



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).

18 | Toepassingen van de moderne *actio negatoria*

18.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk zal mede aan de hand van de rechtspraak een aantal concrete toepassingen van de moderne *actio negatoria* worden behandeld. Deze toepassingen worden onderverdeeld in vijf categorieën. Allereerst wordt de toepassing van de moderne *actio negatoria* in verband met het leerstuk van hinder (art. 5:37 BW) besproken. Vervolgens komt haar toepassing aan de orde in verband met een aantal bepalingen uit het burennrecht die de omvang van het eigendomsrecht van naburige erven op een concretere wijze bepalen. Het kan hier gaan om bepalingen die de eigenaar verbieden om zijn erf op een bepaalde manier te gebruiken (art. 5:42 BW, art. 5:50 BW, art. 5:52 BW en art. 5:53 BW) of om bepalingen die een eigenaar gebieden om een bepaald gebruik van zijn erf door de naburige eigenaar te dulden (art. 5:38 BW, art. 5:56 BW, art. 5:57 BW en art. 5:58 BW). De derde categorie betreft gevallen waarin een zaak van de één zich op het erf van een ander bevindt. In de vierde plaats wordt aandacht besteed aan gevallen waarin het betreden van andermans erf een inbreuk op het eigendomsrecht vormt. Tot slot komt de toepassing van de moderne *actio negatoria* in het geval van zaakbeschadiging aan de orde.

18.2 DE MODERNE *ACTIO NEGATORIA* IN VERBAND MET HET LEERSTUK VAN HINDER

18.2.1 De functies van art. 5:37 BW

Een eigenaar die op zijn grond bepaalde activiteiten ontplooit, kan hierbij een ander storen in het genot van diens eigendom. Te denken valt aan activiteiten die de verspreiding van stank, rook of rumoer ten gevolge hebben. In zo'n geval is er sprake van hinder. De bepaling met betrekking tot hinder in art. 5:37 BW luidt als volgt:

‘De eigenaar van een erf mag niet in een mate of op een wijze die volgens artikel 162 van Boek 6 onrechtmatig is, aan eigenaars van andere erven hinder toebrengen zoals door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, door het onthouden van licht of lucht of door het ontnemen van steun.’

Op het eerste gezicht lijkt de bovenstaande bepaling slechts een overbodige regel weer te geven, inhoudende dat een eigenaar van een erf jegens eigenaars van andere erven niet onrechtmatig mag handelen in de zin van art. 6:162 BW.¹ Bij nadere lezing kunnen aan art. 5:37 BW echter twee functies worden toegeschreven. Wat betreft de eerste functie kan verwezen worden naar de toelichting van Meijers bij art. 5.1.2 lid 1,² waar hij ingaat op de kritiek dat de hinderbepaling in verband met art. 5.1.1 lid 2 (thans art. 5:1 lid 2 BW) overbodig zou zijn:

‘Men zou kunnen menen, dat een afzonderlijke bepaling over hinder naast artikel 5.1.1 tweede lid overbodig is, omdat de eigenaar die bij het gebruik van zijn zaak aan een ander onbetamelijke hinder toebrengt, in strijd handelt met het ongeschreven recht. Een uitdrukkelijke bepaling is echter wenselijk, omdat de onrechtmatigheid van de hierbedoelde gedragingen lang onzeker is geweest, aangezien men stelde dat het enkele feit dat de hinder werd veroorzaakt bij de uitoefening van het eigendomsrecht, deze hinder zou rechtvaardigen, zolang de eigenaar niet handelde met de uitsluitende bedoeling om een ander te benadelen.’³

Kenmerkend voor alle in art. 5:37 BW als hinder aangeduide handelingen is dat de hindertoebrengende eigenaar activiteiten verricht op zijn eigen erf en aldus (op het eerste gezicht) handelt in de uitoefening van zijn eigenaarsbevoegdheden. Art. 5.1.2 lid 1 (en dus ook het hieruit voortgekomen art. 5:37 BW) dient volgens de bovenstaande toelichting van Meijers om zeker te stellen dat de geoorloofdheid van de in dit artikel bedoelde hindertoebrengende handelingen niet wordt beoordeeld aan de hand van de enge criteria van het leerstuk van misbruik van recht, maar aan de hand van een ruimere maatstaf, namelijk aan de hand van de vraag of de hindertoebrengende handelingen plaatsvinden ‘in een mate of op een wijze die volgens de regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt.’⁴ De vraag rijst of het ruime rechtsmisbruikbegrip van art. 3:13 BW (volgens welk artikel er ook sprake is van misbruik van bevoegdheid ‘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

1 Zie Van Maanen (1983), p. 965, Van Maanen (1994), p. 88 en Spier (1994), p. 161 welke schrijvers stellen dat art. 5:37 BW een zinledige bepaling is.

2 Art. 5.1.2 lid 1 van het Ontwerp Meijers was opgenomen in de titel over ‘Eigendom in het algemeen’ en luidde als volgt: ‘Het eigendomsrecht op zichzelf rechtvaardigt niet dat de eigenaar bij de uitoefening van zijn recht aan een ander in een mate of op een wijze die volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt, hinder toebrengt, zoals door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, door het onthouden van lucht of licht en door het ontnemen van steun.’ (PG Boek 5, p. 33).

3 T.M. bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 33.

4 Zie voor deze maatstaf, die later vervangen is door ‘in een mate of op een wijze die volgens artikel 162 van Boek 6 onrechtmatig is’, art. 5.1.2 lid 1 van het Ontwerp Meijers, hierboven in noot 2 van deze paragraaf geciteerd.

komen') aan het gemaakte onderscheid niet het belang ontnemt. Volgens de wetgever is dit niet het geval:

'...dat zwaardere eisen moeten worden gesteld om tot het oordeel te komen dat een handeling in strijd is met het derde in artikel 8 Inleidende Titel <thans art. 3:13 lid 2 BW> genoemde criterium, dan dat zij onrechtmatige hinder in de zin van de artikelen 5.1.2 <thans art. 5:37 BW> juncto 6.3.1 <thans art. 6:162 BW> oplevert, al zal het in de praktijk in een enkel geval wel eens moeilijk kunnen zijn de juiste grens te trekken.'⁵

De tweede functie die art. 5:37 BW vervult, heeft geen betrekking op alle in art. 5:37 BW vermelde vormen van hinder. In dit verband is het van belang erop te wijzen dat Meijers in zijn toelichting bij art. 5.1.2 lid 1 constateert dat men de gevallen van hinder in twee rubrieken kan onderverdelen, te weten (i) hinder door uitzending van rumoer, trillingen, stank, rook, gassen en dergelijke en (ii) hinder door het onderscheppen van licht of lucht en door het ontnemen van steun.⁶ De gevallen uit de bovenbedoelde tweede rubriek werden voorheen beschouwd als (potentiële) gevallen van rechtsmisbruik en als zodanig beoordeeld.⁷ Meijers achtte het echter onbillijk om voor de gevallen uit de tweede rubriek een ander criterium aan te leggen dan voor de gevallen uit de eerste rubriek.⁸ Beide soorten van hinder staan daarom vermeld in art. 5:37 BW. Het wezenlijke verschil tussen de gevallen van de beide rubrieken bestaat hierin dat bij de gevallen van de tweede rubriek de omstreden handeling zich geheel en al op het erf van de handelende eigenaar afspeelt. Handelingen van de eerste rubriek spelen zich weliswaar ook af op het erf van de handelende eigenaar, maar deze handelingen raken daarbij direct aan de rechtssfeer van de in zijn genot gestoorde eigenaar. Bedacht moet namelijk worden dat het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen moet worden aangemerkt als een vorm van 'gebruik' (in de ruime zin van *Einwirkung*)⁹ van het erf van de in zijn genot gestoorde eigenaar. Men ziet hier hoe het gebruik waartoe de ene eigenaar op grond van art. 5:1 lid 2 BW (in beginsel) bevoegd is, botst met het eveneens op art. 5:1 lid 2 BW gebaseerde recht van de andere eigenaar om (in beginsel) iedereen van elk gebruik van zijn eigendom uit te sluiten.¹⁰ De thans aan de orde zijnde tweede functie van art. 5:37 BW is hierin gelegen dat het – in gevallen van hinder die vallen

5 M.v.A. II bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 49-50.

6 PG Boek 5, p. 33.

7 Zie T.M. bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 34, M.v.A. II bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 48 en Toelichting bij gewijzigd amendement met betrekking tot art. 5.1.2 BW van De Gaay Fortman, PG Boek 5, p. 64. Zie ook Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 45, p. 56.

8 T.M. bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 34

9 Zie § 17.2.2 hierboven.

10 Vgl. A. Van Oven (1958), p. 63-64 waar in navolging van Wolfsbergen wordt onderscheiden tussen de agressieve en de defensieve functie van het eigendomsrecht.

onder de bovenbedoelde eerste rubriek – de bevoegdheid van de ene eigenaar afbakent ten opzichte van die van de andere eigenaar en aldus de omvang van het eigendomsrecht van zowel de hindertoebrengende eigenaar als de in zijn genot gestoorde eigenaar, nader bepaalt. Art. 5:37 BW zegt dat een eigenaar aan de eigenaar van een ander erf geen hinder mag toebrengen *in een mate of op een wijze die volgens de regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt*.¹¹ Hiermee is tevens gezegd – en hierin schuilt mede het belang van art. 5:37 BW – dat hinder die de hierboven vermelde grens niet overschrijdt, door de eigenaar van het andere erf geduld moet worden, ook al is er sprake van een door art. 5:1 lid 2 BW in beginsel verboden gebruik van dit erf door een ander dan de eigenaar.¹²

De tweede functie van art. 5:37 BW is niet expliciet aan de orde gekomen bij de parlementaire behandeling van deze bepaling. Wel treft men in de toelichting van Meijers bij art. 5.1.2 de algemene opmerking aan dat men bij hinder ‘binnen zekere grenzen het nadeel <moet> dulden, dat een ander door het gebruik van eigen zaak veroorzaakt’.¹³

18.2.2 Hinder als leerstuk dat de grenzen van het eigendomsrecht bepaalt

Wanneer men de twee functies van art. 5:37 BW in onderling verband beschouwt, dan ziet men hoe dit artikel de grenzen van het eigendomsrecht bepaalt. Enerzijds beperkt art. 5:37 BW de bevoegdheden van de hindertoebrengende eigenaar. Op grond van het artikel moet de toelaatbaarheid van bepaalde met de uitoefening van het eigendomsrecht verband houdende handelingen getoetst worden aan de maatschappelijke betamelijkheidsnorm. Zonder de bepaling van art. 5:37 BW zouden deze handelingen kunnen worden aangemerkt als de reguliere uitoefening van eigenaarsbevoegdheden en zou hun toelaatbaarheid getoetst moeten worden aan de engere criteria van misbruik van recht. Anderzijds beperkt art. 5:37 BW de bevoegdheden van de in het genot van zijn eigendom gestoorde eigenaar. Het artikel bepaalt dat deze eigenaar het gebruik (in de ruime zin van *Einwirkung*)¹⁴ van zijn eigendom door een ander moet dulden, zolang dit gebruik de grenzen van de maatschappelijke betamelijkheid niet overschrijdt.

In het ontwerp van Meijers kwam de relevantie die de hinderbepaling heeft voor de omvang van het eigendomsrecht tot uitdrukking door de plaatsing

11 Het hierboven in de tekst gecursiveerde criterium is weliswaar in het Gewijzigd Ontwerp van art. 5.1.2 lid 1 vervangen door het algemenere criterium ‘in een mate of op een wijze die volgens artikel 6.3.1 <art. 6:162 BW> onrechtmatig is’ (zie PG Boek 5, p. 47 en 53), maar hieronder valt natuurlijk nog steeds het oude criterium van Meijers.

12 Vgl. in dit verband § 906 BGB.

13 PG Boek 5, p. 34.

14 Zie § 17.2.2 hierboven.

van het toenmalige art. 5.1.2 lid 1 onder de titel 'Eigendom in het algemeen'. Ook de plaatsing van het huidige art. 5:37 BW in het burennrecht sluit echter aan bij het 'eigendomsrecht'afbakenende' karakter van het leerstuk van hinder.¹⁵ Het burennrecht ziet namelijk op de afbakening van de inhoud van het eigendomsrecht van naburige erven.¹⁶

18.2.3 Het toebrengen van ongeoorloofde hinder als inbreuk op het eigendomsrecht

Een eigenaar van een erf is op grond van art. 5:37 BW verplicht om een bepaalde mate van door hem ondervonden hinder te dulden. Het antwoord op de vraag of hinder in een bepaald geval geduld moet worden, hangt er volgens art. 5:37 BW van af of de hinder wordt toegebracht 'in een mate of op een wijze die volgens artikel 162 van Boek 6 onrechtmatig is'. Het gaat er bij toepassing van dit criterium bijna¹⁷ altijd om of de hinder wordt toegebracht 'in een mate of op een wijze die volgens de regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt'. Pas wanneer deze betamelijkheidsnorm is overschreden, begint art. 5:37 BW het eigendomsrecht van de in zijn genot gestoorde eigenaar te beschermen en kan de hinder worden aangemerkt als een inbreuk op het eigendomsrecht. Het bijzondere van de hinderregeling van art. 5:37 BW is dus dat een overschrijding van de ongeschreven betamelijkheidsnorm noodzakelijk is om te kunnen concluderen dat inbreuk op het eigendomsrecht is gemaakt. Meijers schrijft hierover:

'...dat sinds het arrest van 31 Januari 1919 de beantwoording der vraag of een belemmering van den eigenaar in zijn genot onrechtmatig is, niet meer hier van afhangt of deze belemmering een schennis van diens recht genoemd mag worden, maar dat omgekeerd de al of niet onrechtmatigheid der belemmerende handelingen den omvang van het eigendomsrecht bepaalt: ...'¹⁸

Het feit dat in het geval van hinder de betamelijkheidsnorm de omvang van het eigendomsrecht bepaalt, mag niet het zicht ontnemen op het feit dat er – wanneer de betamelijkheidsnorm is overschreden – sprake is van een inbreuk

15 Art. 5.1.2 lid 1 is bij amendement van De Gaay Fortman (met instemming van de regeringscommissaris) overgebracht naar een nieuw voorgesteld artikel 5.4.0; zie PG Boek 5, p. 61-64.

16 Zie daarover § 18.3.1 hieronder. Opgemerkt moet echter worden dat de regeling van art. 5:37 BW niet beperkt is tot gevallen waarin de betrokken erven direct aan elkaar grenzen. Art. 5:37 BW spreekt namelijk in zijn algemeenheid over de (on)geoorloofdheid van het toebrengen van hinder aan eigenaars van 'andere erven' (zie ook Van Maanen (1994), p. 88).

17 Behoudens het geval waarin een wettelijk voorschrift bestaat dat concreet aangeeft welke hinder in welke mate geduld moet worden; zie daarover p. 229 hieronder.

18 E.M. Meijers in zijn noot onder HR 31 december 1937, *NJ* 1938, 517 (Studentensociëteit Unitas).

op het eigendomsrecht. Bij de gevallen van hinder die behoren tot de hiervoor aangeduide eerste rubriek (het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen) is dit het eenvoudigst in te zien. Deze gevallen van hindertoebrengend handelen moeten namelijk worden gezien als een vorm van gebruik (in de ruime zin van *Einwirkung*)¹⁹ van andermans erf die op grond van art. 5:1 lid 2 BW in beginsel niet is toegestaan. Ook bij gevallen van hinder die zich geheel op het terrein van de hindertoebrengende eigenaar afspelen en die voor de invoering van het huidige BW als gevallen van rechtsmisbruik werden beoordeeld (zoals het onthouden van licht of lucht), is er echter sprake van rechtsinbreuk. De wetgever heeft in art. 5:37 BW immers met zoveel woorden bepaald dat het eigendomsrecht inhoudt dat een eigenaar er *recht* op heeft dat licht of lucht hem niet in een mate of op een wijze die volgens art. 6:162 BW onrechtmatig is, wordt onthouden. Gebeurt dit wel, dan is zijn eigendomsrecht geschonden. Uit het gegeven dat er in het geval van ongeoorloofde hinder sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht, volgt dat de eigenaar die dergelijke hinder ondervindt, met de moderne *actio negatoria* de beëindiging van de hinder kan vorderen. Twee opmerkingen op het gebied van samenloop van rechtsvorderingen²⁰ zijn hier nog op hun plaats. In de eerste plaats is er bij hinder als bedoeld in art. 5:37 BW – naast een inbreuk op het eigendomsrecht – noodzakelijk ook altijd sprake van een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, of – in uitzonderlijke gevallen – van een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht. Dit betekent dat de moderne *actio negatoria* in hindergevallen altijd concurreert met een andere bevels- of verbodsvordering, gebaseerd op de (dreigende) schending van de betamelijkheidsnorm of een wettelijke plicht. In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat wanneer een eigenaar als gevolg van toerekenbare ongeoorloofde hinder schade lijdt, deze schade op grond van de met de moderne *actio negatoria* cumulerende schadevergoedingsvordering van art. 6:162 BW, voor vergoeding in aanmerking komt.

18.2.4 HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 (Vogelplaag)

De stelling dat het aan een eigenaar van een erf toebrengen van ongeoorloofde hinder een inbreuk op het eigendomsrecht vormt, vindt steun in het zogeheten Vogelplaagarrest.²¹ Uit dit arrest blijkt tevens dat een toets aan de maatschap-

¹⁹ Zie § 17.2.2 hierboven.

²⁰ Zie in verband met deze terminologie Brunner (1984), p. 5-6 die – in verband met het feit dat in ons huidige burgerlijk recht het subjectieve recht en niet de rechtsvordering voorop staat – prefereert te spreken van ‘samenloop van rechtsgronden van een vorderingsrecht’ of van ‘samenloop van vorderingsrechten’. Zie ook Boukema (1992), p. 3 die spreekt van ‘samenloop van rechtsregels’.

²¹ HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 m. nt. GJS.

pelijke betamelijkheidsnorm noodzakelijk is om tot een door hinder veroorzaakte inbreuk op het eigendomsrecht te kunnen concluderen. Het ging in de zaak die aanleiding gaf tot het arrest om het volgende. Vermeulen dempte bedrijfsmatig de te Linschoten gelegen Mastwijkerplas met van elders aangevoerd stadsvuil. Als gevolg hiervan werden in groten getale kraaien en roeken aangetrokken die grote schade toebrechten aan de nabijgelegen boomgaard van Lekkerkerker. Lonende exploitatie van deze boomgaard werd hierdoor onmogelijk. Lekkerkerker stelde in de inleidende dagvaarding dat het handelen van Vermeulen onrechtmatig was, primair omdat het inbreuk maakte op zijn eigendomsrecht. Lekkerkerker vorderde op grond hiervan schadevergoeding. De vordering werd zowel door de rechtbank als door het Hof toegewezen. Het Hof overwoog in r.o. 8:

‘dat door de gedragingen van partij Vermeulen aan partij Lekkerkerker een zodanige hinder in het genot van hun eigendom is toegebracht dat die gedragingen opleveren een inbreuk op voormeld eigendomsrecht en mitsdien een onrechtmatige daad, welke partij Vermeulen in de gehoudenheid stelt de dientengevolge door partij Lekkerkerker geleden schade aan deze te vergoeden.’

In cassatie werd onder meer aangevoerd dat het Hof niet had mogen aannemen dat er sprake was van onrechtmatige hinder, zonder de gedragingen te hebben getoetst aan hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk of onbetamelijk is. De Hoge Raad overwoog hieromtrent:

‘dat de vraag of de hinder die iemand door de gedragingen van een ander in het genot van de eigendom van een onroerende zaak kan ondervinden, als inbreuk op zijn eigendomsrecht kan worden beschouwd, afhangt van de ernst van die hinder en de omstandigheden waaronder deze plaatsvindt; dat het Hof blijkens hetgeen in de rechtsoverwegingen 7 en 9 is overwogen heeft aangenomen dat door de door partij Vermeulen in de nabijheid van de boomgaard van partij Lekkerkerker bij de Mastwijkerplas ondernomen activiteiten, bestaande in het dempen van die plas met stadsvuilnis, voor die boomgaard schadelijke vogels in zodanige aantallen zijn aangetrokken dat als gevolg van de door die vogels aan de boomgaard aangerichte schade een lonende exploitatie daarvan geheel onmogelijk is geworden; dat, in aanmerking genomen de aard en de plaats van de door partij Vermeulen ondernomen activiteiten en de ernst van de als gevolg daarvan door partij Lekkerkerker ondervonden schade, het Hof zonder schending van enige rechtsregels heeft kunnen oordelen dat die activiteiten aan partij Lekkerkerker een hinder hebben toegebracht, welke deze niet behoefde te dulden en dat partij Vermeulen daardoor een inbreuk heeft gemaakt op het eigendomsrecht van partij Lekkerkerker, welke, nu bijzondere rechtvaardigingsgronden ontbraken, als een onrechtmatige daad moest worden beschouwd.’

De bovenstaande overweging – waarin het cassatiemiddel wordt verworpen – moet zo begrepen worden dat de Hoge Raad wel degelijk een toetsing aan

de maatschappelijke betamelijkheidsnormen voorschrijft, alvorens geconcludeerd mag worden dat een bepaalde vorm van hinder een inbreuk op het eigendomsrecht vormt.²² De Hoge Raad concretiseert in de bovenstaande overweging de toets aan de maatschappelijke betamelijkheidsnorm (gekeken moet worden naar 'de ernst van <de> hinder en de omstandigheden waaronder deze plaatsvindt') en stelt vervolgens vast dat het Hof onder de gegeven omstandigheden zonder schending van enige rechtsregels heeft kunnen oordelen dat Vermeulen inbreuk maakte op het eigendomsrecht van Lekkerkerker. De in het geval van hinder relevante verhouding tussen de schending van de betamelijkheidsnorm en de inbreuk op een recht treedt hier duidelijk aan het licht: overschrijding van de betamelijkheidsnorm indiceert een inbreuk op het eigendomsrecht.

Tot slot rijst de vraag waarin de inbreuk door Vermeulen op het eigendomsrecht van Lekkerkerker in het onderhavige geval precies bestond: de feitelijke hinder werd immers toegebracht door vogels die *res nullius* zijn. Aangenomen moet worden dat de op het eigendomsrecht van Lekkerkerker inbreukmakende handeling bestond in het storten van vuilnis in de naast de boomgaard van Lekkerkerker gelegen plas. Deze handeling had tot gevolg dat schadelijke vogels zich in groten getale op de naastgelegen boomgaard van Lekkerkerker gingen begeven. Men kan dit vergelijken met het feit dat het stoken van vuur rookvorming tot gevolg heeft, al is de causaliteitsketen in het onderhavige geval minder direct.²³ Waar het op neer komt is dat Lekkerkerker er als eigenaar van de boomgaard *recht* op had om verschoond te blijven van activiteiten op het buurterrein die het in een dergelijke mate aantrekken van schadelijke vogels, tot gevolg hadden. In die zin werd inbreuk gemaakt op het eigendomsrecht van Lekkerkerker.²⁴

18.2.5 Concretisering van de grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde hinder

Ongeoorloofde hinder, toegebracht door de ene eigenaar aan een andere eigenaar, vormt een inbreuk op het eigendomsrecht van de in zijn genot gestoorde eigenaar. De vraag of hinder toelaatbaar of ontoelaatbaar is, moet op grond van art. 5:37 BW beoordeeld worden aan de hand van de vraag of de hinder wordt toegebracht in een mate of op een wijze die volgens art. 6:162

22 Zie ook Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 39, p. 48-49.

23 Deze gedachte vindt steun bij Picker (1972), p. 97 waar de rookuitstoot door een fabriek op één lijn wordt gesteld met het aantrekken van ratten door een pakhuis.

24 Anders: Asser/Hartkamp 4-III (2002), nr. 38, p. 47 waar wordt aangenomen dat de Hoge Raad met het oog op de toegebrachte schade aan de boomgaard spreekt over rechtsinbreuk. De Hoge Raad wordt verweten aldus de gedraging en het gevolg van de gedraging (de schade) door elkaar te halen.

BW onrechtmatig is. In art. 6:162 BW worden drie onrechtmatigheidscategorieën onderscheiden. De eerste hiervan – ‘een inbreuk op een recht’ – kan hier geen betekenis hebben, omdat de vraag *of* inbreuk is gemaakt op een recht juist beantwoord moet worden; art. 5:37 BW bakent de grenzen van het eigendomsrecht af, opdat deze vraag beantwoord kan worden.²⁵ De tweede onrechtmatigheidscategorie – ‘een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht’ – is van belang wanneer er sprake is van een – op hinder betrekking hebbend – concreet wettelijk voorschrift. Een dergelijk voorschrift zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat op een bepaald industrieterrein niet meer dan een vastgesteld aantal decibellen mag worden geproduceerd.²⁶ Voorwaarden die rechtsgeldig verbonden zijn aan een verleende vergunning, moeten onder bepaalde omstandigheden gelijkgesteld worden met wettelijke voorschriften. Dit volgt uit een arrest van de Hoge Raad uit 1981:

‘Aan voorwaarden, ter bescherming van de belangen van omwonenden rechtsgeldig aan een hinderwetvergunning verbonden, moet voor de toepassing van art. 1401 BW <art. 6:162 BW> in de concrete situatie waarvoor zij geschreven zijn, een soortgelijke betekenis worden toegekend als aan door de centrale of lokale wetgever vastgestelde gedragsnormen, waarvan de schending in beginsel een onrechtmatige daad oplevert jegens degenen te wier bescherming die normen zijn gesteld.’²⁷

In alle gevallen waarin er geen sprake is van een concrete wettelijke (of hiermee gelijkgestelde) regel, is de derde onrechtmatigheidscategorie beslissend. De vraag is dan of de hinder wordt toegebracht in een mate of op een wijze die volgens de regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt. In het hierboven behandelde Vogelplaagarrest²⁸ heeft de Hoge Raad deze norm ingevuld door te bepalen dat het antwoord op de vraag of hinder onrechtmatig is, afhankelijk is van de ernst van de hinder en de omstandigheden waaronder deze plaatsvindt. In latere arresten wordt gesproken over ‘de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval’.²⁹ In het

25 De M.v.A. II bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 47 waar de vervanging in art. 5.1.2 lid 1 van het criterium van Meijers (‘in een mate of op een wijze die volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt’) door ‘in een mate of op een wijze *die volgens artikel 6.1.3 onrechtmatig is*’ wordt toegelicht, suggereert – zonder verdere uitleg – dat er in het kader van de onderhavige problematiek wel betekenis zou toekomen aan de onrechtmatigheidscategorie ‘inbreuk op een recht’.

26 Vgl. Van Acht (1990), p. 311-313 over de Wet geluidhinder.

27 HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 m. nt. CJHB (Van Dam/Beukeboom), r.o. 3. De Hinderwet is in 1993 vervangen door de Wet milieubeheer.

28 HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 m. nt. GJS (zie § 18.2.4 hierboven).

29 Zie bijvoorbeeld HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639, m. nt. CJHB (Aalscholvers), HR 3 mei 1991, NJ 1991, 476 (Overwaaiende onkruidzaden) en HR 18 september 1998, NJ 1999, 69 m. nt. ARB (Overvliegende bijen II).

navolgende wordt aan ieder van de vermelde factoren kort aandacht besteed.³⁰

De aard van de hinder

Het soort hinder dat wordt toegebracht (bijvoorbeeld geluidshinder, hinder door rook of hinder door het ontnemen van licht of lucht) kan volgens de Hoge Raad van invloed zijn op het onrechtmatigheidsoordeel. Uit de rechtspraak op het gebied van hinder kunnen echter geen algemene regels worden afgeleid met betrekking tot de vraag welke soorten hinder geacht worden eerder onrechtmatig te zijn dan andere soorten. Het enige houvast biedt de onderstaande opmerking van Meijers in zijn toelichting bij art. 5.1.2:

‘Overigens laat de verwijzing naar hetgeen in het maatschappelijk verkeer volgens regels van ongeschreven recht betamelijk is, voldoende vrijheid om in een bepaald geval van hinder door verspreiding van rumoer of stank en dergelijke eerder tot onrechtmatigheid te concluderen dan in een geval van onthouding van licht of lucht of ontneming van steun.’³¹

De ernst van de hinder

Met betrekking tot ‘de ernst van de hinder’ kan worden opgemerkt dat een zekere mate van hinder moet worden geduld. Schending van de betamelijkheidsnorm vereist dat een bepaalde tolerantiegrens is overschreden.³² Ter illustratie kan gewezen worden op een uitspraak van het Hof Amsterdam uit 1964 waarin wordt overwogen dat het onvermijdelijk is:

‘...dat men een zekere mate van last van elkander en stellig van zijn burens heeft te aanvaarden...’³³

De duur van de hinder

Hinder die in tijd begrensd is (bijvoorbeeld samenhangend met de verbouwing van een huis die een maand in beslag zal nemen), zal minder snel onrechtmatig worden geacht dan hinder die permanent is. De ‘duur’ speelt ook een rol bij

30 Zie voor een uitvoerig overzicht: Lindenberg (Art. 5:37), aant. 6-11 en Van Acht (1990), p. 202-221.

31 PG Boek 5, p. 34.

32 Zie onder meer Jurgens (1975), p. 39-40, Van Acht (1990), p. 202 en Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 41, p. 51. Zie ook HR 30 januari 1914, NJ 1914, 497, W. 9648 m. nt. EMM (Banketbakker Krul/Joostens), in welk arrest wordt aangenomen dat het veroorzaken van *veel* geraas, *sterk* gedreun en *ernstige* trillingen een schending van het eigendomsrecht vormt.

33 Hof Amsterdam 14 januari 1964, NJ 1964, 478.

hinder die wordt veroorzaakt door musicerende burelen. Bij de beantwoording van de vraag of het musiceren ongeoorloofde hinder veroorzaakt, is van belang of het musiceren in tijd begrensd is, in die zin dat op bepaalde delen van de dag niet gemusiceerd wordt.³⁴

De toegebrachte schade

Ook 'de toegebrachte schade' moet volgens de hierboven geciteerde formule van de Hoge Raad beoordeeld worden naar 'aard', 'ernst' en 'duur'. Wat betreft de aard van de schade mag worden aangenomen dat hinder die letselschade veroorzaakt, eerder onrechtmatig geacht moet worden dan hinder die zaakschade tot gevolg heeft. Voor het overige kan de geringe omvang van de schade tot gevolg hebben dat hinder niet als onrechtmatig wordt aangemerkt. Een voorbeeld hiervan geeft HR 28 april 1995, *NJ* 1995, 513 (Overvliegende bijen I), waar het ging om de vervuiling van kassen door uitwerpselen van bijen.

De omstandigheden waaronder de hinder plaatsvindt

a. De belangen aan de zijde van de veroorzaker van de hinder

In het bovenstaande zijn onder (i) tot en met (iv) de belangen aan de zijde van degene die de hinder ondervindt aan de orde geweest. 'De aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade' bepalen immers in hoeverre de belangen zijn geschonden van degene aan wie de hinder wordt toegebracht. In de afweging die uiteindelijk moet leiden tot een oordeel over de (on)rechtmatigheid van de hinder, zullen echter ook de belangen van de veroorzaker van de hinder moeten worden betrokken.³⁵ Wat deze belangen betreft, kan in het algemeen gesteld worden dat de veroorzaker van de hinder er belang bij heeft dat hij als eigenaar (of gebruiker)³⁶ zijn eigendomsrecht (of zijn hieraan ontleende gebruiksrecht) mag uitoefenen zoals hij dat verkiest.³⁷ Het belang van de veroorzaker van de hinder wint echter nog aan gewicht wanneer de hinder in het kader van een nastrevenswaardig doel wordt veroorzaakt. In de rechtspraak treft men in dit verband bijvoorbeeld de vermelding aan van het belang om als musicus een inkomen te verwerven, dan wel

34 Vgl. onder meer Pres. Rb. Zutphen 19 februari 1986, KG 1986, 145, Hof 's-Gravenhage 5 juni 1985, KG 1985, 253 en Pres. Rb. Utrecht, 26 oktober 2000, KG 2001, 76.

35 Zie T.M. bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 34, Van Acht (1990), p. 202 en Lindenbergh (Art. 5:37), aant. 11.1, alsmede HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743 m. nt. JHN en JCS (Kalimijnen), HR 15 februari 1991, *NJ* 1992, 639 m. nt. CJHB (Aalscholvers) en HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 69 m. nt. ARB (Overvliegende bijen II).

36 Zie met betrekking tot de positie van de gebruiker niet-eigenaar bij hinder § 18.2.6 hieronder.

37 Vgl. T.M. bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 34.

het belang om kinderen in de gelegenheid te stellen een muziekinstrument te leren bespelen.³⁸

Een lastig probleem vormt de vraag welke rol *zwaarwegende maatschappelijke belangen* spelen. Uit art. 6:168 lid 1 BW vloeit voort dat de rechter kan bepalen dat onrechtmatig toegebrachte hinder op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen geduld moet worden, in welk geval de benadeelde alleen recht heeft op schadevergoeding. De vraag is nu of de zwaarwegende maatschappelijke belangen alleen een rol spelen bij de toepassing van art. 6:168 lid 1 BW, of dat deze ook een rol spelen bij het oordeel omtrent de onrechtmatigheid van de hinder. De meningen over deze kwestie in de literatuur zijn verdeeld.³⁹ Ook de jurisprudentie biedt geen duidelijkheid. Er zijn twee arresten van de Hoge Raad die een verschillend licht op de zaak werpen.⁴⁰ In het Kalimijnenarrest⁴¹ ging het om de vraag of de Franse Mines de Potasse d'Alsace (MDPA) door het lozen van grote hoeveelheden afvalzouten in de Rijn onrechtmatig handelde jegens de benedenstroomse Nederlandse tuinders die het Rijnwater als sproeiwater gebruikten. De Hoge Raad sanctioneerde het in r.o. 6.2 vervatte oordeel van het Hof dat bij de belangenafweging die moest leiden tot de beantwoording van de vraag of MDPA onzorgvuldig handelde, het (maatschappelijk zwaarwegende) belang van de werkgelegenheid en de economische situatie in de Elzas, buiten beschouwing moest blijven.⁴² In het Aalscholversarrest⁴³ daarentegen, lijkt de Hoge Raad in het kader van de onrechtmatigheidsvraag wel een rol toe te kennen aan zwaarwegende maatschappelijke belangen. Het ging in dit arrest om hinder die een viskwekerij ondervond van aalscholvers die afkomstig waren van een door de Staat onderhouden natuurgebied. De Hoge Raad leest r.o. 28 van het Hof op een zodanige wijze dat het Hof (in de ogen van de Hoge Raad terecht) in het kader van de onrechtmatigheidsvraag een rol zou hebben toegekend aan het zwaarwegende maatschappelijke belang dat wordt gediend door het handhaven en ontwikkelen van een natuurgebied.⁴⁴

Hoe te oordelen over deze kwestie? Enerzijds moet bedacht worden dat het in de onrechtmatigheidsafweging betrekken van zwaarwegende maatschap-

38 Zie Pres. Rb. Amsterdam 7 mei 1981, KG 1981, 62 respectievelijk Pres. Rb. Zutphen 19 februari 1986, KG 1986, 145 en Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 10 oktober 1991, KG 1991, 363.

39 Zie Lindenberg (Art. 5:37), aant. 15 waar gesteld wordt dat het algemeen belang geen invloed heeft op de onrechtmatigheidsvraag. Zie echter ook Van Acht (1993), p. 226-227 (anders nog in Van Acht (1990), p. 216-217) en Spier (1994), p. 161 die van mening zijn dat bij de beoordeling van de vraag of hinder onrechtmatig is – ook buiten het kader van art. 6:168 BW – rekening kan worden gehouden met het algemeen belang.

40 Deze arresten zijn weliswaar gewezen voor de inwerkingtreding van art. 6:168 BW, maar in een periode waarin al op dit artikel geanticipeerd werd (zie HR 23 september 1988, NJ 1989, 743 m. nt. JHN en JCS, r.o. 3.3.5).

41 HR 23 september 1988, NJ 1989, 743 m. nt. JHN en JCS.

42 R.o. 3.3.5 van dit arrest.

43 HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639 m. nt. CJHB.

44 R.o. 4.5 onder (v) en r.o. 4.6-4.7 van dit arrest.

pelijke belangen op het eerste gezicht moeilijk in overeenstemming valt te brengen met de regeling van art. 6:168 BW, omdat deze regeling hierdoor overbodig dreigt te worden. Als men namelijk op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen tot de conclusie komt dat de hinder rechtmatig is, dan heeft men art. 6:168 BW niet nodig om een verbod op die hinder te kunnen voorkomen. Anderzijds zou het vreemd zijn om de 'gewone' belangen van degene die hinder toebrengt wel in het onrechtmatigheidsoordeel te betrekken, maar zwaarwegende maatschappelijke belangen geheel buiten beschouwing te laten. Deze overwegingen voeren tot de gedachte dat een rechter zwaarwegende maatschappelijke belangen wel bij het oordeel omtrent de onrechtmatigheid van de toegebrachte hinder mag betrekken, maar dat hij het gewicht van deze belangen bij de vorming van dit oordeel niet voor het volle pond mag meetellen. Hun volle gewicht kunnen de zwaarwegende maatschappelijke belangen pas laten gelden wanneer de hinder onrechtmatig wordt geoordeeld en een beroep wordt gedaan op art. 6:168 lid 1 BW ter afwering van een verbodsvordering.

b. *Plaatselijke omstandigheden / anterieure hinderlijke activiteit*

Meijers noemt in zijn toelichting bij art. 5.1.2 'hetgeen ter plaatse gebruikelijk is' als een omstandigheid die van belang is bij de beoordeling van de geoorloofdheid van hinder.⁴⁵ Ook door de Hoge Raad zijn de plaatselijke omstandigheden erkend als een relevante factor bij de beoordeling van hinder.⁴⁶ Het in de oordeelsvorming betrekken van de plaatselijke omstandigheden stelt de rechtspraak in staat om met betrekking tot bepaalde vormen van hinder verschillende normen te hanteren afhankelijk van de plaats waar de hinder wordt toegebracht. Op een industrieterrein gelden met betrekking tot geluids-overlast andere normen dan in een woonwijk. Wat betreft stankoverlast veroorzaakt door mest, gelden op het platteland andere normen dan in de stad.⁴⁷

Met de plaatselijke omstandigheden als relevante factor bij de beoordeling van de rechtmatigheid van hinder, hangt de vraag samen of in voorkomende gevallen ook rekening gehouden moet worden met de omstandigheid dat de hinderlijke activiteit al plaatsvond op het moment dat degene die zich op de ongeoorloofdheid van de hinder beroept, zich vestigde. In dit verband is in de eerste plaats van belang dat de anterieure hinderlijke activiteit het karakter van de omgeving kan hebben beïnvloed. Het anterieur zijn van de hinderlijke activiteit, kan in dat geval zijn invloed uitoefenen via de aan de factor 'plaats-

⁴⁵ PG Boek 5, p. 34.

⁴⁶ Zie HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 476 (Overwaaiende onkruidzaden) en HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 69 m. nt. ARB (Overvliegende bijen II) en vgl. HR 10 maart 1972, *NJ* 1972, 278 m. nt. GJS (Vogelplaag).

⁴⁷ Zie voor een overzicht van voorbeelden uit de rechtspraak, Lindenberg (Art. 5:37), aant. 11.4.

lijke omstandigheden' gehechte waarde.⁴⁸ De Hoge Raad lijkt het anterior zijn van een hinderlijke activiteit echter ook als een zelfstandige factor te beschouwen:

'Voor het antwoord op de vraag of het toebrengen van hinder onrechtmatig is, is mede van belang of degenen die zich beklagen over hinder, zich ter plaatse heeft gevestigd vóór dan wel ná het tijdstip waarop de hinder veroorzakende activiteiten een aanvang hebben genomen. In het laatste geval zal hij een zekere mate van hinder eerder hebben te dulden.'⁴⁹

c. *Het tijdstip van de hinder*

Bij geluidshinder speelt ook het tijdstip waarop de hinder wordt toegebracht een rol. Lawaai op de voor de nachtrust bestemde uren zal minder snel geduld hoeven worden dan overdag veroorzaakt lawaai.⁵⁰

d. *Bijzondere gevoeligheid voor hinderlijke activiteiten*

In het Kalimijnenarrest⁵¹ noemt de Hoge Raad 'de mate waarin het gebruik benedenstrooms gevoelig is voor de geloosde stoffen' als een van de omstandigheden die van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of de Franse Mines de Potasse d'Alsace (MDPA) door het in de Rijn lozen van grote hoeveelheden afvalzouten, onrechtmatig handelde jegens de benedenstroomse Nederlandse tuinders die het Rijnwater als sproeiwater gebruikten. Bijzondere gevoeligheid voor bepaalde hindertoebrengende activiteiten heeft tot gevolg dat relatief geringe hinder tot omvangrijke schade kan leiden. De aanwezigheid van omvangrijke schade is een factor die de weegschaal zou kunnen doen doorslaan richting het onrechtmatig verklaren van de hinder. Het door de Hoge Raad toekennen van waarde aan een eventuele bijzondere gevoeligheid voor bepaalde hinderlijke activiteiten, dient ertoe om tegenwicht te kunnen bieden aan de factor van de (door relatief geringe hinder veroorzaakte) omvangrijke schade. De gedachte is dat de bijzondere gevoeligheid voor bepaalde hinderlijke activiteiten aan de zijde van degene aan wie hinder wordt toegebracht, de grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde hinder niet mag verschuiven.⁵² Deze gedachte treft men ook aan in een uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch,⁵³ waar het ging om de uitstoot van metaaldeeltjes door een fabriek. De eiser beriep zich ter staving van de stelling dat onrecht-

48 Vgl. Lindenbergh (Art. 5:37), aant. 11.5.

49 HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 69, m. nt. ARB (Overvliegende bijen II). Vgl. ook HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 476 (Overwaaiende onkruidzaden).

50 Zie Lindenbergh (Art. 5:37), aant. 11.6 en de daar vermelde rechtspraak.

51 HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743 m. nt. JHN en JCS.

52 Vgl. Van Acht (1990), p. 204.

53 Rb. 's-Hertogenbosch 23 december 1983, *NJ* 1985, 81.

matige hinder werd toegebracht op allergieverschijnselen van zijn vrouw. De rechtbank overwoog dat van de bewuste fabriek niet kon en niet mocht worden gevergd dat zij haar emissiegrens verlaagde tot een niveau waarop zelfs de mogelijkheid van allergische reacties werd voorkomen.

e. *De mogelijkheid om maatregelen te nemen ter voorkoming of vermindering van de hinder*

Een zeer belangrijke rol bij de beoordeling van de geoorloofdheid van hinder speelt de vraag of de mogelijkheid bestaat om maatregelen te treffen die de toegebrachte hinder kunnen voorkomen of verminderen. Wanneer deze mogelijkheid bestaat en wanneer degene die de hinder toebrengt daarvan geen gebruik maakt, dan bestaat er alle reden om de hinder ongeoorloofd te achten. De vraag naar het bestaan van de mogelijkheid om maatregelen te nemen ter voorkoming of vermindering van de hinder, komt in een aantal arresten van de Hoge Raad aan de orde.⁵⁴ Bij de beantwoording van de vraag of de mogelijkheid bestaat om bepaalde maatregelen te nemen, moet niet alleen gelet worden op de bestaande technische mogelijkheden. Ook de met de maatregelen gemoeide kosten spelen een rol.

f. *De publiekrechtelijke situatie*

Hierboven kwam aan de orde dat degene aan wie hinder wordt toegebracht zich alleen rechtstreeks op een publiekrechtelijk wettelijk voorschrift kan beroepen wanneer zo'n voorschrift te zijnen behoeve concrete en meetbare grenswaarden van geoorloofde hinder voorschrijft. Tevens kwam aan de orde dat een rechtsgeldig aan een verleende vergunning verbonden voorwaarde – in het kader van de vraag of hinder onrechtmatig is – gelijkgesteld wordt met een wettelijk voorschrift, mits de voorwaarde is opgenomen ter bescherming van de belangen van degene aan wie de hinder wordt toegebracht.⁵⁵ Ook in andere situaties dan de bovengenoemde, kan de publiekrechtelijke situatie van belang zijn voor de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van hinder. Hieronder worden drie van dergelijke situaties besproken.

In de eerste plaats kan zich de situatie voordoen dat met betrekking tot een bepaalde hindertoebrengende activiteit publiekrechtelijke normen bestaan, waarop degene aan wie hinder wordt toegebracht zich niet rechtstreeks kan beroepen. In dat geval moet worden aangenomen dat die normen op indirecte

54 Zie bijvoorbeeld HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 m. nt. CJHB (Van Dam/Beukeboom), HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 107 (Kraaiende hanen) en HR 15 februari 1991, NJ 1992, 639 m. nt. CJHB (Aalscholvers).

55 Zie § 18.2.5 hierboven.

wijze een rol spelen, als indicatie voor hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁵⁶

In de tweede plaats kan zich een situatie voordoen waarin zonder vergunning hinder wordt toegebracht, terwijl voor de bewuste activiteit wel een vergunning vereist is. De vraag rijst dan of deze hinder per definitie onrechtmatig is. Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. Dit volgt duidelijk uit een recent arrest van de Hoge Raad waarin – met betrekking tot het verrichten van activiteiten zonder de op grond van de Wet luchtverontreiniging vereiste vergunning – wordt overwogen dat niet het handelen zonder vergunning als zodanig onrechtmatig is, maar dat voor onrechtmatigheid bovendien vereist is dat er sprake is van zodanig handelen dat niet is voldaan aan de eisen voor het verkrijgen van een vergunning.⁵⁷

Tot slot kan zich een situatie voordoen waarin hinder wordt toegebracht, terwijl gehandeld wordt binnen de voorwaarden van een rechtsgeldig verleende vergunning. De vraag rijst dan of dit gegeven invloed heeft op de vraag naar de (on)rechtmatigheid van de toegebrachte hinder. Het uitgangspunt bij de behandeling van deze vraag moet het hierboven reeds besproken Vogelplaagarrest⁵⁸ zijn. In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het hebben van een vergunning degene die overeenkomstig die vergunning handelt, niet vrijwaart tegen de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Door verschillende schrijvers is erop gewezen dat er sinds dit arrest uit 1972 een ontwikkeling heeft plaatsgevonden ten gunste van de vergunninghouder die zich aan de bij de vergunning gestelde voorwaarden houdt.⁵⁹ Op het gebied van hinder lijkt mij echter slechts de voorzichtige conclusie op haar plaats dat een verleende vergunning een positieve invloed kan hebben op de beoordeling van de geoorloofdheid van de hinder. Bedacht moet namelijk worden dat de voor hindergevallen vooral belangrijke integrale milieuvergunning op grond van de Wet milieubeheer primair ziet op de bescherming van de algemene milieubelangen en niet op de bescherming van de specifieke belangen van naburen. Art. 8.10 lid 1 Wmb bepaalt dat de vergunning slechts geweigerd kan worden in het belang van de bescherming van het milieu. Goed denkbaar is dat de uitstoot van een bepaalde hoeveelheid gassen geen te zware belasting voor het milieu in het algemeen vormt, maar wel uitermate hinderlijk is voor de

⁵⁶ Vgl. Van Acht (1990), p. 313.

⁵⁷ Zie HR 3 november 2000, *NJ* 2001, 108 m. nt. ARB (European Bulk Services B.V./Groenewegen Agro B.V.).

⁵⁸ HR 10 maart 1972, *NJ* 1972, 278 m. nt. GJS.

⁵⁹ Zie Davids (1999), nr. 15, p. 26 die erop wijst dat sinds de invoering van de Algemene wet bestuursrecht in 1994 de betrokkenheid van de derden-belanghebbenden bij de vergunningverlening is toegenomen. Zie verder vooral Huijgen (1997), p. 330-336 die uitgaat van een zeer vergaande invloed van het verleend zijn van een vergunning op de civielrechtelijke onrechtmatigheidsvraag.

omwonenden. Ondanks de verlening van de vergunning is in zo'n geval een tweede afweging van de belangen door de burgerlijke rechter op haar plaats.⁶⁰

18.2.6 Hinder toegebracht door of aan een ander dan de eigenaar van een onroerende zaak

Het is van belang te onderkennen dat, hoewel het bij hinder gaat om de afbakening van de omvang van het ene eigendomsrecht ten opzichte van de omvang van het andere eigendomsrecht, art 5:37 BW niet alleen van toepassing is als een *eigenaar* hinder veroorzaakt of hierdoor getroffen wordt.⁶¹ De omvang van het eigendomsrecht is namelijk niet alleen van belang voor de eigenaar, maar ook voor degenen die hun rechten aan de eigenaar ontleen, zoals bijvoorbeeld de huurder, de erfpachter of de vruchtgebruiker. De omvang van het eigendomsrecht bepaalt op zijn beurt weer de omvang van de rechten van degenen die hun recht aan de eigenaar ontleen. De vraag op welke wijze en in welke mate een huurder, een erfpachter of een vruchtgebruiker hinder mag toebrengen bij de uitoefening van zijn aan de eigendom ontleende recht, moet dus worden beoordeeld aan de hand van de op grond van art. 5:37 BW bepaalde omvang van het eigendomsrecht. Ditzelfde geldt voor de vraag in hoeverre een huurder, een erfpachter of een vruchtgebruiker hinder moet dulden.⁶²

Ook de rechten en plichten van een bezitter niet-eigenaar zijn gerelateerd aan de inhoud van het eigendomsrecht. De regel van art. 5:37 BW is daarom ook van belang wanneer door of aan een bezitter niet-eigenaar (bijvoorbeeld een kraker)⁶³ hinder wordt toegebracht.⁶⁴

60 Zie in deze zin Davids (1999), nr. 15, p. 28, Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 43, p. 54 en Lindenberg (Art. 5:37), aant. 14.

61 Zie aanbiedingsbrief bij O.M., PG Boek 5, p. 4, nr. 9, M.v.A. II bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 47 en De Gaay Fortman (na overleg met de regeringscommissaris) V.C. II bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 61. Zie ook A. Van Oven (1958), p. 62.

62 Zie nader en meer in het algemeen over de actieve en de passieve legitimatie tot de moderne *actio negatoria* § 19.2 en § 19.3 hieronder.

63 Een kraker zal over het algemeen moeten worden aangemerkt als bezitter (zo ook PLeysier (1997), p. 162 noot 6). Pres. Rb. Arnhem 16 oktober 2001, LJN: AD4596 <www.rechtspraak.nl> merkt een kraker aan als houder. Hierdoor wordt een succesvol beroep door de kraker op eigendomsverkrijging door verjaring op grond van art. 3:105 BW voorkomen. Het Hof Arnhem, 14 mei 2002, KG 2002, 162 laat de vraag of een kraker bezitter of houder is in het midden. Volgens het Hof maakt het in het kader van een (in casu toegewezen) beroep op verjaring van een rechtsvordering tot opheffing van een onrechtmatige toestand als bedoeld in art. 3:314 BW, geen verschil of de kraker wordt aangemerkt als bezitter of als houder. PLeysier (1997), p. 162 noot 6 merkt op dat een kraker in ieder geval geen houder is. Dat lijkt mij juist. Wanneer een kraker niet als bezitter kan worden aangemerkt, dan moet hij – bij gebreke van het bestaan van een rechtsverhouding krachtens welke de kraker voor een ander houdt – worden aangemerkt als iemand die feitelijk inbreuk maakt op eens anders eigendomsrecht.

18.2.7 Hinder met betrekking tot roerende zaken

Op diverse plaatsen in de parlementaire geschiedenis bij art. 5.1.2 wordt de plaatsing van de hinderbepaling in de titel over 'Eigendom in het algemeen' verdedigd met de stelling dat de regeling met betrekking tot hinder niet beperkt moet worden tot onroerende zaken.⁶⁵ Er wordt op gewezen dat ook aan of door een gebruiker van roerende zaken zoals woonschepen en woonwagens hinder kan worden toegebracht.⁶⁶ Daarnaast wordt erop gewezen dat ook zware, beweegbare machinerieën zoals een stoomwals hinder kunnen veroorzaken.⁶⁷ Binnen deze laatste categorie zou men ook kunnen denken aan vliegtuigen en motorrijtuigen.⁶⁸ Bij de verplaatsing van de hinderbepaling van art. 5.1.2 naar het alleen op onroerende zaken betrekking hebbende art. 5.4.0 (art. 5:37 BW), is aan de gevolgen van deze verplaatsing voor de hierboven vermelde gevallen niet op duidelijke wijze aandacht besteed.⁶⁹ De vraag rijst of art. 5:37 BW naar analogie moet worden toegepast in het geval van hinder met betrekking tot roerende zaken. Hoe te oordelen over deze kwestie? Het ligt voor de hand om woonschepen en woonwagens die een vaste lig- of staanplaats hebben op het gebied van hinder op dezelfde wijze te behandelen als onroerende zaken. Om dit te bereiken is het echter niet nodig om de hinderbepaling van art. 5:37 BW analoog op roerende zaken toe passen. Wanneer hinder wordt toegebracht aan of door een gebruiker van een woonschip of woonwagen met een vaste lig- of staanplaats, dan kan gesteld worden dat de hinder in feite wordt toegebracht aan of door een gebruiker van een onroerende zaak, te weten de grond waarop zich het (vaar)water bevindt waarop de boot drijft of het erf waarop de woonwagen staat.⁷⁰

Wat betreft hinder die wordt toegebracht door roerende zaken zoals motorrijtuigen of vliegtuigen, moet erop gewezen worden dat een verschil bestaat tussen deze gevallen van hinder en hinder die in de uitoefening van het eigendomsrecht op een onroerende zaak wordt toegebracht. Het in dit verband wezenlijke verschil tussen het eigendomsrecht op een onroerende zaak en het eigendomsrecht op een roerende zaak is dat het eigendomsrecht op een onroerende zaak gepaard gaat met wat H. Drion noemt: 'een element van een ruimtelijke soevereiniteit'.⁷¹ Het toebrengen van een bepaalde mate van hinder vanaf een onroerende zaak kan gezien worden als een bevoegdheid die de

64 Vgl. Salomons (2002), p. 22-23 die langs een geheel andere weg tot hetzelfde resultaat komt.

65 Zie T.M. bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 34-35, V.V. II bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 44 en M.v.A. II bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 49.

66 V.V. II bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 44.

67 V.V. II bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 44.

68 Zie Asser/Hartkamp 4-III (2002), nr. 39, p. 48.

69 Zie V.C. II bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 61-64.

70 Zie in deze zin G.J. Scholten in zijn noot onder HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 (Vogelplaag).

71 Drion (1958), p. 56. Vgl. A. Van Oven (1958), p. 61.

eigenaar van de onroerende zaak in het kader van zijn 'ruimtelijke soevereiniteit' toekomt. Art. 5:37 BW bepaalt in dit verband dat de grens van het toelaatbare niet dient te worden vastgesteld aan de hand van de (enge) criteria van misbruik van recht, maar aan de hand van de maatschappelijke betamelijkheidsnorm. Met betrekking tot roerende zaken bestaat aan een dergelijke regel geen behoefte, omdat het toebrengen van hinder door een roerende zaak – bij gebreke van 'een element van een ruimtelijke soevereiniteit' – niet gezien kan worden als de uitoefening van een eigenaarsbevoegdheid.

De tweede regel die in art. 5:37 BW gelezen kan worden, te weten dat hinder – toegebracht door de eigenaar van het ene erf aan die van het andere erf – een bepaalde mate van ernst moet hebben om als inbreuk op het eigendomsrecht te kwalificeren, komt wel voor analoge toepassing in aanmerking: een eigenaar van een onroerende zaak moet ook een zekere mate van hinder dulden die door een roerende zaak wordt toegebracht.⁷²

18.2.8 Afsluitende opmerkingen over de plaats van het leerstuk van hinder in het vermogensrecht

Hierboven, in § 18.2.1, kwam aan de orde dat men de gevallen van hinder als bedoeld in art. 5:37 BW in twee categorieën kan verdelen, te weten (i) hinder door uitzending van rumoer, trillingen, stank, rook, gassen en dergelijke en (ii) hinder door het onderscheppen van licht of lucht en door het ontnemen van steun.⁷³ Bij de gevallen van de eerste categorie is sprake van een handeling die op zichzelf kan worden aangemerkt als de uitoefening van een bevoegdheid van de eigenaar van het ene erf, maar die tevens kan worden gezien als een vorm van door art. 5:1 lid 2 BW verboden 'gebruik' (in de ruime zin van *Einwirkung*)⁷⁴ van het andere erf. Art. 5:37 BW dient hier om de grens aan te geven tussen het geoorloofde gebruik van het eigen erf en het verboden gebruik van andermans erf. Deze grens wordt bepaald door een expliciete wettelijke norm, of – bij het ontbreken daarvan – door de maatschappelijke-betamelijkheidsnorm van art. 6:162 BW. Bij de gevallen van de tweede hindercategorie is geen sprake van een bepaald 'gebruik' van andermans erf in de zin van art. 5:1 lid 2 BW. Meijers heeft deze hindercategorie aan art. 5:37 BW toegevoegd om te bewerkstelligen dat de hier bedoelde gevallen niet aan de hand van de criteria van misbruik van recht worden beoordeeld, maar aan

72 Ditzelfde geldt wanneer hinder wordt toegebracht zonder dat men zich bedient van enige zaak, waarbij te denken valt aan geluidsoverlast door geschreeuw of gezang op de openbare weg.

73 Zie T.M. bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 33.

74 Zie § 17.2.2 hierboven.

de hand van hetzelfde criterium dat geldt voor de gevallen van de eerste categorie.⁷⁵

Teneinde het leerstuk van hinder in een juist vermogensrechtelijk perspectief te plaatsen, is het nuttig te wijzen op twee andere categorieën van gevallen die niet onder de regeling van art. 5:37 BW vallen, maar die er wel tegenaan leunen. In de eerste plaats gaat het hier om gevallen waarin het gebruik van andermans zaak (in de zin van art. 5:1 lid 2 BW) zonder meer een inbreuk op het eigendomsrecht vormt, zonder dat hiervoor de in art. 5:37 BW voorgeschreven toetsing aan de maatschappelijke-betamelijkheidsnorm noodzakelijk is. Het onderscheidende criterium tussen deze categorie (die hierna als derde categorie zal worden aangeduid) en de eerste categorie van hindergevallen, schuilt hierin dat bij de derde categorie geen sprake is van een handeling die kan worden aangemerkt als de uitoefening van een eigenaarsbevoegdheid. Bij deze categorie valt te denken aan het beslag leggen op andermans ruimte door bijvoorbeeld overbouw.⁷⁶ Tevens kan gedacht worden aan het zich begeven op andermans erf zonder hiertoe gerechtigd te zijn.⁷⁷

De vierde categorie van gevallen leunt aan tegen de tweede categorie van hindergevallen. Met de tweede categorie hebben de gevallen van de vierde categorie gemeen dat er geen sprake is van het gebruik van andermans erf in de zin van art. 5:1 lid 2 BW. De gevallen van de vierde categorie verschillen echter van die van de tweede categorie in die zin dat zij niet door de wetgever in art. 5:37 BW gelijk zijn gesteld met hindergevallen van de eerste categorie. Dit betekent dat de geoorloofdheid van de betreffende handelingen moet worden beoordeeld aan de hand van de criteria van misbruik van recht (art. 3:13 BW)⁷⁸ en niet aan de hand van de maatschappelijke-betamelijkheidsnorm van art. 6:162 BW. Een voorbeeld van een geval van de vierde categorie is het bederven van het uitzicht dat iemand over eens anders erf heeft. In de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van art. 5:37 BW wordt dit geval expliciet onderscheiden van de in art. 5:37 BW vermelde gevallen van de tweede categorie.⁷⁹ De vraag rijst vervolgens of het ruime rechtsmisbruikbegrip van art. 3:13 BW de relevantie van het verschil tussen de tweede en de vierde categorie niet ondermijnt. Dit is volgens de M.v.A. II bij art. 5.1.2 niet het geval. Men leest hier:

‘Dit betekent dat zwaardere eisen moeten worden gesteld om tot het oordeel te komen dat een handeling in strijd is met het derde in artikel 8 Inleidende Titel <thans art. 3:13 lid 2 BW> genoemde criterium, dan dat zij onrechtmatige hinder in de zin van de artikelen 5.1.2 <thans art. 5:37 BW> juncto 6.3.1 <Boek 6 BW, titel 3,

75 Zie T.M. bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 34.

76 Zie daarover § 18.4.1 hieronder.

77 Zie daarover § 18.5 hieronder.

78 Zie daarover § 17.4 hierboven.

79 Zie M.v.A. II bij art. 5.1.2, PG Boek 5, p. 49.

afdeling 1> oplevert, al zal het in de praktijk in een enkel geval wel eens moeilijk kunnen zijn de juiste grens te trekken.⁸⁰

Uiteindelijk komt het er in de gevallen van zowel de tweede als de vierde categorie op neer dat een eigenaar in de uitoefening van zijn eigendomsrecht niet onrechtmatig (in strijd met de maatschappelijke-betamelijkheidsnorm) mag handelen. Bij de beoordeling van de vraag of in strijd met de maatschappelijke-betamelijkheidsnorm is gehandeld, verschilt in beide categorieën echter het gewicht dat wordt toegekend aan het gegeven dat de eigenaar in beginsel handelt in de uitoefening van zijn met een zekere 'ruimtelijke soevereiniteit'⁸¹ gepaard gaande eigenaarsbevoegdheid.

18.3 DE TOEPASSING VAN DE MODERNE *ACTIO NEGATORIA* IN VERBAND MET CONCRETE NORMEN IN HET BURENRECHT

18.3.1 Inleiding

Het burenrecht van titel 4 van Boek 5 BW is eigendomsrecht. De regels van het burenrecht dienen om de bevoegdheden van de eigenaars van naburige erven ten opzichte van elkaar af te bakenen. Meijers schrijft hierover in zijn toelichting bij titel 4 van Boek 5 het volgende:

'...de artikelen van deze titel <zijn> van gelijke aard als die van titel 1 <"Eigendom in het algemeen">. Zij geven dus niet een recht dat naast de eigendom staat – hetzij een wettelijke erfdienstbaarheid, gelijk in Frankrijk, hetzij een persoonlijk voorrechtsrecht – maar zij bepalen nader de inhoud van het eigendomsrecht.'⁸²

Zoals hierboven⁸³ aan de orde is gekomen, geeft ook art. 5:37 BW – welk artikel nog niet in titel 4 van Boek 5 was opgenomen op het moment dat Meijers het bovenstaande schreef – een nadere bepaling van de inhoud van het eigendomsrecht van de bij de hinder betrokken eigenaars. De bijzonderheid van dit artikel is echter dat het, ter bepaling van het antwoord op de vraag of hinder in een bepaald geval een inbreuk op het eigendomsrecht vormt, verwijst naar het criterium van onrechtmatigheid als bedoeld in art. 6:162 BW. Dit heeft tot gevolg dat in verreweg de meeste gevallen – behoudens in het geval waarin een wettelijk voorschrift concreet de grens van de te dulden

80 PG Boek 5, p. 49-50. Kritisch over het door de wet gemaakte onderscheid tussen hinder- en rechtsmisbruikgevallen is Van Nispen (1982), p. 107.

81 Zie § 18.2.7 hierboven.

82 PG Boek 5, p. 175. Zie ook in deze zin: Telders (1958), p. 5-6, Van Acht (1990), p. 81, Davids (1999), nr. 2, p. 3-4, Berger (2001), p. 9, Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 128, p. 150 en Pleysier (2000), p. 105, nr. 1.

83 Zie § 18.2.2 hierboven.

hinder aangeeft – getoetst moet worden aan het criterium of de hinder is toegebracht in een mate of op een wijze die volgens de regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt. Dezelfde wijze van afbakenen van de eigenaarsbevoegdheden – onder verwijzing naar hetgeen volgens art. 6:162 BW onrechtmatig is – treft men aan in art. 5:39 BW en art. 5:40 lid 1 BW.

Op andere plaatsen in het burennrecht wordt de omvang van het eigendomsrecht aan de hand van concretere normen afgebakend. In deze paragraaf zal een aantal van deze burennrechtelijke normen worden besproken. Alvorens hiertoe over te gaan is het echter van belang om vast te stellen dat – hoewel het burennrecht de inhoud van het eigendomsrecht nader bepaalt – niet iedere overtreding van een burennrechtelijke norm een inbreuk op het eigendomsrecht vormt waartegen met de moderne *actio negatoria* kan worden opgetreden. In dit verband is het nuttig om de burennrechtelijke bepalingen in drie categorieën te verdelen. In de eerste plaats zijn er burennrechtelijke bepalingen die een tot de eigenaar gericht verbod of gebod bevatten om zijn erf op een bepaalde manier te gebruiken (art. 5:38 BW, art. 5:42 BW, art. 5:50 BW, art. 5:52 BW en art. 5:53 BW). In de tweede plaats zijn er burennrechtelijke bepalingen die een tot de eigenaar gericht gebod bevatten om een bepaald gebruik van zijn erf door de naburige eigenaar te dulden (art. 5:56 BW, art. 5:57 BW en art. 5:58 BW). Voor deze beide categorieën geldt dat tegen overtreding van de in deze artikelen vervatte normen, met de moderne *actio negatoria* kan worden opgetreden. Beide categorieën zullen hieronder nader worden besproken. In de derde plaats bestaat er een categorie van burennrechtelijke bepalingen die de ene eigenaar de bevoegdheid verlenen om jegens de andere eigenaar een verplichting tot een ‘doen’ in het leven te roepen (art. 5:46 BW, art. 5:49 BW, art. 5:54 BW en art. 5:55 BW). Dergelijke verplichtingen tot een ‘doen’ moeten worden gezien als verbintenissen uit de wet.⁸⁴ Het zijn geen (met de moderne *actio negatoria* afdwingbare) rechtsplichten om andermans eigendom te respecteren. Uit het eigendomsrecht – als zakelijk recht – kunnen voor derden namelijk alleen rechtsplichten voortvloeien om iets te dulden of niet te doen, en geen rechtsplichten om iets te dóen (behoudens de plicht om in het geval van depossederen een zaak aan de eigenaar af te geven).⁸⁵ Dit neemt niet weg dat ook de burennrechtelijke bepalingen van de derde categorie de inhoud van de eigendom nader bepalen. De bevoegdheid van de eigenaar om de bedoelde verbintenissen in het leven te roepen, vloeit immers uit deze bepalingen voort. Wanneer de verbintenis eenmaal in het leven geroepen is, wordt de relatie tussen de naburen op dat punt beheerst door het verbintenissenrecht. Volledigheidshalve

84 Vgl. Scholten (1983), p. 58-59 en Van Acht (1990), p. 138-139.

85 Deze regel vloeit voort uit het wezen van het zakelijke recht. Dit geldt zowel wanneer men het wezen van het zakelijke recht beschouwt vanuit de zogeheten ‘klassieke leer’ als wanneer men dit doet vanuit de ‘respectleer’ (zie over beide lerens: Rank-Berenschot (1992), p. 36-38 en p. 42-45).

moet worden opgemerkt dat het hier gaat om kwalitatieve verbintenissen die een eigenaar binden in zijn hoedanigheid van eigenaar. Zowel aan de passieve als aan de actieve zijde gaan de verbintenissen bij de overdracht van de eigendom over op de nieuwe eigenaar.⁸⁶ Een uitzondering geldt voor verbintenissen tot betaling van een geldsom die op grond van bijvoorbeeld art. 5:46 BW en art. 5:49 BW uit het burendrecht kunnen voortvloeien: dergelijke verbintenissen blijven zowel aan de actieve als aan de passieve zijde rusten op degene die eigenaar is op het moment van het ontstaan van de verbintenis.⁸⁷

18.3.2 De toepassing van de moderne *actio negatoria* in verband met burendrechtelijke bepalingen die het gebruik van het eigen erf op concrete wijze reguleren

Algemeen

Art. 5:50 BW geeft kort gezegd – met weglating van alle bijzonderheden – de regel dat een eigenaar niet bevoegd is om binnen twee meter van de erfgrens vensters of andere muuropeningen dan wel balkons of soortgelijke werken te hebben, voorzover deze op het naburige erf uitzicht geven. Een soortgelijk verbod geeft art. 5:42 BW met betrekking tot de aanwezigheid van bomen, heesters of heggen binnen een bepaalde afstand van de erfgrens: voor bomen geldt een afstand van twee meter (gerekend vanaf het midden van de voet) en voor heesters en heggen een afstand van een halve meter. De bovenvermelde bepalingen beperken de omvang van de eigendom van het ene erf in die zin dat het de eigenaar niet vrij staat om zijn erf naar eigen inzicht in te richten. Anderzijds vormen de bepalingen een uitbreiding van de omvang van de eigendom van het andere erf: tot dit eigendomsrecht behoort het recht om – binnen de verboden zone – verschoond te blijven van de aanwezigheid op het naburige erf van vensters of andere muuropeningen, dan wel balkons of soortgelijke werken als bedoeld in art. 5:50 BW, alsmede van bomen, heesters of heggen als bedoeld in art. 5:42 BW. Wanneer de in de bedoelde bepalingen gegeven normen worden overtreden, dan staat vast dat er sprake is van een

⁸⁶ Anders: Van Acht (1990), p. 139 die verdedigt dat de verbintenissen aan de passieve zijde persoonlijk zijn. Wanneer op het moment van eigendomsoverdracht al een verplichting tot bijvoorbeeld het meewerken aan de oprichting van een scheidsmuur bestond, dan moet volgens Van Acht – na de overdracht – de nabuur opnieuw medewerking vorderen van de nieuwe eigenaar. Tegen deze benadering bestaat het bezwaar dat zij niet kan verklaren hoe de oude eigenaar bevrijd wordt van zijn verplichting om mee te werken aan de oprichting van de scheidsmuur.

⁸⁷ Zie Eggens (1960), p. 193-194.

inbreuk op het eigendomsrecht.⁸⁸ De vaststelling dat er sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht, brengt mee dat de moderne *actio negatoria* in deze gevallen aan de eigenaar ten dienste staat om de ongedaanmaking van de inbreuk op het eigendomsrecht te vorderen.⁸⁹ Met betrekking tot de vergoeding van de eventuele schade die de eigenaar op wiens recht inbreuk wordt gemaakt als gevolg van deze inbreuk heeft geleden, geven art. 5:42 lid 4 BW en art. 5:50 lid 5 BW een bijzondere regel:

‘Ter zake van een volgens dit artikel ongeoorloofde toestand is slechts vergoeding verschuldigd van de schade, ontstaan na het tijdstip waartegen tot opheffing van die toestand is aangemaand.’

Er moet onderscheid gemaakt worden tussen de ongeoorloofde toestand zelf, en de als gevolg van de ongeoorloofde toestand ontstane schade. Het ongedaan maken van de ongeoorloofde toestand kan gevorderd worden met een goederenrechtelijke bevelsvordering, te weten de moderne *actio negatoria*. Vergoeding van de als gevolg van de ongeoorloofde toestand ontstane schade kan gevorderd worden op grond van art. 6:162 BW.⁹⁰ Hiervoor geldt echter de hierboven geciteerde bijzondere regel van art. 5:42 lid 4 BW en art. 5:50 lid 5 BW dat slechts vergoeding verschuldigd is van schade die ontstaan is na het tijdstip waarop tot opheffing van de ongeoorloofde toestand is aangemaand.

Naast art. 5:50 BW en art. 5:42 BW zijn er nog andere burenenrechtelijke bepalingen die op concrete wijze de bevoegdheid van de eigenaar beperken om op zijn erf te doen en te laten wat hij wil. Vermeld kunnen worden art. 5:38 BW en art. 5:52 lid 1 BW. Art. 5:38 BW bepaalt dat een lager gelegen erf het water moet ontvangen dat van een hoger gelegen erf van nature afloopt. Dit betekent dat de eigenaar van het lagere erf niet bevoegd is om op zijn erf werken aan te leggen die het aflopende water keren. Art. 5:52 lid 1 BW verbiedt de eigenaar de afdekking van zijn gebouwen en werken zodanig in te richten dat water op eens anders erf afloopt.⁹¹ Tegenover de beperkingen van de bevoegdheid van de ene eigenaar staat ook in deze gevallen het recht van de andere eigenaar op naleving van de burenenrechtelijke normen. Niet-naleving van de normen

88 Behoudens verleende toestemming als bedoeld in art. 5:50 lid 1 BW en art. 5:42 lid 1 BW (waarover Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 144, p. 166-167 en nr. 149, p. 171) en behoudens de in art. 5:50 lid 2 BW en art. 5:42 leden 1, 2 en 3 BW gegeven uitzonderingen.

89 Behoudens het van toepassing zijn van een van de drie hierboven in § 17.3, § 17.4 en § 17.5 behandelde regelingen die de reikwijdte van de moderne *actio negatoria* beperken.

90 De aanwezigheid van een boom of een balkon in de verboden zone vormt op zichzelf geen schadepost die op grond van de regeling van art. 6:162 BW voor vergoeding (eventueel in natura, door wegneming) in aanmerking komt. Zie daarover § 15.2 hierboven.

91 Afwatering op de openbare weg is geoorloofd, indien zij niet bij de wet of verordening verboden is (art. 5:52 lid 2 BW).

vormt een inbreuk op de eigendom van de laatstbedoelde eigenaar, waartegen deze met de moderne *actio negatoria* kan optreden.

Hoe hard zijn de 'harde' normen van art. 5:42 BW en art. 5:50 BW?

De redelijkheid en billijkheid heeft een vaste plaats verworven in het goederenrecht.⁹² Hiermee is echter niet gezegd dat de redelijkheid en billijkheid op ieder terrein van het goederenrecht een rol speelt. Het is in dit verband illustratief om HR 26 maart 1999, *NJ* 1999, 446 (Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag/Gemeente 's-Gravenhage) te plaatsen tegenover HR 13 juni 2003, *NJ* 2003, 507 (Kluitenberg/Klein). In het eerste arrest gaat het over de verhouding tussen de erfverpachter en de erfpachter. De gemeente Den Haag had aan erfpachters wier tijdelijke erfpacht na 75 jaar afliep, een nieuwe erfpacht aangeboden waarvan de condities aanzienlijk ongunstiger waren dan die van de bestaande erfpacht. De nieuwe canon (of naar keuze van de erfpachter: de eenmalige afkoopsom) was namelijk gebaseerd op de in de afgelopen 75 jaar sterk gestegen grondwaarde. De zittende erfpachters vorderden een verklaring voor recht dat de gemeente Den Haag tegenover hen bij de heruitgifte geen aanspraak kon maken op een op de actuele grondwaarde gebaseerde canon of afkoopsom. De Hoge Raad stelt vast dat het Hof bij zijn oordeelsvorming terecht niet alleen aan misbruik van bevoegdheid, maar ook aan de redelijkheid en billijkheid heeft getoetst:

'(...) door niet te volstaan met de overweging dat de Gemeente geen misbruik van haar eigendom maakt, doch daaraan toe te voegen dat de Gemeente tegenover de zittende erfpachter ook niet onredelijk handelt, en door voorts te onderzoeken of blijkt van bijzondere omstandigheden die tot een andere conclusie zouden kunnen leiden, heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat het de gedragslijn van de Gemeente heeft getoetst aan de eisen van redelijkheid en billijkheid.'⁹³

In het tweede arrest gaat het om een balkonachtige constructie (een dakterras) die uitzicht biedt op het naburige erf en zich in strijd met het bepaalde in art. 5:50 lid 1 BW op minder dan twee meter van de erfgrans bevindt. De Hoge Raad overweegt dat de twee-meternorm van art. 5:50 lid 1 BW een 'harde' norm is, die weinig speling toelaat:

'Bij de totstandkoming van art. 5:50 lid 1 is uitdrukkelijk afgezien van een soepeler formulering die zou meebrengen dat "onrechtmatigheid pas ontstaat, indien de rechter daartoe, na een redelijke afweging van de belangen van eigenaar en buur, heeft besloten". In plaats daarvan is, om de rechter meer houvast te bieden, gekozen voor de huidige formulering, waarbij "een beroep op misbruik van bevoegdheid

⁹² Zie daarover Fesevur (2000), p. 21-60.

⁹³ HR 26 maart 1999, *NJ* 1999, 446, r.o. 3.3.2.

(...) nog altijd uitkomst kan bieden, wanneer in een enkel geval de regeling als absurd of bijzonder knellend mocht worden aanvoeld" (MvA. II, Parl. Gesch. Boek 5, blz. 105).⁹⁴

In het geval van een schending van een concrete burenenrechtelijke norm die de omvang van de eigendom bepaalt, mag niet getoetst worden aan de redelijkheid en billijkheid. Een belangenafweging – waartoe toetsing aan de redelijkheid en billijkheid leidt – is in dat geval niet op zijn plaats, omdat de wetgever een dergelijke belangenafweging (in abstracto) al heeft gemaakt. Alleen een beroep op misbruik van bevoegdheid kan voor de gedaagde uitkomst bieden. Anders dan bij een beroep op de redelijkheid en billijkheid, kan bij een beroep op misbruik van bevoegdheid niet worden volstaan met een afweging van de betrokken belangen: volgens art. 3:13 BW is het nodig dat de eiser – in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad – naar redelijkheid niet tot uitoefening van zijn bevoegdheid had kunnen komen.⁹⁵

Vensters en balkons of bomen en planten buiten de verboden zones van art. 5:50 BW en art. 5:42 BW

Art. 5:50 BW en art. 5:42 BW beperken de eigenaar in zijn bevoegdheid om zijn erf naar eigen inzicht in te richten: op bepaalde plaatsen op zijn erf mag een eigenaar geen vensters en balkons of bomen en planten hebben. De vraag die thans aan de orde komt, is wat rechtens is wanneer zich vensters en balkons of bomen en planten *buiten* de verboden zones van art. 5:50 BW en art. 5:42 BW bevinden. Kan een nabuur met succes een beroep doet op art. 5:37 BW, stellende dat een boom buiten de verboden zone hem – in een mate of op een wijze die volgens art. 6:162 BW onrechtmatig is – hinder toebrengt door het onthouden van licht of lucht, of door afvallende bloesems of bladeren? Het Hof Leeuwarden nam in een dergelijk geval aan dat tegen de achtergrond van het bepaalde in art. 5:42 lid 2 BW niet snel kan worden geoordeeld dat er sprake is van ongeoorloofde hinder in de zin van art. 5:37 BW.⁹⁶ In een uitspraak van het Hof Amsterdam komt de vraag aan de orde of de aanwezigheid van een dakterras buiten de verboden zone een onrechtmatige aantasting van de privacy van de nabuur kan inhouden. Het Hof is zeer terughoudend:

⁹⁴ HR 13 juni 2003, *NJ* 2003, 507, r.o. 3.4.2.

⁹⁵ Een andere opvatting huldigde Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 1993, *NJ* 1994, 201. Het Hof besliste op grond van een eigen belangenafweging dat in het gegeven geval de aanwezigheid van een haag bestaande uit coniferen (door het Hof aangemerkt als bomen) die zich binnen de verboden zone van twee meter van art. 5:42 BW bevond, was toegestaan zolang de coniferen niet hoger waren dan 2,25 meter. Dit terwijl de maximale hoogte op grond van art. 5:42 lid 3 BW jo. 5:49 BW twee meter bedraagt. Als bijzondere omstandigheid ter plaatste, merkte het Hof de omstandigheid aan dat het om ruime percelen ging.

⁹⁶ Hof Leeuwarden 14 juli 1999, *NJ* 2000, 80.

‘Met het wettelijke systeem is onverenigbaar dat een met die regels <art. 695 en 696 OBW> niet strijdig uitzicht onrechtmatig geacht zou kunnen worden op de enkele grond dat het een schending van bedoeld recht op privacy oplevert. Dat recht wordt, behoudens bijzondere – hier niet gestelde of gebleken – omstandigheden alleen beschermd tegen uitzichten die met het bepaalde in genoemde artikelen in strijd zijn.’⁹⁷

Men ziet hier dat een eigenaar aan de bepalingen van art. 5:50 BW en art. 5:42 BW ook bepaalde rechten kan ontleen. De in art. 5:50 BW en art. 5:42 BW opgenomen concrete normen zijn het resultaat van een door de wetgever in abstracto gemaakte belangenafweging waarbij – naar men mag aannemen – alle relevante belangen zijn betrokken. Wat op grond van deze artikelen is toegestaan, kan daarom in beginsel ook niet op andere (civielrechtelijke) gronden verboden worden.

De wonderlijke toelichting van Meijers bij art. 5:42 BW

In de toelichting van Meijers bij art. 5.4.4 O.M. (art. 5:42 BW) leest men bij de bespreking van de verschillen tussen de voorgestelde regeling en de oude regeling van art. 713 en 714 OBW, onder meer het volgende:

‘In de derde plaats is niet het in artikel 714 lid 1 B.W. bepaalde overgenomen, zodat aan de rechter de vrijheid is gegeven om in bijzondere omstandigheden aan de nabuur enkel schadevergoeding in geld toe te kennen. In het algemeen immers pleegt de rechter, indien de eiser terecht klaagt over een door de gedaagde geschapen of gehandhaafde onrechtmatige toestand hoewel hij niet kan stellen dat daardoor zijn eigendom wordt aangetast, de gedaagde te veroordelen tot het ongedaan maken van die onrechtmatige toestand, tenzij om bijzondere redenen de eiser met schadevergoeding in geld genoeg moet nemen. Er is geen reden om in het in dit artikel bedoelde geval af te wijken van hetgeen bij de onrechtmatige daad in het algemeen geldt.’⁹⁸

Deze toelichting wekt om twee redenen verwondering. Ten eerste suggereert Meijers dat het níet opnemen in het BW van het in art. 714 lid 1 OBW bepaalde – te weten dat een nabuur het recht heeft om te vorderen dat bomen die zich op een volgens art. 713 OBW ongeoorloofde afstand van zijn erf bevinden, worden verwijderd – tot gevolg heeft dat men niet meer zonder meer de ongedaanmaking kan vorderen van een toestand die op grond van een bepaling uit het BW (art. 5:42 BW) ongeoorloofd (of in de woorden van art. 5.4.4 O.M.: onrechtmatig) is. Deze gedachte valt niet te verenigen met art. 3:296 lid 1 BW dat bepaalt dat hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde,

⁹⁷ Hof Amsterdam 16 mei 1991, NJ 1992, 161.

⁹⁸ T.M. bij art. 5.4.4, PG Boek 5, p. 189.

wordt veroordeeld. Ten tweede beschouwt Meijers in de hierboven geciteerde toelichting de aanwezigheid van bomen of planten binnen de verboden zone niet als een aantasting van de eigendom van het naburige erf. Dit is in tegenspraak met een op een andere plaats door hem geuite gedachte dat het burennrecht de inhoud van de eigendom nader bepaalt.⁹⁹ Overigens is dit punt in verband met het bovenstaande eerste punt niet van wezenlijk belang. Art. 3:296 BW biedt de mogelijkheid om te vorderen dat een onrechtmatige toestand ongedaan wordt gemaakt, onafhankelijk van de vraag of deze toestand een aantasting van de eigendom vormt. Uit een en ander volgt dat aan de hierboven geciteerde toelichting van Meijers geen betekenis moet worden toegekend.¹⁰⁰ De vraag of een eiser in bepaalde gevallen niet de beëindiging van een onrechtmatige toestand kan vorderen, maar genoeg moet nemen met schadevergoeding, wordt geheel beheerst door art. 6:168 BW.¹⁰¹

18.3.3 De toepassing van de moderne *actio negatoria* in verband met burennrechtelijke bepalingen waaraan het recht ontleend kan worden om andermans erf te gebruiken

Het burennrecht kent een drietal artikelen die een eigenaar verplichten om onder voorwaarden een zeker gebruik van zijn erf door een naburige eigenaar te dulden. Het gaat om art. 5:56 BW (het ladder- of steigerrecht), art. 5:57 BW (de noodweg) en art. 5:58 BW (de noodwaterleiding). Tegenover de plicht van de ene eigenaar om het gebruik onder bepaalde omstandigheden te dulden, staat het recht op gebruik van de andere eigenaar. De aard van het burennrecht (als recht dat de omvang van de eigendom nader bepaalt)¹⁰² brengt mee dat de gebruiksbevoegdheid van de andere eigenaar aangemerkt moet worden als een tot zijn eigendomsrecht behorende bevoegdheid.¹⁰³ Wanneer dit gebruik hem niet wordt toegestaan – ondanks het feit dat aan alle in art. 5:56 BW, 5:57 BW of 5:58 BW gestelde voorwaarden is voldaan – dan is er sprake van een

99 T.M. bij titel 4 van Boek 5, PG Boek 5, p. 175 waarover p. 192-193 hierboven.

100 Anders: Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 150, p. 173.

101 Zie daarover § 17.5 hierboven.

102 Zie T.M. bij titel 4 van Boek 5, PG Boek 5, p. 175 waarover § 18.3.1 hierboven.

103 Zie met betrekking tot de noodweg HR 2 mei 1997, NJ 1998, 315 m. nt. WMK waar het ging om de vraag of ook een rechtsopvolger onder bijzondere titel van de eigenaar van een met een noodweg bezwaard erf, de aangewezen noodweg heeft te dulden. De Hoge Raad overweegt in dit verband: 'De bevoegdheid tot het aanwijzen van een noodweg (...) is een rechtstreeks uit de wet voortvloeiende, de inhoud van het eigendomsrecht van de eigenaars van naburige erven nader bepalende, bevoegdheid. Dit brengt mee dat ook een rechtsopvolger onder bijzondere titel van de eigenaar van een met een noodweg bezwaard erf, behoudens het bepaalde in art. 5:57 leden 3 en 4 BW, gebonden is aan de met inachtneming van lid 3 van art. 57 gedane aanwijzing van de noodweg en dus die noodweg heeft te dulden, ook indien hij met het bestaan van die noodweg niet bekend was en van die aanwijzing geen inschrijving is gedaan in de openbare registers.'

inbreuk op zijn eigendomsrecht. De vordering waarmee de eigenaar het betreffende gebruik in dat geval voor de rechter kan afdwingen, is de moderne *actio negatoria*.

18.4 DE TOEPASSING VAN DE MODERNE *ACTIO NEGATORIA* IN VERBAND MET DE AANWEZIGHEID VAN EEN ZAAK OP ANDERMANS ERF

18.4.1 Inleiding

De aanwezigheid van een zaak van A op het erf van B vormt in beginsel een inbreuk op het eigendomsrecht van B. Het in beslag nemen van ruimte door de zaak van A moet worden aangemerkt als een vorm van door art. 5:1 lid 2 BW verboden gebruik van het erf van B. Een zaak waarvan de aanwezigheid een inbreuk op andermans eigendomsrecht vormt, kan zowel roerend als onroerend zijn. Bij roerende zaken kan men denken aan een ontwortelde boom die zich voor een deel op het erf van de buurman bevindt¹⁰⁴ of aan tuinmateriaal (aarde en snoeihout) dat in andermans tuin terecht is gekomen.¹⁰⁵ Voorts kan men denken aan een auto die geparkeerd is op het terrein van een ander. Bij onroerende zaken kan men denken aan een over het erf van de nabuur hangend balkon of aan een gebouw dat zich gedeeltelijk op het naburige terrein bevindt en dat als gevolg van horizontale natrekking (art. 3:4 BW jo. 5:3 BW) voor het geheel eigendom is van de eigenaar van de grond waarop het gebouw voor het overige deel staat.¹⁰⁶ Tevens kan gedacht worden aan overhangende beplanting.

Hieronder zal allereerst aan de hand van een drietal arresten van de Hoge Raad de vraag worden behandeld op welke wijze in de rechtspraak invulling wordt gegeven aan de vordering tot verwijdering van een zaak van andermans erf. Het zal blijken dat de Hoge Raad deze verwijderingsplicht baseert op een schending van de zorgvuldigheidsnorm. Tegenover deze benadering zal een goederenrechtelijke benadering worden gesteld, waarin de verwijderingsplicht rechtstreeks op de schending van het eigendomsrecht is gebaseerd (§ 18.4.2 tot en met § 18.4.5). Vervolgens zal (in § 18.4.6 tot en met § 18.4.8) de aandacht specifiek uitgaan naar inbreuken op het eigendomsrecht die gevormd worden door de aanwezigheid van een onroerende zaak op eens anders erf. Hierbij zal ook aandacht worden besteed aan de wettelijke regelingen van art. 5:54 BW en art. 5:44 BW.

104 Vgl. HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478 m. nt. CJHB (Trechsel/Laméris), waarover § 18.4.2 hieronder.

105 Vgl. HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 854 m. nt. CJHB (Schols-Pelzers/Heijnen), waarover § 18.4.2 hieronder.

106 Vgl. HR 17 april 1970, *NJ* 1971, 89, m. nt. PhANH (Amotie), waarover § 16.2 hierboven.

18.4.2 HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478 (Trechsel/Laméris) en HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 854 (Schols-Pelzers/Heijnen)

HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478 (Trechsel/Laméris)

In deze paragraaf zullen twee arresten besproken worden waarin sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht die bestaat in de aanwezigheid van een zaak op andermans erf. In het eerste geval gaat het om een tweehonderd jaar oude beukenboom die in de stormnacht van 2 op 3 januari 1976 omwaaide. De boom, die in de tuin van Trechsel stond, kwam terecht in de tuin en op het dak van het huis van achterbuurman Laméris. Laméris liet op eigen kosten de boom verwijderen, teneinde de reparatie van zijn dak mogelijk te maken. Vervolgens stelde Laméris Trechsel aansprakelijk voor de door hem gemaakte verwijderingskosten. De Hoge Raad overweegt terzake:

‘Uitgaande van deze feiten had het Hof in de eerste plaats te onderzoeken of de Rb. terecht heeft aangenomen dat Trechsel gehouden was de boom onverwijld te verwijderen en derhalve onrechtmatig handelde door dit na te laten. Het Hof heeft deze vraag terecht bevestigend beantwoord. De zorgvuldigheid die Trechsel in het maatschappelijk verkeer jegens de goederen van Laméris in acht behoorde te nemen, bracht immers mee dat hij terstond, nadat hij van de situatie op de hoogte was, maatregelen behoorde te nemen om aan deze situatie die een inbreuk op de eigendom van Laméris insloot, een einde te maken door de hem toebehorende boom te verwijderen.’¹⁰⁷

Van belang is in de eerste plaats dat de Hoge Raad vaststelt dat de aanwezigheid van een boom van Trechsel op het erf van Laméris, een inbreuk op de eigendom van Laméris insluit. Deze vaststelling zou op zichzelf voldoende moeten zijn om een vordering tot verwijdering van de boom toe te wijzen, maar daar ging het in casu niet om: Laméris had zoals gezegd zelf de boom al laten verwijderen en vorderde vergoeding van de in verband hiermee gemaakte kosten. De Hoge Raad baseert deze vergoedingsplicht op een door Trechsel begane onrechtmatige daad, bestaande in een handelen in strijd met de in het maatschappelijk verkeer jegens de goederen van Laméris in acht te nemen zorgvuldigheid: Trechsel had terstond nadat hij op de hoogte was geraakt van de situatie die een inbreuk op de eigendom van Laméris insloot, een einde aan die situatie behoren te maken door de hem toebehorende boom te verwijderen. Men kan zich afvragen of de Hoge Raad een beroep op de maatschappelijke zorgvuldigheid nodig had om het bestaan van een schadeplichtige onrechtmatige daad aan te nemen. Goed verdedigbaar is dat het niet ongedaan maken van een op het eigendomsrecht inbreukende toestand – als

107 HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478 m. nt. CJHB, r.o. 3.2.

‘inbreuk op een recht’ – op zichzelf al een (toerekenbare¹⁰⁸) onrechtmatige daad vormt.¹⁰⁹ Gesteld wordt wel dat een beroep op de zorgvuldigheidsnorm in gevallen als het onderhavige nodig is omdat er weliswaar sprake is van een onrechtmatige (op het eigendomsrecht inbreukmakende) *situatie*, maar niet van een onrechtmatige *daad* bestaande in een ‘inbreuk op een recht’.¹¹⁰ Deze benadering lijkt mij onjuist. Een onrechtmatige (op het eigendomsrecht inbreukmakende) situatie correspondeert namelijk altijd met een onrechtmatige daad (bestaande in een ‘inbreuk op een recht’) van degene die rehtens verplicht is de onrechtmatige situatie te beëindigen. Wanneer er niemand is die hiertoe kan worden verplicht (bijvoorbeeld bij een meteorietinslag), dan heeft het ook geen zin om van een *onrechtmatige* situatie te spreken.

Naar aanleiding van het aan de orde zijnde arrest, rijst tot slot nog de vraag of Laméris geen inbreuk maakte op het eigendomsrecht van Trechsel door de aan deze laatste toebehorende boom te laten verzagen en weg te laten halen. Aangenomen moet worden dat zulks in beginsel inderdaad het geval was. Er deed zich in het onderhavige geval echter een situatie voor die men als noodtoestand kan kwalificeren: het stortregende en de boom moest worden verwijderd om het dak te kunnen repareren. Dit betekent dat er sprake was van een rechtvaardigingsgrond¹¹¹ die aan het handelen van Trechsel het op het eigendomsrecht van Laméris inbreukmakende karakter ontnam.¹¹²

HR 4 november 1988, NJ 1989, 854 (Schols-Pelzers/Heijnen)

In het tweede hier te bespreken arrest gaat het om een geval waarin als gevolg van een aardverschuiving tuinmateriaal (aarde en takken) afkomstig van het hoger gelegen erf van de gedaagden, terechtgekomen is op het lager gelegen erf van de eiser. De gedaagden trof geen verwijt ter zake van het terechtkomen van hun tuinmateriaal op het erf van de eiser. Het Hof veroordeelt de gedaagden tot verwijdering van het bij de verschuiving in de tuin van de eiser neergestorte materiaal. De Hoge Raad overweegt hieromtrent:

‘Terecht, immers in overeenstemming met HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478, is het hof ervan uitgegaan dat de in het maatschappelijk verkeer jegens eens anders goederen in acht te nemen zorgvuldigheid meebrengt dat degene wiens zaak op eens anders perceel terecht komt (hetgeen inbreuk maakt op diens eigendom), ook al valt hem daarvan op zichzelf geen verwijt te maken, terstond nadat hij van de situatie op

108 Het al dan niet toerekenbaar zijn van deze onrechtmatige daad hangt ervan af of de eigenaar van de zich op andermans erf bevindende zaak op de hoogte is van de situatie.

109 Vgl. Van Nispen (1978), p. 14-15.

110 Zie Van Dam (2000), nr. 838, p. 242 en Streefkerk (1996), p. 80 noot 28.

111 Zie daarover § 17.2.4 hierboven.

112 De Hoge Raad hoefde over deze kwestie niet te oordelen, omdat zij in de procedure niet aan de orde is gekomen.

de hoogte is gekomen jegens die ander gehouden is die zaak van dat perceel te verwijderen en door dat na te laten onrechtmatig jegens die ander handelt.¹¹³

De Hoge Raad baseert de plicht tot het verwijderen van het tuinmateriaal op het bestaan van een zorgvuldigheidsnorm die inhoudt dat degene wiens zaak op eens anders perceel terechtkomt, terstond nadat hij van de situatie op de hoogte is gekomen, gehouden is die zaak van dat perceel te verwijderen. Het komt mij in gevallen als het onderhavige echter juist voor om de verwijderingsplicht rechtstreeks op de inbreuk op het eigendomsrecht te baseren. Tussen deze benadering en die van de Hoge Raad bestaat een inhoudelijk verschil. In de op de zorgvuldigheidsnorm gebaseerde benadering van de Hoge Raad ontstaat de verwijderingsplicht pas als de eigenaar op de hoogte is gekomen van de omstandigheid dat zijn zaak op andermans erf terecht is gekomen. Wanneer men de goederenrechtelijke weg bewandelt en de verwijderingsplicht rechtstreeks op de inbreuk op het eigendomsrecht baseert,¹¹⁴ dan bestaat de plicht van de eigenaar tot verwijdering van zijn zaak onafhankelijk van zijn wetenschap. Het voordeel van deze benadering is dat ook een eigenaar die niet van de situatie op de hoogte is, bij verstek veroordeeld kan worden tot verwijdering van de zaak, waarbij de eiser dan tevens gemachtigd kan worden om de zaak op kosten van de eigenaar van zijn erf te (laten) verwijderen.¹¹⁵ Bovendien maakt de goederenrechtelijke benadering het mogelijk dat de eigenaar van het erf die de zaak van de ander zelf al op eigen kosten heeft verwijderd voordat deze ander van de situatie op de hoogte is gekomen, schadevergoeding vordert op grond van zaakwaarneming (art. 6:200 lid 1 BW). Anders dan in de benadering van de Hoge Raad, bestaat er in de goederenrechtelijke benadering namelijk al een verplichting tot verwijdering van de zaak, voordat de eigenaar van de zaak van de situatie op de hoogte is gekomen. Met betrekking tot deze verplichting kan in het geschetste geval gesteld worden dat deze bij wijze van zaakwaarneming door de eigenaar van het getroffen perceel is nagekomen.¹¹⁶

113 HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 854 m. nt. CJHB, r.o. 3.2.

114 Streefkerk (1996), p. 80 spreekt in dit verband over een zakelijke vordering die, evenals de revindicatie, 'puur op het eigendomsrecht' gebaseerd is. In de hier gehanteerde terminologie is sprake van de moderne *actio negatoria*.

115 Zie Brunner in zijn noot onder HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 854, onder 3.

116 Zie Brunner in zijn noot onder HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 854, onder 3 en zie ook Streefkerk (1996), p. 80. Ook een eventuele vordering tot schadevergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) vereist in een dergelijk geval dat er aan de zijde van de gedaagde een verplichting bestaat tot verwijdering van de zaak (zie HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 720 m. nt. MS, Staat/ August de Meijer B.V., r.o. 3.6). In het geval van het laatstvermelde arrest (waarover § 18.4.3 hieronder) bestond er echter in het geheel geen verplichting tot verwijdering; die verplichting kon ook niet in de toekomst ontstaan. In het in de tekst aan de orde zijnde geval daarentegen, zou een verplichting tot verwijdering van de zaak zijn ontstaan wanneer de gedaagde van de situatie op de hoogte was gekomen. In dit laatste geval was er dus sprake van een latente verplichting.

Wat er in zijn algemeenheid ook zij van de wenselijkheid om de plicht tot verwijdering van een zaak van andermans erf rechtstreeks te baseren op de inbreuk op het eigendomsrecht, in het onderhavige arrest was er een bijzondere reden om een beroep op de zorgvuldigheidsnorm te doen. Die reden was hierin gelegen dat de eiser ook verwijdering vorderde van *aan hemzelf toebehorend* tuinmateriaal dat bij de aardverschuiving door het tuinmateriaal van de gedaagden was meegesleept. Het Hof wijst deze vordering toe met als argument dat de zorgvuldigheid die de gedaagden in het maatschappelijk verkeer jegens de eigendom van de eiser in acht behoorden te nemen, ook meebracht dat het meegesleepte tuinmateriaal werd verwijderd:

‘Deze aan Schols-Pelzers <gedaagden> betamende zorgvuldigheid brengt tevens mee dat Schols-Pelzers gehouden waren ook het door het verzakte pad van het lager gelegen, aan Heijnen <eiser> toebehorende, deel van het talud meegesleept materiaal uit de tuin van Heijnen te verwijderen. Dit klemmt te meer nu volgens de eigen stellingen van Schols-Pelzers niet kan worden aangewezen in hoeverre het in de tuin van Heijnen terechtgekome van het ene of het andere perceel afkomstig is geweest.’¹¹⁷

Tegen dit oordeel van het Hof richt zich een van de cassatiemiddelen. A-G Franx acht dit cassatiemiddel gegrond:

‘Naar mijn opvatting is dit onderdeel gegrond. Een rechtsgrond voor een verwijderingsplicht van Schols c.s. <gedaagden> ook ten opzichte van ander dan aan hen toebehorend en van hen afkomstig materiaal valt in het geldende recht niet aan te wijzen zolang niet is komen vast te staan door welke oorzaak dat materiaal in de tuin van Heijnen <eiser> is terecht gekomen.’¹¹⁸

De Hoge Raad verwierpt echter het cassatiemiddel op grond van de volgende – niet geheel consistente – overweging:

‘Het onderdeel strekt ten betoge dat degene op wie deze plicht rust <te weten de plicht om zijn eigen zaak van het perceel te verwijderen>, niet gehouden kan zijn ook andere, niet aan hem toebehorende zaken te verwijderen. Dit betoog kan in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard. In het bijzonder is denkbaar dat bij het terecht komen van de desbetreffende zaak op het perceel van die ander ook andere zaken op zodanige wijze op dat perceel zijn terechtgekomen dat de daardoor ontstane situatie inbreuk op diens eigendomsrecht insluit, immers afbreuk doet aan diens hem als eigenaar van het perceel toekomende genotsrechten. Voormelde zorgvuldigheid kan dan meebrengen dat degene wiens zaak tot deze – verdere – inbreuk heeft geleid, óók is gehouden tot verwijdering van die andere zaken, onverschillig aan wie deze toebehoren. Of voor degene wiens zaak op eens anders

¹¹⁷ Hof 's-Hertogenbosch 29 september 1986, r.o. 4.2.3, te kennen uit: HR 4 november 1988, NJ 1989, 854 m. nt. CJHB.

¹¹⁸ Conclusie van A-G Franx bij HR 4 november 1988, NJ 1989, 854 m. nt. CJHB, nr. 5.

perceel in voege als vermeld is terechtgekomen, dientengevolge mede een dergelijke verwijderingsplicht ontstaat, hangt af van de bijzonderheden van het gegeven geval.¹¹⁹

Het lijkt mij juist dat de in acht te nemen zorgvuldigheid onder bepaalde omstandigheden mee kan brengen dat degene wiens zaak op andermans erf terecht is gekomen, ook verplicht is om andere zaken te verwijderen. De Hoge Raad noemt verderop in het arrest als een relevante omstandigheid in dit verband: ‘de onmogelijkheid om het in de tuin van Heijnen neergekomen materiaal te identificeren’. Onjuist lijkt mij echter de in het bovenstaande citaat te ontwaren suggestie dat de aanwezigheid van zaken van de eiser op zijn eigen erf een inbreuk op het eigendomsrecht van de eiser kan insluiten. De aanwezigheid van eigen zaken op het erf, onafhankelijk van het antwoord op de vraag op welke wijze die daar terecht zijn gekomen, vormt als zodanig nooit een inbreuk op het eigendomsrecht.¹²⁰

18.4.3 Nuancering van de regel uit HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478 (Trechsel/Laméris) en HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 854 (Schols-Pelzers/Heijnen), in het geval waarin een voorwerp op de bodem van een vaarwater terecht is gekomen; HR 14 oktober 1994, 720 (Staat/August de Meijer B.V.)

In een arrest uit 1994 wordt de regel uit de in de vorige paragraaf behandelde arresten genuanceerd. Het gaat in deze zaak om een kraan die in 1963 van een ponton in een aan de eiser (de Staat) toebehorend openbaar vaarwater (de Westerschelde) is gevallen. De Staat heeft vele jaren later, in 1987, de kraan ingevolge een daartoe krachtens de Wrakkenwet genomen besluit doen bergen. Vervolgens vorderde de Staat van de gedaagde vergoeding van de gemaakte kosten, onder meer op grond van de stelling dat de gedaagde als eigenares van de kraan onrechtmatig had gehandeld jegens de Staat als eigenaar van de Westerschelde, door de kraan niet uit de Westerschelde te verwijderen. Het Hof geeft aan de Staat opdracht te bewijzen dat de opruiming van de kraan in 1987 noodzakelijk was met het oog op de veiligheid van de scheepvaart ter plaatse. Tegen deze bewijsopdracht richt zich een van de cassatiemiddelen. De Staat beroept zich op HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478 (Trechsel/Laméris) en HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 854 (Schols-Pelzers/Heijnen), waarmee volgens de Staat niet verenigbaar zou zijn dat voor het aannemen van een verwijderingsplicht de extra eis gesteld wordt dat de aanwezigheid van het voorwerp afbreuk doet aan de veiligheid. De Hoge Raad overweegt:

119 HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 854 m. nt. CJHB, r.o. 3.2.

120 Vgl. § 18.4.6 hieronder met betrekking tot verticale natrekking en § 18.4.4 hieronder met betrekking tot derelictie.

‘Het onderdeel doet daartoe een beroep op HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478 en HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 854, waarin is beslist dat “degene wiens zaak op eens anders perceel terechtkomt (hetgeen inbreuk maakt op diens eigendom), ook al valt hem daarvan op zichzelf geen verwijt te maken, terstond nadat hij van de situatie op de hoogte is gekomen jegens die ander gehouden is die zaak van dat perceel te verwijderen en door dat na te laten onrechtmatig jegens die ander handelt”. Het betrof hier respectievelijk een omgewaaide boom en uit een hoger gelegen tuin afkomstig “tuinmateriaal”. De voor dergelijke gevallen geformuleerde regel is niet zonder meer van toepassing in de situatie dat een voorwerp is terechtgekomen op de bodem van een vaarwater, zonder dat de eigenaar van dat voorwerp daarvan een verwijt valt te maken. In dat geval zal voor diens aansprakelijkheid voor de kosten van opruiming in beginsel vereist zijn dat de beheerder van het water stelt, en zonodig bewijst, dat de gevaren verbonden aan het niet verwijderen van dat voorwerp zo groot zijn dat zij hem redelijkerwijs tot verwijdering noopten.’¹²¹

Voor het aannemen van een verwijderingsplicht van een op de bodem van een vaarwater terechtgekomen voorwerp, geldt een bijzondere regel. Deze verplichting bestaat alleen als de gevaren verbonden aan het niet verwijderen zo groot zijn dat zij redelijkerwijs tot verwijdering nopen. A-G Bloembergen heeft de aanzet gegeven tot het formuleren van deze speciale regel. Bloembergen merkt in zijn conclusie op dat de Hoge Raad in de arresten waarop de Staat een beroep doet, spreekt van een zaak die terecht komt ‘op een perceel’. Hij vervolgt:

‘De Hoge Raad denkt klaarblijkelijk aan een perceel land en niet aan water. En water is juist voor daarop terecht komende zaken iets anders dan land!’¹²²

Het relevante verschil schuilt volgens Bloembergen hierin dat een op een perceel land terechtgekomen zaak de eigenaar vrijwel altijd last bezorgt, terwijl dit voor een in het water terechtgekomen zaak niet altijd geldt.

De Hoge Raad heeft door een uitzondering te formuleren op de regel uit de arresten uit 1982 en 1988 een nadere invulling gegeven aan de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm waarop de Hoge Raad de verwijderingsplicht in deze beide arresten baseert. Bedacht moet echter worden dat de verwijderingsplicht niet alleen uit een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm voortvloeit, maar ook – rechtstreeks – uit de inbreuk op het eigendomsrecht die gevormd wordt door de aanwezigheid van een zaak op eens anders grond.¹²³ In zoverre moet de door de Hoge Raad geformuleerde uitzondering ook gezien worden als

121 HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 720 m. nt. MS, r.o. 3.5.

122 Conclusie van A-G Bloembergen bij HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 720 m. nt. MS, nr. 3.

123 Art. 5:1 lid 2 BW jo. art. 3:296 BW.

een uitwerking van de regeling van misbruik van bevoegdheid voor een bepaalde categorie van gevallen.

18.4.4 Derelictie

In HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478 (Trechsel/Laméris) en HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 854 (Schols-Pelzers/Heijnen) bestond het centrale aanknopingspunt voor aansprakelijkheid hierin dat een zaak *van de gedaagde* (een boom respectievelijk tuinmateriaal) zich op het erf van de eiser bevond. Dit roept de vraag op of de gedaagde door derelictie aan aansprakelijkheid kan ontkomen.¹²⁴ Men dient bij de beantwoording van deze vraag te onderscheiden tussen de rechtstreeks op het eigendomsrecht van de eiser gebaseerde aansprakelijkheid die met de moderne *actio negatoria* kan worden afgedwongen en de aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. Wanneer men zich beperkt tot de rechtstreeks op het eigendomsrecht van de eiser gebaseerde aansprakelijkheid die met de moderne *actio negatoria* kan worden afgedwongen, dan luidt het antwoord op de gestelde vraag bevestigend.¹²⁵ Als de zich op het erf van de eiser bevindende zaak zijn eigenaar verliest, dan houdt de betreffende toestand op een inbreuk op de eigendom van de eiser te vormen. De gedaagde houdt door de derelictie op door middel van zijn zaak beslag te leggen op het erf van de eiser en houdt daarmee op ‘gebruik te maken’ van het erf in de zin van art. 5:1 lid 2 BW. Daar komt bij dat het de eiser, na de derelictie door de gedaagde, weer geheel vrij staat om op zijn erf te doen en te laten wat hij wil: wanneer hij de zich op zijn erf bevindende zaak verwijdt maakt hij zijnerzijds geen inbreuk op het eigendomsrecht van de gedaagde.¹²⁶

Het bovenstaande neemt niet weg dat de gedaagde, ondanks zijn derelictie, op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk gesteld kan worden. Hier kunnen twee situaties worden onderscheiden. In de eerste plaats kan de aansprakelijk-

124 Art. 5:18 BW bepaalt dat men zich van de eigendom van een roerende zaak kan ontdoen door met dat oogmerk het bezit prijs te geven. Aangenomen moet worden dat men van de eigendom van een onroerende zaak geen afstand kan doen (zie HR 11 maart 1966, *NJ* 1966, 330 m. nt. GJS en Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 111, p. 130; anders: Aaftink (1974), p. 79-82 en Tjittes (1992), p. 58). Afstand van eigendom van een onroerende zaak zou op grond van art. 5:24 BW leiden tot eigendom van de Staat.

125 Zo ook voor het Duitse recht Picker (1972), p. 113-114, Picker (1992), p. 660, Picker (1993), p. 337 en Staudinger/Gursky (§ 1004), nr. 112, p. 483-485. De heersende leer in Duitsland oordeelt anders (zie Münch. Komm./Medicus (§ 1004), nr. 43 a en voor een overzicht van rechtspraak en literatuur: Staudinger/Gursky (§ 1004), nr. 112, p. 484 en Picker (1972), p. 115 noot 277). Dit hangt hiermee samen dat de heersende leer in Duitsland onder bepaalde omstandigheden ook de zaakbeschadiging die het gevolg is van een *Beeinträchtigung* aanmerkt als een *Beeinträchtigung* die op grond van § 1004 BGB voor *Beseitigung* in aanmerking komt (zie Picker (1972), p. 115 alsmede § 10.4 hierboven).

126 Deze situatie is te vergelijken met de situatie waarin de eiser eigenaar is geworden van een onbevoegdlijk op zijn erf aangebracht bouwwerk, waarover § 18.4.6 hieronder.

heid zijn gebaseerd op de schending van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm zoals die in de eerder vermelde arresten uit 1982 en 1988 is geformuleerd: men handelt in strijd met de in het maatschappelijk verkeer jegens eens anders goederen in acht te nemen zorgvuldigheid wanneer men niet terstond nadat men op de hoogte is gekomen van het feit dat zijn zaak op eens anders perceel terecht is gekomen, de zaak van het perceel verwijdert. Een eventuele derelictie die plaatsvindt *nadat* men op de hoogte is gekomen van het feit dat zijn zaak op andermans perceel terecht is gekomen, staat aan de schending van de hierboven weergegeven norm niet in de weg. De voormalige eigenaar van de zaak handelt (toerekenbaar) onrechtmatig door de zaak niet te verwijderen. Dit leidt op grond van art. 6:162 BW tot de plicht de als gevolg hiervan geleden schade te vergoeden, eventueel in andere vorm dan in geld (art. 6:103 BW).

In de tweede plaats speelt aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW een rol wanneer een op het eigendomsrecht inbreukmakende handeling tegelijk een derelictie inhoudt. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer afval op andermans perceel wordt geworpen. Deze handeling vormt een inbreuk op het eigendomsrecht. Wanneer herhaling dreigt, kan met de moderne *actio negatoria* een verbod gevorderd worden. De aanwezigheid van het afval – dat door derelictie *res nullius* is geworden – vormt als zodanig echter geen inbreuk op het eigendomsrecht op het perceel. Met de moderne *actio negatoria* kan daarom geen herstel in de oude toestand worden afgedwongen. Een beroep op art. 6:162 BW kan wel uitkomst bieden. Zoals gezegd maakte de gedaagde inbreuk op het eigendomsrecht van de eiser door afval op zijn erf te werpen. Ervan uitgaande dat deze inbreuk op het eigendomsrecht hem kan worden toegerekend, dient de gedaagde op grond van art. 6:162 BW de als gevolg hiervan geleden schade te vergoeden. Dit betekent dat hij de verwijderingskosten moet betalen of dat hij op grond van art. 6:103 BW verplicht wordt om het afval te verwijderen.

Ook zonder menselijke tussenkomst kunnen zaken waarvan de eigendom als prijsgegeven moet worden beschouwd, op andermans erf terechtkomen. Te denken valt aan bladeren, bloesems of onkruidzaden die van het ene naar het andere erf waaien.¹²⁷ De vraag of de eigenaar van dit laatste erf het op zijn erf terechtkomen van die zaken in dit soort gevallen moet dulden, wordt

¹²⁷ Vgl. met betrekking tot het prijsgegeven zijn van de eigendom van dit soort overgewaaide zaken A-G Biegman-Hartogh in haar conclusie bij HR 3 mei 1991, *NJ* 1991, 476 (Overwaaien-de onkruidzaden), die onder nr. 3.4 opmerkt 'dat de onkruidzaden bezwaarlijk als "toebehorend aan" Van Tol <de eigenaar van de grond waar in het te berechten geval het onkruid zich bevond, waaruit de onkruidzaden naar het naburige terrein overwaaiden> kunnen worden beschouwd.' Het OLG Frankfurt (14 juli 1987, *NJW* 1988, 2618-2620) beschouwt bladeren en bloesems en dergelijke – net als bijvoorbeeld gassen en rook – als *Imponderabilien*.

beheerst door de bepaling van art. 5:37 BW: getoetst zal moeten worden aan de op grond van dit artikel ontwikkelde hindercriteria.¹²⁸

18.4.5 De regel uit HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478 (Trechsel/Laméris) en HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 854 (Schols-Pelzers/Heijnen) en aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging

De vraag rijst of de jurisprudentie met betrekking tot de verwijderingsplicht van een omgevallen boom en van naar beneden geschoven tuinmateriaal, doorgetrokken kan worden naar gevallen van bodemverontreiniging die veroorzaakt is door migratie van verontreiniging van het ene perceel naar het andere.¹²⁹ Deze vraag dient ontkennend beantwoord te worden.¹³⁰ Bedacht moet worden dat het centrale aanknopingspunt voor de op de boom/tuinmateriaal-jurisprudentie gebaseerde aansprakelijkheid gevormd wordt door de omstandigheid dat een zaak van de één zich op het erf van een ander bevindt: deze toestand vormt volgens de Hoge Raad een inbreuk op het eigendomsrecht waarop de verwijderingsplicht uiteindelijk steunt. Wanneer een bepaalde schadelijke chemische verbinding, bijvoorbeeld via het grondwater, vanaf het ene erf op of in het andere terecht is gekomen, dan zijn er twee argumenten op grond waarvan verdedigd kan worden dat hierdoor geen op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand is ontstaan. In de eerste plaats moet ernstig betwijfeld worden of de schadelijke chemische verbinding een *zaak* is in de zin van art. 3:2 BW, dat wil zeggen een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object.¹³¹ Gesteld echter dat men een bepaalde verontreinigende stof die van het ene naar het andere perceel migreert, als een zaak zou moeten aanmerken, dan kan als tweede argument tegen het van toepassing zijn van de boom/tuinmateriaal-jurisprudentie worden aangevoerd dat in het laten migreren van de verontreinigende stof een afstand doen van het eigendomsrecht besloten ligt. De stof die de erfgrans passeert is *res nullius*. Er ontstaat daarom geen situatie waarin een zaak *van een ander* zich op of in een perceel bevindt, zodat men niet op die grond kan concluderen dat er sprake is van

128 Zie § 18.2.5 hierboven. Bij bomen die zich buiten de twee-metergrens van art. 5:42 BW bevinden zal niet spoedig worden aangenomen dat de blad- of bloesemafval ongeoorloofde hinder veroorzaakt (zie p. 246-247 hierboven).

129 Vgl. hierover Spier (1992), p. 395-405 en Spier (1995), p. 111-113, alsmede Streefkerk (1996), p. 80 noot 29.

130 Zo ook Streefkerk (1996), p. 80 noot 29.

131 Zie hierover Van der Steur (2003), p. 126-132 die een ruime natuurwetenschappelijke invulling van het zaaksbegrip voorstaat (p. 131), maar ook een veelheid aan schrijvers vermeldt die een 'zaak' in juridische zin niet vereenzelvigen met een 'stof' in natuurwetenschappelijke zin (onder meer: Asser/Mijnssen/De Haan 3-I (2001), nr. 54, p. 45-46).

een op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand.¹³² Dit neemt niet weg dat het terechtkomen op het 'ontvangende' erf van de schadelijke stoffen, een inbreuk op het eigendomsrecht kan vormen. De vraag of dit zich voordoet, moet in het geval van migratie van verontreiniging van het ene naar het andere erf beoordeeld worden aan de hand van de op grond van art. 5:37 BW ontwikkelde hindercriteria.¹³³ Wanneer er sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht, dan kan de eigenaar van het erf dat schadelijke stoffen emitteert veroordeeld worden tot het treffen van maatregelen die deze emissie voorkomen. Als de inbreuk op het eigendomsrecht hem ook kan worden toegerekend (in de zin van art. 6:162 BW), dan is hij eveneens aansprakelijk voor de als gevolg van de inbreuk geleden schade.

18.4.6 De moderne *actio negatoria* in verband met de aanwezigheid van een onroerende zaak op andermans erf; horizontale en verticale natrekking

Wanneer een onroerende zaak gedeeltelijk op het erf van een ander is gebouwd, of hier gedeeltelijk overheen hangt, dan is er sprake van een inbreuk op het eigendomsrecht: een zaak van de één bevindt zich op het erf van een ander. Behoudens de hieronder¹³⁴ te bespreken regeling van art. 5:54 BW, staat aan de eigenaar van het 'getroffen' erf in dit geval de moderne *actio negatoria* ter beschikking om ongedaanmaking van deze onrechtmatige toestand te vorderen. In dit verband kan gewezen worden op HR 17 april 1970, *NJ* 1971, 89 (Amotie):

'dat moet worden vooropgesteld dat, nu vaststaat dat Kuipers bij de bouw van zijn garage de grens tussen zijn eigendom en dat van De Jongh heeft overschreden, waardoor De Jongh van alle genot van haar eigendom, voorzover dit door die garage in beslag genomen is, is verstoken, De Jongh in beginsel recht heeft de amotie van het op haar terrein gebouwde gedeelte van de garage te vorderen, ook

132 Vgl. § 18.4.4 hierboven met betrekking tot derelictie en § 18.4.6 hieronder met betrekking tot verticale natrekking. Het BGH, 1 december 1995, *JZ* 1996, 682-683 oordeelt anders in een geval waarin *Perchlorethylen* in eens anders erf terecht was gekomen: 'Sind durch eine Störung irgendwelche Gegenstände oder Stoffe auf ein Grundstück gelangt, so beeinträchtigen sie die Sachherrschaft des Grundstückseigentümers, zu der es gehört, fremde Stoffe von seinem Grundstück fernzuhalten. Bis zu ihrer Entfernung bilden sie die Quelle der Eigentumsstörung und zwar auch unabhängig davon, ob die störenden Substanzen dem Störer gehören oder nicht.' Zie met betrekking tot deze uitspraak ook § 10.4 noot 49 hierboven alsmede het kritische commentaar van K. Gursky, *JZ* 1996, p. 683-686.

133 Vgl. Streefkerk (1996), p. 80 noot 29. Zie met betrekking tot de hindercriteria § 18.2.5 hierboven. Zie met betrekking tot het veelvoorkomende geval dat migratie van schadelijke stoffen via het grondwater plaatsvindt: art. 5:39 BW, waarover p. 269-270 hieronder.

134 Zie § 18.4.7 hieronder.

al zou Kuipers bij de grensoverschrijding te goeder trouw zijn geweest en een redelijke schadevergoeding hebben aangeboden;¹³⁵

Het geval waarin iemand inbreuk maakt op eens anders eigendomsrecht door middel van een onroerende zaak waarvan hij als gevolg van horizontale natrekking (art. 3:4 BW jo. art. 5:3 BW) eigenaar is, moet scherp worden onderscheiden van het geval waarin iemand onbevoegdlijk een bouwwerk op eens anders erf heeft aangebracht dat zich geheel (of voor het grootste deel) op dit erf bevindt. In dat geval is er geen sprake van een op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand waartegen met de moderne *actio negatoria* kan worden opgetreden. De eigenaar van het erf is dan op grond van verticale natrekking (art. 5:20 sub e BW) eigenaar geworden van het bouwwerk. Er is daarom geen sprake van een derde die door middel van zijn zaak beslag legt op eens anders erf en zodoende van dit erf gebruik maakt in de zin van art. 5:1 lid 2 BW. Verder moet men bedenken dat de eigenaar in dit laatste geval geheel niet wordt belemmerd in zijn mogelijkheid om te doen en laten met zijn eigen erf wat hij wil. Anders dan in het hiervoor besproken geval – waarin *andermans* onroerende zaak zich op het erf van de nabuur bevond – maakt de eigenaar van het erf zich niet schuldig aan verboden eigenrichting wanneer hij het bouwwerk afbreekt.¹³⁶

Een en ander betekent overigens niet dat een eigenaar geheel machteloos staat tegenover het onbevoegdlijk bouwen op zijn erf. Dit bouwen zelf vormt namelijk wel een inbreuk op het eigendomsrecht. Dit betekent in de eerste plaats dat met de moderne *actio negatoria* een verbod op verder bouwen kan worden gevorderd. In de tweede plaats betekent het dat de eigenaar van het erf op grond van art. 6:162 BW vergoeding kan vorderen van schade die hij als gevolg van het bouwen op zijn erf heeft geleden, mits deze onrechtmatige daad (bestaande in het bouwen op andermans grond) aan de bouwer kan worden toegerekend. De aanwezigheid op zijn erf van een door de eigenaar niet gewenst bouwwerk, kan worden aangemerkt als een voor vergoeding in aanmerking komende schadepost. Op grond van art. 6:103 BW kan de

¹³⁵ Zie nader over dit arrest § 16.2 hierboven.

¹³⁶ Zie in gelijke zin met betrekking tot § 1004 BGB: Staudinger/Gursky (§ 1004), nr. 43, p. 438-439, Picker (1972), p. 92 en p. 116-117 en Picker (1992), p. 659. Volgens de heersende leer in Duitsland kan een eigenaar van een erf echter wel de vordering van § 1004 BGB instellen tot *Beseitigung* van een zonder zijn toestemming door een ander aangebracht bouwwerk waarvan hij (de eigenaar van het erf) eigenaar is geworden (zie de in Staudinger/Gursky (§ 1004), nr. 41, p. 437 vermelde rechtspraak en literatuur). Deze heersende leer is gebaseerd op een onjuist onderscheid tussen *Beeinträchtigung* van de eigendom en zaakschade (waarover § 10.4 hierboven). Met betrekking tot het Nederlandse recht gaat HR 15 juni 1883, W. 4926 (waarover p. 183-185 hierboven) er ten onrechte van uit dat met een zakelijke vordering kan worden opgetreden tegen de aanwezigheid van een tegen de wil van de eigenaar van een erf aangebracht bouwwerk waarvan de eigenaar van het erf door verticale natrekking eigenaar is geworden. Ook Boukema (1992), p. 51 en p. 54 lijkt uit te gaan van deze onjuiste gedachte.

bouwer bij wijze van schadevergoeding worden veroordeeld tot afbraak van het gebouwde. Volledigheidshalve moet hier nog gewezen worden op de regeling van art. 3:120 lid 2 BW. Volgens dit artikel heeft een bezitter¹³⁷ te goeder trouw recht op vergoeding van 'de ten behoeve van het goed gemaakte kosten' wanneer het erf door de rechthebbende wordt opgeëist. Tot deze 'ten behoeve van het goed gemaakte kosten' behoren ook de kosten ter zake van aangebrachte veranderingen of toevoegingen,¹³⁸ waarbij dus ook gedacht kan worden aan een door een bezitter op een erf aangebracht bouwwerk. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid om de vergoeding te matigen wegens onbillijke bevoordeling van de bezitter jegens de rechthebbende.¹³⁹ Het is aannemelijk dat een rechthebbende een beroep kan doen op matiging van de vergoeding wanneer hij aantoont dat hij bij een bepaalde aangebrachte toevoeging (bijvoorbeeld een zwembad) niet gebaat is. Interessant is de vraag hoe de vergoedingsplicht van art. 3:120 lid 2 BW zich verhoudt tot de mogelijkheid om op grond van art. 6:162 BW afbraak van de toevoegingen (op kosten van de bezitter die de toevoegingen heeft aangebracht) te vorderen. Hoewel art. 3:120 lid 2 BW slechts betrekking heeft op toevoegingen die zijn aangebracht door de bezitter *te goeder trouw*, is samenloop met de regeling van art. 6:162 BW wel degelijk mogelijk. Ook een bezitter *te goeder trouw* kan namelijk *toerekenbaar* onrechtmatig handelen door het aanbrengen van de toevoegingen.¹⁴⁰ Dit hangt samen met art. 3:118 lid 2 BW, dat bepaalt dat een bezitter die eenmaal *te goeder trouw* is, geacht wordt dit te blijven. Een bezitter *te goeder trouw* handelt *toerekenbaar* onrechtmatig wanneer hij een bouwwerk opricht op de door hem bezeten grond, nadat hij op de hoogte is geraakt van het feit dat hij geen rechthebbende is. Wanneer de rechthebbende in een dergelijk geval geen prijs stelt op de nieuwbouw, dan lijkt mij te moeten gelden dat de vergoeding van kosten ex art. 3:120 lid 2 BW op de in die bepaling vermelde billijkheidsgrond tot nul wordt gereduceerd en dat de rechthebbende op grond van art. 6:162 BW jo. art. 6:103 BW de afbraak van het bouwwerk op kosten van de bezitter *te goeder trouw* kan vorderen.

Met betrekking tot de bezitter-niet *te goeder trouw* die op andermans erf heeft gebouwd, bepaalt art. 3:121 BW – anders dan art. 658 OBW – niet dat de eigenaar afbraak van het gebouwde kan vorderen.¹⁴¹ In de meeste van deze

137 Alsmede, op grond van art. 3:124 BW, de houder die houdt voor een ander dan de rechthebbende.

138 Zie art. 3:123 BW in verbinding met art. 3:120 BW.

139 Zie de slotzin van art. 3:120 lid 2 BW en M.v.A. II bij art. 3.5.14, PG Boek 3, p. 449.

140 Zie Drion (1967), p. 127.

141 Art. 3.5.15 lid 2 O.M. voorzag nog wel in de mogelijkheid om te vorderen dat 'verbeteringen' op kosten van de bezitter-niet *te goeder trouw* werden weggenomen. Deze regel werd geschrapt met onder meer als argument dat de ongedaanmaking van een wijziging die voor de rechthebbende geen verbetering inhoudt, op grond van art. 6:162 BW jo. 6:103 BW gevorderd kan worden (M.v.A. II bij art. 3.5.15, PG Boek 3, p. 452). Zoals direct hieronder in de tekst zal blijken, is dit slechts gedeeltelijk waar.

gevallen zal op grond van art. 6:162 BW jo. art. 6:103 BW afbraak gevorderd kunnen worden. Men dient echter te bedenken dat een bouwende bezitter-niet te goeder trouw niet automatisch *toerekenbaar* onrechtmatig handelt. Te denken valt aan het geval waarin de bouwer zijn rechtsvoorganger onder algemene titel in diens bezit-niet te goeder trouw is opgevolgd.¹⁴²

18.4.7 Legalisatie van een op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand op grond van art. 5:54 BW

Art 5:54 BW opent de mogelijkheid om een op het eigendomsrecht inbreukmakende toestand – bestaande in de aanwezigheid van een onroerende zaak op eens anders erf – te legaliseren. Het gaat in deze regeling om gevallen waarin een gebouw of werk ten dele op, boven of onder het erf van een ander is gebouwd, dan wel na verloop van tijd over eens anders erf is gaan overhebben. De eigenaar van een dergelijk gebouw of werk kan vorderen dat de eigenaar van het erf hem tegen schadeloosstelling een erfdienstbaarheid tot het handhaven van de bestaande toestand verleent, of dat de eigenaar van het erf – wanneer deze dit verkiest – hem een gedeelte van het erf overdraagt. Het artikel biedt aldus een instrument om een vordering tot amotie te pareren. Voorwaarde voor een succesvol beroep op art. 5:54 BW is dat de eigenaar van het gebouw of werk door wegneming van het uitstekende gedeelte onevenredig veel zwaarder benadeeld zou worden dan de eigenaar van het erf door handhaving daarvan.

De regeling van art. 5:54 BW mist volgens art. 5:54 lid 3 BW in een tweetal gevallen toepassing. In de eerste plaats is dit het geval ‘indien dit voortvloeit uit een op de wet of rechtshandeling gegrondde verplichting tot het dulden van de bestaande toestand’. Bij een op de wet gegrondde verplichting tot dulden kan gedacht worden aan het in art. 5:21 lid 2 BW vermelde geval waarin het gebruik van de ruimte zo hoog boven of zo diep onder de oppervlakte plaatsvindt dat de eigenaar er geen belang bij heeft zich daartegen te verzetten.¹⁴³ Bij een op rechtshandeling gegrondde verplichting tot dulden kan zowel gedacht worden aan een verplichting die voortvloeit uit een beperkt recht als aan een verplichting uit overeenkomst.¹⁴⁴

In de tweede plaats mist art. 5:54 BW toepassing ‘indien de eigenaar van het gebouw of werk ter zake van de bouw of zijn verkrijging kwade trouw of grove schuld verweten kan worden’. Wat betreft de positie van de verkrijger van een grensoverschrijdend gebouw of werk moet opgemerkt worden dat hem de vordering van art. 5:54 BW niet wordt onthouden op grond van het enkele feit dat hij zich er bij zijn verkrijging van bewust is dat over de grens

¹⁴² Zie art. 3:116 BW en zie Drion (1967), p. 127.

¹⁴³ Zie PG Boek 5, N.v.W. bij art. 5.4.16, p. 212.

¹⁴⁴ Zie PG Boek 5, N.v.W. bij art. 5.4.16, p. 212.

is gebouwd. Het gaat erom of hij ook wist, of door grove schuld niet wist, dat aan zijn rechtsvoorganger – als gevolg van diens kwade trouw of grove schuld – de vordering van art. 5:54 BW werd onthouden.¹⁴⁵

De regeling van art. 5:54 BW moet worden gezien als een gedetailleerde regeling van een bepaald rechtsmisbruikgeval.¹⁴⁶ Aan art. 5:54 BW komt ten opzichte van art. 3:13 BW echter geen exclusieve werking toe. Dit komt tot uitdrukking in twee recente uitspraken. De eerste is van het Hof Amsterdam. Het gaat hier om een geval waarin de tot afbraak van een bepaalde overbouw gedaagde partij met succes een beroep op art. 5:54 BW zou hebben kunnen doen, maar dit naliet. De gedaagde beriep zich ter afwering van de vordering tot afbraak op art. 3:13 BW. Het Hof overweegt hieromtrent dat het welbewust niet bewandelen van de door artikel 5:54 BW geboden weg om tot legalisatie van een onrechtmatige toestand te geraken, *als regel* meebrengt dat de afweging ingevolge art. 3:13 lid 2 BW in het nadeel van de gedaagde zal uitvallen. Bijzondere omstandigheden kunnen volgens het Hof echter meebrengen dat dit anders is.¹⁴⁷ Wanneer de eigenaar van een overbouw de weg van art. 5:54 BW niet benut, verkleint hij de kans dat hij met succes een beroep kan doen op art. 3:13 BW. Een beroep op art. 3:13 BW wordt hierdoor echter niet geheel uitgesloten.

De tweede hier te vermelden uitspraak over de verhouding tussen art. 5:54 BW en art. 3:13 BW betreft een geval waarin de 'overbouwende' gedaagde geen beroep kon doen op art. 5:54 BW omdat hem 'grove schuld' in de zin van art. 5:54 lid 3 BW verweten kon worden. De centrale vraag was of de gedaagde zich desalniettemin op de algemene bepaling van art. 3:13 BW kon beroepen. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend na te hebben vastgesteld dat art. 5:54 BW niet kan worden beschouwd als een *lex specialis* van art. 3:13 BW. Het argument hiervoor is dat 'het toepassingsgebied van art. 5:54 slechts gedeeltelijk valt binnen dat van art. 3:13'.¹⁴⁸ De vraag rijst of deze uitspraak niet meebrengt dat de eigenaar van een erf beter af is tegenover een overbouwer die zich met succes op art. 5:54 BW beroept dan tegenover een overbouwer die zich – bijvoorbeeld vanwege zijn kwade trouw – niet op de regeling van art. 5:54 BW kan beroepen, maar wel op die van art. 3:13 BW. In het eerste geval

145 Zie PG Boek 5, N.v.W. bij art. 5.4.16, p. 212.

146 Zie PG Boek 5, V.V. II bij art. 5.4.16, p. 209.

147 Hof Amsterdam 22 november 2001, *NJ* 2002, 502, r.o. 4.21. Deze overweging is in overeenstemming met de M.v.A. II bij art. 5.4.16, PG Boek 5, p. 210.

148 HR 15 november 2002, *NJ* 2003, 48 m. nt. JBMV (Stichting A.V.O./Petri Beheer B.V.), r.o. 3.7.2. De Hoge Raad volgt hier C.A. Boukema (naar wiens werk A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie bij het arrest onder nr. 15 verwijst) die er in dit verband op heeft gewezen dat de eigenaar van de overbouw vestiging van een erfdienstbaarheid dan wel overdracht van een deel van het erf op grond van art. 5:54 BW ook kan eisen als de eigenaar van het erf geen verwijdering vordert en er van misbruik van bevoegdheid (van de zijde van de eigenaar van het erf) dus geen sprake is (Boukema (1992), p. 52).

ontvangt de eigenaar van het erf – anders dan in het tweede geval – op grond van art. 5:54 lid 1 BW immers een schadeloosstelling voor de verlening van een erfdienstbaarheid of de overdracht van een deel van zijn erf. De Hoge Raad overweegt in dit verband ten overvloede dat de afwijzing van de vordering tot verwijdering op grond van misbruik van recht onverlet laat dat de eigenaar op wiens eigendomsrecht inbreuk is gemaakt, op grond van art. 6:162 BW vergoeding van schade te dier zake kan vorderen.¹⁴⁹ Het blijft echter de vraag of de bedoelde schadevergoeding altijd even hoog zal uitvallen als hetgeen de eigenaar van het erf zou hebben kunnen krijgen wanneer met succes een beroep op art. 5:54 BW zou zijn gedaan. In de Memorie van Antwoord bij art. 5.4.16 leest men:

‘Men diene overigens te bedenken dat de afwijzing van de vordering tot wegneming <op grond van art. 3:13 BW> geen invloed heeft op het recht op schadevergoeding dat de eigenaar van het naburige erf ingevolge artikel 6.3.1 <art. 6:162 BW> zal kunnen doen gelden, zij het ook dat niet zeker is of deze schadevergoeding steeds even hoog zal uitvallen als de schadeloosstelling van artikel 5.4.16 <art. 5:54 BW>. Men denke met name aan het geval dat de eigenaar van het erf, op wiens recht inbreuk gemaakt is, overdracht van een gedeelte daarvan kiest.’¹⁵⁰

18.4.8 Eigenrichting in het geval van overhangende beplantingen of doorschietende wortels

Een wetgever kan in theorie twee kanten uit wanneer hij een regeling ontwerpt die dient om een inbreuk op het eigendomsrecht ongedaan te kunnen maken. Enerzijds kan hij bepalen dat het de getroffen eigenaar vrij staat om de inbreuk op zijn eigendomsrecht eigenmachtig ongedaan te maken. Hierbij dient dan tevens bepaald te worden dat de wederpartij verplicht is het handelen van de getroffen eigenaar te dulden. Anderzijds kan de wetgever bepalen dat degene die inbreuk maakt op eens anders eigendom verplicht is om op vordering van de getroffen eigenaar de inbreuk ongedaan te maken.¹⁵¹ Uit art. 3:296 lid 1 BW in verbinding met art. 5:1 lid 2 BW volgt dat onze wetgever heeft gekozen voor de laatste benadering. Art. 5:44 BW staat het de eigenaar in een tweetal bijzondere gevallen echter toe om eigenmachtig op te treden. Volgens lid 1 van art. 5:44 BW mag een eigenaar over wiens erf andermans beplantingen heen hangen, het overhangende wegsnijden en zich toeëigenen indien de nabuur – ondanks aanmaning van de eigenaar van het erf – nalaat het overhangende te verwijderen. Op grond van lid 2 van art. 5:44 BW mag degene op

149 HR 15 november 2002, NJ 2003, 48 m. nt. JBMV (Stichting A.V.O./Petri Beheer B.V.), r.o. 3.7.2.

150 Zie M.v.A. II bij art. 5.4.16, PG Boek 5, p. 210.

151 Zie met betrekking tot deze twee mogelijkheden Picker (1972), p. 165-166 en Picker (1993), p. 341-342.

wiens erf wortels van een ander erf doorschieten, deze voorzover ze doorgeschoten zijn weghakken en zich toeëigenen. Het verschil tussen de regeling van lid 1 met betrekking tot overhangende beplantingen en van lid 2 met betrekking tot doorschietende wortels, schuilt hierin dat in het laatste geval geen voorafgaande aanmaning vereist is.¹⁵²

De prangende vraag die zich in het kader van de regeling van art. 5:44 BW voordoet, is of deze regeling slechts een aanvullende bevoegdheid geeft, of dat zij in de plaats komt van de mogelijkheid om op grond van art. 3:296 lid 1 BW jo. 5:1 lid 2 BW te vorderen dat een inbreuk op de eigendom ongedaan wordt gemaakt. In Duitsland is de vergelijkbare vraag naar de verhouding tussen § 1004 BGB en § 910 BGB onderwerp van debat. De heersende leer aldaar is dat de bevoegdheid om eigenmachtig takken en wortels te verwijderen, een beroep op § 1004 BGB niet uitsluit.¹⁵³ Ook het merendeel van de Nederlandse schrijvers beschouwt de regeling van art. 5:44 BW als een aanvullende regeling die de mogelijkheid om in rechte verwijdering van overhangende beplantingen of doorschietende wortels te vorderen, onverlet laat.¹⁵⁴ Wanneer het de eigenaar van het erf er slechts om te doen is de buurman de verwijderingskosten te laten dragen, is het niet nodig om een tot verwijdering veroordelend vonnis uit te lokken. Algemeen wordt namelijk aangenomen dat ook als de eigenaar van het erf zelf overgaat tot verwijdering van overhangende beplantingen of doorschietende wortels, deze de gemaakte kosten kan verhalen op zijn buurman.¹⁵⁵ Naar moet worden aangenomen berust deze vergoedingsplicht niet op art. 5:44 BW, welk artikel van een dergelijke vergoedingsplicht niet rept, maar op art. 6:162 BW. Het gaat om de vergoeding van de als gevolg van een onrechtmatige daad (bestaande in het in stand houden van een onrechtmatige

152 In de T.M. bij art. 5.4.6 wordt dit verschil als volgt verantwoord: 'Afsnijden van takken verlangt kennis en zorg en geschiedt opzettelijk, afhakken van wortels verlangt geen kennis en geschiedt veelal onopzettelijk bij de grondbewerking.' (PG Boek 5, p. 194).

153 Zie Staudinger/Gursky (§ 1004), nr. 45, p. 440-441, alwaar een overzicht van literatuur en rechtspraak.

154 Zie Pitlo/Reehuis/Heisterkamp (2001), nr. 568, p. 407, Davids (1999), nr. 17, p. 37 en Lindenberg (art. 5:44), aant. 1. Zie met betrekking tot art. 714 OBW ook Opzoomer (1876), p. 380-381. Anders: Berger (2001), p. 54 die aanneemt dat een eigenaar van een erf die zijn buurman dagvaardt om takken of wortels te verwijderen, zich veelal schuldig maakt aan misbruik van procesrecht.

155 Zie Davids (1999), nr. 17, p. 37; Berger (2001), p. 54 en Lindenberg (Art. 5:44), aant. 3. Een reden om een rechterlijk vonnis uit te lokken kan gelegen zijn in de wens om te voorkomen dat later het verwijt wordt gemaakt dat men zich bij eigenmachtig verwijderen van takken of wortels schuldig heeft gemaakt aan misbruik van bevoegdheid als bedoeld in art. 3:13 BW. Voorts wordt aldus voorkomen dat men de verwijderingskosten moet voorschieten (zie Davids (1999), nr. 17, p. 37).

toestand) geleden schade.¹⁵⁶ Schade die door de doorgesloten wortels als zodanig veroorzaakt wordt (bijvoorbeeld aan de fundering van het huis) komt niet voor vergoeding in aanmerking. Aangezien de getroffen eigenaar van het erf zelf de bevoegdheid had om de wortels af te snijden, had hij ook de plicht om zulks ter voorkoming van schade te doen.¹⁵⁷

De Rechtbank Arnhem heeft in een recente uitspraak¹⁵⁸ de problematiek rond de doorschietende wortels in de sleutel van 'onrechtmatige hinder' geplaatst. Een vordering tot verwijdering van doorgesloten wortels werd afgewezen op grond van de overweging dat er geen sprake was van onrechtmatige hinder. Deze benadering is onjuist. De aanwezigheid op eens anders erf van doorgesloten wortels kan niet gelijkgesteld worden met de in art. 5:37 BW vermelde gevallen waarin een nadere toetsing vereist is, alvorens tot een inbreuk op het eigendomsrecht kan worden geconcludeerd. Evenals bijvoorbeeld de aanwezigheid van een overhangend balkon, vormt de aanwezigheid van doorschietende wortels zonder meer een inbreuk op het eigendomsrecht,¹⁵⁹ behoudens het van toepassing zijn van de uitzondering van art. 5:21 lid 2 BW¹⁶⁰ of van een in art. 5:1 lid 2 BW bedoelde op het ongeschreven recht gebaseerde uitzondering.¹⁶¹

18.5 HET ZICH BEGEVEN OP ANDERMANS ERF; ART. 5:22 EN 5:23 BW

Het klassieke voorbeeld van een niet met depossederende gepaard gaande inbreuk op het eigendomsrecht – en daarmee van een toepassingsgrond van de moderne *actio negatoria* – is het zich zonder daartoe gerechtigd te zijn begeven op andermans erf. Opgemerkt moet echter worden dat de Nederlandse wet een liberaal standpunt huldigt met betrekking tot de bevoegdheid om zich op eens anders erf te begeven. In art. 5:22 BW leest men:

'Wanneer een erf niet is afgesloten, mag ieder er zich op begeven, tenzij de eigenaar schade of hinder hiervan kan ondervinden of op duidelijke wijze kenbaar heeft

156 Geen vergoeding van kosten is verschuldigd wanneer wortels of takken worden verwijderd terwijl er in verband met het bepaalde in art. 5:21 lid 2 BW (waarover § 17.2.3 hierboven) van een onrechtmatige (op het eigendomsrecht inbreukmakende) toestand geen sprake is.

157 Zie art. 6:101 BW, alsmede Berger (2001), p. 53.

158 Rb. Arnhem 21 mei 2003, LJN: AH8573 <www.rechtspraak.nl>.

159 Zie in deze zin ook Hof Leeuwarden 19 december 2001, NJ 2002, 333 waar wordt overwogen dat het voor de toepasselijkheid van art. 5:44 BW geen vereiste is dat de overhangende beplantingen hinder toebrengen aan degene over wiens erf zij heen hangen.

160 Zie daarover § 17.2.3 hierboven.

161 Zie met betrekking tot de laatste categorie uitzonderingen § 17.2.1 noot 7 en § 17.2.4 hierboven.

gemaakt, dat het verboden is zonder zijn toestemming zich op het erf te bevinden, een en ander onverminderd hetgeen omtrent openbare wegen is bepaald.¹⁶²

Het zich begeven op eens anders erf vormt dus alleen dan een inbreuk op het eigendomsrecht wanneer:

- i) het erf is afgesloten; of
- ii) de eigenaar van het erf hiervan schade of hinder kan ondervinden; of
- iii) de eigenaar van het erf op duidelijke wijze kenbaar heeft gemaakt dat het verboden is zich zonder zijn toestemming op het erf te bevinden.

Ad (i). Een erf is volgens de toelichting van Meijers afgesloten wanneer dit bebouwd of omheind is, of door water afgesloten.¹⁶³

Ad (ii). De eigenaar zal als regel geen schade of hinder ondervinden van het betreden van niet in cultuur gebrachte gronden. Wanneer de grond wel in cultuur is gebracht, mag als regel worden aangenomen dat geen schade of hinder wordt ondervonden als het betreden zich beperkt tot het wandelen over duidelijk herkenbare paden.¹⁶⁴

Ad (iii). De eigenaar van een erf kan kenbaar maken dat het verboden is zich zonder zijn toestemming op zijn erf te bevinden door het plaatsen van bordjes met: 'verboden toegang'. Daarnaast kan de eigenaar een derde door middel van een persoonlijke kennisgeving de toegang verbieden.¹⁶⁵

Art. 5:23 lid 1 BW verleent naast art. 5:22 BW een aanvullende bevoegdheid om zich op eens anders grond te begeven. Wanneer een voorwerp of een dier anders dan door opzet of grove nalatigheid van de eigenaar op de grond van een ander terecht is gekomen, dan moet de eigenaar van de grond de eigenaar van het voorwerp of dier op diens verzoek toestaan het voorwerp of het dier op te sporen en weg te voeren.¹⁶⁶ Art. 5:23 lid 1 BW spreekt over 'grond' en niet, zoals art. 5:22 BW, over 'erf'. De betekenis van dit verschil in terminologie wordt in de parlementaire geschiedenis bij deze artikelen niet toegelicht. Elders

162 Het O.M. van art. 5.3.3 sprak over het 'betreden' van een erf in plaats van het 'zich begeven' op een erf. De reden voor deze wijziging is dat de term 'betreden' minder goed past voor percelen water, waarop het artikel ook betrekking heeft (M.v.A. II bij art. 5.3.3, PG Boek 5, p. 129).

163 Zie T.M. bij art. 5.3.3, PG Boek 5, p. 129.

164 Zie T.M. bij art. 5.3.3, PG Boek 5, p. 129.

165 Zie T.M. bij art. 5.3.3, PG Boek 5, p. 129.

166 De bij de opsporing of wegvoering aangerichte schade moet op grond van art. 5:23 lid 2 BW door de eigenaar van het voorwerp of het dier aan de eigenaar van de grond worden vergoed. Een speciale bepaling hieromtrent is noodzakelijk omdat deze schade niet het gevolg is van een onrechtmatige daad en daarom niet op grond van art. 6:162 BW voor vergoeding in aanmerking komt.

in de parlementaire geschiedenis blijkt dat het woord 'erf' de betekenis heeft van 'grondstuk' (waarbij zowel aan lands- als aan waterpercelen moet worden gedacht) *inclusief* eventueel op het grondstuk staande opstallen.¹⁶⁷ Ook een opstal die als gevolg van de vestiging van een opstalrecht los van de grond een zelfstandige onroerende zaak vormt, is een erf.¹⁶⁸ De term 'erf' is dus ruimer dan de term 'grond'. Het gebruik van de term 'grond' in art. 5:23 lid 1 BW brengt tot uitdrukking dat een eigenaar van een voorwerp of een dier in het kader van art. 5:23 lid 1 BW niet de bevoegdheid heeft om een opstal te betreden.

18.6 DE MODERNE *ACTIO NEGATORIA* IN HET GEVAL VAN ZAAKBESCHADIGING

In het kader van de bespreking van de rol van de moderne *actio negatoria* in het geval van zaakbeschadiging, is het in de eerste plaats van belang om vast te stellen dat de beschadigde toestand van een zaak op zichzelf nooit een inbreuk op het eigendomsrecht vormt.¹⁶⁹ Bij zaakbeschadiging wordt de inbreuk op de eigendom steeds gevormd door de handeling die de zaakbeschadiging tot gevolg heeft. Deze handeling dient te worden gekwalificeerd als een 'gebruik' van andermans zaak dat de eigenaar op grond van art. 5:1 lid 2 BW in beginsel niet hoeft te dulden.¹⁷⁰ De moderne *actio negatoria* staat in het voorkomende geval aan de eigenaar ter beschikking om deze inbreukmakende handeling te doen verbieden. Het is hierbij niet van belang of degene die de inbreukmakende handeling verricht een verwijt treft.¹⁷¹

Een eigenaar zal in de meeste gevallen van zaakbeschadiging geen belang hebben bij een verbod. Veelal zal zijn zaak namelijk beschadigd zijn als gevolg van een afgeronde handeling waarvan geen herhaling dreigt. De mogelijkheid om een verbod tot beschadigen te vorderen is vooral relevant wanneer er sprake is van een voortdurende schadetoebrengende handeling. Hierbij kan in de eerste plaats gedacht worden aan het lozen van giftige stoffen in een niet over het erf van de vervuiler stromende rivier als gevolg waarvan een verderop aan de rivier liggende oever wordt vervuild. Deze bodemverontreinig-

167 M.v.A. II bij art. 5:3.1, PG Boek 5, p. 123 en M.v.A. II Inv. titel 4 van boek 5, PG Boek 5 Inv. 3, 5 en 6, p. 1031.

168 M.v.A. II bij art. 5:3.1, PG Boek 5, p. 123 en M.v.A. II Inv. titel 4 van boek 5, PG Boek 5 Inv. 3, 5 en 6, p. 1031.

169 Vgl. Van Nispen (1978), p. 69-70 en zie § 15.3 hierboven.

170 Zie T.M. bij art. 5:1.3. (PG Boek 5, p. 65) welk artikel is opgegaan in art. 5:1 lid 2 BW. Zie ook § 17.2.2 hierboven.

171 Vgl. Jansen (Art. 6:162 lid 2), aant. 55: 'De inbreuk van art. 162 lid 2 lijkt immers kleurloos te zijn en het ligt voor de hand om de vraag of deze inbreuk opzettelijk, schuldig of onschuldig gebeurde, eerst bij de toerekenbaarheid c.q. schuld van art. 162 lid 3 aan de orde te stellen.' Anders: Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 3-II (2002), nr. 36, p. 45.

ging kan worden aangemerkt als zaakbeschadiging.¹⁷² De oevereigenaar heeft in dit geval belang bij een verbod op verdere inbreuk op zijn eigendomsrecht, bestaande in het beschadigen van zijn zaak.

In de tweede plaats kan gedacht worden aan gevallen van hinder in de zin van art. 5:37 BW (bijvoorbeeld door trillingen) die gepaard gaan met beschadiging van een zich op een naburig erf bevindende zaak. In deze gevallen doet zich de bijzonderheid voor dat op grond van art. 5:37 BW eerst een toetsing aan de maatschappelijke betamelijkheidsnorm moet plaatsvinden, voordat geconcludeerd kan worden dat de handeling die zaakbeschadiging tot gevolg heeft, een inbreuk op het eigendomsrecht vormt.¹⁷³ Dit betekent dat niet per definitie tegen iedere vorm van voortdurende zaakbeschadiging, preventief met de moderne *actio negatoria* kan worden opgetreden.

In het eerstgenoemde voorbeeld ging het om de vervuiling van een *niet over het erf van de vervuiler* stromende rivier. Wanneer het gaat om de vervuiling van grondwater of de vervuiling van een *wel* over het erf van de vervuiler stromende rivier, dan is art. 5:39 BW van toepassing. Dit artikel luidt als volgt:

‘De eigenaar van een erf mag niet in een mate of op een wijze die volgens artikel 162 van Boek 6 onrechtmatig is, aan eigenaars van andere erven hinder toebrengen door wijziging te brengen in de loop, hoeveelheid of *hoedanigheid* <cursivering toegevoegd> van over zijn erf stromend water of grondwater, dan wel door gebruik van water dat zich op zijn erf bevindt en in open gemeenschap staat met het water op eens anders erf.’

Evenals art. 5:37 BW bakent art. 5:39 BW de bevoegdheden van naburige eigenaars af. Enerzijds mag de eigenaar, in de uitoefening van zijn eigenaarsbevoegdheden, gebruik maken van het zich op zijn erf bevindende (grond)water: deze gebruiksbevoegdheid behelst ook het recht om het water in een bepaalde mate te vervuilen (dat wil zeggen van ‘*hoedanigheid*’ te doen veranderen). Hiertegenover staat het recht van de eigenaar van het naburige erf om op grond van art. 5:1 lid 2 BW de door het vervuilde (grond)water veroorzaakte beschadiging van zijn erf te verbieden. Artikel 5:39 BW beperkt deze bevoegdheid in zoverre dat de betreffende eigenaar een zekere mate van vervuiling moet dulden. Het beslissende criterium is of de vervuiling (dat wil zeggen de wijziging van de ‘*hoedanigheid*’ van het water) geschiedt ‘in een mate of op een wijze die volgens artikel 162 van Boek 6 onrechtmatig is’. In de meeste gevallen – behoudens in het geval waarin een expliciete wettelijke norm bestaat – is het antwoord op de vraag of in strijd met de maatschappelijke betamelijkheidsnorm is gehandeld beslissend voor het antwoord op de

172 Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht, 30 januari 2002, *NJ* 2002, 179, r.o. 4.5.

173 De aard en omvang van de toegebrachte schade vormt een van de factoren die bij deze toetsing van belang zijn. Zie § 18.2.5 hierboven.

vraag of door de wijziging van de hoedanigheid van het (grond)water als bedoeld in art. 5:39 BW, inbreuk op het recht van de naburige eigenaar is gemaakt. Dit betekent dat getoetst moet worden aan de hierboven in § 18.2.5 behandelde hindercriteria.