

Zitting 1976–1977

4572

## Vaststelling Boek 5 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek

Nr. 10

## NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET EINDVERSLAG

Ontvangen 8 februari 1977

1. Ter gelegenheid van het mondeling overleg is van de zijde van de regering een nota toegezegd betreffende de wijze waarop de burgerlijke rechter het begrip algemeen belang hanteert. Daartoe zal hieronder eerst een beknopt overzicht worden gegeven van de gevallen waarin dit begrip in de rechtspraak een rol speelt. Daarna zal meer in het bijzonder worden belicht welke deze rol is bij artikel 5.1.2 lid 2.

2. Ter inleiding van deze nota wil de ondergetekende aanstippen dat de rechter reeds direct mede op het algemeen belang heeft te letten op al die gebieden waar de wetgever de rechtsvorming aan hem heeft overgelaten. Deze rechtsvorming kan zich alleen redelijk voltrekken, wanneer de rechter rekening houdt zowel met persoonlijke als met maatschappelijke of algemene belangen.

Dat hij dit moet doen ligt op het terrein van de onrechtmatige daad opgesloten in de maatstaf «wat *in het maatschappelijk verkeer* betaamt». Voor het terrein van redelijkheid en billijkheid wordt het tot uiting gebracht in artikel 7 van de Inleidende titel dat spreekt van de bij het geval betrokken «persoonlijke en maatschappelijke belangen». Voor het huidige recht worden deze woorden reeds gebezigd in de uit 1910 daterende inaugurele rede van Meijers (VPO I, blz. 14–15); zie ook bij voorbeeld noot DJV onder HR 20 februari 1957, NJ 1958, 418, en G. J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, 1972, pp. 18, 57 en 66. Voorts mag men aannemen dat een verwijzing naar algemene belangen ligt opgesloten in de maatstaf «openbare orde en goede zeden» waarmee rechtshandelingen niet in strijd mogen komen (artikel 1373 BW, in het nieuwe wetboek artikel 3.2.7 lid 1).

Ook bij een doelmatige uitleg van rechtsregels spelen belangen als hier bedoeld een rol; verg. HR 20 maart 1970, NJ 1970, 250 («maatschappelijk belang») dat een werknemer zich zekerheid kan verschaffen over de vraag of voor een beëindiging van een arbeidsovereenkomst toestemming van de directeur van het GAB is vereist); HR 6 juni 1961, NJ 1962, 19 («verkeersbelang») gemoeid met de artikelen 2014 en 1198 BW); HR 2 april 1942, NJ 1942, 468 («de belangen van het internationale verkeer»).

3. Maar belangrijker is dat ook de wet op tal van plaatsen aan de gewone rechter in meer specifieke vorm voorschrijft algemene belangen te beoordelen of daaraan te toetsen. Ook kan dit voortvloeien uit ongeschreven recht. Zonder op volledigheid aanspraak te willen maken heeft de ondergetekende hieronder een opsomming van dergelijke gevallen gegeven en overzichtelijkheidshalve onderverdeeld in groepen. Daarin komt tevens tot uiting op

welke wijze de hantering van dit begrip door de rechter van groep tot groep plaatsvindt.

a. Een wetsbepaling draagt aan de rechter op te beoordelen of een algemeen (of openbaar) belang aanwezig is. Men zie bij voorbeeld het uitvoerig gemotiveerde arrest HR 24 maart 1926, NJ 1926, 513 betreffende het toenmalige artikel 80 onder 8° Successiewet (thans artikel 24 onder I, voorlaatste alinea; zie ook artikel 4 Uitvoeringsbesluit Vennootschapsbelasting 1971, artikel 1 Vrijstellingsbesluit Vennootschapsbelasting 1971 en artikel 47 Wet op de Inkomstenbelasting 1964).

Vaak gaat het bij deze gevallen om een beroep dat een overheidsorgaan op een zodanig belang doet ter ondersteuning van zijn bevoegdheid. Behalve aan de artikelen 337, 345 en 355 van Boek 2 moet hier ook worden gedacht aan artikel 1 lid 2 van de Faillissementswet; men zie daarover HR 14 april 1944, NJ 1944, nrs. 369–371 en 20 september 1957, NJ 1957, 568. Ook het belang van de werkgelegenheid kan hier een rol spelen; zie Rb. Haarlem 7 januari 1975, NJ 1975, 367.

Ten slotte kunnen tot deze groep worden gerekend artikel 1636a BW (artikel 7.4.6.18) en de artikelen 40 en 51 Pachtwet (artikelen 7.5.6.5 en 7.5.9.1).

b. Een wetsbepaling draagt de rechter op om rekening te houden met het algemeen belang of om dit tegen andere belangen af te wegen. Men zie artikel 677 BW en artikel 29 lid 4 Pachtwet (artikel 7.5.6.5 lid 4). Een soortgelijke afweging wordt aan de rechter opgedragen in artikel 4 Belemmeringenwet Privaatrecht. Tot deze groep behoren voorts de artikelen 3.7.1.2. en 3.7.1.14.

c. Ook indien de wet in algemene bewoordingen een afweging van belangen voorschrijft, komt de rechtspraak soms tot een uitdrukkelijk medeafwegen van algemene belangen. Zo moet bij de afweging van artikel 18 onder b en d van de Huurwet volgens HR 8 januari 1954, NJ 1954, 92 en HR 8 november 1974, NJ 1975, 240, indien de gemeente als verhuurster optreedt, mede rekening worden gehouden met de belangen van de volkshuisvesting. Een vergelijkbare situatie kan zich voordoen bij de beoordeling van een weigering van toestemming aan een erfpachter tot splitsing in appartementsrechten, bedoeld in artikel 875a lid 6 BW; men zie HR 23 december 1976, R.v.d. W. 1977, nr. 20.

d. Van de voorgaande groepen moeten goed worden onderscheiden de gevallen waarin de rechter, veelal in het kader van de vraag of door de overheid een onrechtmatige daad is gepleegd, het overheidsbeleid *marginiaal* toetst. Daarbij worden onder meer publieke belangen en particuliere rechten en belangen tegen elkaar afgewogen aan de hand van maatstaven als willekeur, misbruik van bevoegdheid en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voor rechtspraak moge worden verwezen naar Onrechtmatige Daad VII, nrs. 76-97a.

e. Het algemeen belang kan een grond zijn een bepaalde rechtsverhouding te doorbreken. Een wettelijk voorbeeld is te vinden in artikel 1 van de Wet van 1 mei 1925, Stb. 174, tot herziening in het algemeen belang van bij erfstelling of legaat gemaakte bedingen. In het nieuwe wetboek behoren tot deze groep de artikelen 5.6.8 en 6.5.3.12.

Ook behoort tot deze groep het geval dat de overheid bij overeenkomst heeft afgezien van de uitoefening van een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid. Naar wordt aangenomen kan de overheid deze bevoegdheid dan toch uitoefenen, indien dit door onvoorziene omstandigheden op grond van publieke belangen gerechtvaardigd wordt. Ook deze toetsing is in beginsel *marginiaal*. Men zie HR 20 februari 1953, NJ 1954, 3 (eerste middel) en HR januari 1963, NJ 1964, 202 (Landsmeer, tweede middel).

Minder terughoudend lijkt de rechter te werk te gaan bij de beoordeling van een intrekking van een toegezegde subsidie. Men zie Hof Den Haag 23 juni 1971, NJ 1971, 308, en Hof Den Bosch 25 juni 1974, NJ 1975, 12: de subsidie mag niet worden ingetrokken «tenzij daartoe zwaarwichtige, aan het algemeen belang ontleende rechtvaardigingsgronden bestaan».

Men zie over dit alles voorts Bloembergen, Contracten met de overheid, Bouwrecht-monografieën, Geschrift nr. 3, blz. 38-43, die tevens een verband legt met de gevallen onder c, f en g en zo ook met artikel 5.1.2 en lid 2.

f. Algemene belangen kunnen een partij bij een overeenkomst grond geven voor een beroep op overmacht. Zo werd in HR 15 januari 1960, NJ 1960, 84, voor een beroep op overmacht door een stakende werknemer onder meer betekenis toegekend aan de mate waarin «algemene belangen en redelijke beginselen» bij het doel van de actie zijn betrokken.

g. Ten slotte is er de belangrijke groep van – zowel met groep e als met groep f verwante – gevallen waarin aan het algemeen belang een rechtvaardigingsgrond voor een in beginsel onrechtmatige daad kan worden ontleend. Voor de rechtspraak betreffende deze rechtvaardigingsgrond bij onrechtmatige daad in het algemeen moge worden verwezen naar Onrechtmatige Daad I, nrs. 175-176, en voor perspublicaties naar IX, nrs. 12 en 52. Op dit laatste terrein geeft artikel 1412 lid 2 BW hieraan een wettelijke basis.

4. Het geval van artikel 5.1.2 lid 2 behoort tot de onder g bedoelde groep. Uitgangspunt van dit artikel is immers dat het moet gaan om hinder waarvan het toebrengen in beginsel *onrechtmatig* is, dat wil zeggen een inbreuk op een recht of strijdig met wat in het maatschappelijk verkeer betaamt. Het ligt voor de hand dat bij het oordeel of er voor het toebrengen van de schade een rechtvaardigingsgrond is, het algemeen belang te zamen met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het geval betrokken zijn, behoort mee te wegen. De rechter doet dat in het huidige recht dan ook, zoals hij dat op het gehele terrein van onrechtmatige daad doet.

Zie voor gevallen waarop artikel 5.1.2 in het bijzonder het oog heeft: HR 18 februari 1944, NJ 1944-1945, 226 (Den Haag/Jochems) en HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 (Voorste Stroom). Het artikel moet, zoals bij het mondeling overleg is opgemerkt, als codificatie van deze rechtspraak worden gezien. Lagere rechtspraak is te vinden in Onrechtmatige Daad I, nrs. 229 en 230 en VII, nrs. 219 e.v., 240 en 246. Zie voorts HR 16 maart 1973, NJ 1975, 74 (Stikke Trui), waarin aan het algemeen belang als rechtvaardigingsgrond voor hinder een nadere uitwerking is gegeven.

Naar de mening van de ondergetekende is deze rechtvaardigingsgrond ook in het nieuwe wetboek aanvaardbaar. Aldus ook Wagter, noot onder HR 16 maart 1973, NJ 1975, 74, en Jurgens, Industriële hinder, diss. Nijmegen 1975, blzz. 56 e.v. en 163 e.v.

5. Zoals gezegd gaat het bij artikel 5.1.2 lid 2 om een afweging van belangen, waarbij zowel op algemene belangen als op persoonlijke belangen van partijen en eventuele derden moet worden gelet. Nagegaan moet worden of, als resultaat van deze afweging, de hinder in het algemeen belang moet worden geduld. Zoals onder 3 en 4 reeds is naar voren gekomen, is er geen sprake van dat het enkele feit dat algemene belangen moeten worden beoordeeld, reeds meebrengt dat men het terrein van het burgerlijk recht verlaat of dat men te maken heeft met overheidsbeleid waarvan slechts een marginale toetsing door de gewone rechter mogelijk is.

Dat neemt niet weg dat ook bij de toepassing van artikel 5.1.2 lid 2 toetsing van overheidsbeleid een rol kan spelen. Hier dienen in beginsel twee groepen van gevallen te worden onderscheiden, nl. die waarin de hinder van de overheid afkomstig is en die waarin het gaat om door particulieren toegebrachte hinder.

Wat de eerste groep betreft, het artikel sluit niet uit dat bij de toetsing van het bij het geval betrokken beleid van de overheid terughoudendheid betracht wordt. Wordt bijvoorbeeld tegen een gemeente een vordering ingesteld ter zake van hinder door verkeerslawaaï en wordt in het kader daarvan aan de gemeente verweten dat zij voor een bepaalde weg een onjuiste plaats heeft gekozen, dan zal bij de beoordeling daarvan rekening moeten worden gehouden met de beleidsvrijheid die ingevolge de onder 3 sub d en e aangehaalde rechtspraak aan de overheid toekomt. Maar komt de rechter aldus tot de conclusie dat de hinder, hoewel zij in beginsel een onrechtmatige daad tegenover de benadeelde oplevert, door deze in het algemeen belang moet worden geduld, dan zal de gemeente krachtens artikel 5.1.2 lid 2 toch schadevergoeding verschuldigd zijn, zij het ook dat geen verbod mogelijk is.

Ook zal de gewone rechter niet aan de gemeente kunnen voorschrijven, welke maatregelen eventueel ter opheffing van de hinder moeten worden

genomen. Ook hier is immers de beleidsvrijheid van de overheid in het geding; men zie HR 14 december 1952, NJ 1953, 642, ten aanzien van het tweede middel.

6. Bij de tweede van de boven aangeduide groepen van gevallen – waarin het een particulier is, die ter rechtvaardiging van de door hem toegebrachte hinder een beroep op artikel 5.1.2 lid 2 doet – speelt toetsing van overheidsbeleid in de regel geen rol. Voor de aard van de algemene belangen die hier in het spel kunnen zijn, moge worden verwezen naar de memorie van antwoord blz. 10-11. Bij het mondeling overleg is in dit verband de Hinderwet ter sprake gebracht, op grond waarvan aan particulieren vergunningen kunnen worden gegeven. In de commissie werd daarbij gedacht aan een stelsel dat hinder door een inrichting waarvoor krachtens de Hinderwet vergunning is verleend, door de rechter niet kan worden verboden.

Aandacht verdient hier in de eerste plaats dat de Hinderwet aan de administratie niet voorschrijft na te gaan in hoeverre door de aanvrager van de vergunning hinder zal worden toegebracht die onrechtmatig is of in het algemeen belang behoort te worden geduld. Onderzocht wordt slechts of – zoals artikel 13 het uitdrukt – «vaststaat of met reden is te vrezen, dat door de inrichting, het in werking brengen, het in werking houden, de uitbreiding of de wijziging der inrichting daarbuiten gevaar, schade aan eigendommen, aan bedrijven of aan de gezondheid, dan wel hinder van ernstige aard zal worden ondervonden en daaraan redelijkerwijze niet door het stellen van voorwaarden kan worden tegemoet gekomen». Het voorgestelde stelsel dat er op neer komt dat de administratie aan hinder die anders onrechtmatig zou zijn, dit karakter door afgifte van een vergunning kan ontnemen, kan daarom slechts in het kader van een daar dan op af te stemmen nieuwe hinderwetgeving worden gezien; zie de memorie van antwoord, laatste alinea bij artikel 5.1.2, blz. 13.

Voor de huidige Hinderwet wordt het voormelde stelsel dan ook door de rechtspraak verworpen; men zie HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278. Zoals bij het mondeling overleg reeds is opgemerkt ligt dit in de lijn van de taak van de burgerlijke rechter als beschermer van privaatrechtelijke belangen (vergelijk artikel 167 Grondwet en artikel 2 Wet RO). Het arrest beantwoordt aan de tevoren heersende leer en is in de literatuur dan ook algemeen met instemming begroet; zie *Onrechtmatige Daad I*, nr. 23.

Bij dit alles valt bovendien te bedenken dat er vele gevallen van hinder zijn die buiten de Hinderwet vallen. Een regeling als bovenbedoeld zou derhalve moeilijk een algemeen karakter kunnen hebben.

7. De maatstaf «algemeen belang» in artikel 5.1.2 lid 2 is in de literatuur niet onbestreden gebleven. Aandacht verdient dat de critici veelal mede worden bewogen door de vrees dat het algemeen belang als rechtvaardigingsgrond de mogelijkheid zal openen om aan een door hen gerechtvaardigd geacht verbod van onrechtmatige hinder te ontkomen; zie voor een duidelijke samenvatting van dit standpunt R. Overeem, *Bouwrecht* 1973, blz. 289 e.v., in het bijzonder blz. 295. Het is duidelijk dat tegen deze opvatting aanzienlijke bezwaren bestaan, omdat zij er welbeschouwd toe zou leiden dat hinder die in het algemeen belang behoort te worden geduld, toch door de rechter zou kunnen worden verboden.

8. De vanuit de commissie voorgestelde maatstaf die alleen naar de billijkheid zou verwijzen, heeft naar de mening van de ondergetekende weer andere bezwaren die men het spiegelbeeld van de zoëven vermelde kan noemen. Deze maatstaf miskent immers de hoofdregel dat het hier alleen gaat om hinder waarvan is komen vast te staan dat zij in beginsel *onrechtmatig* is. Van hinder die van zo ernstige aard is dat zij onrechtmatig is en die dus in beginsel niet behoeft te worden geduld, kan moeilijk worden aangenomen dat zij op grond van de «billijkheid» toch weer wél geduld zou moeten worden. Daarvoor is een zwaardere maatstaf nodig, nl. maatschappelijke belangen die zwaar genoeg wegen om als «algemeen belang» te kunnen worden aangemerkt.

De Minister van Justitie,  
A. A. M. van Agt

WIJ JULIANA, BIJ DE GRATIE GODS, KONINGIN DER NEDERLANDEN, PRINSES VAN ORANJE-NASSAU, ENZ., ENZ., ENZ.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is Boek 5 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek vast te stellen;

Zo is het, dat Wij, de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

#### Artikel I

Boek 5 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek wordt vastgesteld als volgt:

## BOEK 5 ZAKELIJKE RECHTEN

### TITEL 1

#### Eigendom in het algemeen

**Artikel 1.** 1. Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.

2. De eigenaar mag van de zaak gebruik maken zoals hem goeddunkt, behoudens rechten van anderen en met inachtneming van de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen.

3. De eigenaar van de zaak wordt, behoudens rechten van anderen, eigenaar van de afgescheiden vruchten.

**Artikel 2.** 1. Eigendom op zichzelf rechtvaardigt niet dat aan een ander hinder wordt toegebracht, 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 artikel 6.3.1.1 onrechtmatig is.

2. Het toebrengen aan een ander van hinder die volgens artikel 6.3.1.1. onrechtmatig zou zijn, is geoorloofd voor zover die ander in het algemeen belang deze hinder behoort te dulden.

3. Degene die ingevolge het vorige lid hinder heeft te dulden, heeft recht op vergoeding van de schade die hij dienengevolge lijdt. Titel 6.3 is van overeenkomstige toepassing met dien verstande dat in het geval bedoeld in artikel 6.3.2.2 de ondergeschikte zelf niet aansprakelijk is.

4. Wordt aan een veroordeling tot schadevergoeding of tot zekerheidstelling daarvoor niet voldaan, dan kan een rechterlijk verbod van de hinder worden uitgesproken.