Rathenau Instituut uitgebrachte rapport: 'Het nucleaire landschap; Een verkenning van feiten en meningen over kernenergie'.¹¹ Bovendien is de opslag in geologisch stabiele rotsformaties, zoals vereist in de (nu nog) voorstel-richtlijn van de EU inzake het beheer van verbruikte splijtstof en radioactief afval¹², in Nederland geen optie omdat Nederland niet beschikt over geologisch stabiele rotsformaties. De overweging dat na 2013 de opslag in Nederland van hoog radioactief - direct, dan wel na opwerking van de gebruikte splijtstoffen - op diverse grote moeilijkheden zal stuiten is daarmee hoe dan ook van belang voor toepassing van het *justification*-beginsel.

9. Een ander nieuw gegeven dat moet nopen tot herziening van de rechtvaardiging van het openhouden van Borssele is de recent sterk toegenomen terroristedreiging. In dit verband verwijs ik naar hetgeen naar aanleiding van de arrestatie van Samir A. – verdacht van terroristische activiteiten en volgens de AIVD prominent lid van het Hofstadnetwerk – naar voren gekomen is. In zijn huis werden foto's en plattegronden van de kerncentrale Borssele aangetroffen. Volgens de AIVD dienden de foto's en plattegronden van de kerncentrale ter voorbereiding van een terroristische aanslag.¹³ Verder wordt ook in het rapport 'Het nucleaire landschap' nog gewezen op in Zwitserland, in de Verenigde Staten en in Duitsland uitgevoerde studies waaruit blijkt dat de risico's verbonden aan aanslagen met vliegtuigen op kernreactoren aanzienlijk zijn.¹⁴ Ook het rapport van het Rathenau Instituut verwijst naar onderzoek waaruit blijkt dat ook opslagplaatsen voor hoog radioactief afval 'terrorisme-gevoelig' zijn en daardoor een veiligheidsrisico vormen.¹⁵
10. In het door mij al in het kader van het afvalprobleem genoemde verslag van de Werkbijeenkomst Kernenergie' van 25 februari j.l. wordt nog een ander aspect van de terroristedreiging onderkend. Niet alleen wordt gewezen op het werkelijke veiligheidsrisico, maar ook zijn de deelnemers aan de werkbijeenkomst het er over eens dat de overheid óók de dreiging en het risico van maatschappelijke ontwrichting die een terroristische aanslag op een in Nederland gelegen kernreactor met zich brengt, in de afweging van de aan kernenergie verbonden risico's dient mee te nemen.¹⁶

¹¹ 'Het nucleaire landschap; Verkenningen van feiten en meningen over kernenergie' (april 2004), van het Rathenau Instituut, p. 35-40.

¹² Voorstel voor een richtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie inzake het beheer van verbruikte splijtstof en radioactief afval; COM (2003) 32 *final*.

¹³ Dit is te lezen in het AIVD-rapport in het kader van de brief van 10 november 2004 van Minister Donner aan de Tweede kamer (TK, 2004-2005, 29 854, nr. 3, p. 19-29).

¹⁴ 'Het nucleaire landschap', p. 49-51.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Resultaten Werkbijeenkomst Kernenergie, p. 4.

Kortom, alleen al de risico's verbonden aan de terrorismedreiging vormen een reden voor het herzien van de rechtvaardiging voor het nog langer in Nederland opwekken van kernenergie.

11. Overigens, de argumenten die hiervoor zijn besproken in het kader van sluiting middels een vergunningwijziging, zouden ook een rol dienen te spelen bij de keuze tussen de twee varianten waarbij sluiting op grond van een wetswijziging wordt gerealiseerd. De veranderde situatie, waaronder de terrorismedreiging en de veranderde afvalproblematiek, en voorts de uit het OSPAR-verdrag voortkomende verplichtingen, leiden immers tot de conclusie dat het in Nederland opwekken van kernenergie geheel zou moeten worden beëindigd. De tweede variant van sluiting middels een wetswijziging, namelijk een verbod op de commerciële productie van kernenergie in Nederland, verdient dan ook de voorkeur boven de eerste variant van de beperking van de vergunningsduur. Immers, het wijzigen van de Kernenergiewet door in de wet een beperking van de looptijd van vergunningen voor kerncentrales op te nemen, laat hoe dan ook de weg open voor de vergunningverlening aan anderen dan EPZ die een kerncentrale in Nederland zouden willen exploiteren.

Gehoudenheid van de Staat om nadeel/schade van EPZ te vergoeden die een gevolg is van de sluiting van Borssele

12. Gezien de belangen die in het geding zijn bij een van overheidswege voorgeschreven sluiting van Borssele ligt het voor de hand dat EPZ hoe dan ook zal verzoeken om vergoeding van door haar gestelde schade. In het verlengde daarvan is de kans zeker aanwezig dat EPZ terzake naar de rechter stapt. De kans is echter niet heel groot dat de rechter EPZ ook daadwerkelijk schadevergoeding zal toewijzen. Indien de sluiting zonder vergunningwijziging, rechtstreeks middels een wijziging van de Kernenergiewet zou worden bewerkstelligd, is de kans op toewijzing van een schadeclaim zelfs nog kleiner dan die bij sluiting door middel van een vergunningwijziging. Hierover het volgende.
13. Indien de beslissing wordt genomen om de sluiting van Borssele te bewerkstelligen door de vergunning te wijzigen of in te trekken komt een eventuele plicht van de overheid om door EPZ te lijden nadeel en/of schade te vergoeden pas in beeld wanneer de bestuursrechter in de door EPZ aanhangig te maken beroepsprocedure tegen het wijzigen of intrekken van de vergunning zou oordelen dat het besluit van de overheid (hierna: het vergunningbesluit) *rechtmatig* is. Immers, indien de bestuursrechter zou oordelen dat het vergunningbesluit *onrechtmatig* is en het vergunningbesluit daarom vernietigt, is het niet waarschijnlijk dat het vergunningbesluit, voordat het wordt vernietigd ook daadwerkelijk

tot schade aan de kant van EPZ zal kunnen leiden (aangenomen dat met het intrekken of wijzigen van de vergunning op tijd wordt begonnen).¹⁷

14. Wanneer de bestuursrechter het vergunningbesluit rechtmatig oordeelt, kan EPZ twee wegen bewandelen. EPZ kan aan de overheid het verzoek doen om het nadeel dat een gevolg is van de sluiting te compenseren. Ook kan EPZ bij de burgerlijke rechter een vordering instellen om de schade vergoed te krijgen die een gevolg is van het ontbreken van nadeelcompensatie.¹⁸ In de rechtspraak, literatuur en wetsgeschiedenis wordt aangenomen dat ingeval van een rechtmatig overheidsbesluit bij zowel de bestuurs- als de burgerlijke rechter de belangrijkste rechtsgrond voor compensatie (bestuursrechter) of schade (burgerlijke rechter), het beginsel van gelijkheid voor openbare lasten is. Blijkens de rechtspraak gaan de bestuurs- en de burgerlijke rechter op grond van dit beginsel na of sprake is van onevenredige – buiten het normale maatschappelijke en bedrijfsrisico vallende en op een beperkte groep of instellingen drukkende – schade die is ontstaan door het rechtmatige overheidsbesluit.¹⁹
15. Als bijvoorbeeld sprake is van een plotseling besluit kan dit leiden tot een niet-normaal maatschappelijk en bedrijfsrisico. Echter, aan het opwekken in Nederland van kernenergie is de mogelijkheid nu juist inherent dat een negatief, schadeveroorzakend besluit door de overheid kan worden genomen; de nationale, maatschappelijke en politieke gevoeligheid in Nederland voor dit bedrijfsproces brengen dat mee. Met andere woorden: in abstracto kan en mag EPZ een dergelijke last verwachten; van een plotseling besluit is dan ook geen sprake.²⁰ In dergelijke gevallen zal de schade die een gevolg van dat besluit is veel eerder tot het normale maatschappelijke en bedrijfsrisico behoren en daarmee niet als onevenredig worden beschouwd. Deze voorzienbaarheid speelt bovendien ook een belangrijke rol in de noties van de zogenoemde actieve risicoaanvaarding en van eigen schuld.²¹

¹⁷ De enige, min of meer theoretische mogelijkheid dat de Staat dan op grond van vernietiging van het intrekings-/wijzigingsbesluit toch daadwerkelijk wordt veroordeeld tot schadevergoeding bestaat indien EPZ in beroep bij de bestuursrechter vraagt om schadevergoeding ex artikel 8:73 Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de bestuursrechter vervolgens het besluit vernietigt met instandhouding van de rechtsgevolgen van het besluit op de voet van artikel 8:72 lid 3 Awb (hetgeen in het onderhavige geval dan beëindiging van de werking van Borssele per ultimo 2013 zou betekenen).

¹⁸ Voorwaarde is wel dat als EPZ aan de overheid een verzoek om nadeelscompensatie heeft gedaan, EPZ niet in beroep is gegaan tegen een mogelijk op dit verzoek negatief besluit.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld het arrest van de hoogste burgerlijke rechter, de Hoge Raad, van 3 april 1998, NJ 1998, 726 (Meiland); en de uitspraak van de hoogste bestuursrechter, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, van 6 mei 1997, AB 1997, 229 (Van Vlodrop).

²⁰ Zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 18 januari 1991, NJ 1992, 638 en AB 1991, 241 (Varkensmester), waar wel sprake was van een zeer plotseling besluit.

²¹ Zie hierover uitgebreid de door mr. J.E. Hoitink, prof. mr. G.E. van Maanen, mr. drs. B.P.M. van Ravels en prof. mr. B.J. Schueler uitgebrachte Preadviezen in 'Schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad' (2002) voor de VAR Vereniging voor Bestuursrecht; en zie voorts: J.E. Hoitink, 'Bestaande rechten in het milieurecht', diss. Utrecht (1998), p. 170 e.v. De elementen van risicoaanvaarding en voorzienbaarheid in relatie tot het

16. Andere criteria die de rechter hanteert bij de vraag of nadeel dat het gevolg is van een rechtmatig overheidsbesluit moet worden beschouwd als een onevenredige last, lijken er eveneens op te wijzen dat de overheid niet gehouden is het nadeel van EPZ te vergoeden. Bijvoorbeeld, als het genomen besluit mede wordt gemotiveerd met verwijzing naar het ook na honderd jaar nog blijvende probleem van de opslag van radioactief afval, speelt het beginsel 'de vervuiler betaalt', dat in het milieurecht extra gewicht toekomt, bij het vaststellen van de (on)evenredigheid ook een rol en zou het er toe kunnen leiden dat minder snel een schadeplicht van de overheid wordt geconcludeerd.²²
17. Tenslotte zou EPZ nog kunnen aanvoeren dat sprake is van ontneming of regulering van haar eigendomsrecht en zou EPZ op die grond een beroep kunnen doen op artikel 1 Eerste protocol van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens. Uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) blijkt echter dat de ontneming van een vergunning niet wordt gezien als een ontneming van eigendom, maar (eventueel) als een regulering van eigendom.²³ Dit is van belang omdat de toets die een regulering van eigendom moet doorstaan minder vergaand is, en draait om de vraag of sprake is van een "fair balance" (een redelijke mate van evenredigheid) tussen het algemeen belang en de bescherming van individuele rechten. Regulering van eigendom wordt door het EHRM daarom zeer terughoudend toetst waarbij een grote ruimte wordt gelaten aan de (nationale) overheden bij de belangenafweging tussen het algemeen en het getroffen individuele belang. Het EHRM blijkt het oordeel van de overheid over wat nodig is in het algemeen belang, te respecteren, tenzij dat oordeel duidelijk een redelijke onderbouwing mist.²⁴

normale bedrijfsrisico speelden bijvoorbeeld een belangrijke rol in een uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 20 maart 2002 (LJN: AE7271). Het gegeven dat het verspuiten van bestrijdingsmiddelen al sinds lang onder grote maatschappelijke druk stond en dat het al enige tijd voor de (in dit geval klagende) landbouwvluchtvaartbedrijven voorzienbaar was dat ten aanzien van het verspuiten beperkende maatregelen zouden worden genomen, leidden er naar het oordeel van de rechtbank toe dat het treffen van deze maatregelen geacht moesten worden tot het normaal bedrijfsrisico te behoren.

²² Het beginsel wordt bijvoorbeeld toegepast in het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 20 maart 2003 (LJN: AE7269). Hier boog de rechtbank zich over de vraag of het vaststellen door de overheid van het 'Lozingenbesluit open teelt en veehouderij' door het ontbreken van een schadevergoedingsregeling voor de boeren (die als gevolg van het besluit een kleiner gedeelte van hun percelen voor de landbouw konden aanwenden) niet onevenredig was. De rechtbank oordeelde dat ingevolge het beginsel 'de vervuiler betaalt, de kosten van maatregelen ter beperking van oppervlakteverontreiniging in beginsel door de veroorzakers ervan dienen te worden gedragen en dat het besluit [onder meer] op die voet niet onevenredig was te noemen. Het beginsel 'de vervuiler betaalt' speelt bij de beoordeling van de evenredigheid voorts een belangrijke rol in het onder noot 20 besproken arrest van de Hoge Raad uit 2001 inzake de Wet herstructurering varkenshouderijen. Bij de beoordeling van de vraag of de in geding zijnde quoteringsregeling de evenredigheidstoets doorstond, overwoog de Hoge Raad onder meer "dat het in beginsel niet ongerechtvaardigd is om de kosten verbonden aan maatregelen ter beperking van schade aan het milieu en andere maatschappelijke belangen voor rekening te laten van de bedrijven die die schade veroorzaken" (r.o. 7.2).

²³ Van de *facto* ontneming van eigendom is pas sprake als er geen enkel zinvol alternatieve vorm van gebruik overblijft of de eigendom van elke waarde wordt beroofd. Zie in dit verband EHRM 29 oktober 1991 (*Pine Valley Developments*), Series A, Vol. 222, en ook EHRM 7 juli 1989 (*Tre Traktörer*), Series A, Vol. 159.

²⁴ In dit kader wordt door het EHRM in haar uitspraak van 19 december 1989 (*Mellach and others*), Series A, Vol. 169, gesproken over "a wide margin of appreciation".

Bovendien, ook bij het wegen van het te treffen belang van de eigenaar speelt de al eerder door mij aangehaalde voorzienbaarheid van de last, zowel in abstracto als in concreto, evenals de risicoaanvaarding, een belangrijke rol.²⁵

18. Wanneer de beslissing zou worden genomen om de sluiting van Borssele rechtstreeks, zonder vergunningbesluit, op grond van een wijziging van de Kernenergiewet te bewerkstelligen, is het volgende nog van belang. Een wijziging van de wet is voor EPZ alleen aan te vechten via de burgerlijke rechter, waarbij eventueel eveneens schadevergoeding kan worden gevorderd. Het toetsingskader is in dat geval voor de rechter beperkt. Wel staat voor de rechter de mogelijkheid open om de wijziging van de Kernenergiewet te toetsen aan verdragsbepalingen, zoals bijvoorbeeld het hiervoor genoemde artikel 1 Eerste protocol EVRM. Op grond van een dergelijke toets zou de rechter eventueel de Kernenergiewet buiten toepassing kunnen verklaren en/of schadevergoeding kunnen toekennen. Gelet op de ruimte die aan de Staat toekomt om middels wetgeving regulerend op te treden²⁶, is de kans dat EPZ langs deze weg haar eventuele schade vergoed krijgt (of dat de Kernenergiewet buiten toepassing wordt gelaten), niet groot.
19. Overigens geldt voor alle varianten het volgende. Mocht de bestuurs- of burgerlijke rechter oordelen dat de overheid gehouden is tot schadevergoeding/nadeelcompensatie, dan speelt naast de eerder besproken voorzienbaarheid *in abstracto*, ook de *in concreto* bestaande voorzienbaarheid van de schade een rol bij het bepalen van de omvang van de schade. De kans is aanzienlijk dat de voorzienbaarheid van de schade ook in dat geval leidt tot (vergaande) beperking van de omvang van de schadevergoedingsplicht.

²⁵ Zie EHRM 23 februari 1995 (Gasus Dosier- und Fördertechnik), Series A, Vol. 306-B en de onder noot 13 genoemde uitspraak van het EHRM in de zaak Pine Valley Development, waar reeds gewicht werd toegekend aan het feit dat de eigenaar een commerciële activiteit verrichtte, waaraan een zeker risico inherent is. Verder verwijs ik ook naar EHRM 18 februari 1991 (Fredin/Zweden), Serie A, Vol. 192, waar het EHRM de eigenaar voorhield dat hij met mogelijke overheidsmaatregelen rekening had moeten houden omdat zijn exploitatiemogelijkheden al langer door de overheid dreigden te worden beperkt.

²⁶ De grote ruimte die de wetgever heeft bij het behartigen van het algemeen belang, speelde bijvoorbeeld een rol in het bekende arrest van de Hoge Raad over de vraag of de formele wetgever met de Wet herstructurering varkenshouderijen kon besluiten tot korting op eerder bij wet toegekende mestproductierechten zonder toekenning van schadevergoeding (Hoge Raad 16 november 2001, AB 2002, 25). De Hoge Raad overwoog dat bij de vraag of de Wet herstructurering varkenshouderijen een wet in overeenstemming is met de *fair balance*-toets van artikel 1 lid 2 Eerste Protocol EVRM in aanmerking genomen moest worden:

“dat het in beginsel aan de wetgever is om te beoordelen welke maatregelen ter bereiking van dergelijke doelstellingen (lees: bescherming milieu) noodzakelijk en aanvaardbaar zijn en dat niet gezegd kan worden dat de wetgever met de bestreden maatregelen is getreden buiten de hem terzake toekomende “wide margin of appreciation”; dat het in beginsel niet ongerechtvaardigd is om de kosten verbonden aan maatregelen ter beperking van schade aan het milieu en andere maatschappelijke belangen voor rekening te laten van de bedrijven die die schade veroorzaken”. (R.o. 7.2)

20. Hierbij moet worden onderstreept dat de terzake door de overheid gevolgde aanpak veel gewicht in de schaal zal leggen bij een eventuele rechterlijke vaststelling van de hoogte van de schade: als de overheid publiekelijk, en in elk geval jegens EPZ, consequent vasthoudt aan het in het regeerakkoord vastgelegde standpunt (sluiting uiterlijk 2013) wordt de daarmee gegeven voorzienbaarheid gehandhaafd. Gaat de overheid zich echter publiekelijk en jegens EPZ op het standpunt stellen dat het langer openhouden zeker een optie is, dan neemt bedoelde voorzienbaarheid recht evenredig af. In het spoor daarvan zou EPZ ook nieuwe investeringen kunnen gaan doen gericht op het openblijven na 2013. Bij alsnog sluiting zullen dergelijke investeringen zonder meer als onderdeel van de geleden schade worden opgevoerd, hetgeen in dat geval niet bij voorbaat kansloos is.

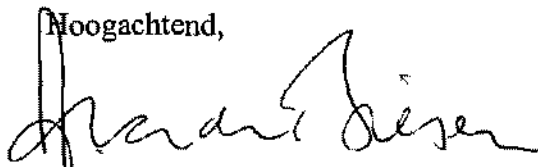
Conclusie

De beoordeling van de schadeplichtigheid van de overheid kent in het algemeen, en zeker in deze kwestie, een substantieel speculatieve kant. De onzekerheid wordt echter kleiner naarmate de overheid sneller en slagvaardiger de afspraken uit het regeerakkoord omzet in concrete daden. Hoe eerder dat gebeurt des te eerder zal EPZ de zaak aan de rechter voorleggen. Ingeval van beëindiging van de vergunning zonder de Kernenergiewet te wijzigen kan een eventueel voor de overheid negatieve afloop van zo'n procedure, op dat moment nog altijd aanleiding zijn het besluit te herzien, waardoor langs deze weg geen schade voor EPZ zal ontstaan. In dat geval kan Borssele nog altijd worden gesloten op basis van een (wellicht reeds in eerdere instantie ingezette) wijziging van de Kernenergiewet. Voordeel van sluiting langs deze weg is dat de kans dat EPZ in dat geval bij de burgerlijke rechter, en eventueel later bij het EHRM, schadevergoeding krijgt toegewezen, nog kleiner is dan wanneer de vergunning zonder wetwijziging wordt ingetrokken. Op welke manier men ook tegen deze zaak aan wil kijken, steeds geldt dat handelen op korte termijn geboden is.

Mocht u behoefte hebben aan een nadere toelichting op al het bovenstaande, dan houd ik mij daartoe beschikbaar.

Graag verneem ik uw reactie.

Noogachtend,



A.H.J. van den Biesen