

18. Hoe evident is een 'evidente privaatrechtelijke belemmering'?

MR. R.J. BOOGERS

In de praktijk komt het niet vaak voor dat een evidente privaatrechtelijke belemmering in de weg staat aan een ruimtelijke ontwikkeling. In het afgelopen jaar zijn er diverse uitspraken geweest waarin deze privaatrechtelijke belemmering centraal stond. In een aantal gevallen heeft de belemmering wel daadwerkelijk in de weg gestaan aan het verlenen van een (omgevings)vergunning. Vaak spitst de discussie zich toe op het 'evidente karakter' van de belemmering. In deze bijdrage staat de ontwikkeling in de rechtspraak ten aanzien van het evidente karakter van de privaatrechtelijke belemmering centraal. Want hoe 'evident' moet die evidente privaatrechtelijke belemmering zijn om in de weg te staan aan positieve besluitvorming?

I. Inleiding

Alvorens in te gaan op de rechtspraak over privaatrechtelijke belemmeringen, is het van belang om vast te stellen dat privaatrechtelijke belemmeringen niet bij iedere vorm van publiekrechtelijke besluitvorming een rol spelen. Bij gebonden beschikkingen stelde bestuursorganen zich met regelmaat op het standpunt dat een weigering van een aanvraag om een dergelijke vergunning (bijvoorbeeld een bouwvergunning), op grond van een privaatrechtelijke belemmering niet mogelijk was. Dit gelet op het limitatieve karakter van het samenstel van weigeringsronden in artikel 44 lid 1 Woningwet. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) heeft dit standpunt diverse keren als juist bevestigd.¹ Illustratief is de uitspraak van 11 februari 2009² waarin de Afdeling overweegt:

“Anders dan [appellant] heeft betoogd, heeft de rechtbank de door [appellant] gestelde erfdiensbaarheden terecht niet in haar overwegingen betrokken. Voor de beslissing om al dan niet bouwvergunning te verlenen, is niet van belang of privaatrechtelijke erfdiensbaarheden aan het bouwen in de weg staan. Een erfdiensbaarheid is een civielrechtelijke beperking, welke beperking, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraak van 9 juli 1999 in zaak no. H01.98.1470 (AB 1999, 447), gelet op artikel 44 van de Woningwet, geen grond vormt om een bouwvergunning te weigeren.”

Met de komst van de Wabo is deze rechtspraak overigens onverminderd relevant.³ Een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen (artikel 2.1 lid 1 onder a Wabo) maakt het niet mogelijk een vergunning vanwege een privaatrechtelijke belemmeringen te weigeren. Ook op grond van internationale verdragen bestaat er geen aanleiding om af te wijken van voornoemde rechtspraak. Zo stelde de Afdeling op 6 augustus 2014⁴ appellant in het ongelijk die zich beriep op schending van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, welk artikel het eigendom beschermt tegen (ongerechtvaardigde) ontneming en beperking. In de casus voorzag het bouwplan in de wijziging van een goot aan een zijde van een appartementencomplex. De wijziging was in overeenstemming met het bestemmingsplan maar de goot zou 0,10 meter uitsteken boven het naastgelegen perceel van de buurman. Omdat de vergunning toestond dat gebouwd zou worden boven zijn grond, was de eigendom van de buurman in het geding. De buurman beroept zich op schending van voornoemd Protocol. De Afdeling overweegt vervolgens dat vergunningverlening slechts een *publiekrechtelijke* toestemming oplevert om het bouwplan te realiseren en met deze vergunningverlening niet wordt toegestaan dat er inbreuk wordt gemaakt op het eigendomsrecht van een ander. Het is immers vaste rechtspraak dat het handelen conform een vergunning nog niet betekent dat het de vergunninghouder vrijwaart voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.⁵ Toetsing aan

1 Onder andere ABRvS 9 juli 1999, AB 1999, 447 en ABRvS 25 april 2007, zaaknummer 200606267/1.

2 ABRvS 11 februari 2009, zaaknummer 200803985/1. Zie ook o.a. ABRvS 12 juli 2006, 200508856/1 en ABRvS 25 april 2007, 200606267/1.

3 Bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 13 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5204.

4 ABRvS 6 augustus 2014, zaaknummer 201309031/1/A1.

5 HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 (*Vermeulen/Lekkerkerker*) en onder andere Rb. Zeeland-West-Brabant 30 april 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4380.

genoemd artikel 1 in het kader van de vergunningverlening heeft dus terecht niet plaatsgevonden.

II. Jurisprudentiële ontwikkeling

Het is al tientallen jaren vaste rechtspraak dat privaatrechtelijk beschermde belangen van derden moeten worden betrokken bij de belangenafweging in het kader van publiekrechtelijke besluitvorming. Zo overwoog de Afdeling al in 1978⁶ dat *‘niet valt in te zien dat in een zodanig geval het gewekt zijn van verwachtingen of het bestaan van een bepaalde privaatrechtelijke rechtsverhouding niet kan gelden als een relevante omstandigheid in het kader van de belangenafweging, op basis waarvan wordt gekozen voor de ene dan wel de andere beslissing’*. In het kader van de belangenafweging – hetgeen dus eerder genoemde discretionaire bevoegdheid impliceert – spelen privaatrechtelijke aspecten dus een rol.

In voornoemde uitspraak werd nog niet gesproken over een evidente privaatrechtelijke belemmering. Pas bij uitspraak van 11 mei 2006 heeft de voorzieningenrechter van de Afdeling voor het eerst het criterium ‘privaatrechtelijke belemmering met een zekere evidentie’ geïntroduceerd.⁷ In die uitspraak had het college een vrijstelling en een bouwvergunning verleend voor het bouwen van 40 appartementen. Verzoeker betoogt dat de voorzieningenrechter heeft miskend dat het college, gelet op het bepaalde in artikel 5:50 lid 4 Burgerlijk Wetboek (BW), in redelijkheid niet heeft kunnen besluiten tot het verlenen van vrijstelling voor het bouwplan. Daartoe voert hij aan dat het bouwplan meebrengt dat een bestaande rij ramen door bebouwing zal worden ingesloten, waardoor sprake zal zijn van onredelijke hinder wegens de gevolgen van het bouwplan voor de lichtinval. De voorzieningenrechter overweegt vervolgens:

“In aanmerking genomen het ter zitting toegelichte gebruik van de ruimste waarin de ramen zich bevinden, dat die ramen geen uitzicht bieden, alsmede dat het geldende bestemmingsplan reeds voorziet in bebouwing die bij realisering een vergelijkbare insluiting van deze ramen zou meebrengen, is op voorhand niet aannemelijk dat in de bodemprocedure zal worden geoordeeld dat de conclusie van de voorzieningenrechter dat het bouwplan geen onredelijke hinder zal meebrengen en dat het college het belang van verzoeker genoegzaam in zijn beoordeling heeft betrokken, onjuist is. Daarbij wordt er voorshands van uitgegaan, dat voor het oordeel door de bestuursrechter dat een civielrechtelijke belemmering aan de verlening van vrijstelling in de weg staat slechts aanleiding is, wanneer zo'n belemmering een zekere evidentie heeft, nu de burgerlijke rechter de eerst aangewezen is om die vraag te beantwoorden en verzoeker de mogelijkheid heeft dat antwoord te verkrijgen.”

6 ABRvS 27 september 1978, Bouwrecht 1979, 27.

7 ABRvS 11 mei 2006, zaaknummer 200602644/2.

Kort daarna, op 6 december 2006,⁸ herhaalde de Afdeling in een bodemzaak voornoemd criterium met dien verstande dat in deze uitspraak wordt gesproken over een ‘evidente privaatrechtelijke belemmering’, welk criterium tot op heden leidend is.

III. Evidente privaatrechtelijke belemmering

Voor de vraag of een privaatrechtelijke belemmering een evident karakter heeft, is het eerste relevante aspect mijns inziens de vraag wie moet aantonen dat er sprake is van een evidente belemmering van privaatrechtelijke aard. Met andere woorden: op wie rust de bewijslast van die stelling?

III.1 bewijslast

Op de belanghebbende die stelt dat een privaatrechtelijke belemmering dusdanig evident is dat deze in de weg staat aan de vergunningverlening, rust de bewijslast van die stelling. De belanghebbende zal aannemelijk moeten maken dat er sprake is van een evidente privaatrechte-

Niet bij iedere vorm van publiekrechtelijke besluitvorming speelt een evidente privaatrechtelijke belemmering een rol.

lijke belemmering.⁹ Wanneer er reeds een civiel vonnis is geweest, kan dat voor de Afdeling reden zijn om aan te nemen dat er geen – of juist wel – sprake is van een belemmering met een evident karakter.¹⁰ Dat past ook bij het uitgangspunt dat de burgerlijke rechter immers de eerst aangewezen is om de vraag te beantwoorden of een privaatrechtelijke belemmering in de weg staat aan de uitvoering van een activiteit.¹¹

Toch is een civiel vonnis ook niet altijd zaligmakend. Het hangt dan vooral af van de formulering van de vordering. Zo overwoog de Afdeling bij uitspraak van 7 oktober 2015¹² dat de burgerlijke rechter de gemaakte afspraken (welke de privaatrechtelijke belemmering betrof) aan de hand van vijf getuigenverklaringen heeft uitgelegd. Dit vonnis

8 ABRvS 6 december 2006, zaaknummers 200604465/1 en 200604465/2.

9 ABRvS 5 februari 2014, zaaknummer 201305293/1/R1.

10 Zie bijvoorbeeld ABRvS 9 mei 2012, zaaknummer 201109284/1/A1: *‘De rechtbank heeft bij haar uitspraak mogen uitgaan van het civiele vonnis van 12 mei 2010, waartegen geen hoger beroep is ingesteld, en is daarbij terecht tot de conclusie gekomen dat van een evidente privaatrechtelijke belemmering die aan het verlenen van een ontheffing in de weg staat, geen sprake is’*, ABRvS 9 mei 2012, zaaknummer 201109284/1/A1, ABRvS 16 juni 2010, zaaknummer 200907784/1/H1 en 7 november 2012, zaaknummer 201201030/1/A1.

11 Het bestuursorgaan hoeft overigens in beginsel vanuit het oogpunt van zorgvuldigheid in het kader van de besluitvorming het vonnis van de civiele rechter niet af te wachten alvorens te beslissen op bezwaar. Zeker niet wanneer het onduidelijk is wanneer het vonnis wordt gewezen.

12 ABRvS 7 oktober 2015, zaaknummer 201501688/1/A4; aangezien het vonnis dateerde van na het bestreden besluit, hoefde het bestuursorgaan voornoemd vonnis overigens ook niet bij de besluitvorming te betrekken.

ondersteunde daarmee volgens de Afdeling niet het gestelde evidente karakter van de privaatrechtelijke belemmering. In deze uitspraak heeft de burgerlijke rechter kennelijk vonnis gewezen op basis van een vijftal getuigenverklaringen en die verklaringen gewaardeerd naar maatstaven van het civiele bewijsrecht. Het civiele vonnis is niet gepubliceerd, maar uit genoemde overweging moet worden afgeleid dat de be-

Voor het oordeel door de bestuursrechter dat een civielrechtelijke belemmering aan de verlening van vrijstelling in de weg staat bestaat slechts aanleiding, wanneer zo'n belemmering een zekere evidentie heeft.

stuursrechter nog steeds ruimte heeft om te beoordelen dat er ondanks het civiele vonnis sprake is van al dan niet een evident karakter. Mogelijk heeft de rechter enkel een verklaring voor recht gegeven voor het bestaan van de afspraken, maar zich niet uitgelaten over de vraag of er sprake is van een evidente belemmering. Indien immers een burgerlijke rechter zich dusdanig specifiek uitlaat over deze vraag, dan ligt er mijns inziens geen ruimte meer voor de bestuursrechter om van dat oordeel af te wijken.

Het is overigens de vraag in hoeverre de burgerlijke rechter zich zo expliciet zal uitlaten over de vraag of er sprake is van een evidente privaatrechtelijke belemmering in een concrete bestuursrechtelijke aangelegenheid. De burgerlijke rechter zal zich immers wel uitlaten over de privaatrechtelijke rechtsverhouding – bijvoorbeeld een inbreuk op een recht – maar ik betwijfel of een burgerlijke rechter ook zal vaststellen dat er sprake is van een evidente privaatrechtelijke belemmering in de context van een concrete bestuursrechtelijke activiteit. Wat de burgerlijke rechter bijvoorbeeld wel kan doen is vaststellen dat er op een bepaalde locatie een erfdienstbaarheid rust en op die locatie om die reden niet gebouwd mag worden, zoals de rechtbank Amsterdam vaststelde in een civiel vonnis.¹³ Daarmee staat de evidente privaatrechtelijke belemmering in het kader van een bouwactiviteit mijns inziens vast. Ook kan een burgerlijke rechter een vordering tot afbraak toewijzen.¹⁴ In het civiele oordeel, zeker naarmate dat oordeel concreter is, zal de bestuursrechter een belangrijk aanknopingspunt vinden voor de vaststelling van in ieder geval de privaatrechtelijke belemmering. Naarmate het civiele oordeel concreter is, is daarmee ook de evidentie steeds meer een gegeven. Het oordeel van de burgerlijke rechter zal uiteraard wel bekend moeten zijn op het moment van het nemen van het bestreden besluit. Indien bijvoorbeeld pas in (hoger) beroep wordt verwezen naar het oordeel van de burgerlijke rechter, dan is dat te laat.¹⁵ Toch is het niet vanzelfsprekend dat het oordeel van de bestuursrechter aansluit bij het (te verwachten oordeel) van de burgerlijke rechter.

Een illustratief voorbeeld waaruit blijkt dat een civiel oordeel en een bestuursrechtelijk oordeel niet altijd op elkaar aansluiten, vormt de uitspraak van de Afdeling van 28 april 2010.¹⁶ In die zaak ging het om de schending van de 'twee meter grens' uit artikel 5:50 lid 4 BW. De Afdeling overweegt:

“Anders dan de voorzieningenrechter heeft de Afdeling niet kunnen vaststellen dat de in het bouwplan voorziene aanbouw niet wordt gerealiseerd binnen een afstand van twee meter, rechthoekig gemeten uit de buitenkant van de muur daar waar het slaapkamerraam van [appellant] zich bevindt. Op grond van de bij de bouwvergunning behorende bouwtekening valt niet uit te sluiten dat, voor zover het slaapkamerraam is gelegen tegenover het schuine gedeelte van de naar dat raam toegekeerde gevel van de aanbouw, de afstand tot die gevel, gemeten vanuit de muur van het pand van [appellant], 1,90 meter bedraagt. Voor zover dat het geval is, bestaat evenwel, nu vaststaat dat dan slechts een zeer klein deel van de gevel van de aanbouw op 1,90 meter in plaats van op ten minste 2 meter afstand van het slaapkamerraam ligt, geen grond voor het oordeel dat realisering van de aanbouw evidente onredelijke hinder als bedoeld in artikel 5:50, vierde lid, van het BW met zich brengt. Het college behoefde hierin dan ook geen aanleiding te zien de ontheffing te weigeren.”

Dit oordeel valt moeilijk te rijmen met het vermoedelijke oordeel van de burgerlijke rechter. Immers, artikel 5:50 lid 4 BW is weliswaar van regeland recht, maar indien partijen geen afwijkende afspraken hebben gemaakt, dan zal de burgerlijke rechter in casu – uitgaande van een bouw binnen twee meter met rechtstreeks uitzicht – schending van artikel 5:50 lid 4 BW aannemen. Immers, ten aanzien van artikel 5:50 lid 1 BW heeft de Hoge Raad reeds overwogen dat dit een 'harde norm' betreft, die weinig speling toelaat.¹⁷

“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 nabuur, 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 (...) nog altijd uitkomst kan bieden, wanneer in een enkel geval de regeling als absurd of bijzonder knellend mocht worden aangevoeld' (MvA. II, Parl. Gesch. Boek 5, blz. 205).”

Aan een belangenafweging komt de civiele rechter dus niet toe, ik zie niet in dat een ander uitgangspunt zou gelden

¹³ Rb. Amsterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ7810.

¹⁴ HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld ABRvS 17 februari 2016, zaaknummer 201502260/1/A4.

¹⁶ ABRvS 28 april 2010, zaaknummer 200906091/1H1. Uit deze uitspraak blijkt niet dat er twijfel bestaat over de vraag of er al dan niet sprake is van een uitzicht dat niet rechtstreeks is, zodat aangenomen mag worden dat er sprake is van een rechtstreeks uitzicht.

¹⁷ P.C. Es, *Toepassingen van de moderne actio negatoria*, 2005, p. 245.

bij de toepassing van *artikel 5:50 lid 4 BW*.¹⁸ In het geval van een schending van een concrete burennrechtelijke 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.¹⁹ Dit terwijl de bestuursrechter *juist* op basis van die belangenafweging concludeert dat er *geen* sprake is van een evidente privaatrechtelijke belemmering terwijl de norm van artikel 5:50 BW *wel* is geschonden en de civiele rechter die schending ook als onrechtmatig zal kwalificeren. Dat er in casu overigens geen vonnis is gewezen is in zoverre niet relevant omdat de Afdeling zelf al uitgaat van schending van de twee metergrens van artikel 5:50 lid 4 BW. Uit deze uitspraak valt af te leiden dat zelfs de schending van een ‘harde eis’ uit het burennrecht nog niet meebrengt dat er per definitie sprake is van een evidente privaatrechtelijke belemmering. Deze uitspraak staat overigens enigszins op zichzelf. In diverse uitspraken heeft de Afdeling immers geoordeeld dat schending van artikel 5:50 BW in de weg staat aan vergunningverlening.²⁰ In een andere zaak overwoog de Afdeling dat schending van artikel 5:50 BW een evidente privaatrechtelijke belemmering oplevert en de vergunningverlener terecht aan de vergunning de voorwaarde had verbonden dat het raam moest worden voorzien van ondoorzichtig glas. Daarmee is de strijdigheid met artikel 5:50 BW in zoverre opgeheven.²¹

In het kader van de schending van artikel 5:50 BW als evidente privaatrechtelijke belemmering, is het onderscheid tussen rechtstreeks en niet rechtstreeks uitzicht nog van belang. De Afdeling heeft op 18 januari 2012²² overwogen dat uit de bewoordingen van artikel 5:50 lid 1 jo. lid 3 BW niet zonder meer kan worden afgeleid dat, naast het rechtstreeks uitzicht, ook uitzicht dat niet rechtstreeks is, dient te worden begrepen onder het verbod van artikel 5:50 BW. Dat betekent dat voor de vaststelling of er sprake is van een evidente privaatrechtelijke belemmering niet alleen de afstand relevant is, maar ook de vraag of er sprake is

van rechtstreeks uitzicht. Om vast te stellen of er sprake was van een rechtstreeks uitzicht, ging de Rechtbank Amsterdam in de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van 2 juni 2015 dan ook maar zelf kijken of er sprake was van een rechtstreeks uitzicht.²³

De Rechtbank Amsterdam gaat overigens in het kader van de bewijslast in haar uitspraak van 15 november 2013 nog een stap verder door nader onderzoek te verrichten naar de vraag of schending van artikel 5:50 lid 1 BW een evidente privaatrechtelijke belemmering betreft, waarbij overigens – mijns inziens ten onrechte – deels een belangenafweging plaatsvindt.²⁴ De rechtbank overweegt dat het *‘niet uitgesloten is dat sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 5:50, eerste lid, van het BW’*. Dat is een soepelere benadering dan het aannemelijk maken van een evidente privaatrechtelijke belemmering.

Soms is er ook een geheel andere reden waarom een civiel vonnis uiteindelijk geen soelaas biedt. Zo heeft een bestuursorgaan publiekrechtelijke bevoegdheden die een door de civiele rechter vastgestelde evidente belemmering

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.

teniet kunnen doen. Een voorbeeld betreft de uitspraak van de Afdeling van 15 oktober 2014 waarin de Afdeling overweegt:

*“De raad heeft ter zitting te kennen gegeven dat, indien de burgerlijke rechter zou oordelen dat appellant sub 1 en anderen en appellant sub 2 en anderen door verjaring eigenaar dan wel anderszins rechthebbende zijn geworden van gronden in het plangebied, de gemeente over zal gaan tot een onteigeningsprocedure teneinde het bestemmingsplan uit te voeren. Reeds hierom bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat het bestemmingsplan vanwege de door appellant sub 1 en anderen en appellant sub 2 en anderen gestelde evidente privaatrechtelijke belemmering niet uitvoerbaar is.”*²⁵

III.2 De privaatrechtelijke belemmering

Zoals uit het criterium blijkt moet het gaan om een privaatrechtelijke belemmering. Vaak gaat het om belemmeringen op grond van het burennrecht, veelal titel 4 en 5 van Boek 5 BW, zakelijke rechten of huur en/of eigendomsgeschillen. Volledigheidshalve merk ik op dat het soms voorkomt dat het om meer bijzondere privaatrechtelijke belemmeringen gaat die in de weg zouden staan aan vergunningverlening.

18 Bij de totstandkoming van artikel 5:50 BW is vanuit het parlement de vraag gesteld of de wettelijke maatstaf niet zou moeten worden versoepeld, bijv. in die zin dat onrechtmatigheid pas ontstaat indien de rechter daartoe heeft besloten na een redelijke afweging van de belangen van eigenaar en buur. De regering heeft dit uitdrukkelijk van de hand gewezen en daarbij het argument gebruikt dat een beroep op misbruik van bevoegdheid uitkomst biedt wanneer, in een enkel geval, de regeling als absurd of bijzonder knellend mocht worden aangevoeld, *NJ* 2003, 507. Uit de geschiedenis kan worden afgeleid dat dit uitgangspunt niet alleen voor lid 1 geldt, maar ook voor lid 4 BW.

19 P.C. Es, *Toepassingen van de moderne actio negatoria*, 2005, p. 245.

20 ABRvS 5 maart 2014, 201301595/1/A1, ABRvS 6 december 2006, zaaknummers 200604465/1 en 200604465/2 en ABRvS 14 november 2007, zaaknummer 200608551/1 bij artikel 5:42 BW.

21 ABRvS 16 september 2009, zaaknummer 200901450/1/H1 en ABRvS 27 november 2013, zaaknummer 201211044/1/A1.

22 ABRvS 18 januari 2012, zaaknummer 201104237/1/H1 en ABRvS 27 december 2012, zaaknummer 201204364/1/A1; Zie voor het civiele arrest: Gerechtshof Amsterdam 2 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN0268.

23 ABRvS 2 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3605.

24 Rb. Amsterdam 15 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7597.

25 ABRvS 15 oktober 2014, zaaknummer 201401222/1/R6.

Zo overwoog de voorzieningenrechter in 2007²⁶ dat geen privaatrechtelijke belemmering gelegen was in de stelling van verzoekster dat de architect van het appartementencomplex zich beroept op zijn auteursrecht en niet akkoord is met het bouwplan. Mede gelet op het feit dat de betreffende architect niet in bezwaar is opgekomen tegen het besluit, staat voornamelijk niet vast dat hij zich met succes op zijn auteursrecht kan beroepen. Tot een inhoudelijk oordeel komt het dus niet. Ook het feit dat een architect ten onrechte in het kader van de vergunningverlening niet is geconsulteerd en eveneens bezwaren heeft tegen de dakopbouw, kan niet leiden tot het oordeel dat verder niet in redelijkheid de ontheffing heeft kunnen verlenen. Voor het bestuursorgaan bestaat geen rechtsplicht bij de beoordeling van het verzoek om een ontheffing de oorspronkelijke architect van het in geding zijnde bouwwerk te raadplegen, evenmin is sprake van een evidente privaatrechtelijke belemmering.²⁷ Deze uitspraken illustreren dat privaatrechtelijke belemmeringen van velerlei aard kunnen zijn.

III.3 Evidente karakter

In de praktijk spitst de discussie zich al snel toe op de vraag of de privaatrechtelijke belemmering ook een evident karakter heeft. Duidelijk is dus dat er geen twijfel mag bestaan over het al dan niet bestaan van de belemmering. In de uitspraak van 12 februari 2014 overwoog de Afdeling bijvoorbeeld dat *'Reeds omdat verschil van mening bestaat omtrent de vraag hoe de muur van stenen van gewolkt glas moet worden beoordeeld in het licht van artikel 5:50, eerste lid, van het BW, betreft het geen privaatrechtelijke belemmering met een evident karakter'*.²⁸ Eerder kwam de bewijslast al ter sprake. Degene die zich beroept op de privaatrechtelijke belemmering zal het evidente karakter dus niet snel aantonen indien tussen partijen een meningsverschil bestaat over de belemmering. Ook heeft de hoogste bestuursrechter al diverse keren bevestigd dat het niet op de weg van het bestuursorgaan ligt om onderzoek te doen naar het bestaan van een erfdiensbaarheid. Daarbij dient wel opgemerkt te worden dat het bestuursorgaan zich wel rekenschap moet geven van erfdiensbaarheden die uit de openbare registers blijken. Zo oordeelde de Afdeling op 22 januari 2016:

“Uit de openbare registers is gebleken dat ter plaatse een erfdiensbaarheid van weg is gevestigd om te komen en te gaan van en naar de Dorpsstraat. Dit feit is naar het oordeel van de Afdeling van belang voor de beoordeling of de in artikel 2.3.1.2, zesde lid, van de APV vermelde weigeringsgrond dat het terras een gevaar oplevert voor de bruikbaarheid van de weg, moet worden ingeroepen. Een geschil over de vraag of en in hoeverre deze erfdiensbaarheid nog geldend is, behoort, zoals appellanten terecht betogen, niet in de onderhavige procedure, maar in een civielrechtelij-

ke procedure te worden beslecht. De burgemeester diende in zijn besluitvorming te betrekken datgene wat uit de openbare registers bleek. Verder onderzoek naar dan wel beslechting van geschillen daaromtrent lag daarentegen niet op zijn weg. De rechtbank heeft dit niet onderkend.”

Het enkele feit dat uit de openbare registers een erfdiensbaarheid blijkt, is dus nog allerm minst reden om te spreken van een evidente privaatrechtelijke belemmering. Indien de erfdiensbaarheid echter concreet is beschreven, dan zal een de bestuursrechter eerder op basis van de akte een belemmering aannemen dan wanneer er slechts in meer algemene bewoordingen een erfdiensbaarheid is gevestigd.²⁹ Enigszins opmerkelijk is de uitspraak waarin de Afdeling overweegt dat het bestuursorgaan in redelijkheid een vrijstelling kon verlenen terwijl het bouwwerk deels gerealiseerd wordt op de locatie waarvoor een (niet ter discussie staand) recht van overpad is verleend. Nu er echter nog voldoende ruimte resteert, is er geen sprake van een evidente privaatrechtelijke belemmering.³⁰ Een eventuele intensivering van het gebruik van een erfdiensbaarheid als gevolg van het bouwplan, zal met bewijsstukken onderbouwd moeten worden.³¹ Wanneer een partij zich beroept op een erfdiensbaarheid die door verjaring is ontstaan, dan zal een evidente belemmering (bij betwisting) door de bestuursrechter niet worden aangenomen.³²

Ook het bestaan van huur- of pachtovereenkomsten levert in beginsel geen evidente belemmering op. Immers, zo oordeelde de Afdeling met regelmaat, dergelijke overeenkomsten kunnen worden opgezegd.³³ Indien de burgerlijke rechter echter niet tot ontbinding van de (huur)overeenkomst overgaat, zal er eerder sprake zijn van een evidente belemmering.³⁴ Meer in algemene zin is het enkel bestaan van een contractuele relatie nog niet genoeg om te spreken van een evidente privaatrechtelijke belemmering.³⁵ In de praktijk ook veelal omdat tussen partijen discussie bestaat over de inhoud van die contractuele relatie.³⁶ Juist het ontbreken van een contractuele relatie kan overigens ook een reden zijn om een evidente belemmering aan te nemen. Zo achtte de Rechtbank Gelderland in de uitspraak van 3 februari 2015 dat de gronden waarop de dagrecreatieve agrarische nevenactiviteiten, die van het project deel uitmaken, gedeeltelijk waren voorzien niet in eigendom waren van eiseres en de eigenaar geen medewerking wilde verlenen aan het verwezenlijken van het project, reden om

26 Rb. Haarlem 11 december 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BC3376.

27 Rb. Rotterdam 3 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4071.

28 ABRvS 12 februari 2014, 201302643/1/A1, zie ook ABRvS 27 januari 2016, zaaknummer 201502072/1/R4.

29 Rb. Noord-Holland 21 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1280 en Rb.

Noord-Holland 11 februari 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ1971.

30 ABRvS 4 mei 2010, zaaknummer 200906255/1/H1.

31 ABRvS 19 februari 2016, zaaknummer 201409100/1.

32 ABRvS 21 september 2011, zaaknummer 201100431/1/H1 en ABRvS 27 juli 2011, zaaknummer 201012356/1/H1.

33 Bijvoorbeeld ABRvS 8 april 2015, zaaknummer 201402484/1/R1 en ABRvS 23 december 2015, 201507020/1/R6.

34 ABRvS 23 januari 2013, zaaknummer 201206157/1/A1.

35 ABRvS 27 februari 2013, zaaknummer 201207119/1/T1/A1.

36 ABRvS 27 januari 2016, zaaknummer 201502072/1/R4 en Rb. Amsterdam 18 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9575.

een privaatrechtelijke belemmering aan te nemen. Dat dat in de toekomst mogelijk anders zou kunnen zijn, is volgens de rechtbank niet relevant. Voldaan is immers aan het daarvoor volgens vaste jurisprudentie te hanteren criterium dat zonder nader onderzoek kan worden vastgesteld dat het project is voorzien op grond die aan een ander toebehoort en die ander in de uitvoering daarvan niet berust en hoeft te berusten.³⁷

In het licht van het voorgaande is ook de uitspraak van de Afdeling van 10 februari 2016[NOOT: ABRvS 10 februari 2016, zaaknummer 201502439/1/A1.] illustratief. In die uitspraak betrof het een kettingbeding waarin appellante een privaatrechtelijke belemmering zag. Appellante voert aan dat in een kettingbeding dat de eigenaar van het perceel heeft te dulden is opgenomen dat in de wijk Stadsveld geen vijfde supermarkt mag worden gevestigd. Nu er in de wijk Stadsveld reeds vier supermarkten aanwezig zijn, mag op het perceel geen supermarkt worden geopend. Er was een omgevingsvergunning verleend voor de ontwikkeling van een supermarkt. De Afdeling overweegt vervolgens dat niet kon worden uitgesloten dat de betrokken partijen tot overeenstemming zouden kunnen komen over de vestiging van een supermarkt op het perceel, als gevolg waarvan de gestelde privaatrechtelijke belemmering niet evident is. Dat volgens appellante nergens uit blijkt dat destijds, maar ook thans, een oplossing is of zal worden bereikt, geeft geen aanleiding voor een ander oordeel, omdat dit onverlet laat dat de bedoelde overeenstemming alsnog kan worden bereikt.

Het moeten verwijderen van een mandelige muur om het bouwplan te kunnen uitvoeren, zonder dat toestemming is gegeven door alle eigenaren om tot verwijdering over te gaan, levert wel een evidente privaatrechtelijke belemmering op.³⁸ In het kader van de vaststelling van een bestemmingsplan, maar ook in het kader van omgevingsvergunningen,³⁹ stelt de Afdeling zich op het standpunt dat een privaatrechtelijke belemmering eerst evident is, indien zonder nader onderzoek kan worden vastgesteld dat een ontwikkeling voorzien is op grond die in eigendom aan een ander toebehoort en die ander daarin niet berust en niet hoeft te berusten.⁴⁰

Het feit dat minder daglicht zal toetreden of dat er sprake is van aantasting van privacy is in de regel geen reden om aan te nemen dat er sprake is van een evidente privaatrechtelijke belemmering. In de praktijk wordt met regelmaat een beroep gedaan op artikel 5:37 BW (verbod veroorzaken van hinder).⁴¹ Mijns inziens is er echter een wezenlijk verschil tussen een beroep op een open norm als bedoeld in artikel

5:37 BW en de eerder aangehaalde concrete norm van bijvoorbeeld artikel 5:50 BW of artikel 5:42 BW. In het kader van artikel 5:37 BW zal er immers per definitie een afweging van belangen moeten plaatsvinden. Een dergelijke afweging van belangen is in beginsel voorbehouden aan de burgerlijke rechter. Ten aanzien van artikel 5:50 BW ligt dat wat mij betreft anders: immers heeft de wetgever in dat soort zaken een concrete norm vastgelegd wat betreft de vraag wat toelaatbaar is en wat niet. De wetgever heeft reeds een belangenafweging gemaakt als gevolg waarvan de bestuursrechter wel kan toetsen aan artikel 5:50 BW. Een evidente privaatrechtelijke belemmering kan in die gevallen – in tegenstelling tot een beroep op artikel 5:37 BW – objectief worden vastgesteld en dus ook door de bestuursrechter worden vastgesteld.

In het kader van schending van artikel 5:50 en 5:37 BW is de uitspraak van de Afdeling van 30 december 2015 interessant.⁴² De Afdeling constateert in die casus dat het voorziene balkon op de eerste verdieping van de nieuwbouw zich binnen twee meter van de erfgrans van het perceel van appellant bevindt en rechtstreeks uitzicht geeft op de tuin van appellant. Echter, heeft de raad ter zitting te kennen gegeven dat een privacy-schermbord zal worden aangebracht. Hieruit blijkt dat een uitvoering van het plan mogelijk is waarbij zich geen strijd met artikel 5:50 van het BW voordoet, en gelet hierop is van een evidente belemmering waarvan op voorhand in redelijkheid moet worden aangenomen dat die aan de verwezenlijking van het plan binnen de planperiode in de weg staat in zoverre dan ook geen sprake. Dat oordeel lijkt mij juist, nu in artikel 5:50 BW immers is bepaald dat de afstand van twee meter slechts in acht moet worden genomen voor zover het balkon uitzicht geeft op het erf. Overigens ontstond er vervolgens een ander privaatrechtelijke probleem: de gronden waarop het privacy-schermbord moest worden opgericht, waren namelijk niet in eigendom bij de gemeente waardoor het betoog van appellant toch, zij het op andere gronden, slaagde.⁴³ De bestuursrechter toetst hier terecht zelfstandig aan het bepaalde in artikel 5:50 BW. In een dergelijk geval ligt een verwijzing naar de burgerlijke rechter niet voor de hand. Dat ligt anders indien er discussie bestaat over de vraag of er rechtstreeks uitzicht bestaat op het erf, nu dat een voorwaarde is om met succes een beroep te doen op artikel 5:50 BW.

37 Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 februari 2013, zaaknummer 201113059/1/A1 en ABRvS 28 augustus 2013, zaaknummer 201300301/1/A1.

38 ABRvS 27 juli 2011, zaaknummer 201009516/1/H1.

39 Rb. Gelderland 3 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:527.

40 Onder andere ABRvS van 14 juli 2010, zaaknummer 200903222/1/R3, ABRvS 13 augustus 2014, zaaknummer 201305375/1/R4 en ABRvS 10 februari 2016, zaaknummer 201503236/1/A1.

41 ABRvS 22 april 2015, zaaknummers 201501897/1/A1 en 201501897/2/A1 en ABRvS 12 maart 2014, zaaknummer 201300591/1/A1.

42 ABRvS 30 december 2015, zaaknummer 201502223/1/R4.

43 Zie ook bijvoorbeeld ABRvS 39 mei 2013, zaaknummer 201208428/1/R4: 'Vast staat dat de zijramen van de uitbouw die het plan mogelijk maakt zich binnen twee meter van de tuin van [appellant] bevinden en rechtstreeks uitzicht geven op die tuin en in het appartement van [appellant]. In het schetsontwerp van 9 maart 2012 zijn deze ramen voorzien van ondoorzichtig glas. Hieruit blijkt dat een uitvoering van het plan mogelijk is waarbij zich geen strijd met artikel 5:50 van het BW voordoet, en gelet hierop is van een evidente belemmering waarvan op voorhand in redelijkheid moet worden aangenomen dat die aan de verwezenlijking van het plan binnen de planperiode in de weg staat in zoverre dan ook geen sprake.'

IV. Conclusie

Hoe evident is een evident privaatrechtelijke belemmering? De belemmering is vaak pas evident op het moment dat de burgerlijke rechter de belemmering (in de bestuursrechtelijke context) heeft vastgesteld dan wel er sprake is van strijdigheid met een geobjectiveerde norm uit het burendrecht of eigendomsrecht. Een civiel vonnis zal dus vaak een sterk aanknopingspunt bieden om een evident privaatrechtelijke belemmering in de bestuursrechtelijke procedure aan te nemen, zeker wanneer er sprake is van een concreet vonnis tegen de bestuursrechtelijke achtergrond. Desondanks zal de belemmering door de bestuursrechter in de bestuursrechtelijke context geplaatst moeten worden wat betreft het evidente karakter. Het enkele feit dat er sprake is van een (evidente) privaatrechtelijke belemmering in privaatrechtelijke context, impliceert – ondanks de sterke aanwijzing – niet per definitie ook een (evidente) privaatrechtelijke belemmering in publiekrechtelijke context. Feit is dat het civiele recht en bestuursrecht in dit soort gevallen met elkaar kunnen conflicteren, dit terwijl enkel het bestuursrecht – ondanks verwoede pogingen van de wetgever voor een eenvoudiger en efficiënter bestuursrecht – al gecompliceerd genoeg is.

**Over de auteur**

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



Bestel nu het gratis tijdschrift over erven, schenken en nalaten



Voor Nu en Later

Bestel nu gratis exemplaren die u kunt verstrekken aan uw klant of ter inzage in uw wachtkamer kunt leggen. U kunt maximaal 10 exemplaren bestellen, zolang de voorraad strekt!

Gebruik kortingscode "vnelactiegratis2016" om uw gratis exemplaren te ontvangen.

Het tijdschrift Voor Nu en Later is erop gericht de consument te informeren over wat er allemaal komt kijken bij een goede afwikkeling van de eigen nalatenschap. De artikelen zijn voorzien van een kader met praktische tips voor de consument.

Neem alvast een kijkje in het tijdschrift op www.sduvoornuelater.nl

Bestel direct op sdu.nl/voornuelater

Sdu

oprecht
de beste
keuze