

**HANDELINGEN
DER
NEDERLANDSE
JURISTEN-VERENIGING
1961**

EENENNEGENTIGSTE JAARGANG

I

**N.V. UITGEVERS-MAATSCHAPPIJ
W. E. J. TJEENK WILLINK, ZWOLLE**

INHOUD

Prae-advies van Mr F. W. B. Baron van Lynden

I. <i>Begripsbepaling</i>	1
II. <i>De huidige situatie</i>	3
a. de eigenaar	3
b. de zakelijk gerechtigden	5
c. de persoonlijk gerechtigden	7
d. samenvatting	11
III. <i>Het dubbele karakter der schadeloosstelling</i>	11
a. waardevergoeding voor de gerechtigde .	12
b. schadeloosstelling voor de gebruiker . .	12
c. de waarborg van art. 165 der Grondwet .	13
IV. <i>Vergoeding der gehele schade voor alle zakelijk gerechtigden</i>	14
a. de vruchtgebruiker, gebruiker en bewoner	14
b. de tijdelijke erfpachter en de tot opstal gerechtigde	16
c. de tot een erfdienstbaarheid gerechtigde	16
V. <i>Vergoeding der gehele schade voor alle persoonlijk gerechtigden</i>	17
a. de huurder	17
b. de bruiklener	23
c. het gebruiksvoorbehoud	24
d. de maat of firmant	24
e. de koper van oppervlakte — delfstoffen .	26
f. de onderhuurder en de onderpachter . .	26
g. de koop — optie	27
h. andere persoonlijk gerechtigden	28
i. de gebruiker krachtens gedogen	28
VI. <i>Geen schadeloosstelling voor andere belanghebbenden</i>	29
VII. <i>Bezwaren tegen uitbreiding van de kring van belanghebbenden</i>	30
a. de kosten	30

b.	het gevaar voor de eenvoud en spoed van het onteigeningsgeding	33
c.	het gevaar van samenspanning ter ver- krijging van een niet gerechtvaardigde schadeloosstelling	34
VIII.	<i>De in de onteigeningswet aan te brengen wijzigingen</i>	34
IX.	<i>Conclusie</i>	36

INHOUD

Prae-advies van Mr P. W. van Doorne

I. Volledige schadeloosstelling	39
II. Grondslag van de leer der volledige schadeloosstelling	42
III. De bestaande kring van belanghebbenden	44
IV. De rechten op schadeloosstelling binnen de bestaande kring van belanghebbenden	46
V. De schadeloosstelling binnen de bestaande kring van belanghebbenden (vervolg) De betekenis van de tijdsduur van het gebruiksrecht	49
VI. De schadeloosstelling binnen de bestaande kring van belanghebbenden (vervolg) Pachter en huurder	53
VII. Praktijkgevallen van schaden door onteigening geleden door personen die buiten de bestaande kring van belanghebbenden staan	73
A. Naamloze vennootschappen	73
B. Maat- en vennootschappen onder firma	75
C. Vruchtgebruik en blote eigendom	79
D. Huurkoop en daaraan verwante gevallen	80
E. Onderhuur	81
F. Andere gevallen	82
VIII. Conclusies	84

Dient de kring van belanghebbenden, zoals deze volgens de thans geldende regelen recht op (volledige) schadeloosstelling in geval van onteigening heeft, in het licht van de huidige maatschappelijke verhoudingen te worden gewijzigd, en zo ja, op welke wijze?

Prae-advies van Mr F. W. B. Baron van Lynden

„De bepaling van artikel 147 der Grondwet (*) heeft haren grond niet enkel in den wil van den grondwetgever, maar is het door hem erkende beginsel van regt, dat het even onbillijk is dat iemand schade lijdt ten voordeele van een ander, als dat iemand door eens anders schade wordt bevoordeeld”.

Van Lynden in de Tweede Kamer bij de behandeling van het ontwerp Onteigeningswet 1851.

I. BEGRIPSBEPALING.

Onteigening is een eigenaardige wijze van eigendoms-
overgang.

Zij bezit de normale kenmerken van eigendomsovergang: eigendomsverlies voor de onteigende en eigendomsverkrijging voor degene ten behoeve van wie onteigend wordt.

Zij bezit daarnaast het eigen kenmerk van dwangmatigheid, onvrijwilligheid, gerechtvaardigd slechts door het algemeen belang.

Zij bezit voorts twee bij artikel 165 der Grondwet gegeven waarborgen tegen nodeloze rechtskrenking: voorafgaande verklaring bij de wet, dat het algemeen nut ont-

* Thans artikel 165 der Grondwet.

eigening vordert en vooraf genoten of vooraf verzekerde schadeloosstelling.

Gezien deze eigenschappen dringt zich de vergelijking met koop en verkoop op, waarbij dan in de plaats van de prijs treedt de schadeloosstelling, te bepalen op de in het vrije verkeer te bedingen prijs, ook wel genaamd de werkelijke waarde.

De Onteigeningswet van 1851, welke nog steeds geldt, geeft steun aan deze vergelijking, waar zij in artikel 17 bepaalt, dat de onteigenende partij, alvorens tot onteigening over te gaan, tracht hetgeen onteigend moet worden bij minnelijke overeenkomst te verkrijgen.

Toch is het doel van onteigening — hoe vreemd het moge klinken — niet eigendomsverkrijging, maar verkrijging van het gebruik en wel gebruik ten algemenen nutte. Het kan zijn dat door eigendomsovergang meer rechten verkregen worden dan nodig zijn, maar evenzeer dat ondanks eigendomsovergang niet het recht tot het begeerde gebruik wordt verworven, doordat de vorige eigenaar het goed niet in volle eigendom bezat. Aan het eerste bezwaar is de wetgever eerst in 1920 tegemoet gekomen door onteigening van zakelijke rechten mogelijk te maken. Aan het laatste bezwaar is de Onteigeningswet terstond tegemoet gekomen door in artikel 59 te bepalen, dat door de overschrijving van het vonnis van onteigening de eigendom overgaat, vrij van alle lasten en rechten daarop rustende.

Hierdoor worden behalve de eigenaar, wiens goed onteigend wordt, getroffen al diegenen, die rechten op het goed konden doen gelden en wier rechten nu komen te vervallen, te weten de zakelijk gerechtigden, de huurder en de pachter. Dit zijn de zogenaamde derde belanghebbenden, aan wie in artikel 3 lid 2 het recht is toegekend in het tegen de eigenaar aangespannen onteigeningsgeding tussen te komen en aan wie krachtens het bepaalde in de artikelen 42—47 een schadeloosstelling toekomt.

Daarnaast wordt nog een categorie belanghebbenden door de onteigening getroffen, te weten degenen, die een persoonlijk recht, niet zijnde huur of pacht, met betrekking tot het onteigende hadden en dit recht, door het enkele feit der eigendomsovergang, teloor zien gaan. Zij ontvangen generlei schadeloosstelling.

De eigenaar, de zakelijk gerechtigden en de persoonlijk gerechtigden tezamen met hen, die indirect schade lijden als gevolg der onteigening, vormen de belanghebbenden in de ruimste zin.

II. DE HUIDIGE SITUATIE.

De vraag of meer van deze belanghebbenden in aanmerking behoren te komen voor een (volledige) schadeloosstelling dan thans het geval is, kan niet beantwoord worden zonder eerst na te gaan hoe de situatie te dien aanzien thans is en waarom zij zo is geworden.

De huidige situatie is als volgt:

een volledige schadeloosstelling ontvangen: de eigenaar, de mede-eigenaar, de bekleemde meier, de eeuwigdurende erfpachter, de tot een grondrente en de tot een erfdienstbaarheid gerechtigden, de bezitter en de pachter;

een onvolledige schadeloosstelling ontvangen: de vruchtgebruiker, de zakelijk gerechtigden tot gebruik en tot bewoning, de gerechtigden tot een tijdelijke erfpacht en tot een recht van opstal, alsmede de huurder;

in het geheel geen schadeloosstelling ontvangen: de persoonlijk gerechtigden, met uitzondering van de pachter en de huurder.

Afzonderlijk staat de hypotheekhouder, die geen recht op schadevergoeding heeft, maar zijn recht uitoefent op de schadeloosstelling, welke de onteigende ontvangt.

De verwachter van een met fideïcommis belast goed is moeilijk te rangschikken. Betreft het een fideïcommis de residuo, dan brengt de onteigening de verwachter, door de inschrijving van de aan de onteigende toegekende schadeloosstelling in een der grootboeken, waarschijnlijk voordeel.

a. *De eigenaar.*

In de Onteigeningswet is het recht van de eigenaar op volledige schadeloosstelling, zoals dit thans geldt, niet te vinden; het was ook niet de bedoeling van de wetgever en paste niet in het systeem der wet.

De Onteigeningswet bevat omtrent de omvang der aan

de eigenaar toekomstende schadeloosstelling slechts twee voorschriften: artikel 40, bepalende dat alleen de werkelijke waarde van het onteigende, niet de denkbeeldige in aanmerking komt, en artikel 41, bepalende dat bij de berekening der schadeloosstelling acht wordt gegeven op de mindere waarde, welke voor het niet onteigende het noodzakelijk gevolg van de onteigening is.

De wetgever was van mening, dat de eigenaar niet meer toekomt, omdat de eigenaar met vergoeding van deze beide schadefactoren wederom in dezelfde vermogenspositie wordt gebracht, als waarin hij voor de onteigening verkeerde. De bij vrijwillige verkoop te bedingen prijs wordt hem immers als de werkelijke waarde vergoed, benevens de schade, gelegen in de omstandigheid, dat hem slechts een deel van zijn eigendom wordt ontnomen en de waarde van het geheel hoger is dan de som van de waarde van het onteigende gedeelte en van het overblijvende gedeelte afzonderlijk.

Ook realiseerde de wetgever zich, dat de waarde van het onteigende gedrukt wordt, wanneer er een zakelijk recht op rust. Omtrent het zakelijke recht zegt de Memorie van Toelichting op de Onteigeningswet van 1851: „Dit is, als het ware, een deel van het regt van eigendom aan den eigenaar ontzegd of door dezen aan anderen afgestaan. De schadeloosstelling moet dus slechts ééne zijn, naar gelang van de rede, waarin de waarde van het zakelijk regt tot dat van den daardoor beperkten eigenaar staat, te berekenen”. Zo bepalen dan ook de artikelen 43 tot en met 46, dat de zakelijk gerechtigden de hun toekomstende vergoeding ontvangen uit de aan de onteigende toegekende som.

In dit logische en duidelijke systeem past een vergoeding van persoonlijke schade, van schade welke de eigenaar lijdt als gevolg van het feit dat hij door de onteigening zijn bedrijf niet meer, of alleen ten koste van extra uitgaven en verliezen kan voortzetten, niet.¹

Toch overwoog de Hoge Raad in 1864², dat bij de Onteigeningswet kennelijk (!) is aangenomen het beginsel ener volledige schadevergoeding voor alles wat een recht-

¹ Mr W. Thorbecke: Stelsel en toepassing der Onteigeningswet”, 1880, blz. 192 e.v.

² H.R. 7 maart 1864 W 2569 en H.R. 23 december 1864 W 2652.

streeks en noodzakelijk gevolg der onteigening is. Omtrent de artikelen 40 en 41 overwoog de Hoge Raad, dat deze artikelen wel bevatten regels, doch niet de enige, die alleen en uitsluitend de rechter bij de waardering moeten leiden, zich voor deze ruime leer beroepende op het onteigeningsartikel der Grondwet.³ Aan deze interpretatie heeft de Hoge Raad sedertdien onveranderd vastgehouden en het beginsel der volledige schadevergoeding is hiermede geworden tot een hecht fundament, waarop de gehele verdere uitbouw van het recht op schadevergoeding bij onteigening is gestoeld.

Waar de Grondwet slechts spreekt van vooraf genoten of vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander volgens de bepalingen der wet⁴ en de Onteigeningswet als gezegd schadeloosstelling opvat in de beperkte betekenis van vergoeding der ontnomen waarde, is het begrijpelijk, dat de ruime leer steeds weer — zij het zonder succes — is aangevallen en bestreden.

Zo pleitte nog in 1953 Lam⁵ voor een hard vonnis in overeenstemming met het wettelijk systeem van beperkte schadeloosstelling, in de hoop dat de wetgever nu eindelijk een ruimer schadevergoedingsrecht zou erkennen en daarbij tevens de rechten van andere categorieën van onteigeningsslachtoffers, die in vergelijking met de eigenaar er sedert 1864 wel erg bekaaid afkomen, zou herzien.

b. De zakelijk gerechtigden.

Hoewel aan de zakelijk gerechtigden als schadevergoeding bij de wet slechts is toegekend een deel van de aan de onteigende toegekende som, overeenkomend met de waarde van hun recht, heeft de Hoge Raad, voorzover de wet

³ A. G. Lubbers: „De berekening der schadeloosstelling in de onteigeningsprocedure” Prft. Amsterdam 1919, blz. 8, noemt het eerste argument terecht een *petitio principii* en het tweede argument een overbodige, of wel niet geoorloofde toetsing van de wet aan de Grondwet.

⁴ Het in 1851 geldende artikel 147 der Grondwet, voorzover hier van belang, luidde: „Niemand kan van zijn eigendom worden ontzet, dan ten algemeenen nutte en tegen voorafgaande schadeloosstelling. De wet verklaart vooraf dat het algemeen nut de onteigening vordert”.

⁵ Mr W. F. J. Lam: „Onteigening tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling”. N.J.B. 1953, blz. 793.

zulks niet absoluut onmogelijk maakte, ook voor de zakelijk gerechtigden een recht op volledige schadeloosstelling erkend.

Uitgedaagd door de zeer principiële en op de wet ge-gronde bestrijding van het recht op volledige schadeloosstelling voor de zakelijk gerechtigden, voorgedragen door W. A. Telders in de zaak H.Y.S.M./Gemeente Amsterdam en Koppe en uitvoerig weergegeven in de conclusie van de P.G. Noyon, besliste de Hoge Raad in 1918,⁶ dat, wat voor de eigendom als het recht, dat de meest volledige heerschappij over een zaak geeft, geldt, ook voor de zakelijke rechten moet gelden, daar de stelling, dat de grondwettelijke waarborg, dat niemand van zijn eigendom kan worden ontzet dan tegen volledige schadeloosstelling, alleen voor de eigenaar geldt, geen steun vindt, noch in de geschiedenis, noch in de rede dier bepaling. De Hoge Raad voegde daar nog aan toe, dat dit ook de opvatting van de Onteigeningswet is geweest, daar zij bij een procedure tot onteigening van een perceel niet alleen de schadeloosstelling aan de eigenaar toe te kennen heeft geregeld, maar ook die van de rechthebbenden op zakelijke rechten heeft verzekerd, waartegen niet afdoet, dat die rechten niet worden onteigend in die zin, dat zij op de onteigenaar overgaan, doch slechts door de onteigening te niet gaan. Deze laatste zinsnede sloeg op het verweer, dat de wet afzonderlijke onteigening van zakelijke rechten niet kent, een verweer dat inmiddels achterhaald is door de wetswijziging van 1920.

Trok de Hoge Raad hiermede, binnen de muren van de steeds meer verouderende Onteigeningswet, op het in 1864 gelegde fundament zijn paleis der volledige schadeloosstelling verder op, toch bleek zulks op bepaalde punten onmogelijk, doordat bestaande plafonds nog te hecht waren om doorbroken te worden.

Bij het hierboven geciteerde arrest van 1918⁶ erkende de Hoge Raad het recht op bedrijfsschade voor de gerechtigde tot een tijdelijke erfpacht, maar in 1924,⁷ toen het over een recht van opstal ging, voor welk recht krachtens het bepaalde in artikel 47 lid 2 de schadevergoeding

⁶ H.R. 13 september 1918, N.J. 1918, blz. 1020.

⁷ H.R., 8 oktober 1924, N.J. 1924 blz. 1098.

op gelijke voet wordt bepaald als voor een tijdelijke erfpacht, besliste de Hoge Raad, dat de verwachting van verlenging of vernieuwing van het recht ten onrechte door de rechtbank als schadefactor was beschouwd, omdat artikel 47 eng geïnterpreteerd moest worden.

De door de wet gegeven regeling van de vergoeding, toekomend aan de vruchtgebruiker, verzet zich tegen toekenning van bedrijfsschade, waar artikel 45 bepaalt, dat de vruchtgebruiker slechts aanspraak heeft op de interessen van de aan de onteigende als schadeloosstelling toegekende som.⁸

Merkwaardig is daarnaast een in 1949 gewezen arrest,⁹ waarbij de bezitter — in casu een koper van onroerend goed, die verzuimd had de transport-akte te doen overschrijven in de registers — door de Hoge Raad werd erkend als een zakelijk gerechtigde, aan wie volledige schadeloosstelling toekomt. De Hoge Raad overwoog daarbij dat hieraan niet in de weg staat, dat het recht van bezit niet behoort tot de zakelijke rechten, waarvoor in de artikelen 43 tot en met 47 bijzondere regelingen zijn getroffen, noch dat de Onteigeningswet niet uitdrukkelijk bedrijfsschade als factor van schadeloosstelling noemt. De P.G. Berger betoogde zelfs in zijn conclusie, dat ook de bezitter te kwader trouw, gezien zijn recht op de vruchten, recht op bedrijfsschade zou hebben.

In 1935 evenwel besliste de Hoge Raad nog,¹⁰ dat een eigenaar, aan wie eerst na de ter visielegging de eigendom was overgedragen, hoewel hij voordien reeds bezitter was, geen recht op bedrijfsschade heeft.

De onbillijkheid van de thans ontstane toestand, waarbij de ruime leer is aanvaard, maar de door de wet voor alle zakelijk gerechtigden bedoelde enge leer nog voor enkelen wordt gehandhaafd, is wel evident.

c. De persoonlijk gerechtigden.

Nog sprekender dan de ongelijke rechtsbehandeling van de zakelijk gerechtigden is die van de persoonlijk gerechtigden. De toestand is daar aldus geworden, dat de pach-

⁸ Rb. Maastricht, 9 juli 1936, N.J. 1937 no. 83.

⁹ H.R., 19 oktober 1949, N.J. 1950 no. 3 met noot Ph. A. N. H.

¹⁰ H.R., 6 november 1935, N.J. 1936 no. 445 met noot E.M.M.

ter volledige schadeloosstelling ontvangt — bij de pachter wordt zelfs rekening gehouden met de te verwachten verlenging van zijn recht, hetgeen bij de erfpachter niet het geval is —, dat de huurder een bedrag, gelijk aan de huurprijs van één of twee jaren ontvangt, dan wel de in de laatste twee jaren aan het goed bestede onkosten, en dat de overige persoonlijk tot het gebruik van het goed gerechtigden in het geheel geen schadevergoeding ontvangen.

In de enge leer past een vergoeding aan de persoonlijk gerechtigden in het geheel niet. Bij de verdeling van de werkelijke waarde van het onteigende goed tussen de eigenaar enerzijds en de zakelijk gerechtigden anderzijds schiet voor hen niets over. Daarom is de vergoeding voor de huurder — de huurder was de enige persoonlijk gerechtigde, die de Onteigeningswet van 1851 kende en erkende en aan wie zij een recht op schadeloosstelling toekende — beschouwd als een schadeloosstelling, welke naast en los van de schadeloosstelling voor de eigenaar staat.¹¹

De mogelijkheid bestaat, dat men de huur als een met een zakelijk recht vergelijkbaar recht heeft gezien in verband met de werking van de regel: koop breekt geen huur. Onteigening met koop vergelijkend zou het dan billijk zijn de huurder, wiens recht bij koop niet en bij onteigening wel vervalt, schadeloos te stellen. Toch blijkt hiervan niet en heeft reeds de wetgever van 1851 het persoonlijke gebruiksrecht van de huurder los van de eigendom en de deze eigendom beperkende zakelijke rechten gezien.¹²

De bepaling van de schadeloosstelling op een bedrag gelijk aan de huurprijs van één of twee jaren, al naar gelang de huur nog minder of meer dan één jaar moest duren, werd in 1851 als een billijke oplossing beschouwd,

¹¹ Thorbecke t.a.p. blz. 238.

¹² De Memorie van Toelichting zegt in § 7: „Bij onteigening van onligchamelijke zaken is er een groot verschil, of de onteigening een zakelijk regt, dan wel dat van huur betreft. Wanneer de grond onteigend wordt, die aan iemand verhuurd is, wordt er eene dubbele schade geleden; de verhuurder verliest zijnen grond en daarmee de bron van inkomst, welke hij in de huurprijs had; de huurder verliest zijn genot. Tweederlei schadeloosstellingen moeten dus hier worden bepaald: eene voor den verhuurder en eene voor den huurder, beide door de onteigene partij te betalen”.

welke bovendien de rechtszekerheid bevorderde.¹³ Onbegrijpelijk is het evenwel, dat dit toentertijd als billijk gemiddelde beschouwde bedrag in de loop der sedertdien verstreken 110 jaren nooit is aangepast aan de gewijzigde omstandigheden.

Eén zeer belangrijke wijziging deed zich inmiddels wel voor. Ten aanzien van de als pacht aangemerkte huur van een hoeve of van los land werd in artikel 88 van het Pachtbesluit, daterend van 1941, bepaald, dat in afwijking van het bepaalde in artikel 42 lid 1 en 2 der Onteigeningswet de pachter, wiens pacht nog één of meer jaren moet duren, recht heeft op volledige schadeloosstelling. Bij de invoering van de Pachtwet in 1958, waarmede het Pachtbesluit kwam te vervallen, werd aan de Onteigeningswet een nieuw artikel 42a toegevoegd, waarbij de pachter, ongeacht hoelang zijn pacht nog duren zal, recht op schadeloosstelling wordt toegekend en bovendien met de mogelijkheid van verlenging der pacht rekening wordt gehouden.

Hiermede heeft de pachter met zijn hink-stap-sprong de eindstreep bereikt, terwijl de huurder nog steeds op één been hinkt, op de hem in 1851 aangewezen plaats. Aan de overige persoonlijk rechthebbenden op de zaak is de wetgever van 1851 welbewust voorbijgegaan.¹⁴ Waar de wet in artikel 3 lid 2 de tot interventie gerechtigde derde belanghebbenden limitatief opsomt, en daarbij uitsluitend

¹³ De Memorie van Toelichting zegt daaromtrent in § 7: „Voor de schadeloosstelling aan den huurder te geven, schijnt bij de wet een regel gesteld te moeten worden. Want wanneer dit niet gebeurt, zal de stuitendste ongelijkheid het gevolg van de beslissing der deskundigen zijn, daar hier veel minder dan bij de bepaling der waarde van den eigendom vaste regels zich van zelf aanbieden”. Lubbers, t.a.p. blz. 126 merkt hieromtrent op: „dat thans in plaats van de stuitendste ongelijkheid de stuitendste gelijkheid is getreden”.

¹⁴ In het verslag van de commissie van rapporteurs (Bijlagen Handelingen 2e Kamer 1850/51 blz. 496) wordt de regering aangaande de in artikel 3 gegeven opsomming van derde belanghebbenden gevraagd:

„Maar is de daar voorkomende bepaling exclusief, zoodat zij, die geen zakelijk recht op het goed, maar alleen een meer verwijderd belang hebben, niet tusschenbeide kunnen komen?”.

Minister Thorbecke antwoordt daarop: „De omschrijving van derde belanghebbenden is wel degelijk exclusief. Op hen, die meer verwijderde belangen zouden kunnen doen gelden, kan de wet geen acht slaan.”

noemt de huurders en hen, die zakelijke rechten op het goed hebben, kunnen de persoonlijk gerechtigden in het proces niet tussen komen, kent de rechter hen niet en zwijgt mitsdien de jurisprudentie over hen. Het is de vergeten groep der stille armen; het zijn de „displaced persons”, die niet als zodanig zijn geregistreerd en wier bestaan in onze geordende rechtsstaat mitsdien niet wordt erkend.

De rechtspositie van degenen, die een persoonlijk gebruiksrecht hebben met betrekking tot de zaak welke onteigend wordt, is fundamenteel verschillend van die der zakelijk gerechtigden. Verliezen de laatstgenoemden hun recht niet door de eigendomsovergang, maar door het in artikel 59 bepaalde verval van hun rechten, de eerstgenoemden verliezen hun recht wel door het enkele feit der eigendomsovergang.

Zij kunnen zich bij vrijwillige eigendomsoverdracht echter wenden tot degene, die hen het persoonlijk gebruiksrecht heeft verleend. Komt deze zijn verplichting tot het verschaffen van het rustig genot niet na, dan heeft de gerechtigde een actie tot schadevergoeding wegens wanprestatie. Bij onteigening zal dit echter niet baten, want de onteigende kan zich met recht op overmacht beroepen. De onteigende zaak is een ten publieken nutte bestemde zaak geworden en mitsdien een zaak buiten de handel, welke niet meer het onderwerp van een overeenkomst kan uitmaken (art. 1368 B.W.).¹⁵ Hier is echter niet overmacht in de vorm van natuurgeweld, een Act of God, waarvan degene die het treft het risico draagt, tenzij anders is overeengekomen, maar hier is het de overheid, die wel-bewust de zaak aan de handel onttrekt en de contractueel tot gebruik van de zaak gerechtigde door de onteigening zowel zijn gebruik als zijn verhaalsrecht ontnemt. De billijkheid, welke ten grondslag ligt aan het recht op schadeloosstelling van de eigenaar en de zakelijk gerechtigden, gebiedt derhalve evenzeer de persoonlijk gerechtigden schadeloos te stellen.

¹⁵ Zie Meyers „Publiek domein en zaken buiten den handel” in *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, deel II, blz. 105 e.v.

Zie voorts hieronder sub Vc en de aldaar in noot 28 genoemde rechterlijke uitspraken.

Ontnam de Onteigeningswet van 1851 de persoonlijk gerechtigden, met uitzondering van de huurders, het recht om in het geding tussen te komen en schadevergoeding te vorderen, de eerste nederlandse onteigeningswet, daterend van 1841 en vervangend de tot dan toe geldende franse wetten van 1807 en 1810, deed dit niet. Artikel 13 daarvan bepaalde: „In geval er derden mogten zijn, die belang in de zaak hebben, zullen deze, des goedvindende, hun belang op gelijke wijze als de eigenaar van de grond, kunnen doen gelden, hetwelk alsdan ook op dezelfde wijze zal worden geregeld”.

d. *Samenvatting.*

Uit het voorgaande blijkt, dat de huidige situatie te vergelijken is met de op één na laatste phase bij de herbouw van een huis. Over enkele jaren zal het honderd jaren geleden zijn dat de Hoge Raad zijn moeizame arbeid van binnenuit begon, sedertdien slechts éénmaal door de wetgever geholpen en wel aan een moderne vleugel voor de pachter. Alle mogelijkheden binnenshuis zijn uitgeput. Alleen het wegbreken van de oude plafonds van de artikelen 42, 44 en 45 kan de huurder, de vruchtgebruiker, de gebruiker en de bewoner, alsmede de erfpachter en de tot opstal gerechtigde de volledige schadeloosstelling brengen, welke behalve de eigenaar de overige zakelijk gerechtigden en de pachter reeds hebben verworven, terwijl slechts doorbreking van de oude muur van artikel 3 lid 2 en aanbouw van een tweede nieuwe vleugel de mogelijkheid kan brengen de nog steeds buiten gesloten ontheemden, te weten de persoonlijk gerechtigden, een gelijke behandeling als de andere, door onteigening verdrevenen te beurt te doen vallen.

Is dit alles liefdadigheid? Heeft eigenlijk alleen de eigenaar recht op schadeloosstelling en dan alleen op de waarde van het hem ontnomen goed, waaruit de zakelijk gerechtigden, naar verhouding van hun rechten, mededelen?

III. HET DUBBELE KARAKTER DER SCHADELOOSSTELLING.

Naar de mening van de schrijver heeft de geleidelijkheid der metamorphose en het oude omhulsel tot nu toe

steeds belet te onderkennen wat het ware karakter der schadeloosstelling is. Bij nadere beschouwing blijkt de schadeloosstelling te bestaan uit twee ongelijksoortige componenten: de waarde van het onteigende en de schade van de gebruiker.

a. *Waardevergoeding voor de gerechtigde.*

De waarde van het onteigende komt toe aan de eigenaar en de eventuele zakelijk gerechtigden. De waarde ontleent het goed niet aan het gebruik, dat daarvan wordt gemaakt, maar aan de gebruiksmogelijkheden.

Als grond geschikt is voor bouwgrond en aan deze gebruiksmogelijkheid haar hoogste waarde ontleent, is het van geen belang of de grond braak ligt, dan wel voor agrarische of voor andere doeleinden gebruikt wordt.

Wel is het voor de waarde van de grond van belang of een derde gebruiksrechten daarop heeft. Hierdoor wordt veelal de werkelijke waarde, d.w.z. het hoogste bedrag, waarvoor de grond in het vrije verkeer verkocht kan worden, gedrukt. Deze rechten beperken het gebruik, dat de nieuwe eigenaar van de grond kan maken. Dit geldt zowel voor de zakelijke rechten, gelijk hiervoren is besproken, als voor de persoonlijke rechten. Een verpacht land b.v. is minder waard dan een onverpacht land. Dit laatste wordt bij onteigening dikwijls over het hoofd gezien, maar ook wel erkend.¹⁶

Voegt men bij de werkelijke waarde van het onteigende de waardevermindering van het overblijvende, dan heeft men alles waarop de eigenaar als zodanig recht heeft bij onteigening.

b. *Schadevergoeding voor de gebruiker.*

Van geheel andere aard is de tweede component: de schade van de gebruiker.

In de aanvang van dit betoog wees de schrijver er reeds

¹⁶ Rb. Groningen 19 december 1958 N.J. 1960 no. 245 en H.R. 25 november 1959, N.J. 1960 no. 1061.

Hetzelfde geldt bij huur. Een verhuurd pand is minder waard dan een onverhuurd pand. Het verschil in waarde vormt de zgn. premie voor vrije oplevering.

Alleen wanneer er van geen schaarste meer sprake zou zijn en de huur op een zodanig niveau zou liggen, dat deze overeenkomt met het maximale rendement, dat de eigenaar van zijn pand kan maken, zou de huur de waarde niet meer drukken.

op, dat het degene ten behoeve van wie onteigend wordt er niet in de eerste plaats om te doen is de eigendom te verwerven, maar om het gebruik te verkrijgen van het goed; het doel van onteigening is gebruik ten algemenen nutte. Degene, die het goed gebruikt, ongeacht of dit de eigenaar, een zakelijk gerechtigde of een persoonlijk gerechtigde is, wordt dit gebruik in het algemeen belang ontnomen. Hierdoor wordt de gebruiker grote schade berokkend. Het is nu deze persoonlijke schade, voornamelijk bestaande uit bedrijfsschade, welke de onteigenende partij zal moeten vergoeden, omdat het haar niet te doen is om een financieel voordeel, maar om het gebruik en omdat de gebruiker, die toevallig getroffen wordt, niet ook nog de financiële lasten behoeft te dragen van datgene, wat in het algemeen belang geschiedt en waaraan hij als belastingbetaler reeds naar draagkracht bijdraagt. Wat dus bij de eigenaar-gebruiker als volledige schadeloosstelling wordt aangemerkt, is de som van twee verschillende vergoedingen, welke dezelfde persoon, in twee verschillende hoedanigheden door de onteigening getroffen, ontvangt.

De wetgever van 1851 kende dit onderscheid nog niet en zag als schade geleden door de eigenaar en de zakelijk gerechtigden alleen de hen ontnomen waarde. Wel zag de wetgever naast de eigenaar de afzonderlijke gebruiker, met name de huurder en stelde deze ook afzonderlijk schadeloos voor het verlies van het gebruik.

De Hoge Raad onderscheidt wel de bedrijfsschade van de waarde.¹⁷ Het keurslijf der Wet laat echter — behoudens ten aanzien van de huurder en de pachter — niet toe de aan gebruikers als zodanig toekomende bedrijfsschade anders toe te kennen dan gekoppeld aan de waardevergoeding.

c. De waarborg van artikel 165 der Grondwet.

Naar de stellige overtuiging van de schrijver is mitsdien onjuist de enge interpretatie door de wetgever van 1851 — niet die van 1841 — aan het begrip schadeloosstelling in de Grondwet gegeven.

Ter uitvoering van Artikel 165 der Grondwet, bij onteigening schadeloosstelling voorschrijvende, behoort de Onteigeningswet te waarborgen:

¹⁷ Zie b.v. H.R. 14 oktober 1942, N.J. 1942 no. 807.

1. aan de eigenaar en de zakelijk gerechtigden vergoeding van de hun ontnomen waarde;
2. aan de rechtmatige gebruikers vergoeding van de hun toegebrachte schade.

De onbillijkheden en de ongelijkheid van behandeling, welke ons huidige stelsel kenmerken, vloeien voort uit miskenning van dit grondwettelijke recht op schadevergoeding naast waardevergoeding.

Erkenning van dit recht leidt tot toekenning van vergoeding der gehele schade niet slechts aan de eigenaar en een gedeelte der zakelijk gerechtigden, maar aan al degenen, die een zakelijk of persoonlijk recht hebben op het onteigende.¹⁸

IV. VERGOEDING DER GEHELE SCHADE VOOR ALLE ZAKELIJK GERECHTIGDEN.

a. *De vruchtgebruiker, gebruiker en bewoner.*

De bewoording van artikel 45 maakt het de rechter nog steeds onmogelijk aan de vruchtgebruiker de werkelijke schade te vergoeden, welke thans wel wordt vergoed aan die zakelijk gerechtigden, voor wie de tekst der wet geen belemmering vormt.

De Memorie van Toelichting motiveerde de bepaling van artikel 45 door te stellen, dat de zaak bij vruchtgebruik gemakkelijk wordt gevonden, doordat de als schadevergoeding toegewezen geldsom in de plaats treedt van het voorwerp dier rechten.

Al treedt de toegewezen geldsom in de plaats van het voorwerp der rechten, dus van de grond, de vruchten dezer geldsom treden geenszins in de plaats van de vruchten, welke de grond voortbrengt. Deze vruchten, welke de vruchtgebruiker als gevolg van de onteigening moet ontberen, zijn het resultaat van kapitaal en arbeid, niet van kapitaal alleen. De grond stelt de vruchtgebruiker in

¹⁸ In gelijke zin Mr J. H. Jonckers Nieboer: „Bijdrage tot een herziening van het Nederlandsche Onteigeningsrecht”, die in artikel 67 van zijn ontwerp, behalve aan de eigenaar, schadeloosstelling toekent aan „de personen, die door de onteigening van een niet aan hen toebehoorende zaak een zakelijk recht geheel of gedeeltelijk verliezen of in de uitoefening van een persoonlijk recht, op die zaak betrekking hebbende, gestoord worden”. Aldus ook Lubbers t.a.p. blz. 125.

staat met zijn werkkraft en vakkennis een bedrijf uit te oefenen.

Het is mitsdien met de vruchtgebruiker juist zo gesteld als met de eigenaar-gebruiker. Ofwel hij kan zijn bedrijf elders voortzetten, ofwel hij moet zijn bedrijf liquideren.¹⁹

In het eerste geval dient hij schadeloos gesteld te worden op de bij verplaatsing van bedrijven gebruikelijke wijze, hetgeen o.m. betekent vergoeding van verhuiskosten, wederinrichtingskosten, stagnatieschade, verhoogde bedrijfskosten en verminderde opbrengsten.

In het tweede geval betekent dit vergoeding van de gekapitaliseerde netto bedrijfswinst, rekening houdend met de vermoedelijke duur van het recht van vruchtgebruik, verminderd met een bedrag voor vrijkomende, elders nuttig te besteden arbeid en vermeerderd met de belasting-schade, welke het gevolg is van het feit, dat de vruchtgebruiker nu in één jaar en in één bedrag ontvangt, wat hij anders in de loop van een reeks jaren ontvangen zou hebben.

Bij de berekening dezer schade moet uiteraard rekening gehouden worden met de als waardevergoeding door de vruchtgebruiker ontvangen interessen, zoals bij de berekening der bedrijfsschade, geleden door de eigenaar-gebruiker, geschiedt met de rente van het vrijkomend kapitaal. Terecht wijst Mr Nora Schadee in haar artikel, getiteld „Onvoldoende schadeloosstelling bij onteigeningen” N.J.B. 1954, blz. 231 op de grove onbillijkheid van het thans voor de vruchtgebruikers nog vigerende stelsel, waar het recht van vruchtgebruik in de meeste gevallen zijn oorsprong vindt in familieverbanden. Ouders, die hun kinderen grond in levenslang vruchtgebruik hebben gegeven om aan hen bestaanszekerheid te verschaffen, moeten ondervinden hoe deze kinderen in tegenstelling tot pachters geen bedrijfsschade ontvangen. Kinderen moeten ervaren, hoe hun ouders de van hen in vruchtgebruik gehouden woning moeten ontruimen zonder verdere vergoeding dan de rente van de onteigeningsvergoeding, ook al is deze verre ontoereikend voor onderdak elders, terwijl hen de verhuiskosten niet worden vergoed.

¹⁹ De Hoge Raad onderscheidt zelfs drie methoden van berekening der bedrijfsschade: voortzetting, gedeeltelijke voortzetting en staking van het bedrijf, zie H.R. 14 oktober 1942, N.J. 1942, no. 805.

In de gevallen, waarin de grond, vanwege haar geschiktheid voor andere doeleinden, dan die waarvoor de vruchtgebruiker deze gebruikt, een hogere waarde heeft, doet zich in het stelsel van artikel 45 de merkwaardigheid voor, dat dit voordeel gedurende de tijd, dat het vruchtgebruik nog geduurd zou hebben, aan de vruchtgebruiker toekomt.

Zulks heeft de wetgever van 1851 niet voorzien, omdat destijds de waarde van de grond geacht werd rechtstreeks samen te hangen met het gebruik, dat daarvan gemaakt werd.

Degenen, die een zakelijk recht van gebruik of bewoning op het onteigende hadden, worden blijkens het gestelde in artikel 45 lid 2 op gelijke wijze behandeld als de vruchtgebruiker en op hen is het ten aanzien van de vruchtgebruiker gestelde dan ook van overeenkomstige toepassing.

b. De tijdelijke erfpachter en de tot opstal gerechtigde.

Artikel 47 houdt geen belemmering in voor het toekennen van bedrijfsschade aan de tijdelijke erfpachter en de tot opstal gerechtigde, maar het artikel bepaalt wel, dat bij de begroting der vergoeding gelet moet worden op de tijd, die het recht waarschijnlijk nog zou hebben geduurd. De Hoge Raad legde dit in 1924⁷ eng uit, en besliste dat alleen op de nog resterende duur mag worden gelet. (zie art. 765, 4e B.W.)

Gezien de rekbare bepaling en het gestelde in artikel 779 B.W. komt een zodanige beslissing allerm minst noodzakelijk voor.

Wat dit betreft staat de erfpachter ten achter bij de pachter, voor wie artikel 42a in het daargenoemde, zich meestal voordoende geval voorschrijft, dat met de mogelijkheid van verlenging rekening gehouden wordt.

Het is derhalve gewenst dat de door de Hoge Raad als belemmering gevoelde bepaling in artikel 47 wordt weggenomen.

c. De tot een erfdiens tbaarheid gerechtigde.

Lubbers wijst er in zijn proefschrift³ op, dat de meerwaarde, welke het heersend erf aan de erfdiens tbaarheid

ontleent, geenszins overeenkomt met de minderwaarde, welke deze erfdienstbaarheid voor het lijdend erf betekent. Als voorbeelden geeft hij een recht van licht of van uitweg, dat voor het heersend erf van uitnemend belang, maar voor het lijdend erf een niet noemenswaardige last kan zijn en een servituut „*altius non tollendi*”, dat voor het heersende erf van geen betekenis kan zijn, doch een rationeel gebruik van het lijdend erf kan belemmeren. De waardedrukkende werking van het servituut, welke bij de bepaling van de waarde van de eigendom in aanmerking moet worden genomen, kan dus sterk afwijken van de waarde van het servituut, welke aan de daartoe gerechtigde eigenaar van het heersend erf moet worden toegeschat.

V. VERGOEDING DER GEHELE SCHADE VOOR ALLE PERSOONLIJK GERECHTIGDEN.

a. *De huurder.*

De contractuele gebruiker van onroerend goed bij uitstek is de huurder. Alleen de bepaalde tijd en de bepaalde prijs onderscheidt de overeenkomst van huur en verhuur van andere contractuele gebruiksrechten. Waar een eigenaar er niet dan in zeer speciale omstandigheden toe zal overgaan het hem toekomend gebruiksrecht bij overeenkomst af te staan voor onbepaalde tijd of om niet, zijn de meeste niet zakelijk gerechtigde gebruikers huurder.

Dit overgrote deel der persoonlijk gerechtigden heeft steeds recht op schadeloosstelling bij onteigening gehad, zij het een geobjectiveerde schadeloosstelling van één, respectievelijk twee jaren huur, welke in 1851 billijk werd geacht.²⁰ Onbegrijpelijk is dit niet. Van huur- of pachtbescherming, zoals wij die thans kennen, was toen nog geen sprake. Verhuring van huizen geschiedde destijds, gelijk ook thans nog veelal, per week of per maand, dan

²⁰ Naar aanleiding van de opmerking in het verslag van de commissie van rapporteurs, dat, vooral als het bouwland geldt, de onteigenende partij dikwerf meer zou bekomen, dan zij betaald heeft, werd als alternatief opgenomen: de waarde der te velde staande vruchten, danwel wanneer de huurtijd nog één of meer jaren moet duren: de onkosten, welke de huurder aantoonde gedurende de laatste twee jaren aan het goed te hebben besteed.

wel voor onbepaalde tijd met een opzegtermijn van een week of een maand.

Bovendien werpt een onteigening, ondanks het karakter van spoed, haar schaduw vooruit en is met de administratieve voorbereiding, de minnelijke voorfase, en de eigenlijke procedure geruime tijd gemoeid, zodat de huur niet onverwacht of plotseling beëindigd wordt. Vergeleken met normale huurbeëindiging, waarbij aan de huurder niets vergoed hoeft te worden, was de regeling niet onredelijk. Alleen voor hem, die een lange huur bedongen had, was de regeling onbevredigend. Ook dit viel mee in een nog niet overbevolkt land, waar vervanging meestal mogelijk was.

Voor bedrijven kon dit vanwege de kosten van verhuizing en wederinrichting een aanmerkelijke schadepost betekenen, doch de omstandigheid dat toentertijd de bedrijven meer arbeidsintensief dan kapitaalintensief waren, maakte dat ook deze schade beperkt bleef. Geheel anders is de situatie thans.

Ten aanzien van de huur van grond voor agrarische doeleinden, dus van pacht, werd zulks inmiddels ingezien. De vrijwel absolute onmogelijkheid vervangend pachtland te vinden, gevoegd bij de versterkte rechtsbescherming van de pachter, deed de voor de pachter bij onteigening geleden schade verveelvoudigen, vergeleken bij vroeger. De intensivering en specialisering in de land- en tuinbouw deed de schade buitendien zeer verschillend zijn. Zowel de omvang als het geobjectiveerde, gefixeerde karakter der schadeloosstelling, voorzien in artikel 42, maakten aanpassing noodzakelijk. De thans in artikel 42a vervatte regeling, houdende vergoeding der werkelijk geleden schade was daarop het juiste antwoord.²¹

Ten aanzien van de huur in enge zin is de toestand vrijwel even radicaal veranderd als ten aanzien van de pacht, doch generlei aanpassing vond plaats. De wettelijke huurbescherming, zij het als noodmaatregel bedoeld, versterkte de rechtspositie van de huurder. De schaarste aan woonruimte en de sterk gestegen bouwkosten, gevoegd bij de

²¹ Een volledige vergoeding van bedrijfsschade ontvangt de pachter alleen als zodanig zie H.R. 24 juni 1959, N.J. 1959 no. 601: als slijter van melk van de fabriek ontvangt hij geen schadevergoeding.

naoorlogse politiek van huurprijsbeheersing en langzame aanpassing van het huurpeil der oude woningen aan dat der nieuwe woningen, deed voor de huurder van een woning de schade bij ontruiming tengevolge van onteigening toenemen.

Schrikbarend steeg evenwel de schade, geleden door de huurder van een bedrijfspand. De kosten van een vervangend huurpand zijn dikwijls een veelvoud van de oude kosten, zodat of het bedrijf niet meer rendabel is en geliquideerd moet worden, of de winst blijvend, dan wel gedurende een aantal jaren, sterk vermindert. De kosten van verhuizing en vooral van wederinrichting zijn door de ver doorgevoerde mechanisatie en specialisatie, welke veelal kostbare verbouwingen en aanpassingen op eigen kosten van de huurder nodig maken, enorm gestegen. Daarbij komt dat de schade van bedrijf tot bedrijf zo zeer verschilt, dat een uniforme vergoeding onaanvaardbaar is. Het enige juiste systeem is dan nog vergoeding van de schade, welke in elk geval werkelijk geleden wordt. De huurder heeft daarop als rechtmatige gebruiker van het onteigende recht, een recht dat de Onteigeningswet van 1841 hem niet onthield, doch bij de Onteigeningswet van 1851, ter voorkoming van de in de Memorie van Toelichting genoemde misstanden, werd vervangen door een stelsel van gefixeerde schadeloosstelling.

De noodzaak een nieuwe regeling te treffen met betrekking tot de huurders van bedrijfsruimte leidde in 1958 tot de instelling van een commissie ter bestudering van de rechtspositie van deze huurders in het algemeen, de z.g.n. Commissie Houwing, en nog datzelfde jaar tot de indiening van een ontwerp van wet, houdende een voorlopige voorziening in verband met de schadeloosstelling van huurders van gebouwde onroerende goederen, welke worden gebezigd voor de uitoefening van een bedrijf, ingeval van onteigening of van vordering in eigendom en in geval van ontruiming van het gehuurde ter voldoening aan een wettelijk voorschrift.²²

²² Ontwerp van Wet d.d. 4 juli 1958, no. 5195. De Memorie van Toelichting vermeldt onder meer: „In de regeringsverklaring van 23 oktober 1956 is medegedeeld, dat een onderzoek zal worden ingesteld naar de vraag, of de rechtspositie van de huurder van bedrijfsruimte verbetering behoeft. Ter uitvoering van dit punt van het

In dit ontwerp wordt aan de huurders van bedrijfspanden een schadeloosstelling toegekend tot ten hoogste hetzij de som van de opbrengst van het bedrijf over de laatste drie jaren, hetzij, wanneer dit voor de huurder gunstiger is, de huurprijs over de laatste vijf jaren.

Blijkens de Memorie van Toelichting is bij de keuze van de termijn van drie jaren aansluiting gezocht bij het ook voor bedrijfspanden geldend artikel 25 lid 2 van de

regeringsprogramma werd op 24 maart 1958 een commissie benoemd, onder voorzitterschap van prof. Mr Ph. A. N. Houwing, raadsheer in de Hoge Raad. De opdracht van deze commissie heeft in de eerste plaats betrekking op de burgerlijke bepalingen, welke de rechtspositie van de huurder van bedrijfsruimte beheersen. Het gaat hierbij om de vraag, welke regeling in dit opzicht gewenst is, afgezien van het schaarste-element, dat thans bestaat. Dit betekent, dat de commissie met name de situatie zal moeten bezien, welke zal ontstaan op het tijdstip, waarop de Huurwet zal kunnen worden ingetrokken. Een onderdeel van de taak van de commissie is na te gaan, of wijziging van het onteigeningsrecht op het stuk van de vergoeding van de huurder van bedrijfsruimte aanbeveling verdient.

De huidige regeling is echter dermate onbevredigend, dat een voorlopige wettelijke regeling naar het oordeel van de ondergetekenden niet achterwege kan blijven. De ondernemer, die zijn bedrijf in een gehuurd pand uitoefent, lijdt in geval van onteigening of van vordering in eigendom in verschillende opzichten schade. Men denke aan verplaatsingskosten, kosten van wederinrichting, inkomstendering tijdens een aanloopperiode in een nieuw pand, verlies van goodwill, enz. In vele gevallen zal nl. verplaatsing van het bedrijf mogelijk zijn. In zoverre ligt de zaak hier anders dan bij de pachter, voor wie onteigening meestal het einde van de bedrijfsuitoefening betekent. Ook bij de huurder kunnen zich echter gevallen voordoen, waarin verplaatsing van het bedrijf niet of niet tijdig mogelijk is. De huurder kan dan voor liquidatie van zijn bedrijf komen te staan. Bij de beschouwing van de vraag, welke rechten op schadevergoeding aan de huurder moeten worden toegekend, moet vooropgesteld worden, dat huur in beginsel een tijdelijk recht is. Doch daaraan moet worden toegevoegd, dat de huurder zonder onteigening vaak in het gehuurde goed zou hebben kunnen blijven. De maatschappelijke positie van de huurder van bedrijfsruimte kan door onteigening in ernstige mate worden getroffen. De werken, waarvoor de onteigening nodig is, worden in het algemeen belang uitgevoerd. De ondergetekenden vinden daarin dan ook de grond om de schadevergoedingsregeling gunstiger te maken voor de huurder.

Het ontwerp beoogt niet aan de huurder van bedrijfsruimte recht op volledige schadevergoeding zonder enige begrenzing te verschaffen. Zover kan een voorlopige maatregel niet gaan. Er moet naar het oordeel van de ondergetekenden niet worden vooruitgelopen op de conclusies van de commissie-Houwing en op de beslissingen, die naar aanleiding daarvan zullen worden genomen. Het voorstel beweegt zich daarom binnen het kader van de bestaande wetgeving.

Huurwet. Het alternatief maximum van vijf jaren huur is opgenomen, omdat de werkelijke schade bij verplaatsing van het bedrijf het eerstgenoemde maximum aanzienlijk zou kunnen overschrijden. Het ontwerp gaat evenwel uit van vergoeding der werkelijk geleden schade, zij het, dat daaraan een limiet is gesteld. Dit ontwerp strekt echter niet tot het verschaffen van een recht op volledige schade-loosstelling.

In het Voorlopig Verslag wordt critiek uitgeoefend op dit ontwerp o.m. omdat art. 25 lid 2 der Huurwet niet slaat op huurders met een contract, dat nog meer dan drie jaren loopt en omdat geen maximum nodig zou zijn, daar de rechter bij de vaststelling der schade toch de huurverwachting in ogenschouw zal moeten nemen en de positie van de huurder al ongunstiger is dan die van de eigenaar-ondernemer, bij wie geen sprake is van een huurverwachting als beoordelingsfactor.

De Memorie van Antwoord motiveert het gestelde maximum door er op te wijzen, dat bij deze voorlopige regeling niet van een volledige schadeloosstelling kan worden uitgegaan, omdat een dergelijk uitgangspunt moeilijk zou kunnen worden teruggenomen. Een verhoging van het maximum van drie jaren bedrijfsopbrengst tot zo vele jaren als de huurovereenkomst nog zou hebben gelopen achten de indieners van het ontwerp in strijd met het karakter van een interim-regeling.

Op het ontwerp is vervolgens een aantal amendementen ingediend, culminerend in een, de meeste daarvan samenvoegend, amendement van 22 december 1960, waarbij in geval van onteigening als derde alternatief wordt gesteld: het bedrag van de onkosten, welke de huurder gedurende de laatste vijf jaren aan het onroerend goed heeft besteed. Het ontwerp is nog in behandeling bij de Tweede Kamer.

In dit verband doet zich de vraag voor of het noodzakelijk is met het treffen van een definitieve regeling ten aanzien van de schadeloosstelling van de huurder in geval van onteigening te wachten tot de rechtspositie van de huurder van bedrijfsruimte in het algemeen geregeld is. Ter beoordeling van deze vraag is het nuttig nog eens na te gaan hoe het op dit punt met de pachter is gegaan.

In 1941 bracht artikel 88 van het Pachtbesluit de pachters in geval van onteigening met één stap van de ge-

fixeerde vergoeding, genoemd in artikel 42 der Onteigningswet, naar de volledige schadeloosstelling, mits de pacht nog één jaar moest duren. Daarnaast bepaalde artikel 31 van het Pachtbesluit, dat bij tussentijdse ontbinding der pacht, wegens bestemming in het algemeen belang tot andere dan landbouwkundige doeleinden, de verpachter de door de verpachter te lijden schade moest vergoeden en dat met de mogelijkheid van verlenging rekening gehouden kon worden. Wachtte de verpachter evenwel het einde van de pachttermijn af, om de pacht daarna niet te verlengen, dan was de verpachter zoals voorheen geen schadeloosstelling verschuldigd.

Hier deed zich dus de mogelijkheid voor door tijdige aankoop van verpacht land het land pachtvrij te krijgen zonder dat een schadeloosstelling betaald behoefde te worden. Eerst bij de invoering van de nieuwe Pachtwet in 1958 kwam hieraan een einde, doordat artikel 48 bepaalde, dat ook bij niet verlenging der pacht, wegens bestemming van het goed tot een niet agrarisch doel, aan de pachter een schadeloosstelling moet worden betaald, rekening houdende met de mogelijkheid van verlenging.

Ten aanzien van de huurder doet zich thans het tegenovergestelde voor. De gemeenten hebben in meerdere of mindere mate een groot huizenbezit, dat zij met het oog op uit te voeren werken als stadssanering c.d. zoveel mogelijk uitbreiden. Beëindigen de gemeenten nu ter uitvoering van werken in het algemeen belang de huur, dan zijn zij generlei schadevergoeding verschuldigd. Teneinde evenwel tegemoet te komen aan de hieruit voor de huurders voortvloeiende schade, hebben een aantal gemeenten inmiddels voorzieningen getroffen, krachtens welke aan huurders in geval van vrijwillige ontruiming een tegemoetkoming kan worden betaald. Deze vergoeding bedraagt b.v. in Rotterdam²³ voor bedrijfspanden ten hoogste vijfmaal de jaarlijkse huurprijs van maximaal f 2.000,—.

Moet evenwel tot onteigening worden overgegaan, dan ontvangt de huurder bij vonnis slechts de gefixeerde vergoeding van artikel 42!

Is het om deze reden onverantwoord nog langer met wijziging van artikel 42 te wachten, het heeft ook geen

²³ Raadsbesluit van 4 februari 1960, Gemeenteblad 1960 no. 15.

redelijke zin te wachten op de algehele regeling van de rechtspositie van de huurder. Wordt de huurder bij onteigening een recht op vergoeding zijner werkelijke schade toegekend, dan past de te betalen schadevergoeding zich immers aan bij elke wijziging van de rechtspositie van de huurder. Nu de Hoge Raad met de eigenaren en de zakelijk gerechtigden is voorgegaan op de weg der volledige schadeloosstelling en de wetgever reeds met de pachters is gevolgd, mogen de huurders niet langer van deze weg geweerd worden.

b. De bruiklener.

De voornaamste tegenhanger van de huurder als contractueel gebruiker is de bruiklener, die het goed niet tegen betaling, maar om niet mag gebruiken. Enig recht op schadeloosstelling bij onteigening van het goed is de bruiklener nimmer toegekend.

Rechtvaardigt wellicht de kosteloze verkrijging van het gebruiksrecht de kosteloze ontneming, wanneer het publiek belang gebruik ten algemenen nutte vordert? Op het eerste gezicht zeker, maar bij nader inzien niet.

De bruiklener heeft evenzeer als de huurder een gebruiksrecht; wordt hem het rechtmatig gebruik voortijdig ontnomen, dan lijdt hij juist zoals de huurder of de pachter dientengevolge schade.

Zijn schade zal zelfs, wanneer hij vervangende grond of een vervangend pand kan vinden, groter zijn, omdat hij dan in tegenstelling tot voorheen wel voor het gebruik zal moeten betalen.

Deze schade wordt de bruiklener in het algemeen belang toegebracht, terwijl, gelijk hierboven is uiteengezet, het de overheid alleen om het gebruik en niet om enig financieel voordeel te doen is. De plicht der overheid alle burgers gelijke rechtsbescherming te geven en de omstandigheid, dat onteigening alleen willekeurig burgers treft, brengt de plicht voor de overheid mede deze getroffen en schadeloos te stellen.

Bedacht dient te worden, dat de uitlener gemeenlijk een speciale reden heeft het gebruik van zijn goed om niet aan de bruiklener af te staan, verband houdend met een tussen hen beiden bestaande persoonlijke band, zoals een familieband of een band van vriendschap, welke een gel-

delijke vergoeding niet op haar plaats doet zijn. Bruikleen vertoont op dit punt een grote gelijkenis met vruchtgebruik.

Als voorbeelden kunnen genoemd worden: de buiten elke gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot, die zijn bedrijf uitoefent in het aan zijn echtgenote toebehorende en aan hem in bruikleen gegeven pand; de zoon, die zijn bedrijf sticht op de hem door zijn vader in bruikleen gegeven grond, welke hij later zal erven.

Bij de bepaling der schadeloosstelling zal evenwel rekening gehouden moeten worden met het bepaalde in artikel 1788 B.W.: de rechter kan, naar gelang der omstandigheden, de gebruiker noodzaken het geleende aan de uitlener terug te geven, indien de uitlener de geleende zaak om dringende en onverwachts opkomende redenen zelf benodigd heeft. In deze bepaling is echter geen grond te vinden bij onteigening de zaak zonder meer aan de gebruiker te ontnemen, omdat artikel 1788 B.W. op de uitlener betrekking heeft en niet op de geheel buiten de persoonlijke verhouding staande derde ten behoeve waarvan in het algemeen belang onteigend wordt.

c. *Het gebruiksvoorbehoud.*

Veel gelijkenis met bruikleen vertoont het gebruiksvoorbehoud, dat b.v. een verkoper maakt. Het komt nogal eens voor, dat iemand op leeftijd zijn buitenplaats of zijn boerenbedrijf verkoopt, doch zich het recht voorbehoudt om levenslang in het huis te blijven wonen, zonder dat het zakelijk recht van bewoning wordt gevestigd. Bij onteigening zal de rechter daarmede rekening houden bij de bepaling van de aan de eigenaar toekomende vergoeding van de werkelijke waarde, welke door dit kosteloos gebruik immers wordt gedrukt. Aan de rechthebbende zal de rechter thans evenwel generlei schadeloosstelling mogen toekennen, hetgeen als onrecht wordt gevoeld. Erkenning van het recht op schadeloosstelling voor elke rechtmatige gebruiker, ongeacht het zakelijk of persoonlijk karakter van het gebruiksrecht, brengt ook hier de oplossing.

d. *De maat of firmant.*

Er bestaat een vrij uitgebreide jurisprudentie aangaande de bij onteigening te betalen schadeloosstelling in ge-

vallen, dat de eigenaar op het onteigende tezamen met één of meer anderen een bedrijf uitoefent. De vraag was dan steeds of de volledige schadevergoeding, waarop de eigenaar volgens de vaste leer van de Hoge Raad recht heeft, noopt tot vergoeding van de gehele, door de maatschap of vennootschap onder firma geleden en te lijden bedrijfsschade, dan wel op een gedeelte gelijk aan het aandeel van de eigenaar.

Is verplaatsing van het bedrijf economisch verantwoord en wordt de schadeloosstelling mitsdien op verplaatsingsbasis berekend, dan heeft de eigenaar recht op de volledige daarmee gemoeide kosten, omdat hij alleen dan wederom in eenzelfde financiële positie komt als voor de onteigening en eenzelfde gedeelte der winst zal ontvangen.²⁴

Geheel afgezien van de vraag of verplaatsing mogelijk is, wordt de eigenaar eveneens de volledige bedrijfsschade vergoed, indien de uitkering van een gedeelte der winst aan de in het bedrijf medewerkenden en geïnteresseerden berust op een familieverhouding.²⁵

Moet het bedrijf geliquideerd worden en is er van een familieverhouding geen sprake, dan ontvangt de eigenaar slechts vergoeding van zijn aandeel in de bedrijfsschade, welke de vennootschap door de onteigening lijden zal,²⁶ zodat de schade der overige firmanten, welke in de voorgaande gevallen, zij het indirect, vergoed werd, onvergoed blijft.²⁷

Heeft de Hoge Raad in zijn systeem gedaan wat mogelijk was, om de medegerechtigden tot het gebruik aan een schadeloosstelling te helpen, het resultaat blijft half, omdat het recht op schadevergoeding wegens verlies van het gebruik niet aan de gebruiker, maar aan de eigenaar is toegekend. In het systeem van de schrijver doet zich ook

²⁴ H.R. 31 januari 1877 W 4093, H.R. 7 mei 1952 N.J. 1953 no. 363 en H.R. 4 juni 1952 N.J. 1953 no. 364 met noot Ph. A. N. H., anders H.R. 20 november 1914 N.J. 1915, blz. 148 en H.R. 30 augustus 1935 N.J. 1935 blz. 1606.

²⁵ H.R. 23 augustus 1926 N.J. 1926 blz. 1153 en H.R. 19 oktober 1949 N.J. 1949 no. 741.

²⁶ Aldus H.R. 5 februari 1958 N.J. 1958 no. 193, anders H.R. 15 november 1912 N.J. 1913 blz. 9, waarin het bedrijf nog beschouwd wordt als een factor, welke de waarde van het goed vermeerderd.

²⁷ Zie de uiteenzettingen hieromtrent in de noot van Houwing onder H.R. 4 juni 1952 N.J. 1953 no. 364 en in Bericht no. 6 van de Centrale Commissie voor de Onteigeningsvergoedingen.

hier generlei moeilijkheid voor en komen de maten en firmanten als rechtmatige gebruikers van het onteigende voor vergoeding van hun schade in aanmerking.

e. De koper der oppervlakte-delfstoffen.

Ten aanzien van de koper van de klei, het grind, het zand of de turf in de grond, dan wel van het hout op stam doet zich een apart probleem voor. Raakt de verkoper door onteigening in de onmogelijkheid aan zijn leveringsplicht te voldoen, dan draagt de koper het risico van deze overmacht krachtens de bepaling van artikel 1496 B.W. en moet hij toch de koopprijs betalen, zonder er iets voor te ontvangen. Artikel 1481 B.W. komt hem evenwel te hulp door te bepalen, dat de schuldenaar zijn vordering tot schadevergoeding betrekkelijk de zaak aan zijn schuldeiser moet afstaan, indien de verschuldigde zaak zonder zijn toedoen buiten de handel der mensen geraakt, gelijk bij onteigening het geval is.²⁸

Heeft het onteigende zoals meestal een meerwaarde gelijk aan de verkoopprijs der voornoemde oppervlakte-delfstoffen of houtopstand, dan krijgt de gedupeerde koper althans een bedrag, gelijk aan zijn koopsom, terug. Enige schadevergoeding wegens geleden verlies of gederfde winst ontvangt hij evenwel niet.

Toch komt ook hem als persoonlijk gerechtigde tot deze delfstoffen, welke deel uitmaken van het onteigende, een vergoeding dezer schade van de zijde der onteigenende partij toe op gelijke wijze als de andere persoonlijk gerechtigden.

Geheel anders is het gesteld met de diep in de grond aanwezige delfstoffen. Deze worden geacht niet aan de eigenaar van de grond toe te behoren, doch aan de Staat, die volgens de in de Mijnwet gegeven regelen concessies voor ontginning kan geven. Aan de daarmee samenhangende problemen wordt in dit opstel voorbijgegaan.

f. De onderhuurder en de onderpachter.

Dat een onderhuurder ook een huurder is wordt door niemand betwist. Zulks betreft echter alleen zijn verhouding tot de onderverhuurder. Een rechtstreekse band met

²⁸ Aldus Hof 's-Hertogenbosch 28 oktober 1941 N.J. 1942 no. 63 en H.R. 31 januari 1929 N.J. 1929 blz. 468 met noot E.M.M.

de eigenaar-hoofdverhuurder heeft de onderhuurder niet. Moet de huurder het goed ontruimen, dan kan de onderhuurder generlei recht doen gelden jegens de eigenaar. De Onteigeningswet kent de onderhuurder dan ook geen recht op schadeloosstelling toe.²⁹

Dit alles neemt evenwel niet weg, dat de onderhuurder een rechtmatig gebruiker van het goed is en dat onteigening te zijnen aanzien juist zo werkt als ten aanzien van iedere andere gebruiker, wiens rechtmatig gebruik als gevolg daarvan tussentijds beëindigd wordt en aan wie daardoor schade wordt toegebracht. Ook hier brengt de overheid het goed buiten de handel door het ten algemenen nutte te bestemmen en vormt daarmee welbewust de overmacht, welke de onderhuurder elk recht op schadeloosstelling jegens de onderverhuurder ontnemt. Er is dan ook naar de mening van de schrijver geen reden de onderhuurder het recht op vergoeding van de schade te onthouden, dat aan rechtmatige gebruikers van het onteigende toekomt.³⁰

Gevaar voor een dubbele schadeloosstelling schuilt hierin niet. Gebruikt de onderhuurder het goed, dan kan niet ook de huurder dit gebruiken. De onderhuurder ontvangt vergoeding van zijn bedrijfsschade en de huurder alleen de schade veroorzaakt door het eventuele verschil in huurprijs tussen huur en onderhuur. Hoe hoger de onderhuur is, des te lager zal de bedrijfsschadevergoeding van de onderhuurder zijn.

g. De koop-optie.

Wanneer de eigenaar aan een derde, b.v. zijn huurder, het recht heeft verleend na verloop van zekere tijd, het goed te kopen voor een bepaalde prijs, dan heeft de eigenaar daarmee een deel van de hem als eigenaar toekomstige beschikkingsmacht afgestaan.

Wordt het goed vervolgens onteigend en hield de optie, gezien de bedongen prijs, voor de optant een voordeel in,

²⁹ Rb. 's-Hertogenbosch 11 december 1953 N.J. 1954 no. 456. Hamming: „Schadeloosstelling bij onteigening“ blz. 209, anders Lubbers t.a.p. blz. 130.

³⁰ Aldus ook H.M. v. Andel: „De onteigening ten algemenen nutte volgens de wet van 28 augustus 1851“ Prft. 1857 blz. 141 en Hamming t.a.p. blz. 210.

dan wordt hem dit voordeel door de onteigening ontnomen. Doordat de onteigende zich op overmacht kan beroepen, wordt de optant tevens zijn vordering wegens wanprestatie ontnomen en wel door de onteigenende partij, die welbewust de overmacht creëert, weshalve het billijk is dat aan de optant de hem toegebrachte schade wordt vergoed.

Een dubbele schadevergoeding behoeft dit voor de onteigenende partij niet te betekenen, omdat de aan de eigenaar te vergoeden waarde door dit optierecht is vermindert; de eigenaar had immers of het optierecht moeten afkopen om het goed weer voor de volle waarde vrij te kunnen verkopen, of hij had bij de verkoop van het goed de verplichting uit de optie-overeenkomst mede moeten overdragen.

h. *Andere persoonlijk gerechtigden.*

Behalve de genoemde categorieën zijn er zeker nog andere belanghebbenden denkbaar, die een persoonlijk recht met betrekking tot de onteigende zaak hebben. Zo is de persoonlijke tegenhanger van het recht van erfdienstbaarheid mogelijk. Is b.v. een recht van overpad contractueel gevestigd, en niet als zakelijk recht in de registers ingeschreven, dan komt de gerechtigde niettemin schadeloosstelling bij onteigening toe.

i. *De gebruiker krachtens gedogen.*

Behoort hij, die het onteigende gebruikte, zonder dat hem het recht daartoe uitdrukkelijk of stilzwijgend was toegekend, doch wiens gebruik door de rechthebbende gedoogd werd, aanspraak te kunnen maken op vergoeding zijner schade? Mr Nora Schadee in haar reeds geciteerde artikel in het N.J.B. 1954 is klaarblijkelijk deze mening toegedaan.

Een praktische overweging om hiertoe over te gaan zou kunnen zijn het voorkomen van bewijsmoeilijkheden voor degenen, aan wie stilzwijgend een persoonlijk gebruiksrecht is toegekend.

Principieel kan het recht op schadeloosstelling verdedigd worden door te stellen, dat hier van gebruik sprake is, van enigerlei vorm van genot der zaak, hetwelk de gebruiker in het algemeen belang ontnomen wordt, waarbij

de vraag of dit gebruik al dan niet rechtmatig is er niet toe doet.

Deze stelling gaat de schrijver in haar algemeenheid te ver. De schade veroorzaakt door het verdrijven van de feitelijke gebruiker moet aan deze gebruiker worden vergoed, doch deze uit de billijkheid voorspruitende rechtsverplichting kan niet zover gaan, dat de overheid verplicht wordt uit de publieke kas een onrechtmatige gebruiker schadeloos te stellen. Tegen het vergoeden van schade aan de gebruiker krachtens gedogen verzet de billijkheid zich evenwel niet.

Wordt in een dergelijk geval de gebruiker schadeloos gesteld, dan volgt uit het enkele feit, dat hier van gedogen sprake was, dat de schadeloosstelling, rekening houdende met de zwakke positie van de gebruiker, slechts gering kan zijn.

VI. GEEN SCHADELOOSSTELLING VOOR ANDERE BELANGHEBBENDEN.

Als gevolg van de onteigening lijden nog andere belanghebbenden dan de zakelijk en persoonlijk rechthebbenden op het goed schade. Zij komen echter niet voor schadeloosstelling in aanmerking.

Schade tengevolge van een onteigening wordt volgens de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad alleen vergoed als deze het rechtstreeks en noodzakelijk gevolg daarvan is.³¹ Dit nu is bij hen niet het geval.

Waar zelfs bij wanprestatie als gevolg van arglist krachtens het bepaalde in artikel 1284 B.W. slechts die schade vergoed behoeft te worden, welke het onmiddellijk en dadelijk gevolg daarvan is bestaat er geen reden in geval van onteigening nog verder te gaan.

Ook in geval van een onrechtmatige daad — waarvan bij onteigening geen sprake is — is een inbreuk op eens anders recht slechts onrechtmatig jegens degene, op wiens subjectief recht inbreuk wordt gemaakt en behoeft alleen deze rechthebbende schadeloosgesteld te worden.³²

³¹ O.m. H.R. 23 december 1864 W 2652, H.R. 4 december 1935 N.J. 1936, 446. Zie Hamming t.a.p. blz. 119 en in „Onteigeningsrecht” Deel II blz. 228.

³² Asser-Rutten blz. 553.

Komt sommigen de vergelijking van onteigening met wanprestatie en onrechtmatige daad reeds ongepast voor, niemand zal verlangen, dat de overheid, gebruik makend van haar onteigeningsrecht, schadeloosstelling betaalt aan hen, die zelfs door arglistige contractbrekers en plegers van onrechtmatige daden niet schadeloos gesteld behoeven te worden.

VII. BEZWAREN TEGEN UITBREIDING VAN DE KRING VAN BELANGHEBBENDEN.

Tegen uitbreiding van de kring van belanghebbenden, gerechtigd tot vergoeding van hun schade in geval van onteigening, tot al diegenen, die een zakelijk of persoonlijk genotsrecht op het onteigende hadden, is een aantal bezwaren in te brengen. Van het gewicht dezer bezwaren zal in belangrijke mate afhangen of de wetgever tot een zodanige uitbreiding wil besluiten.

a. *De kosten.*

Het eerste en voornaamste bezwaar is zeker gelegen in de hieraan verbonden kosten. Te begroten zijn deze kosten heel moeilijk, maar het is wel mogelijk enig inzicht daarin te verkrijgen.

De te onteigenen percelen zijn in grote trekken te verdelen in agrarische- en niet-agrarische percelen.

De eerste categorie bestaat in hoofdzaak uit percelen bij de eigenaar zelve in gebruik en verpachte percelen. Zowel in het ene als in het andere geval bestaat reeds thans een recht op vergoeding der gehele schade. Kostenverhogend zal in het agrarisch gebied voornamelijk werken de verhoging der schadeloosstelling van vruchtgebruikers en erfpachters en de toekenning van schadeloosstelling aan bruikleners en kopers van oppervlakte-delfstoffen. Naast de grote groep van eigenaren-gebruikers en pachters betreft het hier een klein groepje weshalve het wegnemen van de thans te dien aanzien bestaande onbillijkheden slechts in geringe mate van invloed zal zijn op de verwervingskosten.

Bij de tweede categorie, de niet-agrarische percelen, ligt

het geheel anders. Het betreft hier voornamelijk woningen, bedrijfspanden en bedrijfsterreinen.

De woningen bestaan overwegend uit huurwoningen. Vergoeding der gehele schade aan de huurders zal dus wijziging brengen in de meerderheid der schadeloosstellingen. Deze schade bestaat uit de kosten van verhuizing en wederinrichting alsmede uit de kosten van duurder wonen, welke thans nog een belangrijke factor vormen. Waar met het grotere woongerief in de nieuwe woningen rekening wordt gehouden, zal blijken dat de oude norm van artikel 42, één of twee jaren huur, niet ver van de gemiddeld geleden schade ligt, zeker wanneer de huren der oude huizen zullen zijn opgetrokken tot het economisch verantwoorde peil.

Het is dan ook speciaal met betrekking tot de bedrijfspanden en de bedrijfsterreinen, dat zich de grote onbillijkheid van de oude norm doet gevoelen en dat vergoeding der gehele schade aan de huurders daarvan zeer aanmerkelijke kosten met zich brengt.

Vindt een uit een woning verdreven huurder vrijwel steeds een nieuwe woning, voor een uit een bedrijfspand verdreven huurder ligt dit geheel anders. Gezien de vestigingsbepalingen, de lokale klantenkring, de speciale voordelen van de oude vestigingsplaats ed., zal het veelal niet of slechts met aanmerkelijke kosten en verliezen mogelijk zijn het bedrijf te verplaatsen. Dientengevolge is hier de gefixeerde schadeloosstelling van artikel 42 niet meer dan een tegemoetkoming. Daarom wilde ook het hierboven besproken wetsontwerp van 1958 speciaal de huurders van bedrijfspanden een eindweegs tegemoetkomen door in de plaats van één of twee jaren *huur* te stellen de som van de *opbrengst* van het bedrijf over de laatste drie jaren, hetzij, wanneer dit voor de huurder gunstiger is, vijf jaren huur.

Bedraagt thans de schadeloosstelling voor een verhuurd bedrijfspand de waarde plus 2 jaren huur à $\pm 10\%$ van de waarde = 120% , dan stijgt deze volgens de genoemde wet tenminste tot de waarde plus 5 jaren huur = 150% , hetgeen de verwervingskosten doet stijgen met 25% .

Het is niet twijfelachtig dat deze kosten bij vergoeding van de gehele schade nog aanmerkelijk meer zullen stijgen. Zulks is evenwel sterk afhankelijk van de vraag of vervanging mogelijk is en van de vraag hoe de algemene

rechtspositie van de huurder zal worden, hetgeen bij liquidatie tot uitdrukking komt in de kapitalisatiefactor van de netto jaaropbrengst.³³

Is de bij liquidatie te betalen schadeloosstelling hoog, dan zal de onteigenende partij doen wat mogelijk is om een vervangend pand of vervangende grond aan te bieden, teneinde de schade te beperken.

Niet in procenten, maar in geld uitgedrukt spreekt de verhoging der kosten nog meer. Bedragen de verwervingskosten, dus de waarde van de grond vermeerderd met de gebruiksvergoedingen, in het landelijk gebied niet meer dan enkele guldens per m², in het stedelijk gebied bedragen deze enkele honderden guldens per m², als gevolg van de kosten der opstallen en het intensieve gebruik.

Naast de verhoging van de vergoeding te betalen aan de huurders zal ook de verhoging van de vergoeding te betalen aan de vruchtgebruikers en de erfpachters en aan de bruikleners en de andere persoonlijk gerechtigden kostenverhogend werken, doch ook hier zal het voornamelijk incidentele gevallen betreffen en waarschijnlijk geen aanmerkelijke verhoging van de verwervingskosten in het algemeen veroorzaken.

Mag deze verhoging van kosten grond opleveren de vergeten en achtergebleven groepen belanghebbenden de hun naar recht en billijkheid toekomende schadeloosstelling te onthouden?

Indien het werk, waarvoor onteigend wordt, het betalen dezer kosten rechtvaardigt, is er geen reden de aan de belanghebbenden toegebrachte schade niet te vergoeden.

Indien het werk de kosten evenwel niet rechtvaardigt, ware het beter dat het werk achterwege bleef.³⁴

Zulks klemmt te meer nu onteigening niet meer zoals vroeger uitzondering is maar regel en niet slechts gebruikt wordt voor de aanleg van spoorbanen, kanalen en wegen, maar voor vrijwel alle stadsuitbreidingen, industrieterreinen ed., waarbij de gronden, na het bouwrijp maken, wederom aan particulieren worden uitgegeven.

³³ De voor een eigenaar-gebruiker aangehouden kapitalisatiefactor is gemeenlijk 10; voor een pachter van los land 8 (pachttermijn van 6 jaren met de mogelijkheid van verlengingen van 6 jaar). Voor een pachter van een hoeve 9 (pachttermijn van 12 jaren, met de mogelijkheid van verlengingen van 6 jaar).

³⁴ Zie Lubbers t.a.p. blz. 10.

Overigens zal de voornaamste kostenverhoging, voortvloeiend uit de vergoeding der werkelijk door de huurder te lijden schade, zeer speciaal van belang zijn bij de sanering van oude stadswijken. Daarbij doet zich het verschijnsel voor dat deze oude wijken langzaam aan van karakter veranderen, dat de stand en daarmee de waarde der huizen en de waarde der clientèle achteruit gaat en de vooruitzichten voor de neringdoenden slecht zijn. Verplaatsing van de bedrijven van de middenstand naar een nieuwe wijk zal dan ook niet alleen schade berokkenen, maar veelal schade voorkomen en de noodzakelijke verjonging brengen. Met deze factor zal derhalve bij de berekening der schadeloosstelling terdege rekening gehouden moeten worden.

b. Het gevaar voor de eenvoud en spoed van het onteigeningsgeding.

De gehele opzet van Thorbecke's onteigeningswet is gericht op eenvoud en spoed ter bereiking van het doel: geen vertraging bij de verwerving van gronden, nodig voor een werk van algemeen nut. Zal nu uitbreiding van de kring van belanghebbenden de procedure ingewikkelder en langduriger maken?

De ingewijden weten dat de onteigeningsprocedure al lang haar karakter van spoed heeft verloren — behalve in cassatie! — en de snelle beschikking over de grond niet door een spoedig vonnis, maar door voorlopige inbezitting, mogelijk gemaakt door de wetswijziging van 1920, wordt verkregen.

Wanneer de opzet der Onteigeningswet niet wordt gewijzigd, zullen de interventies toenemen, de deskundigenrapporten (nog) iets dikker en de pleidooien (nog) iets langer worden, maar degenen, ten behoeve van wie onteigend wordt, zullen daardoor bij de uitvoering van het werk generlei hinder of vertraging ondervinden.

Uiteraard zullen zich nieuwe rechtsvragen voordoen aangaande de juiste afbakening van de verruimde kring van derde belanghebbenden en de factoren, welke bij de berekening van hun schadeloosstelling in aanmerking genomen mogen worden. Noch de deskundigen, die vaak de „schrijnende voorbeelden van ongelijkheid” in hun prac-

tijk ontmoeten, noch de rechter, die steeds tracht binnen het kader der wet een ieder het zijne te geven, noch de derde belanghebbende, die thans voor geen schadeloosstelling of slechts voor een gedeeltelijke in aanmerking komt, zal dit als een bezwaar zien. Ook de onteigenende partij niet, die nu veelal als gepatenteerde kaper wordt beschouwd.

c. Het gevaar van samenspanning ter verkrijging van een niet gerechtvaardigde schadeloosstelling.

De vergoeding van het door een onteigening veroorzaakt nadeel kan aangevat worden als een mogelijkheid ter verkrijging van een niet gerechtvaardigd voordeel. Ter wering van dit gevaar zijn in de wet de artikelen 39 en 91 opgenomen, aanvankelijk bepalende, dat bij de berekening der schadeloosstelling niet gelet wordt op nieuwe getimmerten of op veranderingen, gemaakt na de nederlegging ter inzage van het onteigeningsplan. In 1958 zijn deze artikelen aangevuld met de bepaling, dat evenmin gelet wordt op veranderingen, welke kennelijk zijn tot stand gebracht om de schadevergoeding te verhogen (dus ongeacht het tijdstip, waarop zulks geschiedde). Het woordje „kennelijk”, waarmee de Hoge Raad in 1864 de onteigende aan een volledige schadeloosstelling hielp, ondanks de kennelijk tegengestelde bedoeling van de wetgever van 1851, blijkt kennelijk niet in staat misstanden op dit gebied te weren.³⁵

Een uitbreiding van de kring van belanghebbenden, in aanmerking komende voor vergoeding hunner schade, zal deze mogelijkheid van misbruik vergroten. Alleen de rechter, die over de feiten oordeelt, zal hiertegen kunnen waken.

VIII. DE IN DE ONTEIGENINGSWET AAN TE BRENGEN WIJZIGINGEN.

Zoals hierboven uiteengezet, kan de rechter het door de Hoge Raad aanvaarde grondwettelijke stelsel der volledige schadevergoeding niet volmaken, wanneer de in

³⁵ Zie H.R. 3 februari 1960 N.J. 1960 no. 162.

enkele artikelen van de Onteigeningswet staande belemmeringen niet worden weggenomen.

De in artikel 3 lid 2 gegeven limitatieve opsomming van de derde belanghebbenden, die in het proces mogen tussenkomen, en krachtens het bepaalde in artikel 37 laatste lid voor schadeloosstelling in aanmerking komen, dient te worden gewijzigd, zodanig, dat daaronder vallen al degenen, die een zakelijk recht of een persoonlijk recht op het goed hebben.

Artikel 42 moet aldus gewijzigd worden, dat daarin — juist zoals in het eerste lid van artikel 42a ten aanzien van de pachter — niet anders te lezen valt, dan dat bij de onteigening van een verhuurd goed voor de onteigenende partij aan de huurder schadeloosstelling wordt betaald. Wanneer de algemene rechtspositie van de huurder zal zijn geregeld, kan dit artikel dan zonodig worden aangevuld met daarmede samenhangende bepalingen, naar analogie van artikel 42a.

Het in artikel 44 bepaalde kan vervallen met uitzondering van het gestelde omtrent de mogelijkheid een erfdienstbaarheid door een andere te vervangen. Indien deze bepaling aan één der andere artikelen, zakelijke rechten betreffende, werd toegevoegd, zou een nieuw artikel 44 kunnen worden opgenomen, houdende, dat aan al degenen, die een zakelijk of persoonlijk recht op het onteigende hadden, door de onteigenende partij schadeloosstelling wordt betaald, aan elk van hen afzonderlijk te voldoen, tenzij in enig artikel anders is bepaald.

Artikel 45 lid 1 dient gewijzigd te worden, des dat de vruchtgebruiker aanspraak heeft op de interessen van het deel der aan de onteigende als schadeloosstelling toegekende som, dat overeenstemt met de waarde van het onteigende, berekend naar het door de vruchtgebruiker daarvan gemaakt gebruik, welk deel op zijn verlangen in een der groothoeken der nationale schuld, te zijner keuze, wordt ingeschreven. Hieraan dient dan te worden toegevoegd, dat, voorzover de vruchtgebruiker daarmede niet geheel schadeloos gesteld mocht zijn, aan hem bij het vonnis zijn overige schade ten laste van de onteigenende partij wordt toegewezen.

In artikel 46 dienen de woorden „uit de som tot schadeloosstelling aan den schuldplichtige toegewezen” te ver-

vallen. De waarde van het recht van grondrenten vermindert immers de aan de onteigende toekomstende waarde.

Van artikel 47 kunnen de leden 1 en 2 in verband met de voor artikel 44 (nieuw) gekozen redactie vervallen.

IX. CONCLUSIE.

1. Het huidige stelsel, waarbij de zakelijk en persoonlijk tot het onteigende gerechtigden deels volledig, deels gedeeltelijk en deels niet worden schadeloos gesteld, is onlogisch, onbillijk en in strijd met artikel 165 der Grondwet.
2. Alle belanghebbenden, die een zakelijk of persoonlijk recht met betrekking tot het onteigende hadden, komt een vergoeding hunner werkelijk geleden schade toe, voorzover deze het rechtstreeks en noodzakelijk gevolg der onteigening is.
3. De artikel 3, 42 en 44 tot en met 47 der Onteigeningswet dienen hiertoe te worden gewijzigd.

Rotterdam, 27 februari 1961.

INHOUD

I. <i>Begripsbepaling</i>	1
II. <i>De huidige situatie</i>	3
a. de eigenaar	3
b. de zakelijk gerechtigden	5
c. de persoonlijk gerechtigden	7
d. samenvatting	11
III. <i>Het dubbele karakter der schadeloosstelling</i>	11
a. waardevergoeding voor de gerechtigde	12
b. schadeloosstelling voor de gebruiker	12
c. de waarborg van art. 165 der Grondwet	13
IV. <i>Vergoeding der gehele schade voor alle zakelijk gerechtigden</i>	14
a. de veruchtgebruiker, gebruiker en bewoner	14
b. de tijdelijke erfpachter en de tot opstal gerechtigde	16
c. de tot een erfdiensbaaheid gerechtigde	16
V. <i>Vergoeding der gehele schade voor alle persoonlijk gerechtigden</i>	17
a. de huurder	17
b. de bruiklener	23
c. het gebruiksvoorbehoud	24
d. de maat of firmant	24
e. de koper van oppervlakte — delfstoffen	26
f. de onderhuurder en de onderpachter	26
g. de koop — optie	27
h. andere persoonlijk gerechtigden	28
i. de gebruiker krachtens gedogen	28
VI. <i>Geen schadeloosstelling voor andere belanghebbenden</i>	29
VII. <i>Bezwaren tegen uitbreiding van de kring van belanghebbenden</i>	30
a. de kosten	30

b.	het gevaar voor de eenvoud en spoed van het onteigeningsgeding	33
c.	het gevaar van samenspanning ter ver- krijging van een niet gerechtvaardigde schadeloosstelling	34
VIII.	<i>De, in de onteigeningswet aan te brengen wijzigingen</i>	34
IX.	<i>Conclusie</i>	36

**„Dient de kring van belanghebbenden, zoals deze
„volgens de thans geldende regelen recht op (vol-
„ledige) schadeloosstelling in geval van onteige-
„ning heeft, in het licht van de huidige maatschap-
„pelijke verhoudingen te worden gewijzigd, en zo
„ja, op welke wijze?“**

Prae-advies van Mr P. W. van Doorne

I. Volledige schadeloosstelling.

De Zwitserse onteigeningswet bevat na de verklaring in art. 16: „Die Enteignung kann nur gegen volle Entschädigung erfolgen“, in art. 19 de volgende bepalingen:

„Bei der Festsetzung der Entschädigung sind alle Nachteile zu berücksichtigen, die dem Enteigneten aus der Entziehung oder Beschränkung seiner Rechte erwachsen. Demnach sind zu vergüten:

„a. der volle Verkehrswert des enteigneten Rechtes;

„b. wenn von einem Grundstück oder von mehreren wirtschaftlich zusammenhängenden Grundstücken nur ein Teil in Anspruch genommen wird auch der Betrag, um den der Verkehrswert des verbleibenden Teils sich vermindert;

„c. alle weiteren dem Enteigneten verursachten Nachteile, die sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als Folge der Enteignung voraussehen lassen.“

Dezelfde drie elementen a, b en c kent ons onteigeningsrecht.

Volledige schadeloosstelling omvat de vergoeding van:

- a. de werkelijke waarde van het onteigende (art. 40).¹
Een vaste jurisprudentie verstaat onder werkelijke waarde de verkoopwaarde.²
- b. de waardevermindering van het overblijvende (art. 41).
- c. de verdere schade, die de onteigende als rechtstreeks en noodzakelijk gevolg der onteigening lijdt.

¹ Artikelen, waarbij geen wet wordt vermeld, zijn artikelen van de onteigeningswet (O.W.). Ik heb mij in dit opstel beperkt tot de onteigening ten algemenen nutte en die voor de volkshuisvesting in de Onteigeningswet. De bijzondere onteigeningen die in de O.W. zijn opgenomen, heb ik evenals de onteigening volgens de Wederopbouw-wet, buiten bespreking gelaten, maar die afwijkingen zijn voor het algemene aspect van mijn onderwerp niet van principiële betekenis.

² De artikelen 40a, 40b en 48 kunnen buiten bespreking blijven.

Met de schaden bedoeld sub *b* en *c* worden verrekend de voordelen, die de onteigende als rechtstreeks en dadelijk gevolg der onteigening geniet (b.v. waardevermeerdering van zijn niet-onteiende terrein; lagere bedrijfskosten in een ander bedrijfspand of aldaar te verwachten hogere omzet etc. etc.). Zulk een verrekening mag echter naar constante jurisprudentie niet geschieden met de sub *a* genoemde werkelijke waarde van het onteigende; deze werkelijke waarde moet de onteigende altijd integraal worden vergoed.

Wat aldus in de elementen *a*, *b* en *c* de „volledige schadeloosstelling” omvatten kan, is neergelegd in een uitgebreide jurisprudentie, een jurisprudentie, die nog steeds een verdere ontwikkeling en verfijning van het begrip te zien geeft. Het is niet doenlijk daarvan in een kort bestek een enigszins volledig beeld te geven. Ik wil er dan ook alleen enkele opmerkingen over maken, die voor verduidelijking van het verdere betoog wellicht dienstig kunnen zijn.

Tot de vergoeding van de persoonlijke schade behoort de vergoeding van de kosten, die de onteigende als gevolg der eigendomsontneming moet maken. Bij onteigening van percelen, die de onteigende alleen maar zelf bewoont, zijn dat voornamelijk de verhuiskosten en de noodzakelijke kosten voor inrichting van zijn nieuwe woning, onder aftrek van een verbetering van oud tot nieuw. Wanneer de onteigende het goed gebruikt voor zijn bedrijf of beroep of wanneer, ook zonder dat bepaald van een bedrijf kan worden gesproken, het onteigende goed voor hem een bestaansbron is, komt echter de vergoeding van de persoonlijke schade (bedrijfsschade) aan de orde.

Uitgangspunt bij de schadeloosstelling is, dat de onteigende van de onteigening niet slechter mag worden maar ook niet beter, of anders gezegd, dat zijn vermogens- en inkomenspositie vóór en na de onteigening economisch gelijk zal moeten zijn. Voorts zal de schadeberekening moeten geschieden op de basis dat de onteigende redelijk zal handelen en zich op rationele wijze aan de gevolgen van de onteigening zal aanpassen, eenzelfde gedachte dus als wij in het verbintenissenrecht aantreffen, dat schade,

die niet *behoeft* geleden te worden, ook niet vergoed wordt.

Uitgangspunt is ook, dat de onteigende die een geoorloofd bedrijf³ heeft, waarvan het bestaan en het voortbestaan maatschappelijk-economisch gerechtvaardigd is en dat hij, naar te voorzien valt, ook zal kunnen voortzetten, er niet in *behoeft* te berusten, dat door de onteigening aan zijn bedrijf een eind wordt gemaakt, maar recht er op heeft zijn bedrijf elders voort te zetten, ook al zou schade-loosstelling op basis van liquidatie van zijn bedrijf de onteigenaar goedkoper uitkomen.⁴

Indien bij een bedrijf een vergoeding wordt toegekend op basis van overplaatsing, zal er als regel, wanneer ook de aanloopkosten op de nieuwe plaats van vestiging in de vergoeding zijn begrepen, geen verdere persoonlijke schade overblijven. Wanneer echter door de onteigening een bestaansbron verloren gaat, die *niet* vervangen kan worden, blijft er een persoonlijke schade te vergoeden over. De belangrijkste gevallen zijn die, waarin een bedrijf niet overgeplaatst kan worden en dus moet worden geliquideerd. De persoonlijke schade is dan in hoofdzaak het verschil tussen het netto inkomen, dat de onteigende zonder onteigening had kunnen verdienen enerzijds en de rente, die hij van zijn vermogensschadeloosstelling kan kweken plus de waarde van zijn vrijkomende arbeidskracht anderzijds.

De sub c genoemde schade, voorzover die niet eenmaal, maar jaarlijks een tijd lang zal worden geleden, moet naar contante waarde gekapitaliseerd worden vergoed over het aantal jaren, waarover de onteigende, — ware er geen onteigening gekomen — nog het genot van het onteigende zou hebben gehad. Soms kan dit aantal jaren bij de onteigening reeds worden vastgesteld, zoals b.v. in het geval van onteigening van een steenbakkerij die zonder onteigening, nog slechts voor 8 jaar klei beschikbaar zou hebben. Wanneer echter aangenomen moet worden, dat een eigenaar nog een onbeperkt aantal jaren het genot van het onteigende zou hebben behouden en die eigenaar een natuurlijk persoon is, wordt het aantal jaren als regel op 13

³ Ik beperk mij eenvoudigheidshalve nu maar tot het bedrijf.

⁴ Zie o.m. noot Veegens onder H.R. 15-10-1947 N.J. 682 en noot Houwing onder H.R. 4-6-1952 N.J. 1953 364. Hamming p. 128 v.

gesteld, hetgeen bij een rentevoet van gemiddeld 4 % neerkomt op circa $10 \times$ de jaarlijkse schade; vandaar dat dan ook dikwijls zonder meer vermenigvuldiging met de factor 10 plaats vindt. Bij onteigening van andere belanghebbenden, die aanspraak op volledige schadeloosstelling hebben, geldt hetzelfde beginsel. De tijdsduur en de zekerheid van het genot van hun recht bepalen de kapitalisatiefactor en het beginsel van volledige schadeloosstelling brengt mee, dat voor hen, die een tijdelijk recht hebben, de duur van hun recht en genot wordt bepaald met inachtneming van zodanige verlenging van hun tijdelijk recht, als waarop zij — ware er geen onteigening gekomen — redelijkerwijs zeker hadden kunnen rekenen. Aldus wordt als regel bij de pachter, die in beginsel recht op volledige schadeloosstelling heeft, ook met toekomstige verlenging van zijn pacht rekening gehouden.

Indien tijdelijke rechten als pacht, tijdelijke erfpacht, opstal etc., hoe lang zij ook nog zouden duren, door de onteigening verloren gaan, is voor die tijdelijk-rechthebbende de kapitalisatiefactor die voor het onbeperkte recht van de eigenaar geldt, het plafond. Gewoonlijk komen zodanige rechthebbenden niet aan dat plafond. Hun bezit is immers als regel minder duurzaam en veilig dan dat van de eigenaar en het is dus ook minder waard. Die mindere waarde kan tot uitdrukking komen in het verschil tussen de waarde van hun recht (b.v. een tijdelijk opstal) en de volle eigendom, en kan ook tot uitdrukking komen in de mindere waarde van hun inkomenspositie. Hoe minder sterk en duurzaam de positie van een tot schadeloosstelling gerechtigde is, hoe lager de kapitalisatiefactor zal zijn die als basis van zijn schadeloosstelling moet worden genomen.

II. *Grondslag van de leer der volledige schadeloosstelling.*

De factoren *a* en *b* der schadeloosstelling, de vergoeding dus van de werkelijke waarde van het onteigende en van de mindere waarde van het niet onteigende zijn in de O.W. te vinden (artt. 40 en 41). De sub *c* genoemde factor: de vergoeding van alle verdere persoonlijke schade van de onteigende steunt op het artikel van de grondwet (thans art. 165), dat onteigening ten algemenen nutte niet ge-

schiedt dan tegen vooraf genoten of vooraf verzekerde schadeloosstelling.

Deze factor *c* was aan de O.W. van 1851 vreemd; zij heeft zich in haar opzet niet bezig gehouden met andere schaden dan die genoemd onder *a* en *b* en haar voorschriften hebben dan ook alleen op de vergoeding van *die* schaden betrekking.

Al spoedig na de tot standkoming van de onteigeningswet heeft de H.R. op basis van het grondwetsartikel de leer der volledige schadevergoeding ontwikkeld in een reeks arresten⁵ en verstaan, dat de grondwet het recht op schadeloosstelling van de onteigende erkent zonder enige beperking en dit dus toekent in de meest ruime zin.⁶ Ook deze jurisprudentie heeft in de circa honderd jaren van haar bestaan een ontwikkeling doorgemaakt. Stond aanvankelijk slechts vast, dat in geval van onteigening de eigenaar recht op volledige schadeloosstelling heeft, bij arrest van 13 september 1918 N.J. 1020 W. 10321 besliste de H.R. dat de wet ook de schadeloosstelling van de rechthebbers op zakelijke rechten heeft verzekerd en kende hij dus ook aan de tijdelijke erfpachter het recht op volledige schadeloosstelling toe. Bij de arresten van 6 mei 1931 N.J. 1611 W. 12459 en 8 februari 1933 N.J. 1125 W. 12577 werd hetzelfde beslist ten aanzien van een mede-eigenaar, die op het onteigende zijn bedrijf uitoefende „uit hoofde van zijn zakelijk recht van mede-eigendom.”

De gehele ontwikkeling van het begrip volledige schade-loosstelling in zijn zo uiterst belangrijke factor *c*: de vergoeding van de verdere persoonlijke schade naast die van de factoren *a* en *b*, is dus jurisprudentierecht.

De vraag *welke* schaden moeten worden vergoed, wordt beslist door het causaal verband tussen de onteigening en de schade. De H.R. gebruikt in zijn arresten daarbij niet steeds dezelfde formulering. De standaardformulering is wel die van het arrest van 23 december 1864 W. 2652 e.a. dat in de Onteigeningswet is aangenomen „*het beginsel „ener volledige schadeloosstelling voor alles wat is een*

⁵ H.R. 7 maart 1864 W. 2569, H.R. 23 dec. 1864 W. 2652, H.R. 27 maart 1871 W. 3306 H.R. 16 juli 1878 W. 4278, H.R. 5 dec. 1904 W. 8151, H.R. 19 nov. 1906 W. 8459.

⁶ H.R. 5-12-1904 W. 8151.

„rechtstreeks en noodzakelijk gevolg der onteigening”. Daarnaevens komen andere formuleringen voor: soms „rechtstreeks gevolg”, soms „rechtstreeks en onmiddellijk gevolg”, soms „noodzakelijk gevolg”.

Wanneer acht de rechtspraak het oorzakelijk verband voldoende om aan te nemen, dat de schade het gevolg der onteigening is?

Een volledig antwoord op die vraag is moeilijk. Hamming heeft er in zijn werk „De schadeloosstelling bij onteigening”, oorspronkelijk zijn dissertatie, uitvoerige beschouwingen aan gewijd.⁷ Er zijn verschillende factoren, die bij de vorming van het oordeel over het causale verband een rol spelen; enerzijds weigert de rechtspraak niet de vergoeding van een schade, die redelijkerwijs als gevolg der onteigening te verwachten is, anderzijds wil zij geen schade vergoeden, die niet behoeft te worden geleden en legt zij daarbij de maatstaf aan, dat de onteigende redelijk zal handelen en zich aan de gevolgen der onteigening rationeel zal aanpassen.

Ondanks de algemene richtlijnen blijft het in vele gevallen ius in causa positum.

III. De bestaande kring van belanghebbenden.

De kring van belanghebbenden, zoals deze volgens de thans geldende regelen recht op al dan niet volledige schadeloosstelling heeft, zal ik korthedshalve noemen de bestaande kring van belanghebbenden.

Niet ieder heeft recht op vergoeding van de schade, die hij als gevolg van een onteigening lijdt. Naar algemene opvatting geeft de O.W. een *exclusieve* opsomming van de belanghebbenden, die bij onteigening een recht op schadeloosstelling hebben.

Het zijn:

- a. ingeval van onteigening van een perceel (bebouwd of onbebouwd): de eigenaar, de mede-eigenaar, iedere andere zakelijk gerechtigde, de huurder en de pachter; en

⁷ Mr S. J. Hamming. De schadeloosstelling bij onteigening, blz. 119–140. Zie ook Dr Hamming in O.R. Dl. II, Hoofdstuk II par. 1. (Met O.R. is aangeduid het werk van Prof. Mr W. J. I. van Wijnen en Dr S. J. Hamming, dat onder de titel „Onteiningsrecht” bezig is te verschijnen in de Juridische Bibliotheek, deel V, uitg. Kluwer.

- b. in het geval waarin volgens art. 4 de afzonderlijke onteigening van de zakelijke rechten van erfdiensbaardheid, opstal, erfpacht, vruchtgebruik, gebruik, bewoning of beklemming mogelijk is: de rechthebbers (eigenaars van het zakelijk recht), alsmede zij, die op het te onteigenen recht zakelijke rechten hebben.
- c. aangezien bezit een zakelijk recht is, heeft in beide categorieën ook de bezitter recht op schadeloosstelling.⁸

Wie ingeval van onteigening van een perceel of van een zakelijk recht *niet* tot de door de wet erkende kring van belanghebbenden⁹ behoort, kan noch in noch buiten¹⁰ de onteigeningsprocedure een aanspraak doen gelden op vergoeding van de schade, die hij door de onteigening lijdt.

Zij die tot de bestaande kring van belanghebbenden behoren hebben dus gemeen, dat zij allen recht op schadevergoeding hebben.

Zij hebben echter niet allen recht op volledige schadeloosstelling en ook overigens zijn hun rechten op schadeloosstelling niet gelijk.

⁸ Ik noem de bezitter dan ook alleen daarom afzonderlijk, omdat zijn recht eigenlijk eerst in recente jurisprudentie naar voren is gekomen: zie H.R. 19-10-1949 N.J. '50 — 3.

⁹ Aan de processuele positie van de diverse belanghebbenden ga ik voorbij. De in artikel 3 lid 1 genoemden, wier rechten in de openbare registers zijn ingeschreven, moeten door de onteigenaar als gedaagde in het geding worden geroepen. Degenen, die in art. 3 *derde belanghebbenden* worden genoemd (huurder, pachter en zakelijk gerechtigden) zullen als regel moeten interveniëren, om hun rechten geldend te maken. Zij hebben dit echter gemeen met de eigenaren, mede-eigenaren etc. die niet in het kadaster staan ingeschreven: ook die zullen moeten interveniëren.

Dit alles heeft echter voor de omvang van het materiële recht op schadeloosstelling geen betekenis. Ook de belanghebbenden, die (nog) niet hebben geïntervenieerd, of wier interventie is afgewezen (art. 3 lid 3) kunnen hun belangen bij de Rechter-Commissaris en deskundigen voordragen (artt. 35 en 36) en de belanghebbenden, wier interventie is afgewezen en die dus buiten proces zijn gesteld, behouden hun materieel recht op schadeloosstelling; zij hebben eveneens casatieberoep tegen het eindvonnis. Zie over deze materie O.R. Dl. I Hoofdstuk III nos. 24, 29, 37, 38; Hoofdstuk V nos. 38 en 39.

¹⁰ Zie O.R. Dl. I, Hoofdstuk III no. 31.

IV. *De rechten op schadeloosstelling binnen de bestaande kring van belanghebbenden.*

Alle belanghebbenden binnen de bestaande kring van belanghebbenden, met uitzondering van de pachter en de huurder, hebben recht op volledige schadeloosstelling; hun wordt dus ook de persoonlijke schade vergoed, die zij als direct en noodzakelijk gevolg van de onteigening lijden in het bedrijf of beroep, dat zij in, op of met het onteigende uitoefenen, of die zij zullen lijden door verlies van het onteigende goed, dat voor hen een bestaansbron is.

Deze opvatting, dat *alle* belanghebbenden met uitzondering van de pachter en de huurder deze persoonlijke schade (het bovengenoemde element *c* dus) volledig vergoed krijgen, wordt niet algemeen onderschreven.

Jonckers Nieboer¹¹ en Hamming¹² zijn van mening dat vergoeding van deze persoonlijke schade aan de hypotheekhouder, de vruchtgebruiker, de gebruiker en de bewoner niet kan worden gegeven. Zij gronden hun mening op de tekst van de artikelen 43 en 45, welke voorzover ten deze van belang luiden:

Art. 43 lid 1:

„De hypotheekhouder heeft geen regt op eenige afzonderlijke schadevergoeding. Hij oefent zijn regt alleen uit op de som, die aan den eigenaar van het verbonden perceel of den regthebbende op het verbonden zakelijk regt is toegekend, en zulks onverschillig of zijne schuldvordering al dan niet opeisbaar zij.”

Art. 45, lid 1 en 2:

1. „Hij die op het onteigende een regt van vruchtgebruik had, heeft slechts aanspraak op de interessen van de aan den onteigende als schadeloosstelling toegekende som, welke op zijn verlangen in een der grootboeken der nationale werkelijke schuld, te zijner keuze, wordt ingeschreven.
2. Hetzelfde geldt voor hen, die een regt van gebruik of bewoning op het onteigende hebben, doch alleen tot een bedrag, berekend naar gelang van hun genot, door de deskundigen te bepalen.”

Voor de onredelijke en irrationele gevolgen van hun opvatting zijn genoemde schrijvers allerminst blind, doch

¹¹ Mr Dr J. H. Jonckers Nieboer, *Onteigeningsrecht* (1931).

¹² *De Schadeloosstelling bij Onteigening* p. 221.

zij zijn van mening, dat de artikelen 43 en 45 daartoe dwingen. De gevolgen van die opvatting kunnen zeer onbillijk zijn, men denke bv. eens aan de vruchtgebruiker of gebruiker, die in het onteigende een bloeiend bedrijf uitoefent. Die gevolgen zijn ook niet redelijk: de beperking voor de aldus uitgezonderden heeft niets te maken met de maatschappelijk-economische of met de juridische waardering van hun positie. Hun belangen zijn niets minder respectabel dan die van de overigen. De beperkingen, die in de opvatting van Jonckers Nieboer en van Hamming art. 45 voor vruchtgebruiker, gebruiker en bewoner zou meebrengen, zijn bovendien irrationeel geworden, toen in art. 4 het geval van afzonderlijke onteigening o.m. van hun zakelijke rechten werd opgenomen. Bij zulk een afzonderlijke onteigening kunnen die beperkingen op de volledige schadeloosstelling niet gelden, omdat art. 45 blijkens zijn oorsprong en tekst voor het geval van afzonderlijke onteigening niet geschreven is.¹³

Prof. Houwing is in zijn noot onder het arrest van de H.R. d.d. 19 oktober 1949 N.J. '50.3 van oordeel, dat het onredelijke resultaat, waartoe de opvatting van Jonckers Nieboer en Hamming leidt, niet noodzakelijk is. „Als men” — aldus Houwing — „de artt. 40 en 41, die ten aanzien van de eigenaar enkel spreken over vergoeding van de waarde van het onteigende en de waardevermindering van het overblijvende, geen bezwaar acht om de eigenaar recht op volledige schadevergoeding te geven, dan behoeft men zich m.i. door de artt. 43—47 niet te laten weerhouden de daargenoemde zakelijk gerechtigden evenzeer recht op volledige schadevergoeding te geven c.q. ook van hun bedrijfsschade. Aan al deze artt. ligt nu eenmaal een beperktere opvatting van den wetgever van het recht op vergoeding ten grondslag, dan de H.R. aanvaardt.”

Het standpunt van Prof. Houwing is m.i. het juiste. Bij zijn opvatting sluit ik mij geheel aan. De wet van 1851 kende alleen de in de aanvang van dit opstel genoemde factoren *a* en *b*: vergoeding van de werkelijke waarde van het onteigende en van de waardevermindering van het niet onteigende. De vergoeding van de persoonlijke schade als factor *c* der volledige schadeloosstelling is door de

¹³ Hamming t.a.p. blz. 228.

rechtspraak buiten de bepalingen der onteigeningswet om ontwikkeld; die bepalingen zijn voor de vergoeding der persoonlijke schade niet geschreven en niet bedoeld en zij dienen daar dan ook niet op te worden toegepast. Op die grond stelde ik hierboven, dat alle belanghebbenden binnen de bestaande kring, met uitzondering van de pachter en de huurder, recht hebben op volledige schadeloosstelling.

Voor wie echter de opvatting van Jonckers Nieboer en Hamming deelt, ligt m.i. de conclusie voor de hand, dat de artikelen 43—47 dienen te worden geschrapt. Voor de ongelijke behandeling van de belanghebbenden binnen de bestaande kring bestaat geen reden. Zodra de in 1864 aangevangen jurisprudentie van de H.R., die erkenning inhield van het recht op volledige schadeloosstelling, geldend recht was geworden — en dat is zij nu circa honderd jaren — werden in de opvatting Jonckers Nieboer en Hamming de bepalingen van de artikelen 43—47 willekeur ten opzichte van de daarin genoemde zakelijk gerechtigden en gingen zij ook irrationeel werken. De bepaling van artikel 43 b.v., dat de hypotheekhouder zijn verhaalsrecht uitoefent op de schadeloosstelling, was begrijpelijk toen, zoals in de gedachte van de O.W. van 1851 het geval was, die schadeloosstelling slechts bestond uit de werkelijke waarde van het onteigende en de minderwaarde van het niet onteigende. Er is echter geen redelijkheid in,¹⁴ dat de hypotheekhouder, gelijk thans het geval is, zijn hypotheekrecht ook kan uitoefenen op de kostenvergoedingen en de bedrijfsschadeloosstellingen van de onteigende.

Ook in mijn opvatting, dat de artt. 43—47 niet aan de toekenning van volledige schadeloosstelling in de weg staan, zou ik die artikelen willen schrappen. De wet kan de substituties blijven aangeven waarop de vruchtgebruiker en bewoner hun door de onteigening gewijzigd recht kunnen blijven uitoefenen en de substitutie waarop de hypotheekhouder zijn vordering kan verhalen, maar er is geen reden, dat door zodanige aanwijzing hun recht op schadeloosstelling zou moeten worden verkort, indien zij dan nog schade door de onteigening hebben.

In de schrapping kunnen art. 48 der O.W. j^o art. 649

¹⁴ Hamming t.a.p. blz. 218; Jonckers Nieboer p. 197; zie ook pag. 198.

B.W. worden begrepen. Zij kunnen tot een juiste waarde-bepaling van verdrongen landen geen bijdrage leveren.

In elk geval dient art. 49 in de schrapping te worden begrepen.¹⁵ In mijn opvatting en ongetwijfeld ook in die van Prof. Houwing staat art. 49 niet aan volledige vergoeding van bedrijfsschade etc. der zakelijk gerechtigden in de weg. Doch het artikel is alleen maar hinderlijk. Ik mag daarvoor naar Hamming t.a.p. blz. 228/9 verwijzen.

V. *De schadeloosstelling binnen de bestaande kring van belanghebbenden.* (vervolg)

De betekenis van de tijdsduur van het gebruiksrecht.

Volledige schadeloosstelling van de onteigende, wiens goed of wiens recht onteigend wordt en van belanghebbenden, aan wie door die onteigening hun rechten worden ontnomen of beperkt. houdt in, dat bij de bepaling der schadeloosstelling voor diegenen die een recht hebben, dat onder een tijdsbepaling is gevestigd, of die een recht van onbepaalde duur hebben, dat door opzegging kan worden beëindigd, rekening wordt gehouden met de kansen op verlenging van hun recht resp. van bestendig blijven van hun recht. Natuurlijk niet met de blote eventualiteit, dat die rechten wel eens zouden kunnen worden verlengd of bestendig, doch wel met de mogelijkheden van verlenging c.q. verdere duur, die redelijkerwijs te verwachten waren, als er geen onteigening tussen was gekomen. Men zal in zulke gevallen niet de periode van 13 jaren of de factor 10, die voor de eigenaar geldt, gebruiken, doch een lagere factor aannemen. Die factor zal in elk individueel geval verschillen naar mate van de kans op verlenging of continuatie, die men, naar de omstandigheden van het geval, verantwoord acht redelijkerwijs als voldoende zeker aan te nemen. Aldus handelde de Hoge Raad, toen hij in zijn hierbovengenoemde arrest de bezitter als zakelijk gerechtigde volledige schadeloosstelling toelegde; basis der schadeloosstelling was de geschatte tijdsduur waarover de bezitter naar redelijke verwachting zijn bezit tegenover de eigenaar had kunnen handhaven.

¹⁵ Ook Hamming Onteigeningsrecht p. 229 staat de schrapping voor.

Aldus handelde de Hoge Raad ook in de reeds genoemde arresten van 1931 en 1933, waarin aan de mede-eigenaar volledige schadeloosstelling werd toegelegd. De Hoge Raad zag geenszins over het hoofd, dat de positie van de mede-eigenaar minder sterk was, dan die van iemand, die alleen eigenaar is. Er was natuurlijk te allen tijde een *mogelijkheid*, dat de mede-eigenaar de uitoefening van het bedrijf van de andere mede-eigenaar kon beletten of belemmeren, maar dat verhinderde de H.R. niet de redelijkerwijs te verwachten kans op continuatie van het bedrijf van de mede-eigenaar bij de berekening van zijn schadeloosstelling als grondslag te aanvaarden.

Aldus handelt ook Hamming ten aanzien van alle zakelijk gerechtigden, wier rechten krachtens art. 4 afzonderlijk worden onteigend; zij hebben ook in zijn systeem recht op volledige schadeloosstelling en dus moet met de kans op verlenging van hun recht rekening worden gehouden.¹⁸

Aldus handelt ook art. 42a ten aanzien van de pachter: bij de bepaling van zijn schadeloosstelling wordt niet alleen met de duur van zijn pacht rekening gehouden, maar ook met de mogelijkheid dat de pachtovereenkomst ingevolge de artikelen 36—47 van de Pachtwet zou zijn verlengd.

Deze basis is niet alleen van belang voor de bepaling van de persoonlijke schade, maar ook voor die van de werkelijke waarde van het onteigende. Dit verdient in het bijzonder bij een vrij veel voorkomende soort erfpachten de aandacht. Ik doel op de vele erfpachtsrechten, die door polderbesturen worden verleend. Dergelijke rechten worden dikwijls voor lange tijd b.v. 20 of 30 jaren verleend en vele dijkbebouwingen met woningen en bedrijfspanden zijn geschied op grond van zulk een recht. De polderbesturen plegen dergelijke rechten — onder herziening van de canon — steeds te verlengen. Het geval, dat polderbelangen zich tegen die verlenging verzetten, behoort tot de hoge uitzonderingen.

Wanneer nu ten tijde van een onteigening bij een erfpacht de einddatum van het bestaande erfpachtsrecht reeds naderbij komt, is het rekening houden met de kans op verlenging van groot belang. De meeste van die erf-

¹⁸ Hamming t.a.p., blz. 228.

pachten immers houden de bepaling in, dat de grond bij het einde van de erfpacht weer effen moet worden opgeleverd. Vergoeding van de opstallen wordt niet gegeven. Ofschoon naar hun aard dikwijls meer opstalrechten, zijn het naar hun inhoud geheel erfpachtsrechten volgens het B.W. Zou men niet met de kans op verlenging rekening mogen houden, dan zou voor de erfpachter in bedoeld geval in de onteigening de waarde van zijn bezit slechts op een minimaal bedrag kunnen worden vastgesteld.

Juist en billijk lijkt mij een (niet gepubliceerd) vonnis der Arrondissements-Rechtbank te Haarlem d.d. 7 februari 1956.

Deskundigen hadden in verband met de onteigening van opstalrechten drie systemen ontwikkeld, te weten:

a. aan de opstalhouders komt toe:

1. vergoeding voor het gemis van het genot van grond en opstal tot de datum, waarop het opstalrecht contractueel eindigt;
2. — daarmee samenhangende — vergoeding van de afbraakwaarde van de opstal;

b. aan de opstalhouders komt toe:

1. vergoeding voor het gemis van het genot van grond en opstal, gebaseerd op een onbepaalde duur van het opstalrecht;
2. — daarmee samenhangende — vergoeding van de werkelijke waarde van de opstal;

c. aan de opstalhouders komt toe:

de werkelijke verkoopwaarde van het opstalrecht met inbegrip der (eventuele) opstallen;

De Rechtbank overwoog:

Overwegende dat de Rechtbank gelijk zij hieronder nader zal uiteenzetten, van oordeel is, (?) dat noch het hierboven vermelde systeem sub a noch dat sub b gevolgd dient te worden, doch dat daarentegen het hierboven sub c weergegeven systeem van berekening het juiste is, waarbij zij haar argumenten als volgt samenvat;

Wil men — en daar behoort het ten deze toch om te gaan — komen tot de werkelijke waarde als bedoeld in artikel 40 der Onteigeningswet, dan dient men de waarde vast te stellen, welke bij een normale, vrijwillige verkoop zou worden bereikt. Bij zulk

een verkoop van het opstalrecht met inbegrip van eventuele opstallen zal een eventuele koper uiteraard rekening houden met alle voor de waarde van het object van belang zijnde factoren, dus zowel met de contractuele bepalingen, welke het recht regelen als met de tientallen jaren lange praktijkervaring met betrekking tot de gedragslijn van het polderbestuur ten opzichte van de opstalhouders. Geen van beide factoren, die beide relevant zijn, mogen bij een taxatie der waarde dan ook verwaarloosd worden. De bepalingen van het contract mogen niet verwaarloosd worden, omdat er geen volstrekte zekerheid bestaat dat het bestuur van de polder, welks samenstelling in de loop van de tijd uiteraard aan wijziging onderhevig is, zijn huidige gedragslijn steeds zal continueren, zodat er — strikt genomen — de facto wel degelijk van een tijdelijk recht sprake zou kunnen zijn, met alle gevolgen ook voor de verplichte verwijdering der opstallen. De huidige praktijkervaring mag echter evenmin verwaarloosd worden, omdat in de praktijk het opstalrecht niet alleen zijn inhoud vindt in het schriftelijk overeengekomene, doch ook in een steeds bestaanhebbende en volgens onbewiste mededeling van het polderbestuur althans voorlopig niet voor verandering in aanmerking te brengen gewoonte, die er toe heeft geleid dat in de huidige praktijk op een voortduren van het censverleende recht wordt gerekend. Bij het vaststellen der schadeloosstelling in de zaken der onderscheiden opstalhouders dient dan ook het door deskundigen vermelde systeem *c* te worden gevolgd, wijl dit de grootst mogelijke waarborgen biedt om tot een zo juist mogelijke waardering der werkelijke waarde van het te onteigenen goed te geraken, terwijl een waardering op basis van dit systeem op geen enkele wijze in strijd is met enige bepaling der Onteigeningswet en meer speciaal niet met artikel 47 dier Wet;

Aldus vonniste ook de Arrondissements-Rechtbank te Amsterdam op 2 december 1958 met een motivering van dezelfde aard. De onteigening weggedacht, zouden zulke erfpachten als regel zijn verlengd.¹⁷

Het is ook niet meer dan redelijk, dat aldus wordt gehandeld. Wanneer iemand door onteigening zijn recht

¹⁷ Het Hoogheemraadschap Waterland had in die zaak medegedeeld:

„In het algemeen wordt bij beëindiging van een door ons verleend „recht van erfpacht, dit weer verlengd voor een periode van 30 jaar, „waarbij dan tegelijk de canon belangrijk wordt verhoogd en wordt „aangepast aan de tegenwoordige prijzen. De erfpachtsvoorwaarden „worden in het algemeen verder niet veranderd. Het zal u duidelijk „zijn dat echter geen 100 % zekerheid gegeven kan worden, dat „werkelijk zal worden verlengd. Indien geen verlenging zou plaats „vinden, dan ontvangt de erfpachter geen schadevergoeding. Er is „namelijk geen recht op verlenging”.

verliest, wordt hem niet alleen zijn recht, maar ook een vermogensobject, beter gezegd misschien een economisch goed, ontnomen, soms tevens zijn bedrijfsmiddel en de bron van zijn bestaan. De waarde van dat economisch goed wordt niet bepaald door de tijdsduur van het gebruiksrecht van de grond of van het pand waaraan het is verbonden. Sigarenzaken, kapperszaken en vele andere bedrijven en bedrijfjes, die gevestigd zijn in huurpanden, worden verkocht, ook al kan door de koper slechts een tijdelijke huur van het pand of van de bedrijfsruimte mee worden overgenomen. De koper verdisconteert de redelijke kans, dat de huur zal worden gecontinueerd als hij een passende huur wil blijven betalen. Zou hij alléén rekening houden met de lopende huurjaren — lange huren waren behalve voor héél grote zakenpanden zeer ongebruikelijk — dan zou hij er niet over denken de in het huurpand gevestigde affaire te kopen. Hetzelfde geldt bij de boven besproken erfpachten. Het bezit van de erfpachter, dikwijls een woning, winkel of ander bedrijfspand heeft een verkoopwaarde, waarin de kansen op verlenging van de lopende erfpachtsduur zijn verdisconteerd. Wie oordeelt, gelijk de Hoge Raad deed in een arrest van 8 oktober 1924¹⁸, dat de tekst van art. 47 zich er tegen verzet aan de erfpachter de werkelijke waarde van zijn bezit en c.q. zijn bedrijfsschade volledig te vergoeden, moet wel verlangen, dat art. 47 wordt geschrapt.

VI. *De schadeloosstelling binnen de bestaande kring van belanghebbenden. (vervolg)*
Pachter en huurder.

Binnen de bestaande kring van belanghebbenden zijn de pachter en de huurder de enigen, die niet een zakelijk recht, doch een *persoonlijk* contractueel recht hebben op het gebruik van het onteigende.

Beiden heb ik hierboven sub IV uitgezonderd in de opsomming van de belanghebbenden, die recht op volledige schadeloosstelling hebben. De pachter had ook wel in die opsomming kunnen worden begrepen, want een geval, dat de pachter geen volledige schadeloosstelling krijgt, is uitzondering op de regel.

¹⁸ W. 11283 N.J. '24 1098.

De pachter.

Zijn recht op volledige schadeloosstelling vond voor het eerst erkenning in artikel 88 van het Pachtbesluit van 12 november 1941. Door de verwijzing naar artikel 31 lid 2 van dat besluit, werd het mogelijk bij de bepaling van de schadeloosstelling in onteigeningen ook rekening te houden met de kansen van de pachter op verlenging van zijn pacht na het einde van de gecontracteerde pachtijd. Op dit elementaire beginsel der volledige schadeloosstelling werd echter uitzondering gemaakt doordat alleen diè pachters voor volledige schadeloosstelling in aanmerking kwamen, wier pachtijd nog één of meer jaren moest duren, voor welk criterium de datum van het (eind) vonnis van onteigening beslissend was. Over de hardheden, die art. 88 ten gevolge heeft gehad zal ik niet spreken; het artikel is geschiedenis geworden.

Thans zijn de rechten van de pachter bij onteigening geregeld in art. 42a. Ofschoon daarin zijn recht op volledige schadeloosstelling enige uitzonderingen kent, komt het toch de volledige schadeloosstelling zeer nabij. De bepaling van art. 42a lid 5 immers is nauwelijks een beperking; deze wetsregel is zeer vergelijkbaar met de periode van 13 jaar, die de jurisprudentie ook bij het naar tijd onbeperkte recht van de eigenaar voor de schadeberekening toegepast. Ook de bepaling van art. 42a lid 6 is van aard gelijk aan wat ingevolge art. 39 of 91 ten aanzien van de eigenaar geldt. Deze bepalingen kunnen een streep door de rekening van een argeloze pachter resp. eigenaar zijn. Daartegenover staat, dat de noodzaak van regels als die van 42a lid 6, resp. 39 of 91 kan worden erkend en dat zij aan de betrokkenen niet een onredelijke eis van waakzaamheid stellen.

Van de bepaling van art. 42 lid 3 kan niet helemaal hetzelfde worden gezegd. Wanneer een uitbreidingsplan van recente datum is, mag men er van uitgaan dat het in het desbetreffende peripheriegebied bekend is en dat de landelijke bevolking zijn doen en laten er door laat beïnvloeden. Maar dit laatste uitgangspunt wordt moeilijker vol te houden, naar mate het plan ouder wordt, zonder dat er enige sporen zijn dat het wordt geëffectueerd. Het leven gaat door en men kan niet al te lang een klem blijven

leggen op degenen die het land naar zijn oude bestemming blijven of gaan gebruiken. Bovendien wordt aan de wettelijke bepaling, dat het uitbreidingsplan ener gemeente om de 10 jaren moet worden herzien, niet steeds de hand gehouden. Wanneer een uitbreidingsplan van jaren her dateert, zonder dat het in het betrokken deel der gemeente geëffectueerd wordt, wordt de beperking der schadeloosstelling die art. 42a lid 3 medebrengt onbevredigend, omdat de rechtsgrond daartoe voor de belanghebbenden niet meer spreekt.

De beperking die art. 42 lid 3 inhoudt, wordt op haar beurt echter door art. 42 lid 4 weer aanmerkelijk beperkt en art. 42 lid 4 is nog weer verruimd bij de wet van 8 februari 1961, Stbl. 30. De scherpste kanten zijn aldus van art. 42 lid 3 wel weggenomen.

De schadeberekening voor de pachter geschiedt óók over de tijd waarmede zijn pacht ingevolge de artt. 36—47 van de Pachtwet, wel zou zijn verlengd, als er geen onteigening was gekomen, hetgeen inderdaad nodig is, wil men van volledige schadeloosstelling kunnen spreken.

Als regel heeft de pachter dus recht op volledige schadeloosstelling. Behoudens de door lid 4 gemitigeerde uitzondering van art. 42 lid 3, bestaat op het recht van de pachter nog slechts één uitzondering n.l. die voor de korte verpachtingen, die ten tijde der onteigening (vonnis) niet reeds met 6 jaar zijn verlengd (42a lid 2).

Niettemin hebben deze beperkingen, al zijn ze niet van overwegende betekenis, mij er toe geleid de pachter te rangschikken onder de bestaande belanghebbenden, die niet een recht op volledige schadeloosstelling hebben. Dit wil niet zeggen, dat ik wijziging van art. 42a zou willen voorstellen. De regeling van art. 42a is een product van recente wetgeving die is tot stand gekomen met de volledige schadeloosstelling tot uitgangspunt en onder de vigueur van een schadeloosstellingsstelsel dat de volledige schadeloosstelling tot grondslag had. Zij is onder het wakend oog der machtige landbouworganisaties in het parlement nu eenmaal aanvaard.

De Huurder.

Is de pachter het lief kind van de wetgever, de huurder is zijn stiefkind.

Indien de huurder ten dage van het onteigeningsvonnis nog één of meer jaren huur heeft, krijgt hij een schadeloosstelling gelijkstaande aan de huurprijs van twee jaren. Belopen de waarde van de te velde staande vruchten, of de onkosten, die de huurder gedurende de laatste twee jaren aan het goed heeft besteed, méér dan de tweejarige huurprijs, dan krijgt de huurder die waarde of die onkosten vergoed. Heeft de huurder minder dan een jaar huur, dan krijgt hij een jaar huur vergoed, of de waarde van de te velde staande vruchten, zo die meer beloopt.

Indien de onteigening geschiedt voor de volkshuisvesting, dan krijgt de huurder die minder dan een jaar huur heeft slechts viermaal de huurprijs, berekend over het tijdvak waarvoor de huur was aangegaan,¹⁹ tot een maximum van één jaar huur, of de waarde der te velde staande vruchten zo die meer beloopt.

Is de huur aangegaan of verlengd na de ter-visielegging van de onteigeningsplannen (art. 12 c.q. 80) dan krijgt hij van de onteigenaar geen vergoeding. In de onteigeningen voor de volkshuisvesting geldt voortzetting van weekhuren niet als verlenging (art. 95 l.l.).

Bij de berekening van de huurtijd van 1 of meer jaren tellen optiejaren mee.

De „schadeloosstelling” van de huurder is dus vrijwel geheel een fixum-regeling, die met de omvang van zijn schade niet te maken heeft; biedt echter de onteigenaar de huurder aan hem nog gedurende de lopende contractsduur in het gehuurde te laten, dan krijgt de huurder volgens heersende jurisprudentie²⁰ zelfs zijn fixum niet.

De fixumregeling van art. 42 (c.q. art. 95) houdt met vergoeding van schade nauwelijks verband. Reeds als de onteigening een huurder treft, die alleen maar een woning in huur heeft, is zijn fixum in vele gevallen onvoldoende om zijn noodzakelijke kosten van verhuizing en inrichting van een andere woning, na aftrek van nieuw voor oud, te dekken. Maar de fixumregeling schiet ten enen male

¹⁹ Men denke aan maand- of weekhuren.

²⁰ Bestreden door Hamming pag. 209.

te kort waar het huur van winkels, fabrieken, ateliers, kantoren en andere bedrijfs- of beroepsruimten betreft. Zelfs als het bedrijf verplaatsbaar is, heeft de huurder als regel grote schade die onvergoed blijft. Men denke slechts aan de kosten van overplaatsing, aan aanloopkosten op de nieuwe plaats van vestiging etc. Is het bedrijf niet verplaatsbaar of alleen verplaatsbaar met een als zeker te verwachten geringer rendement, dan kan de huurder geruïneerd zijn. Het helpt de huurder niet of hij een langdurig huurcontract heeft, want de tweejarige huurprijs is in art. 42 en in art. 95 altijd het maximum van zijn vergoeding. Ten aanzien van de niet lang lopende huren — in normale tijd verreweg het grootst in aantal — kan men hier tegenover stellen, dat de huurder na ommekomst van zijn lopende huur, altijd de kans loopt dat de eigenaar de huur niet wil continueren, of een voor onbepaalde tijd aangegane huur opzegt. Dat is zo. Maar het is meestal niet meer dan een kwade kans, b.v. als de eigenaar zelf in het gehuurde een zaak of bedrijf wil vestigen, of als zijn pand door een derde met dat doel tijdens de huurtijd gekocht is. In de overgrote meerderheid van de gevallen wordt in normale tijd de huur van een bedrijfspand niet beëindigd, wanneer de huurder bereid is een passende huur te blijven betalen.

De redelijkerwijs te verwachten duur van het genot van het gehuurde c.q. met verlenging van zijn recht, moge in elk afzonderlijk geval kunnen verschillen, door de ont-eigening wordt de meest redelijke verwachting vernietigd en wordt zelfs een langjarig huurrecht vernietigd, zonder dat er een ook maar enigszins aequivalente vergoeding tegenover staat.

De volstrekt onvoldoende fixum-regeling voor de huurder staat wat art. 42 betreft sinds 1851 in de wet.²¹

Het argument dat de M.v.T. tot de O.W. van 1851 gaf voor de fixum-regeling van art. 42 voor de huurder is reeds lang waardeloos geworden.²² Dit argument was, dat wanneer anders voorgeschreven werd dan een fixum-regeling „de stuitendste ongelijkheid het gevolg van de be-

²¹ De ietwat afwijkende regel van art. 95 is in 1901 in de Wet gebracht bij de opening van Titel IV voor de onteigening voor de volkshuisvesting.

²² Mr Dr J. H. Jonckers Nieboer, *Onteigeningsrecht* p. 202.

slissing der deskundigen zal zijn, daar hier veel minder dan bij de bepaling der waarde van den eigendom vaste regels zich van zelf aanbieden."

Een wetgever, die als basis voor de vergoeding aan de eigenaar alleen de waarde der onteigende zaak aannam, en met de persoonlijke schade, behoudens het geval van waardevermindering van het overblijvende, geen rekening hield, kon aldus redeneren. Inderdaad zou er ongelijkheid van behandeling zijn, als dan alleen aan de huurder de geleden schade in haar volle omvang vergoed werd.²³ Sinds ons recht voor alle erkende belanghebbenden het recht op volledige schadeloosstelling erkent, is een fixum-regeling die zich met de werkelijke schade van de huurder niet inlaat een anomalie geworden. Zij is nu de stuitendste ongelijkheid voor de huurder.

Van de onbillijkheid van deze regeling is sinds lang een ieder overtuigd.

Er is geen steekhoudende reden, waarom niet ook de huurder recht op volledige schadevergoeding zou mogen hebben. Hamming²⁴ bepleit dit dan ook, evenals Jonckers Nieboer.²⁵

Toch worden, veelal van uit kringen van openbaar bestuur, argumenten aangevoerd om de huurder dit recht te blijven onthouden. Vele van die argumenten zijn voos. Men beroept zich er op, dat het zo moeilijk zou zijn de schade van de huurder vast te stellen. Een wonderlijk argument. Het begroten van de vermogens- en bedrijfs-schade van de huurder is niets moeilijker dan het begroten van deze schaden t.a.v. de eigenaar. Het schatten van de zonder onteigening als voldoende zeker aan te nemen tijdsduur van zijn huurgenot, c.q. met de kans op verlenging van zijn contract, is een element, dat bij de schadetaxatie van de eigenaar een minder grote rol speelt omdat diens recht in tijd onbeperkt is; niettemin komt het er ook bij de eigenaar op aan als basis van de schade-berekening vast te stellen de tijd welke het onteigende voor hem als economisch goed zijn functie zou hebben blijven kunnen vervullen. Te denken dat de duur van het genot van de huurder als economisch goed niet op

²³ Jonckers Nieboer, t.a.p., blz. 202.

²⁴ t.a.p. blz. 222.

²⁵ t.a.p. blz. 202.

verantwoorde wijze zou kunnen geschat worden, is een miskenning van het schadevergoedingsrecht in onteigeningen, zoals dit zich nu in de loop van decennia ontwikkeld heeft. Bij de taxatie van de schade van een pachter en diens redelijke kansen op verlenging van zijn contract doet men niet anders; evenmin doet men anders wanneer men de basis van de schadeloosstelling van de bezitter of van de medeëigenaar moet vaststellen. De bewering dat dit t.a.v. de schade van de huurder te moeilijk zou zijn, is dan ook ongegrond.

Een ander argument, dat gehoord wordt is, dat de onteigenaar — meestal de gemeente — minder gemakkelijk met de huurders tot minnelijke overeenstemming zou kunnen komen, als deze recht op volledige schadeloosstelling zouden hebben. Inderdaad: begin met de huurder een *fixum* te geven of een *maximum*, dat zijn schade nagenoeg geheel onvergoed laat, en hij is als was in de handen van de onteigenaar! Maar wat heeft dat met onteigeningsrecht te maken?

Ook de hierboven geciteerde passage uit de M.v.T. van 1851, t.w. die van de „stuitendste ongelijkheid” wordt weer van stal gehaald om de schade van de huurder toch maar onvergoed te laten blijven. Het is niet meer dan een schijnargument. Voor een ieder geldt dezelfde maatstaf: de waarde die zijn goed of zijn recht, met alle daaraan verbonden kansen, voor hem heeft als economisch goed en als bron van zijn bestaan. Diezelfde maatstaf behoort ook voor de huurder te gelden. Daar zit niets stuitends in noch iets ongelijks. Dat de *bedragen* der schadeloosstellingen in de individuele onteigeningen verschillen en ook bij de huurders wel zouden verschillen, is iets geheel anders: dat spreekt wel van zelf omdat de waarde van hetgeen een onteigende bezit en de economische betekenis die zijn goed of zijn recht voor hem heeft vrijwel nooit in twee gevallen gelijk zijn.

Andere argumenten om de huurder te blijven ontrechten, zoals b.v. dat de deskundigen en de Rechtbanken het dan zo druk zouden krijgen, zijn m.i. de bespreking niet waard. Ook het argument, dat de onteigenaar te voren geen overzicht zou hebben van de in totaal te betalen schadeloosstellingen, wanneer ook de huurders recht op vergoeding van hun schade zouden hebben, is ondeugde-

lijk. Bij onteigening van bedrijfspanden die bij de eigenaar of de zakelijk gerechtigde in exploitatie zijn heeft de onteigenaar dat overzicht te voren immers in den regel óók niet. Bovendien zou de onteigenaar, wanneer de huurder wel recht op volledige schadeloosstelling had, evenveel of even weinig overzicht hebben in het geval dat alle panden door eigenaars werden geëxploiteerd als in het geval dat ze allemaal of ten dele door huurders geëxploiteerd werden.

Het enige argument tegen toekenning van volledige schadeloosstelling aan de huurders dat werkelijke betekenis heeft, is, dat in het bijzonder bij onteigeningen voor de wederopbouw of voor de stadssanering de onteigening duurder zou kunnen uitkomen en dat de overheid dan niet op zodanige schaal zou kunnen gaan onteigenen als zij in het algemeen belang wel wenselijk vindt. Men hoort dit argument niet altijd openlijk uitspreken en dat is begrijpelijk. Het argument is inderdaad niet fraai en het is ook niet aanvaardbaar.

De overheid die onteigent, zal de schade hebben te vergoeden aan het aantal particuliere burgers, die zij uit hun recht en hun bestaan stoot. De wet behoort niet de mogelijkheid te geven dat een onteigeningsplan wordt uitgevoerd, omdat slechts een aantal der slachtoffers schadeloos behoeft te worden gesteld en aan de andere slachtoffers, burgers met even respectabele rechten en belangen, hun rechten en bestaansbronnen eenvoudig worden ontnomen.

Een deel van de weerstand tegen de opruiming van art. 42 jo. 95 spruit naar mijn gevoel voort uit gemis aan inzicht in de basis van de schadeloosstelling. Al te veel wordt m.i. gedacht, dat toekenning van een recht op volledige schadeloosstelling aan de huurders tot gevolg zal hebben, dat deze dan ook allen voor dezelfde vergoeding wegens bedrijfsschade in aanmerking zouden komen als die, welke zij zouden krijgen indien zij eigenaars waren. Ik hoop de onjuistheid van zulke gedachten in het bovenstaande al wel te hebben belicht. De positie van de huurder is zwakker dan die van de eigenaar, en de waarde in het maatschappelijk verkeer van wat hij bezit, zijn economisch goed, is geringer dan dat van degenen die zijn bedrijf in eigen pand uitoefent. Zijn schadeloosstelling zal geringer

zijn en dikwijls beduidend geringer. Maar wat men de huurder afneemt, behoort men hem te vergoeden.

De ontwikkeling der maatschappelijke verhoudingen geeft des te meer aanleiding die vergoeding toe te kennen.

De M.v.T. van het hieronder te vermelden wetsontwerp, dat bij Koninklijke Boodschap van 4 juli 1958 is ingediend, noemt een aantal belangrijke factoren in die ontwikkeling, die een herziening van de regeling voor de huurders dringender hebben gemaakt. Er zijn ook nog andere.

In de eerste plaats kan worden gewezen op de sterk toegenomen investeringen die ook in huurpanden waarin bedrijven, winkels, kantoren e.d. zijn gevestigd moeten worden gedaan en die, daar zij bepaald worden door de aard van het bedrijf van de huurder, dan ook als regel door de huurder worden gedaan. De in bedrijven en beroepen enorm toegenomen en nog steeds voortschrijdende mechanisatie, die van de vroegere trafiek waarin een enkele machine werd opgesteld het laboratorium heeft gemaakt dat ook de moderne kleine fabriek reeds is, met al zijn leidingen, apparatuur en automatisering, heeft investeringen medegebracht, die de vroegere behoeften verre te boven gaan. De eisen der arbeidsinspectie en andere overheidsvoorschriften, dragen eveneens tot die vergroting van noodzakelijke investeringen bij. De eisen die aan inrichting van winkels, showrooms e.d. worden gesteld zijn sterk verhoogd, ook in het kleine winkelbedrijf, dat zich o.m. door de strijd om het bestaan tegenover de warenhuizen, filiaalbedrijven en anderen, daartoe genoopt ziet.

Vele van die investeringen zijn waardeloos indien het bedrijf moet worden verplaatst. Van vele van die investeringen wordt de huurder niet de juridische eigenaar en kan hij veelal juridisch niet eigenaar worden omdat ze voor een afzonderlijke afgescheiden eigendom niet vatbaar zijn.

Door natrekking wordt dan in vele gevallen de eigenaar van het perceel juridisch eigenaar van het geïnvesteerde. Kostbare telefoonapparatuur krijgt de huurder slechts in huur van de P.T.T. ofschoon de aanleg hem gemakkelijk vele duizenden guldens kan kosten.

Niettemin behoort het geïnvesteerde of het recht het

geïnvesteeerde in het huurpand te gebruiken, tot het bedrijfsvermogen van de huurder. Het fiscale recht heeft dit reeds lang ingezien en er de consequenties van aanvaard. Prof. Mr H. J. Hellema heeft in zijn op 25 januari j.l. voor de Notariële Vereniging te Amsterdam gehouden voordracht²⁶ daar een overzicht van gegeven waaraan ik enkele voorbeelden mag ontleenen. Het begint met een Rotterdamse belastingschuldige, die een pand had verbouwd, dat hij voor zijn bedrijf had gehuurd en daarvoor f 13.000,— verbouwingskosten had uitgegeven, die hij in tien jaar wilde afschrijven. Hij vond de Inspecteur tegenover zich, die stelde dat het met goed koopmansgebruik in strijd was af te schrijven op eens anders eigendom, maar de Raad van Beroep stond zonder op de eigendomsvraag in te gaan de afschrijving toe en wel terecht *niet* over het aantal huurjaren (15) maar over de tijd waarover moest worden aangenomen, dat de verbouwing nog nut zou opleveren (i.c. 10 jaar). Maar al spoedig werd de vraag van de „economische eigendom” of „economisch goed” principiëler beslist in een geval waarin het systeem van kostenverdeling niet kon baten, omdat het om vervroegde afschrijving ging.

Deze is volgens art. 8 I.B. toegelaten evenals de gewone afschrijving op „zaken welke voor de uitoefening van het bedrijf of beroep worden gebruikt (bedrijfsmiddelen)”.

Ook nu weer betrof het een Rotterdamse belastingplichtige, die een kale ruimte had gehuurd voor zijn bedrijf, waarin hij een betimmering, leidingen, trappen, keuken, sanitair enz. had laten aanbrengen. De totale kosten hadden f 75.000,— bedragen en de belastingplichtige had hierop vervroegde afschrijving toegepast. De inspecteur beriep zich op de formulering van art. 8 I.B., dat vervroegde afschrijving toelaat op de „bedrijfsmiddelen”. De inspecteur nu betoogde, dat door de gemaakte kosten geen bedrijfsmiddel was tot stand gekomen. De Raad van Beroep Rotterdam overwoog, dat de inrichting welke door de huurder op zijn kosten was aangebracht juridisch door natrekking eigendom van de eigenaar van het pand was geworden;

²⁶ „De begrippen economisch goed en economische eigendom in het fiscale recht.”

„dat in het belastingrecht echter naast de juridische eigendom rekening moet worden gehouden met de zogenaamde economische eigendom;”

„dat onder economische eigendom moet worden verstaan het economisch belang dat iemand heeft bij een zaak;”

„dat, nu de huurder de inrichting heeft betaald en hij deze gebruikt, hem de economische *eigendom* van de inrichting toekomt, daar deze een onderdeel is van het bedrijfsvermogen en mitsdien een *bedrijfsmiddel*.”

De Staatssecretaris ging in cassatie, betogende, dat de bedoelde inrichting geen zelfstandige zaak was, welke voor de uitoefening van het bedrijf wordt gebruikt. Artikel 8 I.B. spreekt van zaken, welke voor de uitoefening van een bedrijf worden gebruikt. Wil afschrijving mogelijk zijn, dan moet er dus in de eerste plaats aanwezig zijn een *zaak*, terwijl eerst daarna de vraag aan de orde komt of deze zaak voor de belastingplichtige een *bedrijfsmiddel* is.

Betoogd werd nu, dat de inrichting juridisch en technisch deel ging uitmaken van het gehuurde pand. Technisch was splitsing niet meer mogelijk, zodat de bedoelde inrichting niet afzonderlijk los van het pand zou kunnen worden geëxploiteerd. De Hoge Raad overwoog om te beginnen, dat de verhuurder van het pand het recht had na afloop van de huur de oplevering van het gehuurde te vorderen in de staat, waarin belanghebbende het had gebracht. De waardevermindering, die de inrichting gedurende het gebruik zou ondergaan kwam dus niet ten laste van belanghebbende en kon ook niet gelden als een *bedrijfsmiddel*. Niettemin casseerde de Hoge Raad de beslissing van de Raad van Beroep niet en overwoog:

„dat belanghebbende het pand oningericht huurde en verplicht was het van een inrichting te voorzien en aan het eind van de huur mét het gehuurde ook — zo de verhuurder dit wenste — de door hem aangebrachte inrichting aan deze op te leveren, zonder daarvoor vergoeding te ontvangen, maar belanghebbende hiertegenover het recht verkreeg deze inrichting gedurende de huurtijd in het gehuurde te gebruiken;

dat bij een dergelijke belangrijke investering door de huurder het huurrecht een bijzondere waarde verkreeg, die het stempelt tot een economisch *goed*, dat als *zaak* in de zin van art. 8 van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 is te beschouwen, van welke zaak de aanschaffingskosten worden gevormd door de kosten die de huurder aan het aanbrengen van de inrichting heeft moeten besteden.”

Vervroegde afschrijving werd dus toegestaan (H.R. 23 jan. 1957, B.N.B. 1957/68).

Reeds bij arrest van 2 april 1941, overwoog de Hoge Raad (B. 7316), in een geval waarin bedrijfsmiddelen tot zekerheid waren overgedragen:

„dat bij een zodanig contract het tot zekerheid dienende tijdelijk voorbehoud van den eigendom niet belet, dat de verkregen zaken ten dienste van het bedrijf worden gebruikt en dat de daarmede gepaard gaande waardevermindering op den verkrijger drukt.”

Bij arrest van 29 oktober 1952 B. 9298 kreeg de H.R. te beslissen over een liquidatie van een v.o.f. waarvan firmanten waren twee broers, die twee binnenschepen voor gelijke delen in de vennootschap hadden ingebracht, hoewel de eigendom bij hen verbleef. De afschrijving geschiedde ten laste van de vennootschap. Bij de liquidatie beschouwde de inspecteur de meerwaarde van de schepen als winst in de vennootschap. De broers beweerden, dat dit een niet belastbaar privé-vermogensaccres was.

De Hoge Raad overwoog:

„de omstandigheid, dat een goed eigendom is van den één, niet uitsluit dat, economisch gezien, het belang daarbij een ander kan aangaan, alsmede dat het inbrengen van enig goed in een vennootschap aldus kan geschieden, dat het betrokken goed eigendom van den inbrenger blijft doch de waarde daarvan tot het bedrijfsvermogen van de vennootschap gaat behoren, zodat de waardevermeerdering of de waardevermindering daarvan voor rekening van de vennootschap komt.”²⁷

In een soortgelijk geval besliste het Gerechtshof te Arnhem d.d. 24-2-1960 B.N.B. 1961, 46:

„dat de omstandigheid, dat iemand eigenaar van en als zodanig zakelijk gerechtigd is tot enig goed, niet uitsluit, dat economisch het belang daarbij een ander toekomt; terwijl dit belang — aan te duiden als economische eigendom — deel kan uitmaken van het bedrijfsvermogen van die ander;”

Tenslotte vermeld ik nog het arrest Hof 's-Gravenhage 3-2-1960 B.N.B. 1961, 47, waarbij investeringsaftrek werd toegestaan voor een door iemand van de PTT gehuurde

²⁷ Tot zover de voorbeelden, die ik aan de voordracht van Prof. Hellema mocht ontleenen.

automatische huistelefooninstallatie, aangebracht in een door hem gehuurd pand, waarin hij zijn bedrijf uitoefende. Uit de overwegingen citeer ik:

„O. dat feitelijk vaststaat dat de belangh. in 1956 jegens de „PTT de verplichting heeft aangegaan tot betaling van een bedrag ineens ad f 12.491 ter zake van het ten bate van haar bedrijf ten gebruike verkrijgen, van een zogenaamde huistelefooninstallatie, sedertdien aangebracht in het bij de belangh. in „huur zijnde ten bate van haar bedrijf gebruike pand;

„O. dat bijgevolg de enige te beslissen vraag deze is of de aldus „ontstane verplichting werd aangegaan ter zake van de verwerfing of de verbetering van een bedrijfsmiddel als bedoeld is „in art. 8a lid 1 jo. 8 I.B. '41;

„O. dat onder bedrijfsmiddelen moeten worden verstaan de tot „het bedrijfsvermogen behorende zaken welke als duurzame kapitaalgoederen het vaste kapitaal van het bedrijf uitmaken; dat „dienvolgens tot de bedrijfsmiddelen zowel kunnen behoren zaken „in de zin van art. 555 B.W., welke economisch waarde hebben, „als andere economische goederen;

„O. dat het Hof allereerst wil onderzoeken de vragen; of *a* de „door de belangh. ten gebruike verkregen telefooninstallatie, dan „wel *b* het door haar verkregen gebruiksrecht van die installatie „kan worden aangemerkt als een bedrijfsmiddel in de voorenstaande zin; dat bij bevestigend antwoord op een van die vragen „investeringsaftrek zal kunnen plaats hebben aangezien de installatie niet behoort tot de in art. 8a lid 2 vermelde zaken;

„O. te dezen aanzien, dat de tussen de belangh. en de PTT „terzake van huistelefooninstallatie, naar uit het samenstel van „de bepalingen van de door de belangh. aanvaarde „Algemene „Voorwaarden" blijkt moet worden aangemerkt als een huurovereenkomst; dat toch deze overeenkomst slechts beoogt aan de belangh. een gebruiksrecht te verschaffen, zulks tegen een harerzijds te presteren vergoeding als hierboven omschreven;

„O. met betrekking tot de hierboven onder *a* gestelde vraag, „dat deze huurovereenkomst aan de belangh. niet verschaft een „gebruiksrecht van zodanige aard dat de belangh. daarmee zou „hebben verkregen de economische eigendom van de installatie; „dat immers het economisch belang bij de installatie niet geheel „aan de belangh. toekomt; dat zulks niet name blijkt uit de artt. „7 tot en met 11 en 14 van de voormelde Algemene Voorwaarden, „welke onder meer doen zien dat het risico van de waardeveranderingen en het eventueel tenietgaan van de installatie niet, „immers niet onder alle omstandigheden, door de belangh. wordt „gedragen; dat in verband hiermede de installatie zelve niet als „bedrijfsmiddel van de belangh. kan worden aangemerkt;

„O. met betrekking tot de hierboven onder *b* gestelde vraag, „dat ingeval iemand tegen voldoening vooraf van de in totaal „verschuldigde huursom het recht verkrijgt op het genot van „een aan zijn bedrijf dienstbare zaak gedurende een reeks van „jaren, door hem is verworven een langdurig huurrecht; dat een

„op deze wijze verworven langdurig huurrecht een zodanige „economische waarde heeft dat het behoort te worden aangemerkt als een economisch goed, dat als zaak in de zin der „bovenvermelde wetsbepalingen behoort te worden aangemerkt; „O. dat toch in een geval als hiervoor bedoeld de positie „van hem die tot het duurzaam genotsrecht gerechtigd is geworden, principieel slechts in zoverre verschilt van de positie „van hem wiens genotsrecht zou berusten op een tegen vergoeding ineens gevestigd zakelijk recht — bijvoorbeeld een vruchtgebruik of een recht van opstal — als in het eerstbedoelde geval „zijn vermogensrecht van persoonlijke aard is, een verschil, irrelevant voor de beoordeling of het verkregen vermogensrecht als „bedrijfsmiddel kan worden aangemerkt; „O. dat het niets anders is indien, gelijk in casu, slechts een gedeelte van de vergoeding incens en vooraf is betaald en „overigens periodieke betalingen dienen te geschieden; dat het „hof volledigheidshalve opmerkt, dat, naar gevestigde overtuiging, het rechtskarakter van bedrijfsmiddel ook niet zou worden „onthouden aan een erfpachtsrecht dat zou zijn verkregen tegen betaling van een som in cens en voorts tegen voldoening van „een jaarlijkse canon; dat ook in deze geldt dat de aard van het „aldus verkregen genotsrecht — zakelijk dan wel persoonlijk — „hier rechtens zonder betekenis is;”

Het is niet mijn bedoeling te betogen dat begrippen uit het belastingrecht zonder meer voor overneming in het onteigeningsrecht vatbaar zijn. Maar wel mag gelden, dat bedrijfsmiddelen, waarvan de huurder naar burgerlijk recht niet de eigenaar is en waarvan hij veelal ook niet de economische eigendom zal hebben, of de dikwijls duur verworven gebruiksmogelijkheden daarvan, niettemin voor hem economische goederen kunnen zijn, die tot zijn bedrijfsvermogen behoren. De algemene en sterke toewijding daarvan maakt de bestaande regeling, die dit alles bij onteigening onvergoed laat tot een steeds ergerlijker onrecht.

De huidige maatschappelijke ontwikkeling gaat bovendien een ander beeld van de huurder van bedrijfsruimten te zien geven, dan vroeger. Eén van de oorzaken is, dat de kosten van het risico dragende kapitaal procentueel hoger zijn dan het rendement dat onroerend goed geeft. De noodzaak en de wens om de geldelijke middelen der onderneming, waarvan het aantrekken vrij duur is, zoveel mogelijk te besteden voor het directe productieproces en dus niet meer dan noodzakelijk is te investeren in panden, die voor de uitoefening van het bedrijf weliswaar nood-

zakelijk zijn, maar die toch buiten het eigenlijke productieproces staan, heeft aanvankelijk in Amerika en thans ook bij ons er toe geleid, dat grote bedrijven gevestigd zijn en worden in huurpanden c.q. huurkoop panden. Ik doel hiermede op de in de V.S. ruim verbreide „sale and lease-back” overeenkomsten,²⁸ al spoedig gevolgd door contracten waarbij ook de stichting van nieuwe fabrieks- en bedrijfspanden op een soort huur- of huurkoopbasis werd geregeld. De grote behoefte van de institutionele beleggers aan omvangrijke goede beleggingen heeft dit proces zeer in de hand gewerkt. Ten onzent is de door de Amsterdamsche Bank opgerichte Maatschappij tot Financiering van Bedrijfspanden N.V. een eerste stoot in die richting geweest. Art. 2 lid 1 harer statuten luidt:

Het doel der vennootschap is de uitoefening van het bedrijf van financiering van onroerende zaken en andere kapitaalgoederen, onder meer door de verhuur daarvan op lange termijn, al dan niet gepaard aan uiteindelijke eigendomsvergang en voorts het verrichten van alle daden, die tot het vorenstaande in rechtstreeks of zijdelings verband staan.

Grote fabrieksgebouwen²⁹ zijn of worden op deze wijze gebouwd. Aldus zien wij grote bedrijven gevestigd worden in huur- of huurkoop panden. Ook andere factoren stimuleren deze ontwikkeling. Het denkbeeld om de industrie huurhuisvesting te geven is na de oorlog door planologen en gemeenten aangevat. 's-Hertogenbosch heeft hiermede in 1947 een aanvang gemaakt; Groningen, Rotterdam, Zaandam, Den Haag, Haarlem, Dordrecht, Utrecht, Leeuwarden, Sneek, Drachten en anderen hebben dit denkbeeld gevolgd. Soms werd hiermee het doel gediend om appartementen van industrie flats aan kleine industrieën of ambachtsbedrijven, wier panden oorlogsschade hadden geleden, voor lange tijd te verhuren; soms werd dit systeem gevolgd om de industrialisatie te bevorderen.

Al deze ontwikkelingen maken de handhaving van de artikelen 42 c.q. 95 volledig onhoudbaar.

Tenslotte behoort ook de nog steeds bestaande schaarste

²⁸ Vgl. William L. Cary: Sale and Lease-Back of Corporate Property; Harvard Business Review, Maart 1949.

²⁹ Zo ook de bouw van tien tankers van 32.500 ton elk voor de Koninklijke Shell (Shell Tankers N.V.).

tot de gewijzigde maatschappelijke omstandigheden. Al spoedig na de schaarste aan cultuurgrond deed zich ook het te kort aan gebouwde ruimte, zowel woon- als bedrijfsruimte gevoelen. Het spreekt van zelf dat de schaden van de door onteigening verdreven huurders groter werden, naar mate geschikte vervangende ruimte moeilijker, of in het geheel niet te vinden was. Niet het minst trof dit de winkeliers-huurders. Op de steeds nijpender geworden positie van de huurders van bedrijfspanden, in het bijzonder de winkeliers, in geval van onteigening is meermalen gewezen.³⁰ Die benarde positie heeft aanleiding gegeven tot de indiening van een wetsontwerp op 4 juli 1958 waarvan artikel I luidt:

Artikel 1. 1. In afwijking van hetgeen bij of krachtens de Onteigeningswet, de Wederopbouwwet en de wettelijke bepalingen met betrekking tot vordering in eigendom is bepaald omtrent het aantal jaren huurprijs, waartoe de schadeloosstelling van de huurder wordt beperkt, wordt in geval van onteigening of van vordering in eigendom de huurder van een gebouw onroerend goed, hetwelk door hem wordt gebezigd voor de uitoefening van een bedrijf, schadeloos gesteld tot ten hoogste hetzij de som van de opbrengst van het bedrijf over de laatste drie jaren, hetzij, wanneer dit voor de huurder gunstiger is, de huurprijs over de laatste vijf jaren.

2. Ingeval aan de huurder voor het tijdstip van het vonnis tot onteigening het aanbod wordt gedaan in het genot van het goed te mogen blijven en redelijkerwijs van hem kan worden gevergd dat hij dit aanbod aanvaardt, wordt de som van de opbrengst van het bedrijf over drie jaren of de som van de huurprijs over vijf jaren verminderd naargelang de duur van het op grond van dit aanbod voort te zetten gebruik zich verhoudt tot drie jaren.

De voorgestelde wet is gedacht als een *voorlopige* regeling, in zekere zin dus een noodwet. De Regering acht dit voorlopig karakter noodzakelijk, op grond van het bestaan van de commissie-Houwing. In de regeringsverklaring van 23 oktober 1956 is namelijk medegedeeld, dat een onderzoek zal worden ingesteld naar de vraag, of de rechtspositie van de huurder van bedrijfsruimte verbetering behoeft. Ter uitvoering van dit punt van het regerings-

³⁰ Mr N. Schadée, N.J.B. 1954 p. 230 v.v.; Mr G. J. Scholten N.J.B. 1955 p. 153 v.v.; Mr J. W. Keiser. De Ned. Gemeente 1956 p. 449 v.; T. Renes, Tijdschr. Overheidsadministratie 1956 p. 167 v.; Mr T. Stuyt N.J.B. 1958 p. 641 v.

programma werd op 24 maart 1958 een commissie benoemd, onder voorzitterschap van prof. mr. Ph. A. N. Houwing, raadsheer in de Hoge Raad. De opdracht van deze commissie heeft in de eerste plaats betrekking op de burgerrechtelijke bepalingen, welke de rechtspositie van de huurder van bedrijfsruimte beheersen. Het gaat hierbij om de vraag, welke regeling in dit opzicht gewenst is, afgezien van het schaarste-element, dat thans bestaat. Dit betekent, dat de commissie met name de situatie zal moeten bezien, welke zal ontstaan op het tijdstip, waarop de Huurwet zal kunnen worden ingetrokken. Een onderdeel van de taak van de commissie is na te gaan, of wijziging van het onteigeningsrecht op het stuk van de vergoeding van de huurder van bedrijfsruimte aanbeveling verdient.

De Regering zegt verder in de M.v.T. dat het ontwerp niet beoogt de huurder bij onteigening volledige schade-loosstelling te geven, omdat daarmee zou worden vooruitgelopen op de conclusies van de Commissie-Houwing en op de beslissingen, die naar aanleiding daarvan zullen worden genomen. Wie met mij de overtuiging heeft, dat het een eis van behoren is om ook aan de huurder te vergoeden wat hem door de onteigening wordt ontnomen, zal het betreuren, dat niet een weg is gevonden om met inachtneming van volledig égard jegens de Commissie, toch reeds nu het beginsel van volledige schadeloosstelling voor de huurder tot recht te verheffen. Inderdaad staat de Commissie-Houwing voor zeer moeilijke vragen. Het is de zevende titel „Van huur en verhuur” van ons B.W. van 1838 die, zoals Prof. Losecaat Vermeer heeft opgemerkt,³¹ de meeste veren heeft moeten laten. Aanvankelijk omvattend huur van goederen en van diensten, werk en nijverheid, regelde hij de huur van onroerende goederen (2e, 3e en 4e afdeling), de huur van dienstboden en werklieden (5e afdeling) en de aanneming van werk (6e afdeling). Met het in werking treden van de wet op de arbeidsovereenkomst werden de twee laatste onderwerpen aan de „huur en verhuur” onttrokken en als „arbeidsovereenkomst” en „aanneming van werk” met de nieuw ingevoerde maar overigens niet geregelde „overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten”, onder de

³¹ Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838—1938 blz. 509.

algemene benaming „overeenkomsten tot het verrichten „van arbeid” in een nieuwe titel VII A ondergebracht.

De huurkoop kreeg een speciale regeling in 1936; de pacht heeft sinds 1937 een regeling afzonderlijk van de huur. Huurcommissie, huuropzeggings- en huuraanzegingswetten gaven in en na de eerste wereldoorlog tijdelijke regelingen, die de contractsvrijheid in de huur en verhuur van onroerende goederen inperkten. Het huurbeschermingsbesluit van 1941, nu vervangen door de Huurwet, luidde een langdurige periode in van sterke inperking van de oorspronkelijk vrije eigenaarsrechten in het aangaan en beëindigen van huurovereenkomsten. Wat daarvan als duurzaam resultaat zal overblijven is nog onbekend. Gaan wij naar een „Soziales Mietrecht”, zoals in West Duitsland aan de orde is?³² Zal niet in elk geval in ons huurrecht het beginsel komen dat de goede huurder die een passende huur wil blijven betalen, in een soortgelijke zin als de pachter, een recht op verlenging van zijn huur krijgt als niet tegengestelde belangen van de verhuurder boven de zijne prévaleren? Het zijnslechts vragen.

Ik geloof echter dat de omstandigheid dat de toekomst wellicht een wijziging — en dan waarschijnlijk een versterking — in de rechtspositie van de huurder zal brengen, geen aanleiding had behoeven te zijn hem niet reeds thans in zijn huidige positie recht op volledige schadevergoeding te geven voor de ontneming van het economisch goed, dat hij bezit. Het nog bestaan van de huurbescherming is m.i. volstrekt geen beletsel tegen het toekennen van dat recht. Zij is als een noodzakelijk element in ons recht opgenomen en zolang zij bestaat bepaalt zij mede de rechtspositie van de huurder en de waarde van zijn bezit. Waarom zou daar wel in het civielrecht buiten onteigening rekening mee moeten worden gehouden, maar in geval van onteigening niet? Bovendien is de huurbescherming een aflopende zaak, die bij de beoordeling van de waarde van het economisch goed dat de huurder bezit vermoedelijk reeds thans in de meeste gevallen van ondergeschikte betekenis zou blijken te zijn.

Zou in de toekomst blijken dat een nieuwe regeling van

³² Zie b.v. Wohnungswirtschaft an der „Wende”. Bijlage bij Heft 15 d.d. 9 april 1960 van „Der Volkswirt” Wirtschafts- und Finanz-Zeitung.

het huurrecht zich niet meer met de toekenning van een recht op volledige schadevergoeding zou verdragen, dan zullen de gronden daartoe door de Commissie Houwing wel worden aangevoerd.

Het lot van het wetsontwerp van 4 juli 1958 is bij het schrijven van deze regels nog niet bekend.

Er zijn verschillende amendementen op ingediend, waarvan verreweg het belangrijkste en verst strekkende het amendement van Mr C. Berkhouwer is, dat de huurder volledige schadeloosstelling wil geven met een *minimum bedrag* gelijk aan de huurprijs over twee jaren.

Het wetsontwerp heeft licht- en schaduwzijden. Tot de lichtzijden behoort, dat de schadeloosstelling aan de huurders van bedrijfspanden aanmerkelijk verruimd wordt.

Tot de schaduwzijden behoort, dat de maxima zodanig gesteld zijn, dat de bedoeling van de regering om de betrokken huurders *geen* volledige schadeloosstelling te geven juist in de gevallen dat de huurder grote schade lijdt, stellig verwezenlijkt zal worden. Als ik het wel zie, berust het systeem van het wetsontwerp ook op een gedachte — en wordt het althans verdedigd met een argumentatie — die ik niet voor juist houd. In het voorlopig verslag wordt o.m. gezegd:

„Dezelfde leden, te zamen met verschillende andere leden, vreesden, dat het begrip tijdelijk van het wetsontwerp te ruim genomen zou worden. Hiertegen hadden zij ernstige bezwaren, gezien het dringend belang van een voldoende regeling van deze materie. Deze leden vroegen zich af of het wetsontwerp niet discriminerend werkt, in die zin dat de eigenaar-ondernemer wel volledige schadeloosstelling krijgt, doch de huurder-ondernemer niet. Zij wilden niet het verschil in positie tussen deze twee ontkennen, maar zij waren van oordeel, dat dit alleen van belang is voor de vaststelling van de omvang van de schade, hetgeen de taak van de rechter is; verscheidene schadefactoren voor beiden zullen echter gelijk zijn.

Bij deze leden rees de vraag, of niet beter in de desbetreffende wetten een aanvulling opgenomen had kunnen worden, inhoudende dat ook de huurder schadeloos kan worden gesteld, waarbij van geval tot geval aan de hand van de schadefactoren en de gerechtvaardigde huurverwachting de rechter de schadeloosstelling zal kunnen regelen.”

Hierop antwoordde de Regering in de M.v.A.:

„Deze leden stelden de vraag of het ontwerp niet discriminerend

werkt in die zin, dat de eigenaar-ondernemer volledige schade-loosstelling krijgt, doch de huurder-ondernemer niet; zij wilden overigens niet het verschil in rechtspositie tusschen deze twee ontkennen. De ondergetekenden menen, dat dit verschil in rechtspositie ook een verschil in behandeling rechtvaardigt en dat zulks op zich zelf geen reden geeft om van discriminatie te spreken".

Mijns inziens hebben de leden der Tweede Kamer, die in bovengestelde passage aan het woord zijn, de spijker op de kop geslagen. Het wetsontwerp discrimineert *wél*. Alle belanghebbenden binnen de bestaande kring, tijdelijk en niet-tijdelijk zakelijk gerechtigden krijgen volledige schadeloosstelling; de pachter practisch ook. Hun bezit, of men het nu als economische eigendom of als economisch goed moet beschouwen, deel van hun bestaansbron, moge speciaal wat de kansen van duurzaamheid betreft meer of minder waardevol zijn, maar wat zij bezitten wordt hun vergoed. Alleen ten aanzien van de huurder, wiens bezit ongetwijfeld minder waard is, dan dat van de eigenaar-exploitant, wil men die vergoeding *niet* geven, met het zonderlinge argument..... dat zijn bezit minder waard is dan dat van de eigenaar.

Een schaduwzijde van het wetsontwerp is eveneens dat het alleen de huurders bestrijkt, die in het onteigend wordende pand een bedrijf uitoefenen. Ongetwijfeld zijn dit de meest schrijnende gevallen. De schaden voor de huurders van woningen zijn uit de aard der zaak minder groot, zij zullen zich als regel beperken tot verhuiskosten en de kosten van inrichten van een andere woning, onder aftrek van verbetering van oud tot nieuw. De schaden van het gros der huurders, die in het onteigende hun beroep uitoefenen zullen als regel daarmee ook wel bekeken zijn; in weinig beroepen zal schade geleden worden doordat het beroep na onteigening op een andere plaats van vestiging moet worden uitgeoefend. Wel kunnen echter de beoefenaars van vrije beroepen, zoals de architect, de advocaat, de tandarts enz., die in het gehuurde resp. hun tekenkamers, kantoren en technische installatie hebben, gemakkelijk voor enige tienduizenden guldens verplaatsingskosten komen te staan.

Al die schaden mogen kleiner c.q. zeldzamer zijn dan de bedrijfsschade, ik kan er de redelijkheid niet van inzien dat zij goeddeels onvergoed zouden moeten blijven.

VII. *Praktijkgevallen van schaden door onteigening geleden door personen die buiten de bestaande kring van belanghebbenden staan.*

Alvorens de vraag te bespreken of de bestaande kring van belanghebbenden dient te worden gewijzigd en zo ja, hoe, wil ik een aantal gevallen de revue laten passeren, waarin de praktijk te maken heeft gekregen met schade geleden *buiten* de bestaande kring en wil ik tevens trachten die enigermate te rubriceren.

A. *Naamloze vennootschappen.*

1. *Moeder en dochter.*

Bekend zijn gevallen als dat van N.V. Wilton's Scheepswerf en Machinefabriek, moeder van N.V. Rotterdam-West. De onteigende percelen en opstallen waren eigendom van R.-W. (dochter). Het bedrijf op het onteigende werd door Wilton, de moeder, uitgeoefend. De dochter, als afzonderlijke rechtspersoon beschouwd, leed geen bedrijfsschade, de moeder (Wilton) wel, doch kreeg die niet vergoed omdat zij volgens art. 3 daarvoor geen titel had.³³

2. *Ook het spiegelbeeld komt voor:*

De moeder A is eigenares van het perceel, maar laat daarop door de dochter B een bedrijf uitoefenen. Het bedrijf van de dochter is geheel ten bate en ten laste van de moeder.

De dochter B lijdt de bedrijfsschade, maar heeft geen titel. De moeder A heeft die titel wel, maar kan zij bedrijfsschade vorderen? Naar heersende leer kan A niet de schade van B vorderen. Maar kan A haar *eigen* schade vorderen, omdat de schade van B leidt tot verliezen op A's (volledig) aandelenbezit in B? In een causaliteitsopvatting waarin de schade van de moeder A niet het rechtstreeks en dadelijk gevolg is van de onteigening van B, maar een tussenliggende oorzaak heeft van contractuele aard (het aandeelhouderschap) krijgt A ook haar eigen schade niet vergoed.

³³ H.R. 4-2-1925 N.J. 1925, 445.

Deze figuren zijn soms wat meer gecompliceerd; soms wordt in de boeken der N.V.'s een huur verantwoord van moeder aan dochter of omgekeerd.³⁴

Deze gevallen zijn niet tot naamloze vennootschappen beperkt; ook bij andere rechtsfiguren doen zij zich voor.

3. *Familie N.V.*

Een kleine familie-N.V. is eigenares van een woonhuis, enige garages en een ruim opslagterrein. Directeur der N.V. is de vader; drie of vier zoons zijn aandeelhouders. Men exploiteert een zeer goed lopend expeditiebedrijf. De gehele zuivere jaarwinst verdwijnt aan de behoorlijke weeklonen die de vader en de zoons voor hun werkzaamheden ontvangen. Iedereen is tevreden, want de N.V. voldoet juist aan de doelstelling, waarvoor zij is opgericht en het komt prachtig uit dat de winst- en verliesrekening ieder jaar vrijwel in evenwicht blijkt te zijn. Er is plaats voor alle nodige aanschaffingen en afschrijvingen en over dividend wordt niet gesproken. Er is ook geen behoefte aan.

Nu wordt het bezit der N.V. onteigend en Leiden is in last. Heeft de N.V. die op zich zelf geen winstgevend bedrijf heeft recht op overplaatsings- en resp. herbouwkosten? Onlangs³⁵ heeft de Hoge Raad in een soortgelijk geval van een familie-N.V. een reddende hand geboden, overwegende:

„In aanmerking moet worden genomen wat de onteigende als redelijk ondernemer handelend, op grond van zakelijke overwegingen zou doen, als hij na onteigening de beschikking over middelen tot voortzetting in een nieuw pand zou krijgen; bij dit besluit zal de verhouding van hetgeen in het nieuwe pand moet worden geïnvesteerd tot de te verwachten winst niet buiten beschouwing kunnen blijven.

Het is bij een N.V. in beginsel niet uitgesloten in die zakelijke overwegingen te begrijpen ook andere belangen dan die als aandeelhouders, welke de aandeelhouders bij voortzetting van het bedrijf kunnen hebben (b.v. hun salaris als directeur)”.

Maar als de schadeloosstelling nu eens door omstandigheden op liquidatiebasis zou moeten geschieden b.v. door ontbreken van een mogelijkheid van overplaatsing? Wat

³⁴ Vgl. H.R. 22-10-1958 N.J. 581.

³⁵ H.R. 6-5-1960, N.J. nr. 426.

komt er dan van de schadeloosstelling voor de N.V. terecht? En wat gebeurt er als het te verwachten bedrijfsrendement na overplaatsing beduidend geringer zal zijn. Hetgeen zich zal uiten in beduidend lagere weeklonen voor de vader en de zoons? De prognose voor de N.V. is ongunstig; zij maakte immers nooit winst. De vader en de zoons zelf zijn zelfs met een ruim causaliteitsbegrip niet te helpen, zolang zij geen erkenning als belanghebbende vinden; de directeuren-aandeelhouders in het andere hierboven genoemde geval evenmin.

4. Onteigend wordt een pand dat eigendom is van A. Deze oefent daarin een bedrijf uit; hij heeft van zijn bedrijf een N.V. gemaakt, waarvan hij de enige directeur is en waarin hij alle aandelen heeft. Tussen A en zijn N.V. zal al dan niet een formeel huurcontract bestaan voor het bedrijfspand of bedrijfsgedeelte daarvan.

Ook in deze figuur komen allerlei variaties voor b.v.: A. is overleden, zijn kinderen zijn voor gelijke porties aandeelhouders der N.V. en voor gelijke portie mede-eigenaren van het pand.³⁶

Vergoeding van de bedrijfsschade der N.V. lijkt uitgesloten; vergoeding van de schade van de aandeelhouder(s)-eigenaar(s) even moeilijk als in groep 3.

B. Maat- en vennootschappen en vennootschappen onder firma.

Ook deze gevallen spelen veelal in de familiesfeer.

Als het onteigende ten name van de vennootschap (al dan niet v.o.f.) staat, zijn de vennoten gezamenlijk eigenaren van het onteigende en zullen zij recht op volledige schadeloosstelling kunnen doen gelden. Reeds Lubbers kon dit in zijn dissertatie constante jurisprudentie noemen.³⁷

Maar anders wordt het, wanneer het onteigende niet eigendom van de gezamenlijke vennoten is, doch slechts aan één hunner in eigendom toebehoort, zij het dat het gebruik van het onteigende ten dienste van het gemeen-

³⁶ Aldus in een nog wat meer gecompliceerd geval: Rb. Arnhem 19-1-1956.

³⁷ Mr A. G. Lubbers. De berekening der schadeloosstelling in de ontcenteningsprocedure, 1919. Zie b.v. H.R. 20-11-1914 W. 9789.

schappelijk bedrijf der vennootschap is gesteld. Lubbers bespreekt t.a.p. blz. 105 een vonnis van de Rb. Amsterdam van 3 april 1911 W. 9138. Het onteigende was eigendom van een N.V. en was verhuurd aan een commanditaire vennootschap op aandelen die in het onteigende perceel een café-restaurant exploiteerde. Nu was de N.V. tevens beherend vennote van de commanditaire vennootschap en maakte als zodanig aanspraak op vergoeding voor bedrijfsschade, kosten van aankoop van een ander perceel, inrichting daarvan etc. De Rechtbank besliste, dat waar uit de feitelijke omstandigheden bleek, dat de onteigende (N.V.) het perceel niet zelf in gebruik had, van vergoeding van bedrijfsschade geen sprake kon zijn en zij (N.V.) derhalve alleen aanspraak kon maken op vergoeding van de werkelijke waarde. Lubbers stelt in zijn critiek op dit vonnis twee standpunten: *of* de Rechtbank beschouwde de commanditaire vennootschap op aandelen terecht als rechtspersoon, *of* de Rechtbank deed dit ten onrechte. Ook in het eerste geval acht Lubbers de beslissing niet juist: in ieder geval had z.i. de Rechtbank moeten onderzoeken of de onteigende N.V. in verband met haar verhouding tot de commanditaire vennootschap en haar financieel belang daarbij niet redelijkerwijze had mogen verlangen die verhouding te doen voortbestaan, zodat zij des nodig een nieuw pand kon aankopen, inrichten enz., om dit dan weer aan de c.v. te kunnen verhuren. De onteigende N.V. kreeg dan niet de verdere bedrijfsschade der c.v. vergoed, maar wel een groot deel van haar eigen schade. Anders wordt het, aldus Lubbers, indien de c.v. op aandelen niet rechtspersoon is; in dát geval lijdt de onteigende N.V. schade in het bedrijf waarin zij deelgenoot is. Lubbers verdedigt, — m.i. terecht — dat de N.V. in dát geval behalve 100 % in de kosten van aanschaffing van het nieuwe pand, verplaatsing en inrichting, óók haar bedrijfsschade vergoed diende te krijgen in de verhouding waarin zij als deelgenote in de commanditaire vennootschap gerechtigd was. Een zelfde uiteenzetting geeft Lubbers op pag. 108 ten aanzien van een aldaar door hem besproken vonnis d.d. 29 april 1918.

Het hier reeds door Lubbers verdedigde standpunt is later ook ingenomen bij arrest H.R. 4 juni 1952 N.J. 1953 no. 364.

Onteigend werd een perceel waarin een vader met zijn drie zoons een bedrijf uitoefende. Het onteigende perceel was eigendom van de vader, maar het gebruik daarvan was door hem in de vennootschap onder firma ingebracht. Het bedrijf was levensvatbaar en de onteigende zou het op een andere plaats kunnen voortzetten; er was dus recht op overplaatsing met in casu nieuwbouw enz. waarbij in verband met de toen nog geldende prijsbeheersing, de zgn. onrendabele top een grote rol speelde. De onteigenende gemeente wilde de onteigende vader slechts $\frac{1}{4}$ van de kosten van nieuwbouw en van overplaatsing van het bedrijf toekennen, omdat hij slechts $\frac{1}{4}$ aandeel in de winst der vennootschap onder firma had, maar de arr. Rechtbank Rotterdam besliste:

N.J. 1953 no. 364, blz. 526:

26. „Onder de voormelde omstandigheden heeft de gedaagde naar het oordeel der Rechtb. in beginsel recht op een schadeloosstelling gebaseerd op voortzetting van het onderhavige bedrijf in de huidige omvang in nieuw te stichten bedrijfsgebouwen, ongeacht de hieraan voor de onteigende partij verbonden financiële gevolgen. Alleen op deze wijze immers wordt tegenover ged. de redelijkheid in acht genomen en wordt hem de volledige schadeloosstelling verzekerd, waarop hij volgens de Wet recht heeft.
27. De niet-rendabele herbouwkosten dienen daarbij voor de volle 100% aan ged. te worden vergoed en niet, zoals eiser betoogt, slechts voor een gedeelte. In het laatste geval immers zou ged. niet in staat zijn vervangende opstallen te bouwen in plaats van de thans door hem aan de vennootschap ter beschikking gestelde en zou van voortzetting van het onderhavige bedrijf in de huidige omvang en daarmee van een volledige schadeloosstelling van ged. geen sprake zijn”.

De Hoge Raad sanctioneerde de overigens feitelijk geachte beslissing van de Rechtbank met de overweging:

„O. omtrent het beroep van de gemeente Schiedam en wel eerst aangaande onderdeel c van het door haar voorgedragen middel: dat, al voert in de onteigende bedrijfsgebouwen de onteigende zijn bedrijf in vennootschap met zijn zoons, zulks niet wegneemt, dat hij in die gebouwen, zij het in samenwerking met anderen, zijn eigen bedrijf uitoefent en dat daarom een schadeloosstelling gegrond op voortzetting van dat bedrijf in den huidige omvang in nieuwe te stichten bedrijfsgebouwen, te zijnen opzichte zeer wel kan zijn de enige oplossing, waarbij op een voor hem redelijke wijze in een volledige vergoeding van de bedrijfsschade wordt voorzien;”

Deze en soortgelijke gevallen, die dikwijls in de familie-sfeer spelen, kunnen bij onteigening tot zeer verschillende gevolgen leiden, die in geen enkele verhouding staan tot verschillen in maatschappelijke positie en in het economisch bestaan van de betrokkenen en van het economisch goed dat zij bezitten. Als de vader en de zoons een vennootschap vormen, waarin de vader het bedrijfsperceel inbrengt, al is het tegen een daarvoor apart door hem te genieten vergoeding, dan krijgen allen, ook de zoons, volledige schadeloosstelling. Maar maken zij van hun samenwerking b.v. met het oog op vererving, een naamloze vennootschap, waarin zij het onteigende hebben ingebracht, dan kan het resultaat zijn, dat bij onteigening niemand vergoeding van bedrijfsschade krijgt, omdat de N.V. geen winst maakt, ofschoon allen, de vader en de zoons wel ten laste van de onkostenrekening, hun salarissen uit het bedrijf genoten.

Indien de vader de eigendom van het te onteigenen behield, en het perceel verhuurde aan de N.V. dan zal waarschijnlijk in de bestaande jurisprudentie niemand — noch de vader noch de zoons — vergoeding van bedrijfsschade krijgen, ook niet wanneer ook de vader aandeelhouders in de N.V. was en in haar bedrijf meewerkte en krijgt de N.V. hoogstens het fixum als huurstek. Daarentegen, kreeg in het zoëven besproken geval van H.R. 4-6-1952 waarin de vader eigenaar van het onteigende was gebleven, doch het gebruik daarvan in de v.o.f. had ingebracht, formeel wel alleen de vader volledige schadeloosstelling, maar werd voor de zoons tenminste de inkomenspositie gewaarborgd, doordat zij in het overgeplaatste bedrijf als vennoten hun brood konden blijven verdienen. Van vergoeding van verdere bedrijfsinkomensschade die b.v. kan bestaan in een aantal jaren van lagere winst door aanloopkosten op de nieuwe plaats van vestiging, blijven de zoons dan echter verstoken; die vergoeding krijgt alleen de vader in evenredigheid met zijn $\frac{1}{4}$ winstaandeel.

Dit alles is onbevredigend. De maatschappelijke en economische positie van de betrokkenen wat hun inkomen uit het bedrijf betreft, hun recht op het gebruik van het onteigende en het economisch goed dat zij daarin bezitten, scheelt in al die gevallen niet zo heel veel. De zoons die met hun vader in maatschap werken, hebben naar mense-

lijke berekening een gesecureerd bestaan, onverschillig of de vader nu het perceel zelf of het gebruik daarvan in de vennootschap inbracht. Voor die positie, economisch gezien, maakt het niet zo veel verschil of zij allen het bedrijf als N.V. uitoefenden, zelfs niet als de vader de eigendom van het perceel behield en dit, al dan niet voor een huurprijs ter beschikking van het gezamenlijk in de N.V.-vorm uitgeoefende bedrijf stelde.

In ieder geval rechtvaardigen deze verschillen in het bezit dat de betrokkenen in hun gebruiksrecht van het onteigende hebben niet, dat zij in het ene geval volledige schadeloosstelling krijgen maar in het andere geval niets. Al deze onbevredigende resultaten, al de subtiële onderscheidingen die wij moeten maken om nog hier en daar onredelijke ontrecting te kunnen weren, zijn de schuld van de verouderde onteigeningswet, die in haar beperkte kader alleen lette op eigendoms- en zakelijk rechtelijke verhouding, die van vergoeding van persoonlijke schade niet wist en die bij de maatschappelijke ontwikkeling van het vennootschapswezen te enenmale achterbleef.

C. Vruchtgebruik en blote eigendom.

Het geval behoort eigenlijk sub IV, maar om zijn verwantschap met de vorige gevallen, vermeld ik het hier.

Onteigend werd een dubbel pand, waarin een slagerij gevestigd was. Voorts bevatte het pand twee woningen. Slagerij en één woning waren in gebruik bij de blote eigenaar; de tweede woning was in gebruik bij de vruchtgebruikers. Blote eigenaar was J. H. W. (zoon); vruchtgebruikers waren zijn ouders. Het slagersbedrijf, te voren door de vader uitgeoefend, stond in het handelsregister ten name van de zoon. De gehele winst uit de zaak werd ook in de belastingaangifte van de zoon verantwoord. De vader werkte nog wel eens in de zaak; hij en zijn vrouw betrokken daaruit vrij vlees, doch zij waren geen firmanten en hadden geen aandeel in de winst. De rechtbank maakte uit, dat de ouders niet ten dele afstand van het vruchtgebruik hadden gedaan, doch dat de zoon de slagerij en woning bij gedogen van zijn ouders gebruikte en alleen de blote-eigendom had, die hem geen gebruiksrechten gaf. Niettemin had de zoon naar menselijke berekening een

gesecureerd bestaan. De onteigening veroorzaakte bedrijfschade voor de zoon: de slagerij moest worden overgeplaatst met alle daaraan verbonden bedrijfsschade, aanschaffing nieuw pand etc. en de verhuizing van de zoon en de ouders bracht natuurlijk kosten mee.

Conclusie: de werkelijke waarde van het pand werd natuurlijk vergoed; verder kreeg niemand iets van zijn schade en kosten vergoed. De schade van de zoon was geen direct en noodzakelijk gevolg van de onteigening omdat hij aan zijn blote eigendom geen gebruiksrecht kon ontleenen, en de ouders, vruchtgebruikers, werden naar art. 45 verwezen.

D. Huurkoop en daaraan verwante gevallen.

A heeft een zaak gekocht in een huurhuis, met een koopoptie op het huis, pas uit te oefenen na een zeker aantal jaren. Hangende die tijd komt onteigening van het pand. A zal de huurdersvergoeding krijgen en niets meer. Hoe veilig hij ook zat, hij kan geruïneerd zijn. Andere variaties komen voor. Stel iemand koopt een zaak met pand en al in huurkoop. Hij betaalt een flink bedrag als eerste aanbetaling en de rest in huurkooptermijnen. De basis van de huurkoop is gezien het rendement van de zaak, gezond. Hij zit veilig. Hangende die tijd komt echter onteigening van het pand. Zelfde gevolgen als hierboven: hij kan geruïneerd zijn. Ander geval:

„Een klein mannetje wilde een fabriekje beginnen; hij had een daarvoor bij uitstek geschikt terrein met opstallen ontdekt en de eigenaar was bereid dit aan hem af te staan; alle contanten waarover hij kon beschikken, waren echter nodig voor roerende bedrijfsuitrusting, aanloopkosten en financiering, zodat hij het onroerend goed voor 100 % uit toekomstige winsten zou moeten betalen. Partijen hadden gezamenlijk hiervoor de constructie uitgedacht dat het terrein met opstallen in huurkoop zou worden uitgegeven met een minime betaling gedurende de eerste twee jaren en nadien een regelmatige stijgende betaling, zodat de gehele huurkoopsom na circa 10 jaren zou zijn aangezuiverd.”

Wat gebeurt er als binnen de 10 jaar onteigend wordt? Als boven! Kiezen de grondeigenaar en de kleine fabrikant echter een langdurig erfpachtsrecht voor de laatste met een kooprecht, in plaats van de huurkoop, dan zal er volledige schadeloosstelling kunnen zijn. Idem als in het geval van de huurkoop van de zaak en pand de constructie

gemaakt wordt van koop en verkoop met eigendomsoverdracht en hypotheekrecht van de verkoper met periodieke aflossingen.

De vraag rijst of het zinnig is de vraag van de schadeloosstelling in dergelijke economisch gelijke of zeer verwante gevallen, af te laten hangen van de juridische constructie.

E. Onderhuur.

Praktijk is dat de onderhuurder bij onteigening geen schadeloosstelling krijgt.

Toch valt moeilijk te betwisten dat de onderhuurder van het gedeelte van het goed waarvan de huur aan hem is afgestaan, huurder is, indien de hoofdhuurder tot gedeeltelijke afstand of c.q. tot wederverhuring bij het huurcontract of door de wet gemachtigd was.

Het is waarschijnlijk de hollandse zuinigheid, die er tegen opziet het fixum van art. 42 (95) zowel aan de huurder als de onderhuurder uit te keren, terwijl een aanknopingspunt om dat fixum tussen huurder en onderhuurder te verdelen moeilijk te vinden is.

Bij de voorbereiding van de behandeling van het wetsontwerp van 4 juli 1958³⁸ stelt ook de Regering zich op het standpunt, dat juridisch gesproken de onderhuurder evenzeer huurder is als de hoofdhuurder. Zij acht het niet uitgesloten dat indien het fixumstelsel der schadeloosstelling wordt losgelaten de jurisprudentie onder omstandigheden met de onderhuurder rekening zou houden.

M.i. komt ook los van het lot van het wetsontwerp, aan de onderhuurder recht op schadeloosstelling toe. De jure constituendo dient hij evenzeer als de huurder recht op volledige schadeloosstelling te hebben. Zijn positie is, wat de duur van zijn contract en de kansen op bestendiging van zijn gebruiksrechten betreft, ongetwijfeld zwakker dan die van de huurder, omdat niet alleen de positie verhuurder-hoofdhuurder, maar ook de positie hoofdhuurder-onderhuurder daarbij betrokken is. Niettemin komt ook de onderhuurder toe, dat hem vergoed wordt wat hem door de onteigening wordt ontnomen. In vele gevallen

³⁸ Hierboven onder VI besproken.

zal die schadeloosstelling gering zijn, maar onderhuur van kelders, onderstukken en andere gedeelten van gebouwen voor bedrijfsuitoefening komt toch vrij veel voor; als de stichting van fabrieks- of kantoorgebouwen op huur- of huurkoopbasis toeneemt, zal ongetwijfeld ook de onderhuur voor beroeps- of bedrijfsdoeleinden nog toenemen.

Ten opzichte van *onderpacht* is er m.i. reeds nu geen reden de onderpachter, die van een daartoe bevoegde pachter heeft gepacht, recht op schadeloosstelling te onthouden.

F. Andere gevallen.

Plaats- en tijdgebrek nopen mij andere gevallen wat meer samen te vatten.

Iemand had een onroerend goed gekocht en betaald en feitelijk was het hem geleverd; er was echter verzuimd de levering over te schrijven in de openbare registers. Eigenaar was hij dus niet geworden, maar bezitter was hij wel. Dit bezitsrecht was het dat in het onder no. III vermelde arrest van de H.R. 19-10-1949 N.J. '50. 3 hem toch nog recht op volledige schadeloosstelling gaf, zij het dan op de grondslag van zijn bezit. Het liep dus nog goed af, want de omstandigheid dat de koper het goed gekocht en betaald had en het voor zijn bedrijf gebruikte, zou hem niet hebben geholpen.

Maar de koop en verkoop, vooralsnog zonder transport, in het hier volgende geval gaf meer moeilijkheden. A die zich uit zijn zaken wilde terugtrekken, verkocht zijn onroerend goed, een kantoorpand met erf en pakhuis met de gehele daarin gedreven affaire, met handelsnaam, goodwill enz. en met alle andere bedrijfsmiddelen aan B, die de zaak voortzette. Als koopprijs bedong A voor zich en zijn echtgenote een lijfrente, wekelijks te betalen door B. Tot zekerheid van de nakoming van B's verplichtingen werd bepaald dat o.m. de eigendom van het verkochte onroerend goed zou blijven bij A en diens erfgenamen en rechtverkrijgenden, totdat A en zijn echtgenote zouden zijn overleden. Op dat tijdstip zou B gerechtigd zijn de koopakte in de openbare registers te laten overschrijven. De ontbinding der overeenkomst ex 1302 en 1303 B.W. was bij de koopakte reeds uitgesloten.

De overeenkomst loopt al jaren lang, de lijfrente termijnen worden prompt betaald en B. is met zijn bezit veilig..... tot op een kwade dag het perceel voor onteigening wordt bestemd en ter-visie-legging van de stukken plaatsvindt. Zijn bestaan is plotseling bedreigd. Hij is geen eigenaar. Geen nadere overeenkomst met A kan meer baat brengen. Is B bezitter, of heeft hij de goederen alleen onder zich krachtens zijn rechtsverhouding met A? De vergoeding van zijn gehele bedrijfsschade is voor B in het geding en toch gevoelt ieder de onredelijke hardheid als B die een onbetwifelbaar duurzaam recht op het gebruik van het perceel heeft, niet overeenkomstig de economische realiteit schadeloos zou worden gesteld.

Dit zijn gevallen waarin de betrokkene een persoonlijk recht had niet alleen tot gebruik van het onteigende, maar ook op eigendomsverwerving. In zover gelijken zij op de onder D genoemde gevallen van huurkoop en huur met koopoptie. Voor het overige staan zij gelijk met alle rechtsfiguren, waarin een persoonlijk recht bestaat op gebruik van de zaak die onteigend wordt. De geslotenheid in de O.W. van de kring van belanghebbenden sluit, behoudens de huurder en de pachter, *allen van schadeloosstelling uit, die niet een zakelijk recht op het onteigende hebben.*

Het is niet moeilijk voorbeelden te noemen. De schrijvers over onteigeningsrecht vermelden er verscheidene: de bruiklener van het onteigende mist ieder recht op vergoeding; zoo ook zij die een persoonlijk recht van uitgang op het onteigende hebben. een recht van weide, een recht om water te halen, een contractueel recht op ontzanding of ontgrinding enz. Ook buiten het commerciële contractenrecht geeft de praktijk voorbeelden: zoals dat van de tandarts, buiten gemeenschap van goederen gehuwd, die met zijn vrouw woont in het haar toebehorende huis en daarin zijn praktijk uitoefent. Het huis wordt onteigend en naar de bestaande regelen is er geen vergoeding van overplaatsingskosten en verdere persoonlijke schade: voor de vrouw niet omdat zij het beroep niet uitoefent, voor de man niet omdat hij buiten de kring van art. 3 staat.

Maar ook andere voorbeelden worden genoemd: iemand heeft in zijn pand voor zijn bedrijf een gérant geplaatst. De onteigening brengt beëindiging en liquidatie van het bedrijf mede en de gérant verliest zijn betrekking. Dient

hij recht op schadeloosstelling te hebben? Dienen de directeurs van de N.V. welker bedrijf door de onteigening geliquideerd moet worden recht op schadeloosstelling te hebben? En de andere werknemers? En de leveranciers, die aan de door onteigening geliquideerde fabriek plachten te leveren en in het algemeen zij die met het ter plaatse verdwijnende bedrijf zaken plachten te doen? Dient ieder die als gevolg van een onteigening schade lijdt die schade vergoed te krijgen? Wij zijn weer aan de vraagstelling die het uitgangspunt was: dient de bestaande kring van belanghebbenden, die bij onteigening recht op schadeloosstelling hebben te worden gewijzigd, en zo ja hoe?

VIII. *Conclusies.*

De onteigeningswet van 1851 had twee hoofdenkenmerken:

- 1e. De schadeloosstelling is voor haar slechts de vergoeding van de werkelijke waarde van het onteigende (art. 40) en van de waardevermindering van het overblijvende (art. 41).
- 2e. „Onteigening” is voor haar alleen de ontneming van de *eigendom*.

Thorbecke³⁹ schrijft dan ook:

„Als derde belanghebbenden worden bij uitsluiting beschouwd zij, die huurders zijn van het te onteigenen goed of daarop zake-lijke regten hebben.

De wet gebiedt hier inachtneming en schadeloosstelling van derde belanghebbenden, evenwel niet omdat het beginsel der onteigening dit zoude medebrengen. Onteigening is slechts ontneming van den eigendom, van het goed, niet van huur of zake-lijke regten. Daarom wordt het onteigeningsgeding niet tegen de derde belanghebbenden gerigt, maar worden zij alleen in de gelegenheid gesteld om voor hunne belangen te waken. In de wet is dan ook met opzet van verlies, niet van onteigening der regten van derde belanghebbenden sprake.

Indien niettemin deze regten in deze wet in aanmerking komen en schadeloosstelling ontvangen, geschiedt dit, omdat het een verlies geldt door de onteigening geleden, waarvan de regeling het best in verband met de onteigening, en dus in deze wet getroffen wordt.”

Niet als beginsel der onteigening dus, maar om praktische redenen.

³⁹ Mr W. Thorbecke: Stelsel en toepassing der Onteigeningswet, 1880 p. 86.

De beperking van de kring van belanghebbenden tot de zakelijk gerechtigden en de huurder is in het systeem van de wet van 1851 niet geheel onbegrijpelijk. Er is aanleiding te veronderstellen⁴⁰ dat men de zakelijke rechten eigenlijk zag als afsplitsingen van de eigendom, die een eigen zelfstandigheid hadden gekregen. De redactie van artikelen als art. 43, 44 en 45 wijst ook in die richting. Waarom dan echter alleen de huurder aan die zakelijk gerechtigden werd toegevoegd, wordt niet gezegd en een uitdrukkelijke verklaring waarom de kring van belanghebbenden aldus beperkt bleef, wordt in de wet en de M.v.T. niet gegeven. Die verklaring kan niet zijn, dat het causaal verband tussen hún schade en de onteigening anders zou zijn dan het causaal verband tussen onteigening en schade bij andere belanghebbenden, m.a.w. dat de schaden van de belanghebbenden binnen de bestaande kring *wel* een rechtsreeks en dadelijk gevolg van de onteigening zouden zijn en de schaden van andere belanghebbenden *niet*. Immers bij tal van belanghebbenden binnen de bestaande kring, zoals de hypotheekhouder, de huurder, de pachter, degenen die een aan hun persoon gebonden zakelijk recht van vruchtgebruik, gebruik of bewoning hebben en in wezen ook bij alle andere zakelijk gerechtigden, is er tussen de onteigening van het goed en hun schade evenzeer een tussenliggende oorzaak, t.w. hun overeenkomst met de eigenaar welke het recht vestigde, als bij andere belanghebbenden die hun recht op gebruik of nut van het onteigende goed ontleen aan hun overeenkomst met de rechthebbende op dat goed.

De *beide* zoëven onder 1e en 2e genoemde uitgangspunten van de O.W. van 1851 zijn sinds haar tot standkoming doorbroken: het punt sub 1e door de jurisprudentie welke de volledige schadeloosstelling als beginsel van ons onteigeningsrecht ontwikkelde; het punt sub 2e door de opneming in 1920 van het huidige artikel 4, dat afzonderlijke onteigening van de daarin genoemde zakelijke rechten kent, als deze rusten op een onroerend goed, dat reeds aan de onteigende partij toebehoort.

De vraag is of ook het uitgangspunt moet worden doorbroken, dat *alleen* de belanghebbenden binnen de thans

⁴⁰ Zie Thorbecke t.a.p. blz. 38.

bestaande kring recht op schadeloosstelling kunnen doen gelden. Velen vóór mij hebben die vraag bevestigend beantwoord en m.i. terecht. De grondslag voor de schadeloosstelling bij onteigening is de billijkheid: het inzicht dat het niet aangaat één of meerdere burgers wier bezit toevallig voor een onteigening voor een doeleinde van openbaar nut het meest geschikt is, de schade van de onteigening te laten dragen, gepaard aan het inzicht, dat het openbaar belang *wél* kan eisen, dat aan hen hunne rechten worden ontnomen, doch dat datzelfde openbare belang *niet* cist, dat hun de economische waarde van hun bezit wordt ontnomen.⁴¹

De onbillijkheden, waartoe de beperking tot de huidige kring van belanghebbenden, mede door de gewijzigde maatschappelijke verhoudingen, leidt, zijn dermate ernstig en veelvuldig, dat verruiming van de kring van belanghebbenden een dringende noodzaak is geworden. Want die onbillijkheden spruiten *alléén* daaruit voort dat de belanghebbenden buiten de bestaande kring niet in één der rechtsposities verkeren waaraan naar de huidige wet het recht tot vorderen van schadeloosstelling verbonden is.

Tegen die verruiming kan men niet als argument aanvoeren, dat ieder in geval van onteigening de consequenties maar moet dragen van de rechtspositie, die hij heeft verkozen. Immers velen van de belanghebbenden *buiten* de bestaande kring, die wij hierboven tegenkwamen, hebben nooit de keuze gehad tussen de rechtspositie die zij hebben en een rechtspositie als eigenaar of zakelijk gerechtigde. Maar ook jegens hen, van wie, zoals in de gevallen van moeder- en dochter N.V., familie-N.V., of vestiging van bedrijven in gebouwen op huur- of huurkoop basis, misschien *wél* zou kunnen worden gezegd, dat zij een rechtspositie als eigenaar of zakelijk gerechtigde hadden kunnen kiezen, gaat het argument niet op. Voorop mag immers worden gesteld, dat in vele van deze gevallen de vrijheid van keuze slechts theoretisch is. De keuze van rechtsfiguur wordt door allerlei omstandigheden van financiële of van fiscaalrechtelijke aard, door familieverhoudingen enz. dwingend of welhaast dwingend voorge-

⁴¹ Zie reeds Mr A. C. Visser, *Geschiedenis en beginselen van het onteigeningsrecht*, 1884, p. 73 v. en p. 85 v. Prof. Mr H. L. Drucker R.M. 1886 p. 185 v.

schreven. Veel principiëler evenwel is dat men met dat argument de zaak op zijn kop zet. Onteigening is uitzondering. Men kan aan het maatschappelijk en economisch verkeer niet de eis stellen dat het afgestemd wordt op het geval van een eventuele onteigening. Een billijk onteigeningsrecht behoort te zijn afgestemd op de rechtsverhoudingen, die door de behoeften van het maatschappelijk-economisch verkeer worden bepaald en in de ontwikkeling van dat verkeer zijn gegroeid. Ook de fiscale wetgeving bepaalt die behoeften.

Zoals boven is gezegd, betekent verruiming van de bestaande kring van belanghebbenden *niet*, dat het causale verband tussen de onteigening en de schade van aard zou moeten veranderen. Maar ten aanzien van de vraag *wie* recht hebben schadeloosstelling te vorderen, speelt het causale verband thans niet, omdat de belanghebbenden die dat recht hebben limitatief in de wet zijn aangegeven.

Moeten wij bij enigerlei limitatieve opsomming blijven, of kunnen wij de verruiming van de kring tot stand brengen door een *ieder* die ten gevolge van een onteigening schade lijdt, recht op vergoeding daarvan te geven?

Mijns inziens kan dit laatste niet: 1e. omdat men dan niet binnen het onteigeningsrecht blijft; en 2e omdat men dan de grens van de in onteigening noodzakelijk te betrachten billijkheid ver zou overschrijden. Met het enkele causale verband tussen onteigening en schade komen wij er niet, vooral niet omdat naar vaste rechtspraak met de onteigening de aanleg van het werk waarvoor wordt onteigend als schadeoorzaak gelijk gesteld wordt. De praeadvies van 1955 en de debatten van dat jaar hebben in het licht gesteld, dat er tal van personen zijn die door de aanleg van een werk waarvoor onteigend is, schade kunnen lijden (het café, de omnibus, het veer etc.). Doch zij staan buiten de eigenlijke onteigening; zij hadden geen recht en geen belang dat op het onteigende goed zelf betrekkelijk was. Hun schade vloeide voort uit het werk dat de onteigenaar na de onteigening op het onteigende ging aanleggen en of het goed voor die aanleg wel of niet onteigend was, was geen causale factor van hun schade.

Wil men dus binnen de kring van het onteigeningsrecht blijven, dan dient men *in* de onteigeningswet niet verder

te gaan dan tot schadeloosstelling aan personen die een recht of belang hebben, dat op het onteigende goed betrekking heeft.

Is met dit uitgangspunt voor ogen één bruikbare formulering voor de verruiming van de kring van belanghebbenden te vinden? Zo ja, dan zou dat de voorkeur moeten hebben boven een casuïstische regeling, die niet alleen praktisch moeilijk uitvoerbaar zou wezen, maar ook moeilijk sluitend te maken zou zijn.

In aansluiting aan de kring van zakelijk gerechtigden die allen een recht hebben dat betrekking heeft op het onteigende goed, kan men de kring zeker verruimen met diegenen, die een persoonlijk recht hebben op het onteigende goed betrekkelijk.⁴² Verscheidene van de sub VII genoemde personen, zoals de bruiklener, de persoonlijk gerechtigde tot ontgrinding, tot waterhalen, uitgang etc., de zoon-vennoot wiens vader het gebruik van het onteigende goed in de vennootschap inbracht (B), de huurkoper, de huurder met koopoptie (D) en de koopgevallen sub F verkrijgen daarmee dan hun titel tot schadeloosstelling. Maar voor de andere gevallen, zoals de vier onder VII sub A genoemde, is het toch zeer dubieus of zij met deze verruiming geholpen zouden zijn: hebben zij in hun aandeelhouderschap een „persoonlijk recht tot het onteigende goed betrekkelijk”? En de slager (C) en de tandarts (F) zijn zeker niet geholpen.

Er is echter nog een veel principiëler bezwaar tegen verruiming van de kring enkel met degenen die door de onteigening in een persoonlijk recht worden gestoord. In de praeadviezen van 1955, in de debatten van dat jaar en ook door Langemeijer in het N.J.B. 1955 p. 533 v. is er telkens weer op gewezen hoe moeilijk de grens te trekken is tussen subjectief recht en belang.

⁴² Aldus Mr J. H. Jonckers Nieboer: Bijdrage tot een herziening van het Onteigeningsrecht; proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor in de Staatswetenschap, Utrecht 1912, die in zijn ontwerp voor een nieuwe onteigeningswet als art. 67 de bepaling opneemt:

„Op eene schadeloosstelling hebben aanspraak:

„1c. de personen, aan wie de onteigende zaak toebehoort,
„2c. de personen, die door de onteigening van ene niet aan hen toebehorende zaak een zakelijk recht geheel of gedeeltelijk verliezen, of in de uitoefening van een persoonlijk recht, op die zaak betrekking hebbende, gestoord worden.”

Zou men echter de kring óók verruimen met hen die een belang bij het onteigende goed hebben, dan zouden wel de moeder- en dochter N.V., de aandeelhouder in de familie N.V., de slager en de tandarts geholpen zijn, maar dan zou er tevens een stroom van belanghebbenden worden binnen gehaald, die onafzienbaar is: de gemeente die een belang bij de fabriek heeft, de leveranciers, de schilder, de glazenwasser, de arbeiders in de fabriek, de klanten enz. enz. Voor deze allen brengt de noodzakelijke billijkheid een schadeloosstelling niet mee. Zij zullen een relatie, misschien een waardevolle relatie moeten vervangen of van werkgever moeten verwisselen, maar zij waren grosso modo in hun bestaan niet aan het onteigende goed gebonden.

In de gebondenheid van de belanghebbende aan het onteigende door een belang dat een onvervangbaar deel van zijn bestaan betekent, dient m.i. de beperking te liggen van het belang, dat in onteigening aanspraak geeft op schadeloosstelling.

Ik zou die beperking willen zoeken in het begrip *bestaansbron*, dat de Hoge Raad in een aantal arresten heeft gebruikt als criterium voor het toekennen van vergoeding van persoonlijke schade aan een belanghebbende.⁴³ Tot dusver heeft de Hoge Raad een bestaansbron aanwezig geacht in gevallen waarin de belanghebbende met betrekking tot zijn onteigende goed persoonlijke werkzaamheden verrichtte, die hem zijn bestaan of een gedeelte daarvan opleverden, dat door de onteigening verloren ging en door de schadeloosstelling voor de werkelijke waarde van het onteigende niet werd vergoed. In verscheiden van de voorbeelden sub VII genoemd is er zulk een belang door persoonlijke werkzaamheid: de slager, de tandarts, de zoon-aandeelhouder, die in het bedrijf mede werkt. Maar tot die persoonlijke werkzaamheid behoeft het begrip bestaansbron niet beperkt te blijven. Ook voor de moeder-N.V. en voor de dochter-N.V. die het onteigende gebruikten was dit een bestaansbron. Natuurlijk zullen er bij het hanteren van het begrip bestaansbron grensgevallen blijken te zijn. Dit is onvermijdelijk, maar is geen bezwaar.

⁴³ Vgl. H.R. 28-1-1929 N.J. blz. 651.
H.R. 22-12-1931 N.J. 1932 blz. 416.
H.R. 7-12-1932 N.J. 1933 blz. 714.

Evenmin als van het begrip „volledige schadeloosstelling” is van het begrip „bestaansbron” een formulering te geven die een volledige begrenzing trekt. Ook hier zou de uitwerking in de jurisprudentie moeten geschieden.

Ik meen echter dat als basis voor die uitwerking in het begrip bestaansbron een bruikbaar criterium van genoegzame bepaaldheid is gegeven voor de belangen bij het onteigende, die binnen de kring der schadeloosstelling dienen te worden getrokken.

Dus zou ik aan de bestaande kring van belanghebbenden willen toevoegen: „zij die een persoonlijk recht hebben, „op het onteigende goed betrekking hebbende”, alsmede „zij, voor wie het onteigende goed een bestaansbron is.”

Bij toevoeging van deze laatste groepen krijgt men voor sommige belanghebbenden een doublure in hun titel tot schadeloosstelling: voor de huurder en de pachter b.v. is het onteigende goed stellig een bestaansbron en zij hebben ook een persoonlijk recht. Toch zou ik de nieuwe groepen eenvoudig aan de opsomming der bestaande belanghebbenden willen toevoegen om de ten aanzien van deze laatsten bestaande jurisprudentie intact te laten. Gevaar is daar niet bij: een dubbele schadeloosstelling kan er nooit uit voortkomen!

Het inpassen van de verruiming van de kring van belanghebbenden kan m.i. in alle opzichten het eenvoudigste en het beste geschieden, door deze in art. 3 lid 2 en in art. 4 op te nemen. Daarmede blijft de gehele omvangrijke jurisprudentie omtrent aard en omvang van de persoonlijke schade als element der volledige schadeloosstelling onveranderd in stand en wordt zij ook op de nieuwe belanghebbenden van toepassing. Tevens blijft dan in stand het systeem dat alle schadeloosstellingen in de onteigeningsprocedure worden vastgesteld. Het toekennen van dubbele schadeloosstellingen voor eenzelfde schade is daardoor uitgesloten.

Zo kom ik als conclusie tot de volgende desiderata:

1. De laatste zin van artikel 3 lid 2 der onteigeningswet worde gelezen:

„Hetzelfde regt hebben derde-belanghebbenden,
„waaronder verstaan worden zij, die zakelijke of

„persoonlijke regten hebben, op het goed betrekkelijk, huurders en pachters, met inbegrip van „wettige onderhuurders en onderpachters, als „mede zij voor wie het goed een bestaansbron is.”

2. Aan artikel 4 lid 1 worde een zin toegevoegd luidende:
„Het bepaalde in artikel 3 lid 2 en lid 3 is van „overeenkomstige toepassing.”
3. De artikelen 42 en 95 worden geschrapt, evenals de daarmee samenhangende bepalingen voor andere onteigeningen.
4. De artikelen 43 tot en met 49 worden geschrapt. De wet geve de substituties aan, waarop de vruchtgebruiker, gebruiker en bewoner hun door de onteigening gewijzigd recht, naar de daarvan berekende waarde, kunnen blijven uitoefenen, alsmede de substitutie waarop de hypotheekhouder zijn vordering kan verhalen, zonder dat deze zakelijk gerechtigden daardoor in hun recht op schadeloosstelling worden gekort, indien zij dan nog schade door de onteigening zouden lijden.
5. Bezien kan worden in hoeverre bepalingen als die van artikel 42a lid 3 en lid 4 ook ten aanzien van de huurder en van andere belanghebbenden dienen te worden opgenomen, dan wel in hoeverre die bepalingen t.a.v. de pachter zouden dienen te worden geschrapt of gewijzigd.

Hiermede besluit ik mijn praeadvies. Tot bovenstaande beginselpunten beperk ik mij. Nadere uitwerking daarvan zou tot verschillende detailwijzigingen leiden, maar het is prematuur om reeds nu in een bespreking daarvan te treden. Een verbetering van ons onteigeningsrecht op het terrein van de door het Bestuur gestelde vraag is noodzakelijk. Daarmede is niet gezegd, dat ons onteigeningsrecht ook niet op andere punten dient te worden herzien. De schadeloosstelling voor de voorlopige inbezitneming b.v. is te enenmale onbevredigend. Zij ligt echter buiten de mij gestelde vraag. Dichter bij die vraag ligt de kwestie van de schadeloosstelling voor huurders, wier gehuurde panden in het kader van de verwezenlijking van een uit-

breidings-, wederopbouw- of saneringsplan door de overheid na de aankondiging van onteigeningsplannen worden aangekocht. Hetzelfde vraagstuk bestaat ten aanzien van erfpachters, opstalhouders en andere zakelijk gerechtigden wier recht onder tijdsbepaling of voor onbepaalde tijd behoudens opzegging gevestigd is. Voor al deze mensen moet iets worden gedaan. Zij hebben er aanspraak op dat zij in geval van aankopen als bovenbedoeld worden schadeloos gesteld op de basis waarop zij in geval van onteigening schadeloos zouden zijn gesteld. Het is een verdienste van het reeds genoemde ontwerp van de wet van 5 juli 1958 ter voorlopige wijziging van de schadeloosstelling voor de huurders van bedrijfspanden, dat het in de artikelen 2 en 3 voor zulke aankoopgevallen een schadeloosstelling geeft. De verleiding is groot ook op dit onderwerp nog in te gaan, maar ook dit ligt strikt genomen buiten de gestelde vraag. Deze verleiding moet er maar een zijn, waarvoor ik niet bezwijk. De mij voor dit praeadvies ruim toegedachte tijd en plaats is al reeds overschreden.

INHOUD

I. Volledige schadeloosstelling	39
II. Grondslag van de leer der volledige schadeloosstelling	42
III. De bestaande kring van belanghebbenden	44
IV. De rechten op schadeloosstelling binnen de bestaande kring van belanghebbenden	46
V. De schadeloosstelling binnen de bestaande kring van belanghebbenden (vervolg) De betekenis van de tijdsduur van het gebruiksrecht	49
VI. De schadeloosstelling binnen de bestaande kring van belanghebbenden (vervolg) Pachter en huurder	53
VII. Praktijkgevallen van schaden door onteigening geleden door personen die buiten de bestaande kring van belanghebbenden staan	73
A. Naamloze vennootschappen	73
B. Maat- en vennootschappen onder firma	75
C. Vruchtgebruik en blote eigendom	79
D. Huurkoop en daaraan verwante gevallen	80
E. Onderhuur	81
F. Andere gevallen	82
VIII. Conclusies	84