



Universiteit
Leiden
The Netherlands

40 jaar practicum. Rndom onroerend goed

Castermans, A.G.; Jansen, K.J.O.; Knigge, M.W.; Memelink, P.; Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Castermans, A. G., Jansen, K. J. O., Knigge, M. W., Memelink, P., & Nieuwenhuis, J. H. (2010). *40 jaar practicum. Rndom onroerend goed*. Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/19977>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/19977>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

7 | Burenrecht

Van: A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar

Aan: J.A.J. Peter

Vorm: Advies aan cliënt

OPDRACHT

U bent juridisch adviseur. Tot u wendt zich A. Makhuijsen, die in onmin leeft met zijn buurman, C.J. Visser. Makhuijsen woont sinds 1991 aan de Dopheide 12, dat hij van zijn vader heeft geërfd. Zijn vader kocht het perceel in 1970. Visser woont al 35 jaar aan de Dopheide 13; ook hij heeft zijn perceel geërfd. De tuinen van Makhuijsen en Visser grenzen aan elkaar. In de tuin van Makhuijsen stonden op ongeveer 30 cm afstand van de erfgrens met de tuin van Visser, sinds jaar en dag twee vlierbomen, die in 2008 een hoogte hadden van ongeveer 6 meter. Qua omvang en hoogte en ligging zijn de bomen vergelijkbaar met nog enkele andere bomen in de wijk waar Makhuijsen en Visser wonen. Begin 2009 heeft Visser zijn tuin gerenoveerd en daarbij wortels van de vlierbomen die in zijn tuin lagen, weggezaagd. Tijdens een zware najaarsstorm in oktober 2009 zijn beide vlierbomen omgewaaid en terecht gekomen op de schuur die in de lengterichting in de tuin van Makhuijsen staat, met schade aan de schuur tot gevolg.

Makhuijsen vraagt aan u de kansrijkheid te beoordelen van een aantal vorderingen die hij overweegt tegen Visser in te stellen:

1. Hij wil zijn schade aan de schuur vergoed zien.
2. Hij wenst in de plaats van de oude vlierbomen, nieuwe vlierbomen te planten die een zelfde hoogte hebben als de oude (circa 6 meter). De kosten hiervan wil hij bij Visser in rekening brengen.

UITWERKING

Geachte heer Makhuijsen,

Zoals afgesproken zend ik hierbij mijn schriftelijk advies over een tweetal kwesties waarover u met uw buurman Visser van mening verschilt. In mijn advies ga ik uit van de feiten die u in uw brief noemt. U vertelde mij daarnaast dat de erfgrens ter plaatse door een laag hek wordt gemarkeerd, en dat u niet weet of de vlierbomen destijds zijn aangeplant of 'aangewaaid'.

De vragen die u mij heeft voorgelegd, luiden als volgt:

1. Is Visser aansprakelijk voor de schade aan de schuur?
2. Bent u gerechtigd op de plaats van de oude vlierbomen nieuwe vlierbomen terug te plaatsen, en zo ja, kunt u de kosten hiervan op Visser verhalen?

Mijn advies is als volgt opgebouwd. In § 1 bespreek ik of de vlierbomen op de bewuste plek mochten staan. In § 2 en 3 bespreek ik respectievelijk uw eerste en tweede vraag. Ik sluit af met een conclusie (§ 4).

1 BOMEN BINNEN DE 'TWEEMETERZONE'

Op grond van art. 5:42 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is het niet geoorloofd om bomen te hebben binnen twee meter van de grenslijn met het buurerf.¹ Er dient hierbij gerekend te worden vanaf het midden van de voet van de boom.² Het oude BW, dat tot 1992 gold, kende een vergelijkbare bepaling.³ Het hebben van bomen binnen deze tweemeterzone is wel toegestaan indien de buur daarvoor (mondeling of schriftelijk) *toestemming* heeft gegeven, of er sprake is van een *erfdienstbaarheid* op grond waarvan de eigenaar van het dienend erf bomen binnen twee meter van zijn perceelsgrens moet dulden ten gunste van de eigenaar van het 'heersend erf' (het erf waarop de bomen zich bevinden). Indien zich binnen de tweemeterzone bomen bevinden, zonder dat de buur daarvoor toestemming heeft verleend, en zonder dat de buur de aanwezigheid van de bomen krachtens een erfdienstbaarheid dient te dulden, levert de aanwezigheid van de bomen een onrechtmatige toestand op, die op vordering van de buur dient te worden beëindigd. Deze rechtsvordering tot het verwijderen van de bomen (dus tot het beëindigen van de onrechtmatige

1 Ik ga er in dit advies van uit dat de in het slot van art. 5:42 lid 2 BW genoemde gevallen zich niet voordoen.

2 Volgens art. 5:42 lid 3 BW kan de buur zich niet verzetten tegen bomen die niet boven de scheidsmuur uitsteken.

3 Art. 713 BW (oud).

toestand) is aan verjaring onderhevig. De verjaringstermijn bedraagt twintig jaar,⁴ en ving aan op de dag nadat de bomen er kwamen te staan.⁵ Een verjaringstermijn kan worden gestuit, waarna een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen.⁶

Een *erfdienstbaarheid* kan ontstaan doordat zij door de eigenaren van het heersend en het dienend erf wordt gevestigd, maar kan ook door ‘verjaring’ worden verkregen. De wet kent twee vormen van verkrijging door verjaring; in de praktijk zal het bij erfdienstbaarheden, ontstaan door verjaring, vrijwel steeds gaan om verkrijging van een erfdienstbaarheid door extinctieve verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende van een erfdienstbaarheid (art. 3:314 jo. art. 3:105 lid 1 BW).^{7/8}

Een van de vereisten voor het ontstaan van een erfdienstbaarheid tot het hebben van bomen binnen de tweemeterzone door extinctieve verjaring is dat aan het einde van de verjaringstermijn van ‘bezit’ van deze erfdienstbaarheid kan worden gesproken. Bezit van een erfdienstbaarheid wordt niet snel aangenomen.⁹ Om van bezit van een erfdienstbaarheid te kunnen spreken is vereist dat de pretense bezitter zich zodanig gedraagt dat de eigenaar van het buurperceel daaruit niets anders kan afleiden dan dat de gebruiker pretendeert rechthebbende tot de erfdienstbaarheid te zijn. Er moeten feiten en omstandigheden zijn, waaruit naar verkeersopvatting een wilsuiking tot het uitoefenen van een erfdienstbaarheid kan worden afgeleid.¹⁰ Hiervan is in ieder geval sprake indien de eigenaar van de bomen binnen de erfgrens zich jegens zijn buurman op een erfdienstbaarheid beroept. Het feit dat zich sinds jaar en dag binnen de tweemeterzone bomen bevinden, is volgens de Hoge Raad niet voldoende om aan te nemen dat van bezit van een erfdienstbaarheid sprake is.¹¹ Een dergelijke situatie zal in de regel worden geduid als een loutere inbreuk op het eigendomsrecht van de buurman. Uit de enkele aanwezigheid

4 Art. 3:306 BW; onder oud recht bedroeg de verjaringstermijn dertig jaar (art. 2004 BW (oud)).

5 Aldus, voor wat betreft onder oud recht geplante bomen, HR 18 december 1992, NJ 1993, 152 (De Moel/Scherpenzeel). Onder het huidige recht start de verjaringstermijn ten aanzien van beplantingen achter een scheidsmuur als zij daar bovenuit gaan steken, zie Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 195.

6 Art. 3:316-3:319 BW.

7 Zie voor een voorbeeld van een (bijzonder) geval van het ontstaan van een erfdienstbaarheid door acquisitieve verjaring (art. 3:99 BW) HR 5 februari 2010, NJ 2010, 294 (Rodewijk/Bouwman; m.nt. F.M.J. Verstijlen).

8 Ook onder oud recht was een erfdienstbaarheid tot het hebben van bomen binnen de grens van ‘twintig palmen binnen de scheidslinie’ voor bezit vatbaar, nu zij als een ‘voortdurende erfdienstbaarheid’ werd beschouwd. Nu verkrijging van een erfdienstbaarheid door extinctieve verjaring onder oud recht niet mogelijk was, volgt uit art. 78 ONBW dat zo’n erfdienstbaarheid op zijn vroegst op 1 januari 1993 kan zijn ontstaan; zie J.A.J. Peter, ‘Erfdienstbaarheden’, art. 5:72 BW aant. 3.3.3, in: Jac. Hijma (red.), *Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer (losbl.).

9 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 631.

10 Art. 3:108 BW; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 196.

11 HR 3 mei 1996, NJ 1996, 501 (Huizing/Stichting voor Andere Woonvormen), r.o. 6.2.1-6.2.2.

van bomen binnen de tweemeterzone kan wel de wil van de eigenaar van de bomen worden afgeleid de bomen in strijd met art. 5:42 BW ter plaatse te hebben, maar niet dat van bezit van een erfdienstbaarheid sprake is, zo blijkt uit jurisprudentie.¹² Ook het planten van bomen binnen de ‘verboden’ afstand is niet voldoende om bezit van een erfdienstbaarheid in voornoemde zin aan te nemen.¹³

Ik begrijp dat er door Visser nooit toestemming is verleend tot het plaatsen of hebben van de vlierbomen in kwestie. Op basis van uw informatie verwacht ik niet dat u zult slagen in het bewijs dat van ‘bezit’ van een erfdienstbaarheid sprake is. Dit betekent dat de situatie zoals die tot aan het omwaaien van de bomen was, moet worden gekwalificeerd als een situatie die in strijd was met het bepaalde in art. 5:42 lid 1 BW, en die een inbreuk op het eigendomsrecht van de buurman opleverde.

Naar ik begrijp heeft Visser nooit bezwaar gemaakt tegen de aanwezigheid van de vlierbomen, die er zeker veertig jaar hebben gestaan. Dit betekent dat Visser geen verwijdering van de bomen meer kon vorderen. Zijn vordering was verjaard, zodat hij de bomen moest dulden.

2 VRAAG 1: VERGOEDING VAN DE SCHADE AAN DE SCHUUR

Art. 5:44 lid 2 BW bepaalt:

‘Degene op wiens erf wortels van een ander erf doorschieten, mag deze voor zover ze doorgeschoten zijn weghakken en zich toeëigenen.’

De eigenaar van het buurerf mag de doorschietende wortels weghakken ongeacht of de bomen in kwestie zich bevinden binnen de tweemeterzone, en, indien dit het geval is, ongeacht of de eigenaar van het buurerf de aanwezigheid van de bomen krachtens verleende toestemming of een erfdienstbaarheid dient te dulden. De bevoegdheid tot het weghakken van doorschietende wortels bestaat ook indien de bomen er niet mochten staan, maar de vordering tot verwijdering van de boom binnen de tweemeterzone is verjaard.¹⁴ Het weghakrecht is echter niet volstrekt onbeperkt. Onder omstandigheden kan het gebruikmaken van de in art. 5:44 lid 2 BW neergelegde bevoegdheid *misbruik van bevoegdheid* opleveren.¹⁵ Volgens art. 3:13 BW is van misbruik van bevoegdheid onder meer sprake bij een zodanige onevenredigheid tussen het

12 Zie HR 20 december 1901, W 1902, 7701, en, meer recent, Rb. Breda 27 juni 2005, *NJF* 2005, 309, r.o. 3.20.

13 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 631.

14 C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, M.O., p. 195; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 568.

15 Vgl. PG Boek 5, M.O., p. 195.

belang bij de uitoefening van de bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, dat de handelende naar redelijkheid niet tot uitoefening van zijn bevoegdheid had kunnen komen. Wanneer een eigenaar van een erf in een concreet geval zijn bevoegdheid tot het weghakken van wortels misbruikt, dan kan hij zich niet op art. 5:44 lid 2 BW beroepen, en is het weghakken *onrechtmatig*.¹⁶

Uit uw brief en het gesprek dat wij hadden, maak ik op dat Visser de wortels van de vlierbomen heeft verwijderd in het kader van de renovatie van zijn tuin. Hij heeft de wortels weggezaagd; zij zijn dus niet onopzettelijk bij de grondbewerking afgehakt. Het lijkt er op dat het belang dat Visser had bij verwijdering van de wortels een esthetisch belang was, en dat het feit dat wortels naar hun aard voedsel en water uit de grond onttrekken en licht wegnemen geen (belangrijke) rol speelde bij het weghakken. Door zo rigoureuus de wortels van de vlierbomen weg te hakken, schaadde hij niet alleen uw (waarschijnlijk eveneens esthetische) belang bij instandhouding van de bomen, die passen in het beeld van de wijk, maar ook en vooral uw belang dat er door het weghakken van wortels geen gevaarlijke situatie zou ontstaan. Nu de zes meter hoge bomen slechts dertig centimeter van de erfgrans stonden, had Visser behoren te weten dat een groot deel van de wortels zich in zijn grond bevond, en dat rigoureuus wegzagen van de wortels dus consequenties zou hebben voor de verankering van de bomen in de grond, en daarmee ook voor de stabiliteit en levensvatbaarheid van de boom. Naar mijn mening is dan ook goed denkbaar dat de rechter in een eventuele procedure zou oordelen dat Visser zijn weghakbevoegdheid heeft misbruikt, en onrechtmatig heeft gehandeld. Ook aan het vereiste van toerekenbaarheid is voldaan. Ervan uitgaande, dat het weghakken van de wortels causaal is geweest voor het omvallen van de bomen tijdens de storm, is Visser aansprakelijk voor de schade aan de schuur

Of Visser, er van uitgaande dat hij aansprakelijk is voor de schade aan de schuur, verplicht is de gehele schade aan de schuur te vergoeden, kan ik niet zeggen. Het feit dat Visser door het weghakken van de wortels een gevaarlijke situatie heeft gecreëerd pleit voor een ruime toerekening.¹⁷ Relevant is ook of u wist dat de vlierbomen hun wortels goeddeels waren kwijtgeraakt. In dat geval had u voorzorgsmaatregelen moeten nemen om te voorkomen dat de bomen zouden omwaaien, en komt een deel van de schade voor uw eigen rekening. Er is dan sprake van 'eigen schuld' in de zin van art. 6:101 BW.

3 VRAAG 2: HERPLAATSING VAN VLIERBOMEN

U wilt op de plaats van de oorspronkelijke vlierbomen nieuwe bomen terugplanten, en de kosten hiervan op Visser verhalen. Dit voornemen gaat uit van

¹⁶ Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 44.

¹⁷ Zie art. 6:98 BW.

de veronderstelling dat u gerechtigd bent op de bewuste plek nieuwe bomen te planten. Dit is echter niet het geval. In § 1 concludeerde ik dat de aanwezigheid van de bomen binnen de tweemeterzone een onrechtmatige toestand vormde, maar dat Visser daar niets meer tegen kon ondernemen, nu zijn vordering tot verwijdering van de bomen inmiddels was verjaard.

Indien u voor de oude vlierbomen nieuwe zou terugplaatsen, zou een nieuwe onrechtmatige toestand ontstaan. Er zou daarmee een nieuwe verjaringstermijn gaan lopen, waarbinnen Visser in beginsel met succes verwijdering van de bomen zou kunnen vorderen.¹⁸ Het is de vraag of het feit dat de oorspronkelijke vlierbomen tengevolge van het onrechtmatig weghakken van de wortels door Visser verloren zijn gegaan, meebrengt dat Visser zich niet tegen de aanwezigheid van nieuwe bomen kan verzetten. Ik vraag mij ten eerste af of dit zo is; in de jurisprudentie vind ik voor deze stelling geen directe aanknopingspunten.¹⁹ Van belang hierbij is, dat Visser niet beoogd heeft de bomen door zijn handelen te doden om zo te bereiken dat, hoewel hij niet meer in rechte verwijdering ervan kon vorderen, de bomen toch zouden verdwijnen.

Ervan uitgaande dat het niet geoorloofd is op de bewuste plek nieuwe bomen te planten, en Visser niet gehouden is nieuw geplante bomen te dulden, is het verhalen van de kosten, gemoeid met het herplanten van bomen niet aan de orde.

4 CONCLUSIE

Samenvattend ben ik van mening dat u waarschijnlijk de schade aan de schuur geheel of gedeeltelijk op Visser kunt verhalen. Nu het herplanten van bomen op de plek waar de oorspronkelijke bomen stonden in strijd is met art. 5:42 BW, acht ik het niet mogelijk de kosten daarvan op Visser te verhalen.

Uiteraard ben ik graag bereid mijn advies nog eens met u door te spreken.

Met vriendelijke groet,

J.A.J. Peter

(Aantal woorden: 1756)

18 Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 631.

19 Zie voor een – met deze casus onvergelykbaar – geval waarin de rechter oordeelde dat de redelijkheid en billijkheid (die in het burenrecht niet rechtstreeks van toepassing zijn) in de weg stonden aan toewijzing van een vordering tot verwijdering van bomen binnen de tweemeterzone Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 1993, *NJ* 1994, 201.

C O M M E N T A A R

Hoe een ogenschijnlijk eenvoudige burenkwestie aanleiding kan geven tot grondige bespiegelingen met een uitvoerig notenapparaat! Hieronder volgt een commentaar met wat discussiepunten die slechts zijn ingegeven door een gebrek aan feitelijke gegevens in de casus.

1 BOMEN BINNEN DE TWEEMETERZONE EN ERFDIENSTBAARHEID

Je schrijft in § 1 dat het bezit van een erfdienstbaarheid niet snel wordt aangenomen. Er moeten feiten en omstandigheden zijn, waaruit naar verkeersopvatting een wil tot uitoefening van een erfdienstbaarheid kan worden afgeleid. De jurisprudentie van de Hoge Raad (je verwijst naar HR 3 mei 1996, *NJ* 1996, 501) geeft in dit verband nogal abstracte aanknopingspunten. Wellicht is het geven van water, het jaarlijks bijsnoeien van de bomen en het plaatsen van een zitje onder de schaduw van de takken voldoende om in dit geval van bezit van een erfdienstbaarheid te kunnen spreken. In ieder geval zal het zo zijn, zoals je constateert, dat de vordering van Visser om de onrechtmatige toestand op te heffen, is verjaard. Overgangsrechtelijke perikelen zijn gelukkig niet aan de orde. Omdat de bomen zijn omgewaaid, speelt het bezit van de erfdienstbaarheid in de context van de extinctieve verjaring verder geen rol meer. Geheel terzijde merk ik op dat de uitwerking van de casus een andere invalshoek had kunnen hebben: de Gemeente kan hoogte en afstand van de bomen bij plaatselijke verordening hebben toegestaan (art. 5:42 lid 2 BW). Er waren nog wat andere bomen in de wijk die vergelijkbaar in omvang, hoogte en ligging waren; misschien mocht dat? Makhuijsen moet dit eerst maar even uitzoeken.

2 WEGHAKKEN VAN WORTELS EN SCHADE AAN DE SCHUUR

Over de vraag of Visser van zijn bevoegdheid om wortels weg te halen (art. 5:44 lid 2 BW) misbruik heeft gemaakt, kun je van mening verschillen. Veel zal afhangen van de feitelijke situatie ter plaatse. Bij een renovatie van de tuin, kunnen die wortels aardig in de weg zitten. Niet duidelijk is of hij alle wortels in zijn grond heeft weggezaagd, of maar een deel (je laat het wijselijk in het midden en spreekt van 'goeddeels'). Ook de vraag naar de eigen schuld van Makhuijsen valt niet zo maar te beantwoorden: moest Makhuijsen rekening houden met een zware (lees: wellicht ongebruikelijke) najaarsstorm? Van begin 2009 tot oktober 2009 zijn de bomen in ieder geval overeind gebleven. Geen discussie lijkt mogelijk over de vraag of Makhuijsen wederom hoge vlierbomen mag plaatsen: nee. Makhuijsen moet zich houden aan de eisen van het buren-

recht; hij heeft geen recht op herstel in de oude toestand. Het onrechtmatig handelen van Visser heeft zich vertaald in een vordering tot schadevergoeding (zie Hof Amsterdam 12 januari 2010, *LJN* BN1308).¹

Makhuijsen zal nog wel met je de schadeposten willen doornemen. Hij wil eigenlijk een grotere schuur neerzetten. Hoe Visser hier letterlijk en figuurlijk tegen aankijkt? Daarover gaat een volgende practicumopdracht.

1 Publicatie op <www.rechtspraak.nl> na het afronden van dit commentaar.