

# 143. De moeizame verhouding tussen het bestuurs- en privaatrecht: Hoe bestuursrechtelijke besluitvorming civiele rechten frustreert

MR. R.J. BOOGERS EN MR. R.E. WANNINK

Uit een recente uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 16 augustus 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:2197), waarin een bomenverordening onverbindend werd verklaard vanwege het frustreren van het verwijderingsrecht op grond van artikel 5:42 BW, blijkt dat het niet altijd civiele normen zijn die in de weg staan aan positieve besluitvorming, maar dat ook besluiten in de weg kunnen staan aan de werking van civiele normen. In dit artikel gaan wij in op de verhouding tussen het bestuurs- en privaatrecht en in het bijzonder in relatie tot deze uitspraak van de Afdeling en evidente privaatrechtelijke belemmeringen.

De bestuursrechter kan het Burgerlijk Wetboek ('BW') lang niet altijd links laten liggen, het omgekeerde geldt uiteraard ook. Normen uit de Algemene wet bestuursrecht ('Awb') worden ook door de civiele rechter toegepast, bijvoorbeeld via de schakelbepaling van artikel 3:1 lid 2 Awb. Dat dit soms een moeizaam samenspel is, bewijst het grote aantal uitspraken waarin de bestuursrechter civiele normen niet (zoals bij een 'gebonden beschikking') of terughoudend toetst in het kader van bestuursrechtelijke besluitvorming. Dat speelt met name bij privaatrechtelijke belemmeringen die in de weg staan aan een ruimtelijke ontwikkeling.

## 1. Privaatrechtelijke normen in het bestuursrecht

Dat privaatrechtelijke normen een rol kunnen spelen in het kader van bestuursrechtelijke besluitvorming, is duidelijk. Dat geldt ook omgekeerd: in het privaatrecht dient ook rekening te worden gehouden met bestuursrechtelijke 'normen' (artikel 3:14 BW).

Wanneer we ons beperken tot bestuursrechtelijke besluitvorming, spelen 'evidente privaatrechtelijke belemmeringen' vaak een rol. Er is veel rechtspraak van de bestuursrechter<sup>1</sup> waarbij 'leentjebuur' wordt gespeeld met het civiele recht. Voor het oordeel van de bestuursrechter dat een privaatrechtelijke belemmering aan het verlenen van toestemming voor bijvoorbeeld een ruimtelijke ontwikke-

ling in de weg staat, is slechts aanleiding wanneer deze een evident karakter heeft. Een dergelijke privaatrechtelijke belemmering wordt in de jurisprudentie pas evident geacht, indien zonder nader onderzoek kan worden vastgesteld dat een ontwikkeling is voorzien op grond die in eigendom aan een ander toebehoort en die ander daarin niet berust en niet hoeft te berusten.<sup>2</sup> Dergelijke belemmeringen spelen in veel verschillende soorten besluiten een rol, maar de meest voorkomende gevallen doen zich voor op het gebied van het omgevingsrecht. Het kenmerkende van een evidente privaatrechtelijke belemmering is, dat de ruimtelijke ontwikkeling vanuit de publiekrechtelijke regelgeving niet op bezwaren stuit, maar dat een civiele norm in de weg staat aan positieve besluitvorming. Dat kan bijvoorbeeld een erfdienstbaarheid zijn of een eigendomsgeschil. Vaak wordt ook 'hinder' aangevoerd. In een aantal zaken wordt een beroep gedaan op artikel 5:42 BW. Dit artikel bepaalt kort gezegd dat het niet is toegestaan om binnen een afstand van in beginsel 2 meter van de grenslijn van een ander erf, bomen, heesters of heggen te hebben. Staan bomen – zonder toestemming – te dicht op de erfgrans, dan kan de nabuur verwijdering van de betreffende bomen vorderen. Deze vordering kan verjaren. In de uitspraak van de Afdeling van 16 augustus 2017<sup>3</sup> werd een beroep gedaan op het verwijderingsrecht van artikel 5:42 BW, maar was de casuïstiek anders dan normaal gesproken het geval is wanneer artikel 5:42 BW als evidente privaatrechtelijke belemmering naar voren wordt gebracht.

<sup>1</sup> Vgl. ABRvS 19 november 2014, Gst. 2015, 33, met noot van T. Barkhuysen en L.M. Koenraad.

<sup>2</sup> Zie o.a. ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0752 en ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:95.

<sup>3</sup> ABRvS 16 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2197.

## 2. De bomenverordening en artikel 5:42 BW

In de uitspraak van Afdeling van 16 augustus 2017 speelde het volgende. Twee buren zijn het met elkaar eens dat een beuk in de achtertuin van een van de twee buren gekapt moet worden. Hoewel de boom er kennelijk al langer dan twintig jaar staat, wordt door de nabuur geen beroep op verjaring gedaan. Dat is logisch: beide buren willen immers dat de boom wordt gekapt. Deze beuk staat op minder dan 0,5<sup>4</sup> meter van de erfgrans. Er is een kapvergunning aangevraagd, maar deze kapvergunning is door het college geweigerd. Het college heeft de vergunning geweigerd omdat het belang van de aanvrager bij de kap van de boom niet opweegt tegen het belang bij het behoud van de boom. De boom is gezond en beeldbepalend en de overlast is gering, aldus het college. Beide buren zijn het niet eens met dit besluit. Zij voeren in hoger beroep aan dat de rechtbank heeft miskend dat de artikelen 2 lid 1 en 5 lid 1 Bomenverordening 2005 onverbindend zijn dan wel buiten toepassing hadden moeten worden gelaten, omdat deze in de weg staan aan het vorderingsrecht op grond van artikel 5:42 BW. Op grond van de artikelen 2 en 5 Bomenverordening heeft het college de vergunning geweigerd. De Afdeling overweegt vervolgens:

*‘[Appellant B] heeft op grond van artikel 5:42 van het BW een vordering tot verwijdering van de beuk ingesteld. [appellant A] heeft geen beroep gedaan op de in de artikelen 3:306 en 3:314 van het BW geregelde verjaring van het vorderingsrecht en zal dat naar eigen zeggen ook niet doen. Verder mag de civiele rechter ingevolge artikel 3:322, eerste lid, van het BW het middel van verjaring niet ambtshalve invoeren. Gelet hierop en nu is voldaan aan de voorwaarden in artikel 5:42, eerste lid, van het BW, bestaat voor [appellant A] de verplichting tot verwijdering van de beuk. Het in artikel 5:42, eerste lid, van het BW neergelegde vorderingsrecht kan – anders dan de rechtbank heeft gedaan – niet worden aangemerkt als een belang dat bij de beoordeling van de vergunningaanvraag kan worden betrokken en kan worden afgewogen tegen belangen bij het in stand houden van de boom. Bij weigering van de vergunning op grond van een zodanige belangenafweging wordt het vorderingsrecht gefrustreerd en kan de verplichting tot verwijdering van de boom niet worden nagekomen zonder overtreding van de Bodemverordening 2005.’*

Op grond van artikel 5 Bomenverordening kan de kapvergunning uitsluitend worden verleend op basis van een belangenafweging. De Afdeling geeft aan dat het in artikel 5:42 BW neergelegde vorderingsrecht niet kan worden aangemerkt als een belang dat bij de beoordeling van de vergunningaanvraag kan worden betrokken. Bij weigering van de vergunning wordt het vorderingsrecht dus

gefrustreerd en kan de verplichting tot verwijdering van de boom niet worden nagekomen zonder overtreding van de Bomenverordening. De Afdeling acht het vorderingsrecht van hogere orde dan het kapverbod zoals dat opgenomen is in de verordening. Het college moet op basis van artikel 5:42 BW verwijdering van de boom dus respecteren, ook al heeft – in dit geval – de buurman bewust afgezien van een beroep op verjaring. Een gemeentelijke belangenafweging, hoe zeer ook vastgelegd in de verordening, is dan dus niet meer aan de orde.

### Civiele normen kunnen een rol spelen in het kader van bestuursrechtelijke besluitvorming.

De uitkomst van dit soort geschillen hangt voor een belangrijk deel af van hetgeen in de verordening is bepaald en in hoeverre in de verordening rekening is gehouden met het verwijderingsrecht van artikel 5:42 BW. Een voorbeeld uit de jurisprudentie van de Afdeling waarin in de verordening wel rekening was gehouden met artikel 5:42 BW is de zaak ‘kapvergunning Haarlem’.<sup>5</sup> In de Verordening op de Houtopstanden van de gemeente Haarlem was in artikel 4, derde lid, bepaald dat een vergunning niet mocht worden geweigerd als deze wordt aangevraagd om te voldoen aan een verplichting ingevolge het bepaalde in artikel 5:42 BW. De rechtbank heeft als uitgangspunt genomen dat indien evident is dat – in het geval de buurman voor de civiele rechter verwijdering van een boom vordert, omdat deze in strijd met artikel 5:42 BW te dicht bij de grenslijn staat – de vordering tot verwijdering van de boom door de civiele rechter zal worden toegewezen, er voor wederpartij ingevolge artikel 5:42 BW evenzeer een verplichting tot verwijdering van de boom bestaat, als de buurman de gang naar de civiele rechter niet maakt. De rechtbank heeft volgens de Afdeling kortom terecht geoordeeld dat voor wederpartij op grond van artikel 5:42 BW een verplichting bestaat tot verwijdering van de boom en dat het college daarom, gelet op artikel 4 lid 3 van de Verordening, de gevraagde kapvergunning diende te verlenen. Uit het voorgaande volgt dat het opnemen van de bepaling uit het BW in een publiekrechtelijk toetsingskader niet alleen is toegestaan, maar ook dat er dan geen discretionaire bevoegdheid bestaat voor een bestuursrechter als het *evident* is dat de civiele rechter de vordering zal toewijzen.

Het woord ‘evident’ lijkt te wijzen op de ‘evidente privaatrechtelijke belemmering’, maar er is in de besproken uitspraak van 16 augustus 2017 een essentieel verschil met de situatie waarin een evidente privaatrechtelijke belemmering een rol speelt.

<sup>4</sup> Op grond van artikel 5:42 BW kan in bijvoorbeeld een verordening een kleinere afstand worden bepaald dan de in dat artikel opgenomen afstand van 2 meter. In deze uitspraak was de afstand voor bomen verkleind tot 0,5 meter van de erfgrans.

<sup>5</sup> ABRvS 11 februari 2009, AB 2009, 224, met noot van R. Ortleip.

### 3. De evidente privaatrechtelijke belemmering: het spiegelbeeld

Er zijn in de rechtspraak de nodige voorbeelden te vinden waarin artikel 5:42 BW als evidente privaatrechtelijke belemmering wordt aangevoerd.<sup>6</sup> In dit geval doet zich echter een tegenovergestelde situatie voor: artikel 5:42 BW staat niet in de weg aan de publiekrechtelijke besluitvorming, maar de bomenverordening frustreert het vorderingsrecht waardoor de verplichting tot verwijdering van de boom ex artikel 5:42 BW niet kan worden nagekomen.

Met andere woorden: vaststaat dat de buurman het vorderingsrecht ex artikel 5:42 BW inroept, maar er kan geen uitvoering worden gegeven aan dat vorderingsrecht omdat de kapvergunning op grond van de bomenverordening wordt geweigerd. Dat is dus de omgekeerde situatie van de evidente privaatrechtelijke belemmering. In het geval van een evidente privaatrechtelijke belemmering kan namelijk geen uitvoering worden gegeven aan de voorgenomen ruimtelijke ontwikkeling – *het besluit* – vanwege die belemmering.

Bij weigering van de vergunning wordt het vorderingsrecht dus gefrustreerd en kan de verplichting tot verwijdering van de boom niet worden nagekomen zonder overtreding van de Bomenverordening.

In de rechtspraak zijn meerdere voorbeelden te vinden van situaties waarin civielrechtelijke normen de tenuitvoerlegging van een besluit frustreren. In die gevallen is het veelal het bestuursorgaan zelf dat – als vanzelfsprekend – partij is in het bestuursrechtelijke traject maar ook in het civielrechtelijke traject. Dat is in het verleden veelal het geval geweest in discussies over standplaatsvergunningen.<sup>7</sup> In casu doet zich het afwijkende geval voor dat het een vorderingsrecht van een *derde* betreft. In zoverre gaat de vergelijking met genoemde kwesties inzake de standplaatsvergunningen, mank.

### 4. De civiele rechtsgang

De rechtsgang naar de civiele rechter lijkt niet tot heel andere uitkomsten te leiden dan de bestuursrechtelijke rechtsgang. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch<sup>8</sup> overwoog hieromtrent eerder in een ouder arrest:

*‘Voor tussenkomst van de rechter ter handhaving van de bepalingen van burennrecht, waarmede het handhaven door de overheid van het kapverbod met betrekking tot bomen in strijd is, is slechts plaats indien bij marginale toetsing geoordeeld moet worden, dat de verordening houdende dat kapverbod het gestelde belang – bestemming ten openbare nutte, te weten (mede) dienen tot het handhaven van het kleinschalige beeld van het landschap ter plaatse – niet kan dienen en/of indien onder de gegeven omstandigheden moet worden aangenomen, dat het college van B en W bij afweging van het overheidsbelang tegen het particuliere belang in redelijkheid niet tot het handhaven van bedoeld kapverbod had kunnen komen.’*

De civiele rechter toetst een kapverbod dus marginaal. Dat is ook niet zo vreemd: de vraag, of een vergunning tot het vellen van die bomen moet worden geweigerd als voorziening met het oog op de verwezenlijking van het handhaven van bijvoorbeeld het landschapsbeeld, staat in beginsel ter beoordeling van het overheidsorgaan, dat met de zorg voor het behoud van dat landschapsbeeld is belast. In beginsel zal de civiele rechter dus niet overgaan tot handhaving van het burennrecht tenzij het college niet in redelijkheid tot het kapverbod had kunnen komen. Dat is op zichzelf genomen een opmerkelijke redenering van het hof, omdat de bescherming van het naburige erf door artikel 5:42 BW in principe niet is onderworpen aan een belangenafweging. Dat lijkt in overeenstemming te zijn met de visie van de Afdeling in de uitspraak van 16 augustus 2017. De Afdeling constateert namelijk zelf dat aan de voorwaarden van artikel 5:42 BW is voldaan en er dus een verplichting tot verwijdering ontstaat. Dit is slechts anders indien er zodanig zwaarwegende belangen bij het in stand houden van de bomen zijn dat de nabuur misbruik van bevoegdheid zou maken door desalniettemin verwijdering van de bomen te vorderen.<sup>9</sup> In die ‘tenzij-clausule’ zit wellicht de toets die het college voor een deel heeft gemaakt in het kader van de weigering van de kapvergunning. Maar dat laat onverlet dat de belangenafweging in het kader van de kapvergunning op grond van de bomenverordening tot een andere uitkomst kan leiden dan die op grond van artikel 5:42 BW. De af te wegen belangen kunnen namelijk van elkaar verschillen.

### 5. De werking van artikel 3:14 BW

Aan een heel ander aspect lijkt de Afdeling overigens voorbij te gaan. In artikel 3:14 BW is bepaald dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. De bomenverordening bepaalt hier mede de geschreven regels van publiekrecht. Via artikel 3:14 BW maakt de verordening deel uit van de toetsing van artikel 5:42 BW. Dat staat op gespannen voet met het uitgangspunt dat artikel 5:42 BW in principe niet is onderworpen aan een belangenafweging. De stelligheid

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:734 en ABRvS 18 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ8299.

<sup>7</sup> Onder andere ABRvS 2 juli 1990, AB 1991, 278 en HR 5 juni 2009, AB 2009, 327.

<sup>8</sup> Hof 's-Hertogenbosch 16 mei 1986, NJ 1987, 31.

<sup>9</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 2 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9452.

waarmee de Afdeling overweegt dat het kapverbod het vorderingsrecht ex artikel 5:42 BW frustreert, is gelet op het bepaalde in artikel 3:14 BW wat ons betreft vanuit de gedachte achter artikel 3:14 BW dan ook twijfelachtig.

### De bomenverordening bepaalt hier mede de geschreven regels van publiekrecht.

Het is overigens de vraag welke consequentie verbonden zou moeten worden aan het 'overtreden' van de bomenverordening indien het kapverbod in stand was gelaten en op grond van artikel 5:42 BW toch tot kap zou zijn overgegaan. In de annotatie onder de uitspraak van de Afdeling schrijft F.C.S. Warendorf terecht dat artikel 42 Wetboek van Strafrecht bepaalt dat niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift. Dit betekent dat de eigenaar van een boom die door de burgerlijke rechter is veroordeeld tot kap terwijl een kapvergunning is geweigerd, niet strafbaar is als hij de boom kapt.<sup>10</sup>

Voor veel gemeenten betekent deze uitspraak waarschijnlijk dat de bomenverordening nog eens tegen het licht gehouden moet worden. Zo valt bijvoorbeeld te lezen in de toelichting op de Bomenverordening 2005 van de gemeente Den Haag: *'Voor de duidelijkheid wordt opgemerkt dat het wel of niet verlenen van een kapvergunning volledig losstaat van het verwijderingsrecht van artikel 5:42 BW. Kapvergunningen worden getoetst aan het bomenbeleid en niet aan voornoemde verwijderingsrecht of het burenrrecht.'* Met deze uitspraak is er in ieder geval een duidelijk verband gelegd tussen de werking van de bomenverordening en het verwijderingsrecht ex artikel 5:42 BW. In dat licht kan op grond van het bepaalde in artikel 5:42 lid 2 BW de afstand tot de erfgrans in de bomenverordening (of

APV) worden verkleind waardoor een geslaagd beroep op artikel 5:42 BW minder snel aan de orde is. Wanneer dat overigens op grote schaal gaat gebeuren, verwordt artikel 5:42 BW tot een dode letter. Vanuit het perspectief van het burenrrecht is dat een ongewenste ontwikkeling. Vanuit de beschermingsgedachte van (beschermenswaardige) bomen geldt het tegenovergestelde.

## 6. Conclusie

Deze uitspraak is illustratief voor de soms moeizame verhouding tussen het bestuursrecht en het privaatrecht. Voor de praktijk verdient het aanbeveling om de bomenverordening nog eens goed tegen het licht te houden, want de uitkomst in de besproken uitspraak zou waarschijnlijk anders zijn geweest indien in de verordening rekening was gehouden met artikel 5:42 BW. Ook dan zal het overigens voor de bestuursrechter wel 'evident' moeten zijn, dat een vordering bij de civiele rechter ex artikel 5:42 BW wordt toegewezen. Deze uitspraak laat zien dat het niet altijd een civiele norm hoeft te zijn die in de weg staat aan positieve publiekrechtelijke besluitvorming, maar dat het ook andersom kan: ook een besluit kan onverbindend zijn wanneer die civiele rechten frustreert.

#### Over de auteurs



#### Mr. R.J. Boogers

Rutger Boogers is advocaat bij Bogaerts & Groenen advocaten en tevens vaste medewerker van dit blad.



#### Mr. R.E. Wannink

Robert Wannink is advocaat/partner bij ZYPP advocaten en tevens redacteur van dit blad.

10 Zie ABRvS 16 augustus 2017, *M en R* 2017/116 en Rb. Utrecht 12 juni 1973, *NJ* 1973, 478.