



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De actio negatoria : een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht

Es, P.C. van

Citation

Es, P. C. van. (2005, October 5). *De actio negatoria : een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht. Meijers-reeks*. Wolf Legal Publishers, Nijmegen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4301>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4301>

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

17 | Nadere afbakening van de grenzen van het toepassingsgebied van de moderne *actio negatoria*

17.1 INLEIDING

Een eigenaar op wiens eigendomsrecht een niet met deposedering gepaard gaande inbreuk wordt – of dreigt te worden – gemaakt, kan met de moderne *actio negatoria* vorderen dat de inbreukmakende toestand ongedaan wordt gemaakt of dat de inbreukmakende handeling wordt verboden.¹ Het recht om zulks te vorderen vloeit rechtstreeks voort uit het geschonden exclusieve eigendomsrecht. In dit hoofdstuk zal in de eerste plaats worden stilgestaan bij de voor de toepassing van de moderne *actio negatoria* vereiste aanwezigheid van een inbreuk op het eigendomsrecht. Aan de orde komt de vraag wanneer er van zo'n inbreuk sprake is. Vervolgens zal een drietal regelingen worden besproken die voorkomen dat de regel dat een (dreigende) inbreuk op het eigendomsrecht de toewijzing van een verbods- of ongedaanmakingsvordering rechtvaardigt, onder alle omstandigheden van toepassing is. Het gaat hier om het vereiste van voldoende belang (art. 3:303 BW), de regeling met betrekking tot misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) en de regeling van art. 6:168 BW (afwijzing van een vordering tot verbod op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen).

17.2 WANNEER IS ER SPRAKE VAN EEN INBREUK OP HET EIGENDOMSRECHT?

17.2.1 Inhoud en totstandkomingsgeschiedenis van art. 5:1 lid 2 BW

Ter beantwoording van de vraag wanneer er sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht, is het nuttig om een blik te werpen op de totstandkomingsgeschiedenis van art. 5:1 lid 2 BW. In het Ontwerp Meijers voor Boek 5 (en ook nog in de Tekst 1980²) waren afzonderlijke bepalingen gewijd aan

-
- 1 Wanneer een verbodsvordering wordt toegewezen, verbiedt een rechter iets wat op grond van het objectieve recht, ook zonder zo'n rechterlijk verbod, al verboden was (vgl. Meijers (1912), p. 571). Het verbodsvonnissen ontleent zijn betekenis vooral aan de rechterlijke bepalingen die hierin opgenomen kunnen worden voor het geval het verbod niet zal worden nageleefd. Hierbij kan in het bijzonder gedacht worden aan de veroordeling tot betaling van een dwangsom (art. 611a Rv).
 - 2 Wet van 9 mei 1980, houdende vaststelling van Boek 5 van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek, Staatsblad 1980, 431.

de bevoegdheden van de eigenaar (art. 5.1.1) en aan de verplichtingen van anderen om zich te onthouden van bemoeienis met de zaak (art. 5.1.3). Deze bepalingen luiden in de Tekst 1980 als volgt:

‘Art. 5.1.1. lid 2. Het staat de eigenaar vrij van de zaak gebruik te maken, behoudens rechten van anderen en met inachtneming van de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen.’³

‘Art. 5.1.3. De eigenaar behoeft niet te dulden dat een ander op enige wijze van de zaak gebruik maakt, tenzij deze daartoe krachtens de wet, een hem toekomend recht of een rechtvaardigingsgrond bevoegd is.’⁴

In het Ontwerp 1982⁵ werd de bepaling van art. 5.1.3 uit de Tekst 1980 ondergebracht in art. 5.1.1 lid 2 door voor ‘vrij’ toe te voegen ‘met uitsluiting van een ieder’.⁶ Deze wijziging werd onder meer ingegeven door de behoefte om de beperkingen waarnaar art. 5.1.1 lid 2 verwijst, ook te laten gelden voor de bevoegdheid van de eigenaar om anderen van het gebruik van zijn zaak uit te sluiten.⁷ Het systeem van art. 5:1 lid 2 BW is nu dat ieder gebruik van een zaak door een ander dan de eigenaar een inbreuk op het eigendomsrecht vormt (waarbij het niet van belang is of de eigenaar door dit gebruik in het gebruik wordt belemmerd dat hijzelf van de zaak wil maken⁸), tenzij dit gebruik is toegestaan op een van de in art. 5:1 lid 2 BW genoemde gronden, dat wil zeggen op grond van (i) een goederenrechtelijk of een persoonlijk recht, (ii) wettelijke voorschriften of (iii) regels van ongeschreven recht. Hieronder zal deze regel op enige punten worden toegelicht.

3 PG Boek 5 Inv. 3, 5 en 6, p. 1003.

4 PG Boek 5 Inv. 3, 5 en 6, p. 1003.

5 Invoeringswet Boeken 3-6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (vijfde gedeelte) (wijziging van titel 11 van Boek 3 en van de Boeken 5 en 6), Tweede Kamer 1981-1982, 17 541, nr. 2.

6 Zie PG Boek 5 Inv. 3, 5 en 6, p. 1003. Het huidige art. 5:1 lid 2 BW luidt: ‘Het staat de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen.’

7 Zie Eindverslag I betreffende art. 5.1.3, PG Boek 5, p. 70-71 en M.v.T. Inv. bij art. 5:1, PG Boek 5 Inv. 3, 5 en 6, p. 1005. Overigens brengt het huidige art. 5:1 lid 2 BW deze gedachte niet duidelijk tot uitdrukking, doordat de bedoelde beperkingen alleen lijken terug te slaan op het gebruik door de eigenaar en niet ook op de bevoegdheid om een ander van het gebruik uit te sluiten. Over de bedoeling van de wetgever kan echter geen misverstand bestaan.

8 Zie T.M. bij art. 5.1.3, PG Boek 5, p. 65, hetgeen wordt herhaald in de M.v.A. II, PG Boek 5, p. 69. Dit wordt over het hoofd gezien door Brunner in zijn noot onder HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 315 (Gemeente Breda/Nijs) en door A-G Franx in zijn conclusie bij HR 4 februari 1983, *NJ* 1983, 546 (Aret/Gemeente Amsterdam).

17.2.2 De betekenis van het 'gebruik maken' van de zaak in art. 5:1 lid 2 BW

De hierboven geformuleerde regel met betrekking tot de vraag wanneer er sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht, behoeft op enige punten een nadere toelichting. In de eerste plaats geldt dit voor de betekenis van het 'gebruik maken' van de zaak dat art. 5:1 lid 2 BW aan ieder ander dan de eigenaar verbiedt. Meijers sprak in zijn ontwerp voor art. 5.1.3 nog niet over een verbod op het 'gebruik maken' van de zaak, maar over een verbod op het 'zich bedienen' van de zaak.⁹ Blijkens zijn toelichting had hij beoogd een omschrijving te vinden die inhoudelijk overeenkwam met het door de Duitse en Zwitserse wetgever gebezigde begrip *Einwirkung*.¹⁰ Bij Memorie van Antwoord werd voorgesteld om in art. 5.1.3 het 'zich bedienen' van de zaak te wijzigen in het op enige wijze 'gebruik maken' van de zaak. Met dit voorstel werd geen inhoudelijke, maar slechts een redactionele wijziging beoogd. Volgens de Memorie van Antwoord wordt met het op enige wijze 'gebruik maken' van de zaak bedoeld op '...ieder gebruik in de ruimste zin des woords, inbegrepen het verbruik, beschadigen, vervormen, enz.'¹¹

Vastgesteld kan worden dat het door art. 5:1 lid 2 BW verboden 'gebruik' van andermans zaak een aanzienlijk ruimere betekenis heeft dan men op grond van de taalkundige betekenis van het woord 'gebruik' zou verwachten. Aangenomen moet worden dat onder dit 'gebruik' ook valt het toebrengen van hinder door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen als bedoeld in art. 5:37 BW. In dit verband kan er in de eerste plaats op gewezen worden dat deze gedragingen ook vallen onder het Duitse begrip *Einwirkung*,¹² voor welk begrip de wetgever zoals gezegd een Nederlands equivalent heeft gezocht. In de tweede plaats kan erop gewezen worden dat de Hoge Raad in 1914 een arrest heeft gewezen waarin de bovenbedoelde gedragingen op één lijn worden gesteld met zaakbeschadiging:

'...dat het door het veroorzaken van veel geraas, sterk gedreun en ernstige trillingen aan iemand hinder toebrengen in het normaal gebruik van zijn eigendom, evengoed schending kan zijn van diens eigendomsrecht als de beschadiging der zaak zelve...'¹³

Aangezien zaakbeschadiging in de hierboven geciteerde Memorie van Antwoord expliciet wordt aangemerkt als een vorm van 'gebruik' van andermans zaak, mag worden aangenomen dat dit ook geldt voor het toebrengen van hinder door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen als

9 Zie O.M. art. 5.1.3, PG Boek 5, p. 65.

10 Zie PG Boek 5, p. 65 en zie ook M.O. bij art. 5.1.3, PG Boek 5, p. 70. Zie voor het Duitse recht § 903 BGB en voor het Zwitserse recht § 641 ZGB.

11 PG Boek 5, p. 69.

12 Zie § 903 BGB in verbinding met § 906 BGB, alsmede Wolf (2003), p. 139.

13 HR 30 januari 1914, NJ 1914, 497, W. 9648 m. nt. EMM (Banketbakker Krul/Jooostens).

bedoeld in art. 5:37 BW.¹⁴ Het belang van de vaststelling dat het toebrengen van hinder door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen kwalificeert als een verboden vorm van ‘gebruik’ van andermans erf in de zin van art. 5:1 lid 2 BW, komt hieronder¹⁵ nog aan de orde.

17.2.3 De verwijzing naar wettelijke voorschriften in art. 5:1 lid 2 BW

‘Wettelijke voorschriften’ kunnen volgens art. 5:1 lid 2 BW het gebruik van andermans eigendom geoorloofd doen zijn. Hierbij kan gedacht worden aan de bepaling van art. 5:21 lid 2 BW. In aansluiting aan lid 1 van art. 5:21 BW – dat bepaalt dat de bevoegdheid van de eigenaar van de grond om deze te gebruiken, de bevoegdheid omvat tot gebruik van de ruimte boven en onder de oppervlakte – behelst deze bepaling het navolgende:

‘Het gebruik van de ruimte boven en onder de oppervlakte is aan anderen toegestaan, indien dit zo hoog boven of zo diep onder de oppervlakte plaats vindt, dat de eigenaar geen belang heeft zich daartegen te verzetten.’¹⁶

Voorts kan – wat betreft de bepalingen uit het BW¹⁷ – gedacht worden aan een aantal tot het burennrecht behorende bepalingen, waaronder de bepaling met betrekking tot hinder (art. 5:37 BW), alsmede aan de bepalingen van art. 5:22 BW en art. 5:23 BW. Deze bepalingen zullen hieronder in hoofdstuk 18 worden besproken.

17.2.4 De verwijzing naar het ongeschreven recht in art. 5:1 lid 2 BW

Uit art. 5:1 lid 2 volgt dat ook regels van ongeschreven recht het gebruik van andermans eigendom toelaatbaar kunnen maken. Bij deze regels van ongeschreven recht kan in de eerste plaats gedacht worden aan de oorspronkelijk in art. 5:1.3 BW vermelde ‘rechtvaardigingsgronden’.¹⁸ Zo’n rechtvaardigingsgrond doet zich bijvoorbeeld voor wanneer de brandweer andermans erf

14 Vgl. ook Meijers (1954), p. 182 waar ‘*la pénétration dans sa propriété de parcelles minimales de matières ou d’énergie*’ wordt vergeleken met het onbevoegdlijk betreden van een erf door een derde.

15 Zie § 18.2.1 hieronder.

16 Zie over deze bepaling Ploeger (1997), p. 293-302.

17 Er zijn ook publiekrechtelijke regelingen waaraan derden een gebruiksbevoegdheid kunnen ontlenen, zoals de Belemmeringenwet Privaatrecht.

18 De expliciete vermelding van de mogelijkheid dat een (ongeschreven) rechtvaardigingsgrond een bepaald gebruik van andermans zaak geoorloofd kan maken, is als gevolg van het onderbrengen van art. 5:1.3 BW in art. 5:1.1 lid 2 BW komen te vervallen.

betreedt om een brand te blussen.¹⁹ De wetgever heeft echter een grotere rol van het ongeschreven recht voor ogen gehad. De verwijzing naar de regels van het ongeschreven recht in art. 5.1.1 lid 2 BW was namelijk een van de redenen om art. 5.1.3 BW onder te brengen in art. 5.1.1 lid 2 BW.²⁰ Een beroep op het ongeschreven recht kan uitkomst bieden wanneer het in een bepaalde situatie hoogst onwenselijk voorkomt dat het gebruik van andermans zaak geheel wordt uitgesloten, terwijl de wetgever niet (bijvoorbeeld in het burenrrecht) in zo'n geval heeft voorzien:

'<Er> kunnen situaties ontstaan die men aan de hand van ongeschreven recht zal moeten oplossen; het gaat niet aan bij voorbaat uit te sluiten dat men (althans voor zekere tijd) van het erf van de buurman een zeker gebruik mag (blijven) maken.'²¹

Meer in het algemeen kan men stellen dat de verwijzing naar de op het ongeschreven recht gegronde beperkingen in art. 5:1 lid 2 BW, als belangrijke consequentie heeft dat het eigendomsrecht geen uniforme, onveranderlijke inhoud heeft.²² Dat wat de open normen van het ongeschreven recht voorschrijven, verschilt namelijk naar tijd, naar plaats en naar het voorwerp van de eigendom.

Een voorbeeld van een geval waarin het voorwerp van de eigendom relevant is bij het op grond van het ongeschreven recht bepalen van de grenzen van het eigendomsrecht, doet zich voor bij de eigendom van ten openbare nutte bestemde zaken, zoals de zeebodem (art. 5:25 BW), de zeestranden (art. 5:26 BW), de openbare vaarwateren (art. 5:27 BW) en de openbare onroerende zaken (art. 5:28 BW). Aan de eigenaar van een dergelijke zaak komt geen algemene bevoegdheid toe om anderen van ieder gebruik uit te sluiten.²³ Het ongeschreven recht waarnaar art. 5:1 lid 2 BW verwijst, doet hier (naast het geschreven publiekrecht)²⁴ zijn werking.²⁵

19 Zie M.v.A. II bij art. 5.1.3, PG Boek 5, p. 70. Zie ook HR 3 mei 1934, NJ 1934, 1549 inzake het door de gemeente weigeren van de afgifte van het vlees van een geslachte koe, in verband met de vrees dat dit vlees tuberculeus zou zijn: 'dat aantasting van eens anders eigendomsrecht niet onrechtmatig is, indien deze noodzakelijk is tot het afweren van een onmiddellijk dreigend ernstig gevaar voor het leven of de gezondheid van derden'.

20 Zie Eindverslag I, PG Boek 5, p. 70-71 en M.v.T. Inv. bij art. 5:1, PG Boek 5 Inv. 3, 5 en 6, p. 1005. Een andere reden hield verband met het feit dat het gewenst werd geacht om niet alleen bij formele wet maar ook bij verordening een (beperkte) bevoegdheid tot het gebruik van andermans zaak in het leven te roepen (zie M.v.T. Inv. bij art. 5:1, PG Boek 5 Inv. 3, 5 en 6, p. 1004).

21 M.v.T. Inv. bij art. 5:1, PG Boek 5 Inv. 3, 5 en 6, p. 1005.

22 Vgl. W. Snijders (1991), p. 256-257 en Snijders/Rank-Berenschot (2001), nr. 168, p. 122-123.

23 Vgl. Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 109, p. 127.

24 Zie bijvoorbeeld art. 14 lid 1 Wegenwet.

25 Zie Van Maanen (1992), p. 977 en Hennekens (2001), p. 17. Beperkingen van eigenaarsbevoegdheden op grond van het ongeschreven publiekrecht kunnen ook op art. 3:14 BW worden gebaseerd (zie Asser/Mijnssen/De Haan 3-I (2001), nr. 98, p. 83-84).

Art. 5:42 BW geeft een duidelijk voorbeeld van een geval waarin de inhoud van het eigendomsrecht op grond van het ongeschreven recht naar plaats kan verschillen. Een van de hoofdregels van art. 5:42 BW luidt dat iedere eigenaar het recht heeft om verschoond te blijven van de aanwezigheid van een boom op het naburige erf die minder dan twee meter van de erfgrens verwijderd is. Plaatselijke gewoontes kunnen volgens art. 5:42 lid 2 BW echter meebrengen dat de eigenaar de aanwezigheid van een boom op een kleinere afstand moet dulden. Deze regel is een uitwerking van de algemene regel van art. 5:1 lid 2 BW dat de inhoud van het eigendomsrecht mede door het ongeschreven recht (dus ook door plaatselijke gewoontes) wordt bepaald.²⁶ Ook bij de beantwoording van de vraag in welke mate een eigenaar hinder als bedoeld in art. 5:37 BW moet dulden, spelen plaatselijke omstandigheden een rol.²⁷

Wat betreft de veranderlijkheid van het eigendomsrecht naar tijd, kan gewezen worden op het mondeling overleg van de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer met de Minister van Justitie bij de behandeling van art. 5.1.1 (thans art. 5:1 BW):

‘De Minister merkt op dat hij, met de commissie, het eigendomsrecht minder absoluut acht dan vroeger wel werd aangenomen en dat derhalve de in het tweede lid van het onderhavige artikel voorkomende woorden “zoals hem goedgevindt” ook volgens hem niet betekenen dat de eigenaar bij het uitoefenen van zijn eigenaarsbevoegdheden onbeperkt zijn gang mag gaan en de belangen van anderen mag veronachtzamen. De daarop volgende woorden “behoudens rechten van anderen en met inachtneming van de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen” zijn niet gering; vooral dat “ongeschreven recht” zal, flexibel als het is, de omvang van het eigendomsrecht overeenkomstig de tijdsopvatting bepalen en beperken.’²⁸

17.2.5 HR 25 september 1981, NJ 1982, 315 (Gemeente Breda/Nijs): een nadere toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm?

Volgens de hierboven in § 17.2.1 geformuleerde algemene regel vormt *ieder* (niet onder een van de uitzonderingscategorieën van art. 5:1 lid 2 BW vallend) *gebruik* dat van andermans zaak wordt gemaakt, ook altijd een *inbreuk* op het eigendomsrecht op die zaak. Twijfel aan de juistheid van deze regel zou kunnen rijzen naar aanleiding van een arrest van de Hoge Raad uit 1981.²⁹ In de zaak die aanleiding gaf tot dit arrest ging het om het volgende. De eigenaar van een gekraakt pand eiste in kort geding van de gemeente (als leverancier) stopzetting van de levering van gas, water en elektriciteit. Deze

26 Vgl. Hartkamp (1999), nr. 200, p. 207.

27 Zie T.M. bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 34 en zie verder § 18.2.5 sub b hieronder.

28 PG Boek 5, p. 30-31.

29 HR 25 september 1981, NJ 1982, 315 m. nt. CJHB (Gemeente Breda/Nijs).

eis was hierop gegrond dat de eiser beweerde dat de gemeente, door tegen zijn wil gas, water en elektriciteit aan de krakers te leveren, inbreuk maakte op zijn eigendomsrecht op de in het pand aanwezige nutsleidingen waardoor de leveringen plaatsvonden. Het Hof had, evenals de President van de rechtbank, aangenomen dat het enkele gebruik dat de gemeente tegen de wil van de eiser van de aan hem toebehorende leidingen maakte, een inbreuk op het eigendomsrecht van de eiser vormde. De Hoge Raad casseert en overweegt:

‘Niet elk gebruik – in de ruime zin waarin het Hof die term bezigt – dat een ander tegen de wil van de eigenaar van diens zaak maakt, kan als een inbreuk op diens eigendomsrecht worden beschouwd. Of het onderhavige gebruik van de voormelde leidingen door de gemeente een zodanige inbreuk opleverde, kan niet worden beoordeeld los van de vraag of de gemeente door de voortzetting van de voormelde levering jegens Nijs <eiser> onzorgvuldig handelde.’

Uit deze uitspraak van de Hoge Raad mag niet worden afgeleid dat als algemene regel geldt dat een nadere toetsing aan de ongeschreven zorgvuldigheids- of betamelijkheidsnorm nodig is om te kunnen concluderen dat een bepaald gebruik van andermans zaak, *inbreuk* op het eigendomsrecht op die zaak vormt. In de eerste plaats ging het in deze zaak om een dermate bijzonder geval (waarin een dermate bijzondere vorm van gebruik van andermans zaak aan de orde was), dat hieruit geen algemene regels mogen worden afgeleid.³⁰ In de tweede plaats is het arrest gewezen onder vigeur van het oude BW. Voorzover aan het arrest al enige algemene betekenis zou moeten worden toegekend, heeft het deze door de inwerkingtreding van het huidige BW in 1992 in ieder geval verloren.³¹ Art. 6:162 lid 2 BW bestempelt een ‘inbreuk op een recht’ expliciet als zelfstandige onrechtmatigheidscategorie.³² Dit valt niet te rijmen met een benadering waarin, ter bepaling van het antwoord op de vraag of een bepaald gebruik van een zaak een inbreuk op het eigendomsrecht op die zaak oplevert, steeds getoetst zou moeten worden of dat gebruik tevens voldoet aan de vereisten van een andere in art. 6:162 lid 2 BW vermelde onrechtmatigheidscategorie (namelijk ‘een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’). Overigens erkende ook Smits – naar wie de door het huidige BW verworpen leer is vernoemd dat een inbreuk op een recht slechts onrechtmatig is wanneer

30 Zie in deze zin Asser/Mijnssen/Davids/Van Velten 3-II (1990), nr. 31, p. 31. Zie ook zeer kritisch over dit arrest: Jansen (1996), p. 30.

31 Vgl. Asser/Hartkamp 4-III (2002), nr. 54, p. 72.

32 Zie over de betekenis van een ‘inbreuk op een recht’ als zelfstandige onrechtmatigheids-categorie: T.M. bij art. 6.3.1.1, PG Boek 6, p. 614: ‘De inbreuk als afzonderlijke categorie van onrechtmatige daden zal zijn zin behouden, zolang de rechtsorde door het toekennen of omschrijven van subjectieve rechten indirect te kennen geeft dat bepaalde handelingen, die een inbreuk op deze rechten opleveren, rechtens verboden zijn.’ Zie ook Sieburgh (2000), p. 59-68 en Asser/Hartkamp 4-III (2002), nr. 41, p. 49.

tevens in strijd gehandeld is met een ongeschreven zorgvuldigheids- of betamelijkheidsnorm³³ – de zelfstandige betekenis van een inbreuk op een door het objectief recht erkend subjectief recht.³⁴ Een nadere toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm in het geval van een inbreuk op een subjectief recht, werd door Smits namelijk alleen voorgestaan wanneer de vordering strekte tot schadevergoeding en niet wanneer deze vordering (zoals in het geval van het onderhavige arrest) diende om tot andere rechtsgevolgen te komen:

‘Wanneer in een door het objectieve recht erkend subjectief recht ligt opgesloten, dat er een door anderen dan den rechthebbende, die er het zeggenschap over heeft, te respecteren goed is, zal het subjectieve recht reeds zijn aangerand – en ontstaat reeds een recht tot afweer – zoodra menschelijk handelen ten aanzien van het rechtsobject een toestand in het leven geroepen heeft, welke alleen de rechthebbende teweeg mag brengen. Geheel onverschillig of er sprake is van opzet of schuld ten aanzien van de inwerking op het object of ten aanzien van de omstandigheid dat een ander een subjectief recht heeft. Deze zuivere objectieve onrechtmatigheid – waaraan elk oordeel omtrent, elke veroordeling van *het gedrag* van den handelende vreemd is – (men kan spreken van objectieve rechtsaantasting) – heeft eigen rechtsgevolgen. Deze zijn terug te voeren tot het oordeel gegeven in de rechtserkenning zelve. Deze rechtsgevolgen zijn: verklaring van recht, verbod van handelen voor de toekomst, opvordering van onthouden goed.’³⁵

De vraag die nog resteert is op welke wijze de Hoge Raad naar huidig recht zou moeten oordelen over een op het eigendomsrecht op binnenshuis gelegen leidingen gebaseerde vordering tot stopzetting van de leverantie van water, gas en elektriciteit. Zou ons huidige burgerlijk recht de Hoge Raad dwingen om het arrest van het Hof te bekrachtigen? Mijns inziens zou de Hoge Raad ook onder het huidige recht tot cassatie kunnen komen door tot uitgangspunt te nemen dat de binnenshuis gelegen leidingen in het geheel niet door de toeleverancier gebruikt worden. Hierbij speelt de gedachte van Brunner³⁶ een rol dat het gebruik van de binnenshuis gelegen leidingen plaatsvindt door het aftappen van water of energie: dit doen alleen de bewoners, niet de toeleverancier. Volgens Hartkamp ligt in het feit dat de Hoge Raad spreekt over het gebruik ‘in de ruime zin waarin het Hof die term bezigt’ al besloten dat de Hoge Raad in het onderhavige geval niet zou willen spreken van gebruik.³⁷ Een juiste beslissing voor het huidige recht zou dan zijn dat de Hoge Raad vaststelde dat het gebruik – in de ruime zin waarin het Hof die term bezigt – geen gebruik is in de zin van art. 5:1 lid 2 BW en dat dit gebruik daarom niet

33 Zie bijvoorbeeld Asser/Hartkamp 4-III (2002), nr. 41, p. 49 en nr. 54, p. 71 en Jansen (1996), p. 27.

34 Dit wordt vaak over het hoofd gezien, bijvoorbeeld door Asser/Hartkamp 4-III (2002), nr. 54, p. 71, Van Dam (2000), nr. 835 noot 199 en Nieuwenhuis (1997), p. 20.

35 Smits (1940), p. 386.

36 Zie zijn noot onder HR 25 september 1981, *NJ* 1982, nr. 315 (Gemeente Breda/Nijs).

37 Zie Asser/Hartkamp 4-III (2002), p. 49-50.

als inbreuk op het eigendomsrecht kan worden beschouwd. Vervolgens zou de Hoge Raad kunnen beslissen dat de vraag of de toeleverancier desalniettemin onrechtmatig handelt jegens de eigenaar van het pand door niet op zijn verzoek tot afsluiting over te gaan, beoordeeld moet worden aan de hand van de vraag of de toeleverancier daardoor jegens de eigenaar handelt in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Er is ook nog een andere benadering denkbaar. Gesteld dat men het leveren van gas, water en elektriciteit moet aanmerken als een vorm van 'gebruik' (in de zin van art. 5:1 lid 2 BW) van de binnenshuis gelegen leidingen, dan is het verdedigbaar dat dit gebruik op grond van het ongeschreven recht – waarnaar art. 5:1 lid 2 BW verwijst – is toegestaan.

17.2.6 Andere vormen van inbreuk op het eigendomsrecht

Als algemene regel geldt dat er sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht wanneer een ander een zaak 'gebruikt' in de ruime zin van art. 5:1 lid 2 BW. Ook buiten deze gevallen kan er sprake zijn van een inbreuk op het eigendomsrecht. In de eerste plaats kan hierbij gedacht worden aan het geval waarin zich een bepaalde handeling of een bepaalde toestand voordoet die door een specifieke wettelijke bepaling strijdig wordt verklaard met andermans eigendomsrecht. Een aantal van deze bepalingen treft men aan in het burenrrecht.³⁸ In de tweede plaats wordt in de literatuur en jurisprudentie algemeen aangenomen dat ook het belemmeren van de eigenaar om zijn bevoegdheden uit te oefenen, een inbreuk op de eigendom vormt.³⁹ Voor een groot deel overlappen de hier bedoelde gevallen met de gevallen waarin het gaat om het ongeoorloofd 'gebruik' van andermans zaak. Te denken valt aan de situatie waarin iemand eens anders zaak onbevoegdelijk onder zich houdt. Een voorbeeld van een geval waarin aan de hier bedoelde inbreukcategorie wel een zelfstandig betekenis toekomt, vormt het ten onrechte gelegde beslag.⁴⁰

17.3 HET VEREISTE VAN VOLDOENDE BELANG

Na de bovenstaande bespreking van de vraag wanneer er sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht, komt hieronder, als eerste van de drie alge-

38 Zie bijvoorbeeld art. 5:37 BW (met betrekking tot het onthouden van licht of lucht of het ontnemen van steun), art. 5:42 BW en art. 5:50 BW.

39 Zie Jansen (Art. 6:162 lid 2), aant. 52 en Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 35, p. 44-45.

40 Zie Jansen (Art. 6:162 lid 2), aant. 14, Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 35, p. 44-45 en HR 7 april 1995, NJ 1996, 486 m. nt. WMK (in welk arrest het ten onrechte gelegde beslag als een inbreuk op het eigendomsrecht wordt aangemerkt).

mene regelingen die de reikwijdte van de moderne *actio negatoria* kunnen beperken, het vereiste van voldoende belang aan de orde. Art. 3:303 BW luidt: ‘Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe.’

Met de moderne *actio negatoria* kan behalve de ongedaanmaking van een onrechtmatige toestand, ook een rechterlijke uitspraak worden gevorderd dat een bepaalde handeling verboden is. In verband met deze laatste mogelijkheid, rijst de vraag wanneer een eigenaar er voldoende belang bij heeft om te vorderen dat de gedaagde zich onthoudt van het maken van inbreuk op zijn eigendomsrecht. Bedacht moet worden dat op grond van het absolute⁴¹ en exclusieve karakter van het eigendomsrecht, de eiser de bedoelde vordering in beginsel tegen iedereen zou kunnen instellen. Artikel 3:303 BW dient hier om de noodzakelijke grens te stellen.⁴² Deze grens wordt gevormd door de eis dat er een reële dreiging bestaat dat er een inbreuk op het eigendomsrecht zal worden gemaakt. Enerzijds is het hierbij niet noodzakelijk dat er in het verleden al een inbreuk heeft plaatsgevonden van het soort waarvan een verbod wordt gevraagd.⁴³ Anderzijds brengt een in het verleden gepleegde inbreuk niet per definitie mee dat er een reële dreiging bestaat dat dit onrecht zich in de toekomst zal herhalen. In dit verband kan gewezen worden op een uitspraak van de Hoge Raad inzake een inbreuk op het merkenrecht:

‘O. dat aan den rechter, die over de feiten oordeelt, ter beoordeling staat of en in hoever onder de gegeven omstandigheden uit de reeds gepleegde rechtsinbreuk vrees voor herhaling valt af te leiden...’⁴⁴

17.4 MISBRUIK VAN EIGENAARSBEVOEGDHEID

Een eigenaar kan volgens art. 3:13 lid 2 BW zijn eigenaarsbevoegdheid onder meer misbruiken door deze bevoegdheid uit te oefenen:

- i) met geen ander doel dan een ander te schaden; of
- ii) met een ander doel dan waarvoor zij is verleend; of

41 Absoluut wordt hier gebruikt in de betekenis van ‘tegen iedere andere persoon inroepbaar’ (zie Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 30, p. 35). De term absoluutheid wordt ook wel gebruikt om de ‘volheid’ en onbeperkte van de eigendom uit te drukken. Zie in deze zin bijvoorbeeld: V.V. II bij art. 5.1.1, PG Boek 5, p. 24 en Van Maanen (1992), p. 971.

42 Vgl. T.M. bij art. 6.3.1.1, PG Boek 6, p. 613.

43 Zie HR 4 maart 1938, *NJ* 1938, 948 m. nt. PS (met betrekking tot een dreigende inbreuk op het auteursrecht) en Asser/Hartkamp 4-III (2002), nr. 118, p. 126. Hetzelfde geldt voor het Duitse recht, hoewel de letterlijke bewoordingen van § 1004 BGB anders doen vermoeden (‘Sind *weitere* Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen’). Zie daarover: Staudinger/Gursky (§ 1004), nr. 207, p. 547-548 en Esser/Weyers (2000), p. 262-263.

44 HR 22 maart 1957, *NJ* 1958, 478.

- iii) in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

Volgens art. 3:13 lid 1 BW kan degene aan wie een bevoegdheid toekomt haar niet inroepen, voorzover hij haar misbruikt. Hieruit volgt dat de uitdrukking ‘misbruik van bevoegdheid’ een *contradictio in terminis* is.⁴⁵ Men kan niet tegelijk een bevoegdheid hebben en deze misbruiken: misbruik doet de bevoegdheid eindigen. Meijers was echter niet onder de indruk van deze subtiliteit:

‘De beperking, die bij iedere door het recht toegekende bevoegdheid moet worden aangenomen, wordt vanouds weergegeven door van rechtsmisbruik te spreken. Of het taalkundig juist is van misbruik van recht en van misbruik van een bevoegdheid te spreken, kan in het midden worden gelaten. De uitdrukking is kort en krachtig en wordt door een ieder begrepen.’⁴⁶

Bij misbruik van eigenaarsbevoegdheid gaat het erom dat wat *in abstracto* de uitoefening van een eigenaarsbevoegdheid schijnt, *in concreto* – op grond van bijzondere omstandigheden – niet tot de bevoegdheid van de eigenaar behoort.⁴⁷ Het is nuttig om, in navolging van Smits,⁴⁸ bij eigendomsmisbruik onderscheid te maken tussen twee categorieën van gevallen.

De eerste categorie bestaat uit gevallen waarin de eigenaar zijn bevoegdheden misbruikt door een hem toekomende zaak op een bepaalde wijze te gebruiken. Te denken valt hierbij aan het door een eigenaar plaatsen van een bouwwerk op zijn grond, met als enige doel het uitzicht van de buurman te ontnemen.⁴⁹ Bij deze categorie van gevallen van misbruik van eigenaarsbevoegdheid is in wezen sprake van onrechtmatige-daadsrecht. Art. 3:13 lid 2 BW geeft voor deze gevallen nadere criteria waaraan het gedrag van de eigenaar – in het kader van de vraag naar de maatschappelijke betamelijkheid – getoetst kan worden.⁵⁰

Bij de tweede categorie gaat het om gevallen waarin het eigendomsrecht misbruikt wordt doordat de eigenaar – onder bepaalde bijzondere omstandigheden – zijn eigendomsrecht inroept tegen iemand die zijn zaak zonder zijn

45 Vgl. Rodenburg (1985), p. V. Zie voor een duidelijke uiteenzetting over dit (terminologische) probleem: Scheltema (1935), p. 294-295. Zie voor een overzicht van de literatuur waarin kritiek op de term ‘rechtsmisbruik’ wordt geuit: Asser/Beekhuis 3-II (1983), p. 51.

46 T.M. bij 3.1.1.14, PG Boek 3 INV, p. 1038.

47 Zie Eggens (1941), p. 79-80 en Eggens (1947), p. 223.

48 Zie Smits (1940), p. 402 noot 88. Zie ook Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 51, p. 63.

49 Zie bijvoorbeeld de arresten inzake de watertoren te Berg en Dal: HR 13 maart 1936, *NJ* 1936, 415 m. nt. PS en HR 2 april 1937, *NJ* 1937, 639 m. nt. PS.

50 Het gegeven dat de gedaagde een subjectief recht uitoefent, is in deze gevallen een factor bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een schending van de maatschappelijke-betamelijkheidsnorm. Vgl. Smits (1940), p. 400-401.

toestemming gebruikt. Een klassiek voorbeeld van een dergelijk geval van misbruik van eigenaarsbevoegdheid is het door een eigenaar instellen van een vordering tot afbraak van een gebouw dat zich voor een gering deel op zijn erf bevindt.⁵¹ In de gevallen van de tweede categorie bestaat de sanctie op misbruik van bevoegdheid uit de niet-ontvankelijk verklaring van de ter afwering van de inbreuk op het eigendomsrecht ingestelde vordering,⁵² dat wil zeggen van de moderne *actio negatoria*. Een succesvol beroep door de gedaagde op art. 3:13 BW laat onverlet dat de eiser op grond van art. 6:162 BW wegens inbreuk op het eigendomsrecht schadevergoeding kan vorderen.⁵³

Wat betreft de tweede categorie van gevallen vindt men in het burendrecht in art. 5:54 BW een regeling die kan worden beschouwd als een nadere uitwerking van het beginsel van art. 3:13 BW.⁵⁴ Deze regeling zal hieronder aan de orde komen.⁵⁵

17.5 AFWIJZING VAN EEN VERBOD OP GROND VAN ZWAARWEGENDE MAATSCHAPPELIJKE BELANGEN (ART. 6:168 BW)

De laatste hier te behandelen algemene regeling die kan verhinderen dat een bepaalde inbreuk op andermans eigendomsrecht automatisch leidt tot toewijzing van de moderne *actio negatoria*, is te vinden in art. 6:168 BW. Het eerste lid van dit artikel luidt als volgt:

‘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.’

Art. 5.1.2 lid 2 van het ontwerp van Meijers bevatte een met art. 6:168 BW vergelijkbare regeling, die echter alleen betrekking had op de verplichting om in het algemeen belang, tegen schadeloosstelling, het toebrengen van bovenmatige hinder te dulden. Hoewel de regeling van art. 6:168 BW een breder toepassingsgebied heeft dan de in art. 5.1.2. lid 2 voorgestelde regeling, zal het bij toepassing van de eerste regeling toch ook in de meeste gevallen gaan om het veroorzaken van hinder.⁵⁶ De regeling van art. 6:168 BW verhindert

51 Vgl. HR 17 april 1970, *NJ* 1971, 89 m. nt. PhANH (Amotie). Zie voor het huidige recht echter ook art. 5:54 BW (waarover § 18.4.7 hieronder).

52 Zie M.v.A. II bij art. 3.1.1.14, PG Boek 3 INV, p. 1045 en Rodenburg (1985), p. 89.

53 HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 48 m. nt. JBMV (Stichting A.V.O./Petri Beheer B.V.).

54 Art. 5:54 BW is echter geen *lex specialis* van art. 3:13 BW in die zin dat aan de bepaling ten opzichte van art. 3:13 BW exclusieve werking toekomt (HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 48 m. nt. JBMV, Stichting A.V.O./Petri Beheer B.V.).

55 Zie § 18.4.7 hieronder.

56 Zie Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 42, p. 53.

in deze gevallen dat aan de moderne *actio negatoria* haar werking als verbodsactie toekomt.

De vraag rijst hoe de regeling van art. 6:168 BW zich verhoudt tot de regeling met betrekking tot misbruik van bevoegdheid. De Minister zag bij de behandeling van art. 6.3.1.5b (het huidige art. 6:168 BW) geen afbakeningsproblemen tussen deze twee regelingen. Gevraagd naar zijn mening omtrent de kritiek van Van Nispen⁵⁷ dat het in art. 6.3.1.5b in wezen zou gaan om een geval van misbruik van recht, antwoordde hij:

Artikel 6.3.1.5b is geen geval van misbruik van recht. Bij misbruik van recht – het Nieuw BW spreekt van misbruik van bevoegdheid – kan de betreffende bevoegdheid niet worden uitgeoefend om redenen die verband houden met het doel van deze bevoegdheid zelf en met de belangen van partijen; men zie de maatstaf van artikel 8 Inleidende titel. Artikel 6.3.1.5b berust op een andere gedachte, nl. deze dat zwaarwegende maatschappelijke belangen, dat wil zeggen belangen van meer dan alleen persoonlijke aard, zich tegen toewijzing van het verbod verzetten. Het gaat hier derhalve om een afweging van andere aard dan bij misbruik van bevoegdheid op haar plaats is. Deze afweging geschiedt in het kader van de bevoegdheid (geen verplichting) van de rechter om de vordering op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen af te wijzen.⁵⁸

Op het antwoord van de Minister valt wel iets af te dingen. Het is duidelijk dat het bij toepassing van art. 6:168 BW – anders dan bij toepassing van de regeling van misbruik van bevoegdheid – een vereiste is dat er sprake is van zwaarwegende maatschappelijke belangen. Gesteld echter dat deze zwaarwegende maatschappelijke belangen aanwezig zijn, dan spelen deze belangen evengoed een rol bij de toepassing van de regeling van misbruik van bevoegdheid en kunnen het deze belangen zijn die maken dat de eiser naar redelijkheid niet tot uitoefening van zijn bevoegdheid had kunnen komen. Samenloop van de regeling van art. 6:168 BW met de regeling van misbruik van bevoegdheid lijkt mij daarom wel degelijk mogelijk.

57 Van Nispen (1978), p. 292.

58 Eindverslag I betreffende art. 6.3.1.5b, PG Boek 6, p. 672.

