Preadvies betreffende Hinder

door Prof. Mr. A. van Oven

1. *Verband met de onderwerpen eigendom en onrechtmatige daad*

Bij de hinder als juridisch probleem zijn twee onderwerpen van privaatrecht bij uitstek betrokken, de eigendom en de onrechtmatige daad. Het laatste is zonder meer duidelijk: het gaat immers juist om de vraag van het al dan niet onrechtmatig zijn van de hinder, en, voorzover het wèl onrechtmatig is, is de wettelijke basis van de rechtsbescherming van de gehinderde te vinden in het, aan de onrechtmatige daad gewijde, art. 1401 B.W. Dat de hinder tevens een eigendomsprobleem is, is minder vanzelfsprekend. Natuurlijk kan men in de menselijke samenleving elkaar ook hinderen zonder dat er een eigendomsrecht bij betrokken is, en kan zich ook dan de vraag van het al dan niet onrechtmatige voordoen. Door een gevestigde traditie is echter de hinder als rechtsbegrip onverbrekelijk verbonden met het leerstuk van het eigendomsrecht. Het betreft dan nl. het vraagstuk van de omvang der eigenaarsbevoegdheden, en wel in het bijzonder met het oog op het genot van de zaak en de stoornis in dat genot anders dan door zaakbeschadiging. In het hierna volgende is deze traditie gevolgd.

Aan de problematiek van de hinder, opgevat in deze zin, blijken dan twee elementaire vragen ten grondslag te liggen, t.w. enerzijds in hoeverre het eigendomsrecht de eigenaar vrijheid geeft anderen te hinderen, en anderzijds in hoeverre de eigenaar zich tegen hinder door anderen te weer kan stellen. De eerste vraag heeft betrekking op de z.g. „offensieve" functie van het eigendomsrecht, de tweede op de „defensieve" functie. Voorzover beide bij de belangenbotsing betrokken partijen zich op een eigendomsrecht kunnen beroepen, vormen deze beide functies noodzakelijkerwijze elkaars correlaat. Doch, zoals hierna zal blijken, kan het vraagstuk van de hinder zich ook voordoen in gevallen, waarin bij de belangenbotsing slechts aan één zijde een eigendomsrecht — hetzij in offensieve hetzij in defensieve functie — is betrokken. Tegen vereenzelviging van de beide bedoelde aspecten van het eigendomsrecht — het offensieve en het defensieve — dient dan ook te worden gewaakt.

2. *Genotsstoornis tussen naburen*

Het verband met het eigendomsrecht stelt ons overigens nog tot een verdere afronding van het onderwerp hinder in staat, en wel door rekening

te houden met het onderscheid tussen roerend en onroerend goed. Op het gebruik van roerend goed valt in het algemeen veel minder het accent van eigendoms-uitoefening dan wanneer het onroerend goed betreft. Dit is een gevolg van het feit, dat aan de eigendom van onroerend goed een zekere „ruimtelijke souvereiniteit" inherent is, krachtens welke de eigenaar heer en meester geacht wordt op zijn eigen terrein [1]. Wordt nu van dit eigen terrein gebruik gemaakt op een wijze, die genotsstoornis meebrengt voor een of meer der omwonenden, dan rijst de vraag, of ook dit gebruik door het eigendomsrecht wordt gerechtvaardigd. Daarbij kunnen wij er vanuit gaan, dat deze vraag *tot op zekere hoogte* in elk geval bevestigend zal moeten worden beantwoord. Er zijn nl. allerlei omstandigheden denkbaar, waarin het gebruik van een perceel nu eenmaal noodzakelijkerwijze een zekere genotsstoornis voor de buren met zich meebrengt. Vermijding daarvan is van de gebruiker in redelijkheid niet te vergen, en de vraag is dus slechts, in hoeverre *boven dit noodzakelijke minimum* de hinder onrechtmatig is te achten.

De grote moeilijkheid bij de beantwoording dezer vraag wordt dan gevormd door de omstandigheid, dat in al deze gevallen van stoornis tussen naburen ter afwering van de stoornis juist ook weer een beroep wordt gedaan op de eigendomsbescherming. Immers, de in zijn genot gestoorde bewoner van het naburige perceel is òf zelf daarvan eigenaar, òf hij beschikt over een, b.v. krachtens huur, vruchtgebruik of erfpacht, van de eigendom afgesplitste genotsbevoegdheid. Het betreft dan dus een botsing van wederzijdse (al dan niet rechtstreeks) door het eigendomsrecht beschermde belangen, en alsdan rijst dus bij uitstek de vraag, op welk punt de offensieve functie van het eigendomsrecht eindigt en de defensieve begint. Wij zien dus, dat de problematiek van de hinder in hoofdzaak gelegen is op het terrein van het burenrecht. Het is dan ook de hinder, welke naburen elkaar door genotsstoornis kunnen toebrengen, waarop de inhoud van dit preadvies grotendeels betrekking zal hebben.

3. *De hinderclausule van art.* 625 B.W.

Allereerst zij onderzocht, of de *wet* geen aanknopingspunten biedt voor een algemeen antwoord op de vraag, in hoeverre hinder onrechtmatig is te achten. In de eerste plaats verdient dan de aandacht, dat de vierde titel van het tweede boek van het Burgerlijk Wetboek (artt. 672 e.v.), gewijd aan „de rechten en verplichtingen tussen eigenaars van naburige erven", o.m. enkele bepalingen behelst, die voor specifieke gevallen van botsende genotsbelangen — gebruik van water, vensters en uitzicht, opschietende bomen of heggen — een afbakening behelzen der wederzijdse bevoegdheden. Deze bepalingen hebben echter een te incidenteel karakter dan dat er een algemeen criterium voor de al dan niet geoorloofdheid van hinder aan te ontlenen zou zijn.

Voorts zij vermeld, dat de omschrijving van het eigendomsrecht, vervat in art. 625 B.W., een clausule behelst, waarin de term „hinder" uitdruk-

---

[1] Vgl. HOFMANN-DRION-WIERSMA blz. 85 noot 4.

kelijk voorkomt. „Eigendom is het recht om van een zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrektste wijze te beschikken" — zo bepaalt dit artikel —, „mits men er geen gebruik van make, strijdig tegen de wetten enz., en mits men aan de rechten van anderen geen hinder toebrenge; . . .". Wat deze laatste clausule, de z.g. hinderclausule, betreft, deze kwam in art. 544 C.C. (waaraan onze eigendomsomschrijving voor het overige was ontleend) niet voor, en op de vraag, waarom deze woorden aan de eigendomsdefinitie werden toegevoegd, geeft de ontstaansgeschiedenis van het artikel geen duidelijk antwoord [1]. Vast staat in elk geval, dat wij hier te doen hebben met een poging tot afbakening van het bevoegdhedencomplex van de eigenaar, en wel door paal en perk te stellen aan hetgeen wij zojuist hebben aangeduid als de offensieve functie van dat recht.

De terminologie der clausule laat stellig aan duidelijkheid te wensen over. Wat is te verstaan onder het toebrengen van hinder aan rechten? Men kan hinder toebrengen aan personen, eventueel door hen te belemmeren in de uitoefening van een recht, men kan nadeel toebrengen aan hun belangen, men kan inbreuk maken op hun rechten, hun rechten aantasten. Wat is hier bedoeld? In elk geval kunnen wij veilig aannemen, dat de wetgever in deze clausule niet iedere benadeling van anderer belangen heeft willen treffen: daarmee zou hij immers aan de eigendom juist de betekenis, waarop het in het rechtsverkeer aankomt, hebben ontnomen. Er blijven twee mogelijkheden over: stoornis in rechts-uitoefening of inbreuk op een recht. De eerste mogelijkheid schijnt verwantschap te vertonen met de betekenis van het moderne, meer beperkte begrip hinder in de hiervoor (sub 1 en 2) omschreven betekenis: stoornis in het genot van een zaak, anders dan door zaakbeschadiging. Het komt mij echter veel waarschijnlijker voor, dat de bedoeling van de wetgever gericht was op de andere mogelijkheid: iedere rechtsaantasting. Immers, niet is in te zien, waarom hij zich bij zijn poging tot afbakening zou hebben beperkt tot de gevallen van genotsstoornis. Voor deze gedachte schijnt bovendien een historisch argument te pleiten: bij POTHIER, die deze eigendomsbeperking — anders dan de C.C. — wèl kende, luidt zij nl.: „sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui" [2]. Zoals hierna zal blijken, is het dan ook deze ruime betekenis — iedere rechtsinbreuk — die vrijwel algemeen aan de betrokken clausule wordt toegekend.

Neemt men nu kennis van de — oudere — rechtspraak en doctrine, dan blijkt, dat meer dan eens een poging is gedaan, aan de betrokken zinsnede van art. 625 een positieve betekenis toe te kennen. Zo wordt door J. GOUDEKET in zijn bewerking van Opzoomer's handboek over burgerlijk recht betoogd [3], dat de oplossing van het vraagstuk der eigendoms-afbakening niet met behulp van art. 1401 gevonden moet worden — zoals ook toen in de rechtspraak reeds veelal geschiedde —, doch door middel van een zelfstandige uitleg van art. 625, en wel met name van de daarin vervatte hinderclausule. Aangezien de onrechtmatigheid van

---

[1] Vgl. DRUCKER in *Rechtsgeleerd Magazijn* 1916 blz. 216 e.v..
[2] *Traité du droit de domaine de propriété*, Nos. 4 en 13.
[3] OPZOOMER-GOUDEKET, 3e deel, 2e stuk (1912) blz. 502 e.v..

directe inbreuken zonder meer vaststaat, zullen het — aldus de genoemde schrijver — in het bijzonder de indirecte inbreuken zijn, „handelingen dus, die op het eigen erf verricht worden", ten aanzien waarvan de zelfstandige betekenis der betrokken clausule tot uiting komt. Deze betekenis zou gelegen zijn in een objectieve opvatting van het begrip hinder, medebrengende dat slechts benadeling van de buurman door *abnormaal* gebruik van een erf als rechtsinbreuk zal zijn aan te merken. Een overeenkomstige opvatting treft men aan in de conclusie van de Adv.-Gen. LEDEBOER voorafgaande aan het hierna te bespreken arrest inzake Joostens c. Krul [1].

Het zwakke punt in deze redenering is uiteraard, dat het houvast, hetwelk de genoemde schrijver voor zijn eigendoms-afbakening in art. 625 meent te vinden, uiteindelijk slechts gelegen is in het criterium van het al dan niet *normale* gebruik. Maar van dat criterium blijkt nu juist uit de tekst van art. 625 niets. Overigens, ook met betrekking tot de vraag, of dit criterium aanbeveling verdient, liepen de meningen toen reeds in hoge mate uiteen [2]. Doch hoe dat zij, in een arrest van 1917 heeft de H.R. de leer der zelfstandige betekenis van de hinderclausule uitdrukkelijk verworpen [3]. In dit arrest (dat overigens betrekking had op een geval van materiële aantasting van het eigendoms-object, niet op een geval van genotsstoornis) overweegt nl. de H.R.: „. . . dat de wet met deze restrictie" — de hinderclausule — „. . . niet heeft bedoeld de eigenaar als zodanig een *bijzondere* verplichting op te leggen, welke den grondslag van het burenrecht zou vormen, doch bloot heeft willen te kennen geven, dat de eigenaar, die bij de uitoefening van zijn eigendomsrecht de rechten van derden krenkt, zich ter afwering van de deswege tegen hem geldend gemaakte aanspraken niet met vrucht kan beroepen op zijn bevoegdheid om over zijn eigendom op de volstrektste wijze te beschikken". Zoals naar aanleiding van deze overweging door SCHOLTEN wordt opgemerkt, „staat thans wel vast, dat art. 625 B.W. door de woorden „mits men aan de rechten van anderen geen hinder toebrenge" niet meer dan de herinnering bevat aan elders te vinden regels" [4]. Voor het overige heeft de bedoelde clausule geen andere betekenis, dan dat aldus duidelijk is vastgelegd, dat het adagium „qui suo iure utitur neminem laedit" — welke dan ook de waarde van deze spreuk geweest moge zijn — thans voor ons eigendomsrecht geen betekenis meer heeft.

4. *De hinder en de onrechtmatigheidscriteria van art. 1401*

Zoals reeds werd opgemerkt, strekt art. 1401 B.W. uiteindelijk steeds tot wettelijke basis voor de eventuele rechtsbescherming van de gehinderde. Op zichzelf echter brengt ons dit artikel — bepalende dat in geval van onrechtmatige daad degeen, door wiens schuld aan een ander schade is

---

[1] *W.* 9648.
[2] Zie de noot van MEIJERS onder het arrest inzake Joostens c. Krul (*W.* 9648) en de aldaar geciteerde schrijvers.
[3] H.R. 23 november 1917, *W.* 10210.
[4] ASSER-SCHOLTEN, *Zakenrecht* (1945) blz. 113.

toegebracht, deze moet vergoeden — niet veel verder met betrekking tot de vraag, in hoeverre hinder onrechtmatig is te achten. Immers, aan de tekst zijn geen gegevens te ontlenen voor het antwoord op de vraag, *wanneer* een gedraging als onrechtmatig moet worden aangemerkt.

In het jaar 1919 heeft de H.R. met betrekking tot de betekenis van het begrip „onrechtmatig" in art. 1401 een arrest gewezen, dat een geweldige ommekeer heeft teweeg gebracht op het terrein van de buiten-contractuele aansprakelijkheid. Vóórdien heerste nl. in de rechtspraak de opvatting, dat van onrechtmatigheid alléén sprake kon zijn, wanneer de dader had gehandeld in strijd met zijn wettelijke rechtsplicht dan wel inbreuk had gemaakt op een subjectief recht van de gelaedeerde. In het bedoelde arrest — dat betrekking had op een geval van onoirbare mededinging — besliste echter de H.R. dat tevens als onrechtmatig zijn aan te merken gedragingen, die strijdig zijn met de goede zeden of met de zorgvuldigheid, die in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van een anders persoon of goed (in het hierna volgende kortweg aangeduid als het criterium van de maatschappelijke betamelijkheid) [1]. Voortaan kan dus een actie uit onrechtmatige daad voor toewijzing in aanmerking komen, ook zonder dat zij wortelde in een uitdrukkelijke verbodsbepaling dan wel in een (wettelijk erkend) subjectief recht. Het ongeschreven recht kon thans, steunend op het beginsel der maatschappelijke betamelijkheid, ongehinderd het gebied van de buiten-contractuële aansprakelijkheid binnenstromen.

Uit het voorgaande blijkt reeds, dat vóór 1919 de gehinderde eigenaar slechts kans op succes had, als hij er in slaagde het gedrag van zijn buurman als inbreuk op zijn eigendomsrecht te doen aanmerken. Aan de doctrine was echter voor een zodanig standpunt niet veel steun te ontlenen: naar de destijds heersende opvatting diende men nl. in de genotsstoornis van een eigenaar slechts een aantasting van zijn *belangen* te zien, niet van zijn *recht* [2]. Inmiddels, ook op dit punt heeft de H.R. een arrest gewezen van baanbrekende betekenis, en wel reeds vijf jaren eerder dan zijn geruchtmakende uitspraak betreffende het onrechtmatigheidsbegrip van art. 1401. Het betreft nl. het in 1914 gewezen arrest inzake Joostens c. Krul [3], waarin werd beslist, dat „het door het veroorzaken van veel geraas, sterk gedreun en ernstige trillingen aan iemand hinder toebrengen in het normaal gebruik van zijn eigendom, evengoed schending kan zijn van diens eigendomsrecht als de beschadiging der zaak zelve". Uit de motivering van het arrest blijkt duidelijk, dat het college tot deze beslissing kwam door interpretatie van art. 625. Anders echter dan de Advocaat-Generaal gedaan had, baseert de H.R. zich op het positieve gedeelte der eigendomsdefinitie, niet op de hinderclausule. Immers, zoals uit de geciteerde zinsnede blijkt, ging het college uit van de defensieve functie van den eigendom, i.c. dus van het eigendomsrecht van Joostens, degeen aan wie hinder werd toegebracht; aan de omstandigheid,

---

[1] Arrest van 31 januari 1919, *W.* 10365.

[2] OPZOOMER III (2e dr., 1876) blz. 235 noot 1, DIEPHUIS VI (1880) blz. 163, LAND II (2e dr., 1901) blz. 117.

[3] *W.* 9648.

dat door Krul de hinder werd veroorzaakt in de uitoefening van *zijn* eigendomsrecht, wordt in de overwegingen van de H.R. zelfs niet de minste aandacht besteed. Dit bracht met zich mede, dat het hoge college de A.G. evenmin kon volgen in zijn betoog, dat slechts die hinder onrechtmatig is, die een gevolg is van een abnormaal gebruik van zijn erf door de *hinderende* eigenaar. Wèl stelde de H.R. vast, dat de hinder moet zijn toegebracht aan de *gehinderde* partij in het *normaal* gebruik van diens eigendom. Doch voor het overige liet de H.R. zich over de vraag, *wanneer* hinder in strijd komt met het eigendomsrecht, niet uit: zij staat ter beoordeling van de feitelijke rechter. Het arrest behelst dus slechts de principiële beslissing, dat hinder onrechtmatig *kan* zijn.

Inmiddels, de in dit arrest vervatte beschouwingswijze van de hinder als inbreuk op het eigendomsrecht van de gehinderde heeft, door het beroemde onrechtmatigheids-arrest van 1919 vijf jaren later gewezen, veel van haar betekenis verloren. Immers, zodra vaststaat, dat men zich niet onbetamelijk mag gedragen ten aanzien van eens anders persoon of goed, doet het er niet veel meer toe, of het eigendomsrecht bescherming verleent tegen hinder, en zo ja in hoeverre. De onrechtmatigheid van de hinder staat en valt met de vraag, of hij naar verkeers-opvatting onbetamelijk is te achten. MEIJERS, die dit in zijn noot onder het arrest inzake Joostens-Krul reeds had voorspeld, heeft naderhand de bedoelde ontwikkeling tot uitdrukking gebracht [1] in een formule, die m.i. als het alfa en omega van het vraagstuk van de hinder kan worden beschouwd, t.w. dat sinds 1919 „de beantwoording van de vraag, of een belemmering van de eigenaar in zijn genot onrechtmatig is, niet meer hiervan afhangt, of deze belemmering een schennis van diens recht genoemd mag worden, maar dat omgekeerd de al of niet onrechtmatigheid der belemmerende handelingen de omvang van het eigendomsrecht bepaalt".

De juistheid van deze stelling wordt, naar het mij voorkomt, bevestigd door de ontwikkeling der op gevallen van hinder betrekking hebbende rechtspraak sedert 1919. Men zoekt thans niet meer naar het antwoord op de vraag of het eigendomsrecht van de eisende partij bescherming verleent tegen de gepleegde hinder, doch vraagt zich slechts af, of deze hinder maatschappelijk onbetamelijk is te achten [2]. In hoeverre het anders is op het beperkte terrein van de onrechtmatige overheidsdaad is een vraag, die hierna nog ter sprake zal komen. Voor het overige kunnen wij veilig vaststellen, dat het toneel van de strijd zich thans wel definitief van art. 625 naar art. 1401 schijnt te hebben verplaatst.

Voorzover het de rechtspraak van de H.R. betreft, brengt deze ontwikkeling met zich mee, dat dit college thans niet meer — zoals in 1914 — de vraag, of de hinder voldoende ernstig is om onrechtmatig te zijn, aan zijn oordeel onttrokken acht. Toch ontbreekt het vrijwel geheel aan uitspraken van enige principiële betekenis met betrekking tot deze kwestie. Zelfs krijgt men de indruk, dat het slechts zelden voorkomt, dat de hoog-

---

[1] Noot onder H.R. 31 december 1937 (i.z. studentensociëteit), N.J. '38, 517.

[2] Zie b.v. de overwegingen van het Hof in de procedure, geëindigd met het in de voorgaande noot geciteerde arrest. Vgl. ook SUYLING V (1940) Nos. 153 en 154, i.h.b. blz. 179 bovenaan. Anders nog Hof Amsterdam 7 januari 1921, *N.J.* '22, 108.

ste rechter tot een oordeel over het al of niet rechtmatige van hinder wordt geroepen. Wèl is het voorgekomen, dat in gevallen van hinder een ter zake door de feitelijke rechter veroordeelde partij in cassatie getracht heeft, langs *andere* weg aan aansprakelijkheid voor de gevolgen van zijn gedrag te ontkomen, t.w. door te ontkennen, dat aan zijn tegenpartij *vermogens*-schade zou zijn toegebracht. Deze pogingen hebben echter niet tot resultaat geleid: de H.R. besliste, dat het genot van een zaak de inhoud en het onderwerp vormt van zakelijke en persoonlijke rechten, zoals tot uiting komende in verscheidene wetsartikelen — art. 625 werd in dit verband met name genoemd —, en dat de ontneming van zodanig genot onder het schade-begrip van art. 1401 is te brengen [1]. Met betrekking tot ons onderwerp is hieruit dus niet méér af te leiden, dan hetgeen reeds beslist was in het arrest inzake Joostens c. Krul, t.w. het eigendomsrecht verleent ook bescherming tegen genotsstoornis. Op de vraag, hoe vèr die bescherming gaat, werpen de betrokken arresten uiteraard geen licht. Wèl is het interessant, om aan de hand van deze beslissingen te constateren, dat de eigenaar geenszins het monopolie heeft van genotsbescherming tegen hinder; hij deelt dit voorrecht met andere dragers van — zakelijke of persoonlijke — vermogensrechten.

5. *Hinder en misbruik van recht*

Moeten wij uit het voorgaande afleiden, dat de aan het criterium der maatschappelijke betamelijkheid inherente belangenafweging over de gehele linie beslissend is voor het vraagstuk van de genotsstoornis tussen naburen? Twijfel aan de juistheid van een bevestigend antwoord op deze vraag rijst, wanneer men kennis neemt van de arresten van de H.R., die kenmerkend plegen te worden geacht voor het standpunt van dit college met betrekking tot het vraagstuk van misbruik van eigendomsrecht. Voor ons zijn met name van belang het eerste van de beide arresten betreffende de watertoren in Berg en Dal [2], alsmede het arrest inzake de Lentse schutting [3], beide gewezen in procedures, die zich afspeelden tussen twee eigenaren van aangrenzende erven. In eerstbedoelde procedure had het Arnhemse Hof het optrekken van een het uitzicht van de buurman belemmerende watertoren juist op *die* plaats, zulks terwijl hij evengoed buiten het uitzicht vanuit buurmans huis had kunnen worden geplaatst, in strijd met de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid geoordeeld. In het daartegen gerichte cassatiemiddel werd deze beslissing onjuist geacht, en in strijd met de wet, „welke zelf de grenzen heeft vastgesteld voor het geoorloofde gebruik, dat een grondeigenaar van zijn eigendom, met het oog op mogelijke benadeling van de rechten of belangen van zijn buren mag maken . . .". De H.R. overweegt naar aanleiding daarvan, dat „men, indien verschillende wijzen van uitvoering voor een voorgenomen handeling openstaan, niet gehouden is om . . . van een

---

[1] Arresten van 29 januari 1937, *N.J.* 570 (i.z. Voorstre Stroom) en 31 december 1937, *N.J.* '38, 517 (i.z. studentensociëteit).
[2] H.R. 13 maart 1936, *N.J.* 415.
[3] H.R. 2 december 1937, *N.J.* '38, 353.

bepaalde uitvoering af te zien alleen hierom dat uit die bepaalde uitvoering voor een derde — zonder schending van enig bijzonder hem toekomend recht — nadeel zou voortvloeien, terwijl dit bij een andere wijze van uitvoering niet het geval zou zijn". De zaak werd teruggewezen naar het Hof, en door dit college werd toen feitelijk vastgesteld, dat het bouwen van de toren was geschied met de uitsluitende bedoeling om de buurman te benadelen. De *daarop* gebaseerde onrechtmatigheid heeft wèl genade gevonden in de ogen van de H.R. [1].

In het arrest betreffende de Lentse schutting stelt de H.R. voorop, dat het plaatsen van de schutting (die het huis van Teunissen van licht en lucht beroofde), naar door het Hof was vastgesteld, ten doel had, onwelgevallig contact met de buren te voorkomen, hetgeen als een volkomen geoorloofd doel is aan te merken. Vervolgens constateert het college, dat Driessen door het plaatsen van de onderhavige schutting „geen inbreuk heeft gemaakt op enig subjectief recht van Teunissen, noch heeft gehandeld in strijd met een rechtsplicht", waaruit het dan de conclusie trekt, „dat Driessen door zijn recht uit te oefenen om op eigen grond het gebouw op te richten, dat hij goed vond, zich . . . niet aan een onrechtmatige daad tegenover Teunissen heeft schuldig gemaakt", zelfs niet — zo voegt het college er aan toe — als hij ter bereiking van zijn doel evengoed de schutting wat minder hoog of op een wat verdere afstand had kunnen optrekken.

Het komt er dus op neer, dat de rechtspraak ten aanzien van de gevallen van botsing van eigenaarsbelangen twee categorieën onderscheidt, en ten aanzien van elk dezer categorieën een verschillende werkmethode toepast. Ten aanzien van de gevallen tot de éne categorie behorende, gaat nl. de rechtspraak aldus te werk, dat zij een aantasting van een eigenaarsbelang constateert en nagaat, of deze aantasting niet in strijd is met de maatschappelijke betamelijkheid, zulks in de regel zonder dat het feit, dat deze aantasting voor de wederpartij wellicht eigendoms-uitoefening betekende, enig merkbaar gewicht in de schaal legt. Met betrekking tot de andere categorie daarentegen is de werkmethode de volgende: geconstateerd wordt, dat de geïncrimineerde gedraging als een eigendomsuitoefening is aan te merken, voorts dat er geen wettelijke bepaling of subjectief recht valt aan te wijzen, waarmee in strijd zou zijn gehandeld, waaruit dan de gevolgtrekking wordt gemaakt, dat de gedraging — behoudens het geval van misbruik van recht — niet onrechtmatig is te achten.

In de kern komt dit verschil hierop neer, dat de botsing van eigenaarsbelangen bij de éne werkmethode wordt getoetst aan het algemene betamelijkheidscriterium, bij de andere aan het misbruikcriterium. En nu is het wel waar, dat rechtsmisbruik — als grondslag voor een actie uit art. 1401 — onder het onbetamelijkheidsbegrip valt, dat neemt niet weg, dat dit laatste begrip veel ruimer is. Vooral als men rekening houdt met de beperkte opvatting, die in onze rechtspraak ten aanzien van het misbruikbegrip de heersende is — uitoefening van een recht zonder énig redelijk

---

[1] Arrest van 2 april 1937, *N.J.* 639.

eigenbelang en met de uitsluitende bedoeling de ander te benadelen — realiseert men zich, dat met betrekking tot onrechtmatigverklaring het algemene criterium veel verder gaande mogelijkheden biedt. Hoezeer inderdaad de beide methodes tot uiteenlopende resultaten kunnen leiden, blijkt, wanneer men b.v. de beslissing van de H.R. inzake Joostens c. Krul naast de beide laatstbesproken misbruik-arresten legt. Had de H.R. in de procedure Joostens c. Krul het misbruikcriterium toegepast, dan zou dit ongetwijfeld tot een afwijzing der vordering geleid hebben; omgekeerd zou toepassing van het algemene onbetamelijkheidscriterium op de geschillen betreffende watertoren en Lentse schutting zonder meer een overwinning der gelaedeerde partij tot gevolg hebben gehad.

De vraag rijst, uit welken hoofde een zo verschillende behandeling van twee categorieën van botsingen van eigenaars-belangen gerechtvaardigd is. Deze rechtvaardiging zou te vinden moeten zijn in het verschil in karakter tussen beide categorieën. Waarin bestaat dat verschil? Een antwoord op deze vraag vinden wij bij SCHOLTEN, die zich van het gemaakte onderscheid een voorstander betoont [1]. In zijn gedachtengang dient men nl. van de gevallen van benadeling van het eigenaarsbelang door zaakbeschadiging of hinder te onderscheiden de casusposities, waarin de eigenaar niet wordt getroffen in het gebruik, dat hij van zijn eigen zaak maakt, doch „in het genot, dat hij bij dat gebruik van eens anders zaak heeft" (en wel met name van de zaak van degeen, van wie de stoornis uitging). Op dit laatste genot heeft de eerstbedoelde eigenaar geen recht (uiteraard tenzij er een servituut is), en er kan dus ook geen inbreuk op zijn recht zijn. Belemmering van dit genot is dus, vanuit het oogpunt van de belemmerende eigenaar beschouwd, een op zichzelf volkomen geoorloofde wijze van eigendoms-uitoefening, die slechts op grond van bijzondere omstandigheden — gemis aan redelijk belang, uitsluitende bedoeling om te benadelen — als rechtsmisbruik een onrechtmatig karakter kan krijgen. M.a.w. slechts in de eerstbedoelde categorie van gevallen — stoornis in het gebruik van eigen zaak van de gestoorde — komt de vraag naar de omvang der wederzijdse eigendomsrechten ter sprake, in de andere casuspositie — stoornis in het genot van de zaak van de stoorder — zou de handeling steeds binnen de grenzen van het eigendomsrecht van de storende partij vallen (en dus buiten die van het eigendomsrecht van de wederpartij), zodat dan het antwoord op de onrechtmatigheidsvraag los staat van het probleem van de omvang van het eigendomsrecht.

Het in de rechtspraak van de H.R. tot uiting komende onderscheid tussen enerzijds gevallen van eigendoms-aantasting door hinder of zaakbeschadiging, anderzijds gevallen, waarin de onrechtmatigheid slechts kan voortspruiten uit misbruik van recht, o.m. verdedigd door SCHOLTEN, heeft van verschillende andere zijden bestrijding gevonden, en wel in het bijzonder ook van MEIJERS. Hij betoogt, dat het onjuist is, de bevoegdheden, „krachtens welke de eigenaar kan verlangen, dat hij enig gebruik maakt van het goed van zijn nabuur of dat deze een voorheen verleende

[1] T.a.p. blz. 127/128.

steun niet laat vervallen", zonder meer buiten het eigendomsrecht te stellen [1]. Anderzijds heeft de genoemde schrijver, reeds geruime tijd eerder [2], een ruimer misbruik-criterium verdedigd dan het ten onzent door de rechtspraak toegepaste. In het bijzonder bestrijdt hij de gedachte, dat slechts van rechtsmisbruik sprake kan zijn, wanneer de aan de rechthebbende verweten gedraging zonder enig nut voor hem zelf was verricht: ook zonder dat aan dit vereiste is voldaan, kan „het nadeel aan een ander toegebracht . . . *zo* groot of *zo* nodeloos toegebracht zijn, dat de handeling onrechtmatig moet geoordeeld worden". Een zekere afweging van belangen dient dus toch plaats te vinden. Met betrekking tot het burenrecht brengt deze gedachtengang hem tot de conclusie, dat voor de beoordeling van een handeling, verricht op het éne erf, doch resulterend in schade voor de buurman, steeds een zelfde criterium in aanmerking komt, t.w. dat van de maatschappelijke betamelijkheid. Noodzakelijkerwijze brengt dit met zich mee, dat de begrippen hinder en misbruik van recht samenvloeien [3]. Een dienovereenkomstige opvatting wordt verkondigd door WOLFSBERGEN, die met betrekking tot ons onderwerp tot de conclusie komt, „dat er geen enkele grond bestaat, een zo enorm verschil in bescherming, als thans bestaat, tussen degenen, die te lijden hebben van hinder of van rechtsmisbruik, te doen voortbestaan" [4].

Mij komt het voor, dat terecht door de beide laatstgenoemde schrijvers wordt gewezen op het willekeurige en kunstmatige van een indeling der botsingen van eigenaarsbelangen in gevallen van eigendoms-uitoefening en van eigendoms-aantasting. Dit in de rechtspraak van de H.R. tot uiting komende onderscheid komt — het zij met alle eerbied gezegd — m.i. neer op een meten met twee maten. Immers, de vraag van de aantasting van het éne en die van de uitoefening van het andere eigendomsrecht zijn niet anders dan twee verschillende aspecten van één en dezelfde gedraging. Beide aspecten kunnen relevant zijn, en door nu het geschil te gaan indelen bij een categorie, die slechts op het éne aspect is afgestemd, dreigt men het andere uit het oog te verliezen. De besproken rechtspraak demonstreert, dat dit gevaar geenszins denkbeeldig is. Dit geldt niet zozeer voor de beslissingen, die het betrokken geschil construeren als een geval van eigendoms-aantasting: het algemene betamelijkheidscriterium biedt voldoende ruimte, om — al wordt dat dan niet met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht — de factor der rechtsuitoefening bij de afweging te betrekken. Het geldt echter des te meer voor de andere categorie van beslissingen, degene die de laatstgenoemde factor op de voorgrond plaatsen. Want al te gemakkelijk gaat men er in die beslissingen van uit, dat, indien het schadebrengende gedrag niet in strijd is met een specifieke bepaling van geschreven recht, of met een subjectief recht, dat tegen zo-

---

[1] „*De algemene begrippen van het burgerlijk recht*" 1948), blz. 145.

[2] Te weten in een in het jaar 1937 te Leuven gehouden lezing, getiteld „Misbruik van recht en wetsontduiking", waarvan de tekst is opgenomen in *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I*, blz 62 e.v..

[3] Vgl. ook MEIJERS' noot onder het arrest inzake de studentensociëteit, *N.J.* 1938, 517, en zijn bijdrage aan „*Festschrift für Ernst Rabel*, Band I: Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht" (1954), ook opgenomen in „*Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen II*" blz. 178 e.v. (zie i.h.b. blz. 205).

[4] WOLFSBERGEN, „*Onrechtmatige daad*" (1946) blz. 81—89.

danig gedrag specifieke bescherming verleent (erfdienstbaarheid b.v.), er *dus* geen aantasting van het eigendomsrecht kan zijn. In de omvang van het algemene bevoegdhedencomplex, blijkens de aanhef van art. 625 aan de eigenaar toegekend, doch voor het overige afhankelijk van regels van ongeschreven recht, verdiept men zich niet, omdat men er a priori van uitgaat, dat het geschonden belang buiten het eigendomsrecht valt. Zo dalen dan op onevenredige wijze voor de gelaedeerde partij de kansen op een goede afloop van zijn procedure, omdat voor de ruime betamelijkheidsmaatstaf het enge misbruikcriterium in de plaats wordt gesteld.

6. *Hinder en algemeen belang*

Herhaaldelijk komt het voor, dat degeen, aan wie het verwekken van genotsstoornis wordt verweten, zijn optreden tracht te rechtvaardigen met een beroep op het algemeen belang. De vraag rijst dan, of deze omstandigheid van invloed kan zijn op het oordeel omtrent de geoorloofdheid van de hinder. In beginsel schijnt er geen aanleiding te bestaan voor een ontkennende beantwoording van deze vraag: de maatstaf der maatschappelijke betamelijkheid laat voldoende ruimte om met deze factor rekening te houden. Toch geeft het verband van ons onderwerp met het algemeen belang aanleiding tot bepaalde vragen, en wel in het bijzonder omdat, naar uit de rechtspraak blijkt, de meeste gevallen, waarin dit verband aan de orde wordt gesteld, betrekking hebben op genotsstoornis door de overheid. Soms beroept de betrokken overheidsinstantie zich ter rechtvaardiging van de haar verweten eigendomsaantasting zowel op haar bestuurstaak als op de omstandigheid, dat zij een haar toekomend eigendomsrecht uitoefende. In andere gevallen daarentegen heeft het geschil het karakter ener botsing van wederzijdse eigenaarsbelangen geheel en al verloren: tegenover het eigendomsrecht in defensieve functie staat slechts het, door het betrokken overheidslichaam te behartigen, algemeen belang. Wanneer wij aan dit aspect van de hinder aandacht gaan wijden, verplaatsen wij ons dus van het burenrecht naar het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad.

Er zij dan allereerst op gewezen, dat, zolang het optreden van de overheid is gedekt door een uitdrukkelijke wettelijke bepaling, geen moeilijkheden zullen rijzen. De overheid ontleent dan aan wettelijk vastgelegd publiekrecht de bevoegdheid privébelangen aan te tasten, ook al zijn deze in het privaatrechtelijk rechtsverkeer beschermd door een subjectief recht. Het gaat thans dus om gevallen, waarin de overheid zich slechts in het algemeen beroept op haar taak, het gemeenschapsbelang te behartigen, zij beroept zich op haar *algemene bestuurstaak*. Vast staat in elk geval, dat dit de overheid geen bevoegdheid geeft, *wettelijk* vastgelegde regels van privaatrecht te schenden. Evenmin kan zij — naar algemeen wordt aangenomen — aan de bedoelde functie de vrijheid ontlenen, inbreuk te maken op in het privaatrecht verankerde *subjectieve rechten*. Intussen blijkt uit de rechtspraak, dat op deze laatste regel ruime en gevarieerde uitzonderingen worden erkend. Zo kan de plicht van de overheid tot behartiging van het algemeen belang al spoedig een noodtoestand blijken

op te leveren, die de onrechtmatigheid van de eigendomsaantasting opheft [1]. Bij andere gelegenheden heeft de H.R., om aan de consequentie van onrechtmatigheid van het overheidsoptreden te ontkomen, gebruik gemaakt van de z.g. theorie van het „freies Ermessen" [2]. In laatstbedoelde procedures ging het overigens niet om een aantasting van eigendomsrechten, doch om andere subjectieve rechten, zoals het recht op onaantastbaarheid van het lichaam, op gezondheid.

Wat geldt nu wanneer de overheid in de uitoefening van haar algemene bestuurstaak een eigenaar stoort in het genot van zijn onroerend goed? De moeilijkheid is dan weer, dat geen scherpe regels bestaan ten aanzien van de vraag, of en in hoeverre het eigendomsrecht de genotsbelangen beschermt. De vraag is dan dus niet, of een op zichzelf vaststaande rechtsinbreuk door het feit, dat de pleger het algemeen belang moest behartigen, wordt gerechtvaardigd, doch of het aangetaste belang voor bescherming door het betrokken subjectieve recht in aanmerking komt, en in hoeverre daarbij de factor, dat de pleger der geïncrimineerde gedraging het algemeen belang op het oog had, gewicht in de schaal moet leggen.

De zojuist geschetste problematiek is op treffende wijze tot uiting gekomen in een cyclus van arresten van de H.R., gewezen in een aantal procedures betreffende de vervuiling van een riviertje in de provincie Noord Brabant, de Voorste stroom. Deze vervuiling werd veroorzaakt door de uitlozing van rioolwater door de gemeente Tilburg, en zij had tot gevolg, dat de oeverbewoners in een of meer der nabij liggende dorpen gehinderd werden door een ondragelijke stank. Een casuspositie dus, die welhaast als schoolvoorbeeld kan fungeren voor de thans behandelde categorie van belangenbotsingen. Immers, ter éne zijde staat het optreden der gemeente, gericht op het algemeen belang, te weten de uitlozing van riolen, doch zonder dat een wettelijk voorschrift haar wijze van optreden ten deze uitdrukkelijk dekt. En daartegenover het genotsbelang der oeverbewoners (hetzij rechtstreekse eigenaarsbelangen hetzij het van de eigendom afgeleid belang van een huurder), welk belang door het eigendomsrecht wordt beschermd, doch slechts — zoals in het voorgaande is gebleken — tot op zekere hoogte. Met andere woorden, een botsing van belangen met beiderzijds een slechts *vage* rechtsbescherming, juist zo als bij de botsing tussen wederzijdse eigenaarsbelangen in het burenrecht veelal het geval is.

Het is merkwaardig, dat dit aspect van de betrokken procedures — de botsing van algemeen belang tegen eigenaarsbelang — eerst in een laat stadium tot uiting is gekomen. Eerst in de procedure contra Paymans, geëindigd met het vijfde Voorste Stroom-arrest [3] (20 dec. 1940, N.J. 1941, 366), komt de gemeente — voor het eerst in cassatie — met een beroep op de omstandigheid, dat zij handelde ter uitvoering van haar overheidstaak. De H.R. is bij de motivering van zijn beslissing, dat dit aan aansprakelijkheid der gemeente niet in de weg staat, niet over één

[1] Zie H.R. 3 mei 1934, *N.J.* 1549.

[2] Zie H.R. 13 november 1936, *N.J.* '37, 182 en 29 maart 1940, *N.J.* 242. Vgl. over dit onderwerp MEIJERS, *W.P.N.R.* 4145 en SCHOLTEN, *W.P.N.R.* 4071.

[3] Arrest van 20 december 1940, *N.J.* '41, 366, Vgl. MEIJERS, *Ars Aequi*, november 1952, blz. 22.

nacht ijs gegaan. Het college baseert nl. deze beslissing op een drievoudige stelling, te weten (in enigszins verkorte vorm weergegeven) 1e. dat aan geen bepaling van geschreven of ongeschreven recht de gemeente een bijzondere bevoegdheid ontleent ten aanzien van de eigendom van anderen, laat staan een bevoegdheid, waarvan slechts de gemeente zelve de grenzen zou hebben vast te stellen, 2e. dat alle omstandigheden van het geval, en dus ook de omstandigheid, dat de overlast aan de eigenaar wordt aangedaan ter wille van een openbaar belang, in aanmerking genomen, de berokkende overlast de grens overschrijdt van hetgeen oorbaar is, en 3e. dat ten deze de gemeente in meerdere mate de eigendom van Paymans heeft aangetast dan door de omstandigheden, waaronder dit geschiedde, gerechtvaardigd werd.

Uit deze opsomming blijkt wel, hoezeer de H.R. een nauwgezet onderzoek heeft ingesteld naar alle mogelijke factoren, die bij de vraag, of hier het algemeen belang niet zwaarder behoort te wegen dan het eigenaarsbelang, gewicht in de schaal kunnen leggen. Eerst wordt gezegd, dat het publiekrecht het optreden der gemeente, voorzover resulterend in aantasting van eigenaarsbelangen, niet vermag te dekken, en evenmin steun biedt voor toepassing van de leer van het freies Ermessen. Dan volgt de privaatrechtelijke beoordeling van het gedrag der gemeente, zulks aan de hand van het betamelijkheidscriterium. Deze valt ten nadele der gemeente uit, zelfs wanneer men de factor, dat haar optreden op het algemeen belang was gericht, mede in de afweging betrekt. Tenslotte wordt geconstateerd, dat de eigendomsaantasting verder ging dan door de omstandigheden gerechtvaardigd, waarmee, naar het schijnt, het niet bestaan van een noodtoestand tot uitdrukking wordt gebracht. Aldus ligt dan de onrechtmatigheid der eigendomsaantasting wel onomstotelijk vast.

Hoe is te verklaren, dat het beroep op het algemeen belang de gemeente geen succes heeft opgeleverd? Mijns inziens is de verklaring hiervan gelegen in de omstandigheid, dat er óók een methode bestond de riool-afvoer te bewerkstelligen zonder stankverwekking voor de buurtbewoners, zij het dan ook ten koste van aanzienlijk grotere financiële offers. Deze omstandigheid had nl. tot gevolg, dat het algemeen belang, hetwelk tegenover de geschonden eigenaarsbelangen werd afgewogen, niet was de zorg voor de riool-afvoer als zodanig, doch de zorg voor een goedkopere rioolafvoer dan een zodanige, die elke mogelijkheid van stankverwekking uitsloot Het komt er dus op neer, dat het enkel om een *financieel* belang der gemeente ging, en dat kon aan de genotsschending het karakter van onbetamelijkheid niet ontnemen.

In dit verband rijst overigens de vraag, of het resultaat niet anders geweest zou zijn, wanneer de gemeente, de goedkope methode kiezende, zich van te voren de belangen der oeverbewoners had aangetrokken, b.v. door met hen een regeling te treffen met betrekking tot schadeloosstelling voor een eventueel zich handhavende overlast. Het is, naar thans wel mag worden aangenomen, deze gedachte geweest, die de H.R. er in het zesde Voorste stroom-arrest [1] toe heeft gebracht, zijn welhaast berucht gewor-

[1] H.R. 19 maart 1943, *N.J.* 312.

den overweging ten beste te geven, dat de gemeente, handelende als hiervóór omschreven, „een gedragslijn volgde, welke weliswaar vanuit het oogpunt der door haar te behartigen gemeentebelangen volkomen gerechtvaardigd en zelfs geboden kon zijn, doch waarvan tegenover de eigenaar van een bedreigd perceel de eventuele nadelige gevolgen, die daaruit voor deze mochten voortvloeien, voor haar rekening behoren te komen". Ondanks het feit, dat de H.R. in de daarop volgende overwegingen uitdrukkelijk achtereenvolgens de maatschappelijke onbetamelijkheid en de verwijtbaarheid van het gedrag der gemeente constateert, heeft de geciteerde overweging verscheidene schrijvers aanleiding gegeven te betogen, dat ons hoogste rechtscollege hier in wezen een schadevergoedingsplicht uit rechtmatige daad heeft gecreëerd. Een veronderstelling, die wellicht nog méér voedsel vond in het nog geen jaar later gewezen duinwater-arrest [1], waarin nl. de geciteerde overweging bijna woordelijk is overgenomen, met dien verstande echter, dat de zinsnede „voor haar rekening behoren te komen" is vervangen door de woorden „voor haar rekening behoorde te *nemen*". Immers, juist door dit gebruik van het woord nemen en van de verleden tijd maakt dit arrest, nog meer dan het vorige, de indruk, dat er in de gedachtengang van de H.R. een *rechtsplicht* bestond van de gemeente, de eventuele schade voor haar rekening te nemen, en dat juist het niet voldoen aan deze rechtsplicht onrechtmatigheid tot gevolg heeft [2]. Desondanks hebben andere schrijvers betoogd, dat deze arresten — gezien de moderne onrechtmatigheidsopvattingen — zeer wel zijn in te passen in het bestaande kader van art. 1401. Het is vooral het bekende Themis-artikel van BREGSTEIN [3], waarin dit standpunt wordt uiteengezet en gestaafd met argumenten, waarvan een grote overtuigingskracht uitgaat. In het zevende Voorste Stroom-arrest [4] schijnt de H.R. deze zienswijze te onderschrijven: het college geeft nl. te kennen, dat de kwalificatie van de gedragslijn der gemeente als „gerechtvaardigd en zelfs geboden" uitsluitend een beoordeling geeft van deze gedragslijn vanuit het gezichtspunt der gemeentebelangen (waarbij dan dus de geschonden eigendomsbelangen buiten beschouwing zijn gelaten), en voorts, dat het onrechtmatigheid-opheffende karakter van een vooraf aangeboden schadeloosstelling geenszins impliceert, dat te dien aanzien op de gemeente een rechtsplicht zou hebben gerust. Aldus wordt dan de houding van de gemeente ten opzichte van het gevaar van een aanhouden van overlast voor de oeverbewoners gereduceerd tot een feitelijke factor, die bij het vormen van het onbetamelijkheidsoordeel mede gewicht in de schaal kan leggen.

Uit de zojuist beschreven reeks van arresten blijkt wel zeer duidelijk, hoezeer bij een botsing van belangen, welke respectievelijk hun bescherming vinden in het algemene bevoegdhedencomplex van de eigenaar en in de algemene bestuurstaak van de overheid, telkenmale het criterium der maatschappelijke betamelijkheid uiteindelijk de doorslag geeft. Zelfs

---

[1] H.R. 18 februari 1944, *N.J.* 226.
[2] Vgl. i.h.b. het betoog van J. DRION *W.P.N.R.* 3994 e.v..
[3] *R.M. Themis* 1951 blz. 273 e.v..
[4] H.R. 19 december 1952, *N.J.* '53, 642.

wanneer eerst uitdrukkelijk geconstateerd wordt — zoals met name in het duinwater-arrest alsmede in de door het zevende Voorste Stroom-arrest bevestigde uitspraak van het Hof te Den Bosch —, dat de geïncrimineerde overheidsgedraging als inbreuk op het betrokken eigendomsrecht is aan te merken, resp. op het van de eigendom afgeleide subjectieve genotsrecht van de huurder, meent men daarmede niet te kunnen volstaan: om tot onrechtmatigheid te concluderen acht men het daarenboven noodzakelijk vast te stellen, dat „de zorgvuldigheid . . ., welke in het maatschappelijk verkeer . . . betaamde", niet in acht werd genomen, resp. dat „de grens van hetgeen oirbaar is in het maatschappelijk verkeer" is overschreden. De bedoeling dezer constateringen is dan vermoedelijk, op de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond te wijzen. Doch, ook al is dit inderdaad de gedachtengang, het uiteindelijk resultaat blijft hetzelfde, te weten dat het betamelijkheidsbegrip tot alles overheersend criterium is verheven.

In de tweede plaats zijn deze arresten voor ons vraagstuk illustratief, omdat zij doen zien, hoezeer dit betamelijkheidsoordeel — en *dus* de bescherming van gekrenkte eigenaarsbelangen — afhankelijk is van de feitelijke omstandigheden van elk geval. Door van te voren blijk te geven van de bereidheid, zich tegenover een eventuele genotsstoornis een geldelijke opoffering te getroosten, kan de overheid aan haar optreden het onrechtmatig karakter ontnemen. Het belang van de gemeente bij handhaving van de afvoer van rioolwater door de Voorste Stroom weegt tegenover het subjectieve recht van de oeverbewoners zo zwaar — aldus interpreteert in het zevende Voorste Stroom-arrest de H.R. de gedachtengang van het arrest a quo —, dat door een „bijkomende omstandigheid" — het zich op behoorlijke wijze de belangen der oeverbewoners aantrekken — de weegschaal naar de andere zijde zou zijn overgeslagen. Het zijn zodanige „bijkomende omstandigheden", die in een geval als dit de grens bepalen tussen geoorloofde en ongeoorloofde hinder.

7. *De Hinderwet*

Het verdient tenslotte de aandacht, dat aan de hinder een wettelijke regeling van administratiefrechtelijke aard is gewijd, t.w. de Hinderwet 1952 (welke in de plaats is gekomen van die van 1875). Deze wet bindt het aanleggen van werken, welke de mogelijkheid van gevaar of hinder voor anderen opleveren, aan een vergunning van het gemeentebestuur. De vergunning wordt slechts geweigerd, wanneer de bedoelde werken inderdaad gevaar voor schade of voor de gezondheid dan wel hinder van ernstige aard opleveren en daaraan redelijkerwijze niet door het stellen van voorwaarden voldoende kan worden tegemoetgekomen.

Voor de privaatrechtelijke verhoudingen is de betekenis van deze wet niet groot. Betoogd is wel, dat een eenmaal verleende vergunning de civiele rechter zou binden, zulks met dien verstande, dat het hem niet meer zou vrijstaan de van de zijde der gemeente toegelaten gedraging als onrechtmatige daad te bestempelen. Deze gedachte is echter reeds in het arrest inzake Joostens c. Krul door de H.R. van de hand gewezen en ook nadien staat de heersende opvatting er afwijzend tegenover. Er wordt op

gewezen, dat de administratieve instantie slechts te onderzoeken heeft, of ernstige hinder is *te verwachten*, en dat het niet aannemelijk is, dat dientengevolge het oordeel omtrent de vraag, of een hinder, welke in feite wordt toegebracht, al dan niet onrechtmatig is, aan de civiele rechter zou zijn onttrokken [1].

8. *De hinder in het Nieuwe B.W.*

In de aan de eigendom gewijde titel van het Nieuwe B.W. heeft een afzonderlijk artikel, t.w. art. 5.1.2., betrekking op de hinder. In het Regerings-ontwerp luidt de tekst van dit artikel als volgt:

> 1. Eigendom op zichzelf rechtvaardigt niet dat de eigenaar bij de uitoefening van zijn recht aan een ander 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, in een mate of op een wijze die volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer niet betaamt.
> 2. Niettemin is de eigenaar bevoegd zodanige hinder aan een ander toe te brengen, voor zover die ander in het algemeen belang deze hinder behoort te dulden.
> 3. In het geval van het vorige lid kan degene aan wie de hinder is toegebracht van de eigenaar vergoeding vorderen van de daardoor veroorzaakte schade. De bepalingen omtrent schadevergoeding wegens onrechtmatige daad zijn van overeenkomstige toepassing. De rechter kan de eigenaar gelasten zekerheid te stellen voor de vergoeding van toegebrachte schade. Indien de eigenaar nalaat te voldoen aan een veroordeling tot vergoeding van toegebrachte schade of tot zekerheidsstelling, kan een rechterlijk verbod van de hinder worden uitgesproken.

Naar aanleiding van dit artikel zij allereerst opgemerkt, dat het slechts een regeling geeft met betrekking tot de *offensieve* functie van het eigendomsrecht. Het geeft immers antwoord op de vraag, in hoeverre hinder, toegebracht aan onverschillig wie *door de eigenaar*, onrechtmatig is. Dit antwoord bestaat in een toepasselijk-verklaring van het betamelijkheidscriterium. Aan de defensieve functie echter is geen bepaling gewijd. In de Toelichting wordt dit verklaard door met betrekking tot gedragingen van anderen, die de eigenaar in zijn genot storen, het volgende op te merken: „De eerstbedoelde gedragingen zijn hier niet vermeld omdat zij elders worden geregeld. Wie in een mate of op een wijze die in het maatschappelijk verkeer niet betaamt, iemand belemmert in de rechtmatige uitoefening van diens recht, pleegt een onrechtmatige daad. Het is niet nodig dit voor het eigendomsrecht nog eens afzonderlijk in de wet te vermelden". Ook hiervoor geldt dus het betamelijkheidscriterium, en de vraag rijst, waarom dit dan wèl uitdrukkelijk moést worden vastgelegd

---

[1] Zie ASSER-BEEKHUIS II, blz. 33/34, HOFMANN-DRION-WIERSMA, blz. 79, TELDERS, *preadvies N.J.V.* 1958 blz. 45/46.

met betrekking tot *door* de eigenaar gepleegde hinder. Ook op deze vraag is het antwoord te vinden in de Toelichting. Het luidt als volgt: „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. Ook de bepaling van het tweede lid maakt een afzonderlijke regeling van de hinder noodzakelijk". De betekenis van de bepaling van het eerste lid is dus in hoofdzaak gelegen in de opgesomde voorbeelden van hinder, en wel met name in het feit, dat daaronder ook zijn vermeld het onthouden van lucht of licht en het ontnemen van steun. Uit de omstandigheid, dat deze op één lijn worden gesteld met de andere gevallen van hinder, blijkt immers, dat de in de huidige rechtspraak van de H.R. tot uiting komende verschillende behandeling van rechtsmisbruikgevallen en rechtsaantastingsgevallen wordt verworpen.

In het 2e en 3e lid der bepaling heeft men getracht een oplossing te geven voor de problematiek, welke ontstaat wanneer het algemeen belang bij de hinder is betrokken. De oplossing bestaat hierin, dat hinder, die in het algemeen belang behoort te worden geduld, enerzijds geoorloofd is, doch anderzijds een verplichting tot schadevergoeding doet ontstaan. Of op deze wijze inderdaad de problematiek, tot uiting komende in arresten als die betreffende de Voorste Stroom, op bevredigende wijze is opgelost, schijnt aan ernstige twijfel onderhevig. Het is hier echter niet de plaats voor uitvoerige critiek op de voorgestelde bepalingen. Verwezen zij te dien aanzien naar hetgeen door TELDERS en door schrijver dezes is betoogd in hun in het jaar 1958 aan de Nederlandse Juristen-Vereniging uitgebrachte preadviezen.

INHOUD

PREADVIES VAN PROF. MR. A. VAN OVEN

1. Verband met de onderwerpen eigendom en onrechtmatige daad 309

2. Genotsstoornis tussen naburen 309

3. De hinderclausule van art. 625 B.W. 310

4. De hinder en de onrechtmatigheidscriteria van art. 1401 312

5. Hinder en misbruik van recht 315

6. Hinder en algemeen belang 319

7. De Hinderwet 323

8. De hinder in het Nieuwe B.W.. 324