GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR ADMINISTRATIEF RECHT

LXII

SCHADEVERGOEDING TERZAKE VAN RECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD

PREADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR

MR. O. A. C. VERPAALEN

EN

MR. F. J. BEUNKE

VOOR DE ALGEMENE VERGADERING

OP 24 OKTOBER 1969

H. D. TJEENK WILLINK & ZOON N.V. - HAARLEM

Ex libris

Prof. Mr. F. F. X. Cerutti

GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR ADMINISTRATIEF RECHT

LXII

SCHADEVERGOEDING TERZAKE VAN RECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD

PREADVIEZEN UITGEBRACHT DOOR

MR. O. A. C. VERPAALEN

EN

MR. F. J. BEUNKE

VOOR DE ALGEMENE VERGADERING

OP 24 OKTOBER 1969

H. D. TJEENK WILLINK & ZOON N.V. - HAARLEM

INHOUD

SCHADEVERGOEDING TERZAKE VAN RECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD 1955-1968 EEN POGING TOT KRITISCH OMZIEN

Preadvies van Mr. O. A. C. Verpaalen

I. Tot 1955 5
II. En marge van het nieuwe B.W. 11
III. Enige algemene opmerkingen over de wetgeving na 1955 . 15
IV. Tegemoetkoming of recht op schadevergoeding in het parlement 22
V. Rechtsgrond en maatstaf van de schadevergoeding . . . 31
VI. Billijk en redelijk 41
VII. De vraag 'welke rechter' in het parlement 47
VIII. De image van de burgerlijke rechter 55
IX. Administratieve contra civiele procedure 62
X. Doublure van rechters 69
XI. Eindbalans 74

VERGOEDING VAN SCHADE TENGEVOLGE VAN RECHTMATIGE DADEN VAN DE OVERHEID

Preadvies van Mr. F. J. Beunke

I. De nieuwe wetgeving 77
II. Overheid en burger . . . . . .
III. Rechtmatige en onrechtmatige daden . . . . . .
IV. Grondslag van de schadevergoedingsregelingen . . . .
V. Algemeen of bijzonder . . . . . .
VI. Buitenlandse wetgeving . . . . . .
VII. Rechten en belangen . . . . . .
VIII. De toepassing van de schadevergoedingsregelingen . . .
IX. Conclusie . . . . . .

SCHADEVERGOEDING TERZAKE VAN RECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD 1955-1968

EEN POGING TOT KRITISCH OMZIEN

Preadvies van Mr O. A. C. Verpaalen

I. TOT 1955

Reeds in de 19e en daarna in het eerste kwart van onze eeuw zijn er talrijke wetten tot stand gekomen, welke een of meer bepalingen bevatten, die aan de burger enigerlei vergoeding toekennen, indien de overheid door de toepassing van de desbetreffende wet hem schade toebrengt.[1] Die regelingen waren incidenteel. Ze berustten niet op algemene rechtsbeginselen of een algemene rechtsregel en men heeft zich daarover ook niet al te zeer het hoofd gebroken. Het rechtsbewustzijn eiste niet dat vergoeding werd toegekend. Dit gebeurde op uiteenlopende motieven. Het ging in het algemeen niet om grote belangen van de betrokkenen en grote bedragen behoudens enkele speciale gevallen, waar in het algemeen belang een omvangrijkere groep van de bevolking werd getroffen, zoals bijvoorbeeld in de twintiger jaren de Zuiderzeevissers en hun aanhang en eerder de bewoners van het eiland Schokland.

Er was één uitzondering, de schadevergoeding terzake van onteigening. Echter deze was iets op zichzelf staands, los van andere schadevergoedingsregelingen. Dit vond zijn oorzaak in een verschil van gezichtspunt. Bij de onteigeningsvergoeding stond de eigendom centraal. Tegenover de hoogheid van de vrij schaltende und waltende Overheid stond de nog grotere heiligheid en onaantastbaarheid van de eigendom van onroerend goed. Dat onteigenen een noodzakelijk prerogatief is van de overheid en dat onteigening tot schadevergoeding verplicht is van ouds erkend.[2] Echter is de schadeloosstelling terzake van onteigening eerst een dogmatisch leerstuk geworden nadat de (franse) burger het slachtoffer was geworden van overheidsonrecht en wil-

[1] Men zie daarvoor de preadviezen voor de Ned. Jur. Ver. van 1929 en 1955: Mr Dr R. H. Baron de Vos van Steenwijk en Mr Dr A. L. Scholtens „Behoeven de geldende regelen betreffende schadeloosstelling voor de gevolgen van niet-onrechtmatige overheidsdaden wijziging of aanvulling?" (Handelingen N.J.V. 1929 I). Prof. Mr W. G. Vegting en Jhr Mr J. H. de Brauw „In hoeverre en naar welke beginselen behoort schadeloosstelling te worden toegekend bij rechtmatige aantasting van rechten of belangen door de overheid. Zijn hieromtrent nadere wettelijke regelingen wenselijk?" (Handelingen N.J.V. 1955 I).

[2] In mijn diescollege, getiteld „Thorbecke en de dictatuur der onteigeningsdeskundigen", Advocatenblad 1967, p. 237, heb ik medegedeeld, dat ten behoeve van de stichting van de Leidse Universiteit in 1575 percelen werden onteigend en de eigenaren schadevergoeding werd toegekend.

lekeur. Voor de na 1789 aan de macht komende klasse, de derde stand, de burger, wordt de eigendom een heilig recht. Het accent valt op de onaantastbare eigendom, niet op de aantastende overheid. Sinds het arrest van 1864,[3] waarbij de Hoge Raad het recht van de onteigende erkende op vergoeding van andere schade dan alleen de waarde van het te ontnemen onroerend goed, heeft de rechtspraak het beginsel van de volledige schadevergoeding steeds verder ontwikkeld en fijner vertakt. Er is in ons recht geen rijker geschakeerd en genuanceerd systeem van vergoeding van schade, veroorzaakt door rechtmatig overheidsoptreden, maar als een monolith is het eenzaam blijven staan. Het is niet geïntegreerd in ons verdere overheidsschadevergoedingsrecht.

Daar is niet de eigendom het uitgangspunt, maar de heilige overheid, het staatsgezag. Merkwaardigerwijze stoelt ook deze conceptie op de Franse Revolutie. Het revolutionaire denken vormt nu eenmaal nooit een logisch en systematisch geheel, zodat in wezen tegenstrijdige denkbeelden tot eenzelfde gedachtenwereld gaan behoren zonder dat men zich van die tegenstrijdigheid bewust wordt. De Revolutie heeft geleid tot de ontwikkeling van de nationale staat, tot de verheerlijking ervan, tot de leer van de staatssouvereiniteit. Het aureool van de van God zelf afgeleide souvereiniteit des Konings gleed om de nieuwe gezagsdragers, de 'burgerlijke' overheid. Vroeger ging het om dynastieke belangen, belangen van regenten, maar nu om het algemeen belang, het belang van een gemeenschap, aldus de revolutionaire droom, waar allen gelijk waren en gelijke rechten hadden, waar men in vrijheid en gelijkheid broederschap had aangegaan. Wij juristen zijn van het begin van onze opleiding af vertrouwd gemaakt met de gedachte, dat voor het algemeen belang alles moet wijken. Daarvoor konden van de enkeling de individuele burger offers worden verlangd. Kortom, wat de overheid deed was welgedaan. Leidden haar maatregelen tot schade van de individuele burger dan stond het te harer beoordeling of zij bij wijze van acte gratuit hem daarvoor een 'tegemoetkoming' wilde verlenen.

Die idee van de hoogheid en onaantastbaarheid van het overheidsgezag is in Nederland lang blijven heersen. Men moest voor de Tweede Wereldoorlog wel links zijn, hetgeen toen wilde zeggen socialist, misschien ook nog vrijzinnig democraat, om er anders over te denken. Echter in steeds toenemende mate is de staat een organisme geworden, dat in alle geledingen van het maatschappelijk leven is doorgedrongen. Een onontkoombaar en heilzaam proces. Maar de droom van de staat als gemeenschap van de burgers is uitgedroomd. *Wij* zijn niet meer de staat, de staat is een ander. Wij – dat zijn alle werkende Nederlanders – betalen voor zijn werkzaamheden door een rijk geschakeerd pakket van directe en indirecte belastingen, sociale lasten en premies. Dit alles naar vermogen en voor het gevoel van velen tot hun uiterste vermogen. Daardoor heeft de burger als het ware zijn entree

[3] H.R. 7 maart 1864, W. 2569.

voldaan. Hij heeft het zijne ertoe bijgedragen, dat de overheid het algemeen belang kan behartigen. Maar dan is het onredelijk en onrechtvaardig, dat de staat ook maar iets vordert van een bepaalde burger dat daarboven uitgaat zonder vergoeding. Het wordt gevoeld als rechtsongelijkheid, dat de ene burger omdat het toevallig zo uitkomt zwaarder wordt belast in het algemeen belang dan zijn buurman. Aldus is een wezenlijke breuk ontstaan met het denken van de 19e eeuw. Anders dan toen houdt de algemene rechtsovertuiging in dat de overheid, wanneer zij door haar optreden hoezeer ook in het algemeen belang schade veroorzaakt, deze behoort te vergoeden, dat de burger dus *recht* heeft op vergoeding en niet behoeft af te wachten, of de overheid hem bij wijze van gunst een vergoeding zal toekennen. Het beginsel van onze maatschappij is in steeds toenemende mate geworden, dat voor alles wordt betaald. Er is geen reden om voor de overheid halt te maken. Het is onrechtvaardig dat de een zou moeten bloeden en de ander niet.

De Tweede Wereldoorlog maakt tenslotte de mensen nog meer schadevergoeding-minded. Oorlogs- en bezettingsschade is in diverse vormen vergoed. Belangrijk voor de ontwikkeling lijkt de schadevergoeding voor de slachtoffers van de februarivloed van 1953. Daar komt bij dat de moderne welvaartsstaat met zich heeft gebracht, dat iedere aantasting van lijf of goed wordt vergoed via particuliere, collectieve en sociale verzekering.

Er is nog een factor, die na de Tweede Wereldoorlog een steeds grotere rol is gaan spelen. De overheid vervult niet meer uitsluitend de traditionele bestuurstaak. De industrialisering van na de oorlog berust voor een belangrijk deel op overheidshandelingen. Maar door dit te doen neemt de overheid als het ware als 'onderneming' op gelijke voet als ieder ander aan het maatschappelijk en vooral het economisch verkeer deel en geldt a fortiori dat zij, wanneer zij terwille van economische belangen schade veroorzaakt, deze vergoedt. De overheid is niet meer een institutie bij de gratie Gods, maar de directie van de staatsonderneming. De gezagsdragers zijn tevens managers geworden. De overheid is geseculariseerd, zij is niet meer iets boven de mensen. In bepaalde opzichten is er geen wezenlijk verschil meer tussen de Staat enerzijds, Koninklijke Olie, Philips, Hoogovens e tutti quanti anderzijds.

Het Recht pleegt de ontwikkelingen in de maatschappij traag te volgen. Niet alleen neigt de jurist, ook de huidige, door zijn (nog steeds) te rechtshistorisch, te dogmatisch georiënteerde en te receptief georganiseerde opleiding tot formeel en behoudend denken, maar ook neemt het geruime tijd in beslag voordat nieuwe maatschappelijke ideeën zich tot juridische formules laten verdichten. Het is niet toevallig, dat de eerste impuls in dit opzicht van de rechter uitgaat. Hij is degene, die het nauwste contact onderhoudt met het dagelijks leven en streven van de maatschappij. Overziet men de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent de onrechtmatige overheidsdaad, dan kan men zich niet vergas-

ten aan een fraai opgebouwd systeem, maar men realiseert zich, dat die reeks van arresten, waarvan in de eerste fase Ostermann en Strooppot de hoogtepunten vormen, evenzovele hulpconstructies zijn geweest voor het langzaam slopen van het in de 19e eeuw opgerichte staatsgebouw.

De tweede impuls gaat uit van het Bestuur. Deze vindt haar oorsprong in de Woningwet van 1901, waardoor het een regelmatig voorkomend en steeds in omvang toenemend verschijnsel werd dat de overheid stedebouwkundige voorschriften uitvaardigde, welke aan de eigenaren en andere belanghebbenden schade konden toebrengen. Langzamerhand is het besef gegroeid, dat in dergelijke gevallen de geledeerde toch wel zekere aanspraken heeft op vergoeding ervan. De overheid is bij gebreke van wetsteksten in het bestuurlijke vlak gaan zoeken naar oplossingen, welke aan die gerechtvaardigde belangen tegemoet kwamen. Men heeft deze gevonden in het hanteren van het goedkeuringsbeleid. G.S., c.q. de Kroon, onthielden hun goedkeuring of verleenden deze slechts onder de voorwaarde, dat met de schade, welke belanghebbenden door een plan zouden lijden, werd rekening gehouden. Daarnaast zijn de gemeentelijke schadevergoedingsverordeningen ontstaan. Aldus was in de practijk een regeling gegroeid, die echter juridisch min of meer in de lucht zweefde.

Beide ontwikkelingen hebben de rechtswetenschap aan het denken gezet. Er ontstond inderdaad een nieuwe gedachte, aanvankelijk slechts vragenderwijze geuit, namelijk of er toch niet sprake zou kunnen zijn van een bepaalde verplichting tot vergoeding terzake van daden van de overheid, die niet anders dan als rechtmatig konden worden gekwalificeerd. Daarmede was een nieuw leerstuk geboren: schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad. Men trachtte dit gebied in kaart te brengen. De eerste pogingen daartoe waren gestimuleerd door het Strooppot-arrest van 1928, de preadviezen voor de N.J.V. van 1929, die beide uitvoerige overzichten bevatten van de gevallen, waarin terzake van rechtmatige daden van de overheid aan de betrokkenen een vergoeding werd toegekend. De gevallen bleken onderling zeer te verschillen en evenzo de wettelijke regeling, welke zij hadden gevonden.

Na die preadviezen wordt het denken gestimuleerd door de rechtspraak van de Hoge Raad. Het zijn bijkans magische namen, Meerboci, Heldenkermis en zovele andere, culminerend in Haagse Duinwaterleiding en Voorste Stroom. Op een enkele uitzondering, zoals Prof. Mr G. van den Bergh [4], na zijn het in hoofdzaak civiele juristen, die theorieën opbouwden, Drion,[5] Bregstein.[6] Veel pertinenter werd nu door

[4] Prof. Mr G. van den Bergh „De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad", R.M. Themis 1952, p. 498.

[5] Mr J. Drion „Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads Jurisprudentie over de onrechtmatige daad", W.P.N.R. 3992-3996.

[6] Prof. Mr M. H. Bregstein „De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad", R.M. Themis 1951, p. 273.

hen de vraag gesteld, of niet alle gevallen, waarin vergoeding werd toegekend voor handelingen van de overheid, onder één noemer te brengen zouden zijn, zodat men zou kunnen komen tot de opstelling van één algemene regel met betrekking tot de vergoeding van schade, veroorzaakt door rechtmatig optreden van de overheid. Deze ontwikkeling is uitgemond in de vraagstelling van de preadviezen voor de N.J.V. van 1955: in hoeverre en naar welke beginselen behoort schadeloosstelling te worden toegekend bij rechtmatige aantasting van rechten of belangen door de overheid? Zijn hieromtrent nadere wettelijke regelingen wenselijk? Legt men de preadviezen van 1929 en 1955 naast elkander dan blijkt een zeer duidelijke ontwikkeling in de geest der juristen. De preadviezen van 1929, hoe hoog ook van wetenschappelijk niveau, lijken te stammen uit de 19e eeuw. Dat de staat verplicht zou kunnen worden schade te vergoeden terzake van door hem verrichte rechtmatige daden is een gedachte, die de heren van 1929 toch eigenlijk niet bij zichzelf toelaten. In 1955 is die gedachte in beginsel aanvaard. De veronderstelling ligt voor de hand, dat dit verschijnsel zijn oorzaak zou kunnen vinden in een wijziging van wat men tegenwoordig de 'establishment' noemt. Maar tegenover de preadviserende baron uit 1929 staat de jonkheer van 1955, kamerheer in b.d. Neen, de geest van de tijd zelf was veranderd. De stemming, waarbij de gestelde vraag bevestigend wordt beantwoord, accentueert dit.[7]

Samkalden heeft, toen hij in 1958 als Minister van Justitie de vergadering van de N.J.V. toesprak,[8] in herinnering gebracht hoevele voorzitters van de Vereniging hadden verzucht dat preadviezen en discussies niets uithaalden, dat men aan dovemansoren klopte. Bij de onderhavige materie is het echter nog slechter gelopen. Preadviezen, discussies en votum hebben, zoals hieronder zal blijken, de Regering kopschuw gemaakt. De straks te bespreken wetten zouden vermoedelijk beter zijn uitgevallen, wanneer niet het leerstuk van de schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad als de boze fee aan haar wiegen had gestaan. De invloed van de N.J.V. en in het algemeen van de rechtswetenschap is een negatieve geweest. Zij hebben huns ondanks remmend op de rechtsontwikkeling gewerkt.

Het jaar 1955 is een keerpunt geweest. De vergadering van de N.J.V. op 24 juni 1955 sluit een periode van ontwikkeling van rechtspraak en rechtswetenschap af. Drie maanden later, op 27 september 1955, vangt met de indiening van het ontwerp-Monumentenwet een nieuw tijdperk aan, namelijk de behandeling van het probleem door een zich daarvan bewust geworden wetgever. Hiermede loopt parallel, dat in de rechtspraak en de civiele rechtswetenschap geen nieuwe ideeën meer tot uiting zijn gekomen. Dat is begrijpelijk. Het bestaande recht geeft aan de rechter, met name de Hoge Raad, slechts een beperkte actie-

[7] Handelingen der N.J.V. 1955 II, p. 106.
[8] Handelingen der N.J.V. 1958 II, p. 41-42.

radius. Op een goed ogenblik komt hij met zijn wetsuitlegging aan een grens, die hij zonder hulp van de wetgever niet kan overschrijden. Die grens lijkt in 1953 te zijn bereikt. Nadien heeft de Hoge Raad uiteraard nog wel arresten gewezen die van belang zijn voor de onderhavige materie, doch iets wezenlijk nieuws is er niet. De rechtswetenschap bevond zich in dezelfde impasse als de rechter. Men heeft de hooggeleerde commentatoren zich zien buigen over de uitspraken van de Hoge Raad als de priesters over het offer om uit de opstijgende rook te lezen wat zij gaarne wilden lezen. Zij konden niet anders. Ook de gedachtenwisseling van de doctrine moet haar uitgangspunt zoeken in het bestaande recht en zolang de wetgever zwijgt moet zij met kunst en vliegwerk pogen tot stand te brengen hetgeen zij volgens de inspraak van het rechtsbewustzijn billijk en rechtvaardig oordeelt. Dit heeft geleid tot fraaie constructies. Echter deel ik de mening van Houwing,[9] dat de auteurs in wezen een schadevergoeding op grond van rechtmatige daad aannemen. „Welk een bevrijding van ficties zou het geven", riep Houwing uit, „als openlijk aanvaard of verworpen werd, dat uit ongeschreven rechtsregels een verplichting tot schadevergoeding ook wegens rechtmatige daad kan voortvloeien." Maar dit kan uiteraard slechts de wetgever doen.

Na 1955 was dus het woord aan de wetgever. Daardoor bevindt de preadviseur van 1969 zich in een andere positie dan die van 1929 en 1955. Genen hadden tot taak vooruit te zien, het nieuwe gebied der rechtswetenschap te verkennen en te ontginnen. De preadviseur van 1969 moet zich een bescheidener doel stellen, namelijk pogen rekenschap te geven wat in de afgelopen decade is geoogst en niet geoogst.

De wetgever is op tweeërlei terrein werkzaam geweest, namelijk op dat van het burgerlijk en het administratieve recht. Op civielrechtelijk gebied door de voortzetting van de arbeid aan het nieuwe B.W. Aanvankelijk was mijn gedachte, dat dit preadvies zou handelen zowel over de civielrechtelijke benadering van het probleem van de rechtmatige overheidsdaad als over de administratiefrechtelijke. Daarvan ben ik echter teruggekomen. Men kan het vraagstuk van de (on)rechtmatige overheidsdaad niet losmaken uit de leer van de onrechtmatige daad in het algemeen. Het zou echter het kader van dit preadvies verre overschrijden daarop in te gaan. Over het nieuwe B.W. wil ik daarom slechts enkele kanttekeningen maken. De inhoud van het preadvies zal gewijd zijn aan de daden van de administratiefrechtelijke wetgever.

[9] Noot onder H.R. 19 december 1952, N.J. 1953 no. 642 (7e Voorste Stroomarrest).

II. EN MARGE VAN HET NIEUWE B.W.

In twee opzichten is het nieuwe B.W. van belang voor de rechtmatige overheidsdaad. In de eerste plaats is in het aan de zakelijke rechten gewijde vijfde boek in de eerste titel, welke handelt over de eigendom in het algemeen, opgenomen art. 5.1.2 lid 2, luidende dat de eigenaar bevoegd is hinder aan een ander toe te brengen voorzover die ander in het algemeen belang deze hinder behoort te dulden. Blijkens de toelichting[10] is met name gedacht aan de gevallen als de Duinwaterleiding en de Voorste Stroom, gevallen van hinder, waarbij, aldus de toelichting, het enerzijds onwenselijk is, dat de hinder-toebrengende activiteit als onrechtmatig wordt aangemerkt, zodat ze achterwege moet worden gelaten, terwijl het anderzijds onbillijk zou zijn als degene, die de hinder ondervindt, geen vergoeding van zijn schade zou ontvangen. Hieraan werd toegevoegd, dat de Hoge Raad voor deze gevallen een oplossing had gevonden door aan te nemen, dat bepaalde handelingen die een zodanige hinder aan anderen veroorzaken dat zij tegenover dezen als onrechtmatig moeten worden beschouwd, niettemin door een bijkomende omstandigheid, het betalen of aanbieden van een redelijke schadevergoeding, haar onrechtmatig karakter kunnen verliezen. Deze opmerking heeft min of meer het karakter van een authentieke uitlegging van de bekende arresten door de omstandigheid, dat de toelichting mede is ondertekend door de huidige president van de civiele kamer van de Hoge Raad, die destijds als lid van die kamer het zevende Voorste Stroomarrest heeft medegewezen. Ik voor mij meen, met R. J. Polak,[11] Van den Bergh en Houwing, dat dit neerkomt op een cirkelredenering: „Ge moet de schade vergoeden omdat Ge onrechtmatig hebt gehandeld door de schade niet te vergoeden". Wat daarvan zij, ook de ontwerpers van het nieuwe B.W. hebben deze oplossing kennelijk als een noodoplossing beschouwd en haar vervangen door een, die zij als 'eenvoudiger' betitelen, namelijk door een rechtmatige daadconstructie. Gedragingen welke in de regel ongeoorloofde hinder opleveren worden „in het algemeen belang" toegestaan, maar degenen die door deze rechtmatige gedragingen schade lijden hebben recht op schadevergoeding. Ik deel de zienswijze van A. van Oven,[12] dat deze bepaling niet thuis behoort in een regeling betreffende de omvang van het eigen-

[10] Toelichting door het driemanschap p. 384. Men zie voor de door de Regering gewijzigde tekst van art. 5.1.2 en de gewijzigde toelichting Zitting 1956-1957-4572.
[11] Mr R. J. Polak „Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad", Zwolle, 1949, p. 95.
[12] Prof. Mr A. van Oven „Behoort de burgerlijke wet de rechten, voortvloeiende uit eigendom, te omschrijven of te beperken in verband met hinder, overlast of schade, en zo ja, op welke wijze?". Preadvies, Handelingen N.J.V. 1958 I p. 144. Zie naar aanleiding hiervan ook het V.V. van de Tweede Kamer ad art. 5.1.2 Zitting 1961-1962-4572 p. 4-5.

domsrecht. Naar zijn mening heeft men teveel gezocht naar een oplossing ad hoc van de problematiek, welke in de duinwater- en voorste stroom-arresten aan het daglicht kwam.[13] Hiermede heeft Van Oven de vinger gelegd op een van de zwakheden in de door de driemanschappen ontworpen delen van het N.B.W. Er bestaat m.i. een wezenlijk onderscheid tussen de door Meijers ontworpen eerste vier boeken en de latere. Meijers *was* een wetgever. Hij gaf geen oplossingen ad hoc, maar hij wist datgene, wat rechtspractijk en rechtswetenschap hadden opgeleverd, om te smeden tot een fundament voor een nieuw gebouw. Méér kan een wetboek niet zijn. De practijk en de wetenschap zullen opnieuw gaan bouwen. Wetgeving is een dialectisch proces, waarbij iedere codificatie de these wordt voor een nieuwe synthese. De leden van het driemanschap daarentegen hebben in wezen ernaar gestreefd het bestaande recht, zoals dat door rechtspractijk en rechtswetenschap was gevormd 'vast' te leggen. Leest men de toelichting op de aan de onrechtmatige daad gewijde titel van het zesde boek van het N.B.W., dan blijkt deze een uiteenzetting – een uitmuntende moet er terstond worden bijgezegd – te zijn van de gehele huidige problematiek van de onrechtmatige daad, terwijl de ontworpen wetsbepalingen de oplossingen bevatten, welke de rechtspraak en de rechtstheorie in het kader van het bestaande recht hebben bedacht. Het is stukwerk, geen met werkelijke visie tot stand gebracht werkstuk, een sluitstuk, geen sluis naar nieuwe rechtsontwikkelingen.

Het probleem van de onrechtmatige overheidsdaad is doodgelopen op de paradox dat daden die inbreuk maken op rechten of belangen van derden volgens de huidige wet toch niet tot schadevergoeding verplichten, omdat zij in het algemeen belang zijn verricht en daardoor niet onbetamelijk zijn. Het zoeken naar een oplossing is het zoeken naar de steen der wijzen. Men vindt van alles, maar niet wat men zoekt, omdat het niet te vinden is. C. H. Telders heeft in de rede, waarmede hij in 1958 zijn preadvies voor de N.J.V. verdedigde, een treffend beeld gebruikt.[14] Toen men nog ptolemaeïsch dacht en de aarde het middelpunt van het heelal was, leken de planeten, wanneer men haar loop analyseerde, onmogelijk ingewikkelde bewegingen te volvoeren. Zij maakten lussen aan het firmament, ze liepen heen en weer, er was geen wijs meer uit te worden. Zo is het, aldus Telders, ook gesteld met de daden die opeens rechtmatig worden als men schadevergoeding betaalt, dan weer onrechtmatig zijn als men dat niet doet. De sleutel, welke de astronomie heeft gevonden, is geweest dat zij een ander uitgangspunt nam, niet meer de aarde doch de zon. Toen werden alle problemen op slag zonder moeite opgelost. Past men deze parabel toe op de leer van de onrechtmatige daad, dan houdt dat in, dat ons huidige begrip onrechtmatige daad niet meer voldoet en door een ander moet worden vervangen. Ons recht maakt zich hoe langer hoe meer los van zijn oor-

[13] Ibid. p. 143.
[14] Handelingen N.J.V. 1958 II, p. 61.

sprongen. De onrechtmatige daad was in origine en is dat gebleven eigenlijk tot in deze eeuw toe een quasi delict, een handeling die moreel diende te worden veroordeeld en daarom tot schadevergoeding verplichtte. Maar de maatschappelijke ontwikkeling heeft een groot aantal daden geschapen, die tot schadevergoeding verplichten zonder dat men kan zeggen, dat ze onbetamelijk zijn. De voor de hand liggende voorbeelden van alledag zijn te vinden in het verkeersrecht. Er zijn talloze situaties, waarin een bestuurder van een motorrijtuig aansprakelijk wordt geacht en naar de eisen van het maatschappelijk verkeer aansprakelijk *moet* worden geacht, hoewel van moreel verwijtbare schuld geen sprake is. Het gaat erom, dat een algemene rechtsovertuiging is gegroeid, dat men, geheel buiten iedere schuldvraag om, voor bepaalde daden het risico heeft te dragen. Er is een maatschappelijke risicoverdeling ontstaan. Naar mijn mening worden alle huidige moeilijkheden opgelost, wanneer men deze maatschappelijke realiteit als rechtsgrondslag aanvaardt. Het komt er dus op neer, dat als uitgangspunt moet worden genomen, dat men aansprakelijk is voor de daden, waarvan men de gevolgen volgens de opvattingen van het maatschappelijk verkeer voor zijn rekening behoort te nemen. Zou men dit uitgangspunt aanvaarden, dan zou er in feite weinig veranderen, maar rechtspraak en rechtswetenschap zouden zich niet meer in onmogelijke bochten behoeven te wringen om aansprakelijkheid te construeren, waar iedereen aanvoelt, dat die aansprakelijkheid er behoort te zijn.

Naar mijn mening is het driemanschap in zijn taak als wetgever tekort geschoten door uit te gaan van een begrip onrechtmatige daad, dat zich volstrekt heeft overleefd, door als hoofdregel voorop te stellen, dat tot schadevergoeding verplicht een daad, welke de betrokkene wordt toegerekend, waarbij in de eerste plaats is gedacht aan daden welke aan de *schuld* van de 'dader' zijn te wijten (art. 6.3.1 lid 3.). Ik voor mij meen, dat dit uitgangspunt de rechtsontwikkeling bevriest. Reeds de ontwerpers zelf zijn gedwongen geweest talrijke inbreuken op hun uitgangspunt in te lassen. Dit nader uit te werken zou echter een afzonderlijk preadvies vereisen, dat dan de gehele onrechtmatige daad, zoals deze in het N.B.W. is geregeld, tot onderwerp zou moeten hebben.

Aanvaardt men het door mij gesuggereerde uitgangspunt, dan kan een incidentele bepaling als het zojuist besproken art. 5.1.2 lid 2 worden gemist.[15] Dan is ook een bevredigende oplossing gevonden voor het probleem, dat op zo navrante wijze tot uiting is gekomen in het Heldenkermisarrest. G.J. Wiarda [16] en De Brauw [17] hebben in 1955 nogeens onderstreept, dat er onder de huidige bedeling geen mogelijkheid is voor schadeloosstelling in dergelijke gevallen. Bij een andere formulering

[15] Men vergelijke in dit verband ook de oplossing, welke de wetgever heeft voorgesteld bij hinder tengevolge van luchtverontreiniging in art. 58 van het in september 1968 ingediende ontwerp Wet inzake luchtverontreiniging (Zitting 1968-1969-9816). Zie de M.v.T. p. 24 en 31 (ad art. 58).

[16] Handelingen N.J.V. 1955 II p. 70.

[17] Ibid. p. 87-88.

van de aansprakelijkheid voor daden die men verricht levert de constructie van de aansprakelijkheid geen enkele moeite meer op. De overheid heeft in het geval van Heldenkermis, naar werd aangenomen, rechtmatig gehandeld. Het is echter in overeenstemming met het rechtsbewustzijn, dat zij de vergoeding voor haar rekening neemt als de uitoefening van haar taak – het beschermen van de openbare orde – aan derden schade veroorzaakt.

Door een modernere formulering van de aansprakelijkheid wordt de burgerlijke rechter, met name de Hoge Raad, in staat gesteld aan de rechtsontwikkeling op het terrein van de overheidsaansprakelijkheid voort te werken. Men behoeft m.i niet bevreesd te zijn, dat zo'n moderne formulering zal leiden tot een breuk in de jurisprudentie. Veeleer zal zij bijdragen tot de continuïteit in de ontwikkeling, omdat de rechtspraak tot een punt is gekomen, waar zij niet verder kan. „Juist bij de onrechtmatige overheidsdaad", heeft onze huidige Minister van Justitie destijds gezegd,[18] „geeft de burgerlijke rechter telkens weer blijk van grote schroom om het gedrag van de overheid te beoordelen en te laken. Ten aanzien van rechtmatige daden zou hij zeker nog grotere terughoudendheid betonen."

Parallel met de ontwikkeling van de opvattingen in de rechtswetenschap en de rechtspraak omtrent de onrechtmatige daad is in het verleden de wetgever bepaalde onrechtmatige daden gaan regelen zoals de oneerlijke concurrentie (merken, octrooien, handelsnamen), de bejegening van werknemers door de werkgever, etc. Een soortgelijke ontwikkeling lijkt waarschijnlijk met betrekking tot de rechtmatige overheidsdaad, namelijk in die zin dat de wetgever, naarmate het rechtsbewustzijn vergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaden gaat eisen en dit in rechtswetenschap en rechtspraak tot uiting komt, bepaalde onderdelen zal gaan afsplitsen en in afzonderlijke wetten regelen. Die ontwikkeling is sinds 1955 op gang gekomen.

[18] Ibid. p. 58.

III. ENIGE ALGEMENE OPMERKINGEN OVER DE WETGEVING NA 1955

De wetgeving welke in 1955 aanvangt, grijpt niet terug op de ontwikkeling van de civielrechtelijke doctrine, doch heeft andere wortels. Zij vindt haar oorsprong in het werk van de Staatscommissie Frederiks, die in 1938 werd ingesteld met de taak de wetgeving op het gebied van wat men thans aanduidt als de ruimtelijke ordening te moderniseren. Enige vernieuwing op het gebied dat ons hier interesseert bracht deze commissie, welker rapport [19] nog juist voor de bezetting gereed kwam, niet. Zij deed niets anders dan codificeren hetgeen in de practijk bij de goedkeuring van uitbreidingsplannen was gegroeid. Zij gaat als van een gegeven feit ervan uit, dat bestemmingsregelingen schade kunnen toebrengen aan de belanghebbenden. G.S. of ingeval van beroep de Kroon kunnen bij de goedkeuring van het plan aan de betrokken gemeente de verplichting opleggen de belanghebbende een *billijke tegemoetkoming* toe te kennen. Die regeling blijft buiten toepassing onder meer indien de gemeenteraad een schadevergoedingsverordening vaststelt.[20]

Tengevolge van de oorlogsomstandigheden leidde dit ontwerp niet tot wetgevende stappen. Na de bevrijding voelt men behoefte de materie opnieuw te bezien. Er wordt in 1947 een staatscommissie ingesteld onder voorzitterschap van Prof. Mr Dr G. van den Bergh, die de opdracht krijgt op grondslag van het ontwerp Frederiks te onderzoeken welke wettelijke herzieningen gewenst zijn. Deze commissie brengt in 1950 haar rapport uit.[21] Principieel ging zij van hetzelfde standpunt uit, namelijk dat degene, die schade lijdt tengevolge van ruimtelijke voorschriften, aanspraak heeft op een tegemoetkoming. De Commissie Van den Bergh drukt zich meer expliciet uit op dit punt dan de Commissie Frederiks had gedaan. Zij cursiveerde het woord tegemoetkoming en voegde ter verduidelijking tussen haakjes daaraan toe: „(dus geen volledige schadevergoeding)".[22] De commissie week echter op één punt essentieel af van de tot dusverre gevolgde practijk en van de zich daarbij aangesloten hebbende Commissie Frederiks, namelijk doordat zij de burgerlijke rechter, de door haar gedachte [23], tot de gewone Rechterlijke Macht behorende onteigeningskamers bij de Ge-

[19] Verslag van de Staatscommissie, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 18 februari 1938 nr 25, 's-Gravenhage, Algemene Landsdrukkerij 1940.
[20] De regeling was neergelegd in de artt. 26 t/m 29 van het wetsontwerp (zie p. 35 van het Verslag).
[21] Verslag van de Staatscommissie, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 14 februari 1947 nr 41, 's-Gravenhage, Staatsdrukkerij en Uitgeverijbedrijf 1950.
[22] P. 15.
[23] Artt. 16a e.v. van het ontwerp tot wijziging van de Onteigeningswet (p. 165).

rechtshoven, bevoegd maakte van de vordering tot toekenning van de tegemoetkoming kennis te nemen.[24]

De wetgevingsmachine komt vijf jaar later op gang en zij is tot op de dag van vandaag niet uitgedraaid. Zij vangt echter niet aan met de ruimtelijke ordening in engere zin, maar met de indiening van het ontwerp-Monumentenwet[25] op 27 september 1955. Dit ontwerp is de eerste in een reeks wetten, die allen op enigerlei wijze met de ruimtelijke ordening verband houden. Zij zullen het gezicht van het land waarin wij leven bepalen door enerzijds te conserveren uit het verleden en heden wat de moeite waard is te behouden en aldus de onleefbaarheid althans enigszins binnen paal en perk te stellen, anderzijds de mogelijkheid te scheppen de beschikbare ruimte zo goed mogelijk in te delen.

Art. 15 lid 4 van het ontwerp bepaalde, dat indien de vergunning om een beschermd monument af te breken is geweigerd of aan de vergunning voorwaarden zijn verbonden en de belanghebbende daardoor schade lijdt, de Minister van O.K. en W. hem op zijn verzoek een naar billijkheid te bepalen tegemoetkoming toekent. Dit is dus het systeem van de Commissie Frederiks. In de memorie van toelichting werden geen principiële beschouwingen aan de vergoeding van de schade gewijd. Uitvoeriger was de Regering in de toelichting op de vier maanden later, 23 januari 1956, ingediende Wet op de Ruimtelijke Ordening.[26] Dit ontwerp bevatte een afzonderlijk Hoofdstuk VII, getiteld „Tegemoetkoming in de schade", welke twee artikelen telde, waarvan het eerste, genummerd 51, het huidige art. 49 R.O.* zal worden. Ook hier werd gesproken van toekenning van een tegemoetkoming in de schade. In haar memorie van toelichting schreef de Regering dat zij de Staatscommissie Van den Bergh niet had kunnen volgen en had teruggegrepen op het ontwerp-Frederiks. Art. 51 was dan ook ontleend aan art. 26 van dat ontwerp en sloot tevens nauw aan bij de beslissingen van de Kroon terzake van uitbreidingsplannen.[27] Voor de derde maal keert dezelfde formule terug in het op 17 februari 1958 ingediende ontwerp Boswet,[28] welke de Boswet 1922 moest vervangen. Krachtens art. 7 lid 4 kent de Minister van Landbouw ingeval van schade tengevolge van een kapverbod een tegemoetkoming toe. De memorie van toelichting beperkte zich tot het signaleren van de mogelijkheid van een financiële tegemoetkoming en van het instellen van beroep op de Kroon.[29]

Nadat een half jaar tevoren het V.V. op de Monumentenwet het stilzwijgen had bewaard, is het eerste teken dat er iets op til is te vinden in het V.V. betreffende de Wet op de R.O. van 2 oktober 1957. Vele leden,

[24] Regeling R art. 3 (p. 73).
[25] Zitting 1955/56 nr 4115.
[26] Zitting 1955/56 nr 4233.
* Ruimtelijke Ordening zal verder in dit preadvies worden afgekort als: R.O.
[27] Mem. v. Toel. p. 12.
[28] Zitting 1958/59 nr 5308.
[29] P. 6.

bijgevallen door verscheidene andere en enige nog weer andere leden, waren van oordeel, dat in het voorgestelde art. 51 het recht op schadevergoeding te zeer was beperkt. Dreigend lieten zij daarop volgen dat het hun aanvankelijk wilde voorkomen, dat zowel de woorden „onevenredig zwaar getroffen" als „tegemoetkoming in de schade" *beperkingen* van het recht op schadevergoeding inhielden, welke zij zonder nadere uitvoerige adstructie van de zijde der Regering bezwaarlijk konden accepteren.[30] De Regering liet in de M.v.A.[31] van 28 oktober 1958 er geen twijfel over bestaan, dat beide begrippen inderdaad beperkingen van het recht op schadevergoeding inhielden.[32]

De parlementaire behandeling van de Monumentenwet, de Wet R.O. en de Boswet is door elkaar gelopen, zodat de dialoog tussen Kamer en Regering wordt hervat bij de Boswet. Een aantal leden achtte het in het V.V. van 15 juli 1959[33] onbevredigend, dat de eigenaar die schade lijdt geen volledige schadevergoeding in het vooruitzicht wordt gesteld maar slechts een billijke tegemoetkoming. De Regering bleef in de M.v.A.[34] bij haar standpunt, dat het toekennen van een volledige schadevergoeding ongegrond zou zijn en handhaafde deze stelling bij het mondeling overleg op 22 september 1960.[35]

De doorbraak komt bij de mondelinge behandeling van de Monumentenwet. Op 29 november 1960 wordt een amendement[36] ingediend, ondertekend door de kamerleden Baeten, Van Rijckevorsel en drie anderen, waarbij wordt voorgesteld in art. 15 lid 4 het woord „tegemoetkoming" te vervangen door het woord „schadevergoeding". Blijkens de toelichting is het de bedoeling van het amendement vast te stellen („onomstotelijk" vast te stellen zeide de Heer Baeten later bij de mondelinge behandeling in de Kamer[37]) dat de eigenaar recht heeft op *volledige schadevergoeding*.

Het duurt dus tot 1960 voordat de moderne rechtsopvattingen tot politieke konsekwenties leiden. Opmerkelijk is dat het élan uitgaat van de Tweede Kamer en niet van de Regering. Het is eigenlijk een fas-

[30] V.V. p. 13-14.
[31] p. 16.
[32] Bij het mondeling overleg (Zitting 1960-1961-4233, 4234 nr 11) werd door een vraag (nr 18) de aandacht erop gevestigd, dat een belanghebbende zelfs geen *recht* op tegemoetkoming werd toegekend. In zijn antwoord bestreed de minister dit door te zeggen, dat de belanghebbende die onevenredig zwaar getroffen is *in feite* een recht op schadevergoeding zou hebben, omdat als de vergoeding niet was verzekerd G.S. of de Kroon de bestemming niet goedkeurde. Dit was echter een drogreden. Zij wordt door de voorgestelde tekst zelf weerlegd. Deze luidde immers dat G.S. en de Kroon de verplichting tot het toekennen van een tegemoetkoming *„kunnen"* opleggen. Zij behoefden het derhalve niet te doen. De beslissing lag geheel bij de overheid, of zij al dan niet een tegemoetkoming zou toestaan. Dat is dus niet het toekennen van een recht.
[33] P. 4.
[34] Mem. van Antw. p. 5 van 4 juni 1960.
[35] Verslag van 25 october 1960, p. 3, punt 9.
[36] 1960-1961-4115 nr 16.
[37] Handelingen 1960-1961 p. 2421.

cinerende bezigheid de Handelingen te lezen betreffende deze drie wetsontwerpen, omdat zij zo'n scherp beeld geven van het functioneren van de wetgevingsmachine en mede van de splendeurs en misères van het parlement. Er blijkt een opmerkelijk verschil te bestaan in het benaderen en oplossen van de problemen door Regering enerzijds en parlement anderzijds. Wat bij de Regering treft is het voort blijven gaan op de traditionele weg, het ontbreken van enige visie, de angst voor iedere verandering in het bestaande en het koppig daaraan vasthouden tegen de duidelijke wensen van de volksvertegenwoordiging in. Goed, men erkende wel, dat de burger door bepaalde maatregelen schade kan lijden, men vond het ook wel redelijk daaraan iets te doen, maar alles diende toch bij het oude te blijven: de burger heeft geen recht op schadevergoeding, de overheid wil hem slechts bij wijze van gunst een door haar te bepalen tegemoetkoming geven. De ontwikkeling van rechtspraak en rechtswetenschap heeft bij de Regering slechts de angst opgewekt, dat een recht op schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad in het algemeen zou worden erkend en men heeft tot het uiterste tegen deze chimère gevochten. Het is kenmerkend, dat bij ieder wetsontwerp de Tweede Kamer opnieuw het woord tegemoetkoming bij amendement heeft moeten wijzigen in schadevergoeding. Zelfs na het tot stand komen van de Monumentenwet, de Boswet en de Wet R.O. is de Regering rustig in haar oude spoor doorgegaan: Ontgrondingenwet, Wet Nationale Plan, Wet Verontreiniging oppervlaktewateren. Hetzij door de indiening van amendementen hetzij via een onder de druk van de Tweede Kamer ingediende nota van wijzigingen hebben deze wetten haar huidige formulering gekregen.

Hoe is deze behoudzucht te verklaren? Er zijn, meen ik, diverse oorzaken. Wetgeving wordt voorbereid door ambtenaren en ambtelijke commissies. Zo bestonden zowel de Commissies Frederiks als Van den Bergh voor een belangrijk gedeelte uit ambtenaren en ontbraken, zoals zo dikwijls bij dergelijke commissies, de burgers, wier belangen getroffen zouden gaan worden, vrijwel geheel.[38] Ambtenaren zullen in het algemeen een conservatieve inslag hebben en dat bedoel ik dan niet in politieke zin, maar in deze, dat zij uit de aard van hun dienende functie niet gedisponeerd zijn tot innovaties. De aandrift tot vernieuwing moet van buiten komen, van de kant van de politieke leiders. Voorts is er niemand, zeker geen overheidsinstantie, die vrijwillig van een deel van zijn macht of vermeende macht afstand doet. Daarnaast blijft men lang onder de ban van oude ideeënconcepties. De gedachte, dat wat de overheid in het algemeen belang doet is welgedaan, is invloed op de

[38] Bij de behandeling van het wetsontwerp, dat zou worden de wet van 16 september 1966 S 399 (Wet Schade Oesterkwekers), zeide het kamerlid Vermooten: „Daarbij zou ik toch nog wel eens willen vragen, waarom de voorbereiding van wetsontwerpen als de onderhavige door zuiver ambtelijke commissies moet geschieden en waarom vertegenwoordigers van de organisaties, die uit het bedrijfsleven zijn voortgekomen, daarbij niet worden ingeschakeld". (Handelingen II 1966-1967, p. 1255).

geesten blijven uitoefenen, hoezeer deze is gaan behoren tot het 19e eeuwse verleden. We zijn nu weer enkele jaren verder. Des te meer valt thans op de ouderwetse paternalistische inslag van de Regering.

Geheel anders is het beeld van het parlement, met name van de Tweede Kamer. Men krijgt de indruk, dat door de kamerleden alle facetten van de vraagstukken, die in de desbetreffende wetsonwerpen aan de orde waren, met kennis van zaken zijn belicht. Onder kennis van zaken versta ik kennis van de materiële problemen en van de op het spel staande belangen. Dat lijkt dan ook typisch de taak van de volksvertegenwoordiger daarover zijn licht te laten schijnen. Mede in de omstandigheid, dat de heersende rechtsovertuiging eerst tot uiting is gekomen in de Tweede Kamer, openbaart zich, dat het parlement inderdaad de volksvertegenwoordiging is. Anders dan de ambtenaren die de wetten voorbereiden zijn de kamerleden veel meer geïntegreerd in het maatschappelijk leven en voelen zij daardoor blijkbaar beter aan wat er onder de burgers leeft aan overtuigingen en verlangens.

Dat het parlement de algemene rechtsovertuiging weerspiegelde blijkt uit het feit, dat men over het geheel genomen ongeacht de politieke opvattingen bij de behandeling van al deze wetten het erover eens was, dat de burger recht heeft op vergoeding van de schade, welke hij lijdt door de hier bedoelde overheidsmaatregelen. Natuurlijk waren er uiteenlopende inzichten, maar de scheidslijnen liepen niet volgens links en rechts. Wanneer ik niet zou hebben geweten wat de hoofdletters achter de namen van de kamerleden betekenen, dan zou ik aan de hand van hun uitlatingen tot de constructie van een geheel andere politieke kaart van Nederland zijn gekomen. De K.V.P. en in de tweede plaats de A.R.P. zou ik zien als partijen die bij de tijd zijn, de C.H.U. gedeeltelijk bij de tijd en gedeeltelijk zeer behoudend, en als behoudende partijen de V.V.D. en de P.v.d.A. De C.P.N. en de Boerenpartij zijn er niet aan te pas gekomen, D '66 deed nog niet mede. Vooral de K.V.P. vertegenwoordigt de moderne visie. Het huidige rechtsbewustzijn eist, dat de burger, wanneer hij door daden van de overheid schade ondervindt, recht heeft op vergoeding daarvan. Welnu, vergoedt hem die dan en laat haar vaststellen door de instantie, die daartoe in Nederland het beste is geëquipeerd, de burgerlijke rechter. Is deze realistische visie te verklaren door het feit, dat de K.V.P. een middenpartij is zonder aprioristische politieke overtuigingen? Het verzet komt van twee zijden. In de eerste plaats van de gezagskant, vooral vertegenwoordigd door de C.H.U., geporteerd voor de handhaving van het overheidsgezag. Derhalve geen recht op schadevergoeding, slechts een tegemoetkoming. Bovendien dient de overheid de vaststelling van die tegemoetkoming in eigen hand te houden, dus geen vaststelling door de onafhankelijke rechter. Het verzet komt in de tweede plaats van de P.v.d.A. Toekenning van schadevergoeding aan de eigenaar wordt toch eigenlijk nog gezien als een bescherming van kapitalistische belangen. Daardoor miskent men de realiteit, namelijk dat we nu eenmaal leven

in een maatschappij, die zich in een bepaalde kapitalistische ontwikkelingsfase bevindt, en dat die eigenaren gewone, dikwijls zelf kleine burgers zijn. Daardoor ziet men tevens over het hoofd, dat het toekennen van schadevergoeding door de onafhankelijke rechter impliceert een grotere inspraak van de burger, een verdergaande ontwikkeling van de rechtsstaat, een verdere democratisering van het staatsrechtelijk bestel. De V.V.D. is met de K.V.P. opgekomen voor de rechtsbescherming van de burger. Dat past in de oude liberale traditie. Maar overigens valt op, dat de inbreng van V.V.D. en P.v.d.A. bij de behandeling van de in dit preadvies behandelde wetten het geringst is geweest. Beide partijen blijken de maatschappij te beoordelen vanuit verouderde, verkalkte kan men wel zeggen, ideeënconcepties. Enerzijds de kapitalistische samenleving van de 19e eeuw met zo min mogelijke overheidsbemoeiing en anderzijds als complement de in die eeuw moderne visie, dat men de strijd dient aan te binden tegen de kapitalistische eigendom. Beide visies blijken steriel te zijn.

Op één punt schiet de gemiddelde parlementarier – en daardoor het parlement – echter tekort. Hij heeft als leek geen inzicht in juridische vormgeving. Het gevolg is geweest ten aanzien van de onderhavige materie, dat de moderne inzichten van de Kamer slechts een halve overwinning hebben behaald, omdat de voorstanders van het nieuwe op een enkele uitzondering na geen heldere voorstelling hadden van de juiste juridische vorm, waarin hun ideeën moesten worden gegoten, wilden ze werkelijk worden verwezenlijkt. De grote tegenspeler van de Regering is geweest Mr Van Rijckevorsel. Zijn uiteenzettingen met name bij de behandeling van de Boswet hebben naar mijn mening geleid tot een volledige technische knock-out van de staatssecretaris Scholten. Naast hem moeten met ere worden genoemd de kamerleden Berkhouwer, Oud, Baeten en Den Hartog. De portée en het grote belang van hun betogen is echter aan de overige leden van de Kamer ontgaan met het gevolg, dat onzekerheid is ontstaan, waarvan de behoudende tegenkrachten van de Regering dankbaar gebruik hebben gemaakt. Men vraagt zich af hoe de gang van zaken zou zijn geweest, wanneer de leden van de Kamer over de nodige technische juridische bijstand hadden kunnen beschikken. Waarom heeft de Kamer niet, zoals ieder departement dat heeft, een aantal ambtenaren in haar dienst, deskundig op juridisch en wetgevend terrein, die voorlichting kunnen geven en wetsteksten kunnen formuleren?

Dan blijkt verder – en dat vind ik een nogal bedenkelijk verschijnsel – dat de Kamer geen kennis en ervaring heeft van de rechtsbedeling, zoals deze in Nederland wordt uitgeoefend. Men spreekt in frasen over de administratie en de rechterlijke macht. Met name van de werkzaamheid van de civiele rechter heeft men een geheel valse voorstelling. Dit verwijt treft trouwens niet alleen de kamerleden maar al evenzeer de Regering en haar ambtenaren. Hieronder zal ik daarop terugkomen. Het euvel wordt vermoedelijk in de hand gewerkt door

het feit, dat vele kamerleden bestuursfuncties uitoefenen of hebben uitgeoefend en dus de problemen veel meer zien van de kant van de administratie dan van de kant van de burger die zijn recht zoekt. Rechtszekerheid en rechtsbescherming tegen de overheid zijn voor de Kamer eigenlijk toch maar holle begrippen. Men denkt dat men er is, wanneer men in enkele regels een rechter heeft aangewezen en een beroepsinstantie, doch men beseft niet, dat men aan rechten niets heeft als er geen behoorlijke rechtsgang is en een werkelijke rechter. Het is volgens mij dan ook geen toeval, dat het vooral leden en oud-leden van de balie zijn geweest, die zich in de Kamer druk hebben gemaakt over deze problemen. Het is immers de advocaat, die in de rechtspractijk dag aan dag wordt geconfronteerd met de vraag langs welke weg de burger zijn recht kan vinden, en weet hoe moeilijk dit is wanneer de rechtsgang niet behoorlijk is geregeld. Ik vrees dat al die zogeheten rechtsbescherming, welke de hier ter sprake komende wetten bieden, in werkelijkheid een wassen neus zal blijken te zijn en dat er, voorzover vergelijking met vroeger mogelijk is zoals bij de Wet R.O., in feite weinig veranderd zal zijn. Kortom de goede intenties van de Kamer zijn m.i gefrustreerd; de halve eieren, waarmede zij genoegen heeft genomen, zullen lege doppen blijken.

IV. TEGEMOETKOMING OF RECHT OP SCHADEVERGOEDING IN HET PARLEMENT

Door het in het vorige hoofdstuk vermelde amendement-Baeten werd het dilemma scherp gesteld: tegemoetkoming of (volledige) schadevergoeding? Men zou derhalve menen, dat door de aanneming ervan ieder misverstand zou zijn opgelost. De parlementaire behandeling van dit amendement heeft echter allesbehalve verhelderend gewerkt zodat, voorzover ik zie, tot op de huidige dag niet met zekerheid vaststaat, wat men als geldend recht zal beschouwen met betrekking tot de vergoeding van de schade, welke de burger lijdt door de toepassing van de desbetreffende bepalingen van de Monumentenwet en al de latere wetten, waarin dezelfde formule is opgenomen.

Eigenlijk heeft er van het begin af aan een spraakverwarring geheerst. In de M.v.A.[39] op de Wet R.O. zeide de Regering, dat een tegemoetkoming moet worden gegeven en geen aanspraak op volledige vergoeding, omdat slechts de schade vergoed dient te worden die de normale te dulden schade overschrijdt. Nu zou ik zeggen, dat wanneer men de schade wil vergoeden, welke de normale te dulden schade overschrijdt, *die* schade dan ook volledig moet worden vergoed en dat de geledeerde op die vergoeding dan ook *recht* heeft. Onder tegemoetkoming pleegt echter in het dagelijks en ook het juridisch spraakgebruik te worden verstaan een gedeeltelijke vergoeding van de schade, welke iemand heeft geleden,[40] terwijl daarin bovendien doorklinkt, dat op de vergoeding geen recht bestaat, doch dat zij iets is, dat vrijwillig wordt gedaan. Dit is scherp gezien door Mr Baeten.[41] Tegemoetkoming suggereert, zeide hij, een beau geste van de overheid, waar niet een aanspraak van de belanghebbende tegenover staat. Eerder had hij opgemerkt[42] dat, wanneer de schade naar redelijkheid in het geheel niet ten laste van de eigenaar behoort te komen, een tegemoetkoming bepaald onvoldoende is en schadevergoeding „in de meest wezenlijke betekenis van het woord" op haar plaats is. Het antwoord van de staatssecretaris Mr. Y. Scholten[43] was naar mijn mening onbevredigend. Hij betoogde, dat wanneer men de gedachte aanvaardt, dat het gaat om schade, die redelijkerwijze niet ten laste van de eigenaar behoort te komen en ook de billijkheid bij de omvang van de tegemoetkoming een rol moet spelen, men ook begrijpt dat tevoren niet is aan te geven, in wel-

[39] P. 16.
[40] Aldus het kamerlid Van Rijckevorsel (Hand. 1960-1961 p. 2422): „Tegemoetkoming betekent in het gewone spraakgebruik en zeker in het juridische spraakgebruik iets veel minders dan schadevergoeding".
[41] Ibid. p. 2422.
[42] Ibid. p. 2392.
[43] Ibid. p. 2407.

ke gevallen bijv. 50, 60 of 100 % tegemoetkoming wordt gegeven en dat dan het woord schadevergoeding ook geen zin heeft. Met name heeft Scholten m.i niet duidelijk gemaakt op welke rechtsgrond de schade, welke redelijkerwijze niet ten laste van de eigenaar behoort te komen, slechts gedeeltelijk – welk gedeelte en hoe berekent men dat? – zou moeten worden vergoed. Het rechtsgevoel eist volgens mij, dat die schade juist volledig wordt vergoed. Het verband met de billijkheid is evenmin duidelijk. Ook deze zou juist tot hetzelfde resultaat moeten leiden. Zo zagen het blijkens hun replieken ook de kamerleden Baeten en Van Rijckevorsel.[44] In de tweede termijn heeft de staatssecretaris[45] zich veel duidelijker uitgedrukt, doch nu bracht hij een nieuw element in zijn redenering. Zijns inziens had men hier te maken met het totale administratieve vergunningenbeleid, waar met subsidies wordt gewerkt. Een deel van de voor subsidies beschikbaar gestelde bedragen zou daarvoor ter beschikking moeten komen. Er was dus ook een zekere afweging als de bedragen te groot zouden worden, want anders zou men weer restauraties elders verhinderen. Men zou wel in een bepaald geval naar billijkheid een tegemoetkoming kunnen geven. Hier heeft men dus inderdaad de zuivere tegemoetkoming, die de overheid à son gré toekent, niet toekent of gedeeltelijk toekent zonder dat de eigenaar enig recht erop kan doen gelden. De grootte van de schade van de eigenaar is maar een van de factoren bij de beleidsbepaling. Hij krijgt geen volledige vergoeding, niet omdat dit redelijk zou zijn doch omdat de overheid maar een bepaalde pot ter beschikking heeft waaruit ze ook andere dingen moet betalen. Dit is derhalve een zuiver administratieve afweging van uiteenlopende belangen door de overheid. In deze gedachtengang merkte Scholten terecht op, dat hij bezwaar had tegen invoering van het woord schadevergoeding, omdat dit een andere gedachtensfeer oproept die niet past bij de *discretionaire* bevoegdheid van de Minister. Terecht liet hij daarop volgen, dat hij bij schadevergoeding altijd dacht aan een volledige schadevergoeding.

Door deze uiteenzetting waren de bedoelingen van de Regering duidelijk omlijnd. Het is derhalve maar al te begrijpelijk dat de Heer Baeten opmerkte,[46] dat hij daardoor nog iets meer was verontrust dan hij al was. Hij hechtte daarom sterk eraan, dat door opneming van het woord schadevergoeding werd duidelijk gemaakt, dat het hier niet ging om een geste van de overheid, liggende in de buurt van de subsidiesfeer, maar dat er wel degelijk een recht op schadevergoeding zou bestaan.

Dat leek heldere taal. In de wandelgangen hebben echter daarna blijkens een verklaring van de Heer Baeten[47] na de hervatting van de beraadslagingen zowel de staatssecretaris maar ook verschillende kamer-

[44] Ibid. p. 2422.
[45] Ibid. p. 2423.
[46] Ibid.
[47] Ibid. p. 2434.

leden tegen die toelichting bezwaar gemaakt. Daarom wilde hij deze nog enigszins verduidelijken. Hij zag het zo, dat met *schadevergoeding* correspondeert een *recht* van belanghebbende, terwijl met *tegemoetkoming* correspondeert een *gunst* van de overheid. Daarmede had hij allerminst bedoelen te zeggen, dat degene aan wie een vergunning wordt geweigerd onder alle omstandigheden recht zou hebben op volledige schadevergoeding. Natuurlijk, is men geneigd te zeggen, had hij dit niet bedoeld. Blijkbaar hadden de kamerleden die hem niet hadden begrepen, gedacht aan zoiets als een gefixeerde schadevergoeding, die als het ware automatisch zou worden verleend wanneer een der gevallen van art. 15 zich zou voordoen. Daarbij zag men het voor een jurist vanzelfsprekende feit over het hoofd, dat wanneer een wetsbepaling recht toekent op schadevergoeding de betrokkenen slechts vergoed krijgen de schade, welke zij inderdaad hebben geleden. Op die onjuiste gedachtengang heeft de Heer Baeten gereageerd door te zeggen, dat men niet onder alle omstandigheden recht zou hebben op volledige schadevergoeding. Hij bedoelde daarmede te zeggen – het bleek uit het vervolg van hetgeen hij zeide –, dat de schaden, welke de eigenaren door een verbod lijden, individueel zeer uiteen kunnen lopen en dat dus lang niet altijd „volledige" schade wordt geleden. Er kunnen zich gevallen voordoen, dat de schade gering is. In zo'n geval is ook de schadevergoeding, die de betrokkene ontvangt, gering, hetgeen echter niet wegneemt, dat met die geringe schadevergoeding die geringe schade „volledig" wordt vergoed. Zelfs is denkbaar, dat in bepaalde gevallen in het geheel geen schade wordt geleden. Dan kan de betrokkene ook geen aanspraak maken op schadevergoeding. De strekking van het amendement was echter het beginsel vast te leggen, dat de belanghebbenden die werkelijk schade lijden recht hebben op (volledige) vergoeding daarvan. De staatssecretaris heeft echter in een opmerking[48] na de verklaring van de Heer Baeten aan diens uitlating een geheel andere wending gegeven. Hij maakte ervan, dat de Heer Baeten zou hebben erkend, dat het niet de bedoeling was van het amendement, dat bij elke rechtmatige overheidsdaad zonder meer een recht op volledige schadevergoeding zou bestaan. In de eerste plaats had echter de Heer Baeten niet gerept van rechtmatige overheidsdaden in het algemeen, maar over de gevolgen van art. 15 Monumentenwet en dus geen algemene rechtsregel willen formuleren. Maar bovendien had hij bepaald niet gezegd of willen zeggen – en dat is wat de staatssecretaris hem in de mond gaf – dat de schade gedeeltelijk en niet volledig zou mogen worden vergoed. Door deze uitleg heeft de staatssecretaris een misverstand geschapen, dat in de toekomst telkens weer in het parlementaire debat een rol zou spelen.

Een half jaar later heeft hij namelijk zijn uitlegging van de woorden van de Heer Baeten in verscherpte vorm herhaald bij de behandeling van de Boswet in mei 1961. Toen had de Heer Den Hartog een

[48] Ibid. p. 2435.

amendement ingediend op art. 13 lid 4 (art. 7 O.R.O.),[49] hierop neerkomende dat het woord tegemoetkoming werd geschrapt en de bepaling nu simpel kwam te luiden, dat indien de belanghebbende door een kapverbod schade lijdt deze hem ten laste van 's Rijks kas wordt vergoed. De bedoeling was blijkens de toelichting dat duidelijk zou komen vast te staan, dat een belanghebbende *recht* heeft op schadevergoeding. Bij de mondelinge behandeling[50] citeerde de staatssecretaris letterlijk de hierboven besproken verklaring van de Heer Baeten en zeide: „Er was dus op dat moment heel duidelijk komen vast te staan, dat dit amendement niet betekende een volledige integrale schadevergoeding bij de rechtmatige overheidsdaad ingevolge de Monumentenwet".[51] Dit laatste stond echter wel degelijk vast. Ware dit niet zo, dan zou de aanneming van het amendement-Baeten een slag in de lucht zijn geweest, dan zou er niets zijn veranderd vergeleken bij de oorspronkelijke tekst. Krachtens die tekst had de belanghebbende geen recht op schadevergoeding. Om daarin verandering te brengen was het amendement-Baeten aangenomen. Maar dat betekende ook weer niet – en daar hebben we dan weer hetzelfde misverstand –, dat 'automatisch'[52] zodra een verbod was opgelegd zonder meer schadevergoeding zou worden toegekend.[53]

Uit een uitlating over een nauw hiermede samenhangend onderwerp, namelijk welke instantie als bevoegde rechter zou moeten worden aangewezen, welk probleem ik afzonderlijk zal behandelen, blijkt dat de staatssecretaris inderdaad ondanks de aanneming van het amendement-Baeten nog steeds iets anders bedoelde dan schadevergoeding. Hij zeide namelijk,[54] dat als de burgerlijke rechter de schade zou bepalen deze zich niet meer in de beleidsfactoren zou kunnen mengen en zonder meer door toepassing van de algemene regel op het speciale geval de schade zou moeten vaststellen. Hier mengde hij dus met zovele woorden in de bepaling van de vergoeding een ander element, namelijk beleidsfactoren, waaruit volgt dat hij de hoogte van de vergoeding mede wilde laten afhangen van andere feiten dan de geleden schade zelf.

Het kamerlid Van Rijckevorsel heeft terstond begrepen, dat de staatssecretaris zich op een dwaalweg bevond. Tactvol heeft hij opgemerkt[55] dat het de staatssecretaris niet zozeer ging om de erkenning –

[49] 5308, nr. 12.
[50] Handelingen 1960-1961 p. 3973.
[51] In tweede termijn (Handelingen p. 3994) drukte hij zich nog eens op soortgelijke wijze uit.
[52] Aldus de staatssecretaris p. 3974.
[53] In zijn repliek heeft het kamerlid Van Rijckevorsel dit glashelder uiteengezet. Hij zeide (Handelingen p. 3997): „Wat de staatssecretaris hier echter bestrijdt, is iets, dat eigenlijk volkomen vanzelfsprekend is en dat iedereen kan onderschrijven, namelijk dat er nooit en te nimmer een volledige en integrale schadevergoeding mag zijn, die automatisch en in elk geval uit een kapverbod zou voortvloeien. Alleen werkelijke schade, die uit een kapverbod voortvloeit, die door een kapverbod wordt veroorzaakt, behoort te worden vergoed".
[54] Handelingen p. 3974.
[55] Ibid. p. 3989.

ik meen, zeide hij, dat de staatssecretaris dit niet kan ontkennen – van een recht op schadevergoeding indien tengevolge van de overheidsmaatregel in het algemeen belang schade zou zijn geleden, maar dat het hem eigenlijk meer was gegaan om de instantie, die in rechte het bedrag van de schadeloosstelling behoort vast te stellen.

De zaak is op uitnemende wijze uiteengezet door Prof. Oud.[56] Deze zeide, dat hij geloofde dat het uitgangspunt moet zijn, dat de werkelijk geleden schade wordt vergoed. Hij kon zich echter voorstellen, dat dit in bepaalde gevallen tot konsekwenties zou kunnen leiden die men meende niet te kunnen aanvaarden. *Dan* komt de vraag in het geding van het overheidsbeleid. Een van de beleidsvragen is hoever men wil gaan ten aanzien van de schadevergoeding, die zal worden gegeven en welke algemene regelen men daarvoor in de wet wil vastleggen. Als die algemene regelen dan moeten worden toegepast gaat het echter niet meer om de beleidsvraag, maar om een rechtsvraag, nl. wat komt binnen de door de wetgever getrokken grenzen nu aan de benadeelde toe?

De staatssecretaris heeft op deze betogen opnieuw een onbevredigend antwoord gegeven.[57] Volgens hem zou door het bezigen van de woorden „welke redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven" en „naar billijkheid te bepalen" de mogelijkheid openblijven, dat *op grond van beleidsoverwegingen* een deel van de schade ten laste van de eigenaar zou blijven. Dat zou destijds bij de Monumentenwet al ter sprake zijn gekomen. Hij behoefde dat nu niet te herhalen. Scholten sprak ervan, dat tussen zijn interpretatie en die van Mr Van Rijckevorsel een kloof lag. Naar mijn mening berustte de mening van de staatssecretaris op een aperte misvatting en dient de wet te worden uitgelegd zoals door de Heer Van Rijckevorsel is aangegeven. Het is echter onbevredigend, dat in de geest van de wetgever een dergelijke tweespalt blijkt te hebben bestaan. De kwestie is van groot belang, want bij nota van wijzigingen van 16 mei 1961 is voor art. 13 lid 4 Boswet de tekst van art. 15 Monumentenwet overgenomen. Ook deze bepaling spreekt nu van billijke schadevergoeding.

Drie weken na de aanneming van de Boswet op 16 mei 1961 vangt op 6 juni de behandeling van de Wet R.O. aan. Er is een drietal amendementen ingediend, respectievelijk door de kamerleden Berkhouwer, Biewenga c.s. alsmede Van Rijckevorsel en Van Vliet c.s.,[58] die allen in onderling variërende tekst het toen 48 en thans 49 genummerde artikel van de Wet R.O. willen aanpassen aan de tekst van de Monumenten- en Boswet, aldus expliciet de toelichting op het amendement Van Rijckevorsel.[59] Bij de mondelinge behandeling[60] wees Biewenga erop,

[56] Ibid. p. 3991.
[57] Ibid. p. 3998.
[58] Zitting 1960-1961, 4233, nrs 17. 35 en 37.
[59] Evenzo bij zijn mondelinge toelichting het kamerlid Van Vliet. Handelingen 1960-1961 p. 4167.
[60] Ibid. p. 4081.

dat volgens de artikelen van het ontwerp de belanghebbenden geen aanspraak op vergoeding konden maken. Een betere schadevergoedingsregeling was dus op haar plaats en daarom was overneming van de desbetreffende artikelen uit de Monumenten- en Boswet wenselijk voor het waarborgen van de rechtszekerheid. In dezelfde zin betoogde Mr Berkhouwer[61] dat, wanneer er alleen een tegemoetkoming zou komen, bij voorbaat vaststond, dat in veel gevallen kans en gevaar aanwezig zouden zijn, dat de betrokkene er zeker van kon zijn dat hem te kort zou worden gedaan.

De Minister van Volkshuisvesting Van Aartsen heeft de kloof tussen Regering en parlement, waarvan Mr Scholten had gerept, voort laten bestaan door voorop te stellen,[62] dat de Regering, zoals bij de Monumenten- en Boswet reeds ter sprake was gekomen, van mening was dat nadelige gevolgen die eventueel verbonden kunnen zijn aan het ingrijpen van overheidswege niet onder alle omstandigheden behoren te worden vergoed. Aan de andere kant heeft hij die kloof willen verdoezelen door te zeggen, dat hij tussen de redactie van het ontwerp en het amendement-Van Rijckevorsel en Van Vliet c.s. niet zo'n groot verschil zag. Weliswaar sprak het amendement van schadevergoeding, waarin hij iets anders zag dan in tegemoetkoming, maar aan de andere kant waren er volgens hem twee beperkingen: de schade moest zo groot zijn dat zij niet ten laste van de belanghebbende kon blijven en zij moest naar billijkheid worden bepaald. De Minister zong dus het oude lied. Echter, wanneer men van schadevergoeding spreekt, dan heeft de betrokkene daarop *recht*, ook al wordt zij naar billijkheid bepaald. Hij heeft er recht op, dat schade, die niet te zijnen laste kan blijven, hem volledig wordt vergoed. Spreekt men van tegemoetkoming, dan heeft hij dat recht niet. De Minister vervolgde zijn rede met de opmerking, dat hij de voorkeur bleef geven aan het begrip tegemoetkoming, omdat dit veel meer in de gedachtengang van de Regering paste. Ondanks dit betoog is het amendement-Van Rijckevorsel aangenomen. Men zou nu menen, dat hiermede vast was komen te staan dat de gedachtengang van de Regering was verworpen en klaarheid was geschapen, maar dat is helaas niet zo. Zoals Mr Baeten bij de behandeling van de Monumentenwet heeft nu de Heer Van Vliet, die het amendement Van Rijckevorsel toelichtte, een verklaring afgelegd waardoor de juridische nevel weer dichter werd. Hij zeide[63] dat het uitgangspunt van de voorstellers van het amendement was, dat, wanneer een belanghebbende schade lijdt tengevolge van een bestemmingsplan, in beginsel recht op schadevergoeding moet worden erkend, hetgeen in feite nog niet betekent dat in de practijk in alle gevallen de volledige schade moet worden vergoed. Die opmerking was natuurlijk volkomen juist. Maar wat liet hij hierop volgen? Dat het uitgangspunt van de voorstellers

[61] Ibid. p. 4101.
[62] Ibid. p. 4169.
[63] Ibid. p. 4171.

„uiteraard niets anders is dan wat in het wetsontwerp staat waar gesproken wordt van tegemoetkoming in de schade". Men vraagt zich tevergeefs af, waarom als dat zo zou zijn, men dan zo'n drukte maakte over het vervangen van het ene woord door het andere als het toch op hetzelfde neerkwam. Aan de Heer Van Vliet is kennelijk de portée van het verschil ontgaan.

Wat is nu het resultaat van de gang van zaken in het parlement? Welke conclusies moet men uit de geschiedenis van deze drie wetten trekken? Eén ding staat vast: iedere keer opnieuw, dus drie achtereenvolgende malen, heeft de Kamer het woord tegemoetkoming ondanks het hardnekkig verzet van de Regering vervangen door schadevergoeding. Het is duidelijk, wanneer men de gehele parlementaire geschiedenis overziet, dat men de betrokkenen een *recht* op schadevergoeding heeft willen toekennen. Door de angst van de Regering, waardoor ook een deel van de Kamer werd beheerst, dat die vergoeding van de schade te ver zou gaan, is toch onzekerheid ontstaan. Maar de geschiedenis was hiermede nog niet voltooid. Zij blijft een grillig verloop houden, vooral door de omstandigheid dat de parlementaire behandeling van de diverse wetten in een chaotische volgorde plaats heeft gevonden. Op 9 juli 1962 is de Natuurbeschermingswet ingediend.[64] In art. 13 lid 5 was een bepaling opgenomen betreffende een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding ingeval van weigering van een vergunning, welke, zoals de M.v.T.[65] constateerde gelijk was aan art. 15 lid 4 Monumentenwet. In het V.V. van 17 mei 1963 [66] werd door een aantal leden opgemerkt, dat in de laatste tijd de Boswet en de Wet R.O. tot stand waren gekomen, die een dwingend karakter dragen, maar geen recht op 'adequate' schadevergoeding inhielden. Voorts gaven zij nog als hun mening te kennen, dat de tekst van art. 13 lid 5 geen afdoende waarborg bood voor een volledige schadevergoeding.[67] Daarmede was het gesprek voorlopig uit, want de Regering bleef het antwoord schuldig tot 1966. Het merkwaardige is dat intussen twee andere wetten zijn behandeld, waarin op aandringen van de Kamer de formule uit Monumentenwet, Boswet en Wet R.O. zonder meer is overgenomen. Op 4 mei 1961 was het ontwerp Ontgrondingenwet ingediend.[68] Art. 28 kende een tegemoetkoming toe. In het V.V. van 28 februari 1962 [69] werd aangedrongen op een schaderegeling overeenkomstig die welke is neergelegd in de drie besproken wetten. De Regering begon het lesje nu te leren en veranderde bij nota van wijzigingen [70] in het nieuwe artikel 26 „tegemoetkoming" in de thans geijkte woorden „een naar billijkheid te bepalen schadever-

[64] Zitting 1961-1962-6764.
[65] P. 10.
[66] P. 4.
[67] P. 6.
[68] Zitting 1960-1961-6338.
[69] P. 4.
[70] Stuk nr 10, ingezonden 20 april 1964.

goeding". Bij de mondelinge behandeling op 12 mei 1964 constateert het kamerlid Droesen[71] met onmiskenbare voldoening dat aldus de schadevergoedingsregeling in overeenstemming is gebracht met wat men reeds uit de drie wetten kende en hij voegt er aan toe: „het is een algemeen ingang gevonden hebbende oplossing". Geen woord van twijfel derhalve omtrent de juridische draagwijdte van deze woorden. Nogmaals herhaalt de geschiedenis zich bij de wet tot wijziging van de wet van 28 september 1950, Stb. K 415 houdende voorlopige regeling inzake het Nationale Plan en Streekplannen, ingediend op 16 juli 1964.[72] Dit ontwerp bevatte in het geheel geen schadevergoedingsregeling. In het V.V. drongen vele leden erop aan, dat voor bepaalde gevallen een soortgelijke schaderegeling als vervat in 49 R.O. zou worden getroffen.[73] De Regering kwam zonder verder aan dit verlangen tegemoet door bij nota van wijzigingen van 15 februari 1965 art. 31a in te lassen.[74]

Eerst drie jaar na het V.V., op 16 maart 1966, verschijnt de M.v.A. over het ontwerp Natuurbeschermingswet. De ondergetekenden – het waren intussen geheel andere Ministers geworden (het kabinet Cals regeerde) – ontkenden met de meeste klem dat de Boswet en de Wet R.O. geen recht op adequate vergoeding zouden inhouden. In een zeer uitvoerig gemeen overleg tussen Kamer en Regering was een regeling tot stand gekomen geheel naar analogie van die in de Monumentenwet, waarbij de Regering van haar kant reeds „tot het uiterste" was gegaan. In haar uiteenzetting citeerde de Regering de uitlating van de Heer Droesen.[75] Bij de mondelinge gedachtenwisseling is het vervolgens meer over andere aspecten gegaan dan het hier behandelde. In de Eerste Kamer komt het echter opnieuw ter sprake in het V.V. [76] Sommige leden verklaarden bezwaren te hebben tegen de *beperking* van de schadevergoedingsplicht, terwijl zij voorts opmerkten dat schadevergoeding in hun ogen in casu geen welwillendheid van de overheid is, maar rechtsplicht. Daarop komt in het eindverslag van 15 september 1967 [77] een uitermate duidelijk antwoord, mede getekend door de huidige Minister van Justitie, dat in alle voorafgegane wetten „op aandrang van de Tweede Kamer het woord 'tegemoetkoming' in 'schadevergoeding' is gewijzigd waarmede die Kamer nog duidelijker tot uiting heeft willen brengen, dat het hier gaat om een rechtsplicht van de overheid". In verband met deze voorgeschiedenis was in dit ontwerp het woord schadevergoeding van stonde af aan opgenomen ge-

[71] Handelingen 1963-1964 p. 1745.
[72] Zitting 1964-1965-7718.
[73] V.V. van 1 december 1964, p. 1.
[74] Zie M.v.A. p. 1 en de nota van wijzigingen van 15 febr. 1965.
[75] M.v.A. p. 7.
[76] P. 4.
[77] P. 5.

weest.[78] Dat lijkt het laatste woord. Is het echter afdoende, is daardoor met name de kloof gedicht, waarover dit hoofdstuk heeft gehandeld? Ik twijfel.

[78] Een maand later (18 october 1967) heeft de Regering, nadat voor de zoveelste maal de Kamer daarop had aangedrongen (V.V. p. 11), bij nota van wijzigingen in art. 9 van het in november 1964 ingediende ontwerp Wet Verontreiniging oppervlaktewateren (1964-1965-7884) tegemoetkoming gewijzigd in een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding. In art. 57 van het ontwerp Wet Luchtverontreiniging (1968-1969-9816) heeft de Regering uit zichzelve reeds in het ontwerp dit begrip gebezigd.

V. RECHTSGROND EN MAATSTAF VAN DE SCHADEVERGOEDING

Wanneer men in de kamerstukken gaat zoeken naar het antwoord op de vraag op grond waarvan men nu eigenlijk meende, dat de schade welke de burger lijdt tengevolge van de hier bedoelde overheidshandelingen behoort te worden vergoed, dat dit een rechtsplicht is van de overheid, dan is het resultaat teleurstellend. Voor de overgrote meerderheid van de Kamer sprak het vanzelf, dat de burger *recht* heeft op schadevergoeding. Dat behoefde geen nadere motivering, het vloeide als het ware vanzelf uit het rechtsbewustzijn voort. De preoccupatie met het probleem is dan ook in de eerste plaats te vinden bij de Regering. Er was, zoals ik reeds schreef, een duidelijke juridische ontwikkeling en juridische bewustwording geweest, welke laatste toch wel in de eerste plaats lijkt te zijn gestimuleerd door de rechtspraak van de Hoge Raad en de daaromheen gesponnen ideeën der rechtswetenschap. In de vergadering van de N.J.V. van 1955 blijkt in beginsel de gedachte aanvaard, dat de staat verplicht is te vergoeden de schade, welke hij door in het algemeen belang verrichte handelingen veroorzaakt. Het probleem is veeleer geworden: hoe geven wij die gedachte de juiste juridische vorm of, meer inhoudelijk bekeken, hoe bakenen wij de schade, die we (nog wel) willen vergoeden af van de schade, die we niet (meer) of nog niet willen vergoeden? Nu is de kenneliike achtergrond van het gehele debat tussen Regering en Kamer geweest de bij de Regering heersende vrees, dat een niet te overziene onbeperkte schadevergoedingsverplichting voor de overheid zou ontstaan. Om dat te voorkomen heeft de Regering de zaak in de hand willen houden door telkens weer het woord tegemoetkoming te bezigen.

De oorsprong hiervan is te vinden in de wetgevende arbeid, welke aan het begin van deze ontwikkeling staat, het rapport van de Commissie Frederiks van 1940. Op p. 13 schrijft zij: „Onderzocht is de vraag of het mogelijk zou zijn in de wet een regeling op te nemen, welke richtlijnen geeft ter eventuele vergoeding van schade". Zij vervolgt, ik citeer nog steeds vrijwel letterlijk, dat bijkans onoverkomenlijke moeilijkheden zich verzetten tegen het maken van een gedetailleerde regeling voor de vele en veelsoortige gevallen, welke zich kunnen voordoen. Dit lijkt volkomen juist. Nu zou naar mijn mening de voor de hand liggende conclusie zijn geweest, dat men zich dan had onthouden. Maar dat heeft de Commissie Frederiks niet gedaan. Ze heeft toch enige voorschriften willen geven „die een kader zouden vormen, binnen hetwelk de administratieve rechtspraak nog alle gelegenheid vindt zich in vrijheid te ontplooien." En hier vindt men het begin van weer een misverstand, dat tot de huidige dag voortduurt.

Laat ik voordat ik daarop inga, om zelf geen misverstanden te scheppen, vooropstellen, wat ik ervan denk. Het inzicht was ontstaan dat de schade, welke door bepaalde ruimtelijke maatregelen wordt toegebracht, dient te worden vergoed. Nu zit het misverstand m.i. hierin, dat de beoefenaren van het administratief recht schade zien als een feitelijk begrip, terwijl het in werkelijkheid een juridisch begrip is. In het civiele recht is er vermoedelijk geen begrip, waarmede meer wordt gewerkt dan schade. En één van de beginselen van het civiele recht is, dat de schade hetzij ontstaan door wanprestatie hetzij door onrechtmatige daad „volledig" wordt vergoed. Dat wil echter in het geheel niet zeggen, dat *alle* schade welke de betrokkene lijdt hem wordt vergoed. Schade is van nature oeverloos. De daad, rechtmatig of onrechtmatig, is de in het stille water geworpen steen, die steeds wijdere kringen maakt. Het recht bakent af welke kring nog wordt vergoed. Vergoed wordt slechts die schade, welke volgens de opvattingen van het maatschappelijk verkeer niet ten laste van de betrokkene behoort te blijven. *Dat* is de schade die in het civiele recht wordt vergoed, dat is ook de „volledige" schadeloosstelling, waarop de onteigende recht heeft.

Wat is nu de maatstaf, waaraan gemeten wordt of de schade al dan niet ten laste van de geledeerde behoort te blijven? Men heeft steeds naar zo'n maat gezocht. In het civiele recht wordt gesproken van het onmiddellijk en dadelijk gevolg, van het redelijkerwijze te verwachten gevolg, maar in wezen zijn dat termen, die niets verhelderen. Het is, meen ik, niet de taak van de wetgever, die maatstaf te zoeken. Dat is het werk van rechtsfilosofie of rechtssociologie. Degene die schadevergoeding moet vaststellen gaat „op zijn gevoel" af, wat dat ook moge zijn. Hij oordeelt met andere woorden „naar billijkheid", wederom wat dat ook moge zijn. Die billijkheid wordt gevormd door de op ieder gegeven ogenblik in de maatschappij – d.i. de kring van belanghebbenden, rechtswetenschap enz. – heersende opvattingen, die tezamen vormen hetgeen wij het rechtsbewustzijn noemen. Van geval tot geval beoordeelt de rechter wat hem redelijk en billijk voorkomt. De rechtswetenschap poogt achteraf die oordeelvellingen te analyseren en een lijn erin te ontdekken.

Past men dit toe op de ruimtelijke maatregelen, dan geldt hier, dat volgens de huidige opvattingen van het maatschappelijk verkeer de daardoor veroorzaakte schade behoort te worden vergoed. Maar dat wil ook op dit terrein bepaald niet zeggen, dat „alle" schade wordt vergoed. Wij leven nog steeds in een burgerlijk-kapitalistische maatschappij, waarvan een van de grondprincipes is, dat op economisch gebied ieder zijn eigen boontjes dopt en zelf ervoor moet zorgen, dat hij geen schade lijdt, althans deze beperkt of compenseert. Wanneer ik een café drijf en naast mij begint mijn nieuwe buurman ook een café, moderner en mooier dan het mijne, dan levert dit stellig geen onrechtmatige daad jegens mij op, ook al lijd ik grote schade. Die mogelijkheid had ik moeten voorzien, ik had dit in mijn calculaties moeten ver-

disconteren. Het pand van mijn buurman had ik zelf moeten kopen of tegen een contraprestatie moeten verhinderen, dat een café erin zou worden gevestigd. Ook kan ik trachten de put te dempen door mijn café te verbouwen en nog mooier of moderner te maken of elders een nieuw etablissement te openen. Moet nu de overheid, wanneer zij om redenen van ruimtelijke ordening het pontveer opheft waarbij mijn café is gelegen of de doorgaande weg afsluit waaraan mijn benzinepompstation staat, de schade die ik lijd wel vergoeden? Jarenlang heb ik geprofiteerd van dat pontveer, van die doorgaande weg zonder dat ik ooit iets ervoor heb betaald. Waarom zou ik nu aanspraak kunnen maken op schadevergoeding alleen maar omdat het nu de Overheid is die mij de schade aandoet? Dan zou het niet Sijmen zijn die altijd moet betalen, maar de Overheid. Hoe dit ook zij, het valt a priori niet te zeggen, welke schade nog wel moet worden vergoed. Er is geen algemeen geldige maatstaf voor te vinden. Het zoeken ernaar is al evenzeer een zoeken naar de steen der wijzen. Er is één wijze geweest, die dit in een treffende gelijkenis heeft neergelegd. Men make nog eens het fietstochtje, dat de latere Minister van Justitie Prof. Mr J. C. van Oven in 1955 ter vergadering van de N.J.V. ondernam. De simpele gelijkenis, die hij in nog geen twee bladzijden druks [79] vertelde, is een indrukwekkend betoog, waaruit het dilemma bij de keuze tussen wel en niet vergoeden van schade haarscherp is weergegeven. Zijn conclusie was: „ik weet het niet, wij weten het niet". De mijne luidt: we *kunnen* het niet weten, want het antwoord wisselt met de tijd.

Dit had de Commissie Frederiks dus goed gezien. Zij is echter haar eigen principes ontrouw geworden. Zij vervolgde haar betoog dat alleen „ernstige" schade, waarbij het perceel rechtstreeks is betrokken, voor vergoeding in aanmerking komt. Waarom zou alleen "ernstige" schade moeten worden vergoed, vraagt men zich tevergeefs af. Wanneer men eenmaal aanneemt, dat iemand schade lijdt, welke voor vergoeding in aanmerking komt, is het onrechtvaardig en onbillijk hem die slechts boven een bepaalde grens te vergoeden. En wat is de maatstaf voor het verschil tussen ernstige en niet ernstige schade? De fout zit in de toevoeging van het epitheton ornans „ernstig". Als men alleen maar spreekt van „schade", dan impliceert dat op zichzelf al rechtens relevante schade, schade die in principe voor vergoeding in aanmerking komt.

In wezen huldigde de Commissie Van den Bergh dezelfde beginselen. Ook zij wenste slechts „ernstige" schade vergoed te zien. [80] De vergoeding zou zodanig worden vastgesteld, dat van de belanghebbenden geen „onredelijke offers" werden geëist. Het derven van winst werd niet als onredelijk offer beschouwd.[81] Deze beperkingen werden niet gemotiveerd, met name niet op grond waarvan het oirbaar werd geacht dat de

[79] Handelingen N.J.V. 1955 II p. 17-18.
[80] P. 15.
[81] Regeling R art. 4 (p. 73). Zie voorts p. 15 en p. 83.

belanghebbenden „redelijke offers" zouden brengen. Ik voor mij kan niet inzien op grond waarvan het geoorloofd zou zijn van een belanghebbende welk „offer" dan ook te vergen.

De eerste principiële uiteenzetting van de Regering is te vinden in de M.v.T. op de Wet R.O.[82] Daar zegt zij dat het communis opinio zou zijn, dat de Overheid niet gehouden is alle schade die ontstaat tengevolge van haar rechtmatige handelingen te vergoeden.[83] De Commissie Van den Bergh had de vergoeding beperkt tot ernstige schade, die voortvloeit uit belemmering van het bestaande gebruik.[84] Volgens de Regering had de Commissie echter nagelaten aan te geven waarom de grens nu juist daar moest liggen. Deze leek dan ook vrij willekeurig getrokken. De Regering had daarom teruggegrepen naar het ontwerp van de Commissie Frederiks. Opgemerkt moet echter worden, dat de motivering door deze commissie niet zo erg veel verschilde van die gegeven door de Commissie Van den Bergh. De Commissie Frederiks achtte een beperking tot ernstige schade billijk, omdat de eigendomsbeperking, welke uit het bestemmingsplan voortvloeit, slechts verband houdt met de aan de grond gegeven bestemming, en eventueel de beperking van het gebruik ervan.[85] Bij haar toelichting op art. 51 verduidelijkt de Regering haar standpunt.[86] Schade als gevolg van bestemmingsplannen zou steeds schade zijn die veroorzaakt wordt door beperking van de vrijheid van de individuele burgers. De overheid zou niet tot vergoeding gehouden zijn als haar maatregelen niet verder zouden gaan dan het concretiseren van de vrijheidsbeperking, die voortvloeit uit het feit, dat de burger tezamen met anderen op een beperkt territoir in een gemeenschap verenigd leeft. Die vrijheidsbeperking zou geacht kunnen worden alle burgers even zwaar te belasten. Het kan echter voorkomen, dat een maatregel moet worden getroffen die de vrijheid van een burger sterker aantast dan met de algemene sociale situatie in overeenstemming is. Dan zou er grond zijn voor tegemoetkoming. Dit waren de gevallen, waarin bij beslissingen van de Kroon over uitbreidingsplannen werd gesproken van „onevenredig zware belasting".

Naar mijn mening zijn dit lege woorden, die niets verhelderen en de situatie niet juist weergeven. De burger heeft helemaal niet het gevoel, dat hij in zijn vrijheid wordt geknot. Dat zal hem een zorg zijn! Neen, het gaat, om het eens ruw te zeggen, erom, dat hij het in zijn portemonnaie voelt. Dat verdraagt hij niet en daarom gaat het rechtsbewustzijn spreken. Met andere woorden men moet de rechtsgrond zoeken in de economische sfeer en dan met name in het klimaat van onze huidige kapitalistische welvaartsmaatschappij. Een aantal risico's heeft men

[82] 1955-1956-4233 p. 12.
[83] Hier repte de Regering voor het eerst van schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad in het algemeen.
[84] Zie haar Verslag p. 15.
[85] Zie haar Verslag p. 13.
[86] M.v.T. p. 18.

als eigenaar, als vrije ondernemer zelf te dragen. Waar de grens ligt, waar men moet beginnen de schade te vergoeden, is niet a priori te zeggen. In de practijk is het daarom de rechter, wie deze ook moge zijn, die van concreet geval tot concreet geval vaststelt of de toegebrachte schade voor vergoeding in aanmerking komt. De wetgever moet zich beperken tot het aangeven van het kader, wanneer hij een bepaalde materie regelt. Hij kan zich echter beter van rechtsfilosofische beschouwingen onthouden en slechts als feit constateren, dat de rechtsovertuiging blijkbaar in bepaalde gevallen vergoeding van de toegebrachte schade eist.[87]

De Regering is in haar theoretische uiteenzetting dan ook vastgelopen. Met name liet zij onverklaard, evenals de Commissies Frederiks en Van den Bergh, waarom in die gevallen, waarin sprake is van „oneevenredige belasting" de schade niet volledig zou moeten worden vergoed, doch slechts een tegemoetkoming zou moeten worden gegeven. In de memorie van antwoord[88] heeft de Regering haar standpunt niet duidelijker kunnen formuleren. Zoals zij zelf zeide moest zij volstaan met in enigszins andere woorden te herhalen hetgeen in de M.v.T. was uiteengezet. Een meer omlijnde bepaling was bezwaarlijk te geven. Omdat slechts de schade vergoed dient te worden voorzover die de normaal te dulden schade overschrijdt, zou een tegemoetkoming moeten worden gegeven en niet een aanspraak op volledige vergoeding. Even verder in haar memorie formuleerde de Regering het met een betoog, dat geinspireerd lijkt door het enige maanden tevoren verschenen preadvies van C. H. Telders,[89] aldus dat een eigenaar voorzoverre hij zich in verband met het feit, dat zijn eigendom deel uitmaakt van de omgeving, met betrekking tot zijn handelen ten aanzien van zijn eigendom beperkingen moet opleggen en het bestemmingsplan die beperkingen slechts concretiseert, geen aanspraak kan maken op schadevergoeding. Tegen deze redenering moet worden aangevoerd, dat die „normaal te dulden schade" geen schade is in juridische zin. Zij is het normale risico, dat men als eigenaar of ondernemer voor eigen rekening behoort te nemen[90] op dezelfde wijze als men de „hinder" door andere particuliere eigenaren voor zijn rekening behoort te nemen. De Regering liet bo-

[87] Men zie de heldere uiteenzetting, waarmede de M.v.T. op het op 17 december 1968 ingediende ontwerp Deltaschadewet (Zitting 1968-1969-9974) aanvangt. Daar wordt de toekenning van vergoeding inderdaad sober gemotiveerd: „Hierdoor (i.c. de afsluitingswerken) wordt aan zekere economische activiteiten de basis van de bedrijfsuitoefening ontnomen. Deze nadelen zijn van zodanige importantie, dat zij geacht moeten worden buiten de als normaal te aanvaarden risicosfeer te liggen".

[88] P. 16-17.

[89] Handelingen N.J.V. 1958 I p. 4 onder 6.

[90] Ook hier kan men de M.v.T. op de Deltaschadewet citeren. (De opvattingen van de wetgever lijken dan ook sinds de behandeling van de Wet R.O. te zijn geevolueerd.) De Regering schreef (p. 1): „Het lijkt derhalve niet onjuist te stellen — en de ondergetekenden menen, dat dit overeenkomstig het rechtsgevoel is — dat een zekere marge, waarbinnen nadelen moeten worden geaccepteerd, dient te worden aanvaard".

vendien onverklaard, waarom de schade, die de normale te dulden schade overschrijdt, die een onevenredige zware last op de eigenaar legt niet volledig zou moeten worden vergoed, doch slechts aanleiding zou moeten zijn tot een tegemoetkoming in de schade.[91]

De gedachtenwisseling over de grondslagen is hervat bij de behandeling van de Boswet. De geschiedenis van deze wet illustreert treffend, welk een gebrekkig instrument het rechtsbewustzijn is. In zeer veel gevallen kan men niet zeggen, dat het rechtsgevoel of de opvattingen in het maatschappelijk verkeer één bepaalde oplossing eisen, dat het zus of zo behoort te zijn. Neen, er dienen zich meer oplossingen aan en voor iedere oplossing zijn argumenten aan te voeren. Dat geldt in de eerste plaats voor de Rechter, waarbij men dan in het bijzonder moet denken aan onze hoogste Rechter. De Hoge Raad wijst een bepaalde beslissing en dan is de inhoud van die beslissing in feite voorshands geldend recht. Zij is echter in vele gevallen niet 'natuurlijk' uit het rechtsbewustzijn voortgevloeid. Zij had evengoed anders kunnen luiden en dan was dat geldend recht geworden. Wat als recht zal gelden is dus het doen van een keuze, is het resultaat van een 'beslissing'. Ita jus esto! De wetgever vergaat het niet anders. Enerzijds oordeelde de Kamer[92] dat een kapverbod een zo ver gaande inbreuk op het eigendomsrecht en het daaruit voortvloeiende beschikkingsrecht is, dat de schade welke de eigenaar daardoor lijdt volledig behoort te worden vergoed. Anderzijds waren er leden, die meenden dat nu een publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie was tot stand gekomen, waarvan ook het Bosschap en daarmede dus de boseigenaren deel uitmaken, de positie van de boseigenaren niet meer slechts privaatrechtelijk zou moeten worden gezien. Een recht op volledige schadevergoeding bij tijdelijke of gedeeltelijke beperking van het eigendomsrecht zou in deze tijd en in de huidige maatschappij, waar tegenstrijdige belangen elkaar steeds intenser raken, tot voor de gemeenschap volkomen onaanvaardbare gevolgen voeren. Eigendom heeft altijd de verplichtingen medegebracht, die uit de normen van het maatschappelijk verkeer voortvloeien. Bij de verhoogde intensiteit van dit verkeer, aldus deze kamerleden, zouden die verplichtingen medegroeien. Het wetsontwerp (dat slechts een tegemoetkoming toekende) zou hieruit terecht de konsekwenties hebben getrokken. In de M.v.A.[93] deed de Regering een beroep op de regeling in de ontwerpen van de Monumentenwet en de Wet R.O., niet bevroedend, dat die regeling door de Kamer zou worden verworpen. Zij voelde dus niet goed aan wat de heersende rechtsopvatting was. Bij de mondelinge

[91] Het is vooral het kamerlid Berkhouwer geweest, die bij de mondelinge behandeling van de Wet R.O. hierop heeft gewezen en ook de aandacht erop heeft gevestigd, dat voordat in 1955 de nieuwe wetgevingsgolf inzette *wel* van (integrale) schadevergoeding werd gesproken en niet van (gedeeltelijke) tegemoetkoming, zoals in de Belemmeringenwet Privaatrecht, Grondwaterwet 1954, Luchtvaartwet. (Handelingen 1960-1961 p. 4098 e.v.)

[92] V.V. p. 4.

[93] P. 5.

behandeling is het principieel debat voortgezet. De staatssecretaris Scholten was hier aanmerkelijk beter op dreef[94] dan bij de behandeling van de Monumentenwet. Terecht stelde hij, dat het uitgangspunt dient te zijn, dat de inhoud van het eigendomsrecht wisselt met tijden en omstandigheden en dat de eigenaar eigenlijk te allen tijde bepaalde beperkingen, zoals die welke voortvloeien uit het civielrechtelijk burenrecht en de publiekrechtelijke woningvoorschriften, heeft moeten dulden zonder dat hij daarvoor vergoeding ontvangt. Naar zijn mening was het kapverbod een beperking die niet verder ging dan de zojuist genoemde. Wilde men volledige vergoeding, dan wilde men wel de voordelen van de eigendom en niet de nadelen. In wezen ontnam men aldus aan de eigendom het risico. Tegen dit betoog is op zichzelf niets in te brengen. Omdat hier geen eigendom wordt ontnomen en ook de beschikkingsbevoegdheid slechts gedeeltelijk wordt beperkt, is de redenering begrijpelijk, dat in dit geval (nog) geen schadevergoeding wordt toegekend, omdat een kapverbod moet worden beschouwd als een van die 'natuurlijke' inconveniënten, beperkingen en risico's, waaraan de eigendom nu eenmaal onderhevig is. Het is hier weer de kwestie van een keuze. De Kamer heeft anders gekozen en gemeend, dat *deze* beperking wel dient te worden vergoed. Ook hier dus ita jus esto! Het behoort tot het wezenlijke karakter van wetgevers en rechters, dat zij zoals de Amerikanen het noemen decision-makers zijn. De logische konsekwentie van het betoog van de staatssecretaris zou intussen zijn geweest, dat *geen* schadevergoeding werd toegekend. Die conclusie trok hij echter niet. In zijn betoog liet hij (opnieuw) onverklaard waarom de Regering dan wel een recht op *gedeeltelijke* schadevergoeding, een tegemoetkoming, wilde toekennen.

Hoe gemakkelijk de wetgever kan mistasten omtrent de grond van de schadevergoeding wil ik nog aan één voorbeeld demonstreren. In het V.V. op het ontwerp Natuurbeschermingswet[95] werd m.i. terecht bezwaar ertegen gemaakt dat in dat ontwerp ieder recht op schadevergoeding ontbrak ingeval van aanwijzing als beschermd natuurmonument. De schadevergoeding werd slechts toegekend indien de Minister een vergunning voor bepaalde handelingen weigert of aan de vergunning voorwaarden verbindt. Hierbij werd erop gewezen, dat de aanwijzing het terrein[96] veelal in waarde zal doen dalen. In de M.v.A. beriep de Regering zich op het feit, dat in het ontwerp volledig de lijn was doorgetrokken van de Monumentenwet, en derhalve geen schadevergoeding was voorzien op grond van de enkele aanwijzing. Daarop is gevolgd de indiening van een amendement-Baeten, waarin de wettelijke regeling zo werd geformuleerd, dat reeds de schade tengevolge van de aanwijzing wordt vergoed.[97] Minister Vrolijk heeft bij de behandeling daarvan erop

[94] Handelingen 1960-1961 p. 3972. Men zie daarnaast ook de beschouwingen van Mr Schilthuis p. 3949.
[95] V.V. van 17 mei 1963 p. 4. [96] P. 6.
[97] Zitting 1965-1966-6764. Stukken nrs 11 en 16 (gewijzigd amendement).

gewezen,[98] dat bij de behandeling van de Monumentenwet op een enkele uitzondering na door niemand erop was aangedrongen reeds vergoeding toe te kennen terzake van schade geleden door de plaatsing van een gebouw op de Monumentenlijst. Het Kamerlid Wilmans[99] voegde daaraan nog toe, dat door aanneming van het amendement tussen de Monumentenwet en de Natuurbeschermingswet, hoewel zij precies dezelfde materie regelen, een ongelijke rechtsbedeling zou ontstaan. Desniettemin is het amendement-Baeten zonder hoofdelijke stemming aangenomen.[100] Er blijkt dus een zeer snelle evolutie in de rechtsovertuiging te zijn geweest. Dat terzake van maatregelen op het gebied van de ruimtelijke ordening in de ruimste zin des woords er een rechtsplicht bestaat van de overheid tot vergoeding van de schade lijkt thans een verworven rechtsgoed.

Er is een geheel andere kant aan het vraagstuk. Tegenover het feit, dat er maatregelen zijn van de overheid, welke schade veroorzaken, zijn er ook die de burger voordeel bezorgen. Is het nu niet redelijk en rechtvaardig, dat wanneer men in het ene geval schadevergoeding toekent, in het andere geval de burger op enigerlei wijze een vergoeding betaalt voor de waardevermeerdering, welke hem in de schoot valt? Er lijkt slechts één antwoord mogelijk: ja! Toch heeft dit aspect bij de parlementaire behandeling geen belangrijke rol gespeeld. Bij de Monumentenwet en de Boswet kon het niet ter sprake komen, omdat het in die wetten gaat over maatregelen die geen waardevermeerderend effect hebben, doch ook bij de behandeling van de Wet R.O. is er ternauwernood over gerept. Het is, zoals bekend, een zaak die vooral de P.v.d.A. ter harte gaat. Bij de mondelinge behandeling van de Wet R.O. heeft het kamerlid Westerhout erop gewezen,[101] dat agrarische percelen door het feit, dat ze in een bestemmingsplan komen te liggen, aanzienlijk in waarde kunnen stijgen. Hij verwees naar een bij de Kamer binnengekomen brief van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, waarin werd aangedrongen op een regeling betreffende het heffen van een baatbelasting, doch tot enige gedachtenwisseling heeft dit niet geleid. Het thema wordt eerst opgenomen door de Eerste Kamer in het V.V. van 21 mei 1964 op de Ontgrondingenwet. Daar[102] wordt door vele leden de vraag gesteld of tegenover de steeds meer ingang vindende regelingen inzake vergoeding van schade niet meer aandacht zal moeten worden geschonken aan het belasten van voordelen, welke worden verkre-

[98] Handelingen 1965-1966, p. 1965-1966.
[99] Ibid. p. 1976.
[100] Ibid. p. 2038. Naar mijn mening is het een eis van recht, dat de daardoor ontstane discrepantie in de behandeling van eigenaren van natuurmonumenten en die van monumenten in de zin van de Monumentenwet wordt rechtgetrokken door wijziging van art. 15 van laatstgenoemde wet.
[101] Handelingen 1960-1961, p. 4169.
[102] P. 3.

gen tengevolge van overheidsmaatregelen en zonder dat de betrokkene zelf tot de waardestijging heeft bijgedragen.[103] De Regering heeft daarop een antwoord gegeven, dat op het eerste gezicht een dooddoener lijkt, doch m.i. het enige antwoord is dat men op het ogenblik kan geven. De Regering zeide, dat dit vraagstuk, buitengewoon complex en zo algemeen aan de orde gesteld als hier was gebeurd, nog moeilijker te beantwoorden is dan de vraag, wanneer schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad op haar plaats is. Wanneer men die richting zou opgaan, zou dit onvermijdelijk tot een nog ingewikkelder patroon van overheidsbestuur leiden.[104] De Regering wilde de ontwikkeling der denkbeelden op dit punt nauwlettend volgen. Inderdaad is het zo, dat de gedachte, dat de eigenaar in principe tot een tegenprestatie verplicht is wanneer de overheid hem door haar optreden voordeel bezorgt, op het ogenblik nog niet bij de burger leeft. Gedachtenconcepties wijzigen zich langzaam. Men is nu langzamerhand wel zo ver, dat men vrij algemeen tot het inzicht is gekomen, dat het mede tot de kenmerken van de welvaartsstaat behoort, dat de overheid de schade welke zij in het algemeen belang veroorzaakt vergoedt, doch de 19e eeuwse gedachte, dat wanneer men als vrije eigenaar of vrije ondernemer een voordeel in de schoot geworpen krijgt, daarvan zonder meer mag profiteren is veel moeilijker te overwinnen, omdat de gevoeligste zenuw van de mens nog altijd de geldzenuw is. Daarom is het denkbeeld van een tegenprestatie thans geen gemeen goed, doch draagt het nog het stempel van bepaalde als progressief beschouwde maatschappijbeschouwingen. In Nederland heeft het probleem zich vooral toegespitst op de vraag, welke waarde moet worden toegekend aan grond welke wordt onteigend. Zie ik wel, dan is het dit 'politieke' vraagstuk, dat de zo hard nodige modernisering, om niet te zeggen algehele vernieuwing van de nu 118 jaar oude onteigeningswet heeft tegengehouden. Ik ga hier niet verder op in, doch breng in herinnering het door Minster Samkal-

[103] Men kan het ook nog anders stellen, zoals het Tweede Kamerlid Wilmans deed bij de behandeling van de Natuurbeschermingswet (Handelingen 1965-1966 p. 1945). De waarde van het grondbezit is mede, en dikwijls grotendeels, aldus zijn betoog, het gevolg van een langdurig proces van onder meer door de overheid beïnvloeden van de maatschappelijke en economische verhoudingen. Die ontwikkeling heeft dikwijls de huidige rendabiliteit van de desbetreffende eigendommen tengevolge gehad. Ook als nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen daaraan weer iets afdoen en de overheid ook daaraan vorm geeft is er derhalve nog geen vanzelfsprekend recht op schadevergoeding aanwezig.

[104] Dezelfde gedachtengang volgde anderhalf jaar later het Tweede Kamerlid Bennekom bij de behandeling van de Natuurbeschermingswet (Handelingen 1965-1966 p. 1934). Zich afvragend of reeds de aanwijzing van een terrein tot beschermd natuurmonument recht op vergoeding van de daardoor geleden schade geeft, trok hij een parallel met de aanwijzing van in de nabijheid van de stad gelegen grond door een bestemmingsplan tot bouwterrein, hetgeen in het algemeen waardevermeerdering tengevolge zal hebben. De noodzakelijke konsekwentie zou zijn, dat die waardevermeerdering ten goede van de staat zou komen. Daarvan verwachtte hij zoveel complicaties dat hij die gedachte bij voorbaat afwees.

den ingediende wetsontwerp tot wijziging van de Onteigeningswet,[105] ingetrokken door de huidige Regering, en nu gevolgd door een initiatief ontwerp ingediend door enige leden van de P.v.d.A.[106] Ik voor mij geloof, dat de rechtsovertuiging zo weinig is uitgekristalliseerd, dat dit probleem nog niet voor een parlementaire behandeling, dus voor vastlegging in een wetsformule, rijp is, ook niet met betrekking tot een onderdeel zoals de onteigeningsvergoeding. Wil men de Onteigeningswet wijzigen, dan zal men m.i. dezelfde methode moeten toepassen als is gebeurd bij het eerste boek van het nieuwe B.W. Daar heeft men alles, wat door gemeen overleg tot een algemeen aanvaarde of een compromisoplossing kon worden gebracht, geregeld. Er was één uitzondering welke men eruit heeft gelicht: de regeling van de echtscheiding, welke toen althans nog teveel politieke en levensbeschouwelijke tegenstellingen opriep. Naar mijn mening is vooral na het tot stand komen van de in dit preadvies besproken wetten toch wel een communis opinio gebleken ten aanzien van de problemen welke bij regeling van de onteigening ter sprake komen, met uitzondering van de waardebepaling van de grond. Welnu, de wetgever late voorshands dit punt bij het oude en make eindelijk een nieuwe Onteigeningswet!

Dat wil niet zeggen, dat het probleem van de waardevermeerdering helemaal geabandonneerd zou moeten worden. Neen, maar men moet het op een andere wijze aanvatten, niet als een politiek maar als een doodgewoon economisch probleem. In het civiele schadevergoedingsrecht is voordeelstoerekening een normale zaak. De schade, welke de geledeerde lijdt, is het debet saldo van de nadelen, welke hij door de schadetoebrengende oorzaak heeft ondervonden en anderzijds van de eventuele voordelen, welke het evenement voor hem heeft gehad. Ook in het onteigeningsrecht wordt in bepaalde opzichten met waardevermeerdering rekening gehouden. Ik voor mij geloof, maar ook daarover zal ik hier niet uitweiden, dat de leer van de waardevermeerdering zou kunnen worden verdiept en meer principieel tot een grondbeginsel van onteigeningsrecht gemaakt. Voorts hebben wij thans de schadevergoeding bedoeld in art. 49 Wet R.O. en de verder hier behandelde wetten. De jurisprudentie dienomtrent moet zich nog geheel vormen. Ook daar zal men het vraagstuk principieel onder het oog moeten zien. Op het ogenblik ligt dus volgens mij voor de ontwikkeling der denkbeelden het zwaartepunt geheel bij de rechter, die van geval tot geval aan de rechtsovertuiging vorm zal moeten geven. De wetgever zal moeten afwachten en eerst kunnen ingrijpen, wanneer zich werkelijk een rechtsovertuiging zal hebben gevormd op dezelfde wijze als dit het geval is geweest nadat met betrekking tot de planschade krachtens de Woningwet een rechtsovertuiging was gegroeid.

[105] Zitting 1966-1967-8941.
[106] Zitting 1968-1969-10036.

VI. BILLIJK EN REDELIJK

De vraag, wat moet worden vergoed, is er niet doorzichtiger op geworden doordat de woorden tegemoetkoming (dat later dus telkens is vervangen door schadevergoeding) enerzijds en schade anderzijds zijn voorzien van epitheta ornantia. Het eerste daarvan zijn variaties op het woord billijk. Art. 15 lid 4 van het ontwerp Monumentenwet sprak van een „naar billijkheid" te bepalen tegemoetkoming, art. 7 lid 4 van het ontwerp Boswet van „een billijke tegemoetkoming", het ontwerp van de Wet R.O. in art. 51 van een „tegemoetkoming" zonder meer. In de M.v.A. werd ad art. 15 Monumentenwet gezegd,[107] dat „met de billijkheid als richtsnoer, bij de vaststelling van de tegemoetkoming de bijzondere omstandigheden van ieder geval in aanmerking genomen zullen moeten worden." Men vraagt zich af wat de Regering zich daarbij heeft voorgesteld, toen zij die zin neerschreef. Wanneer er alleen het woord tegemoetkoming in de ontworpen bepaling had gestaan, zou dan niet rekening moeten zijn gehouden met de bijzondere omstandigheden van ieder geval? In het civiele recht wordt zonder meer gesproken van schadevergoeding, in het onteigeningsrecht van schadeloosstelling. Maar bij elke vaststelling hetzij van schadevergoeding hetzij van schadeloosstelling wordt rekening gehouden met de omstandigheden van het concrete geval, dat beslist moet worden. Dat is nu juist het specifieke, het wezenlijke van de taak van de rechter, van de rechterlijke beslissing, dat aan de speciale aspecten van het individuele geval dat wordt beslist recht wordt gedaan. Dat is nu 'recht' spreken in de letterlijke zin des woords. En daarin is vanzelf de billijkheid verdisconteerd. Wanneer de rechter iemand het zijne toekent, dan geschiedt dit naar billijkheid. De rechter zou het niet anders kunnen.[108]

Staatssecretaris Scholten heeft echter, zoals blijkt uit zijn uitlatingen bij de behandeling van de Monumentenwet, „naar billijkheid" be-

[107] P. 3.

[108] In dezelfde zin Van Rijckevorsel bij de behandeling van de wijziging van art. 13 lid 4 Boswet naar aanleiding van het amendement Den Hartog (Handelingen 1960-1961 p. 3997): „In de tweede plaats is in de voorgestelde tekst van de Regering het begrip 'billijkheid' ingevoerd. Ook dat kan de Regering niet baten, indien het althans de bedoeling zou zijn van de Regering om niet geheel de werkelijke schade ook te vergoeden, omdat ieder rechterlijk oordeel, of het nu wordt gegeven door de gewone burgerlijke rechter of door de afdeling Geschillen van Bestuur van de Raad van State, met de billijkheid rekening behoort te houden".
Aldus oordeelde trouwens de Tweede Kamer reeds bij de behandeling van art. 9 lid 1 van het tweede ontwerp Verkeerswet tegen lintbebouwing. In het V.V. (Bijl. Hand. II 1936/37 nr 330, 4) werd namelijk opgemerkt: „Dat de 'tegemoetkoming' van het vorige (door de Eerste Kamer op 8 maart 1935 verworpen) ontwerp wordt vervangen door een 'billijke tegemoetkoming' achtte men overbodig, aangezien de rechter bij het vaststellen van het bedrag der tegemoetkoming de billijkheid zal nastreven, ook al is daaromtrent niets in de wet bepaald".

schouwd als een beperkende factor.[109] Hoe zijn gedachtengang is geweest kan ik niet bevroeden. Men kan toch niet zeggen, dat de billijkheid medebrengt, dat de geledeerde minder vergoed krijgt dan de schade, welke hij heeft geleden, kortom dat deze geen recht heeft op volledige schadevergoeding!

De staatssecretaris heeft daarop nog een tweede redenering laten volgen, waarover naar mijn mening iedere jurist, althans iedere practiserende jurist, zich moet verbazen. „Het gaat erom", zeide hij, „te voorkomen, dat wij allerlei bijzondere gevallen krijgen van mensen, die zeggen 'Nu heb ik recht op volledige schadevergoeding' en komen aanzetten met schadeclaims, die gefingeerd zijn. Om daar doorheen te zien heb ik ook dat 'naar billijkheid' nodig. Sommige mensen kunnen zeggen: 'Als ik die vergunning niet krijg, had ik dit en dat kunnen doen en daardoor heb ik schade geleden'. Zij kunnen er allerlei brieven bij halen en mooie constructies maken. Daar moet ik doorheen kunnen kijken. Daarom is dus naar billijkheid ook nodig." Maar bij iedere vaststelling van schadevergoeding doet het zich voor, dat schadeclaims zijn opgeschroefd of zelfs zijn gefingeerd. Elke procedure over schadevergoeding heeft tot thema, dat de geledeerde partij de schade òf niet exact heeft berekend òf ten onrechte bepaalde factoren mede laat spelen. Het is de taak van de rechter de juiste bedragen vast te stellen. Maar daarvoor heeft deze niet de billijkheid nodig, doch in de eerste plaats een veel exactere maat, namelijk het bewijs, geleverd door bescheiden, getuigen en deskundigen, en verder zijn eigen gezonde verstand en maatschappelijke en rechterlijke ervaring. Het meest voor de hand liggende voorbeeld in dit verband is de onteigening, waardoor de eigendom anders dan in de hier behandelde gevallen volledig wordt ontnomen. De onteigende heeft recht op volledige schadeloosstelling. Wat hem derhalve wordt vergoed is de schade, welke hij werkelijk heeft geleden. Maar hij ontvangt geen vergoeding voor luchtkastelen, voor dingen, die hij had kunnen doen als hij in het bezit van het onteigende had kunnen blijven, doch die geen enkele wortel in de werkelijkheid hebben. Het lijkt wederom, of de staatssecretaris de tekst heeft gelezen alsof deze automatisch een vergoeding toekende, wanneer het artikel werd toegepast. Het artikel bevat echter de woorden „en de belanghebbende daardoor schade lijdt". Dat betekent dus, zoals vanzelfsprekend is, dat eerst moet vaststaan, dat wil derhalve zeggen door de belanghebbende bewezen, althans aannemelijk gemaakt, dat hij inderdaad reële schade heeft geleden. Hetzelfde zou trouwens ook nog gelden als die woorden er niet in stonden, omdat nu eenmaal een

[109] Handelingen 1960-1961, p. 2407.
De ironie der parlementaire geschiedenis wil, dat de Regering in de Verkeerswet tegen lintbebouwing het woord billijk juist heeft gehanteerd mede om te verhinderen dat de betrokkene slechts een minimaal bedrag zou worden toegekend. (Zie M.v.T. Bijl. Hand. II 1936/37 nr 330, 3, p. 5 en M.v.A. nr 330 5, p. 14, beide ad art. 9.)

noodzakelijke voorwaarde voor toekenning van schadevergoeding is, dat vaststaat, dat er werkelijk schade is geleden.

De gedachtengang van de staatssecretaris lijkt dan ook onbegrijpelijk. Eerst door de behandeling van het amendement-Den Hartog ad art. 13 lid 4 Boswet wordt deze iets duidelijker. Dan blijkt namelijk, dat hij nog steeds in een ander gedachtensysteem bevangen zit dan de voorstellers van de amendementen. Het amendement-Den Hartog ad art. 13 lid 4 formuleerde exact en zonder franje waarop het aankomt: indien de gebruiker of eigenaar tengevolge van een kapverbod schade lijdt, wordt hem deze ten laste van 's Rijks kas vergoed. Wat zeide nu Mr Scholten:[110] „in de gedachten van de Heer Den Hartog c.s. ligt opgesloten, dat automatisch, zodra een kapverbod wordt opgelegd, de schade zal worden bepaald door de burgerlijke rechter". Daaruit volgt, dat de staatssecretaris ervan uitging, dat ieder kapverbod schade zou veroorzaken. Liet men dus de rechter zijn gang gaan, dan zou deze dus terzake van ieder geval de schadevergoeding gaan bepalen, of om met de woorden van Scholten te spreken „hij zal zonder meer door toepassing van de algemene regel op het speciale geval de schade moeten vaststellen". Maar dat wilde hij niet. Hij wilde dat op andere feiten dan uitsluitend op de door de geledeerde geleden schade zou worden gelet en dat zou slechts de administratie kunnen doen. Den Hartog c.s. gingen in tegenstelling tot Scholten echter ervan uit, dat het helemaal niet a priori vaststaat, dat een eigenaar door een kapverbod schade zal lijden. Maar als dat feit zou zijn aangetoond, dan moest de schade volledig worden vergoed, waarbij dus beleidsfactoren geen enkele rol meer speelden. In de gedachtengang van Scholten zou de rechter slechts één taak hebben: het bedrag van de schade vast te stellen, in die van Den Hartog c.s. echter twee: *a.* onderzoeken en vaststellen of er al dan niet schade is geleden, *b.* zo ja, het bedrag ervan bepalen.

Het misverstand bleef echter onuitroeibaar. Bij de behandeling van de Wet R.O. is ingediend het amendement-Van Rijckevorsel, dat de bedoeling had „voor de door gemeentelijke bestemmingsplannen veroorzaakte schade een overeenkomstige regeling te treffen als is aanvaard bij de wetsontwerpen Monumentenwet en Boswet".[111] Desniettemin verklaarde Minister Van Aartsen [112] dat hij in de woorden „naar billijkheid te bepalen" een beperking zag van de schadevergoeding. En zelfs in 1967 maakte de staatssecretaris Van der Poel bij de behandeling van de Natuurbeschermingswet in de Eerste Kamer naar aanleiding van een betoog van Mr Van Riel kennelijk nog onderscheid tussen een billijke schadevergoeding en een volledige schadevergoeding.[113] Het woord hardleersheid lijkt niet misplaatst.

[110] Handelingen 1960-1961, p. 3974.
[111] Zitting 1960-1961-4233, nr. 37.
[112] Handelingen 1960-1961, p. 4169.
[113] Handelingen Eerste Kamer 1967-1968, p. 38.

Eenzelfde spel van misverstanden heeft zich afgespeeld met betrekking tot de toevoeging welke de schade is gaan opsieren, ook weer in een telkens enigszins wisselende formulering. In art. 15 lid 4 van het ontwerp Monumentenwet werd vergoeding toegekend voor schade „die redelijkerwijze niet of niet geheel" ten laste van de belanghebbende behoort te blijven. Dezelfde formule bevat art. 7 lid 4 O.R.O. Boswet. Art. 48 van het ontwerp R.O. sprak van schade die een belanghebbende zou lijden doordat hij „onevenredig zwaar" wordt getroffen door de bepalingen van een bestemmingsplan. De formule was ontleend aan de Commissie Frederiks, die harerzijds had vastgeknoopt aan de jurisprudentie van de Kroon betreffende uitbreidingsplannen en aan de terminologie van art. 9 der Verkeerswet tegen lintbebouwing.[114] De eerste die tegen de gebezigde terminologie bezwaar heeft gemaakt is het kamerlid Van Rijckevorsel bij de behandeling van de Monumentenwet.[115] Hij vroeg of die formule nog betekenis heeft en niet overbodig is naast het begrip billijkheid. Het antwoord van de staatssecretaris Scholten was opnieuw hoogst onbevredigend[116]. Hij begon te zeggen: „Het gaat er eerst om, dat er een schade moet zijn die redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste van de eigenaar behoort te blijven. Daarvoor moet natuurlijk eerst het bewijs worden geleverd. Dit element kunnen we in ieder geval niet cruit laten". Nu spreekt het echter vanzelf, dat men eerst recht krijgt op vergoeding van schade, als men aantoont dat men inderdaad schade lijdt, leed of zal lijden. Is er geen schade, dan geen vergoeding. Het maakt dus geen enkel verschil of men in de wet zet schade of schade die redelijkerwijs niet ten laste van de eigenaar behoort te blijven. In beide gevallen moet het bestaan van schade worden bewezen of zoals wederom Van Rijckevorsel heeft gezegd bij de behandeling van de Boswet:[117] „Indien werkelijk is aangetoond, is bewezen, dat en welke schade is geleden, is daarbij van zelf al in verrekend, dat geen vergoeding kan worden verkregen van schade, die geacht wordt redelijkerwijze voor de eigenaar zelf te komen". In volgende termijn voeg-

[114] Zie haar Verslag p. 87.
Het begrip onevenredig zwaar is blijkens de Mem. v. Toel. p. 5 in art. 9 Verkeerswet tegen lintbebouwing opgenomen naar aanleiding van een opmerking van het Eerste Kamerlid Prof. Mr R. Kranenburg bij de behandeling van het eerste ontwerp (Handelingen Eerste Kamer 1935, p. 496) dat de woorden 'onredelijk zwaar' had gebruikt. Kranenburg dacht daarbij aan het Franse begrip „préjudice spécial", veroorzaakt doordat de égalité devant les charges publiques werd geschonden. (Zie de beschouwingen van het Eerste Kamerlid Michiels van Kessenich Handelingen I 1936/37 p. 680-681.) De Regering wilde blijkens de M.v.A. ad art. 9 (Bijl. Hand. II 1936-1937-330) door het bezigen van dit begrip duidelijk doen uitkomen, dat de normale schade, welke in soortgelijke gevallen pleegt te worden geleden, ten laste van de gerechtigden op de grond blijft. „Slechts indien en voorzover zodanige gerechtigde in vergelijking met andere belanghebbenden door het verbod of de intrekking ener ontheffing grotere schade ondervindt", vervolgde de M.v.A., „bestaat aanspraak op tegemoetkoming".
[115] Handelingen 1960-1961, p. 2422.
[116] Ibid.
[117] Handelingen 1960-1961, p. 3989.

de hij daaraan terecht toe,[118] dat „door geen enkele rechter vergoeding zou mogen worden toegekend voor schade, waarvan gezegd moet worden dat zij redelijkerwijze geheel of ten dele voor rekening van de eigenaar behoort te blijven" en dat geen enkele rechter dat ook doet. Later bij de behandeling van de Wet R.O. is hij bijgevallen door het kamerlid Van Vliet[119] die zeide: „Men kan op goede gronden volhouden dat iedere rechter, zowel de gewone burgerlijke rechter als de administratieve rechter, nimmer een schadevergoeding mag toekennen, die redelijkerwijze ten laste van de benadeelde behoort te blijven. Dit 'behoren' is immers een rechtsoordeel, hetwelk geacht moet worden begrepen te zijn in de rechtsvraag of de schade werkelijk wel 'ten gevolge van' het bestemmingsplan is geleden." Daardoor weerlegde hij de opmerking, die de staatssecretaris ook nog had gemaakt bij de behandeling van de Monumentenwet,[120] namelijk dat de opneming van de redelijkerwijzeformule nodig zou zijn, omdat de redelijkheid bepaald een element is, dat een rol moet spelen. Dat spreekt dus vanzelf en daarvoor heeft men die woorden niet nodig.

Het resultaat van het bovenstaande is de conclusie, dat de woorden redelijk en billijk overbodig zijn, omdat wanneer zij niet gebezigd worden, de wet precies hetzelfde te kennen geeft. Men had dus de gebruikelijke eenvoudige en directe formulering van het amendement-Den Hartog moeten kiezen, derhalve zonder meer moeten bepalen, dat de schade wordt vergoed. Dan was precies aangegeven wat bedoeld was, namelijk dat die schade wordt vergoed, welke volgens de ten tijde van de beslissing heersende opvattingen van het maatschappelijk verkeer niet ten laste van de eigenaar behoort te komen. Nu wekken die woorden door de uitleg welke de Regering eraan heeft pogen te geven de onjuiste gedachte – tegen de uitdrukkelijke wil van de Kamer in – dat de schade niet volledig zou behoeven te worden vergoed, hetgeen past in de oorspronkelijke doch door de Kamer verworpen opzet. De Regering heeft blijk gegeven van een bijzondere stroefheid van begrip door zich steeds maar niet te realiseren, dat het uitgangspunt een ander was geworden.

Het kan niet gezegd worden, dat de wetgever konsekwent is in zijn woordgebruik. In art. 8 van de Deltawet is namelijk nu inderdaad het woord tegemoetkoming zonder enige toevoeging gebezigd. In het V.V.[121] werd opgemerkt, dat uit het bezigen van dit begrip volgde, dat hier niet sprake was van een integrale vergoeding van de te lijden schade. Een aantal leden verklaarde er bezwaar tegen te hebben indien hieruit de bedoeling zou worden afgeleid, dat aan de gedupeerden een of andere vorm van steun zou worden gegeven, zoals gebeurd was bij de

[118] Ibid. p. 3997.
[119] Handelingen 1960-61, p. 4167.
[120] Handelingen 1960-1961, p. 2423.
[121] Zitting 1956-1957-4167, V.V. p. 24-25.

Zuiderzeesteunwet. De Regering antwoordde,[122] dat dit bepaald niet de bedoeling was. De tegemoetkoming moest, zonder dat in algemene zin stelling werd genomen in het gecompliceerde vraagstuk van de schadevergoeding wegens rechtmatige overheidsdaad, „redelijk en billijk" zijn. Indien door de uitvoering van de hierbedoelde werken grote structurele veranderingen zouden ontstaan, zou het niet juist zijn indien aan degenen die daardoor zouden worden gedupeerd terzake geen aanspraken zouden worden verleend. Het zou evenwel, nu het gehele vraagstuk nog niet kon worden overzien, niet juist zijn bij de wet vast te leggen dat integrale vergoeding zou worden verleend.

Hetgeen nu in de Wet Schade Oesterkwekers uit de bus is gekomen, is, al wordt het in die wet aangeduid als tegemoetkoming, in werkelijkheid geen 'tegemoetkoming', doch een *recht* op schadevergoeding, zij het een gefixeerde schadevergoeding, namelijk vergoeding voor de schade, die de oesterkweker zou hebben geleden indien hij op een bepaald moment zijn bedrijf had moeten likwideren. Ook de tegemoetkoming, bedoeld in het ontwerp-Deltaschadewet,[123] is naar mijn mening een recht op schadevergoeding, welke echter het bijzondere heeft, dat de wetgever in de wet de richtlijnen heeft vastgelegd volgens welke zij moet worden berekend. In hoofdstuk X kom ik daarop terug.

[122] M.v.A. p. 29.
[123] Zitting 1968-1969-9974. . .

VII. DE VRAAG: 'WELKE RECHTER', IN HET PARLEMENT

Het is een merkwaardig feit, dat de vraag wie over de vergoeding van de door de betrokkenen geleden schade behoort te oordelen, is beheerst door hetzelfde misverstand, dat zijn invloed op deze gehele materie heeft doen gelden. Zou dat misverstand er niet zijn geweest, dan zou met betrekking tot de bevoegde rechter de historie vermoedelijk een ander beloop hebben gehad. Het frappante is namelijk, dat in beginsel geen meningsverschil erover bestond welke instantie de vordering zou behoren te beoordelen, maar dat de zaak is geëmbrouilleerd doordat ook hier de Regering zich niet heeft gerealiseerd of heeft willen realiseren, dat tijdens en door de parlementaire behandeling het karakter van de vordering was gewijzigd.

Het ligt voor de hand, dat de Commissie Frederiks aan geen andere mogelijkheid heeft gedacht dan dat de administratie de vergoeding zou vaststellen. Zij deed immers niets anders dan aanknopen bij de gang van zaken zoals deze in de practijk was gegroeid, waarbij alles was gekoppeld aan de goedkeuring van het plan. Krachtens het door haar ontworpen art. 26 [124] konden G.S. en in geval van beroep de Kroon bij die goedkeuring aan de gemeente de verplichting opleggen een tegemoetkoming toe te kennen, waarvan het bedrag in het besluit tot goedkeuring of bij de beslissing op het beroep werd bepaald (art. 27). Deze regeling bleef buiten toepassing, indien de gemeenteraad een schadevergoedingsverordening vaststelde. In dat geval besliste de gemeenteraad over de vergoeding en was er beroep op G.S. Hier was geen sprake van een recht op schadevergoeding, doch van een tegemoetkoming, bedoeld om aan de door belanghebbenden ingediende bezwaren tegemoet te komen. Die vergoeding stond dus op één lijn met andere methoden, zoals het aanbrengen van wijzigingen in het ontwerpplan. Dit was dus duidelijk helemaal een zaak van de administratie. De Commissie Frederiks heeft dan ook (het blijkt uit haar toelichting [125]) aan een alternatief zelfs niet gedacht. De Regering heeft in het ontwerp R.O. deze regeling zonder meer overgenomen.

Art. 15 lid 4 ontwerp Monumentenwet bepaalde, dat de Minister van O.K. en W. de betrokkene op zijn verzoek ingeval van schade een tegemoetkoming toekende. Deze tegemoetkoming was in zekere zin het complement van de subsidie. Staatssecretaris Scholten heeft het bij de mondelinge behandeling duidelijk gezegd:[126] „Een deel van de voor subsidies beschikbaar gestelde bedragen zal op een gegeven ogenblik ook hiervoor (sc. de tegemoetkomingen) ter beschikking moeten komen. Er is dus ook een zekere afweging, als deze bedragen te groot zouden

[124] Verslag p. 35.
[125] Ibid. p. 13.
[126] Handelingen 1960-1961, p. 2423.

worden want anders verhinderen wij weer restauraties elders". Ook hier is duidelijk sprake van een zaak, welke alleen de administratie aangaat: hoe groot moet de subsidiepot zijn en hoe groot de tegemoetkomingenpot. Hierbij is de concrete schade welke de betrokkene lijdt, slechts een van de factoren, waarmede bij het nemen van de beleidsbeslissing rekening behoort te worden gehouden.

In wezen was de in art. 7 O.R.O. Boswet ontworpen regeling gelijk aan die van de Monumentenwet, al verschilden de terminologie en de procedure. Hier werd namelijk niet gesproken van een verzoek. Als de gebruiker of eigenaar aantoont, aldus de tekst, dat hij schade lijdt, wordt hem door de Minister van Landbouw een tegemoetkoming toegekend. Opvallend is dat hier beroep op de Kroon mogelijk werd gemaakt.[127]

De eerste oppositie komt in het V.V. op de Boswet.[128] Een aantal leden achtte het niet alleen onbevredigend, dat de eigenaar slechts een billijke tegemoetkoming zou krijgen, maar bovendien dat hij slechts in beroep kon gaan bij de Kroon en niet bij de (gewone) rechter. Deze kritiek ging terug op het adres, dat het Bosschap aan de Tweede Kamer had gericht en het daaraan gehechte advies, dat Prof. Mr C. H. F. Polak op verzoek van het Bosschap had uitgebracht.[129] Wil men aan dit advies de juiste betekenis hechten, dan moet men eerst nagaan, welke de premisse was van Prof. Polak. Dat uitgangspunt was, dat degene, aan wie een kapverbod wordt opgelegd, *recht* heeft op *volledige* schadeloosstelling.[129a] En dan vervolgt hij dat, wanneer aan de eigenaar een *aanspraak* op schadevergoeding wordt gegeven, het vanzelf spreekt dat het bedrag van die schade bij gemis aan overeenstemming door de gewone rechter wordt vastgesteld. De beslissing over financiële vorderingen op de overheid dient te worden opgedragen aan een onafhankelijke rechter, en bij voorkeur aan de burgerlijke rechter, die niet alleen het vertrouwen van de burgers geniet, maar ook door zijn werkkring het best in

[127] Men verbaast zich als men de ontwerpen naast elkander legt over de onderlinge verschillen in terminologie en regeling voor en van zaken die in wezen hetzelfde zijn. Als departementale buitenstaander vraagt men zich tevergeefs af waarom er niet zoiets is als een legislatieve coördinator. Nu ontwerpt ieder ministerie blijkbaar maar wetten op eigen houtje.

[128] P. 4.

[129] Adres en advies zijn te vinden in het Nederlands Bosbouw Tijdschrift 1958, p. 336.

[129a] Zie onder meer de beide navolgende passages:

p. 345:

Hoezeer algemeen wordt aangevoeld, dat een eigenaar het door hem van de grond werkelijk gemaakte gebruik of daarvan getrokken genot òf in het geheel niet òf slechts tegen volledige schadeloosstelling mag worden ontnomen, blijkt telkens weer.

p. 346:

Een bosexploitant kan er evenzeer aanspraak op maken dat hem de normale, nog zoveel meer kapitaal vereisende en riskantere wijze van exploitatie van de grond niet wordt verhinderd, als de boer. Geschiedt dit toch om redenen van

staat is over dergelijke vorderingen te oordelen. Bovendien zijn dan tevens automatisch de regels van de civiele procedure van toepassing, die tal van waarborgen bevatten voor een deugdelijke vaststelling van het bedrag. Dit was volgens Polak dan ook vaste practijk: Onteigeningswet, Belemmeringenwet privaatrecht, Grondwaterwet waterleidingbedrijven en Luchtvaartwet 1958.

De denkbeelden van C.H.F. Polak hebben vorm gekregen in het amendement-Den Hartog,[130] dat aansluitend aan het reeds besproken art. 13 lid 4 Boswet, waarbij terzake van een kapverbod een recht op schadevergoeding werd toegekend, een artikel 14a wilde inlassen, dat luidde:

1. De rechtsvorderingen tot vergoeding van schade, als bedoeld in artikel 13, vierde lid, staan ter kennisneming van de rechtbank van het arrondissement, waarin de bossen of andere houtopstanden, ten aanzien waarvan het verbod is opgelegd, geheel of gedeeltelijk zijn gelegen.
2. De bepalingen, voor burgerlijke twistgedingen geldende, zijn op de twistgedingen, in dit artikel bedoeld, van toepassing, voorzover daarvan bij het vorige lid niet is afgeweken.

Dat deze kwestie eerst bij de behandeling van de Boswet in de Kamer principieel is gesteld, is behalve aan het feit dat Prof. Polak haar in zijn advies had behandeld, naar mijn mening te danken aan parlementaire taktiek.

Tevoren was zij al ter sprake gebracht bij het mondeling overleg over de Wet R.O., doordat de vraag was gesteld [131] of de rechtszekerheid niet gediend zou worden door de tegemoetkoming te doen vaststellen door de rechter. Het antwoord van de Minister had geluid, dat de rechter geen maatstaf heeft voor de beoordeling van de vraag, wanneer van oneven-

algemeen belang, dan moet hem toch zeker de daardoor geleden schade worden vergoed. Het natuurschoon, de recreatie en soortgelijke algemene belangen, hoe gewichtig ook, mogen niet worden behartigd op kosten van de individuele burger. Geen wonder dus, dat het ontwerp-Boswet van de Commissie tot herziening van de Boswet 1922 – de zgn. commissie Van Asch van Wijck – in haar in 1952 gereedgekomen ontwerp particuliere eigenaren en gebruikers, aan wie een kapverbod wordt opgelegd, een recht op volledige schadeloosstelling verleende. Geen wonder ook, dat een jurist als Prof. Dr. I. Samkalden in zijn bespreking van dit onderwerp in het tijdschrift Bestuurswetenschappen (1953, blz. 350 e.v.) zulks „vanzelfsprekend" noemde. Blijkbaar spreekt dit voor de tegenwoordige regering niet vanzelf!

Het in het ingediende ontwerp verdedigde standpunt steekt ook schril af bij de opvatting, die bij de totstandkoming van de nog ten dele van kracht zijnde Boswet 1922 werd gehuldigd. Bij haar indiening liet de toenmalige regering in de Memorie van Toelichting zich als volgt uit: „Door het leggen van een kapverbod wordt den eigenaar of gerechtigde het recht ontnomen, om de vruchten te trekken van zijn grond, waarop de bossen of andere houtopstanden staan. Hierdoor geschiedt eene benadeling van zijn vermogen waaruit voor hem moeilijkheden van allerlei aard kunnen voortvloeien. Derhalve is het een eisch van recht, dat den benadeelde schadeloosstelling wordt toegekend".

[130] Zitting 1960-1961-5308, nr 12 p. 2.

[131] Zitting 1960-1961-4233, nr 11, vraag 20, p. 7-8.

redige schade sprake is.[132] Het bestuursgezag moest beter dan de rechter in staat geacht worden deze vage norm te hanteren. Deze apodictisch geformuleerde en niet gemotiveerde uitlating vond haar kennelijke oorsprong in de omstandigheid dat de Minister nog geheel dacht aan een onverplichte tegemoetkoming en niet aan rechtens verankerde aanspraken op schadevergoeding.

Bij de behandeling van de Monumentenwet, de eerste die door de willekeur der parlementaire chronologie aan de beurt kwam voor de mondelinge behandeling en dus voor amendering, ging het vóór alles erom, vast te leggen, dat de belanghebbende *recht* heeft op volledige schadevergoeding en niet op een tegemoetkoming. Om deze zeer principiële en voor de Regering moeilijk te verteren koerswijziging aanvaardbaar te maken, heeft met name het kamerlid Van Rijckevorsel het accent erop gelegd, dat de administratieve rechter over de schadevergoeding zou oordelen. Het navolgende stukje dialoog is veelzeggend:[133]

De Heer Van Rijckevorsel (K.V.P.):

Tenslotte wil ik, om de heer staatssecretaris het wellicht iets gemakkelijker te maken een welwillende houding tegenover dit amendement en tegenover de door mij gestelde vragen in te nemen, erop wijzen, dat hier in beroep de Kroon oordeelt, dus eigenlijk een beroep binnen de administratie.

Wanneer wij letten op de term „billijkheid" en wanneer wij erop letten, dat wijze mannen, leden van de afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State, daarover hun advies geven na een hoor en wederhoor, waarbij de vertegenwoordigers van de administratie ook het volle licht op de zaak kunnen laten schijnen en waarbij altijd de bewijslast van het geleden hebben van schade ten gevolge van die maatregelen op de belanghebbende rust, dan meen ik, dat toch werkelijk wel voldoende waarborgen aanwezig zijn.

De Heer Scholten, Staatssecretaris van Onderwijs, Kunsten en Wetenschappen: Waarvoor?

De Heer van Rijckevorsel (K.V.P.): Waarborgen voor de administratie.

Daardoor is de vraag: 'welke rechter' bij de behandeling van de Monumentenwet niet principieel gesteld. Dat is dus eerst gebeurd bij de Boswet[134] dank zij het amendement-Den Hartog. En nu blijken de

[132] Men zie in dit verband hetgeen de Regering in lijnrechte tegenspraak hiermede 25 jaar eerder had geschreven in de M.v.A. aan de Eerste Kamer ad art. 9 Verkeerswet tegen lintbebouwing (Bijl. Hand. I 1936/37 nr 330): „Toegegeven moet worden, dat met het woord 'onevenredig' geen nauwkeurig omlijnd begrip is ingevoerd. Een groot bezwaar kan dit niet worden geacht, te minder daar het laatste woord thans aan de rechter is, die ook in vele andere gevallen ruime of min of meer vage voorschriften moet toepassen".

[133] Handelingen 1960-1961, p. 2422.

[134] Aldus ook het kamerlid Van Rijckevorsel bij de behandeling van de Boswet (Handelingen 1960-1961, p. 3989.

woordvoerders van Regering en parlement het roerend eens te zijn, namelijk in dit opzicht, dat zodra de hoogte van de vergoeding mede wordt bepaald door beleidsfactoren de beslissing bij de administratie behoort te liggen juist om de waarde van die beleidsfactoren af te wegen, doch dat wanneer eenmaal is geopteerd voor een volledige vergoeding van de schade, welke een belanghebbende lijdt, waarbij dus de hoogte van de vergoeding door niets anders wordt bepaald dan door de hoogte van de geleden schade, de beslissing daarover typisch behoort tot de taak van de burgerlijke rechter. Zo zeide de staatssecretaris, dat, wanneer men een volledige en integrale schadevergoeding wil verbinden aan een kapverbod, deze gemakkelijk door de burgerlijke rechter kan worden bepaald.[135] Even later zeide hij[136] dat bij aanneming van het amendement-Den Hartog het gevolg zou zijn, dat de burgerlijke rechter zich niet meer in de beleidsfactoren zou kunnen mengen. In het systeem van de staatssecretaris paste dit niet, want in zijn opzet, waarin slechts een tegemoetkoming werd gegeven, ging het om „een afweging van beleidsoverwegingen en van algemeen belang tegen particulier belang"[137] en dat was inderdaad „typisch der administratie". De Kamer heeft echter gekozen voor de schadevergoeding en niet voor de mede door beleidsfactoren bepaalde tegemoetkoming, zodat volgens de redenering van de staatssecretaris zelf het noodzakelijk complement had behoren te zijn geweest dat de kennisneming van de vordering tot schadevergoeding zou zijn toevertrouwd aan de burgerlijke rechter. Daarmede geef ik weer zijn eigen mening, zoals hij deze aan het slot van de algemene beraadslagingen heeft samengevat:[138] „Wanneer wij vragen, wat in deze wet moet staan, kunnen wij vanuit het verleden vaststellen, dat de burgerlijke rechter steeds is ingeschakeld, als een volledige schadevergoeding wordt gegeven, en dat, als de mogelijkheid van schadevergoeding bestaat, maar deze niet behoeft te worden gegeven, de burgerlijke rechter niet wordt ingeschakeld. Aangezien ik op het standpunt sta, dat men niet verder kan gaan dan het opnemen van een beperking, meen ik, dat men vanzelf bij de administratie terechtkomt en het beleid daarbij dus betrokken blijft".

In het kamerdebat heeft een niet aanwezige een belangrijke, ja zelfs een dubbele rol vervuld, namelijk Prof. Mr C.H.F. Polak. Hij was opgetreden als adviseur van het Bosschap, maar is door de staatssecretaris ten tonele gevoerd[139] als spreker[140] op de vergadering van de N.J.V., waarin de preadviezen van 1955 werden behandeld. Nu kan men juist aan de hand van die twee meningsuitingen van Prof. Polak demonstreren om welk dilemma het gaat. De staatssecretaris kon zich

[135] Ibid. p. 3972.
[136] Ibid. p. 3974.
[137] Ibid.
[138] Ibid. p. 3994.
[139] Handelingen 1960-1961, p. 3975.
[140] En dus niet als preadviseur zoals de Heer Vondeling bij een kwaadaardige interruptie ten onrechte te kennen gaf (ibid. p. 3976).

op de spreker in de vergadering der N.J.V. beroepen, omdat deze een ander onderwerp behandelde dan de adviseur van het Bosschap. In 1955 [141] besprak Prof. Polak in het kader van het onderwerp waaraan de preadviezen waren gewijd, welke rechter bevoegd zou moeten zijn kennis te nemen van een algemene schadevergoedingsactie terzake van schade, veroorzaakt door rechtmatige overheidsdaden. Het is niet te overzien van welke taken der overheid die schadeveroorzakende rechtmatige overheidsdaden het uitvloeisel kunnen zijn. Daarom gaat in veel gevallen op hetgeen Polak zeide, dat de vraag of wegens het rechtmatige optreden van de overheid schadevergoeding moet worden gegeven veel minder een juridische dan een beleidsvraag is, waarbij allerlei overwegingen van sociale, economische, budgetaire en politieke aard medespelen. In dergelijke gevallen is het zaak, dat, wanneer de behoefte daartoe blijkt, de wetgever ingrijpt en dat derhalve Regering en Parlement in gemeen overleg uitmaken wat volgens hen ten aanzien van het te regelen vraagstuk in het rechtsbewustzijn leeft van het Nederlandse volk, dat zij vertegenwoordigen. Bij de Boswet, de Monumentenwet en de Wet R.O. is de keuze gedaan. De wetgever heeft beslist, dat bij deze gespecificeerde en geconcretiseerde rechtmatige overheidsdaden (kapverbod, verbod tot sloping, aanwijzing van bestemming) de overheid de schade welke zij veroorzaakt dient te vergoeden. Het gaat in *deze* gevallen dus niet meer om het bepalen van beleid, maar om het vaststellen van schade en schadevergoeding. Dat is de taak van de burgerlijke rechter en daarom kwam Prof. Polak in zijn advies aan het Bosschap tot dezelfde conclusie.[142]

Nu is het merkwaardig, dat de Kamer weliswaar dezelfde mening was toegedaan, doch dat men niet al te zeer heeft geïnsisteerd (evenmin als dit het geval was geweest bij de behandeling van de Monumentenwet) omdat men nu de Regering zo tegenzat niet in gevaar wilde brengen hetgeen men als het belangrijkste zag, namelijk het in de wet verankeren van een *recht* van de belanghebbende op schadevergoeding. Om het met de woorden van Van Rijckevorsel te zeggen „Ik voel dus allermeest voor de burgerlijke rechter en ik ben blij, dat de denkbeelden in die zes maanden in zo gunstige zin zijn geevolueerd, maar nogmaals: het is niet het principiële en het essentiële van de voorgestelde gedachte in het amendement. Het principiële en essentiële is, dat uit de wet verdwijnt het begrip „tegemoetkoming".[143]

Van Rijckevorsel had even tevoren in zijn redevoering scherp geformuleerd, waarop het aankomt.[144] In de eerste plaats gaat het om de overheidsmaatregel zelf. De belanghebbende kan daartegen bezwaar maken en in beroep gaan bij de Kroon. Is die procedure afgewikkeld en de overheidsmaatregel, i.c. het kapverbod, onaantastbaar, dus defi-

[141] Handelingen N.J.V. 1955 II p. 49 e.v., speciaal p. 58.
[142] Nederlands Bosbouw Tijdschrift 1958, p. 347.
[143] Handelingen 1960-1961 p. 3989.
[144] Ibid.

nitief geworden, dan is de burgerlijke rechter „van huis uit de meest aangewezene voor het vaststellen van de schadevergoeding". Al even duidelijk was Prof. Oud, die na Van Rijckevorsel het woord voerde:[145] „Het is zuiver een beleidsvraag, of een kapverbod moet worden opgelegd. Deze vraag kan men naar mijn mening niet aan de rechter voorleggen. Hier is het een administratieve procedure, waarbij de Kroon tenslotte beslist, de Raad van State gehoord, en eventueel een contrair besluit kan nemen. Dat kan niet anders. Dit is een beleidsvraag en dit moet worden beslist door – laat ik maar zeggen – de administratieve Overheid. De tweede beleidsvraag is, hoever men wil gaan ten aanzien van de schadevergoeding, die dan zal worden gegeven, en welke algemene regelen men daarvoor in de wet wil vastleggen. Als die algemene regelen dan moeten worden toegepast, gaat het echter niet meer om de beleidsvraag, maar om een rechtsvraag, nl. de vraag: wat komt binnen de door de wetgever getrokken grenzen nu aan die benadeelde – zo zou ik hem gemakshalve willen noemen – toe? Ik geloof, dat ik mij weer bij de geachte afgevaardigde de Heer Van Rijckevorsel moet aansluiten, wanneer deze zegt, dat dit in beginsel een zaak is, die thuishoort voor de burgerlijke rechter, zoals de onteigeningen sinds jaren voor de burgerlijke rechter komen en de zaken van de Wet Privaatrechtelijke Belemmeringen, die een volledige schadevergoeding toekent, ook voor de burgerlijke rechter komen".

Echter ook Oud nam geen principieel standpunt in. Hij had er geen overwegend bezwaar tegen, dat de Kroon over het bedrag van de schadevergoeding of tegemoetkoming zou beslissen. Het resultaat is geweest, dat dit gedeelte van het amendement-Den Hartog is ingetrokken,[146] terwijl het overige gedeelte is verwerkt in de vierde nota van wijzigingen, zodat de burgerlijke rechter het niet heeft gehaald.

Opnieuw is de kwestie ter sprake gebracht bij de behandeling van de Wet R.O., doch wederom niet al te principieel. Mr Berkhouwer[147] zou in zijn hart heel gaarne een procedure in de wet hebben gezien, die de burger de rechtsgang geeft naar de onafhankelijke burgerlijke rechter, zoals we deze hebben in de Onteigeningswet en talloze andere wetten. Hij had er echter oog voor, dat de administratie zich daartegen misschien zou verzetten. In dit opzicht was de ontwikkeling niet altijd even gunstig geweest.

In de parlementaire arena heeft de administratieve rechter het dus eigenlijk zonder slag of stoot gewonnen van de civiele rechter, ondanks het feit dat, wanneer de staatssecretaris of in het algemeen de Regering konsekwent door hadden geredeneerd, op het toekennen van een recht op schadevergoeding had moeten volgen de aanwijzing van de burgerlijke rechter om van de desbetreffende vorderingen kennis te ne-

[145] Ibid. p. 3991.
[146] Ibid. p. 3999.
[147] Ibid. p. 4101.

men. Want het één behoort bij het ander, zo oordeelde de Kamer, zo oordeelde ook bij monde van de staatssecretaris de Regering.

Het blijkt trouwens uit de regeling, welke is neergelegd in de artt. 23 lid 1 en 25 lid 2 Monumentenwet. De opzet is hier van het begin af aan geweest (de tekst is gelijk aan die van het O.R.O.), dat zonder meer de schade zou worden vergoed, welke een rechthebbende door de in die artikelen bedoelde overheidshandelingen zou lijden. Als bevoegde rechter is dus aangewezen de burgerlijke rechter binnen wiens rechtsgebied het onroerend goed of het grootste gedeelte daarvan is gelegen. Het logische sluitstuk van de wijziging van de oorspronkelijk in art. 15 lid 4 Monumentenwet bedoelde tegemoetkoming in een recht op schadevergoeding zou zijn geweest, dat diezelfde rechter bevoegd zou zijn verklaard van de desbetreffende vordering kennis te nemen. Deze konsekwentie was dan ook getrokken in het in het amendement-Den Hartog voorgestelde art. 14a Boswet.

VIII. DE IMAGE VAN DE BURGERLIJKE RECHTER

Hoe is het te verklaren, dat de burgerlijke rechter het tegen de administratieve heeft afgelegd? Beziet men het van de kant van de Regering, dan bestond bij haar wel de geneigdheid om rekening te houden met de schade, welke de hier bedoelde overheidsdaden aan de belanghebbenden kunnen veroorzaken, doch men wilde zoals ik reeds schreef in hoofdstuk V de financiële konsekwenties in eigen hand houden, kennelijk uit angst dat men deze niet zou kunnen overzien wanneer de omvang van de door de belanghebbenden geleden schade de enige maatstaf voor de hoogte der vergoeding zou zijn. Daarom had zij een systeem ontworpen, waarbij ook andere factoren deze zouden medebepalen. Dit betekende een breuk met het verleden. Tot dusverre was in vergelijkbare situaties (zie Onteigeningswet, Wet Belemmeringen Privaatrecht, Verkeerswet tegen lintbebouwing etc) [148] uitsluitend de hoogte der geleden schade beslissend geweest. Vanwaar deze breuk? Daarvoor zie ik meer dan één vermoedelijke oorzaak. In de eerste plaats de vrees voor het nieuwe, de angst [149] dat de burgerlijke rechter wel eens een vergaande aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad in het algemeen zou kunnen gaan construeren. Daarnaast is er m.i. de modieuse invloed van het verlangen de administratieve rechtspraak uit te bouwen, gestimuleerd door het rapport van de Commissie De Monchy en het bewonderde voorbeeld van de franse rechtspraak.

De Regering heeft zich een slechte verliezer getoond door niet alleen koppig bij iedere wet opnieuw aan het door haar gewenste, doch door de Kamer telkens weer verworpen systeem vast te houden, doch bovendien niet de konsekwentie te willen trekken uit het feit, dat krachtens het votum van de Kamer beleidsfactoren bij de bepaling der schadevergoeding geen rol meer zouden spelen. Daardoor heeft de Kamer steeds weer haar aanval op het systeem moeten richten en daarbij haar kruit verschoten, zodat zij met betrekking tot het vraagstuk van de bevoegde rechter te weinig tegenspel heeft gegeven.

Eigenlijk is het een wonderlijke zaak, dat de burgerlijke rechter zo lauwe steun heeft ondervonden van degene, die zijn natuurlijke supporter zou moeten zijn, het parlement. Een van de taken van de volksvertegenwoordiging – haar oudste – is toch immers de macht van de administratie in te dammen en de burger de nodige rechtszekerheid en rechtsbescherming te verzekeren. Het is een gemeenplaats te zeggen, dat in Nederland die rechtszekerheid en rechtsbescherming bij de

[148] Het is het kamerlid Berkhouwer geweest, die dit uitvoerig heeft uiteengezet bij de behandeling van de Wet R.O. (Handelingen 1960/61, p. 4098-4101).

[149] In zijn in de vorige noot geciteerde rede zeide Mr Berkhouwer, dat hij niet altijd begreep, waarom de administratie er zo huiverig voor is zich te onderwerpen aan de rechtspraak van de onafhankelijke Nederlandse rechter.

burgerlijke rechter zo veilig zijn. Maar als puntje bij paaltje komt, als het er in concreto om gaat die rechter in de gelegenheid te stellen zijn taak van rechtsbeschermer uit te oefenen, dan is het gemiddelde parlementslid helemaal niet zo gecharmeerd van de burgerlijke rechter.

De Nederlandse civiele rechter heeft (naar mijn mening buiten zijn schuld) een verkeerde image. Hij spreekt 'recht' en dan ziet men hem voor zijn geestesoog als een orakel, uit wiens mond de rechtsspreuken gelijk een soort bijbelspreuken vloeien zoals de wolkjes uit de monden van de stripfiguren. Hij is de hooggezeten praetor, die zegt ego tibi jus dabo. Vraag aan deze rechter schadevergoeding – je drukt op de knop van het desbetreffende wetsartikel en de vergoeding spuit er automatisch uit tot de laatste druppel. Neen, in de ogen van de leek is hij niet de eenvoudige judex die hij in werkelijkheid is, de man die zich niet zo verschrikkelijk veel met het recht bezighoudt, doch feiten onderzoekt en de juiste toedracht vaststelt, en die vervolgens in zijn beslissing niet zegt: zo luidt het recht, de rechtsregel, maar aangeeft hoe in concreto met inachtneming van de bestaande rechtsregels moet worden gehandeld. Kortom, de Nederlandse rechter is in de volksopvatting niet een goede man, die naar billijkheid recht spreekt. Voor het natuurlijke rechtsgevoel moet men als het enigszins kan terecht bij de practijkman en waar is deze beter te vinden dan onder de mensen van de administratie, van de bestuurspractijk? Het behoort tot de verschijnselen van de maatschappij, dat oude beelden niet willen sterven: de letter van de wet, het pond vlees van Shylock, ze blijven leven in de geesten der mensen. Van het moderne, fijn genuanceerde, zich aan iedere concrete situatie aanpassende schadevergoedingsrecht, dat de burgerlijke rechter in samenwerking met de rechtspractijk en de rechtswetenschap opbouwt, dringt niets door [150] en als het dat doet krijgt de leek de indruk van esoterische scholastiek.[151]

Door het amendement-Den Hartog is bij de behandeling van de Boswet de burgerlijke rechter ter sprake gekomen. Echter is het debat vertroebeld door de omstandigheid, dat de ene helft van de sprekers dacht aan de civiele rechter die – wat des rechters is – zuiver over het bestaan en de hoogte van schadeclaims zou beslissen, terwijl de andere helft, welke ervan uitging dat de belanghebbenden slechts een tegemoetkoming zouden krijgen, vreesde, dat de burgerlijke rechter zou

[150] „Vele leden betreurden het, dat in het wetsontwerp is gekozen voor een beroep bij de gewone rechter met de mogelijkheid van cassatie als sluitstuk. Naar het oordeel van deze leden vragen schade-affaires om een bij uitstek practische aanpak en benadering" (V.V. Wet Schadevergoeding Oesterkwekers Zitting 1963-1964-7547, p. 7).

[151] Over het Haagse Duinwaterleiding-arrest en het zevende Voorste Stroomarrest zeide het kamerlid Wilmans bij de behandeling van de Natuurbeschermingswet (Handelingen Tweede Kamer 1966-1967, p. 1944): „Dat ergens in de jurisprudentie een overheidsdaad rechtmatig werd verklaard, nadat de schadevergoeding was gegeven, acht ik met velen een soort van gerechtelijke dwaling; aan deze rechtskronkel ga ik nu maar voorbij".

gaan oordelen over vragen van beleid. De staatssecretaris Scholten, die tot deze groep behoorde, heeft typisch het beeld vertolkt, dat de administratie van de civiele rechter heeft. Hij zeide,[152] dat de rechter zonder meer door toepassing van de algemene regel op het speciale geval de schade zou moeten vaststellen. Hij zou dit dan ook doen en zou niet meer door de speciale feiten van het geval heen kunnen kijken. Voor mij is dit toch eigenlijk abacadabra. De algemene regel is in dit geval, dat, indien de gebruiker of eigenaar tengevolge van een kapverbod schade lijdt, deze hem wordt vergoed. Blijkbaar wilde de staatssecretaris nu zeggen, dat de rechter als een kapverbod wordt opgelegd als een bouche de la loi automatisch schadevergoeding zou moeten toekennen.[153] Dit is echter volstrekt in strijd met de realiteit. Degene die aanspraak maakt op schadevergoeding zal in de eerste plaats moeten bewijzen, dat hij door het kapverbod inderdaad schade heeft geleden. Of hij in dat bewijs is geslaagd staat ter beslissing van de rechter. Heeft hij dat bewijs geleverd, dan zal hij moeten aantonen hoeveel zijn schade heeft bedragen en het is weer de rechter die daarover beslist. Tegenover de eigenaar staat in de procedure de administratie, die haar zienswijze naar voren kan brengen, derhalve gemotiveerd kan betwisten dat er schade is geleden en, wanneer zij meent dat de geclaimde schade te hoog is, deze desgewenst post voor post kan bestrijden. Zo is de normale gang van zaken in iedere schadevergoedingsprocedure, in het bijzonder ook in de procedure, waarin de onteigeningsschadeloosstelling wordt vastgesteld. Het is dus juist typisch de taak van de burgerlijke rechter door de speciale feiten van het geval heen te kijken, hij doet niet anders en hij kan niets anders doen, want eerst als de schadeclaim wordt betwist, wendt men zich tot hem. In zijn beslissing stelt hij eerst de feiten vast. Hij past dan vervolgens niet zonder meer een algemene regel toe, doch onderzoekt voor ieder geval opnieuw of volgens de heersende rechtsovertuiging een bepaalde factor voor vergoeding in aanmerking komt. *Dat* is het mechanisme, waardoor de maatschappelijke realiteit als het ware omspannen wordt door een fijn vertakt net van rechtsbeslissingen. Men ziet dit heel scherp in het zich zo snel ontwikkelende onteigeningsvergoedingsrecht. De uitlating van de staatssecretaris wordt dan ook slechts begrijpelijk, wanneer men aanneemt dat hij slechts heeft gepoogd argumenten aan te voeren voor zijn stelling, dat de rechter niet moet oordelen over beleidsfactoren. Dat punt van zijn redenering is echter door de parlementaire behandeling, die door toekenning van een recht op vergoeding de invloed van andere factoren dan de schade-factoren uitschakelde, achterhaald.

Eenzelfde uitleg zal men moeten toepassen op het betoog, dat Prof. C.H.F. Polak ter vergadering van de N.J.V. heeft gehouden en waarop

[152] Handelingen 1960-1961, p. 3974.
[153] Aldus ook het kamerlid Van Rijckevorsel (Handelingen 1960-1961, p. 3997).

de staatssecretaris zich in de Kamer heeft beroepen.[154] Ook de inhoud van die redevoering moet men plaatsen in het juiste kader, namelijk dat Polak het probleem behandelde of de burgerlijke rechter de aangewezen instantie is om de bij de vergoeding van rechtmatige overheidsdaden rijzende beleidsvragen te beoordelen. Daardoor is m.i. te verklaren dat hij opmerkingen heeft gemaakt, die, wanneer men ze uit zijn betoog licht, niet juist lijken. Zo zeide hij, dat de burgerlijke rechter typisch tot taak heeft te beoordelen wat recht is, wat onrecht. Dat is een volstrekt onvoldoende omschrijving van de taak en functie van de rechter. Men zou op zijn hoogst van de Hoge Raad kunnen zeggen, dat deze door zijn rechtspraak afbakent, waar de grens ligt tussen rechtmatig en onrechtmatig (al zou men daardoor miskennen, dat ook de Hoge Raad als een doodgewone rechter in zijn uitspraken concrete beslissingen geeft tussen procederende partijen), maar voor de feitelijke rechter – het woord feitelijk is op zichzelf al typerend – gaat dit helemaal niet op. Dan zeide Polak verder, dat de burgerlijke procedure weinig geschikt zou zijn om een alzijdige belichting van de kwestie mogelijk te maken, omdat de rechter niet beschikt over de bevoegdheden en het apparaat om alle facetten van de zaak voldoende te onderzoeken. Die uitlating wordt slechts begrijpelijk wanneer men ervan uitgaat dat Polak daarbij dacht aan beleidsfactoren.[155] Want het is niet juist, dat de administratieve rechter beter geoutilleerd zou zijn dan de civiele rechter. In de procedure voor de burgerlijke rechter is de administratie partij en zij kan dus alle facetten van de zaak, welke zij heeft onderzocht, ter kennis van de rechter brengen. Iedere kwestie kan dus wel degelijk alzijdig worden belicht. De onteigeningsprocedure is daarvan een standaardvoorbeeld. In die procedure heeft de overheid alle mogelijkheden de gegevens, die zij via haar eigen ambtenarenapparaat heeft verzameld, ter kennis van de rechter te brengen. Het is trouwens Polak zelf geweest, die mede onder verwijzing naar de onteigeningsprocedure heeft gepleit voor de civiele rechter, wanneer het erom gaat schadevergoeding vast te stellen.

Het gaat hier niet – en het is van groot belang dit vast te stellen – om de oude strijdvragen van administratieve rechtspraak, maar om de handhaving van een taakverdeling, zoals deze in ons Nederlands staatsbestel is gegroeid. Welke instantie ingeval van schadetoebrenging door de overheid de vergoeding moet vaststellen, is niet a priori te zeggen. Daarop is geen antwoord mogelijk, dat algemeen geldend is. Het is en wordt door het historisch toeval bepaald aan wie die taak ten deel valt. Men behoeft slechts te wijzen op het verschil in rechtsontwikkeling in Frankrijk en in Nederland. In Frankrijk heeft zich de administratieve rechtspraak vroeg ontwikkeld. Zij is een systeem geworden naast

[154] Handelingen 1960-1961,p. 3975. Zie ook Handelingen N.J.V. 1955 II, p. 57-58.

[155] Dat dit inderdaad zo is blijkt uit de twee zinnen, die hij op de aangehaalde liet volgen.

de civiele rechtspraak. Het resultaat van die ontwikkeling is, dat de franse administratieve rechter oordeelt over schadeclaims tegen de overheid. De ontwikkeling in Nederland is daarentegen een geheel andere geweest. Bij ons is de vaststelling van de schadeloosstelling terzake van onteigening steeds toevertrouwd geweest aan de civiele rechter. De schadevergoeding terzake van onrechtmatige overheidsdaad is eveneens geheel ontwikkeld door de burgerlijke rechter.

Het is derhalve in de eerste plaats een kwestie van rationele, efficiente taakverdeling. Om opnieuw met het kamerlid Van Rijckevorsel te spreken,[156] de gewone burgerlijke rechter is, wanneer eenmaal vaststaat, dat een overheidsmaatregel onaantastbaar is, van huis uit de meest aangewezene voor het vaststellen van de schadevergoeding. Hij heeft dagelijks met het vaststellen van schadevergoeding te maken. Zó is het inderdaad. Wanneer men afziet van de gerechtelijke incasso's zou het mij niet verwonderen, dat de civiele rechtspraak zich voor 90% bezighoudt met het beoordelen van schadeclaims voortvloeiend uit zeer uiteenlopende oorzaken, wanprestatie, onrechtmatige daad (aanrijdingen!). Nu is de civiele rechter natuurlijk niet volmaakt, doch het is opmerkelijk, dat over de wijze, waarop hij schadevergoeding pleegt vast te stellen, toch eigenlijk nooit kritiek wordt vernomen. De rechter heeft een fijn orgaan ontwikkeld, het is als het ware intuïtie geworden, waar hij bij het bepalen van schadevergoeding de stok moet steken. Kortom, de civiele rechter beschikt over een enorme know-how, die geen enkele andere instantie bezit, niet alleen om de hoogte van de schade te bepalen doch ook om de grenzen van de schade af te bakenen. Het is wederom C.H.F. Polak geweest, die in zijn rede in de vergadering van de N.J.V. erop heeft gewezen, hoe voorzichtig en behoedzaam de rechter is bij het trekken van die grenzen: „Juist bij de onrechtmatige overheidsdaad geeft hij echter telkens weer blijk van grote schroom om het gedrag van de overheid te beoordelen en te laken".

Tot staving van het hier betoogde kan men zich trouwens op de Regering zelve beroepen. In de M.v.T. op de Wet Schade Oesterkwekers [157] zeide zij, dat aan een beroep op de burgerlijke rechter de voorkeur moest worden gegeven omdat deze met de onderhavige materie vertrouwd is en er geen administratiefrechtelijk college was aan te wijzen, dat in dit opzicht ervaring had. De Regering kreeg in het V.V.[158] steun van kamerleden, die erop wezen dat de gewone rechterlijke macht vertrouwd is met de rechtspraak inzake de Onteigeningswet en ook andere schadevergoedingen tegen de Staat te behandelen krijgt, hetgeen door de Regering bij de M.v.A. werd onderschreven. [159]

Het zo juist medegedeelde demonstreert overigens – het is een ervaring die men regelmatig ondervindt, wanneer men zich in de legisla-

[156] Handelingen 1960-1961, p. 3989.
[157] Zitting 1963-1964-7547, nr 3 p. 1.
[158] P. 7.
[159] P. 9.

tieve geschiedenis van een bepaald probleem verdiept – hoe weinig principieel de wetgever, Regering en parlement, is in zijn wetgeving. De oorzaak is, dat 'de wetgever' een fictie is: er zijn slechts individuen, telkens wisselende ambtenaren en ministers van telkens andere departementen, die ontwerpen opstellen en verdedigen tegen de bedenkingen van telkens wisselende kamerleden.

Polak heeft in zijn rede nog een kwestie ter sprake gebracht, die hier besproken moet worden. Hij heeft terecht opgemerkt, dat het oordelen over beleidsfactoren in wezen een politieke partijkeuze is. Dat was voor hem een der argumenten, dat de civiele rechter niet over beleidsfactoren behoort te oordelen. Echter wanneer eenmaal, zoals in de onderhavige wetten het geval is, de wetgever die politieke keuze heeft gedaan, met name in de wet heeft vastgelegd dat de schade terzake van de in de bepalingen omschreven rechtmatige overheidsdaden volledig dient te worden vergoed, dan is het de taak des rechters de desbetreffende rechtsregel toe te passen. Dat is nu juist zijn functie. Hij behoort dat te doen en doet dit dan ook zonder, zoals art. 11 Wet A.B. zegt, de innerlijke waarde van de wet te beoordelen. Daarmede is tevens het antwoord gegeven op een punt, dat C.H.F. Polak eveneens aanroerde, namelijk de omstandigheid dat de rechter er eigen politieke en sociale opvattingen op na houdt, waarbij de mogelijkheid bestaat, dat die opvattingen afwijken van het gros zijner medeburgers. Polak zeide dit wederom in het kader van zijn betoog, dat het niet de rechter moet zijn, die algemene richtlijnen van beleid moet opstellen. Nu is wat de rechter doet, in iedere beslissing die hij geeft opnieuw, in zekere zin ook het trekken van lijnen. Hij poogt telkens opnieuw af te grenzen wat nog wel en wat niet meer behoort te worden vergoed, maar wat de rechter hierbij doet is luisteren naar het rechtsbewustzijn. De civiele rechter oordeelt niet naar „eigen politieke en sociale opvattingen" maar naar opvattingen, die volgens hem de gemene rechtsovertuiging vertegenwoordigen. De administratieve rechter doet niet anders. Nu kan men natuurlijk beweren – en die stemmen worden tegenwoordig zelfs luider – dat de rechter zich onbewust toch laat beïnvloeden door zijn eigen politieke en sociale opvattingen. Dan is daarop het antwoord, dat de administratieve rechter hetzelfde doet, dat niemand zich geheel kan losmaken van eigen opvattingen. Iedereen ziet van nature door een bril, maar daarvoor dient de correctie door de hogere rechter en door de rechtswetenschap. Rechtspreken is mensenwerk, het is een benaderen van de rechtvaardigheid. Als de rechter het niet goed doet, dan dienen rechtswetenschap en wetgever te corrigeren.

Men heeft tenslotte wel aangevoerd, dat de administratie, wanneer de schade door de burgerlijke rechter wordt vastgesteld, bij het maken van haar plannen niet zou weten waaraan zij financieel toe is, omdat zij de hoogte van de schadeclaims niet zou kunnen beoordelen. Afgezien van het feit, dat dit argument vervalt wanneer men in plaats van een tegemoetkoming een recht op schadevergoeding toekent, zodat ook

de administratie beleidsfactoren buiten beschouwing moet laten, levert de onteigeningspractijk het bewijs, dat dit gevaar niet te duchten is. Het gebeurt bij mijn weten vrijwel nimmer dat de overheid van het realiseren van haar plannen afziet, omdat de door haar te betalen onteigeningsvergoedingen zo aanzienlijk boven haar begroting liggen, dat deze de voor het plan beschikbare financien te boven gaan. De mogelijkheden welke de artt. 55, 61 en 96 O.W. geven om van de onteigeningsvonnissen geen gebruik te maken vinden dan ook in de practijk zelden toepassing. Voorgelicht door haar deskundigen kan de overheid heel nauwkeurig begroten, wat de nodige onteigeningen haar zullen kosten. Hetzelfde zal gelden voor planschaden en schaden wegens verboden op grond van de Monumentenwet, Boswet etc. In al die gevallen, waarin het niet gaat om eigendomsontneming, doch om eigendomsbeperking, zullen de schadevergoedingen veel geringer zijn en zeker gemakkelijker te overzien.

IX. ADMINISTRATIEVE CONTRA CIVIELE PROCEDURE

Dat de volksvertegenwoordiging zo weinig zwaar eraan heeft getild, dat de administratie als rechter in eigen zaken optreedt, vindt naast het feit, dat men als hoofddoel zag, dat het recht op schadevergoeding werd vastgelegd, hierin zijn oorzaak, dat zij haar geweten heeft gesust met de gedachte, dat in beroep de Kroon zou oordelen. Typerend is de hierboven reeds geciteerde uitlating van Van Rijckevorsel, dat wijze mannen, leden van de afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State, daarover hun advies zouden geven na een hoor en wederhoor. Duidelijk komt hetzelfde tot uiting in hetgeen Prof. Oud zeide, dat hij geen overwegend bezwaar had tegen beslissing door de Kroon, nadat de Raad van State daarover is gehoord en er een behoorlijke procedure voor de Raad is geweest, waaraan hij toevoegde, dat die procedure naar hij hoopte zou worden verbeterd bij de toen nog toekomstige nieuwe wet op de Raad van State.[160]

Hierbij spelen een belangrijke rol twee stereotypieën, namelijk enerzijds het gruwelsprookje van de ingewikkeldheid, de traagheid en de duurte van de civiele rechtspraak, anderzijds de legende van de eenvoud van de administratieve rechtsgang. Zo zeide de Staatssecretaris Scholten bij de behandeling van de Boswet:[161] „De belanghebbenden hebben rechtszekerheid door een beroep op de Kroon. Het is een eenvoudige rechtsgang. Dikwijls zal het hier om kleine belangen gaan, zodat dit nog een voordeel is boven de gang naar de burgerlijke rechter."

Hoe is om te beginnen de rechtsgang in eerste aanleg geregeld? De meeste van de hier bedoelde wetten[162] houden de bepaling in, dat de Minister de belanghebbende op zijn verzoek een billijke schadevergoeding toekent. De wet bevat geen enkele opheldering over de behandeling van dit verzoek. Wat moet het verzoek inhouden? Krijgt de verzoeker gelegenheid te worden gehoord? Ik neem aan, dat de gang van za-

[160] Handelingen 1960-1961, p. 3991.

[161] Ibid. p. 3974.

[162] Art. 15 Monumentenwet, art. 13 Boswet, art. 18 Natuurbeschermingswet, art. 26 Ontgrondingenwet, art. 31a Wet Voorl. Reg. Nat. Plan en Streekplannen. Daarentegen heeft art. 9 van het ontwerp Wet Verontreiniging Oppervlaktewateren (1964-1965-7884) een andere tekst. Hier wordt niet gesproken van een verzoek, doch de bepaling luidt sinds de nota van wijzigingen dat indien en voorzover blijkt, dat een houder van een vergunning schade lijdt, hem ten laste van het openbaar lichaam dat de beschikking in eerste aanleg heeft genomen een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding zal worden toegekend. Het besluit kan worden genomen bij de beschikking inzake de vergunning hetzij bij afzonderlijke beschikking. Uit deze tekst zou men afleiden, dat de schadevergoeding ook ambtshalve, dus zonder dat daartoe een verzoek is gedaan, kan worden toegekend.
In art. 57 van het ontwerp Wet Luchtverontreiniging (1968-1969-9816) is het ook het gezag, dat het besluit in eerste aanleg heeft aangenomen, dat de schadevergoeding toekent, echter hier weer op verzoek van de belanghebbende.

ken aldus is, dat naar aanleiding van het verzoek een ambtelijk onderzoek wordt ingesteld, waarvan de verzoeker geen kennis kan nemen, en dat hij op grond van dat onderzoek de beslissing van de Minister thuisgestuurd krijgt. Wat die beslissing moet inhouden, of ze gemotiveerd moet zijn, is niet geregeld. Er is dus een hoogst gebrekkige rechtsgang. Eigenlijk kan men niet eens van een rechtsgang spreken. Hoewel de belanghebbende thans *recht* heeft op schadevergoeding, is de realisering van die aanspraak geregeld alsof nog altijd slechts sprake zou zijn van toekenning van een tegemoetkoming. Men heeft gewoonweg verzuimd het formele recht aan het gewijzigde materiële recht aan te passen. De wettelijke regeling geeft derhalve geen rechtsbescherming. In eerste aanleg wordt over de aanspraak van de belanghebbende zonder dat deze enige inspraak heeft beslist door de instantie, die door haar gebod of verbod de schade heeft veroorzaakt. Dat is dus een uiterst primitieve, paternalistische rechtsbedeling als men dat woord al mag bezigen.

Opgemerkt moet nog worden, dat hoewel materieelrechtelijk in de hier bedoelde wetten dezelfde formule is gebezigd, de formele voorschriften zonder dat daarvoor reden is bij iedere wet anders zijn. De Monumentenwet zwijgt bijvoorbeeld over de termijn, binnen welke de Minister moet hebben beslist, de Boswet daarentegen maakt beroep mogelijk, indien een beslissing niet binnen redelijke tijd is genomen. De Ontgrondingenwet bepaalt, dat de beslissing bij aangetekend schrijven moet worden verzonden, andere wetten reppen niet daarvan.

Nu zal men zeggen, laat het dan waar zijn dat de rechtsgang in eerste aanleg niet goed is geregeld, dan is er toch het beroep op de Kroon. We zullen derhalve moeten onderzoeken, of de procedure voor de Raad van State eenvoudig is, zoals de staatssecretaris zeide, en of deze voordeel biedt boven die voor de gewone rechter. We dienen derhalve de procedure voor de Raad van State te gaan vergelijken met die voor de burgerlijke rechter.

Nu is de rechterlijke organisatie zo opgezet, dat over Nederland een net van 92 kantongerechten en 19 arrondissements-rechtbanken is gespreid, zodat de burger voor een civiele procedure van iedere aard een bevoegde rechter in de nabijheid heeft. Verklaart men de gebruikelijke competentiegrenzen van toepassing, dan worden vorderingen tot *f* 500.-- (binnenkort tot *f* 1500.--) [163] aan het oordeel van de kantonrechter onderworpen, de rechter die juist altijd bevoegd wordt gemaakt, wanneer het gaat om de eenvoudige burger gemakkelijk toegang te verlenen tot de rechter: de werknemer, de pachter, de huurder, de koper op afbetaling.

Nu stelle men zich eens voor dat een kapverbod is opgelegd aan een

[163] Blijkens het op 21 maart 1969 uitgebrachte V.V. op het ontwerp van wet tot verhoging van de competentiegrenzen (Zitting 1968-1969-9648) ziet het er naar uit, dat dit ontwerp spoedig wet zal worden. De M.v.A. is intussen op 25 juni 1969 ingezonden.

eigenaar in Zuid Limburg. Hij vraagt schadevergoeding. Dan heeft hij eerst moeten schrijven aan de Minister, hij is misschien op het departement gaan praten, maar van een eigenlijke procedure is geen sprake geweest. Het komt er dus op neer, dat hij slechts één rechterlijke instantie heeft, de Raad van State. Hij moet een rekest indienen, er komt een antwoordmemorie. De procedure is dus ook voor eenvoudige zaken schriftelijk. Maar daar blijft het niet bij. Iedere procedure eist tenminste twee reizen naar Den Haag, in de eerste plaats om de stukken te gaan inzien (art. 36 Wet R.v.S.) en in de tweede plaats voor de openbare vergadering (art. 38). Terwijl men anders (d.w.z. als de overheid niet erbij betrokken is) ernaar streeft de kantonrechter of de arrondissements-rechtbank in te schakelen om de justitiabele niet van 'zijn' rechter af te trekken, verplicht men hem ook voor vorderingen van eenvoudige aard naar Den Haag te gaan, hetgeen erop neerkomt, dat de belanghebbende practisch twee volle werkdagen kwijt is.

Men moet de zaak echter ook bekijken van de kant van de overheid. In de Onteigeningswet is een verplichte descente, dus een bezichtiging door rechter en deskundigen met partijen, voorgeschreven. Dat is niet zo maar een formaliteit. Zij is noodzakelijk, omdat rechter en deskundigen door eigen aanschouwing zich een beeld moeten vormen van de objecten, terzake waarvan schadevergoeding moet worden betaald. Bij de hierbedoelde schaden, die onmiskenbaar verwant zijn aan de onteigeningsschade, zal het in vele gevallen eveneens noodzakelijk zijn de objecten te bezichtigen, het bos, dat niet mag worden gekapt, het gebouw dat tot monument, het landgoed dat tot beschermd natuurgebied is verklaard. Dat betekent dat de Afdeling van de Raad van State hetzij in haar geheel, hetzij een commissie uit haar midden, hetzij door haar aangewezen ambtenaren van Staat (art. 52 Wet R.v.S.) naar Zuid Limburg en waar al niet heen zullen moeten reizen. Welk een tijdverlies en welk een kosten! Men vergelijke daarmede een bezichtiging door een kantonrechter of pachtkamer of door de rechtbank. De rechter behoeft slechts kleine afstanden af te leggen en ziet met eigen ogen. Om de hierbedoelde schaden te beoordelen zal het noodzakelijk zijn – evenals dit in de onteigeningsprocedure het geval is – deskundigen te horen. Art. 41 Wet R.v.S. voorziet in die mogelijkheid. Dat betekent dat ook weer deskundigen – en dat zullen meestal deskundigen zijn die ter plaatse bekend zijn – de reis naar Den Haag moeten ondernemen.

Het zojuist betoogde was het standpunt van de Regering toen de Verkeerswet tegen lintbebouwing werd behandeld. In de M.v.T. schreef zij: „Kennis van de plaatselijke omstandigheden is hierbij onontbeerlijk. De rechter zal dan ook meermalen de toestand ter plaatse in ogenschouw moeten nemen. In verband hiermede is als bevoegde rechter aangewezen de rechtbank, binnen welker rechtsgebied het onroerend goed geheel of gedeeltelijk is gelegen.[164]

[164] Bijl. Hand. II 1936/37-330, nr 3, p.4 .

Een volgend punt is dat de procedure voor de gewone rechter kostbaar zou zijn. Het is een beetje verdrietig te lezen, dat onze huidige Minister van Justitie – in 1955 althans – ook die mening was toegedaan. In zijn reeds meer geciteerde rede op de vergadering van de N. J.V. zeide hij letterlijk: „niet alleen is de burgerlijke procedure duur ...".[165] De staatssecretaris Scholten heeft deze woorden tot de woorden der Regering gemaakt door bij de behandeling van de Boswet aan de voorlezing in de Kamer van het fragment uit de rede van Prof. Polak vooraf te laten gaan de woorden: „Ik wil gaarne met het gezag, dat deze hoogleraar ongetwijfeld heeft, aangeven welke deze argumentatie ook voor de wetgever dient te zijn".[166] Niemand zal inderdaad het gezag van C. H. F. Polak willen betwisten. Zijn uitlating over de duurte van de civiele procedure is echter pertinent onjuist en slechts te verklaren door de omstandigheid, dat de toenmalige hoogleraar in het administratief recht op dit punt sprak over iets, waarvan hij geen kennis en ervaring had – begrijpelijk van een man, die een loopbaan in de administratie achter zich had en niet in de rechtspractijk werkzaam was geweest. De procedure voor de civiele rechter is niet duur. De procedure voor het kantongerecht brengt aan kosten niets anders met zich mee dan het door de overheid geheven griffierecht ad *f.* 12.50 (voor vorderingen beneden *f.* 200.-) en *f.* 32.50 (voor vorderingen boven *f.* 200.-), terwijl bij de rechtbankprocedure het griffierecht *f.* 32.50 beloopt voor vorderingen tot *f.* 1000.- en *f.* 65.- voor vorderingen daarboven. Dat is alles. Men heeft geen reiskosten naar Den Haag en geen tijdverlies met de daaraan verbonden derving van inkomsten.

Dan zal men aanvoeren, dat de civiele procedure zo ingewikkeld is en daarom zo kostbaar. De kantongerechtsprocedure is door de wetgever geheel gemoderniseerd [167] en men zal toch niet willen beweren, dat hij zo'n kostbare procedure heeft ontworpen! Maar dan de rechtbankprocedure! Deze procedure is mogelijk niet eenvoudig. Maar dan moet men zich realiseren, dat die procedure niet ingewikkeld is terwille van de ingewikkeldheid, doch dat de procesgang zoals deze zich heeft ontwikkeld blijkbaar toch de beste technische methode is om een zo juist mogelijke beslissing van de rechter te bereiken. Bovendien is de wetgever niet gebonden aan de regels van de gewone contradictoire procedure. Zo heeft de onteigeningsprocedure haar eigen, sterk afwijkende regels. De wetgever kan de rechtsgang vaststellen naar welgevallen, zo efficient en zo goedkoop als hij zelf wil. Men denke bijvoorbeeld aan de rekest-procedure. De wetgever heeft deze zojuist geregeld.[168] Bij de Wet Schade Oesterkwekers (Wet van 16 september 1966 S

[165] Handelingen N.J.V. 1955 II p. 58.
[166] Handelingen Tweede Kamer 1960-1961, p. 3975.
[167] Wet van 2 december 1965 S 527, in werking getreden op 1 januari 1966.
[168] Zitting 1963-1964-7753. De parlementaire behandeling is op het ogenblik dat ik dit schrijf voltooid door de aanneming van het ontwerp door de Eerste Kamer op 13 mei 1969.

399) heeft de wetgever beroep mogelijk gemaakt van de beslissing van de Minister op de Arrondissements-rechtbank te Middelburg en inderdaad in art. 9 een rekest-procedure uitgewerkt. In de M.v.T. werd opgemerkt dat, doordat beroep wordt ingesteld door indiening van een verzoekschrift, op overeenkomstige wijze als bij beroep op een administratiefrechtelijk college wordt verkregen, dat het beroep volgens een eenvoudige procedure verloopt.[169]

Dan is er de stelling, dat de veroordeling in de proceskosten de civiele procedure duur maakt. Dat is aangevoerd door Mej. Mr Schilthuis bij de behandeling van de Boswet.[170] Zij had uit hetgeen de staatssecretaris had gezegd begrepen, dat een proces voor de burgerlijke rechter voor degene die daartoe zijn toevlucht moet nemen, helemaal niet een onvermengd voordeel biedt boven een beroep op de administratie vanwege de financiële risico's, die het medebrengt. In het vergelijkbare geval van de onteigeningsprocedure, zo vervolgde zij, wordt diegene veroordeeld tot betaling van de kosten van het proces, die ongelijk blijkt te hebben bij zijn aanbod, resp. niet aanvaarding ervan. Nu moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat die kostenveroordeling juist in de wet staat om degene, aan wiens kant het gelijk blijkt te zijn, te vrijwaren tegen het feit, dat hij, hoewel hij gelijk had, de kosten van de procedure uit eigen zak zou moeten betalen. In de tweede plaats plegen de kostenveroordelingen niet hoog te zijn. Bij de kantongerechten gaat het vrijwel steeds om te verwaarlozen bedragen, terwijl bij de procedures voor de hogere colleges de kostenliquidaties meestal slechts een fractie vormen van de werkelijke proceskosten. Men moet dan ook eerder zeggen, dat de te lage kostenveroordelingen een van de oorzaken zijn, welke voor de burger het zoeken van zijn recht duurder maken dan nodig is. Anderzijds mag ook niet uit het oog worden verloren, dat het risico van een kostenveroordeling juist een rem is op het indienen van ongerechtvaardigde en te hoge schadeclaims. Voorts moet worden opgemerkt dat juist in onteigeningsprocedures de kostenveroordeling strekt ten voordele van de burger. Het komt namelijk in de praktijk vrijwel niet voor, dat de onteigende in de proceskosten wordt veroordeeld, omdat de door de rechter op voetspoor van de deskundigen toegekende schadeloosstellingen hoger plegen te zijn dan het aanbod. In de vierde plaats staat het de wetgever vrij de kostenveroordeling te regelen zoals hij wil. De rekestprocedure bijvoorbeeld kent in het algemeen geen kostenveroordeling. Het hangt geheel van het inzicht en beleid van de wetgever af of hij al dan niet in de hier bedoelde procedures een kostenveroordeling wil invoeren.[171]

Alles goed en wel zal men zeggen, maar toch is het zo, dat het voeren

[169] Zitting 1963-1964-7547, nr 3, p. 1.
[170] Handelingen 1960-1961, p. 3978.
[171] In art. 9 lid 11 Wet Schade Oesterkwekers heeft de wetgever hoewel het beroep op de rechter is opgezet als een rekestprocedure naar mijn mening terecht de kostenveroordeling geregeld op analoge wijze als in de Onteigeningswet.

van een procedure voor de civiele rechter veel geld kost. Het antwoord daarop luidt, dat een kantongerechtsprocedure altijd goedkoper is dan een procedure voor de Raad van State en dat in feite ook de rechtbankprocedure goedkoper zal uitvallen dan een geding voor dat College. Het verschil zit in de theoretische benadering en de practijk. In theorie is het zo, dat men voor de hogere civiele rechtscolleges de verplichte rechtsbijstand kent, terwijl dit niet het geval is bij de procedure voor de Raad van State. Het lijkt wel of degenen, die bezwaar hebben tegen de civiele rechter, denken dat die verplichte bijstand eigenlijk een formaliteit is, welke de procedure duur maakt en dat men die „procureursdwang" [172] best zou kunnen missen. Daarbij verliest men uit het oog, dat de justitiabele, wil hij zijn belangen op de juiste wijze behartigd zien, deze zal moeten toevertrouwen aan hen, die daarvan een beroep maken. De leek, en daaronder versta ik ook de jurist die de rechtspractijk niet kent, meent, dat rechtsbijstand slechts nodig is wanneer het om juridische problemen gaat. Echter gaat het in de rechtspractijk en met name ook in de procespractijk niet alleen om het behandelen van rechtsvragen, maar vooral om het voordragen van de relevante feiten en omstandigheden op zodanige wijze, dat de rechter zijn feitelijke en juridische beslissing daarop kan bouwen. Daarvoor heeft men gespecialiseerde mensen nodig net zoals de rechter zelf een specialist is. Het is een illusie te menen, dat de burger het zelf kan, of dat de rechter het wel af zal kunnen zonder de hulp van gespecialiseerde procesvertegenwoordigers. Dit betekent dus dat, wil de burger zijn belangen goed behartigd zien, hij verplicht is, ook al zou de verplichte rechtsbijstand niet in de wet staan, zijn belangen aan een gespecialiseerde procesvertegenwoordiger toe te vertrouwen. De procedure blijft derhalve in feite even duur of niet duur of men nu de rechtsbijstand verplicht stelt of niet. Zonder rechtsbijstand van door de wet aangewezen specialisten zoals in de civiele procedure gaat de kwaliteit van de rechtsbijstand en daardoor van de rechtsbedeling achteruit.

Dan tenslotte de traagheid. Wanneer voor de gewone rechter wordt geprocedeerd hebben de partijen het door middelen, welke hun daartoe krachtens het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten dienste staan, min of meer in de hand de gang van de procedure te bespoedigen. Tegenover een Minister staat de burger echter machteloos. Hij heeft geen middel om deze tot bespoediging van zijn verzoek bedwingen. Hij zal meestal niet eens weten tot welke ambtenaar of welke afdeling hij zich zal moeten wenden. De afdoening zal in ieder geval lang op zich laten wachten, zoals al hetgeen dat door de landsoverheid wordt behandeld

[172] Dit woord ontleen ik aan Nederlands Bestuursrecht, Algemeen deel, Uitgave 1962, p. 382.
Naar mijn mening zou bij een volgende uitgave deze pagina behoren te worden herschreven, omdat in dit overigens terecht gezaghebbende handboek door een generaliserende opmerking een blaam wordt geworpen op een gehele beroepsstand, die zich daartegen niet kan verweren.

geruime tijd in beslag neemt. Dat kan blijkbaar niet anders. Ook de procedures voor de Raad van State plegen lang te duren en naar mijn ervaring gemiddeld meer tijd in beslag te nemen dan een civiele procedure. Mogelijkheden die procedure te bespoedigen bestaan niet. Het is hoogst onbevredigend en frustrerend voor de belanghebbende, dat hij – anders dan in de civiele procedure – maanden en maanden machteloos moet wachten na de indiening van zijn beroepschrift voordat hij iets hoort.

De bezwaren, welke aangevoerd worden tegen de gewone burgerlijke rechter, missen dus iedere grond. De nadelen van de administratieve rechter zijn in het voorafgaande reeds opgesomd. Belangrijk is ook nog, dat ons hoogste College van Staat wordt ingeschakeld voor zaken, welke normaliter tot de competentie van kantonrechter en rechtbank zouden behoren. Welk een verspilling van mankracht!

Eén bezwaar tegen de administratieve procedure, een andere vorm van verspilling, is in het bovenstaande buiten beschouwing gelaten. Dat bezwaar acht ik van zoveel gewicht, dat ik het in een afzonderlijk hoofdstuk wil behandelen.

X. DOUBLURE VAN RECHTERS

Doordat andere mogelijkheden om belanghebbenden tegemoet te komen in de planschade welke zij leden ontbraken, was de practijk gegroeid via het goedkeuringsbeleid de gemeente te noodzaken deze te vergoeden. De Commissie Frederiks had deze practijk gelegaliseerd en de Regering had haar in het ontwerp Wet R.O. gevolgd. In deze wet is evenmin de formele regeling aangepast aan de omstandigheid, dat de oorspronkelijke tegemoetkoming in een recht op schadevergoeding is gewijzigd. Het gevolg is, dat krachtens art. 49 Wet R.O. de gemeenteraad de instantie is, die in eerste aanleg over een vordering tot schadevergoeding beslist. Echter is de gemeenteraad een lichaam, dat daarvoor om meer dan één reden voistrekt ongeschikt is.

In de eerste plaats is de gemeenteraad het college, dat de politieke wilsvorming in de Gemeente bepaalt. In de practijk komt dit erop neer, dat hij evenals het parlement een controlerende functie uitoefent op het beleid van B. en W. Het eigenlijke bestuur berust geheel en al in de handen van B. en W. Bij alle niet-politieke beslissingen laat de Raad zich dan ook in de practijk leiden door de voorstellen en preadviezen van B. en W. Dit pleegt ook te gebeuren bij de beoordeling van bezwaarschriften tegen bestemmingsplannen. Hetzelfde zal ongetwijfeld het geval zijn bij het beslissen over schadevergoedingsvorderingen. Voordat een belanghebbende zich met zo'n vordering tot de gemeenteraad wendt zal er al overleg zijn geweest tussen hem en het college van B. en W. of een der wethouders, althans hun ambtenaren. B. en W. zijn dus in feite diens tegenpartij. Dat zal tot uiting komen in het preadvies van het college aan de raad. Het ligt voor de hand te verwachten, dat de raad dan de zienswijze van B. en W. zal weerspiegelen. Het is trouwens communis opinio, dat de schadevergoedingsverordeningen zeer onbevredigend hebben gewerkt.

Het is voorts de functie van de gemeenteraad het algemeen belang te behartigen. In zijn bonte samenstelling is dit college dan ook bijkans van nature ongeschikt om vorderingen tot schadevergoeding wegens benadeling van particuliere belangen te onderzoeken en te beslissen. Dat vereist bepaalde capaciteiten, kennis en ervaring, waarover het gemiddelde raadslid uit de aard der zaak niet beschikt. Bovendien is de raad een veel te omvangrijk lichaam om als rechter te kunnen fungeren. Het is dan ook eigenlijk absurd, dat de raad als zodanig is aangewezen. Zoals gezegd is dit slechts historisch te verklaren als een reliet van de oorspronkelijke opzet.

Ook hier ontbreekt iedere regeling van de procesgang. Daarom heeft men gepoogd een model procedureverordening planschadevergoeding

te ontwerpen.[173] Kenmerkend is, dat wordt ingesteld een taxatiecommissie. Het resultaat zal zonder enige twijfel zijn, dat het in feite niet de gemeenteraad zal zijn, die de schadevergoeding vaststelt, maar de taxatiecommissie, die geen enkele verantwoordelijkheid draagt. In de verordening is de gehele procedure in de handen gelegd van de taxatiecommissie, met name ook het horen van partijen. Hoe stelt men het zich trouwens anders voor? De raad kan dit toch niet gaan doen. En hoe denkt men over de beraadslaging en de beslissing door een zo veelkoppige rechter als de gemeenteraad is? Laat ik er niet meer van zeggen. Art. 49 R.O. is een beschamend staal van mislukte rechtsbescherming.[174]

Via dit ontwerp-planschadevergoedingsverordening kom ik aan de verspilling waarop ik aan het slot van het vorige hoofdstuk doelde. Men poogt in die verordening richtlijnen op te stellen voor de taxatiecommissies. Met name tracht men te benaderen wat moet worden verstaan onder onevenredige schade en vergoeding naar billijkheid.[175] Daarbij verricht men echter naar mijn mening werk, dat overbodig is en achterwege zou kunnen blijven, wanneer men de juiste rechter aanwees. Die rechter hebben we, namelijk de civiele rechter, wiens taak in ons staatsbestel van ouds is geweest schadevergoeding vast te stellen. Voor die civiele rechter behoeft men geen richtlijnen op te stellen, omdat hij, met name de onteigeningskamer en in het bijzonder de Derde Kamer van de Hoge Raad, in en door zijn rechtspraak zelf de normen ontwikkelt. De hier besproken richtlijnen leggen dan ook in feite vast hetgeen in de rechtspraak tot uiting is gekomen. Zij hebben daardoor bovendien nog het nadeel, dat zij bepaalde zaken gaan fixeren, waardoor zij remmend gaan werken. Er zijn ook in het verleden dergelijke richtlijnen geweest zoals van de voormalige Centrale Commissie voor de Onteigeningsvergoedingen. Ze bleken snel te verouderen omdat de rechtsontwikkeling, met name de rechtspraak van de Hoge Raad, niet bleef stilstaan.

Tot dusverre ging het nog slechts om richtlijnen. De wetgever is echter een heel stuk verder gegaan door in de Wet Schade Oesterkwekers (Wet van 16 september 1966 S 399) een tot in details uitgewerkte rege-

[173] Zie Rapport van de Commissie inzake schadevergoedingsverordeningen (Publicatie nr LXVI van het Nederlands Instituut voor Volkshuisvesting en Stedebouw, Alphen a/d Rijn 1964) alsmede het herzien model, opgenomen in Stedebouw- en Volkshuisvesting 1967, p. 334, en daarover Drs E. L. P. L. R. Tebbenhoff Rijnenberg in Tijdschrift voor Overheidsadministratie 1968, p. 49 „Bestaat er behoefte aan een procedure planschadevergoeding?".

[174] Zo riep het Eerste Kamerlid Mr Van Riel bij de behandeling van de Natuurbeschermingswet tegen de staatssecretaris Van der Pool uit: „Excellentie, U bent het nog maar kort, en het is ook niet Uw vak, maar juist de hele planschadevergoeding loopt ontzettend slecht, die functioneert practisch nog niet". Handelingen I 1967-1968, p. 38).

[175] Zie de Nota van de werkgroep van de Rijksplanologische Dienst inzake overgangsbepalingen, welke deel uitmaken van gemeentelijke stedebouwkundige maatregelen (1966).

ling op te nemen, welke tegemoetkoming aan de belanghebbenden zal worden gegeven, gesplitst in vermogensschade (art. 5), bedrijfsschade (art. 6) en belastingschade (art. 7). Men vraagt zich bij de lectuur van deze bepalingen en van de toelichting mèt verschillende kamerleden [176] af, waarom de schadevergoeding niet is opgezet naar analogie van de Onteigeningswet. De Regering heeft geantwoord [177] met de dooddoener, dat zij dit wel heeft overwogen, maar de voorkeur heeft gegeven aan een uitgewerkte schaderegeling, waardoor de mogelijkheid ontstond rekening te houden met de bijzondere aspecten van de onderhavige situatie. Men zou zo zeggen, dat de rechter die geval voor geval moet beoordelen deze taak stellig beter zou kunnen volvoeren dan de wetgever. Het resultaat is geweest een uitvoerig parlementair debat over allerlei schadefactoren zonder dat men voldoende kennis bezat van het in Nederland geldende (onteigenings)schadevergoedingsrecht. Naar mijn smaak slechts vermorsing van parlementaire tijd, omdat de wetgever hier het terrein van de rechter heeft betreden. Zowel de Regering als de Kamer hebben nota bene het aanwijzen van de gewone rechter als beroepsinstantie gemotiveerd met een verwijzing naar diens ervaring in onteigeningszaken en andere schaderegelingen.[178] Waarom heeft men dan toch niet de bepaling van de tegemoetkoming geheel aan hem overgelaten in overeenstemming met het bestaande rechtssysteem in plaats van hem te bevoogden? De Regering is op de ingeslagen weg voortgegaan in het in december 1968 ingediende ontwerp Deltaschadewet.[179] In de toelichting [180] schrijft zij dat evenals in de Wet Schade Oesterkwekers, doch *in afwijking* van het stelsel dat onze wetgeving kent bij schade geleden als gevolg van planologische en aanverwante maatregelen, bij het ontwerp de mogelijkheid heeft bestaan normen te formuleren voor de gevallen waarin een aanspraak op een tegemoetkoming wordt erkend en voor de wijze, waarop deze zal worden vastgesteld. Het is niet waar, merk ik hiertegen op, dat hier normen zouden zijn opgenomen, omdat daartoe de mogelijkheid zou hebben bestaan. Die mogelijkheid heeft ook in andere gevallen bestaan, maar de wetgever onthield zich van het geven van gedetailleerde richtlijnen, omdat hij het aan de rechter wilde overlaten de maatstaven voor de schadevergoeding te bepalen. De Wet Schade Oesterkwekers en het ontwerp-Deltaschadewet vormen dus opnieuw een breuk met ons rechtssysteem. In de Wet R.O., de Monumentenwet en de overige in dit preadvies behandelde wetten is men begonnen de beslissing over de schadevergoeding te onttrekken aan de civiele rechter, aan wie deze tot dusverre krachtens de Onteigeningswet en aanverwante wetten was opgedragen. Nu is een tweede stap gevolgd, niet in formeelrechtelijk opzicht, maar in materieelrech-

[176] Zitting 1963-1964-7547. V.V. p. 2.
[177] M.v.A. p. 9.
[178] V.V. p. 7. M.v.A. p. 9.
[179] Zitting 1968-1969-9974.
[180] P. 9.

telijk. Thans is de rechter niet meer vrij in het bepalen van de schadevergoeding, doch hij moet daarbij gehoorzamen aan bepaalde richtlijnen.

Vermoedelijk hangt het een samen met het ander. De gewone civiele rechter is niet de man, die dergelijke richtlijnen nodig heeft. Hij is een beroepsrechter, die het *vak* van rechtspreken en oordelen over schadeaanspraken heeft geleerd, die derhalve bij het nemen van zijn beslissingen kan steunen op zijn ervaring en intuïtie. Maar krachtens de hierbedoelde wetten zijn het de Minister, in feite dus diens ambtenaren, die over de schadevergoeding moeten oordelen. En dezen missen die ervaring en intuïtie van de gewone rechter. Om dat gemis te compenseren doktert men richtlijnen uit. Maar ook de Raad van State, die in beroep over de hierbedoelde schadevergoedingen moet gaan oordelen, heeft tot dusverre niet de taak gehad over schadeclaims te beslissen. Zijn leden zijn benoemd op grond van in hun leven verworven kennis en ervaring van andere aard dan die nodig zijn voor het vaststellen van schadevergoedingen. Kortom het college is hiervoor in geen enkel opzicht geëquipeerd.

Dit alles betekent, dat in ons staatsbestel een ontwikkeling op gang is gekomen, waarbij naast de civiele rechter, die van oudsher belast is geweest met het vaststellen van schadevergoedingen, een doublure, een tweede rechter wordt gecreëerd, die hetzelfde werk moet gaan doen als de civiele rechter, maar diens ervaring en know-how mist en ook niet zal kunnen verwerven. Ook in dit opzicht is er verspilling van mankracht, is er sprake van een inefficiente en onrationele, om niet te zeggen irrationele bedrijfsvoering in het bedrijf van de Staat der Nederlanden.

Ik vraag mij af, of de administratie in de verwachting, dat schadeacties terzake van rechtmatige overheidsdaad zullen toenemen, niet teveel aan de ontwikkeling in Frankrijk heeft gedacht. Nu echter in Nederland de ontwikkeling een andere is geweest en met name de onteigeningsrechter een zeer genuanceerd en door iedereen aanvaard schadevergoedingsrecht heeft ontwikkeld, meen ik dat de wetgever daaraan moet aansluiten. Dit wil dus zeggen, dat één rechter, de burgerlijke rechter, over al de schaden welke in dit preadvies zijn ter sprake gekomen, zou moeten oordelen. Het zijn schaden, die onderling verwant zijn, omdat zij alle worden veroorzaakt, vrijwel steeds aan onroerend goed, door maatregelen, welke op enigerlei wijze verband houden met de ruimtelijke ordening. Dat is hetzelfde denkbeeld, dat is geuit door de Staatscommissie Van den Bergh, die voorstelde de planschade – in haar in 1950 verschenen verslag kon van de overige hierbedoelde schaden nog niet worden gerept – te laten behandelen door dezelfde rechter, die oordeelt over de onteigeningsvergoeding.[181]

Deze verwijzing naar de Commissie Van den Bergh stelt een volgende

[181] Zie Regeling R art. 3 (Verslag p. 73) en de toelichting (p. 41).

vraag aan de orde. Moet deze burgerlijke rechter de gewone civiele rechter zijn of een gespecialiseerde burgerlijke rechter? De huidige practijk is, dat de rechtbanken onteigeningskamers hebben ingesteld, die zich dus speciaal bezig houden met de onteigeningszaken. Het ligt voor de hand te veronderstellen, dat indien de burgerlijke rechter bevoegd zou worden met betrekking tot de hierbedoelde schadevergoedingsvorderingen, de practijk die onteigeningskamers zou inschakelen, zoals ook de kennelijke bedoeling is geweest van de wetgever met betrekking tot de schaden tengevolge van de Deltawerken. Voor vorderingen welke vallen onder de competentie van de kantonrechter zou eventueel ook gedacht kunnen worden aan de pachtkamers van de kantongerechten.

De Commissie Van den Bergh heeft, zoals bekend, afzonderlijke onteigeningskamers willen instellen bij de gerechtshoven.[182] Op dit probleem wil ik hier niet nader ingaan. In mijn preadvies over de hervorming van het onteigeningsprocesrecht heb ik zelf een andere oplossing voorgesteld,[183] namelijk onteigeningskamers bij de rechtbanken. Wanneer men de civiele rechter bevoegd wil maken ligt het m.i. voor de hand de gewone rechter in eerste aanleg, dus een kamer van de *rechtbank*, in te schakelen en niet een kamer van een college zoals het Gerechtshof, dat in andere zaken slechts in appèl oordeelt. Dit geldt te eerder, wanneer de betrokken rechter, anders dan de Commissie Van den Bergh voor ogen had, van talrijke andere schaden dan alleen maar planschade zou gaan kennisnemen.

Het lijkt gewenst, dat de civiele rechter een iets ruimere armslag krijgt dan tot dusverre, namelijk in dit opzicht, dat de administratie het recht krijgt aan zijn oordeel te onderwerpen, of andere maatregelen dan betaling van een geldsom, zoals aanbieding van een ander perceel in koop of ruil, het aanleggen van bepaalde werken etc. als een adequate schadevergoeding kunnen worden beschouwd. Kortom, men zal de rechter in staat moeten stellen de werkelijk geleden schade zo goed mogelijk te benaderen. De spits zal m.i. in dit opzicht moeten worden afgebeten door de ontwerper van een nieuwe Onteigeningswet.

[182] Zie art. 16a (Verslag p. 165) en de toelichting (p. 41).
[183] De Pacht 1967, febr./maart nummer p. 44 e.v.

XI. EINDBALANS

Het schrijven van een preadvies doet mij denken aan de theorie van het uitdijend en daarna krimpend heelal. Wanneer men zich zet aan de bestudering van het opgegeven onderwerp stormen telkens nieuwe vragen op de schrijver af. Het probleem vertoont steeds weer andere aspecten, telkens andere nuances. Op een goed ogenblik volgt echter na de gedachtenvlucht de neerslag. De schrijver is ongetwijfeld wijzer geworden, maar zijn denkbeelden zijn verdwenen als sneeuwvlokken voor de zon. Eigenlijk ziet hij het hele vraagstuk niet meer. Die schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad – is dat zo'n moeilijk probleem? Ja, dacht hij, toen hij begon. Ja en neen zegt hij aan het slot. Het is niet op te lossen, wanneer men het gaat behandelen als een leerstuk, waarop men een algemeen en leerstellig antwoord wil geven. Er is wèl uit te komen, meent hij, als men pragmatisch handelt. Men moet dus geen scholastiek bedrijven, doch veeleer een natuurkundig model opstellen. Bij alle in dit preadvies behandelde wetsontwerpen is de vraag van de aanspraak op vergoeding op zichzelf terzake van de in de betreffende wet geregelde overheidsdaad geen werkelijk onderwerp van discussie geweest. Men moet daarom wensen, dat de wetgever op deze weg voortgaat en dat hij dus ook de gevolgen van nog andere rechtmatige overheidsdaden incidenteel gaat regelen,[184] namelijk op die terreinen, waar het ontbreken van een regeling als een gemis, als onbillijk wordt gevoeld. In een recent artikel heeft J. M. Kan een opsomming gegeven van een aantal zodanige lacunes.[185] Andere dan hij noemt weet ik op het ogenblik dat ik dit schrijf niet te bedenken. Ik vermeld de schade terzake van de aanleg van waterstaatswerken, waarover ook reeds in de Kamer is gesproken.[186] Dan die veroorzaakt door de aanleg van andere openbare werken. Vooral nu de Hoge Raad thans ook het recht op schadevergoeding heeft erkend terzake van hinder veroorzaakt door het op het onteigende aangelegde werk[187], dreigt een te grote discrepantie te ontstaan tussen de rechtsbescherming van de eigenaar, die door de onteigening wordt getroffen en volledig schadeloos wordt ge-

[184] Wanneer men nog eens na zou lezen hetgeen Mr G. E. Langemeijer in het N.J.B. 1955, p. 533 e.v. (speciaal p. 536-538) heeft geschreven in zijn bespreking van de preadviezen van 1955, dan zal men constateren, dat ik zijn standpunt van toen vrijwel deel.

[185] Mr J. M. Kan „De wetgever tegenover het vraagstuk van vergoedingen van schade, die rechthebbenden op onroerend goed door in het algemeen belang opgelegde bepalingen lijden" in de bundel „Onroerend Goed" p. 159-160 (Kluwer, Deventer, 1968).

[186] Ontwerp van Wet Schadevergoeding Oesterkwekers (Zitting 1964-1965-7547) V.V. p. 2, M.v.A. p. 2.

[187] H.R. 23 februari 1966 N.J. 1966 no. 187 m.o. N.J.P. en H.R. 15 maart 1967 N.J. 1967 no. 210 m.o. N.J.P. (Men zie vooral ook de conclusies van de A.-G. Bakhoven.)

steld ook wegens schade veroorzaakt door de aanleg van het werk op zijn terrein en vervolgens door het gebruik van dat werk zelf, en die van zijn buurman, die dezelfde hinder van het werk ondervindt, doch wiens perceel toevallig niet door het onteigeningsplan wordt geraakt. Voorts vermeld ik de schade, veroorzaakt door het plaatsen van een gebouw op de Monumentenlijst, welke schade bij het ontwerpen van de Monumentenwet over het hoofd is gezien, terwijl later wel is gedacht aan de analoge schade veroorzaakt door de aanwijzing van een perceel als beschermd natuurmonument.

Daarmede zijn we er natuurlijk nog niet. Telkens weer zullen zich gevallen voordoen, die tevoren niet waren te voorzien, waarin de billijkheid mede zou brengen dat een schadevergoeding zou worden toegekend, doch waarin de rechter machteloos staat, omdat hij de betreffende overheidsdaad niet als onrechtmatig kan beschouwen. De oplossing, welke ik daarvoor heb verdedigd, is een modernisering van het huidige begrip onrechtmatige daad, welke de rechter meer armslag zal moeten geven. Daaraan geef ik de voorkeur boven een bepaling als De Brauw destijds in zijn preadvies voorstelde. Met die bepaling zou een geheel nieuw terrein van overheidsaansprakelijkheid worden ontsloten, dat niemand zou kunnen overzien. Leunt men daarentegen, zoals ik wil, tegen de (gemoderniseerde) onrechtmatige daad aan, dan zal de rechter even behoedzaam als hij dat steeds heeft gedaan de grens tussen daden die wel en niet tot schadevergoeding verplichten kunnen blijven afbakenen. De ontwikkeling zal dan als tot dusverre geleideljk blijven verlopen. De rechtswetenschap en zonodig de wetgever zullen haar in een voortdurende dialoog kunnen begeleiden.

wil, tegen de (gemoderniseerde) onrechtmatige daad aan, dan zal de – die rechtsbescherming, welke met name het parlement aan de burger heeft willen verlenen, waarlijk een realiteit in onze rechtsstaat worden, dan moet aan die burger het middel worden gegeven zijn rechten gemakkelijk en effectief te verwezenlijken. Dat betekent dus inschakeling van de burgerlijke rechter en een terugkeer op de weg, welke de Regering sinds 1955 heeft ingeslagen, doch waarop de Kamer haar slechts met tegenzin is gevolgd. Technisch lijkt die terugkeer gemakkelijk te realiseren. Men neme slechts in ieder van de hier besproken wetten een bepaling op, gelijkluidend aan de artt. 23 lid 1 en 25 lid 2 Monumentenwet of aan het in het amendement-Den Hartog voorgestelde art. 14a Boswet. De volgende vraag is of die burgerlijke rechter een gespecialiseerde rechter zal moeten zijn. Dat zal m.i. in de eerste plaats in het kader van de onteigeningswetgeving moeten worden bezien.

De preadviseur is zich ervan bewust, dat hij het vraagstuk van de rechtmatige overheidsdaad niet uitputtend heeft behandeld. Er zijn meer aspecten, meer ontwikkelingen aan de gang dan door hem zijn besproken. Al schrijvende heeft hij echter bewust gekozen voor stilstaan en omzien.

VERGOEDING VAN SCHADE TENGEVOLGE VAN RECHTMATIGE DADEN VAN DE OVERHEID

Preadvies van Mr F. J. Beunke

Dit preadvies is nog niet gereed.
Toezending volgt zo spoedig mogelijk.