

DE SITUERING VAN ART. 6.3.1.5b IN HET BURGERLIJK RECHT

mr W.G. Huijgen

Aanvankelijk zou het leerstuk dat door de Hoge Raad is ontwikkeld in de arresten Voorste Stroom VI¹⁾, Haagse Duinwaterleiding²⁾ en Voorste Stroom VII³⁾ in het NBW slechts een bescheiden plaats krijgen.

In het ontwerp Meijers werd in het kader van de regeling van de bevoegdheden van de eigenaar in artikel 5.1.2 lid 2 bepaald dat een eigenaar bevoegd is hinder in een mate of op een wijze die volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt tóch aan een ander toe te brengen "voorzover die ander in het algemeen belang deze hinder behoort te dulden." Die ander kon echter wel vergoeding vorderen van de door de hinder veroorzaakte schade. De gekozen constructie was die van een schadevergoedingsplicht op grond van een rechtmatige daad.⁴⁾

In dit alles werd verandering gebracht toen tijdens de behandeling van de boeken 5 en 6 in de Tweede Kamer een tweetal amendementen De Gaay Fortman werd aanvaard. Daarmee verdween de bovengenoemde regeling en in de plaats daarvan kwam een nieuw artikel 6.3.1.5b in de titel over onrechtmatige daad waarvan het eerste lid luidt:

"De rechter kan een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. De benadeelde behoudt zijn recht op vergoeding van de schade overeenkomstig de onderhavige titel."

1) HR 19 maart 1943, NJ 1943,312

2) HR 18 februari 1944, NJ 1944,226

3) HR 19 december 1952, NJ 1953,642

4) vgl. C.J.J.C. van Nispen, Het Rechterlijk Verbod en Bevel, diss., Leiden 1978, blz. 291

De belangrijkste verschillen tussen art. 6.3.1.5b en het oorspronkelijke artikel 5.1.2, leden 2 t/m 4 zijn:

- in de eerste plaats is de beperking van de mogelijkheid een verbod te verkrijgen, terwijl het recht op schadevergoeding behouden blijft, voor de benadeelde niet meer beperkt tot gevallen van hinder doch - terecht - uitgebreid tot alle soorten van onrechtmatige daden.
- voorts is de grond waarop de rechter de vordering strekkende tot een verbod kan afwijzen gewijzigd van "het algemeen belang" in "zwaarwegende maatschappelijke belangen".
- tenslotte is de dogmatische constructie gewijzigd. Zoals hiervoor werd aangegeven werd in het ontwerp Meijers uitgegaan van een rechtmatige daad die tot schadevergoeding verplichtte, terwijl in artikel 6.3.1.5b het uitgangspunt een onrechtmatige daad is, waarvan men echter onder omstandigheden geen verbod kan verkrijgen.

Met laatstgenoemd verschil zijn wij midden in het debat tussen verschillende auteurs terecht gekomen omtrent de juridisch dogmatische constructie van de "Voorste Stroom-problematiek". Zonder in details te willen (en te kunnen) treden is het voor goed begrip van een en ander noodzakelijk ons even in de historie te verdiepen.

Op 19 maart 1943⁵⁾ werd door de Hoge raad een arrest gewezen waarin de vraag aan de orde kwam of de gemeente Tilburg onrechtmatig handelde jegens naburige eigenaren door lozingen te verrichten op het riviertje "de Voorste Stroom" en of de gelaedeerden een verbod van die lozingen konden verkrijgen.

De Hoge Raad overwoog:

"... dat de Gemeente dusdoende een gedragslijn volgde, welke wel is waar van uit het oogpunt der door haar te behartigen gemeentebelangen volkomen gerechtvaardigd en zelfs geboden kon zijn, doch waarvan tegenover den eigenaar van een bedreigd perceel de eventuele nadeelige gevolgen, die daaruit voor dezen mochten voortvloeien, voor haar rekening behooren te komen;"

5) HR 19 maart 1943, NJ 1943,313 (Voorste Stroom VI)

Het arrest van 19 maart 1943 werd in 1944 gevolgd door een arrest van gelijke strekking.⁶⁾ Naar aanleiding van deze arresten ontstond tussen de verschillende auteurs een uitgebreide discussie omtrent de dogmatische grondslag voor iets wat onverenigbaar scheen, te weten: enerzijds het uitsluiten van de mogelijkheid om een verbod te vorderen, doch anderzijds het handhaven van de mogelijkheid om op grond van datzelfde handelen wél schadevergoeding te verkrijgen. De belangrijkste⁷⁾ aangedragen oplossingen om een en ander met elkaar te verenigen zijn wel:

- In de eerste plaats de zgn. Bregstein constructie⁸⁾ inhoudende dat de verontreiniging van het riviertje door de gemeente een onrechtmatige daad vormde die weliswaar in het feit dat zij vanuit een oogpunt van algemeen belang gerechtvaardigd en zelfs geboden was een begin van rechtvaardiging vond, maar welke rechtvaardiging eerst compleet werd wanneer de gemeente zich de belangen van de gelaedeerde aantrok en hem schadevergoeding aanbood.
- In de tweede plaats de constructie van J. Drion.⁹⁾ Hij stelt dat de onrechtmatige daad is gelegen in het geheel van enerzijds de handeling d.w.z. het vervuilen van het riviertje en anderzijds het niet bereid of in staat zijn de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden. Kortom, het vervuilen van het water zonder gelijktijdige aanbieding van schadevergoeding is onrechtmatig.
- Tenslotte zou men het vorderen van een verbod van bepaalde handelingen, die in het algemeen geboden zijn, terwijl de gelaedeerde in het betreffende geval wél schadevergoeding wordt aangeboden, als misbruik van recht kunnen kwalificeren. Deze visie wordt onder meer voorgestaan door Langemeijer.¹⁰⁾

6) HR 18 februari 1944, NJ 1944,226 (Haagse Duinwaterleiding).

7) vgl. J. Drion in AA II 1953, blz. 96 e.v.

8) 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 blz. 273 e.v.

9) J. Drion, Een nieuwe koers in 's-Hoogen Raad jurisprudentie over onrechtmatige daad, WPNR 3992-3996.

10) G.E. Langemeijer, aantasting en uitoefening van subjectieve
(Vervolg Voetnoot)

Het is bekend: naar veelal wordt aangenomen, heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 19 december 1952 (Voorste Stroom VII)¹¹⁾ de constructie Bregstein aanvaard.¹²⁾

Na dit summiere historisch overzicht, richten wij onze blik weer op het NBW. Daar wordt de constructie voor dergelijke gevallen wéér iets anders. In artikel 6.3.1.5b lid 1 wordt gesproken van een onrechtmatige gedraging waarvan onder omstandigheden geen verbod kan worden verkregen. Evenals in de constructie Bregstein is het uitgangspunt ook nu weer een onrechtmatig handelen. Het verschil tussen genoemde constructie en artikel 6.3.1.5b NBW zit in het volgende.

In de visie van Bregstein vormt het algemeen belang een begin van rechtvaardiging voor het onrechtmatig handelen welke rechtvaardigingsgrond compleet wordt (d.w.z. het onrechtmatig karakter van de handeling komt te vervallen) zodra de gelaedeerde schadevergoeding wordt aangeboden, terwijl in artikel 6.3.1.5b in het geheel geen sprake meer is van een rechtvaardigingsgrond. De handeling *is en blijft*¹³⁾ onrechtmatig, doch de rechter kan onder omstandigheden, nl. wanneer "zwaarwegende maatschappelijke belangen" zulks vorderen, een vordering strekkende tot een verbod afwijzen.

Inmiddels heeft de Hoge Raad, anticiperend op artikel 6.3.1.5b NBW deze constructie voor situaties zoals die in de voorste Stroom arresten aan de orde waren, ook reeds voor het huidige recht aanvaard. In het recente arrest Van Gastel/Van den Heuvel¹⁴⁾ ging het om de vraag of het plaatsen van schuttingen in verband met bouwactiviteiten door Nomij jegens van de Heuvel die aldaar een winkel had en diensten-gevolge omzetschade leed, onrechtmatig was. De Hoge raad overwoog:

(Vervolg Voetnoot)

rechten en hare betekenis voor de onrechtmatige daad, WPNR 3706, e.v.

11) HR 19 december 1952, NJ 1953,642 (Voorste Stroom VII).

12) anders echter b.v. P.A. Stein NJB 1980, blz. 709 die in het arrest de constructie leest welke is neergelegd in art. 6.3.1.5b NBW.

13) vgl. Asser-Hartkamp 4 III nr. 67, blz. 55 e.v.

14) HR 3 april 1987, RvdW 1987, 87 en NJ 1987,703.

"Weliswaar kan het zich voordoen dat particuliere bouwactiviteiten enerzijds plaatsvinden op zodanige wijze of leiden tot een zodanige omzetschade voor naburige winkelbedrijven dat zij een *onrechtmatige daad* (cursivering van mij, W.H.) opleveren die tot vergoeding van die schade verplicht, terwijl zij anderzijds wegens het zwaarwegende maatschappelijke belang dat normale bouwactiviteiten niet onnodig worden belemmerd, niet door de rechter kunnen worden verboden, zolang degene voor wiens rekening die activiteiten worden ondernomen, die schade voor zijn rekening neemt. Doch 's Hofs voormelde oordeel is niet op feiten van deze aard gegrond."

Naar aanleiding van dit arrest zou ik enige opmerkingen willen maken.

Allereerst valt het op dat de Hoge Raad op artikel 6.3.1.5b anticipeert in een geval waarin het gaat om een vordering van de ene particulier tegen de andere. De "Voorste Stroom-problematiek" zag toch in beginsel op de situatie waarin de *overheid* een onrechtmatige daad pleegde welke niet gerechtvaardigd werd door een van de "klassieke" rechtvaardigingsgronden zoals overmacht, doch althans een begin van rechtvaardiging vond in het algemeen belang.¹⁵⁾

De dieper liggende oorzaak van het schijnbaar onoplosbare probleem om voor de Voorste Stroom-uitspraken in het privaatrecht een verantwoorde theoretische onderbouwing te geven, vindt zijn oorzaak naar mijn mening in het feit dat men hier te doen heeft met een botsing van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke elementen in het veelbesproken grensgebied. Dit leidt ertoe dat, welke constructie men ook beproeft, iedere oplossing toch een enigszins gewrongen karakter blijft houden.

Vanuit privaatrechtelijk oogpunt bezien immers, vormt het handelen van de gemeente in de Voorste-Stroom-casus een onrechtmatige daad, waarvan de gelaedeerde een verbod zou moeten kunnen vorderen. Anderzijds echter kunnen publieke belangen zoals de afvoer van rioolwater van een hele stad met zich meebrengen dat individuele privaatrechtelijke belangen daaraan ondergeschikt worden gemaakt, mits daartegenover een behoorlijke schadevergoeding voor de betreffende

15) P. De Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, 3e druk, 1986, blz. 331, en J. Spier, Onrechtmatige overheidsdaad, 2e druk 1987, blz. 101 e.v.

burger staat. Een vergelijkbaar beginsel vindt men terug in het onteigeningsrecht waar het betreft een botsing tussen het privaatrechtelijk eigendomsrecht van de burger en hogere publieke belangen welke b.v. kunnen voortvloeien uit de eisen van een behoorlijke ruimtelijke ordening. Een zelfde soort botsing tussen privaatrecht en publiekrecht vindt men ook in het contractenrecht¹⁶⁾, met name daar waar de overheid contracteert omtrent haar publiekrechtelijke bevoegdheden. Enerzijds moet de wederpartij van de overheid nakoming van de overeenkomst kunnen vorderen, doch anderzijds kan het algemeen belang al dan niet in het kader van de goede trouw met zich meebrengen dat die wederpartij zich niet op de overeenkomst kan beroepen en hooguit schadevergoeding kan vorderen.¹⁷⁾

In een situatie als in het arrest Van Gastel/Van den Heuvel is het niet goed mogelijk het merkwaardige fenomeen: géén verbod doch wél schadevergoeding, te verklaren met een beroep op een botsing tussen publiek- en privaatrecht.

In verband met het vorenstaande kom ik toe aan mijn tweede opmerking. In het ontwerp Meijers was er sprake van "het algemeen belang". In artikel 6.3.1.5b NBW is dit gewijzigd in "zwaarwegende maatschappelijke belangen". In de toelichting op het amendement waarbij artikel 6.3.1.5b werd ingevoegd, wordt als reden voor deze wijziging aangevoerd¹⁸⁾: "enerzijds om duidelijker aan te geven dat het hier om uiteenlopende belangen van maatschappelijke aard kan gaan, die tezamen met bij het geval betrokken persoonlijke belangen in de afweging zullen moeten worden betrokken, anderzijds om te bevorderen dat de rechter er zich rekenschap van geeft en in zijn uitspraak tot uiting brengt welke concrete belangen hij in het gegeven geval doorslaggevend heeft geacht."

Naar mijn mening laat het laatstgenoemde arrest zien welke gevaren er in het criterium "zwaarwegende maatschappelijke belangen" kunnen

16) vgl. C.J.J.C. van Nispen, t.a.p. blz. 293

17) vgl. J. Spier, Overeenkomsten met de Overheid, diss. Leiden 1981, blz. 141 e.v. en A.R. Bloembergen, Contracten met de overheid in het bijzonder in de bouw, 1976, blz. 38 e.v.

18) Van Zeben e.a., Parl. Gesch. Boek 6 NBW, artikel 6.3.1.5b blz. 671

schuilen. Immers door het verdwijnen van het begrip algemeen belang is de directe verwijzing naar het publiekrechtelijke element, met name de overheid als behartigster van het algemeen belang bij uitstek, verdwenen. Weliswaar kunnen ook particulieren soms het algemeen belang behartigen, maar dit zal in de regel slechts bij uitzondering zo zijn en bovendien in die gevallen vrijwel altijd samenvallen met hun persoonlijke belang.¹⁹⁾ Voorts is de grens tussen maatschappelijke belangen en persoonlijke belangen bijzonder vaag.²⁰⁾

De conclusie is derhalve dat men met zwaarwegende maatschappelijke belangen ófwel hetzelfde bedoelt als met het algemeen belang, dan verdient de laatstgenoemde term de voorkeur, ófwel men bedoelt er iets anders mee (ruimer begrip) en dan is die terminologie in het kader van artikel 6.3.1.5b niet juist.

Het laatste wordt door het onderhavige arrest duidelijk geïllustreerd. Naar mijn mening heeft de Hoge Raad zich op glad ijs (moeten) begeven nu hij moest uitmaken wat in casu persoonlijk belang is en wat een zwaarwegend maatschappelijk belang is. De Hoge Raad gaat in dit verband erg ver door - geheel in het algemeen - te spreken van: "het zwaarwegende maatschappelijke belang dat normale bouwactiviteiten niet onnodig worden belemmerd"; alsof zulks niet (tevens) het persoonlijk belang van (in casu) Nomij was en alsof het niet eveneens een zwaarwegend maatschappelijk belang is dat winkeliers behoorlijk bereikbaar zijn voor hun klanten en leveranciers, hetgeen tevens weer het persoonlijk belang is van die winkeliers.

19) Ik denk hierbij zowel aan overheidstaken die worden verricht door privaatrechtelijke rechtspersonen waarachter de overheid schuilgaat b.v. de provinciale electriciteitsmaatschappijen in de vorm van een N.V. die voor de energievoorziening zorgen en de N.V. Ned. Spoorwegen die het treinverkeer verzorgt, als aan "eigenlijke" particulieren die al dan niet bewust een stuk algemeen belang behartigen b.v. de Vereniging tot behoud van Natuurmonumenten het natuurbehoud.

20) vgl. E.A. Wilbers, Dient artikel 6.3.1.5b NBW vervangen te worden door een mogelijkheid van schadevergoeding bij gerechtvaardigde daad? WPNR 5679-5681, blz. 6 e.v.

Daarbij komt nog dat opvattingen omtrent wat zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn, veelal sterk worden beïnvloed door de waan van de dag.²¹⁾ Wanneer men echter het algemeen belang als criterium zou hanteren, sluit men enerzijds niet uit dat de rechter ten aanzien van particulieren die het algemeen belang behartigen, een vordering strekkende tot een verbod van enig onrechtmatig handelen kan afwijzen, anderzijds beperkt men het gevaar dat de rechter terecht komt in een puur subjectieve afweging van wat al dan niet zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn.

Daarbij komt nog dat met de term "algemeen belang" rechtstreeks aansluiting wordt verkregen bij de bestaande jurisprudentie. Voorts past deze term ook beter in het geheel van het NBW.²²⁾

Samenvattend zou ik zeggen dat, gelet op het feit dat men in gevallen als de Voorste Stroom, zich bevindt in het grensgebied van publiek- en privaatrecht, geen enkele civielrechtelijke constructie geheel bevredigend zal zijn. Met artikel 6.3.1.5b kan echter in dit verband geleefd worden.

Om genoemd artikel echter juist te verstaan zou ik de woorden "zwaarwegende maatschappelijke belangen" gewijzigd willen zien in "het algemeen belang". Uiteindelijk zal de rechter moeten kiezen uit twee mogelijkheden, te weten: de handeling is onrechtmatig met *alle* gevolgen van dien (derhalve ook een verbod), dan wel de handeling is geoorloofd.

Uitsluitend het algemeen belang kan een reden zijn om genoemde merkwaardige tussenweg mogelijk te maken. Met het (weer) introduceren van het begrip "algemeen belang" wordt artikel 6.3.1.5b duidelijk geplaatst waar het thuis hoort, namelijk in het grensgebied van publiek- en privaatrecht.

21) vgl. E.A. Wilbers, t.a.p. blz. 11

22) vgl. b.v. artikel 3.7.1.2, 3.7.1.14, 5.6.8 en 6.5.3.12 NBW waar steeds gesproken wordt van het algemeen belang.