

University of Groningen

Case note: ECLI:NL:HR:2021:1815

Verstijlen, F. M. J.

Published in:
 Nederlandse Jurisprudentie

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2021

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Verstijlen, F. M. J. (2021). Case note: ECLI:NL:HR:2021:1815. NJ 2022/194. Casenote over: Hoge Raad, 03/12/2021, 20/01351, ECLI:NL:HR:2021:1815 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2022(25), 3533-3535.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

is afgetrokken en de koper door het door hem aan zijn makelaar verschuldigde bedrag op de notariële kwaliteitsrekening bij te (doen) schrijven. Men zou daartegen als argument kunnen aanvoeren dat een direct verband ontbreekt met de rechtshandeling levering. Het geldbedrag dat de koper op de kwaliteitsrekening bijschrijft, om mij tot deze te beperken, wordt op de kwaliteitsrekening bijgeschreven in verband met de, van de levering te onderscheiden, overeenkomst van verkoop en koop. Dat argument acht ik niet zonder meer overtuigend.

Het honorarium voor de notaris houdt wel rechtstreeks verband met de akte van levering. Wordt dit bijgeschreven op de kwaliteitsrekening, dan wordt de notaris ook deelgenoot in het saldo van de kwaliteitsrekening.

7. Onder meer in WPNR 2022/7368 is aan de hier besproken prejudiciële beslissing aandacht besteed.

S. Perrick

NJ 2022/194

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

3 december 2021, nr. 20/01351

(Mrs. C.A. Streefkerk, A.E.B. ter Heide, G.C. Makink; A-G mr. E.B. Rank-Berenschot)
m.nt. F.M.J. Verstijlen

Art. 5:1; 5:74 BW

NJB 2021/3265

S&S 2022/12

RvdW 2021/1178

ECLI:NL:PHR:2021:356

ECLI:NL:HR:2021:1815

Openbaar vaarwater; publieke bestemming; duldplicht eigenaar; maatstaf. Erfdienstbaarheid; verzwaring?

Voor de beantwoording van de vraag of een water openbaar is, is het feitelijke gebruik van het water bepalend. Indien daaruit blijkt dat een ieder van het water gebruik kan maken, is het water openbaar. Openbare wateren die met enige duurzaamheid en frequentie voor het economisch vervoer van goederen en personen worden gebruikt, zijn openbare vaarwateren (HR 12 juni 1951, NJ 1951/616). Ook het antwoord op de vraag welk gebruik de eigenaar van openbaar vaarwater moet dulden als 'normaal gebruik', is afhankelijk van het feitelijke gebruik en de overige omstandigheden, met dien verstande dat daaronder in elk geval valt het gewone verkeer en het gebruik dat daarmee in zodanig verband staat dat het geacht moet worden daarvan deel uit te maken (vgl. HR 18 juni 1965, NJ 1966/474, m.nt. J.H. Beekhuis, HR 22 juni 1973, NJ 1973/503, m.nt. K. Wiersma en HR 5 juni 1992, NJ 1992/539). De regeling in de Wegenwet

voor openbare wegen is niet van overeenkomstige toepassing op waterwegen.

Nu op het noordelijke deel van de haven geen erfdienstbaarheid rust, kan de eigenaar ervan zich niet op grond van verzwaring van een op dat deel van de haven rustende erfdienstbaarheid verzetten tegen de intensivering van het gebruik van het noordelijke deel van de haven. De omstandigheid dat (ook het noordelijke deel van) de haven openbaar vaarwater is en dat als gewoon gebruik moet worden aangemerkt het gebruik door aankomende en vertrekkende binnenschepen die in de overnachtingshaven verblijven, betekent dat de eigenaar ervan dat gebruik heeft te dulden, ook indien de intensiteit daarvan toeneemt door een wijziging van de inrichting van de overnachtingshaven indien en voor zover die wijziging binnen de aan de Staat op grond van de erfdienstbaarheid toekomende bevoegdheid valt.

Staat der Nederlanden (Ministerie van Infrastructuur en Milieu), te Den Haag, eiser tot cassatie, verweerder in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep, adv.: mr. M.W. Scheltema, tegen

Kerkewaard B.V., te Haften, verweerster in cassatie, eiseres in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep, adv.: mrs. J.A.M.A. Sluysmans en N. van Triet.

Hof:

5 Beoordeling

5.1 Kerkewaard verzet zich op grond van haar eigendomsrecht en de overeenkomst tegen de verlenging van de steigers in de overnachtingshaven. Volgens Kerkewaard zal die verlenging leiden tot intensiever gebruik van het noordelijke deel van de haven, met als gevolg dat Kerkewaard aanmerkelijk zal worden belemmerd in haar gebruik van het noordelijke deel. De rechtbank heeft het verweer van de Staat gevolgd dat de haven moet worden gezien als openbaar vaarwater en dat Kerkewaard daarom moet dulden dat schepen die afmeren in de overnachtingshaven door het noordelijke deel varen, ook al neemt het gebruik van dat deel toe na de verlenging van de steigers. Tegen dit oordeel van de rechtbank zijn de eerste drie grieven van Kerkewaard gericht. Grief I heeft betrekking op het oordeel van de rechtbank dat de haven openbaar vaarwater is. Grief II is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat het verblijf in de overnachtingshaven moet worden beschouwd als gewoon verkeer, dat een eigenaar van een openbaar vaarwater moet dulden. Grief III komt op tegen het oordeel van de rechtbank dat Kerkewaard moet dulden dat als gevolg van de verlenging van de steigers vaker een overschrijding van de scheidingslijn noodzakelijk zal zijn.

5.2 De Staat heeft als primair verweer aangevoerd dat uit artikel 5:20, eerste lid sub d BW volgt dat Kerkewaard niet de eigenares is van het water in de haven, nu dat water in open gemeenschap staat met de toegangsgeul en de Waal, die eigendom zijn

van de Staat. Het gaat in dit verband echter niet om de eigendom van het water als zodanig, maar om de gebruiksbevoegdheid van Kerkewaard als eigenares van de grond onder de haven, op grond van artikel 5:21, eerste lid BW.

Moet de haven worden aangemerkt als openbaar vaarwater?

5.3 Zoals de rechtbank heeft overwogen, kan uit de wetsgeschiedenis van artikel 5:33 BW worden opgemaakt dat onder openbaar water moet worden verstaan, “*ieder water dat voor enig gebruik openstaat voor het publiek*” (Parlementaire geschiedenis boek 5 BW, p. 166). Openbaar water is in de wetsgeschiedenis onderverdeeld in drie categorieën, waarvan in dit geschil alleen de eerste categorie van belang is: bevaarbare stromen als bedoeld in artikel 577 BW (oud), door de Hoge Raad in zijn arrest van 12 juni 1951 (NJ 1951, 616) omschreven als stromen “(*...*) *die met enige duurzaamheid en frequentie voor het economisch verkeer van goederen en personen worden gebezigd*”. Openbaar vaarwater is (openbaar) water dat specifiek openstaat voor gebruik als vaarwater (Parlementaire geschiedenis boek 5 BW, p. 138/140).

5.4 Er bestaat geen wet die de instelling van openbare (vaar)wateren regelt. Bij gebreke van een wettelijke regeling kan uit de bestemming die de rechthebbende aan een water heeft gegeven, worden afgeleid of het openbaar (vaar)water is (vgl. het arrest van de Hoge Raad 5 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI5786). Daarnaast kan het openbare karakter van een vaarwater worden afgeleid uit het feitelijk gebruik (vgl. het arrest van de Hoge Raad van 12 juni 1951 (NJ 1951, 616)). De publieke bestemming van een openbaar vaarwater brengt mee dat de eigenaar moet dulden dat het gewone verkeer van dit vaarwater gebruik maakt (vgl. het arrest van de Hoge Raad van 22 juni 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5347). Het gaat hier om een eigenstandig juridisch kader voor openbaar vaarwater, waardoor het hof voorbij gaat aan de analogie die Kerkewaard heeft getrokken met de wettelijke regeling voor de openbare weg.

5.5 Tussen partijen is niet in geschil dat het gebruik van de overnachtingshaven enkel openstaat voor schippers die zich met beroepsvaart bezighouden. De beroepsvaart op de Waal moet zich houden aan de maximale vaar- en rusttijden uit de Binnenvaartwet. Daartoe zijn langs de Waal overnachtingshavens ingericht, waarvan de overnachtingshaven er één is. Aferen op de Waal zelf is niet toegestaan. Schippers zijn dus als onderdeel van hun vervoersactiviteit op de Waal verplicht om op gezette tijden van de overnachtingshavens gebruik te maken. Daarmee staat het gebruik van de overnachtingshavens in zodanig verband met de beroepsvaart op de Waal dat het geacht moet worden daarvan deel uit te maken (vgl. het arrest van de Hoge Raad van 22 juni 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5347). De beroepsvaart op de Waal behoort ontegenzeggelijk tot het gewone economische verkeer. Het gebruik van de

overnachtingshavens maakt dus deel uit van het gewone economisch verkeer op de Waal. Verder staat vast dat (in de terminologie van het arrest van de Hoge Raad van 12 juni 1951) “*met enige duurzaamheid en frequentie*” van de overnachtingshavens gebruik wordt gemaakt. In het verlengde van de Waal moeten dus ook de overnachtingshavens als openbaar vaarwater worden aangemerkt.

5.6 Door het zuidelijke deel met de erfdienstbaarheid open te stellen voor de vestiging van de overnachtingshaven, heeft Kerkewaard het zuidelijke deel een bestemming als openbaar vaarwater gegeven. Ten aanzien van het noordelijke deel heeft Kerkewaard geen bestemmingshandeling verricht. Voor zover het noordelijke deel wordt gebruikt om te kunnen aferen in de overnachtingshaven, staat dat gebruik echter in onlosmakelijk verband met het gebruik van de overnachtingshaven, en daarmee met het gewone economische verkeer op de Waal. Tussen partijen staat vast dat reeds vóór plaatsing van de meerpalen een niet onaanzienlijk deel van de schepen die gebruik maken van de overnachtingshaven, door het noordelijke deel voer (vgl. productie 16 van de Staat in eerste aanleg, waaruit blijkt dat in een meetperiode van tien weken in 2017 de scheidingslijn werd overschreden door 38% van de schepen die gebruik maakten van de overnachtingshaven). Ook hier gaat het dus om gebruik dat “*met enige duurzaamheid en frequentie*” plaatsvindt. In zoverre moet ook het noordelijke deel van de haven als openbaar vaarwater worden aangemerkt.

5.7 Uit het voorgaande volgt dat het zuidelijke deel, en het noordelijke deel voor zover het wordt gebruikt door schepen die aferen in de overnachtingshaven, moeten worden aangemerkt als openbaar vaarwater en dat het gebruik van beide delen voor overnachting in de overnachtingshaven moet worden aangemerkt als gewoon gebruik van dit openbaar vaarwater dat Kerkewaard als eigenares heeft te dulden. Daarop stuiten grieven I en II van Kerkewaard af.

Kan Kerkewaard zich verzetten tegen verlenging van de steigers?

5.8 Met grief III betoogt Kerkewaard dat zij zich kan verzetten tegen de verlenging van de steigers met de meerpalen. Bij de beoordeling van deze grief neemt het hof tot uitgangspunt de conclusie van Arcadis dat als gevolg van de verlenging van de steigers zowel het aantal overschrijdingen van de scheidingslijn als de mate van overschrijding aanzienlijk zullen toenemen (vgl. p. 11 van het rapport van Arcadis, overgelegd door Kerkewaard als productie 1 bij memorie van grieven). De Staat heeft deze conclusie niet bestreden.

5.9 Kerkewaard kan zich niet verzetten tegen een gebruik van haar eigendom dat valt binnen de erfdienstbaarheid. De erfdienstbaarheid heeft echter uitsluitend betrekking op het zuidelijke deel. In de overeenkomst is niets geregeld over het gebruik van het noordelijke deel. De Staat heeft aangevoerd dat uit de redelijkheid en billijkheid, de plaatselijke

gewoonte en de wijze van uitoefening van de erf dienstbaarheid voortvloeit dat schepen die de overnachtingshavens willen bereiken, ook het noordelijke deel mogen gebruiken. Het hof volgt de Staat in dit verweer voor zover het gebruik van het noordelijke deel vóór de plaatsing van de meerpalen noodzakelijk was om de overnachtingshaven te bereiken. Tot dat moment heeft Kerkewaard immers geen bezwaar gemaakt tegen het gebruik van het noordelijke deel om de overnachtingshavens te bereiken, zodat deze wijze van uitoefening beslissend is geworden voor de inhoud van de erf dienstbaarheid (vgl. artikel 5:73, eerste lid BW). De erf dienstbaarheid is zich dus door de wijze van uitoefening in zoverre ook tot het noordelijke deel gaan uitstrekken, voor zover het gebruik van het noordelijke deel vóór de plaatsing van de meerpalen noodzakelijk was om de overnachtingshavens te bereiken.

5.10 Door de verlenging van de steigers met de meerpalen ontstaat echter een nieuwe situatie, waarbij zowel het aantal overschrijdingen van de scheidinglijn als de mate van overschrijding aanzienlijk zullen toenemen. De Staat heeft aangevoerd, met een beroep op het rapport van MARIN (productie 18 van Kerkewaard in eerste aanleg), dat in deze nieuwe situatie reële gebruiksmogelijkheden van het noordelijke deel voor Kerkewaard overblijven. MARIN heeft geconstateerd dat de verlenging van de steigers niet zorgt voor een beperking van de gebruiksmogelijkheden van de laad- en loskade aan de noordzijde van de haven. Die laad- en loskade behoort echter niet tot het noordelijke deel, maar tot het gedeelte van het perceel dat aan [A] is overgedragen. Voor Kerkewaard zijn de gebruiksmogelijkheden van het noordelijke deel van belang. Uit het rapport van Arcadis komt naar voren dat als gevolg van de verlenging van de steigers met de meerpalen twee mogelijke scenario's voor het gebruik van het noordelijke deel geen doorgang zullen kunnen vinden: de opslag van schepen en de plaatsing van een drijvende voorziening voor het aanmeren van schepen. De Staat heeft aangevoerd dat dit toekomstige scenario's zijn en dat een gerede kans bestaat dat deze scenario's niet gerealiseerd zullen kunnen worden. Volgens de Staat is het namelijk de vraag of de voor deze scenario's benodigde onthefingen en vergunningen verleend zullen worden, aangezien Rijkswaterstaat als nautisch beheerder van de overnachtingshavens niet zal toestaan dat in het noordelijke deel voorzieningen worden aangebracht waardoor schepen die gebruik willen maken van de overnachtingshavens worden gehinderd. Dit kan de Staat echter niet aan Kerkewaard tegenwerpen, voor zover deze hinder zijn oorsprong vindt in de toename van het gebruik van het noordelijke deel als gevolg van de verlenging van de steigers met de meerpalen. Daarbij komt dat Kerkewaard zich tegen een aantasting van haar eigendomsrecht kan verzetten zonder dat op voorhand komt vast te staan welke vormen van exploitatie van haar eigendomsrecht door de aantasting worden belemmerd. Dat zou anders kunnen zijn indien reeds zonder de

verlenging van de steigers met de meerpalen geen enkel zinvol gebruik van het noordelijke deel meer mogelijk zou zijn. In dat geval zou Kerkewaard zich schuldig kunnen maken aan misbruik van recht, als zij zich op grond van haar eigendomsrecht tegen de verlenging van de steigers zou verzetten. Dat heeft de Staat echter niet aangevoerd.

5.11 Het hof gaat er op grond van het voorgaande vanuit dat de verlenging van de steigers met de meerpalen zal leiden tot een verzwarende van de erf dienstbaarheid rustend op het noordelijke deel. In beginsel hoeft de eigenaar van een dienend erf geen verzwarende van de erf dienstbaarheid te dulden, voor zover uit de akte van vestiging of uit de kennelijke functie van het heersende erf niet het tegendeel voortvloeit (vgl. het arrest van de Hoge Raad van 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2270). In het onderhavige geval is in de overeenkomst niets geregeld over het gebruik van het noordelijke deel, zodat uit de overeenkomst niet kan voortvloeien dat Kerkewaard met deze verzwarende van de erf dienstbaarheid heeft ingestemd. De Staat heeft aangevoerd dat op grond van het Rijnvaartpolitie reglement 1995 schepen met een lengte tot 135 meter sinds 1998 van de overnachtingshavens gebruik mogen maken. Voor zover de Staat daarmee heeft bedoeld dat de kennelijke functie van de overnachtingshavens meebrengt dat Kerkewaard met een verlenging van de steigers moet instemmen, gaat dat verweer eraan voorbij dat deze schepen al sinds lange tijd van de overnachtingshavens gebruik maken zonder de extra meerpalen. Voor het functioneren van de overnachtingshavens zijn de meerpalen dus kennelijk niet noodzakelijk, zodat ook uit de kennelijke functie van de overnachtingshavens niet voortvloeit dat Kerkewaard deze verzwarende van de erf dienstbaarheid moet dulden.

5.12 Het voorgaande leidt tot de slotsom dat Kerkewaard zich op grond van haar eigendomsrecht tegen de verlenging van de steigers met de meerpalen kan verzetten, vanwege de intensivering van het gebruik van het noordelijke deel die het gevolg is van deze verlenging. Hier doet de eerdere vaststelling dat het noordelijke deel als openbaar vaarwater moet worden aangemerkt niet aan af. Die vaststelling is immers gebaseerd op het feitelijk gebruik van het noordelijke deel vóór de plaatsing van de meerpalen. De duldplicht van Kerkewaard is daarmee beperkt tot dat feitelijke gebruik, en gaat niet zover dat Kerkewaard ook de intensivering van het gebruik van het noordelijke deel als gevolg van de plaatsing van de meerpalen moet dulden. De Staat heeft nog een beroep gedaan op de (formele rechtskracht van de) omgevingsvergunning voor de plaatsing van de meerpalen. Deze staat er echter niet aan in de weg dat Kerkewaard zich in een procedure bij de burgerlijke rechter op haar eigendomsrecht beroept. Grief III van Kerkewaard slaagt dus.

De vrije doorvaart naar het noordelijke deel

5.13 Grief IV van Kerkewaard is gericht tegen rov. 4.7 van het bestreden vonnis, voor zover de rechtbank daarin overweegt dat niet is gebleken dat de vrije doorvaart van en naar het noordelijke deel van de haven door de verlenging van de steigers zal worden belemmerd. Bij de bespreking van deze grief heeft Kerkewaard geen belang meer, nu reeds naar aanleiding van de derde grief is geoordeeld dat Kerkewaard zich op grond van haar eigendomsrecht tegen de verlenging van de steigers kan verzetten.

Nakoming van het vonnis van 27 november 1996

5.14 Grief V heeft betrekking op de nakoming van het vonnis van 27 november 1996. In dat vonnis heeft de rechtbank de Staat veroordeeld om maatregelen te treffen om te bereiken dat (beroeps)schippers gedurende werkdagen overdag niet in de overnachtingshavens blijven liggen. Daarbij is de rechtbank ervan uitgegaan dat artikel 1 van de overeenkomst zich verzet tegen het gebruik van de overnachtingshavens overdag, na de Staat te hebben toegelaten tot het bewijs dat partijen zijn overeengekomen dat schippers een aantal dagen in de overnachtingshavens mogen blijven liggen. In dat bewijs is de Staat niet geslaagd, zo heeft de rechtbank in een tussenvonnis van 24 februari 1993 vastgesteld. De veroordeling in het vonnis van 27 november 1996 is uitvoerbaar bij voorraad.

5.15 In het bestreden vonnis heeft de rechtbank geweigerd een dwangsom te verbinden aan de nakoming van het vonnis van 27 november 1996 op grond van de overweging dat Kerkewaard de Staat in december 2016 heeft medegedeeld geen nakoming van het vonnis te verlangen. De daartegen gerichte grief van Kerkewaard slaagt. Het feit dat Kerkewaard in december 2016 geen nakoming van het vonnis verlangde, belet haar niet om in dit geding alsnog het opleggen van een dwangsom te vorderen, zeker nadat een minnelijke oplossing niet mogelijk is gebleken en de Staat niet vrijwillig aan het vonnis voldoet.

5.16 Hier doet niet aan af wat de Staat overigens heeft aangevoerd in verband met deze grief. Het verweer dat uit artikel 14.11, eerste lid onder g van het Rijnvaartpolitiereglement 1995 volgt dat schippers maximaal 3 x 24 uur in de overnachtingshavens mogen liggen, en dat deze bepaling zich ertegen verzet dat Kerkewaard haar rechten uit het vonnis van 27 november 1996 op dit punt uitoefent, mist de strekking van deze bepaling. Deze bepaling stelt een maximum aan de tijd dat schepen in de overnachtingshavens mogen liggen. Uit deze bepaling volgt niet dat schepen 3 x 24 uur in de overnachtingshavens moeten kunnen liggen. De door de Rechtbank Den Haag in het vonnis van 27 november 1996 uitgesproken veroordeling is dus niet in strijd met het Rijnvaartpolitiereglement. Daarbij komt dat als de Staat meent dat het vonnis van 27 november 1996 in strijd is met het Rijnvaartpolitiereglement, hij dat in een rechtsmiddel gericht tegen dat vonnis

aan de orde moet stellen. Dat heeft de Staat nagelaten, zodat in deze procedure het vonnis van 27 november 1996 als uitgangspunt geldt. Hierop stuit ook het verweer van de Staat af dat het publiek belang vergt dat schippers 3 x 24 uur in de overnachtingshavens moeten kunnen blijven liggen. Daarnaast valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien waarom het publiek belang een lichtijd van 3 x 24 uur zou vergen. Verder heeft de Staat aangevoerd dat Kerkewaard geen belang heeft bij de nakoming van deze veroordeling, omdat zij er geen enkel nadeel van ondervindt als schippers 3 x 24 uur in de overnachtingshavens blijven liggen. Dat verweer faalt eveneens. De rechtbank heeft het belang van Kerkewaard bij de nakoming van artikel 1 van de overeenkomst reeds in aanmerking genomen in een eerder tussenvonnis van 16 oktober 1991 dat aan het vonnis van 27 november 1996 vooraf is gegaan. Daarin overweegt de rechtbank dat Kerkewaard voldoende belang heeft bij de nakoming van deze verplichting, omdat zonder nakoming de overnachtingshavens veel drukker en voller is dan Kerkewaard mocht verwachten en daardoor de privacy en de rust in de haven en het aanliggende industrieterrein in vergaande mate wordt aangetast en de waarde van het terrein devalueert (vgl. rov. 10.5 van het tussenvonnis). De Staat heeft niet aangevoerd dat deze overweging op een kennelijke misslag berust of dat zich nieuwe feiten hebben voorgedaan waardoor nu anders over het belang bij de nakoming van deze verplichting moet worden geoordeeld. Ten slotte faalt ook het verweer van de Staat dat Kerkewaard haar rechten heeft verwerkt door de aanwezigheid van het bord met de tekst "lichtijd maximaal 3 x 24 uur" te dulden. Voor rechtsverwerking is meer nodig dan het enkele dulden van de aanwezigheid van dit bord gedurende een zekere periode.

Kostenveroordeling

5.17 Grief VI heeft betrekking op de kostenveroordeling. Ook deze grief slaagt.

Nu Kerkewaard in conventie overwegend in het gelijk wordt gesteld, dient de Staat alsnog in de proceskosten in conventie te worden veroordeeld, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep.

5.18 Omdat het hof een dwangsom zal verbinden aan de nakoming van het vonnis van 27 november 1996, moet de voorwaardelijke reconventionele vordering van de Staat worden beoordeeld. De Staat vordert om voor recht te verklaren dat artikel 1 van de overeenkomst zo komt te luiden dat schepen gedurende maximaal drie opeenvolgende dagen in de overnachtingshavens mogen blijven liggen, zoals vastgelegd in artikel 14.11 van het Rijnvaartpolitiereglement 1995. Deze vordering stuit af op hetgeen het hof hiervoor in 5.16 heeft overwogen omtrent de strekking van genoemd artikel 14.11. Het hof zal de Staat als de in het ongelijk gestelde partij voordelen in de proceskosten in reconventie. Het hof zal bepalen dat de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW verschuldigd is als de proceskosten niet

tijdig worden voldaan. Voor een veroordeling tot betaling van de wettelijke handelsrente zoals gevorderd door Kerkewaard bestaat geen wettelijke grondslag.

Conclusie

5.19 Het voorgaande betekent dat het hof de vorderingen van Kerkewaard genoemd in 3.1 onder (i) tot en met (iv), (vi) en (vii) zal afwijzen. Het gevorderde onder (v) zal het hof in zoverre toewijzen, dat het de Staat zal bevelen de verlenging van de steigers met de meerpalen ongedaan te maken. Van deze verlenging is vastgesteld dat zij leidt tot een significante toename van het gebruik van het noordelijke deel van de haven. Het is niet komen vast te staan dat dat voor iedere verlenging van de steigers geldt, zodat een verbod zoals door Kerkewaard gevorderd te ver gaat. Kerkewaard heeft geen termijn genoemd waarbinnen de verlenging van de steigers ongedaan zou moeten worden gemaakt. Het hof zal daarvoor een termijn van vier maanden na de datum van dit arrest opnemen. Hoewel de rechter in het algemeen geen dwangsommen verbindt aan geof verboden die de rechter tot de Staat richt vanuit de gedachte, dat de Staat gevolg geeft aan rechterlijke uitspraken, zal het hof in dit geval, omdat de Staat het vonnis van 27 november 1996 niet is nagekomen, aan de nakoming van deze veroordeling wel de gevorderde dwangsom verbinden. Verder zal het hof de Staat overeenkomstig het gevorderde onder (viii) veroordelen tot betaling van een dwangsom voor iedere dag waarop de Staat in gebreke blijft met het nemen van de maatregelen vermeld in rov. 24 van het vonnis van 27 november 1996. Ook hier heeft Kerkewaard geen termijn genoemd. Voor deze maatregelen is minder tijd nodig dan voor het ongedaan maken van de verlenging van de steigers. Hier zal het hof een termijn van een maand na de datum van dit arrest opnemen.

6 Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de Rechtbank Den Haag van 28 maart 2018, voor zover de rechtbank daarbij de vorderingen van Kerkewaard genoemd in 3.1 van dit arrest onder (v) en (viii) heeft afgewezen, en Kerkewaard in de proceskosten heeft veroordeeld;
- en in zoverre opnieuw rechtdoende:
 - veroordeelt de Staat om de verlenging van de steigers met de meerpalen binnen vier maanden na de datum van dit arrest ongedaan te maken, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 1.000 per dag voor iedere dag dat de Staat in gebreke blijft met de nakoming van deze veroordeling;
 - bepaalt dat de Staat met ingang van een maand na de datum van dit arrest een dwangsom verbeurt van € 1.000 per dag voor iedere dag dat de Staat in gebreke blijft met de nakoming van de veroordeling tot het nemen van de in rov. 24 van het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 27 november 1996 ver-

melde maatregelen, zoals uitgesproken in dat vonnis;

- veroordeelt de Staat in de proceskosten in conventie in beide instanties, aan de zijde van Kerkewaard in eerste aanleg begroot op € 1.522 en in hoger beroep op € 807 aan verschotten en € 3.222 aan salaris voor de advocaat, alsmede in de proceskosten in reconventie in hoger beroep, aan de zijde van Kerkewaard begroot op € 1.611 aan salaris voor de advocaat, alsmede in de nakosten, aan de zijde van Kerkewaard in conventie en in reconventie begroot op € 246 aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 82 indien niet binnen 14 dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat al deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 82 binnen 14 dagen na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen;
- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de Rechtbank Den Haag van 28 maart 2018 voor het overige;
- verklaart de uitgesproken veroordelingen en de bepaling van de dwangsom uitvoerbaar bij voorraad.

Principaal cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het hof heeft geoordeeld als vermeld in rov. 5.1, 5.4, 5.6–5.12, 5.16–5.19 en 6, zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

Gevolgen openbaarheid vaarwater

1 Het hof heeft in rov. 5.4 overwogen dat er geen wet bestaat die de instelling van openbare (vaar)wateren regelt. Bij gebreke van een wettelijke regeling kan volgens het hof uit de bestemming die de rechthebbende aan een water heeft gegeven, worden afgeleid of het openbaar (vaar)water is (vgl. het arrest van de Hoge Raad 5 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:A15786). Daarnaast kan het openbare karakter van een vaarwater, aldus het hof worden afgeleid uit het feitelijk gebruik (vgl. het arrest van de Hoge Raad van 12 juni 1951 (NJ 1951, 616)).

Het hof heeft vervolgens in rov. 5.6 overwogen dat door het zuidelijke deel met de erfdiensbaarheid open te stellen voor de vestiging van de overnachtingshaven, Kerkewaard het zuidelijke deel een bestemming als openbaar vaarwater heeft gegeven. Ten aanzien van het noordelijke deel heeft Kerkewaard volgens het hof geen bestemmingshandeling verricht. Voor zover het noordelijke deel wordt gebruikt om te kunnen afmeren in de overnachtingshaven, staat dat gebruik echter, aldus het hof, in on-

losmakelijk verband met het gebruik van de overnachtingshaven, en daarmee met het gewone economische verkeer op de Waal. Tussen partijen staat vast dat reeds vóór plaatsing van de meerpalen een niet onaanzienlijk deel van de schepen die gebruik maken van de overnachtingshaven, door het noordelijke deel voer (vgl. productie 16 van de Staat in eerste aanleg, waaruit blijkt dat in een meetperiode van tien weken in 2017 de scheidslijn werd overschreden door 38% van de schepen die gebruik maakten van de overnachtingshaven). Ook hier gaat het dus volgens het hof om gebruik dat 'met enige duurzaamheid en frequentie' plaatsvindt. In zoverre moet ook het noordelijke deel van de haven volgens het hof als openbaar vaarwater worden aangemerkt.

Het hof heeft in aansluiting daarop in rov. 5.7 overwogen dat uit het voorgaande volgt dat het zuidelijke deel, en het noordelijke deel voor zover het wordt gebruikt door schepen die afmeren in de overnachtingshaven, moeten worden aangemerkt als openbaar vaarwater en dat het gebruik van beide delen voor overnachting in de overnachtingshaven moet worden aangemerkt als gewoon gebruik van dit openbaar vaarwater dat Kerkewaard als eigenares heeft te dulden.

Klachten

1.1 De beslissing van het hof in rov. 5.6 en 5.7 is rechteus onjuist. Het hof heeft miskend dat indien (ook het noordelijk deel van) de overnachtingshaven openbaar vaarwater is, al het gebruik daarvan in overeenstemming met de openbare bestemming geoorloofd is. Anders dan het hof heeft overwogen, is daarmee niet alleen het gebruik van het noordelijk deel van de overnachtingshaven om te kunnen afmeren in het zuidelijk deel van de overnachtingshaven geoorloofd, maar ook ander gebruik in overeenstemming met de openbare bestemming, zoals het manoeuvreren in het noordelijk deel van de overnachtingshaven en/of het even stilliggen aan de auto-afzetsteiger.¹

De hierna volgende klacht wordt voorgesteld onder de voorwaarde dat incidenteel cassatieberoep wordt ingesteld waarin tegen de beslissing van het hof dat de overnachtingshaven openbaar vaarwater is, wordt opgekomen en dit gegrond wordt bevonden.

1.2 De beslissing van het hof in rov. 5.6 is rechteus onjuist indien deze aldus moet worden begrepen dat het noordelijk deel van de overnachtingshaven alleen openbaar vaarwater had kunnen worden, indien het gebruik daarvan niet in onlosmakelijk verband zou hebben gestaan met het gebruik als overnachtingshaven van het zuidelijk deel, indien Kerkewaard een daartoe strekkende bestemmingshandeling zou hebben verricht. Het hof heeft in dat geval miskend dat de openbaarheid van het vaarwater in de overnachtingshaven niet zou kunnen ontstaan door bestemming door Kerkewaard, maar,

naar het hof in rov. 5.4 ook als mogelijkheid heeft onderkend, ontstaat door het (feitelijk) gebruik als openbaar vaarwater met enige duurzaamheid en frequentie. Kerkewaard is immers wel eigenaar van de grond onder het vaarwater in de haven, maar, naar het hof in rov. 5.2 ook heeft onderkend, niet van het vaarwater zelf. Het vorenstaande brengt eveneens mee dat de beslissing van het hof in rov. 5.4 en 5.6 dat de openbaarheid van het zuidelijke deel van de overnachtingshaven door bestemming door Kerkewaard is ontstaan, rechteus onjuist is. Kerkewaard kan immers niet zelf de openbaarheid van het zuidelijk deel van de overnachtingshaven bewerkstelligen door die tot openbaar vaarwater te bestemmen.

Het plaatsen van de meerpalen

2 Het hof heeft in rov. 5.8 tot uitgangspunt genomen de conclusie van Arcadis dat als gevolg van de verlenging van de steigers zowel het aantal overschrijdingen van de scheidslijn als de mate van overschrijding aanzienlijk zullen toenemen (vgl. p. 11 van het rapport van Arcadis, overgelegd door Kerkewaard als productie 1 bij memorie van grieven). De Staat heeft deze conclusie volgens het hof niet bestreden.

Klachten

2.1 De beslissing van het hof in rov. 5.8 is onbegrijpelijk. De Staat heeft immers in hoger beroep uitvoerig onderbouwd bestreden dat sprake is van intensiever gebruik.² In dat verband heeft de Staat gewezen op prod. 22 waaruit blijkt dat het totaal aantal schepen dat van de overnachtingshaven gebruik maakt niet (substantieel) is toegenomen.³ Voorts heeft de Staat betoogd dat ook voor 1 september 2017 al intensief van het noordelijk deel gebruik werd gemaakt, hetgeen het hof in rov. 5.6 ook heeft vastgesteld, en heeft hij gewezen op de noodzaak van de vaarbewegingen in het noordelijke deel in verband met de veiligheid.⁴ De Staat heeft in dat verband betoogd dat vanaf de jaren '80 schepen met een lengte van circa 80 meter de overnachtingshaven gebruiken, vanaf 1998 schepen met een lengte tot maximaal 135 meter en dat die noodzakelijkerwijs ook door het noordelijk deel varen.⁵ Verder heeft de Staat gesteld dat het toelatingsbeleid in de overnachtingshaven na de verlenging van de steigers met de meerpalen niet is gewijzigd.⁶ Er worden, naar de Staat heeft betoogd, niet meer schepen

2 Zie de memorie van antwoord, onder 27, 74 en 75; pleitnotities in hoger beroep zijdens de Staat, onder 24 en 25. In de pleitnotities in hoger beroep zijdens de Staat, onder 10, 13 en 18 heeft de Staat bovendien aan de hand van (deels ook door de rechtbank vastgestelde) cijfers omtrent het gebruik van het noordelijk deel van de overnachtingshaven in 2017 en daarna in 2018 en de eerste helft van 2019 inzicht geboden in dit gebruik.

3 Zie pleitnotities in hoger beroep zijdens de Staat, onder 13.

4 Met een beroep op de memo van 1 september 2017. Zie de memorie van antwoord, onder 24, 51 en 75.

5 Memorie van antwoord, onder 17, 69, 74 en 75.

6 Memorie van antwoord, onder 27.

1 Zie ook de memorie van antwoord, onder 59 en 67.

in de overnachtingshaven toegelaten dan voorheen.⁷ Die omstandigheden brengen in samenhang bezien in beginsel mee dat het aantal malen dat de scheidingslijn tussen het noordelijke en zuidelijke deel van de haven wordt overschreden en de mate waarin dat plaatsvindt al decennia groot is en dat de verlenging van de steigers met de meerpalen hierin geen verandering heeft gebracht. Het slaan van de meerpalen heeft daarmee volgens de Staat niet tot intensivering van het gebruik van het noordelijke deel geleid. In ieder geval valt niet zonder meer in te zien waarom de Staat niet zou hebben bestreden dat sprake is van een intensivering en waarom in aansluiting daarop tot uitgangspunt moet worden genomen dat van een dergelijke intensivering sprake is.

2.2 Het vorenstaande onderdeel 2.1 vitiëert bij gegrondbevinding ook de beslissingen van het hof in rov. 5.10–5.12 voor zover het hof daarin tot uitgangspunt heeft genomen dat sprake is van een intensivering van het gebruik van het noordelijke deel van de overnachtingshaven en in rov. 5.1 indien deze aldus moet worden begrepen dat de Staat heeft erkend dat sprake is van een intensivering van het gebruik van het noordelijke deel van de overnachtingshaven.

3 Het hof heeft in rov. 5.9 overwogen dat Kerkewaard zich niet kan verzetten tegen een gebruik van haar eigendom dat valt binnen de erfdienstbaarheid. De erfdienstbaarheid heeft echter volgens het hof uitsluitend betrekking op het zuidelijke deel. In de overeenkomst is, aldus het hof, niets geregeld over het gebruik van het noordelijke deel. De Staat heeft volgens het hof aangevoerd dat uit de redelijkheid en billijkheid, de plaatselijke gewoonte en de wijze van uitoefening van de erfdienstbaarheid voortvloeit dat schepen die de overnachtingshaven willen bereiken, ook het noordelijke deel mogen gebruiken. Het hof is de Staat in dit verweer gevolgd voor zover het gebruik van het noordelijke deel vóór de plaatsing van de meerpalen noodzakelijk was om de overnachtingshaven te bereiken. Tot dat moment heeft Kerkewaard immers volgens het hof geen bezwaar gemaakt tegen het gebruik van het noordelijke deel om de overnachtingshaven te bereiken, zodat deze wijze van uitoefening beslissend is geworden voor de inhoud van de erfdienstbaarheid (vgl. artikel 5:73, eerste lid BW). De erfdienstbaarheid is zich dus volgens het hof door de wijze van uitoefening in zoverre ook tot het noordelijke deel gaan uitstrekken, voor zover het gebruik van het noordelijke deel vóór de plaatsing van de meerpalen noodzakelijk was om de overnachtingshaven te bereiken.

Het hof heeft vervolgens in rov. 5.10 en 5.11 onderzocht of de verlenging van de steigers met de meerpalen heeft geleid tot een intensivering van het gebruik van het noordelijke deel van de overnachtingshaven en daarmee tot een verzwaring van de erfdienstbaarheid. Het hof is tot de conclusie geko-

men dat dit het geval is. Het hof heeft in aansluiting daarop in rov. 5.12 overwogen dat het voorgaande tot de slotsom leidt dat Kerkewaard zich op grond van haar eigendomsrecht tegen de verlenging van de steigers met de meerpalen kan verzetten, vanwege de intensivering van het gebruik van het noordelijke deel die het gevolg is van deze verlenging. Hier doet de eerdere vaststelling dat het noordelijke deel als openbaar vaarwater moet worden aangemerkt volgens het hof niet aan af. Die vaststelling is immers gebaseerd op het feitelijk gebruik van het noordelijke deel vóór de plaatsing van de meerpalen. De duldplicht van Kerkewaard is daarmee volgens het hof beperkt tot dat feitelijke gebruik, en gaat niet zover dat Kerkewaard ook de intensivering van het gebruik van het noordelijke deel als gevolg van de plaatsing van de meerpalen moet dulden.

Klachten

3.1 De beslissing van het hof in rov. 5.9 is rechs onjuist. Het hof heeft miskend, naar het in rov. 5.6 en 5.7 heeft onderkend, dat (ook) het noordelijke deel van de overnachtingshaven openbaar vaarwater is en dat daarvan op normale wijze voor verkeersdoeleinden (volgens het hof in rov. 5.6 het gebruik ten behoeve van het aanleggen in de overnachtingshaven in het zuidelijk deel) gebruik kan worden gemaakt, ongeacht of de erfdienstbaarheid daartoe strekt en/of is uitgebreid.

3.2 De beslissing van het hof in rov. 5.9 is onbegrijpelijk indien deze aldus moet worden begrepen dat de Staat met zijn betoog dat uit de redelijkheid en billijkheid, de plaatselijke gewoonte en de wijze van uitoefening van de erfdienstbaarheid voortvloeit dat schepen die de overnachtingshaven willen bereiken, ook het noordelijke deel mogen gebruiken, afstand heeft gedaan van zijn verweer dat Kerkewaard het gebruik van het noordelijke deel van de haven moet dulden omdat dit openbaar vaarwater is. De Staat heeft het door het hof genoemde betoog immers enkel subsidiair naar voren gebracht indien het noordelijke deel van de overnachtingshaven niet als openbaar vaarwater zou kunnen worden aangemerkt.⁸

3.3 De beslissing van het hof in rov. 5.12 – die voortbouwt op de vaststelling van het hof in rov. 5.10 en 5.11 dat sprake is van een verzwaring van de erfdienstbaarheid – dat Kerkewaard zich met een beroep op haar eigendomsrecht tegen de verlenging van de steigers met de meerpalen kan verzetten en dat de omstandigheid dat het noordelijk deel van de overnachtingshaven openbaar vaarwater is daar niet aan afdoet, is rechs onjuist.

Het hof heeft miskend dat nu (ook) het noordelijke deel van de overnachtingshaven openbaar vaarwater is, normaal gebruik daarvan – gerelateerd aan de verkeersfunctie van de waterweg – door de eigenaar geduld moet worden, ongeacht de intensiteit/frequentie van dit normaal gebruik en ongeacht

⁷ Memorie van antwoord, onder 27.

⁸ Zie met name de conclusie van antwoord in conventie tevens voorwaardelijke eis in reconventie, onder 68.

of ten tijde van het openbaar worden van het vaarwater al in dezelfde mate normaal gebruik werd gemaakt van (het noordelijk deel van) de overnachtingshaven. Nu het hof in rov. 5.6 en 5.7 heeft vastgesteld dat het (feitelijk) gebruik van het noordelijk deel van de overnachtingshaven om aan te leggen in de overnachtingshaven in het zuidelijke deel valt onder het normale gebruik (in overeenstemming met de openbare bestemming), geldt dat Kerkewaard dit normale gebruik moet dulden ongeacht of de intensiteit/frequentie van dit normale gebruik in het noordelijk deel van de haven is toegenomen na het verlengen van de steigers met de meerpalen.

3.4 Indien de beslissing van het hof in rov. 5.9–5.12 aldus moet worden begrepen dat Kerkewaard de uitbreiding van de erfdiensbaarheid alleen heeft aanvaard voor zover deze het feitelijke gebruik voordat de meerpalen werden geplaatst niet overtreft en dat tussen Kerkewaard en de Staat enkel in zoverre is overeengekomen dat gebruik mag worden gemaakt van het noordelijke deel en Kerkewaard daarom een intensiever feitelijk gebruik niet hoeft te dulden, is deze eveneens rechtens onjuist. Het hof heeft in dat geval miskend dat privaatrechtelijke overeenkomsten die openbare zaken (deels) aan de openbaarheid onttrekken, in die zin dat daarvan niet meer (volledig) in overeenstemming met de openbare bestemming gebruik kan worden gemaakt, zonder dat een publiekrechtelijk besluit is genomen tot onttrekking aan de openbaarheid, nietig zijn.

Ook indien een dergelijke afspraak tussen de Staat en Kerkewaard zou zijn gemaakt, kan deze daarom niet meebrengen dat Kerkewaard zich ertegen kan verzetten dat het normale gebruik van het noordelijk deel van de overnachtingshaven in overeenstemming met de openbare bestemming toeneemt, nu het hof niet heeft vastgesteld dat een publiekrechtelijk besluit tot onttrekking aan de openbaarheid van het vaarwater in het noordelijk deel van de overnachtingshaven is genomen.

3.5 Eén of meerdere van de vorenstaande onderdelen 3.1–0 vitiëren bij gegrondbevinding ook de beslissingen van het hof in rov. 5.10 en 5.11 voor zover het hof daarin heeft onderzocht of sprake is van een verzwaring van de erfdiensbaarheid, nu die niet relevant is voor de beantwoording van de vraag of Kerkewaard zich tegen het gebruik van het noordelijk deel van de haven in overeenstemming met de openbare bestemming kan verzetten en voor zover het hof daarin heeft overwogen dat Kerkewaard een intensivering van het feitelijke gebruik van het noordelijk deel van de overnachtingshaven niet hoeft te dulden.

4 Het hof heeft in rov. 5.10 overwogen dat Kerkewaard zich tegen een aantasting van haar eigendomsrecht kan verzetten zonder dat op voorhand komt vast te staan welke vormen van exploitatie van haar eigendomsrecht door die aantasting worden belemmerd. Dat zou volgens het hof anders kunnen zijn indien reeds zonder de verlenging van

de steigers met de meerpalen geen enkel zinvol gebruik van het noordelijke deel meer mogelijk zou zijn. In dat geval zou Kerkewaard zich schuldig kunnen maken aan misbruik van recht, als zij zich op grond van haar eigendomsrecht tegen de verlenging van de steigers zou verzetten. Dat heeft de Staat echter volgens het hof niet aangevoerd.

Klacht

4.1 De beslissing van het hof in rov. 5.10 is onbegrijpelijk. Naar hiervoor in onderdeel 2.1 is uiteengezet, heeft de Staat aangevoerd dat geen sprake is van intensivering van het gebruik van het noordelijk deel van de overnachtingshaven. Voorts heeft de Staat aangevoerd, naar het hof in rov. 5.10 heeft onderkend, dat het gebruik dat Kerkewaard van het noordelijk deel van de haven wil gaan maken mogelijk niet zal worden vergund omdat Rijkswaterstaat gebruik dat het aanleggen in de overnachtingshaven in het zuidelijk deel hindert, niet zal toelaten.⁹ Uit deze stellingen van de Staat volgt dat ook in de situatie zonder verlenging van de steigers het door Kerkewaard gewenste gebruik van het noordelijk deel van de haven mogelijk niet toelaatbaar is. Daarin ligt besloten dat ook zonder de verlenging van de steigers het door Kerkewaard gewenste (zinvolle) gebruik waarschijnlijk niet tot de mogelijkheden behoort. Niet valt dan ook in te zien waarom de verlenging van de steigers relevant is voor het gebruik van het noordelijk deel van de overnachtingshaven waarin Kerkewaard stelt te worden belemmerd, nu dat gebruik ook voor de verlenging van de steigers waarschijnlijk al niet mogelijk was.

De Staat heeft voorts betoogd dat Kerkewaard op dit moment geen hinder ondervindt of schade lijdt ten gevolge van de verlenging van de steigers met de meerpalen en dat dit, naar hiervoor is uiteengezet, in de toekomst niet anders wordt nu de (toekomstige) plannen van Kerkewaard waarschijnlijk niet gerealiseerd kunnen worden.¹⁰ Daartegenover heeft de Staat zich beroepen op de noodzaak tot verbetering van de aanlegmogelijkheden voor grotere schepen in de overnachtingshaven, zodat ook die veilig en robuust kunnen aanmeren.¹¹ Daarmee valt niet in te zien de Staat geen omstandigheden heeft aangevoerd die er, gelet op de wederzijdse belangen, op wijzen dat Kerkewaard zich schuldig zou kunnen maken aan misbruik van recht, als zij zich op grond van haar eigendomsrecht tegen de verlenging van de steigers zou verzetten.

5 Het hof is er in rov. 5.11 op grond van het voorgaande vanuit gegaan dat de verlenging van de steigers met de meerpalen zal leiden tot een verzwaring van de erfdiensbaarheid rustend op het noordelijke deel. De Staat heeft volgens het hof aangevoerd dat op grond van het Rijnvaartpolitiereglement 1995 schepen met een lengte tot 135 meter

⁹ Zie onder meer de memorie van antwoord, onder 71, 72 en 83.

¹⁰ Memorie van antwoord, onder 71, 72 en 83; pleitnotities in hoger beroep zijdens de Staat, onder 27.

¹¹ Memorie van antwoord, onder 22, 26 en 27.

sinds 1998 van de overnachtingshaven gebruik mogen maken. Voor zover de Staat daarmee heeft bedoeld dat de kennelijke functie van de overnachtingshaven meebrengt dat Kerkewaard met een verlenging van de steigers moet instemmen, gaat dat verweer er volgens het hof aan voorbij dat deze schepen al sinds lange tijd van de overnachtingshaven gebruik maken zonder de extra meerpalen. Voor het functioneren van de overnachtingshaven zijn de meerpalen volgens het hof dus kennelijk niet noodzakelijk, zodat ook uit de kennelijke functie van de overnachtingshaven niet voortvloeit dat Kerkewaard deze verzwaren van de erfdienstbaarheid moet dulden.

Klacht

5.1 De beslissing van het hof in rov. 5.11 is onbegrijpelijk in het licht van de stellingen van de Staat. De Staat heeft aangevoerd dat (rond 2008) een aantal problemen bij de overnachtingshaven zijn geconstateerd en dat hij heeft besloten de faciliteiten te verbeteren, onder meer door de plaatsing van de meerpalen, waardoor de ligplaatsen als zodanig niet worden verschoven en grotere schepen veiliger en stabiel(er) kunnen aanleggen dan voorheen.¹² Dat brengt volgens de Staat mee dat deze schepen voortaan robuust afgemeerd liggen en geen gevaarlijke situatie veroorzaken.¹³ Daaraan heeft de Staat toegevoegd dat geen sprake is van intensivering van het gebruik, of van een opwaardering en dat het toelatingsbeleid evenmin is veranderd.¹⁴ Niet, althans niet zonder meer, valt in het licht van deze stellingen in te zien waarom de omstandigheid dat grotere schepen al eerder gebruik maakten van de haven niet zou kunnen meebrengen dat de veiligheid in de haven nog kon worden verbeterd en de meerpalen daarmee niet ook noodzakelijk waren voor een veilig(er) gebruik van de haven. De omstandigheid dat daarvoor een niet (geheel) veilige situatie bestond, brengt immers niet zonder meer mee dat die ook moet worden gecontinueerd en de verlenging van de steigers met de meerpalen daarom kennelijk niet noodzakelijk is.

6 Het hof heeft in rov. 5.12 overwogen dat de Staat nog een beroep heeft gedaan op de (formele rechtskracht van de) omgevingsvergunning voor de plaatsing van de meerpalen. Deze staat er echter volgens het hof niet aan in de weg dat Kerkewaard zich in een procedure bij de burgerlijke rechter op haar eigendomsrecht beroept.

Klacht

6.1 De beslissing van het hof in rov. 5.12 is rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk. Het hof heeft miskend dat de formele rechtskracht van de omgevingsvergunning er niet zonder meer aan in de weg staat dat Kerkewaard zich op haar eigendomsrecht beroept, maar wel relevantie heeft voor

de beantwoording van de vraag of Kerkewaard zich met een beroep op haar eigendomsrecht kan verzetten tegen de volgens haar veroorzaakte additionele hinder in het noordelijke deel van de overnachtingshaven door de verlenging van de steigers met de meerpalen.¹⁵ De vergunninghouder mag er immers in het algemeen op vertrouwen dat de vergunning overeenkomstig de wet is verleend en de overeenkomstig de wet in aanmerking te nemen belangen door de vergunningverlenende instantie volledig en op juiste wijze zijn afgewogen, en dat hij gerechtigd is van die vergunning gebruik te maken.

Nakoming van het vonnis van 1996

7 Het hof heeft in rov. 5.16 overwogen dat het verweer van de Staat dat uit artikel 14.11, eerste lid onder g van het Rijnvaartpolitiereglement 1995 volgt dat schippers maximaal 3 x 24 uur in de overnachtingshaven mogen liggen, en dat deze bepaling zich ertegen verzet dat Kerkewaard haar rechten uit het vonnis van 27 november 1996 op dit punt uitoefent, de strekking van deze bepaling miskent. Deze bepaling stelt volgens het hof een maximum aan de tijd dat schepen in de overnachtingshaven mogen liggen. Uit deze bepaling volgt niet dat schepen 3 x 24 uur in de overnachtingshaven moeten kunnen liggen. De door de Rechtbank Den Haag in het vonnis van 27 november 1996 uitgesproken veroordeling is volgens het hof dus niet in strijd met het Rijnvaartpolitiereglement. Daarbij komt volgens het hof dat als de Staat meent dat het vonnis van 27 november 1996 in strijd is met het Rijnvaartpolitiereglement, hij dat in een rechtsmiddel gericht tegen dat vonnis aan de orde moet stellen. Dat heeft de Staat nagelaten, zodat in deze procedure het vonnis van 27 november 1996 volgens het hof als uitgangspunt geldt. Hierop stuit ook het verweer van de Staat af dat het publiek belang vergt dat schippers 3 x 24 uur in de overnachtingshaven moeten kunnen blijven liggen. Daarnaast valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, volgens het hof niet in te zien waarom het publiek belang een lichtjod van 3 x 24 uur zou vergen. Verder heeft de Staat aangevoerd dat Kerkewaard geen belang heeft bij de nakoming van deze veroordeling, omdat zij er geen enkel na-deel van ondervindt als schippers 3 x 24 uur in de overnachtingshaven blijven liggen. Dat verweer faalt eveneens, aldus het hof. De rechtbank heeft het belang van Kerkewaard bij de nakoming van artikel 1 van de overeenkomst volgens het hof reeds in aanmerking genomen in een eerder tussenvonnis van 16 oktober 1991 dat aan het vonnis van 27 november 1996 vooraf is gegaan. Daarin overweegt de rechtbank dat Kerkewaard voldoende belang heeft bij de nakoming van deze verplichting, omdat zonder nakoming de overnachtingshaven veel drukker en voller is dan Kerkewaard mocht verwachten en daardoor de privacy en de rust in de haven en het aanliggende industrieterrein in vergaande mate

¹² Memorie van antwoord, onder 22, 26 en 27.

¹³ Memorie van antwoord, onder 26.

¹⁴ Memorie van antwoord, onder 27.

¹⁵ Zie ook de pleitnotities in hoger beroep zijdens de Staat, onder 26.

wordt aangetast en de waarde van het terrein devalueert (vgl. rov. 10.5 van het tussenvonnissen). De Staat heeft volgens het hof niet aangevoerd dat deze overweging op een kennelijke mislag berust of dat zich nieuwe feiten hebben voorgedaan waardoor nu anders over het belang bij de nakoming van deze verplichting moet worden geoordeeld.

Klachten

7.1 De beslissing van het hof in rov. 5.16 is rechtens onjuist. Het hof heeft miskend dat art. 14.11 lid 1 onder g Rijnvaartpolitiereglement 1995 (RPR) overheden niet de bevoegdheid geeft een structureel kortere ligtijd te bepalen. Het begrip 'maximaal' in dit artikel brengt mee dat schepen korter in de haven mogen liggen dan 3 x 24 uur, maar niet langer. De binnen- en buitenlandse binnenvaartschippers mogen in dat verband zelf bepalen hoe lang er rust moet worden genomen, zowel doordeweeks als in het weekend, tot het maximum van 3 x 24 uur. Art. 14.11 RPR bevat dan ook niet de bevoegdheid voor de Staat om die keuze voor de verantwoordelijke voor het schip te maken en de ligtijd op voorhand structureel te beperken tot een periode korter dan 3 x 24 uur. Het vorenstaande brengt eveneens mee dat 's hofs beslissing in rov. 5.16 dat de door de Rechtbank Den Haag in het vonnis van 27 november 1996 uitgesproken veroordeling dus niet in strijd is met het RPR, rechtens onjuist is.

Het vorenstaande brengt voorts mee dat, anders dan het hof in rov. 5.16 heeft overwogen, duidelijk is waarom het publieke belang een ligtijd van 3 x 24 uur vergt. Indien een binnen- of buitenlandse binnenvaartschipper dat noodzakelijk acht, is daarmee immers, naar de Staat heeft betoogd, een publiek (veiligheids- en sociaal) belang gediend.¹⁶

7.2 Het hof heeft in rov. 5.15 en 5.16 miskend dat het verwijderen van het bord met de aankondiging van een maximum ligtijd van 3 x 24 uur en het plaatsen van een nieuw bord noodzaakt tot het nemen van een verkeersbesluit door de Minister (waartegen bezwaar en beroep openstaat) en dat de burgerlijke rechter niet kan veroordelen tot het nemen van een dergelijk besluit.¹⁷ Het hof had daarom in rov. 5.18 ook geen dwangsom kunnen verbinden aan de nakoming van de veroordeling van de rechtbank in het vonnis van 27 november 1996.

7.3 Het hof heeft in rov. 5.16 miskend dat nu sinds het vonnis van 27 november 1996 al meer dan 20 jaren zijn verlopen, dit vonnis niet zonder meer tot uitgangspunt kan dienen in deze procedure. In ieder geval had het hof, indien er al van moet worden uitgegaan dat het vonnis uit 1996 tot uitgangspunt zou moeten dienen, moeten onderzoeken of sprake is van een kennelijke (juridische) mislag in dat vonnis, naar het in rov. 5.16 ten aanzien van het belang van Kerkewaard bij de naleving van artikel 1 van de overeenkomst heeft onderkend. Met name

ten aanzien van hetgeen art. 14.11 RPR inhoudt (onderdeel 7.1) en ten aanzien van de (de facto) veroordeling tot het nemen van een besluit (onderdeel 7.2), is in beginsel sprake van een kennelijke mislag in het vonnis van 27 november 1996.

7.4 De beslissing van het hof in rov. 5.16 dat de Staat ten aanzien van het belang van Kerkewaard niet heeft aangevoerd dat de beslissing van de rechtbank in het tussenvonnissen van 16 oktober 1991 op een kennelijke mislag berust of dat zich nieuwe feiten hebben voorgedaan waardoor nu anders over het belang bij nakoming van deze verplichting moet worden geoordeeld, is rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk.

Het hof heeft in rov. 2.2 vastgesteld, in aansluiting op het betoog van de Staat,¹⁸ dat de eigendom van een groot gedeelte van het aan de haven gelegen industrieterrein, inclusief een strook water van 30 meter breed langs de kade, in 1999/2000 op [A] (thans [A]) is overgegaan.¹⁹ De Staat heeft in dat verband overigens aangevoerd dat [A], net als Kerkewaard, de waterplas niet gebruikt.²⁰ Dat Staat heeft er verder op gewezen dat [A] zich niet in deze procedure als partij heeft opgeworpen,²¹ alsmede dat sprake is van een verbreding van de ingang van de haven waarvan ook Kerkewaard en [A] profiteren.²² Ten slotte heeft de Staat zich er op beroepen dat Kerkewaard (in ieder geval thans) geen nadeel ondervindt van het maximaal 3 x 24 uur liggen van schepen in de overnachtingshaven.²³

De Staat heeft zich derhalve beroepen op omstandigheden die meebrengen dat anders moet worden gedacht over het belang van Kerkewaard bij de nakoming van artikel 1 van de overeenkomst (nu [A] in dit geding geen partij is en Kerkewaard niet heeft gesteld (een procesvolmacht te hebben om) ook haar belangen te behartigen). Voor zover destijds een relevant belang van Kerkewaard was het voorkomen van verstoring van haar privacy en rust op en waardevermindering van het industrieterrein voor zover dat thans in eigendom is bij [A], is dat niet meer relevant nu Kerkewaard geen eigenaar meer is en het hof niet heeft vastgesteld dat zij dit industrieterrein desalniettemin nog gebruikt. Daarom valt niet zonder meer in te zien waarom Kerkewaard nog met een verstoring van haar rust en privacy op en met een devaluatie van het industrieterrein wordt geconfronteerd voor zover dat eigendom is van [A]. In ieder geval valt gelet op de zojuist genoemde stellingen van de Staat niet in te zien dat de verstoring van de privacy en rust van Kerkewaard en de door haar destijds gestelde waardevermindering in dezelfde mate zal optreden als uitgangspunt was in het vonnis van 1991. Daarnaast valt niet zonder meer in te zien waarom het door de Staat gestelde voordeel

¹⁸ Memorie van antwoord, onder 15.

¹⁹ Zie ook (de luchtfoto in) rov. 2.6 waaruit de eigendomssituatie blijkt.

²⁰ Memorie van antwoord, onder 15.

²¹ Memorie van antwoord, onder 21.

²² Memorie van antwoord, onder 28.

²³ Memorie van antwoord, onder 91 en 96.

¹⁶ Memorie van antwoord, onder 92, 95, 96 en 97.

¹⁷ Zie de memorie van antwoord, onder 95 en 96; pleitnotities in hoger beroep zijdens de Staat, onder 42.

door de verbreding van de ingang van de haven in 2017/2018,²⁴ met name gelet op de in art. 11 van de overeenkomst (tot vestiging van de erfdiensbaarheid) die het hof in rov. 2.4 heeft aangehaald en waarin Kerkewaard vrije in- en uitvaart met vaartuigen en drijvende werktuigen van en naar de rivier de Waal is verleend, niet zou kunnen meebrengen dat thans anders moet worden geacht over het belang van Kerkewaard dan uitgangspunt was in het vonnis van 1991.

Bovendien heeft het hof miskend dat Kerkewaard in reactie op het betoog van de Staat dat zij geen belang heeft bij nakoming van het vonnis van 27 november 1996, heeft gewezen op de goede bevaarbaarheid van het noordelijke deel van de overnachtingshaven met het oog op toekomstige exploitatiemogelijkheden, de waarde van de binnenhaven en de noodzaak van een duidelijke afbakening van de rechten en verplichtingen omtrent het gebruik van de haven in verband met haar onderhandelingspositie jegens de Staat over de verkoop van de overnachtingshaven.²⁵ Kerkewaard heeft zich er dus niet (meer) op beroepen dat zij een belang had bij bescherming van haar privacy en vanwege waardevermindering van het industrieterrein. Het hof heeft daarmee ten onrechte haar verweer aangevuld.

7.5 Gegrondbevinding van één of meerdere van de vorenstaande onderdelen 7.1–7.4 brengt eveneens mee dat de beslissing van het hof in rov. 5.18 niet in stand kan blijven.

Voortbouwende klacht

8 Gegrondbevinding van één of meerdere van de vorenstaande onderdelen 1–7 brengt mee dat ook de beslissingen van het hof in rov. 5.17, 5.19 en 6 niet in stand kunnen blijven.

Voorwaardelijk incidenteel cassatiemiddel:

Enkel onder de voorwaarde dat de Hoge Raad het in cassatie door de Staat bestreden oordeel dat de Staat de verlenging van de steigers met de meerpalen ongedaan moet maken vernietigt, stelt Kerkewaard van haar zijde (dus: voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep in. Het (voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep richt zich tegen rov. 5.3–5.7 en rov. 5.9.

I. De haven moet worden aangemerkt als openbaar vaarwater

1.1. Ten onrechte komt het hof in rov. 5.3–5.7 tot het oordeel dat de haven moet worden aangemerkt als openbaar vaarwater. Volgens het hof kan bij gebreke van een wettelijke regeling, uit de bestemming die de rechthebbende aan een water heeft gegeven en/of het feitelijke gebruik daarvan, worden afgeleid of sprake is van openbaar vaarwa-

ter. Gelet op dit eigenstandig juridisch kader voor openbaar vaarwater, gaat het hof voorbij aan de analogie die Kerkewaard heeft getrokken met de wettelijke regeling voor de openbare weg.

Het gebruik van de overnachtingshaven staat enkel open voor schippers die zich met beroepsvaart bezighouden. Schippers zijn (aldus nog steeds het hof) als onderdeel van hun vervoersactiviteit op de Waal verplicht om op gezette tijden van de overnachtingshaven gebruik te maken, zodat het gebruik van de overnachtingshaven in zodanig verband staat met de beroepsvaart op de Waal dat het geacht moet worden daarvan deel uit te maken. Omdat de beroepsvaart op de Waal tot het gewone economische verkeer behoort, geldt dat ook voor het gebruik van de overnachtingshaven. De overnachtingshaven moet volgens het hof dan ook als openbaar vaarwater worden aangemerkt.

Vervolgens geldt – aldus het hof – voor het zuidelijk deel dat daaraan via de erfdiensbaarheid de bestemming van openbaar vaarwater is gegeven en voor het noordelijk deel geldt dit op grond van het feitelijk gebruik om te kunnen afmeren in de overnachtingshaven. Het gebruik van beide delen voor overnachtingen in de overnachtingshaven moet daarom worden aangemerkt als gewoon gebruik van het openbaar vaarwater dat Kerkewaard als eigenaar heeft te dulden.

De klacht richt zich tegen de kwalificatie van de overnachtingshaven als ‘openbaar vaarwater’.

1.2. Het oordeel van het hof dat beide delen van de haven moeten worden aangemerkt als ‘openbaar vaarwater’ getuigt van een onjuiste rechtsopvatting omdat het hof bij de invulling van de begrippen ‘openbaarheid’ en ‘vaarwater’ aansluiting had moeten zoeken bij het systeem van de Wegenwet, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is waarom het hof (in rov. 5.4) geen aansluiting heeft gezocht bij dat wettelijk systeem.¹

1.3. In elk geval is het oordeel dat sprake is van openbaar vaarwater in elk geval zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk in het licht van de onderstaande, mede in onderling verband te beschouwen redenen.

1.4. Bij de oordeelsvorming of sprake is van ‘openbaar vaarwater’ moet een onderscheid worden gemaakt tussen de beantwoording van de vraag of sprake is van (i) openbaarheid en de vraag of sprake is van (ii) vaarwater.² Het hof merkt (in rov. 5.5, waarop wordt voortgebouwd in rov. 5.6) echter de hele haven aan als openbaar vaarwater, omdat de haven frequent en duurzaam wordt gebruikt voor het gewone economisch verkeer (op de Waal) en geeft aldus een onbegrijpelijke invulling aan het ju-

24 Memorie van antwoord, onder 28. Zie ook rov. 2.14 waarin het hof heeft vastgesteld dat die verbreding heeft plaatsgevonden.

25 Pleitnota in hoger beroep zijdens Kerkewaard, onder 22, 24 en 25.

1 Zie randnr. 15–27 en 34–38 memorie van grieven – en in het bijzonder de opinie van prof. Van der Veen, overgelegd als productie 22 bij inleidende dagvaarding – voor het begrip ‘openbaarheid’ en randnr. 28–38 memorie van grieven voor het begrip ‘vaarwater’. Zie ook randnr. 5 pleitaantekeningen 4 november 2019; randnr. 60–71 inleidende dagvaarding.

2 Randnr. 16–21 memorie van grieven; randnr. 60–71 inleidende dagvaarding.

ridisch kader voor het vaststellen of sprake is van openbaar vaarwater. Het hof oordeelt immers in wezen dat aan de eis van openbaarheid wordt voldaan *omdat* aan de tweede eis (van frequent feitelijk gebruik als vaarwater) is voldaan.

1.5. Het oordeel van het hof inzake die openbaarheid is te minder juist, althans begrijpelijk, nu de kwalificatie openbaarheid — of nu de systematiek van de Wegenwet wordt gevolgd of niet³ — in alle gevallen impliceert dat (in dit geval) een water 'voor een ieder toegankelijk is',⁴ terwijl het hof (in de rov. 5.5 t/m 5.7, en in het bijzonder in rov. 5.7) oordeelt dat 'het zuidelijke deel, en het noordelijke deel voor zover het wordt gebruikt door schepen die afmeren in de overnachtingshaven, moeten worden aangemerkt als openbaar vaarwater'. Daarmee wordt de openbaarheid geclausuleerd tot een specifiek gebruik (namelijk: gebruik door schepen die afmeren in de overnachtingshaven), hetgeen een innerlijke tegenstrijdigheid in 's hofs oordeel oplevert: een water kan niet tezelfdertijd openbaar zijn terwijl het gebruik daarvan wordt beperkt tot een (zeer) specifieke doelgroep.

1.6. Het hof betreft bovendien niet zichtbaar bij zijn oordeelsvorming de (mede in onderling verband te beschouwen) essentiële stellingen van Kerkewaard dat de haven niet kan worden aangemerkt als integraal onderdeel van (het openbaar vaarwater) de Waal⁵ en enkel wordt gebruikt door de binnenschippers die daar willen overnachten, welke binnenschippers niet kwalificeren als het (algemene) publiek,⁶ aangezien zij een duidelijk afgebakende gebruikersgroep vormen, die de haven bovendien binnenvaart louter met het oog op (in functie van) een overnachting (in het zuidelijk deel), welk overnachten niet een gebruik van de haven is als vaarwater⁷ en waarbij bovendien het gebruik van het noordelijk deel van de haven niet duurzaam en frequent is, en niet voortvloeit uit noodzaak maar uit gemakzucht.⁸

II. Gewoon gebruik van het openbaar vaarwater

2.1. In rov. 5.5–5.7 overweegt het hof dat het gebruik van beide delen van de haven moet worden aangemerkt als 'gewoon gebruik' van dit openbaar vaarwater.

2.2. Het ten deze te hanteren criterium is — aldus HR 17 januari 1941, *NJ* 1941, 644, m.nt. P. Scholten (*Parlevinker*) en HR 5 juni 1992, *NJ* 1992, 539

(*Spaanse Water*) — of van het openbaar (vaar)water een 'gebruik wordt gemaakt, dat verder gaat dan datgene, wat aan een ieder vrijstaat alleen reeds, omdat de vaarweg openbaar is, welk gebruik zich beperkt tot het gewone verkeer van den waterweg met inbegrip van het tijdelijk daarin stilliggen, dat met dit verkeer in zodanig verband staat, dat het geacht mag worden daarvan deel uit te maken.' Voor zover het hof dit criterium heeft miskend, is het oordeel van het hof onjuist.

2.3. Verondersteld dat de haven inderdaad kwalificeert als openbaar vaarwater, dan is het oordeel van het hof in rov. 5.5–5.7 onjuist, althans onbegrijpelijk ten aanzien van het zuidelijk deel gelet op de essentiële (door het hof niet kenbaar, althans afdoende geadresseerde) stellingen dat overnachten (op de ten deze relevante wijze) wel degelijk een vorm van bijzonder gebruik van openbaar vaarwater is, nu overnachten op de Waal — evident een openbaar vaarwater — buiten daartoe aangewezen havens expliciet niet is toegestaan (in welk opzicht dat overnachten vergelijkbaar is met het gebruik dat in de voormelde arresten *Parlevinker* en *Spaanse Water* werd aangemerkt als 'bijzonder gebruik'),⁹ alsmede dat over het (mogen) overnachten in het onderhavige geval bovendien tussen Kerkewaard en de Staat is gecontracteerd (en gebruik dat geschiedt uit hoofde van een contract te meer indiceert dat dit gebruik 'bijzonder' is en niet 'gewoon').¹⁰

2.4. Het voorgaande raakt ook 's hofs oordeel in rov. 5.5–5.7 ten aanzien van het noordelijk deel, nu het gebruik daarvan om het zuidelijk deel te kunnen bereiken, louter in functie van dat (gecontracteerde) bijzonder gebruik van het zuidelijk deel geschiedt. Wie niet wil aanmeren in het zuidelijke deel, zal zich nooit in het noordelijke deel begeven, zodat het gebruik van het noordelijk deel ook een bijzonder (want: specifiek) gebruik behelst.¹¹

III. Duldplicht

3.1. De derde klacht van Kerkewaard ziet op het oordeel van het hof in rov. 5.9 dat de erfdienstbaarheid die uitsluitend betrekking heeft op het zuidelijk deel zich door de wijze van uitoefening in zoverre ook tot het noordelijk deel is gaan uitstrekken, voor zover het gebruik van het noordelijke deel vóór de plaatsing van de meerpalen noodzakelijk was om de overnachtingshaven te bereiken. Doorslaggevend voor die oordeelsvorming van het hof lijkt het feit te zijn dat Kerkewaard vóór de plaatsing van de meerpalen 'immers' geen bezwaar heeft gemaakt tegen het gebruik van het noordelijke deel om de overnachtingshaven te bereiken.

³ Zie randnrs. 22–27 memorie van grieven en de opinie van prof. Van der Veen.

⁴ Zie randnrs. 5–10 van de pleitnota van Kerkewaard in hoger beroep.

⁵ Randnr. 31 en 37 memorie van grieven.

⁶ Zie onder andere randnr. 31, 33, 35–36 memorie van grieven; p. 3 (2^e streepje, onder 'mr. Sluysmans') en p. 4 (2^e streepje) van het proces-verbaal van de zitting van 5 maart 2019; randnr. 8–9 pleitaantekeningen 4 november 2019; proces-verbaal van de zitting van 13 november 2017, p. 2–3, nr. 15.

⁷ Randnr. 28–33 memorie van grieven.

⁸ Zie p. 4 (1^e streepje, onder 'De heer J. Niemans') proces-verbaal van de zitting van 5 maart 2019.

⁹ Randnrs. 39 t/m 47 memorie van grieven.

¹⁰ Randnr. 39–49 (in het bijzonder randnr. 44–47) memorie van grieven; randnr. 11–13 pleitaantekeningen 4 november 2019; proces-verbaal van de zitting van 13 november 2017, p. 2–3, nr. 15.

¹¹ Randnr. 39–49 (in het bijzonder randnr. 48–49) memorie van grieven; randnr. 11–13 pleitaantekeningen 4 november 2019; proces-verbaal van de zitting van 13 november 2017, p. 2–3, nr. 15.

3.2. Dit oordeel is onjuist voor zover het hof daarbij uitgaat van de rechtsopvatting dat de erfdiensbaarheid zich kan uitbreiden en Kerkewaard zich vervolgens niet (meer) kan verzetten tegen die uitbreiding, zoals Kerkewaard al heeft betoogd in randnr. 57 van de memorie van grieven (met vermelding van vindplaats).

3.3. Het oordeel van het hof is ook onbegrijpelijk in het licht van de door Kerkewaard naar voren gebrachte essentiële stellingen ten aanzien van haar opstelling inzake het gebruik van het noordelijke deel van de haven, namelijk dat zij wel degelijk (continu) bezwaar heeft gemaakt tegen het gebruik van het noordelijk deel om de overnachtingshaven te bereiken. Zij heeft in dat kader gemotiveerd aangevoerd dat nooit sprake is geweest van toestemming voor het gebruik van dat deel van de haven.¹² Integendeel. Kerkewaard heeft in een brief juist verzocht om naleving. In contact met Rijkswaterstaat is altijd aangegeven 'dat een overnachtingshaven van Rijkswaterstaat ons op geen enkele wijze mocht hinderen in de verdere exploitatie'. Duidelijk is aangevoerd dat Kerkewaard haar rechten nooit heeft prijsgegeven.¹³ Ook is verklaard dat pas sinds de aanleg van de meerpalen de schippers gedwongen zijn om door het noordelijk deel te varen.¹⁴

3.4. Het slagen van deze klacht raakt ook rov. 5.10-5.12, waarin het hof eveneens aanneemt dat (en voortbouwt op het oordeel dat) sprake is van een erfdiensbaarheid die zich heeft uitgestrekt tot het noordelijke deel, en die Kerkewaard (kennelijk) heeft te accepteren zolang geen verzwaaring van de erfdiensbaarheid plaatsvindt.

Conclusie A-G mr. E.B. Rank-Berenschot:

De Staat heeft op basis van een erfdiensbaarheid een overnachtingshaven ingericht op een waterperceel dat toebehoort aan verweerster in cassatie (hierna: *de eigenaar*). De eigenaar verzet zich tegen een door de Staat gerealiseerde verlenging van de steigers in de overnachtingshaven, stellende dat deze leidt tot een intensiever gebruik van het noordelijke deel van het waterperceel, waartoe de erfdiensbaarheid zich niet uitstrekt. De Staat betoogt dat de eigenaar het gebruik van het noordelijke deel heeft te dulden omdat het een openbaar vaarwater betreft. Het hof heeft het gehele perceel, inclusief het noordelijke deel, als openbaar vaarwater aangemerkt. Nochtans heeft het hof geoordeeld dat de eigenaar zich kan verzetten tegen de verlenging van de steigers, omdat deze leidt tot een verzwaaring van de erfdiensbaarheid. De in cassatie over en weer aangevoerde klachten betreffen met name de kwalificatie van het noordelijke deel als (al dan niet)

openbaar vaarwater en de gevolgen daarvan voor de rechtspositie van de eigenaar.

1 Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende (hier verkort weergegeven) feiten:¹

(i) Verweerster in cassatie is eigenaar² van een waterperceel in Haaften (hierna: *de haven*), gelegen aan de rivier de Waal. Het perceel maakte onderdeel uit van een groter perceel, waarop de eigenaar in 1968-1970 een industrieterrein met haven heeft gerealiseerd. In 1999/2000 heeft de eigenaar een groot deel van het aan de haven gelegen industrieterrein, inclusief een strook water, in eigendom overgedragen aan een transportbedrijf.³

(ii) Aan de zuidkant van de haven bevinden zich een landtong en een toegangseul, die beide eigendom zijn van de Staat.

(iii) Bij overeenkomst van 7 december 1982⁴ heeft de eigenaar een zakelijk gebruiksrecht (hierna: *de erfdiensbaarheid*) verleend aan de Staat op het zuidelijke deel van de haven. In artikel 1 van de overeenkomst, dat gelijk is aan artikel 1 van de akte van vestiging van de erfdiensbaarheid van 22 december 1983,⁵ is de rivier de Waal als 'heersend' erf aangemerkt en zijn de op een aangehechte tekening⁶ omliggende gedeelten van de haven als 'lijdend' erf aangemerkt. De erfdiensbaarheid behelst volgens artikel 1:

"het zakelijk recht van gebruik van voormelde perceelsgedeelten uitsluitend ten behoeve van het inrichten, hebben, behouden, onderhouden casu quo doen onderhouden van een zogenaamde overnachtingshaven ten behoeve van schippers, die met hun vaartuigen in rustig en veilig water voor de duur van de nacht aldaar kunnen afmeren."

De perceelsgedeelten ten noorden en ten zuiden van de in artikel 1 bedoelde scheidingslijn⁷ zullen hierna (in navolging van partijen en het hof) worden

1 Ontleend aan rov. 2.2 tot en met 2.14 van het bestreden arrest van het Hof Den Haag van 21 januari 2020 (ECLI:NL:GHDHA:2020:26).

2 Vgl. rov. 4.2 van het bestreden arrest (onbestreden in cassatie), waar het hof voorbijgaat aan de stelling van de Staat dat een andere (gelieerde) rechtspersoon eigenaar zou zijn.

3 Een luchtfoto met perceelnummers is overgelegd als prod. 1h bij akte overlegging producties van 22 maart 2017. De oorspronkelijke perceelindeling is kenbaar uit prod. 3 bij die akte.

4 Prod. 2 bij akte overlegging producties van 22 maart 2017.

5 Prod. 4 bij akte overlegging producties van 22 maart 2017. Waar het hof spreekt over 'de overeenkomst', doelt het mede op de vestigingsakte (rov. 2.4 van het bestreden arrest).

6 Prod. 3 bij akte overlegging producties van 22 maart 2017. Alleen het B-dossier bevat de volledige tekening (op A3-formaat).

7 Artikel 1 verwijst naar een op de tekening aangebrachte 'streep-streep-puntlijn'. De ligging daarvan, die niet ter discussie staat, is beter kenbaar uit de als prod. 1a bij akte overlegging producties overgelegde luchtfoto (weergegeven in rov. 2.6 van het bestreden arrest).

12 Zie onder andere randnr. 50-58 memorie van grieven; p. 2 proces-verbaal van de zitting van 4 november 2019 (onder 'De heer J. Niemans').

13 Randnr. 18-21 pleitnotities 4 november 2019.

14 Zie p. 4-5 proces-verbaal van de zitting van 5 maart 2019 (1^e streepje, onder 'De heer J. Niemans').

aangeduid als 'het noordelijke deel' respectievelijk 'het zuidelijke deel'.⁸

(iv) Na het sluiten van de overeenkomst heeft de Staat in het zuidelijke deel een overnachtingshaven ingericht, met vier drijvende steigers van circa 100 meter lang.

(v) De Staat heeft bij de toegangsgeul een bord geplaatst met de tekst 'Overnachtingshaven Haaf-ten', met daaronder een kleiner bord met de tekst 'lichtijd maximaal 3 x 24 uur'.

(vi) Tussen partijen zijn geschillen gerezen over de uitvoering van de overeenkomst, onder andere over de duur van het gebruik van de overnachtingshaven door binnenschippers. Over deze geschillen is een procedure gevoerd bij de Rechtbank Den Haag, die heeft geresulteerd in een eindvonnis van 27 november 1996.⁹ Daarbij is de Staat (onder meer) veroordeeld om de in rov. 24 van dat vonnis vermelde maatregelen te nemen, om te bereiken dat beroepschippers gedurende werkdagen overdag niet in de overnachtingshaven blijven liggen.¹⁰ Deze veroordeling is uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Op de nakoming ervan is geen dwangsom gesteld.

(vii) De eigenaar heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van 27 november 1996. Het hoger beroep is ambtshalve geroeyeerd. De Staat heeft geen maatregelen genomen om de onder (vi) omschreven veroordeling na te komen.

(viii) In 2011 heeft de Staat het voornemen opgevat de toegangsgeul te verbreden en de steigers te verlengen door de plaatsing van vier meerpalen op een afstand van circa 40 meter van de (drijvende) steigers.¹¹ Naar aanleiding van dit voornemen zijn partijen in overleg getreden over de toekomst van de haven, waarbij onder andere is gesproken over verwerving van de haven door de Staat of aanpassing van de erfdiensbaaierheid. Dit overleg heeft niet tot overeenstemming geleid.

(ix) Bij exploit van 22 november 2016¹² heeft de eigenaar het onder (vi) vermelde vonnis van 27 november 1996 aan de Staat doen betekenen. Bij brief van 29 december 2016¹³ heeft de eigenaar aan de Staat bericht dat het exploit dient ter stuiting van de verjaring,¹⁴ maar dat zij vooralsnog geen nakoming van het vonnis verlangt.

(x) In opdracht van de Staat heeft maritiem onderzoeksbureau MARIN onderzoek gedaan naar de manoeuvreerruimte in de haven, uitgaande van een gesimuleerde situatie waarin de steigers zijn verlengd met meerpalen. In het eindrapport van 5

juli 2016 is onder meer geconcludeerd dat de manoeuvreerruimte in die situatie 'voldoende' is en dat de verlenging van de steigers 'niet voor een beperking van de gebruiksmogelijkheden van de laaden loskade aan de noordzijde' zorgt.¹⁵

(xi) De Staat heeft onderzoek gedaan naar het gebruik van de overnachtingshaven. Volgens een memo van Rijkswaterstaat van 1 september 2017 is in een periode van 69 dagen 471 maal de scheidinglijn tussen het noordelijke en het zuidelijke deel van de haven overschreden door af- en aanmerende schepen.¹⁶

(xii) In 2017/2018 heeft de Staat (zoals voorgenomen in 2011) de toegangsgeul verbreed en meerpalen geplaatst op een afstand van circa 40 meter van de steigers. De meerpalen staan binnen het zuidelijke deel van de haven, waarop de erfdiensbaaierheid van de Staat rust.

1.2 In dit geding, ingeleid bij dagvaarding van 27 februari 2017, heeft de eigenaar in conventie een verklaring voor recht gevorderd dat het water in de haven niet openbaar is (petitum 1). Hierop voortbouwend heeft zij vorderingen ingesteld – een verklaring voor recht, een veroordeling tot schadevergoeding en een verbod – die berusten op het standpunt dat de Staat niet gerechtigd is tot het (doen) gebruiken van het noordelijke deel van de haven (petita 2-4). In het verlegde hiervan heeft de eigenaar – toegespitst op de door de Staat beoogde uitbreiding van de overnachtingshaven – een verbod gevorderd om de steigers zodanig te verlengen dat binnenschepen de overnachtingshaven slechts kunnen bereiken door gebruik te maken van het noordelijke deel, respectievelijk een bevel om een dergelijke verlenging (indien reeds gerealiseerd) ongedaan te maken, een en ander op straffe van een dwangsom (petitum 5). Verder heeft de eigenaar gevorderd dat de Staat, op straffe van een dwangsom, wordt bevolen tot het plaatsen van borden die schippers duidelijk maken dat het water in de haven niet openbaar is en dat zij uitsluitend gebruik mogen maken van het zuidelijke deel (petita 6-7). Ten slotte heeft de eigenaar gevorderd dat (alsnog) een dwangsom wordt verbonden aan de veroordeling tot het nemen van maatregelen als vermeld in rov. 24 van het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 27 november 1996 (petitum 8).¹⁷

In cassatie staan de onderdelen 5 en 8 van het petitum in conventie centraal (zie alinea 2.1 hierna).

1.3 De Staat heeft verweer gevoerd en in voorwaardelijke reconventie een verklaring voor recht gevorderd die strekt tot wijziging van de erfdiensbaaierheid, aldus dat in artikel 1 van de overeenkomst en de vestigingsakte de woorden 'voor de duur van de nacht' worden vervangen door de woorden 'voor de duur van de bij of krachtens het geldend recht

8 Ter vermijding van misverstand merk ik op dat er geen fysieke begrenzing bestaat tussen de beide delen. Vgl. het in rov. 2.13 geciteerde memo, dat spreekt van een 'denkbeeldige lijn'.

9 Prod. 8 bij akte overlegging producties van 22 maart 2017.

10 Zie rov. 24 van het vonnis, geciteerd in rov. 2.8 van het bestreden arrest.

11 Waar het hof spreekt over 'verlenging van de steigers', doelt het op de plaatsing van meerpalen in het verlegde van de steigers (vgl. rov. 5.19 van het bestreden arrest).

12 Prod. 23 bij akte overlegging producties van 22 maart 2017.

13 Prod. 26 bij akte overlegging producties van 22 maart 2017.

14 Vgl. art. 3:324 lid 1 BW (over verjaring van de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak).

15 Prod. 18 bij akte overlegging producties van 22 maart 2017 (geciteerd in rov. 2.12 van het bestreden arrest).

16 Prod. 14 bij MvA (geciteerd in rov. 2.13 van het bestreden arrest).

17 Zie rov. 3.1 van het bestreden arrest voor een nadere weergave van het petitum.

voorgeschreven periode, thans maximaal drie opeenvolgende dagen zoals vastgelegd in artikel 14.11 Rijnvaartpolitiereglement 1995.¹⁸

1.4 Bij vonnis van 28 maart 2018 heeft de Rechtbank Den Haag de vorderingen van de eigenaar in conventie afgewezen. Aan de vorderingen van de Staat in voorwaardelijke reconventie is de rechtbank niet toegekomen.

Volgens de rechtbank is de gehele haven openbaar (vaar)water geworden, doordat schepen regelmatig gebruik maken van het noordelijke deel van de haven om in het zuidelijke deel te kunnen aan- en afmeren, waarbij geldt dat het binnenvaren en liggen in de overnachtingshaven onderdeel uitmaken van het economisch verkeer van goederen te water (rov. 4.2). De publieke bestemming van de haven als openbaar (vaar)water brengt mee dat de eigenaar moet dulden dat het gewone verkeer van dit vaarwater gebruik maakt (rov. 4.4). Het varen en manoeuvreren in het noordelijke deel van de haven, om gebruik te maken van de overnachtingshaven in het zuidelijke deel, heeft te gelden als gewoon verkeer. Dat hierdoor geen andere gebruiksmogelijkheden van het noordelijke deel resteren, heeft de Staat afdoende bestreden onder verwijzing naar het rapport van MARIN, zodat niet kan worden gesproken van onrechtmatig handelen (rov. 4.5-4.6) of wanprestatie door de Staat (rov. 4.7). Er is dan ook geen grond om de Staat het gebruik van het noordelijke deel of de verlenging van de steigers in het zuidelijke deel te verbieden, respectievelijk om de Staat te bevelen borden te plaatsen die schippers duidelijk maken dat zij uitsluitend gebruik mogen maken van het zuidelijke deel (rov. 4.9). Verder is er, althans voor nu, geen aanleiding om een dwangsom te verbinden aan de veroordeling in het vonnis van 27 november 1996, nu de eigenaar nog in december 2016 nadrukkelijk heeft laten weten geen naleving door de Staat te verlangen van dat vonnis (rov. 4.10).¹⁹

1.5 De eigenaar heeft hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof Den Haag. Zij heeft, onder aanvoering van zes grieven, het geschil in volle omvang aan het hof voorgelegd.²⁰

1.6 Bij arrest van 21 januari 2020²¹ heeft het hof het bestreden vonnis vernietigd voor zover daarbij de onderdelen 5 en 8 van het petitum in conventie (betreffende de verlenging van de steigers en de aan het vonnis van 27 november 1996 te verbinden dwangsom) waren afgewezen. In zoverre opnieuw rechtdoende heeft het hof die vorderingen alsnog gedeeltelijk toegewezen, onder bekrachtiging van het vonnis voor het overige. Toegesplitst op

de onderdelen 5 en 8 van het petitum in conventie heeft het hof in het dictum:

- de Staat veroordeeld om de verlenging van de steigers met de meerpalen binnen vier maanden na de datum van het arrest ongedaan te maken, op straffe van een dwangsom van € 1.000 per dag;
- bepaald dat de Staat met ingang van een maand na de datum van het arrest een dwangsom verbeurt van € 1.000 per dag dat de Staat in gebreke blijft met de nakoming van de veroordeling tot het nemen van de in rov. 24 van het vonnis van 27 november 1996 vermelde maatregelen.

1.7 Aan deze beslissingen heeft het hof, samengevat en voor zover in cassatie van belang, het volgende ten grondslag gelegd.

De inzet van het geding (rov. 5.1-5.2)

- De eigenaar verzet zich op grond van haar eigendomsrecht en de overeenkomst tegen de verlenging van de steigers in de overnachtingshaven, die volgens de eigenaar zal leiden tot een intensiever gebruik van het noordelijke deel (rov. 5.1).
- Het gaat in dit verband niet om de eigendom van het water, maar om de gebruiksbevoegdheid van de eigenaar uit hoofde van de eigendom van de grond onder de haven (art. 5:21 lid 1 BW) (rov. 5.2).

De publieke bestemming van de haven als openbaar vaarwater (rov. 5.3-5.7)

- Blijkens de wetgeschiedenis is openbaar water 'ieder water dat voor enig gebruik openstaat voor het publiek'. Openbaar vaarwater is water dat specifiek openstaat voor gebruik als vaarwater (rov. 5.3)
- Bij gebreke van een wettelijke regeling van openbare (vaar)wateren kan het openbare karakter van een vaarwater worden afgeleid uit de bestemming die de rechthebbende eraan heeft gegeven of uit het feitelijk gebruik ervan. De publieke bestemming van een openbaar vaarwater brengt mee dat de eigenaar moet dulden dat het gewone verkeer van dit vaarwater gebruik maakt (rov. 5.4).

- Gelet op de maximale vaar- en rusttijden uit de Binnenvaartwet staat het gebruik van de overnachtingshavens in zodanig verband met de beroepsvaart op de Waal, dat het geacht moet worden daarvan deel uit te maken. De beroepsvaart op de Waal behoort ontegenzeggelijk tot het gewone economische verkeer. In het verlengde van de Waal moeten dus ook de overnachtingshavens als openbaar vaarwater worden aangemerkt (rov. 5.5).

- Door het zuidelijke deel van de haven met de erfdienstbaarheid open te stellen voor de vestiging van een overnachtingshaven, heeft de eigenaar het zuidelijke deel een bestemming als openbaar vaarwater gegeven. Voor zover het noordelijke deel wordt gebruikt om te kunnen afmeren in de overnachtingshaven, staat dat gebruik in onlosmakelijk verband met het gebruik van de overnachtingshaven, en daarmee met het gewone economische verkeer op de Waal. In zoverre moet ook het noordelijke deel van de haven als openbaar vaarwater worden aangemerkt (rov. 5.6).

- Uit het voorgaande volgt dat het gebruik van het zuidelijke en het noordelijke deel voor overnachting

18 Zie rov. 3.2 van het bestreden arrest en CvA in conventie, tevens voorwaardelijke eis in reconventie, nr. 103 e.v. (met in nr. 106 de voorwaarde, te weten dat in conventie zou worden geoordeeld dat schippers gedurende werkdagen overdag niet in de overnachtingshaven mogen liggen).

19 Rb. Den Haag 28 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:3401.

20 Vgl. de weergave van de grieven in rov. 5.1, 5.13, 5.14 en 5.17 van het bestreden arrest.

21 Hof Den Haag 21 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:26.

in de overnachtingshaven moet worden aange-merkt als gewoon gebruik van openbaar vaarwater dat de eigenaar heeft te dulden (rov. 5.7).

De bevoegdheid van de eigenaar om zich te verzetten tegen de verlenging van de steigers (rov. 5.8-5.12)

- Het hof neemt tot uitgangspunt dat als gevolg van de verlenging van de steigers zowel het aantal overschrijdingen van de scheidingslijn als de mate van overschrijding aanzienlijk zullen toenemen. De Staat heeft dit uitgangspunt, dat het hof ontleent aan een door de eigenaar in het geding gebracht rapport van Arcadis van 26 oktober 2018,²² niet bestreden (rov. 5.8).

- De eigenaar kan zich niet verzetten tegen een gebruik van haar eigendom dat valt binnen de erfdiensbaarheid. Voor zover het gebruik van het noordelijke deel vóór de plaatsing van de meerpalen noodzakelijk was om de overnachtingshaven te bereiken, is de erfdiensbaarheid zich door de wijze van uitoefening ook tot het noordelijke deel gaan uitstrekken (art. 5:73 lid 1 BW) (rov. 5.9).

- Door de verlenging van de steigers met de meerpalen is echter een nieuwe situatie ontstaan. Blijkens het rapport van Arcadis kunnen dientengevolge twee scenario's voor het gebruik van het noordelijke deel — de opslag van schepen en de plaatsing van een drijvende aanmeervoorziening — geen doorgang vinden. De Staat kan niet aan de eigenaar tegenwerpen dat Rijkswaterstaat als nautische beheerder van de overnachtingshaven geen toestemming zal geven voor het realiseren van deze scenario's wegens hinder voor de schepen die gebruik willen maken van de overnachtingshaven, voor zover deze hinder zijn oorsprong vindt in de toename van het gebruik van het noordelijke deel als gevolg van de verlenging van de steigers met de meerpalen (rov. 5.10).

- Bij het voorgaande komt dat de eigenaar zich tegen een aantasting van haar eigendomsrecht kan verzetten zonder dat op voorhand komt vast te staan welke vormen van exploitatie door die aantasting worden belemmerd. Dat zou anders kunnen zijn indien de eigenaar, door zich tegen de verlenging van de steigers te verzetten, misbruik van recht maakt. Dat heeft de Staat echter niet aangevoerd (rov. 5.10).

- Op grond van het voorgaande gaat het hof ervan uit dat de verlenging van de steigers met de meerpalen zal leiden tot een verzwaring van de erfdiensbaarheid rustend op het noordelijke deel. Uit de overeenkomst kan niet voortvloeien dat de eigenaar met deze verzwaring heeft ingestemd. Ook uit de kennelijke functie van de overnachtingshaven vloeit niet voort dat de eigenaar deze verzwaring van de erfdiensbaarheid moet dulden (rov. 5.11).

- Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de eigenaar zich op grond van haar eigendomsrecht kan verzetten tegen de verlenging van de steigers met de meerpalen, vanwege de intensivering van het gebruik van het noordelijke deel die daarvan het ge-

volg is. Hieraan doet de kwalificatie van het noordelijke deel als openbaar vaarwater niet af. Ook (de formele rechtskracht van) de omgevingsvergunning voor de plaatsing van de meerpalen²³ staat er niet aan in de weg dat de eigenaar zich op haar eigendomsrecht beroept (rov. 5.12).

De nakoming van het vonnis van 27 november 1996 (rov. 5.14-5.16)

- In het vonnis van 27 november 1996 is de rechtbank (na bewijslevering) ervan uitgegaan dat artikel 1 van de overeenkomst zich verzet tegen het gebruik van de overnachtingshaven overdag (rov. 5.14).

- Het feit dat de eigenaar in december 2016 geen nakoming van het vonnis verlangde, belet haar niet om in dit geding alsnog het opleggen van een dwangsom te vorderen (rov. 5.15).

- Het beroep van de Staat op art. 14.11 lid 1 onder g van het Rijnvaartpolitiereglement doet aan het voorgaande niet af. Uit deze bepaling volgt niet dat schepen 3 x 24 uur in de overnachtingshaven moeten kunnen liggen. Bovendien heeft de Staat geen rechtsmiddel aangewend tegen het vonnis van 27 november 1996, zodat dat vonnis tot uitgangspunt dient. Hierop stuit ook het verweer van de Staat af dat het publiek belang vergt dat schippers 3 x 24 uur in de overnachtingshaven moeten kunnen blijven liggen. Daarnaast valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien waarom het publiek belang dit vergt (rov. 5.16).

- Het verweer van de Staat dat de eigenaar geen belang heeft bij de nakoming van de veroordeling in het vonnis van 27 november 1996, omdat zij er geen enkel nadeel van ondervindt als schippers 3 x 24 uur in de overnachtingshaven blijven liggen, faalt eveneens. De rechtbank heeft het belang van de eigenaar bij de nakoming van artikel 1 van de overeenkomst — het behoud van de privacy en de rust in de haven en het aanliggende industrieterrein, respectievelijk de waarde van het terrein — reeds in aanmerking genomen in een eerder tussenvonnis van 16 oktober 1991.²⁴ De Staat heeft niet aangevoerd dat de betreffende overweging van de rechtbank op een kennelijke misslag berust of dat zich nieuwe feiten hebben voorgedaan waardoor nu anders over het belang bij de nakoming van deze verplichting moet worden geoordeeld (rov. 5.16).

De reconventionele vordering (rov. 5.18)

- Omdat het hof een dwangsom zal verbinden aan de veroordeling in het vonnis van 27 november 1996, moet de voorwaardelijke reconventionele vordering van de Staat worden beoordeeld. De Staat vordert om voor recht te verklaren dat artikel 1 van de overeenkomst zo komt te luiden dat schepen gedurende maximaal drie opeenvolgende dagen in de overnachtingshaven mogen blijven liggen, zoals vastgelegd in art. 14.11 van het Rijnvaartpolitiereg-

²³ De omgevingsvergunning d.d. 27 maart 2017 is in het geding gebracht als prod. 12 bij brief van 26 april 2017 namens de Staat.

²⁴ Prod. 6 bij akte overlegging producties van 22 maart 2017.

²² Prod. 1 bij MvG.

ment. Deze vordering stuit af op hetgeen het hof in rov. 5.16 heeft overwogen omtrent de strekking van genoemd art. 14.11 (rov. 5.18).

1.8 De Staat heeft bij procesinleiding van 10 april 2020 — en daarmee tijdig — cassatieberoep ingesteld. De eigenaar heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep en voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten, gevolgd door re- en dupliek.

2 Bespreking van het principale cassatiemiddel

2.1 Het principale cassatiemiddel bestaat uit acht onderdelen. De *onderdelen 1 tot en met 6* stellen de kern van het geschil aan de orde:²⁵ de vraag of de eigenaar zich — ondanks de publieke bestemming van de haven als openbaar vaarwater — kan verzetten tegen de verlenging van de steigers met de meerpalen. *Onderdeel 7* betreft de dwangsommen die het hof heeft verbonden aan de veroordeling in het vonnis van 27 november 1996. Die veroordeling betrof een ander geschilpunt: de vraag of de Staat op grond van artikel 1 van de overeenkomst en de vestigingsakte — dat spreekt over gebruik van de overnachtingshavens 'voor de duur van de nacht' — maatregelen dient te treffen om te bereiken dat beroepsschippers gedurende werkdagen overdag niet in de overnachtingshavens blijven liggen. *Onderdeel 8* behelst een voortbouwende klacht die geen bespreking behoeft.

De publieke bestemming als openbaar vaarwater (*onderdeel 1*)

2.2 *Onderdeel 1.1* is gericht tegen rov. 5.6 en 5.7, waar het hof oordeelt dat het noordelijke deel van de haven slechts als openbaar vaarwater heeft te gelden, en de eigenaar het gebruik daarvan slechts heeft te dulden, voor zover het noordelijke deel wordt gebruikt om te kunnen afmeren in de overnachtingshavens. Volgens de Staat miskent het hof hiermee dat, indien ook het noordelijke deel van de haven²⁶ openbaar vaarwater is, 'al het gebruik daarvan in overeenstemming met de openbare bestemming geoorloofd is'. Daarmee is niet alleen het gebruik om te kunnen afmeren in het zuidelijke deel geoorloofd, maar ook 'ander gebruik in overeenstemming met de openbare bestemming', zoals 'het manoeuvreren in het noordelijk deel' of 'het even stilliggen aan de auto-afzetsteiger'.²⁷ Volgens de toelichting bij de klacht is het hof uitgegaan van 'verschillende vormen van openbaarheid of van ge-

woon gebruik'. De Staat acht dat onjuist: binnen het gewoon gebruik kan volgens de Staat 'niet verder worden gedifferentieerd'.²⁸

2.3 Ter inleiding merk ik het volgende op. Verschillende bepalingen van het Burgerlijk Wetboek hebben betrekking op openbare zaken. Zo is in art. 5:25 e.v. BW de eigendom van openbare zaken geregeld: de zeebodem (art. 5:25 BW), de zeestranden (art. 5:26 BW), de grond waarop zich openbare vaarwateren bevinden (art. 5:27 BW) en andere openbare onroerende zaken (art. 5:28 BW). Art. 5:33 lid 1 BW voorziet in een regeling voor gevallen van verplaatsing van de oeverlijn van een openbaar water na een grensvastlegging als bedoeld in art. 5:30 e.v. BW. In titel 5.4 BW zijn burennrechtelijke bevoegdheden en verplichtingen ten aanzien van openbare wegen en openbare wateren neergelegd (artt. 5:40, 5:42 lid 1, 5:49 lid 2, 5:50 lid 2, 5:52 en 5:57 BW).

2.4 Het Burgerlijk Wetboek bepaalt echter niet onder welke voorwaarden een zaak als 'openbaar' is aan te merken en wat daarvan (in algemene zin) de rechtsgevolgen zijn. De wetgever heeft er bewust van afgezien om 'een algemene regeling te geven van de ten openbare dienste bestemde zaken'. Hij achtte het beter om hiervoor bijzondere wetten tot stand te brengen. Hij verwees in dit verband naar de bijzondere regeling voor openbare wegen in de Wegenwet. De gedachte dat die regeling naar analogie zou kunnen worden toegepast op andere openbare zaken, met name waterwegen, heeft de wetgever uitdrukkelijk van de hand gewezen. Volgens de wetgever kunnen de achterliggende vragen — de vraag hoe de publieke bestemming ontstaat en tenietgaat, en wat de rechtsgevolgen van deze bestemming zijn — 'niet op gelijke wijze worden beantwoord bij land- en waterwegen'.²⁹ In de literatuur wordt dit standpunt onderschreven.³⁰

2.5 De vraag hoe de *publieke bestemming* van openbare zaken ontstaat (bij gebreke van een bijzondere regeling als art. 4 Wegenwet) wordt beantwoord in de Toelichting Meijers bij art. 5:28 BW. Voor de toepasselijkheid van dit artikel — dat een bewijsvermoeden voor de eigendom van openbare onroerende zaken behelst — is nodig dat de zaak door een openbaar lichaam wordt onderhouden en dat de zaak openbaar is. Aan dit laatste vereiste is volgens de wetgever voldaan als de zaak 'feitelijk openbaar is, d.w.z. dat in beginsel een ieder van de zaak gebruik kan maken'.³¹ Dienovereenkomstig wordt in de literatuur aangenomen dat de publieke bestemming van openbare zaken (niet zijnde openbare wegen) ontstaat door *feitelijk gebruik* als zoda-

25 Vgl. rov. 5.1, eerste volzin, van het bestreden arrest.

26 De procesinleiding namens de Staat spreekt consequent over 'het noordelijk deel van de overnachtingshavens'. Bedoeld is: 'het noordelijke deel van de haven' (de overnachtingshavens ligt in het zuidelijke deel).

27 Bedoeld is een steiger aan de westzijde van de overnachtingshavens, binnen de grens van de erfdiensbaarheid, die is bedoeld voor schippers om hun auto te lossen (vgl. MvA, nr. 19).

28 Zie nr. 3.1.6 van de ST namens de Staat.

29 TM (ad art. 5:28 BW), *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, 1981, p. 141.

30 Zie Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/102; G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b), Deventer: Kluwer 2016, nr. 8b.

31 TM (ad art. 5:28 BW), *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, 1981, p. 141.

nig.³² Of de openbaarheid tevens kan ontstaan door een *bestemmingshandeling* van de eigenaar (zoals bij wegen op grond van art. 4 lid 1 onder III Wegenwet)³³ en of de overheid daarbij betrokken dient te zijn (zoals bij wegen op grond van art. 5 lid 1 Wegenwet), is niet geheel duidelijk.³⁴

2.6 De vraag welke *gevolgen* de publieke bestemming heeft voor de rechtspositie van de eigenaar van een openbare zaak (bij gebreke van een bijzondere regeling als art. 5:22 (slot) BW jo. art. 14 Wegenwet), wordt voor openbare wateren beantwoord in art. 5:33 lid 1 BW en de bijbehorende toelichting. Dit artikelid bepaalt dat, indien de oeverlijn van een openbaar water zich landinwaarts verplaatst nadat de grens is vastgelegd, de eigenaar van het overspoelde erf 'het gebruik van het water overeenkomstig de bestemming' moet dulden. De Toelichting Meijers vermeldt hierbij dat 'de zwaarte van het onus publicum voor de eigenaar' zal afhangen van 'de bestemming van het openbaar water'.³⁵ Die bestemming wordt, zoals gezegd, door het feitelijke gebruik ervan bepaald. Dienovereenkomstig wordt in de literatuur aangenomen dat (ook) de invulling van de op de eigenaar van openbare zaken rustende *duldplicht* — het voornaamste rechtsgevolg van de publieke bestemming — door het feitelijke gebruik van de zaak wordt bepaald. De literatuur spreekt in dit verband van 'normaal', 'gewoon' of 'algemeen' gebruik (dat de eigenaar moet dulden), ter onderscheiding van 'bijzonder' gebruik (dat de eigenaar kan verbieden of beperken).³⁶ Sommige auteurs merken op dat de publieke bestemming en de duldplicht een circulair karakter hebben: beide

worden uiteindelijk bepaald door het feitelijke gebruik van de zaak.³⁷

2.7 Toegesplitst op openbare waterpercelen is in de wetsgeschiedenis onderscheid gemaakt tussen openbare wateren enerzijds en openbare vaarwateren anderzijds.³⁸ Onder 'openbaar water' verstaat de wetgever 'ieder water, dat voor enig gebruik openstaat voor het publiek'. Naar gelang van het type gebruik onderscheidt de wetgever drie categorieën van openbare wateren. De eerste categorie — waarom het in deze zaak gaat — betreft de openbare vaarwateren. Deze categorie correspondeert met het in art. 577 (oud) BW gebruikte begrip 'bevaarbare stromen'.³⁹ De wetgever omschrijft deze categorie, onder verwijzing naar een arrest van de Hoge Raad uit 1951,⁴⁰ als: 'de verkeerswegen te water, dat zijn die stromen die met enige duurzaamheid en frequentie voor het economisch vervoer van goederen en personen worden gebezigd'.⁴¹ Hieronder begrijpt de wetgever overigens ook de gedeelten van waterwegen die 'in verband met ondiepte feitelijk niet bevaarbaar zijn'.⁴² De overige categorieën van openbare wateren — die voor deze zaak van minder belang zijn — betreffen enerzijds de stromen die slechts door pleziervaartuigen worden bevaren alsmede de niet-stromende wateren, die openstaan voor beroeps- of pleziervaart, en anderzijds de wateren waar schepen en jachten niet kunnen komen, maar die toch voor het publiek toegankelijk zijn, bijvoorbeeld om er te vissen of te zwemmen.⁴³

2.8 Uit de hiervoor besproken wetsgeschiedenis — en het ontbreken van bijzondere wetgeving⁴⁴ — wordt afgeleid dat de wetgever de invulling van de publieke bestemming van openbare (vaar)wateren en de daaruit voortvloeiende duldplicht van de eigenaar aan de rechtspraak heeft willen overlaten.⁴⁵ De Hoge Raad laat hier op zijn beurt veel vrijheid aan de feitenrechter.⁴⁶ Zo aanvaardde de Hoge Raad dat de publieke bestemming van een openbaar vaarwater als 'feit van algemene bekend-

32 Zie G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 116-117; H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 28, 34; G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b), Deventer: Kluwer 2016, nr. 8b; F.J. Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:27 BW (2020), aant. 2.

33 Een dergelijke bestemmingshandeling staat overigens los van de publiekrechtelijke bestemming van de zaak. Zie bijv. G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 108 e.v.

34 Zie *bevestigend* G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 115-116. Zie *terughoudend* H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 33 e.v.; P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Kluwer 2019, p. 517. Zie *ontkennd* H.E. Bröring en K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht. Deel 1*, Den Haag: BJU 2019, p. 571. Zie eveneens *ontkennd* (m.b.t. wegen vóór de invoering van de Wegenwet) HR (Strafkamer) 29 oktober 1928, NJ 1928/1548, m.nt. J.V. van Djick.

35 TM (ad art. 5:33 BW), *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, 1981, p. 166.

36 Zie H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 70 e.v.; G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b), Deventer: Kluwer 2016, nr. 8a; P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Kluwer 2019, p. 525 e.v.

37 Zie H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Gst. 1992-6952*, 5, onder 3; G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 145, 180.

38 Zie bijv. *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, 1981, p. 138 (MVT art. 5:27 BW) en p. 140 (MvA II en MO ad art. 5:27 BW).

39 Art. 577 (oud) BW bepaalde, voor zover hier van belang, dat aan de Staat toebehoren 'de bevaarbare en vlotbare stroomen en rivieren met hunne oevers (...) gelijk ook de havens en reeden; onverminderd de door titel of bezit verkregen regten van bijzondere personen of gemeenschappen.'

40 HR 12 juni 1951, ECLI:NL:HR:1951:35, NJ 1951/616 (*Elfhoevenplas*), m.b.t. het tweede en derde middel.

41 TM (ad art. 5:33 BW), *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, 1981, p. 166.

42 MvA II (ad art. 5:27 BW), *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, 1981, p. 140.

43 TM (ad art. 5:33 BW), *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, 1981, p. 166.

44 Zie voor een bespreking van publiekrechtelijke waterwetgeving (die vooral het *beheer* van openbare wateren betreft) P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Kluwer 2019, p. 560 e.v.

45 Zie G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b), Deventer: Kluwer 2016, nr. 7; F.J. Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:22 BW (2020), aant. 2.7.

46 Vgl. de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 12 juni 1951, NJ 1951/616 (*Elfhoevenplas*).

heid' werd aangemerkt.⁴⁷ Met betrekking tot de duldplicht van de eigenaar lijkt de Hoge Raad als ondergrens te hanteren dat in ieder geval het gebruik van vaarwater door het 'gewone verkeer' moet worden geduld.⁴⁸ Daartoe behoort volgens de Hoge Raad ook het gebruik 'dat met dit verkeer in zodanig verband staat dat het geacht moet worden daarvan deel uit te maken'.⁴⁹ De concrete invulling van een en ander laat de Hoge Raad aan de feitenrechter over.⁵⁰ Zo verenigde hij zich met:

- het oordeel dat tot het normale, door de eigenaar te dulden gebruik van een vaarwater wel behoort het 'tijdelijk daarin stilliggen' voor verkeersdoeleinden, maar niet het 'blijvend ligplaats innemen' voor het uitoefenen van een bedrijf ('parlevinken');⁵¹
- het oordeel dat de 'bevaring door pleziervaartuigen en door schepen voor het houden van rondvaarten' niet in aanmerking komt bij de vaststelling van het gebruik dat nodig is om een vaarwater als openbaar (namelijk als 'bevaarbare stroom' in de zin van art. 577 (oud) BW) te kunnen aanmerken;⁵²
- een plaatsgebonden invulling⁵³ van de duldplicht van de eigenaar van een openbaar vaarwater in Giethoorn: de vraag of deze duldplicht ook het aanmerken en laten stilliggen van rondvaartboten omvatte, kon de feitenrechter volgens de Hoge Raad per gracht verschillend beantwoorden, afhankelijk van de gronden waarop de desbetreffende eigenaar het vaarverkeer ter plaatse had toegelaten;⁵⁴
- het oordeel dat tot het normale, door de eigenaar te dulden gebruik van een vaarwater wel behoort het 'ankeren voor strikte verkeersdoeleinden', maar niet het 'ankeren voor recreatieve doeleinden' (de hengelsport);⁵⁵
- het oordeel dat 'het varen met de door [een gebruiker] geëxploiteerde plezierboot als gewoon waterverkeer' heeft te gelden, met de kanttekening dat

dit oordeel 'verder niet op zijn juistheid kan worden getoetst'.⁵⁶

2.9 Tot besluit van deze inleidende opmerkingen maak ik enkele kanttekeningen vanuit goederenrechtelijk perspectief. Art. 5:20 lid 1, aanhef en onder d, BW bepaalt dat de eigendom van de grond mede het water omvat dat zich op de grond bevindt, mits het 'niet in open gemeenschap met water op eens anders erf staat'. Tegen deze achtergrond wordt aangenomen dat stromend water in rivieren, kanalen, havens en dergelijke geen voorwerp van eigendom kan zijn.⁵⁷ Zo beschouwd kan men niet spreken van eigendom van openbaar vaarwater.⁵⁸ Het eigendomsrecht omvat slechts de ondergrond. Dit laat onverlet dat de eigenaar van de grond waarop zich een openbaar vaarwater bevindt, zich uit hoofde van zijn gebruiksrecht (art. 5:21 BW) in beginsel ook kan verzetten tegen het gebruik van de ruimte boven de grond, en dus van het water (art. 5:22 BW).⁵⁹ De publieke bestemming van het openbaar vaarwater brengt evenwel mee dat het gebruiksrecht in zoverre is beperkt, dat de eigenaar het normale gebruik van het vaarwater – dat wil zeggen het gebruik overeenkomstig de publieke bestemming ervan (zie alinea 2.6) – heeft te dulden. Aangenomen wordt dat art. 5:1 lid 2 BW de grondslag vormt van deze publiekrechtelijke beperking van het eigendomsrecht.⁶⁰

2.10 Ik keer nu terug naar de rechtsklacht van onderdeel 1.1. Aan de steller van het middel kan worden toegegeven dat het hof zich in rov. 5.6 en 5.7 minder gelukkig uitdrukt, door te suggereren dat het noordelijke deel van de haven minder openbaar is dan het zuidelijke deel.⁶¹ Vast staat dat het noordelijke deel van de haven reeds vóór de verlenging van de steigers met de meerpalen regelmatig werd gebruikt om te kunnen afmeren in de overnachtingshaven (rov. 5.6). Dat gebruik staat evenzeer in verband met het gewone economische verkeer op de Waal als het gebruik van de overnachtingshaven zelf (rov. 5.5). Zowel voor het noordelijke als voor het zuidelijke deel geldt daarom dat de eigenaar het gebruik daarvan heeft te dulden voor zover dit nodig is om gebruik te kunnen maken van de overnachtingshaven (als onderdeel van het gewone economische verkeer op de Waal). Dit is ook de slotsom die het hof in rov. 5.7 heeft bereikt, met zijn overwe-

47 HR 5 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0627, NJ 1992/539 (Spaanse water), rov. 3.3.

48 Vgl. voor openbare wegen naar ongeschreven Arubaans recht HR 3 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3889, NJ 2010/472 (Carrentals/AAA), rov. 3.4.1.

49 HR 22 juni 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5347, NJ 1973/503, m.nt. K. Wiersma (Hengelsport), m.b.t. het eerste middel. Zie eerder in gelijke zin HR 17 januari 1941, NJ 1941/644, m.nt. P. Scholten (Parlevinker).

50 Zie voor een inventarisatie bijv. P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Kluwer 2019, p. 561.

51 HR 17 januari 1941, NJ 1941/644, m.nt. P. Scholten (Parlevinker).

52 HR 12 juni 1951, ECLI:NL:HR:1951:35, NJ 1951/616 (Elfoevenplas), m.b.t. het tweede en derde middel.

53 Zie over de rol van plaatselijk gebruik bijv. G.A. van der Veen, *Openbare zaken* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Wilink 1997, p. 143; P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Kluwer 2019, p. 528. Vgl. ook Rb. Amsterdams (pres.) 19 april 1990, Gsr. 1990/6905, 6, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, rov. 5: het varen met rondvaartboten in de IJ-haven is geen gewoon vaarverkeer, nu deze haven daarvoor niet is bedoeld.

54 HR 18 juni 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4581, NJ 1966/474, m.nt. J.H. Beekhuis (Giethoorn), m.b.t. het eerste middelonderdeel. Vgl. kritisch de NJ-annotatie van J.H. Beekhuis.

55 HR 22 juni 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5347, NJ 1973/503, m.nt. K. Wiersma (Hengelsport), m.b.t. het eerste middel.

56 HR 5 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0627, NJ 1992/539 (Spaanse water), rov. 3.3.

57 Zie bijv. *Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/96-97. Vgl. ook rov. 5.2 van het bestreden arrest.

58 Korthedshalve zal ik hierna niet steeds expliciet onderscheid maken tussen de eigendom van de grond en van het water (nu de eigendomsvraag in deze zaak niet ter discussie staat).

59 MvA II (ad art. 5:20 BW), *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, 1981, p. 122-123.

60 Zie bijv. P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Kluwer 2019, p. 516.

61 Deze suggestie gaat m.n. uit van rov. 5.7, eerste volzin, waar het hof het zuidelijke deel zonder meer als openbaar aanmerkt, en het noordelijke deel slechts 'voor zover het wordt gebruikt door schepen die afmeren in de overnachtingshaven'.

ging 'dat het gebruik van beide delen voor overnachting in de overnachtingshaven moet worden aangemerkt als gewoon gebruik van dit openbaar vaarwater dat [de eigenaar] als eigenares heeft te dulden'.

2.11 Gelet op het voorgaande faalt de klacht, althans heeft de Staat geen belang bij gegrondbevinding ervan. Het gaat in dit geding om de op de eigenaar rustende duldplicht. De invulling daarvan door het hof getuigt, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, niet van een onjuiste rechtsopvatting. Voor zover het onderdeel wil betogen dat het hof de duldplicht van de eigenaar niet had mogen beperken tot het gebruik van de haven om te kunnen overnachten in de overnachtingshaven, faalt dat betoog. Buiten kijf staat dat in de haven geen sprake is van 'gewoon vaarverkeer' in de zin van de hiervoor onder 2.8 besproken rechtspraak. De haven heeft een daarvan afgeleide publieke bestemming: zij wordt gebruikt voor een nevendoel dat onlosmakelijk verbonden is met het gewone economische verkeer op de Waal, namelijk overnachting in overnachtingshaven (rov. 5.5). Dat het hof de duldplicht van de eigenaar daartoe beperkt heeft geacht, is niet onjuist of onbegrijpelijk.

2.12 *Onderdeel 1.2* is voorgesteld onder de voorwaarde dat in het incidentele cassatieberoep met succes wordt opgekomen tegen de kwalificatie van de haven⁶² als openbaar vaarwater. Naar mijn mening is die voorwaarde niet vervuld (zie alinea 3.1 e.v. hierna). Ten overvloede bespreek ik de klacht.

2.13 De klacht is kennelijk met name gericht tegen de tweede volzin van rov. 5.6, waar het hof overweegt dat de eigenaar ten aanzien van het noordelijke deel van de haven, anders dan ten aanzien van het zuidelijke deel, 'geen bestemmingshandeling' heeft verricht. Geklaagd wordt dat het hof hiermee miskent dat de openbare bestemming 'niet zou kunnen ontstaan door bestemming door [de eigenaar]'. In verband hiermee zou ook 's hofs oordeel in rov. 5.4 (tweede volzin: over de bestemming tot openbaar vaarwater in het algemeen) en rov. 5.6 (eerste volzin: over de bestemming tot openbaar vaarwater van het zuidelijke deel van de haven) rechtens onjuist zijn.

2.14 Men kan erover twisten of openbaar (vaar)water reeds kan ontstaan door een enkele bestemmingshandeling van de eigenaar (zie alinea 2.5).⁶³ Het feitelijke karakter van de openbaarheid, dat in de wetgeschiedenis is benadrukt, lijkt hiertegen te pleiten: een water dat zich bijvoorbeeld achter een afgesloten perceel of een natuurlijke barrière bevindt, is niet feitelijk toegankelijk voor het publiek door de enkele bestemming daarvan als openbaar (vaar)water door de eigenaar. Men bedenke hierbij dat de status van openbaar (vaar)water in

beginsel gepaard gaat met een onderhoudsplicht voor de overheid.⁶⁴

2.15 Hoe dan ook kan de klacht niet tot cassatie leiden. De Staat beroept zich in dit geding niet op openbaarheid van de haven als gevolg van een bestemmingshandeling door de eigenaar. Integendeel: de Staat heeft in appel uitdrukkelijk betwist dat openbaar vaarwater door bestemming kan ontstaan.⁶⁵ Ook volgens het onderdeel wil de Staat betogen dat de haven openbaar is geworden 'door het (feitelijk) gebruik als openbaar vaarwater met enige duurzaamheid en frequentie'. Dat betoog heeft het hof in rov. 5.6 en 5.7 behandeld en gehonoreerd. De Staat mist dus belang bij gegrondbevinding van deze klacht.

2.16 Ik kom tot de slotsom dat onderdeel 1 tevergeefs is voorgesteld.

De gevolgen van de publieke bestemming voor de rechtspositie van de eigenaar (onderdelen 2 tot en met 6)

2.17 *Onderdeel 2.1* is gericht tegen rov. 5.8, waar het hof in navolging van Arcadis, de deskundige van de eigenaar, tot uitgangspunt neemt dat als gevolg van de verlenging van de steigers (kort samengevat) intensiever gebruik zal worden gemaakt van het noordelijke deel van de haven. Het hof stelt vast dat de Staat dit uitgangspunt niet bestreden heeft. De Staat klaagt dat hij dit wél heeft gedaan. Hij verwijst naar stellingen die inhielden dat de grens tussen het noordelijke en het zuidelijke deel al decennia wordt overschreden en dat de verlenging van de steigers met de meerpalen hierin geen verandering heeft gebracht. In het licht daarvan zou het door het hof gehanteerde uitgangspunt onbegrijpelijk zijn.

2.18 Deze klacht faalt. Het bestreden oordeel berust op een waardering van de over en weer door partijen ingenomen stellingen, die – ook in het licht van de door de Staat genoemde stellingen – niet onbegrijpelijk is. Het hof heeft in rov. 5.6, bij de vaststelling van het openbare karakter van de haven, uitdrukkelijk onderkend dat de scheidingslijn tussen het noordelijke en het zuidelijke deel vóór de verlenging van de steigers al regelmatig werd overschreden. Het hof verwijst in dit verband naar een registratie die de Staat in eerste aanleg in het geding heeft gebracht.⁶⁶ Daaruit blijkt, zoals het hof opmerkt in rov. 5.6, dat de scheidingslijn in een meetperiode van tien weken in 2017 – vóór de verlenging van de steigers⁶⁷ – werd overschreden door 38% van de schepen die gebruik maakten van de overnachtingshaven. In de oude situatie vond dus in de meerderheid van de gevallen géén overschrijding plaats.

62 Het middelonderdeel spreekt over 'de overnachtingshaven', maar blijkens nr. 3.1.8 van de ST namens de Staat is de (hele) haven bedoeld (vgl. voetnoot 26 hiervoor).

63 Anders dan het hof in rov. 5.4 suggereert, volgt dit m.i. niet uit HR (Belastingkamer) 5 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI5786, BNB 2004/23, m.nt. W.J.N.M. Snooijink.

64 Vgl. de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 3 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3889, NJ 2010/472 (*Carrentals/AAA*), onder 2.7.

65 MvA, nr. 54.

66 Prod. 16 bij brief van 30 oktober 2017 namens de Staat.

67 MvG, nr. 52.

2.19 In het rapport van Arcadis,⁶⁸ waarnaar het hof in rov. 5.8 verwijst, is gemotiveerd uiteengezet dat door de verlenging van de steigers met de meerpalen zowel het aantal overschrijdingen als de mate van overschrijding aanzienlijk zullen toenemen. Meer concreet vermeldt Arcadis op pagina 11 van het rapport, de vindplaats die het hof noemt in rov. 5.8,⁶⁹ dat in de nieuwe situatie een overschrijding van de grenslijn voor schepen met een lengte van 80 tot 85 meter en langer 'bij 100% van de manoeuvres noodzakelijk' is, terwijl dit in de oude situatie alleen voor schepen met een lengte van 105 en 110 meter 'onder bepaalde condities noodzakelijk' was. Een en ander heeft de Staat op de genoemde vindplaatsen niet (gemotiveerd) bestreden.⁷⁰

2.20 Afgezien van het voorgaande ligt het naar mijn mening ook zonder wetenschappelijke onderbouwing voor de hand dat het plaatsen van vier meerpalen op een afstand van circa 40 meter van de steigers tot een beperking van de manoeuvreerruimte in de overnachtingshaven leidt, en daarmee – gegeven de voorheen al frequent plaatsvindende overschrijdingen – tot een (nog) intensiever gebruik van het noordelijke deel van de haven.⁷¹ Het onderdeel bestrijdt dus een motivering die het hof achterwege had kunnen laten, zonder afbreuk te doen aan de begrijpelijkheid van het gehanteerde uitgangspunt.

2.21 *Onderdeel 2.2* behelst een voortbouwende klacht die zelfstandige betekenis mist. Ik kom tot de slotsom dat onderdeel 2 geen doel treft.

2.22 *Onderdeel 3.1* is gericht tegen rov. 5.9. Daar oordeelt het hof dat de eigenaar zich niet kan verzetten tegen het gebruik van het noordelijke deel voor zover dat vóór de plaatsing van de meerpalen noodzakelijk was om de overnachtingshaven te bereiken, omdat de erfdiensbaarheid zich in zoverre ook tot het noordelijke deel is gaan uitstrekken. Volgens de Staat miskent het hof hiermee dat (ook) het noordelijke deel openbaar vaarwater is waarvan op normale wijze gebruik kan worden gemaakt, ongeacht of de erfdiensbaarheid zich daartoe uitstrekt. *Onderdeel 3.2* bouwt hierop voort met de klacht dat rov. 5.9 onbegrijpelijk is indien het hof heeft geoordeeld dat de Staat afstand heeft gedaan van zijn beroep op openbaarheid van het noordelijke deel.

2.23 Deze onderdelen kunnen niet tot cassatie leiden. Om te beginnen bestrijden zij een oordeel dat ten gunste van de Staat strekt, zodat de Staat belang mist bij gegrondbevinding ervan. Bovendien gaan de onderdelen uit van een verkeerde lezing van het bestreden oordeel.⁷² Het hof heeft in rov. 5.6 en 5.7 uitdrukkelijk geoordeeld dat ook het noordelijke deel als openbaar vaarwater moet worden aangemerkt, en dat de eigenaar het gebruik daarvan voor overnachting in de overnachtingshaven moet dulden. Uit rov. 5.9 e.v. kan niet iets anders worden

afgeleid. Veelzeggend is dat het hof in rov. 5.12, bij het formuleren van de slotsom, 'de eerdere vaststelling dat het noordelijke deel als openbaar vaarwater moet worden aangemerkt' uitdrukkelijk memoreert.

2.24 *Onderdeel 3.3* is gericht tegen rov. 5.12, waar het hof tot de slotsom komt dat de eigenaar zich op grond van haar eigendomsrecht kan verzetten tegen de verlenging van de steigers met de meerpalen, vanwege de intensivering van het gebruik van het noordelijke deel die daarvan het gevolg is. De Staat acht die slotsom onjuist in het licht van de openbaarheid van het noordelijke deel van de haven. Daaruit volgt, aldus de Staat, dat de eigenaar het normale gebruik van het noordelijke deel heeft te dulden, 'ongeacht de intensiteit/frequentie van dit normaal gebruik en ongeacht of ten tijde van het openbaar worden van het vaarwater al in dezelfde mate normaal gebruik werd gemaakt van (het noordelijke deel van) de overnachtingshaven'.

2.25 Deze klacht berust op een verkeerde lezing van het bestreden oordeel. In rov. 5.3 e.v. behandelt het hof de openbaarheid van de haven, inclusief het noordelijke deel, en de daaruit voortvloeiende duldplicht van de eigenaar ten opzichte van *schippers* die gebruik maken van de overnachtingshaven. In rov. 5.8 e.v. onderzoekt het hof, uitgaande van die openbaarheid en de bijbehorende duldplicht, of de eigenaar zich op grond van haar eigendomsrecht kan verzetten tegen het bijzondere gebruik dat de Staat maakt van het *zuidelijke* deel door verlenging van de steigers met de meerpalen, gezien de verzwarende van de erfdiensbaarheid die daarvan het gevolg is.

2.26 Dat de plaatsing van steigers in openbaar vaarwater een bijzonder gebruik oplevert waartegen de eigenaar zich kan verzetten, staat (terecht)⁷³ niet ter discussie tussen partijen. Zij gaan er beiden van uit dat de erfdiensbaarheid uit 1982/1983 de privaatrechtelijke grondslag vormt van het gebruik dat de Staat maakt van het zuidelijke deel van de haven, en meer in het bijzonder van de steigers. De vraag is, of de erfdiensbaarheid uit 1982/1983 ook de in 2017/2018 gerealiseerde uitbreiding van de overnachtingshaven legitimeerde. Deze vraag heeft het hof in rov. 5.8 e.v. ontkennend beantwoord. Door de verlenging van de steigers met de meerpalen is volgens het hof een nieuwe situatie ontstaan (lees: een nieuwe vorm van bijzonder gebruik), waarbij zowel het aantal overschrijdingen van de scheidslijn als de mate van overschrijding aanzienlijk zullen toenemen (rov. 5.10). Hiermee is sprake van een verzwarende van de erfdiensbaarheid, die de eigenaar niet behoeft te dulden (rov. 5.11).⁷⁴ De eigenaar kan zich dus tegen de verlenging

68 Prod. 1 bij MvG.

69 Zie ook p. 9 van het rapport (par. 3.4.1), waarvan op p. 11 een samenvatting is gegeven.

70 Zie ook nrs. 14-17 van de ST namens de eigenaar.

71 Zie ook MvG, nr. 52 e.v.

72 Zie ook nr. 22 van de ST namens de eigenaar.

73 HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0736, NJ 2012/639 (Hoogheemraadschap van Rijnland), rov. 3.4.1. Zie ook P.J. Huisman en F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Kluwer 2019, p. 561.

74 Vgl. over de problematiek van verzwarende van erfdiensbaarheden (die in cassatie als zodanig niet ter discussie staat) HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2270, NJ 2017/345 (School Vest), rov. 3.3.5, en de bijbehorende conclusie, onder 2.8.

verzetten en de kwalificatie van het noordelijke deel als openbaar vaarwater doet daar niet aan af (rov. 5.12).

2.27 Uit het voorgaande blijkt dat de slotsom die het hof in rov. 5.12 bereikt, niet in strijd is met de in rov. 5.6 en 5.7 geconstateerde openbaarheid van de haven (inclusief het noordelijke deel). De Staat heeft zelf in eerste aanleg benadrukt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds het gebruik van de haven door *binnenvaartschippers* (op grond van de publieke bestemming als openbaar vaarwater) en anderzijds het inrichten, hebben, behouden en onderhouden van de overnachtingshaven door de Staat (op grond van de privaatrechtelijke erfdiensbaarheid).⁷⁵ Het is dat onderscheid dat het hof in rov. 5.3 e.v. en 5.8 e.v. heeft gemaakt, en dat het onderdeel miskent. De opmerkingen over bijzonder gebruik in de schriftelijke toelichting namens de Staat doen aan het voorgaande niet af.⁷⁶

2.28 *Onderdeel 3.4* gaat uit van een lezing van rov. 5.9 e.v. waarin het hof zou hebben geoordeeld dat de eigenaar het normale gebruik van de haven als openbaar vaarwater in de overeenkomst uit 1982 (betreffende de erfdiensbaarheid) heeft beperkt. In dat geval zou het hof miskennen dat privaatrechtelijke overeenkomsten die openbare zaken (deels) aan de openbaarheid onttrekken nietig zijn.⁷⁷

2.29 Ook deze klacht berust op een verkeerde lezing van het bestreden oordeel.⁷⁸ De Staat miskent wederom dat het in rov. 5.9 e.v. niet gaat om (een beperking van) de duldplicht van de eigenaar uit hoofde van de publieke bestemming als openbaar vaarwater, maar om (een verzwaring van) de inhoud van de erfdiensbaarheid.

2.30 *Onderdeel 3.5* behelst een voortbouwende klacht die geen bespreking behoeft. *Onderdeel 3* is tevergeefs voorgesteld.

2.31 *Onderdeel 4* is gericht tegen de laatste vier volzinnen van rov. 5.10. Daar overweegt het hof:

“Daarbij komt dat [de eigenaar] zich tegen een aantasting van haar eigendomsrecht kan verzetten zonder dat op voorhand komt vast te staan welke vormen van exploitatie door die aantasting worden belemmerd. Dat zou anders kunnen zijn indien reeds zonder de verlenging van de steigers met de meerpalen geen enkel zinvol gebruik van het noordelijke deel meer mogelijk zou zijn. In dat geval zou [de eigenaar] zich schuldig kunnen maken aan misbruik van recht, als zij zich op grond van haar eigendomsrecht tegen de verlenging van de steigers zou verzetten. Dat heeft de Staat echter niet aangevoerd.”

2.32 De klacht luidt dat dit oordeel onbegrijpelijk is in het licht van een aantal stellingen van de

Staat, te weten (i) dat geen sprake is van intensivering van het gebruik van het noordelijke deel van de haven, (ii) dat Rijkswaterstaat geen toestemming zal geven voor gebruik van het noordelijke deel dat het aanleggen in de overnachtingshaven hindert, (iii) dat de eigenaar nu en in de toekomst geen hinder ondervindt of schade lijdt door de verlenging van de steigers met de meerpalen, nu zijn plannen waarschijnlijk niet gerealiseerd kunnen worden en (iv) dat een verbetering van de aanlegmogelijkheden voor grotere schepen in de overnachtingshaven (mede) uit veiligheidsoogpunt noodzakelijk was.

2.33 De onder (i) vermelde stelling moet buiten beschouwing blijven omdat het hof in rov. 5.8 – op gronden die in onderdeel 2.1 tevergeefs bestreden zijn – heeft vastgesteld dat de verlenging van de steigers met de meerpalen wél tot een intensivering van het gebruik van het noordelijke deel leidt. De onder (ii) en (iii) bedoelde stellingen heeft het hof verworpen in de passage die direct voorafgaat aan de laatste vier volzinnen van rov. 5.10. Aldaar oordeelt het hof – onbestreden in cassatie – dat de Staat niet aan de eigenaar kan tegenwerpen dat Rijkswaterstaat als nautisch beheerder van de overnachtingshaven geen toestemming zal geven voor het realiseren van de bedoelde ontwikkelingsscenario's, voor zover de hinder bij het gebruik van de overnachtingshaven zijn oorsprong vindt in de toename van het gebruik van het noordelijke deel als gevolg van de verlenging van de steigers met de meerpalen. De onder (iv) vermelde stelling heeft het hof verworpen in de slotzin van rov. 5.11 (waartegen onderdeel 5 is gericht).

2.34 Gelet op het voorgaande zijn de bestreden overwegingen niet onbegrijpelijk. Ook om andere redenen kan de klacht niet tot cassatie leiden. Het hof schetst aan het slot van rov. 5.10, na verwerping van de onder (ii) en (iii) bedoelde stellingen van de Staat, kennelijk ten overvloede een denkbeeldig scenario waarin de eigenaar misbruik van recht zou kunnen maken, door zich tegen de verlenging van de steigers te verzetten. Op een dergelijk scenario heeft de Staat geen beroep gedaan, zoals het hof terecht opmerkt in de slotzin van rov. 5.10. Het middel vermeldt geen vindplaatsen van stellingen die (wel) in de sleutel van misbruik van recht stonden.⁷⁹ *Onderdeel 4* is tevergeefs voorgesteld.

2.35 *Onderdeel 5* is gericht tegen de laatste drie volzinnen van rov. 5.11. Daar overweegt het hof:

“De Staat heeft aangevoerd dat op grond van het Rijnvaartpolitiereglement 1995 schepen met een lengte tot 135 meter sinds 1998 van de overnachtingshaven gebruik mogen maken. Voor zover de Staat daarmee heeft bedoeld dat de kenmerkende functie van de overnachtingshaven meebrengt dat [de eigenaar] met een verlenging van de steigers moet instemmen, gaat dat verweer eraan voorbij dat deze schepen al sinds lange tijd van de overnachtingshaven gebruik maken zonder de extra meerpalen. Voor het

⁷⁵ CvA, nr. 54.

⁷⁶ Zie nr. 3.2.7 van de ST namens de Staat (volgens nr. 5 van de nota van dupliek namens de eigenaar een tardieve klacht).

⁷⁷ Vgl. m.b.t. openbare wegen HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5401, NJ 2000/652, m.nt. J. Hijma (*Parkeexploitatie Amsterdam*), rov. 3.5.1.

⁷⁸ Zie ook nr. 29 van de ST namens de eigenaar.

⁷⁹ Zie ook nr. 35 van de ST namens de eigenaar.

functioneren van de overnachtingshaven zijn de meerpalen dus kennelijk niet noodzakelijk, zodat ook uit de kennelijke functie van de overnachtingshaven niet voortvloeit dat [de eigenaar] deze verzwaren van de erfdienstbaarheid moet dulden.”

2.36 De klacht luidt dat dit oordeel onbegrijpelijk is in het licht van stellingen die de Staat heeft ingenomen ter onderbouwing van zijn standpunt dat een verbetering van de aanlegmogelijkheden voor grotere schepen in de overnachtingshaven (mede) uit veiligheidsoogpunt noodzakelijk was.⁸⁰ Volgens de Staat valt in het licht van die stellingen niet in te zien ‘waarom de omstandigheid dat grotere schepen al eerder gebruik maakten van de haven niet zou kunnen meebrengen dat de veiligheid in de haven nog kon worden verbeterd en de meerpalen daarmee niet ook noodzakelijk waren voor een veilig(er) gebruik van de haven’.

2.37 Daargelaten dat de Staat dit laatste niet heeft aangevoerd in de feitelijke instanties, kan het bestreden oordeel niet onbegrijpelijk worden genoemd. De omstandigheid dat grotere schepen al sinds lange tijd gebruik maken van de overnachtingshaven zonder de extra meerpalen, duidt er inderdaad op – althans bij gebreke van door de Staat genoemde voorbeelden van concrete veiligheidsincidenten (waarvan het middel geen vindplaatsen vermeldt) – dat de meerpalen uit veiligheidsoogpunt niet noodzakelijk zijn voor het functioneren van de overnachtingshaven. Onderdeel 5 faalt.

2.38 *Onderdeel 6* is gericht tegen het slot van rov. 5.12, waar het hof oordeelt dat (de formele rechtskracht van) de omgevingsvergunning voor de plaatsing van de meerpalen er evenmin aan in de weg staat dat de eigenaar zich op haar eigendomsrecht beroept. Geklaagd wordt dat dit oordeel onjuist, althans onbegrijpelijk is. Volgens de Staat is de formele rechtskracht van de vergunning (niet zonder meer prohibitief maar wel) relevant voor de beantwoording van de vraag of de eigenaar zich kan verzetten tegen de verlenging van de steigers met de meerpalen. De Staat beroept zich in dit verband op rechtspraak van de Hoge Raad die inhoudt dat de vergunninghouder er in het algemeen op mag vertrouwen dat de vergunning overeenkomstig de wet is verleend en de overeenkomstig de wet in aanmerking te nemen belangen door de vergunningverlenende instantie volledig en op juiste wijze zijn afgewogen, en dat hij gerechtigd is van die vergunning gebruik te maken.

2.39 Vooropgesteld moet worden dat de Staat de bedoelde rechtspraak onvolledig weergeeft. Deze rechtspraak berust namelijk op het uitgangspunt dat een vergunning de vergunninghouder niet zonder meer vrijwaart van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad jegens derden die schade of hinder ondervinden van de vergunde activiteit. De in-

vloed die de vergunning uitoefent op de eventuele aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, is volgens deze rechtspraak afhankelijk van de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, zulks in verband met de omstandigheden van het geval. Bij deze casuïstische beoordeling heeft als richtlijn te gelden wat de Staat in onderdeel 6 als regel presenteert, namelijk dat de vergunninghouder er in het algemeen op mag vertrouwen dat hij gerechtigd is om van de vergunning gebruik te maken.⁸¹

2.40 Het middel vermeldt geen vindplaatsen van stellingen van de Staat die inhielden dat het belang van de eigenaar bij de uitoefening van zijn eigendomsrecht een relevante rol heeft gespeeld bij de verlening van de omgevingsvergunning, respectievelijk dat (en waarom) de Staat erop mocht vertrouwen dat dit belang volledig en op juiste wijze was afgewogen tegen de andere bij de vergunningverlening betrokken belangen.⁸² Een en ander ligt, gelet op de aard van de omgevingsvergunning, ook niet zonder meer voor de hand. Het belang van het voorkomen van een inbreuk op eigendomsrechten van derden is immers niet een belang dat door de omgevingsrechtelijke regelgeving wordt nagestreefd.⁸³

2.41 Uit de in het geding gebrachte omgevingsvergunning blijkt overigens wel dat het standpunt van de eigenaar, dat door de verlenging van de steigers met de meerpalen inbreuk wordt gemaakt op zijn eigendomsrecht met betrekking tot het noordelijke deel van de haven, is betrokken bij de besluitvorming over de omgevingsvergunning, met dien verstande dat dit standpunt geen aanleiding gaf tot herziening van het besluit. In de reactie werd kortweg verwezen naar de erfdienstbaarheid, zonder kenbare aandacht voor de verzwaren die volgens de eigenaar het gevolg is van de verlenging van de steigers met de meerpalen.⁸⁴

2.42 Gezien het voorgaande treft onderdeel 6 geen doel.

De aan het vonnis van 27 november 1996 verbonden dwangsommen (onderdeel 7)

2.43 *Onderdeel 7.1* is gericht tegen rov. 5.16, waar het hof oordeelt dat het beroep van de Staat op art. 14.11 lid 1 onder g van het Rijnvaartpolitiereglement niet afdoet aan de mogelijkheid om in dit geding alsnog een dwangsom te verbinden aan de veroordeling in het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 27 november 1996. Die veroordeling hield in dat de Staat de in rov. 24 van dat vonnis vermelde maatre-

⁸¹ Zie HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, NJ 2006/418, m.nt. C.J.H. Brunner (...//...), rov. 3.5.1, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

⁸² De in voetnoot 15 van het cassatiemiddel vermelde vindplaats (pleitnotities in hoger beroep namens de Staat, nr. 26) bevat slechts een juridische stellingname. Zie ook nr. 7 van de nota van dupliek namens de eigenaar.

⁸³ Vgl. m.b.t. de Woningwet HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, NJ 2006/418, m.nt. C.J.H. Brunner (...//...), rov. 3.5.3.

⁸⁴ Prod. 12 bij brief van 26 april 2017 namens de Staat, p. 9.

⁸⁰ Ook wordt de stelling herhaald dat geen sprake zou zijn van intensivering van het gebruik, welke stelling buiten beschouwing moet blijven gezien het falen van onderdeel 2.1.

gelen diende te nemen, om 'te bereiken dat beroepschippers gedurende werkdagen overdag niet in de overnachtingshaven blijven liggen' (aldus rov. 24).

2.44 De Staat stelt (terecht) niet ter discussie dat, procesrechtelijk bezien, in dit geding alsnog dwangsommen kunnen worden verbonden aan de veroordeling in het vonnis van 27 november 1996, en dat de beslissing hierover aan het hof is voorbehouden.⁸⁵ Geklaagd wordt, vanuit een materieelrechtelijk perspectief, dat art. 14.11 lid 1 onder g van het Rijnvaartpolitiereglement overheden 'niet de bevoegdheid geeft een structureel kortere ligtijd te bepalen'. De veroordeling in het vonnis van 27 november 1996 zou daarom 'rechtens onjuist' zijn. Hetzelfde zou bijgevolg gelden voor de beslissing van het hof om (alsnog) dwangsommen aan die veroordeling te verbinden.

2.45 Art. 14.11 lid 1 onder g van het Rijnvaartpolitiereglement 1995⁸⁶ bepaalt dat het in de overnachtingshavens te Lobith, IJzendoorn en Haafden (de overnachtingshaven waarom het hier gaat) verboden is om, zonder toestemming van de bevoegde autoriteit, 'langer dan drie opeenvolgende dagen ligplaats te nemen'. Uit het derde lid blijkt dat dit verbod is gericht tot de schippers die van de overnachtingshavens gebruik maken: aldaar is bepaald dat de bevoegde autoriteit de schipper aanwijzingen kan geven waarbij het artikel wordt 'aangevuld, dan wel daarvan wordt afgeweken'. Dit laatste — afwijking van het reglement — is volgens de Staat een 'zwaar middel', dat 'alleen wordt gebruikt teneinde de veiligheid en de goede orde van de scheepvaart te verzekeren'.⁸⁷ In deze zaak is daarvan kennelijk geen gebruik gemaakt.

2.46 De Staat betoogt op zichzelf terecht dat art. 14.11 lid 1 onder g de Staat niet met zoveel woorden de bevoegdheid geeft om een kortere ligtijd te bepalen dan drie opeenvolgende dagen. Daaruit volgt echter niet dat het reglement de Staat *verbiedt* een kortere ligtijd te bepalen of om (zoals in dit geval bevolen door de rechtbank) maatregelen te treffen om te bereiken dat beroepsschippers gedurende werkdagen overdag niet in de overnachtingshaven blijven liggen. Art. 14.11 lid 1 onder g schrijft een in beginsel maximale ligduur voor van drie opeenvolgende dagen, in de vorm van een tot de schippers gericht verbod. Uit niets blijkt dat dit verbod tevens een tot de Staat als havenbeheerder gericht gebod behelst om een ligduur van drie opeenvolgende dagen te garanderen.⁸⁸ De Staat noemt ook geen vindplaatsen of argumenten waaruit dit (dwingend) volgt.⁸⁹

2.47 Ten overvloede merk ik op dat de rechtbank in het vonnis van 27 november 1996 overweegt dat de te treffen maatregelen ertoe strekken te voorkomen dat schippers gedurende 'werkdagen overdag' gebruik maken van de overnachtingshaven. Hieruit lijkt te volgen dat de Staat geen maatregelen behoeft te treffen ter voorkoming van een langer verblijf gedurende de weekends en/of feestdagen (het verblijfsscenario dat waarschijnlijk de ratio vormt van het voorschrift van art. 14.11 lid 1 onder g).

2.48 Gelet op het voorgaande is de klacht tevergeefs voorgesteld.

2.49 *Onderdeel 7.2* is eveneens gericht tegen de beslissing van het hof om alsnog dwangsommen te verbinden aan de veroordeling in het vonnis van 27 november 1996 (rov. 5.15 e.v.). Geklaagd wordt dat de naleving van het vonnis — meer concreet de vervanging van het huidige bord (met een maximale ligduur van 3 x 24 uur) door een ander bord (met een kortere ligduur) — noodzaakt tot het nemen van een verkeersbesluit. Het hof zou miskennen dat de burgerlijke rechter de Staat daartoe niet kan veroordelen.

2.50 Deze klacht kan om verschillende redenen niet tot cassatie leiden. Om te beginnen heeft de Staat het voorgaande in de feitelijke instanties niet aangevoerd.⁹⁰ Dit is van belang, omdat de regel waarop de Staat in dit verband een beroep doet, slechts verhindert dat de burgerlijke rechter de overheid veroordeelt tot het nemen van een besluit ter zake waarvan een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat.⁹¹ Zonder feitelijke onderbouwing door de Staat⁹² kan niet worden beoordeeld of dit het geval is bij een eventuele wijziging van de maximale ligduur op het bord.⁹³

2.51 Bij het voorgaande komt dat de Rechtbank Den Haag in rov. 24 van het vonnis van 27 november 1996 (geciteerd in rov. 2.8 van het bestreden arrest) nadrukkelijk sprak over een 'inspanningsverplichting' van de Staat, inhoudende dat de Staat beroepsschippers deugdelijk dient te 'informereren' over de maximale ligtijd. In dit kader overwoog de rechtbank, kennelijk slechts bij wijze van voorbeeld, dat 'te denken valt' aan het plaatsen van een bord bij de ingang van de haven. In aanvulling daarop noemde

90 Zie nr. 50 van de ST namens de eigenaar, waar terecht wordt opgemerkt dat de in voetnoot 17 van het cassatiemiddel vermelde vindplaatsen niet bevatten wat de Staat in onderdeel 7.2 aanvoert.

91 Zie HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU1710, NJ 2006/256 (.../Staat), rov. 3.4.2, waarover bijv. G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b), Deventer: Kluwer 2016, nrs. 6a en 27a.

92 Vgl. nr. 3.3.6 van de ST namens de Staat, waar (tardief) slechts voorbeelden worden genoemd van *andere* situaties waarin een verkeersbesluit vereist zou kunnen zijn.

93 Vgl. art. 6 Scheepvaartverkeerswet: alleen een besluit tot het aanbrengen of verwijderen van een 'verkeersteken dat een gebod of verbod dan wel de opheffing van een gebod of verbod aangeeft' is, 'behoudens in bij algemene maatregel van bestuur aan te geven bijzondere omstandigheden' (lid 1), onderworpen aan beroep bij de rechtbank (lid 2).

85 Zie HR 1 oktober 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC1995, NJ 1983/614, m.nt. W.H. Heemskerck, rov. 2, en BenGH 17 december 2009, NJ 2010/82, rov. 5 e.v.

86 Besluit van 15 september 1994, houdende het van kracht zijn voor de Rijn in Nederland van het Reglement van politie voor de Rijnvaart, *Stb.* 1994/770.

87 MvA, nr. 97.

88 Vgl. NvT (Rijnvaartpolitiereglement 1995), *Stb.* 2004/468, p. 20, waar dit ook niet blijkt.

89 Vgl. nr. 3.3.3 van de ST namens de Staat.

de rechtbank in rov. 24 verschillende andere wijzen waarop de veroordeling kon worden nageleefd.⁹⁴

2.52 Gelet op het voorgaande kan in cassatie niet als vaststaand gelden dat de Staat in het vonnis van 27 november 1996 is veroordeeld tot het plaatsen van een verkeersbord, respectievelijk tot het nemen van een verkeersbesluit. Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld.

2.53 *Onderdeel 7.3* klaagt dat het hof in rov. 5.16 heeft miskend dat sinds het vonnis van 27 november 1996 al meer dan 20 jaren zijn verstreken, zodat dit vonnis 'niet zonder meer tot uitgangspunt kan dienen in deze procedure'. In ieder geval had het hof volgens de Staat moeten onderzoeken of sprake is van een 'kennelijke (juridische) misslag' in het vonnis, meer in het bijzonder ten aanzien van de inhoud van het Rijnvaartpolitiereglement (zoals bedoeld in onderdeel 7.1) en ten aanzien van de veroordeling tot het nemen van een verkeersbesluit (zoals bedoeld in onderdeel 7.2).

2.54 Deze klacht faalt in het voetspoor van de voorgaande twee onderdelen, waarop zij voortbouwt. Ten overvloede merk ik op dat de Staat destijds geen rechtsmiddel heeft aangewend tegen het vonnis van 27 november 1996. Reeds daarom kan de stelling dat het vonnis onjuist zou zijn de Staat niet baten. Slechts indien sprake zou zijn van een zodanige kennelijke juridische misslag (of andere bijkomende omstandigheden die meebrengen)⁹⁵ dat de eigenaar *misbruik van bevoegdheid* zou maken door nakoming van het vonnis uit 1996 te verlangen (art. 3:13 BW), zou hierover anders kunnen worden gedacht.⁹⁶ Dat heeft de Staat echter niet aangevoerd. Het middel vermeldt hiervan ook geen vindplaatsen.⁹⁷

2.55 *Onderdeel 7.4* is gericht tegen de tweede helft van rov. 5.16,⁹⁸ waar het hof ingaat op het verweer van de Staat dat de eigenaar geen belang (meer) zou hebben bij nakoming van de veroordeling in het vonnis van 27 november 1996. Het hof verwijst in dit verband naar een eerder tussenvonnis van 16 oktober 1991, waarin het belang van de eigenaar bij nakoming van artikel 1 van de overeenkomst reeds in aanmerking is genomen. Het hof constateert dat de Staat niet heeft aangevoerd dat dat vonnis op een kennelijke misslag berust of dat zich sindsdien nieuwe feiten hebben voorgedaan waardoor nu anders moet worden gedacht over het belang van de eigenaar bij de nakoming van deze verplichting.

2.56 Het onderdeel verwijst (in de tweede alinea) naar een aantal stellingen van de Staat die in het teken stonden van de discussie tussen partijen over de thans nog resterende exploitatiemogelijkheden van het noordelijke deel van de haven. Volgens de Staat heeft hij zich daarmee (aldus de eerste volzin van de derde alinea) 'beroepen op omstandigheden die meebrengen dat anders moet worden gedacht over het belang van [de eigenaar] bij de nakoming van artikel 1 van de overeenkomst'.

2.57 Dit betoog kan de Staat niet baten om de redenen die ik hiervoor in alinea 2.54 ten overvloede heb genoemd. De Staat heeft in de feitelijke instanties niet het standpunt ingenomen dat de eigenaar misbruik van bevoegdheid maakt door nakoming van het vonnis uit 1996 te verlangen. Dat de Staat in dit geding wel een beroep heeft gedaan op *nieuwe feiten* en het standpunt heeft ingenomen dat de eigenaar in het licht daarvan *onvoldoende belang* heeft bij de nakoming van het vonnis, kan zonder nadere uitwerking en onderbouwing — die de Staat achterwege heeft gelaten — geen doorbreking van het gezag van gewijsde van het vonnis uit 1996 rechtvaardigen. Mocht blijken dat de eigenaar op enig moment (in het licht van nader aan te voeren feiten) misbruik van bevoegdheid maakt, door nakoming van het vonnis te verlangen, dan kan de Staat dit in een executiegeschil aan de orde stellen.

2.58 De Staat betoogt ten slotte nog dat het hof ten onrechte het verweer van de eigenaar zou hebben aangevuld, door in rov. 5.16 te wijzen op diens belang bij 'de privacy en de rust in de haven en het aanliggende industrieterrein', respectievelijk 'de waarde van het terrein'. Volgens de Staat heeft de eigenaar zich in deze procedure niet (meer) beroepen op deze belangen.

2.59 Deze klacht faalt. Het hof constateert in rov. 5.16 terecht (en onbestreden in cassatie) dat het belang van de eigenaar bij de nakoming van de veroordeling in het vonnis van 27 november 1996 al in aanmerking is genomen in het daaraan voorafgaande vonnis van 16 oktober 1991. Het hof bedoelt dat aan die veroordeling gezag van gewijsde toekomt, zodat de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging in dit geding niet opnieuw ter discussie kan worden gesteld (behoudens misbruik van bevoegdheid door de eigenaar, waarop de Staat zich niet heeft beroepen). De klacht gaat dus uit van een verkeerde lezing van het bestreden oordeel.

2.60 *Onderdeel 7.5* behelst een voortbouwende klacht zonder zelfstandige betekenis. Onderdeel 7 is tevergeefs voorgesteld.

2.61 Ik kom tot de slotsom dat het principale cassatiemiddel niet tot vernietiging van het bestreden arrest leidt.

3 *Bespreking van het voorwaardelijk incidentele cassatiemiddel*

3.1 Het incidentele cassatieberoep is ingesteld onder de voorwaarde dat het principale cassatieberoep leidt tot vernietiging van de veroordeling van de Staat om de verlenging van de steigers ongedaan

94 Zie ook nr. 51 van de ST namens de eigenaar.

95 Vgl. nr. 3.3.8 van de ST namens de Staat, waar de Staat (alsonog) een beroep doet op zulke omstandigheden. Volgens nr. 8 van de nota van dupliek namens de eigenaar breidt de Staat hiermee onderdeel 7.3 ten onrechte uit (tot een nadere motiveringsklacht).

96 Vgl. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2026, NJ 2020/425, m.nt. A.I.M. van Mierlo onder NJ 2020/426 (*Strandhotel*), rov. 5.7.1 e.v., met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

97 Zie ook nr. 56 van de ST namens de eigenaar.

98 Bedoeld is het gedeelte vanaf 'Verder heeft de Staat aangevoerd dat (...)'.
99 Zie ook nr. 57 van de ST namens de eigenaar.

te maken.⁹⁹ Uit het voorgaande blijkt dat die voorwaarde naar mijn mening niet is vervuld. Ten overvloede behandel ik de klachten in kort bestek.

3.2 Het middel bestaat uit drie onderdelen, gevolgd door een veegklacht die geen bespreking behoeft.

3.3 *Onderdeel I* is gericht tegen rov. 5.3 tot en met 5.7, waar het hof oordeelt dat de haven moet worden aangemerkt als openbaar vaarwater. Volgens de eigenaar is dit oordeel onjuist, althans onbegrijpelijk, omdat het hof bij de invulling van de begrippen 'openbaarheid' en 'vaarwater' aansluiting had moeten zoeken bij het systeem van de Wegenwet (*randnummer 1.2*). Meer in het bijzonder zou het bestreden oordeel onbegrijpelijk zijn om een drietal redenen (*randnummer 1.3*). Ten eerste zou het hof het onderscheid tussen de begrippen 'openbaarheid' en 'vaarwater' hebben miskend. Dat sprake is van frequent feitelijk gebruik als vaarwater, zou nog niet de conclusie rechtvaardigen dat dit vaarwater ook openbaar is (*randnummer 1.4*). Ten tweede zou het hof de openbaarheid ten onrechte hebben 'geclausuleerd tot een specifiek gebruik' door een 'specifieke doelgroep'. Dit zou ook een innerlijke tegenstrijdigheid opleveren: een water kan volgens de eigenaar niet openbaar zijn als het maar door een beperkte doelgroep voor een specifiek doel wordt gebruikt (*randnummer 1.5*). Ten derde zou het hof essentiële stellingen van de eigenaar hebben miskend, die (eveneens) ten betoge strekten dat de haven niet door het algemene publiek wordt gebruikt als vaarwater, maar slechts door een specifieke doelgroep voor een specifiek doel, namelijk overnachting in het zuidelijke deel (*randnummer 1.6*).

3.4 Uit het eerder geschetste juridisch kader volgt dat deze klachten uitgaan van een onjuiste rechtsopvatting. Voor aansluiting bij het stelsel van de Wegenwet is geen plaats (alinea 2.4).¹⁰⁰ De kwalificatie van een vaarwater als 'openbaar' is (wel) afhankelijk van de wijze waarop dat vaarwater feitelijk wordt gebruikt (alinea 2.5). Tot dat gebruik kan ook worden gerekend een meer beperkt gebruik dat met het gewone verkeer in zodanig verband staat dat het geacht moet worden daarvan deel uit te maken (alinea 2.8).¹⁰¹ In dit geval heeft het hof kunnen oordelen dat de haven wordt gebruikt voor een dergelijk, meer beperkt nevendoeel, namelijk het overnachten in de overnachtingshaven (alinea 2.11). *Onderdeel I* treft geen doel.

3.5 *Onderdeel II* is gericht tegen rov. 5.5 tot en met 5.7, waar het hof oordeelt dat het gebruik van beide delen van de haven moet worden aangemerkt als 'gewoon gebruik' van dit openbaar vaarwater.

Volgens de eigenaar heeft het hof hiermee het criterium voor de invulling van de op de eigenaar rustende duldplicht miskend (*randnummer 2.2*). Meer in het bijzonder zou het hof hebben miskend dat overnachten een vorm van bijzondere gebruik van openbaar vaarwater is, nu overnachten op de Waal – buiten daartoe aangewezen overnachtingshavens – niet is toegestaan (*randnummer 2.3*). Bijgevolg zou ook de kwalificatie van het noordelijke deel als openbaar vaarwater onjuist, althans onbegrijpelijk zijn (*randnummer 2.4*).

3.6 Ook deze klachten falen. Tot het gewone gebruik van openbaar vaarwater wordt ook het al eerder genoemde gebruik gerekend dat met het gewone vaarverkeer in zodanig verband staat dat het geacht moet worden daarvan deel uit te maken (alinea 2.8). In dit geval heeft het hof kunnen oordelen dat, gelet op de maximale vaar- en rusttijden uit de Binnenvaartwet, het gebruik van de overnachtingshavens in zodanig verband staat met de beroepsvaart op de Waal, dat het geacht moet worden daarvan deel uit te maken (rov. 5.5). *Onderdeel II* is tevergeefs voorgesteld.

3.7 *Onderdeel III* is gericht tegen rov. 5.9, waar het hof oordeelt dat de eigenaar zich niet kan verzetten tegen het gebruik van het noordelijke deel voor zover dat vóór de plaatsing van de meerpalen noodzakelijk was om de overnachtingshaven te bereiken. Het hof onderbouwt dit oordeel met de overweging dat de eigenaar tot dat moment geen bezwaar heeft gemaakt tegen het gebruik van het noordelijke deel om de overnachtingshaven te bereiken. Onder verwijzing naar art. 5:73 lid 1 BW oordeelt het hof dat deze wijze van uitoefening van de erfdienstbaarheid beslissend is geworden voor de inhoud ervan. De erfdienstbaarheid is zich in zoverre ook tot het noordelijke deel gaan uitstrekken, aldus het hof.

3.8 Geklaagd wordt dat dit oordeel onjuist is voor zover het hof ervan uitgaat dat de erfdienstbaarheid 'zich kan uitbreiden' en dat de eigenaar 'zich vervolgens niet (meer) kan verzetten tegen die uitbreiding' (*randnummer 3.2*). Het oordeel zou tevens onbegrijpelijk zijn in het licht van essentiële stellingen van de eigenaar betreffende 'haar opstelling inzake het gebruik van het noordelijke deel van de haven'. Volgens het onderdeel bleek daaruit dat de eigenaar 'wel degelijk (continuu) bezwaar heeft gemaakt tegen het gebruik van het noordelijk deel om de overnachtingshaven te gebruiken' en dat 'nooit sprake is geweest van toestemming' voor dat gebruik (*randnummer 3.3*). In het verlengde hiervan zou ook 's hofs oordeel in rov. 5.10 tot en met 5.12 geen stand kunnen houden' (*randnummer 3.4*).

3.9 Ook deze klachten zijn tevergeefs voorgesteld. Het hof heeft kennelijk, en terecht, tot uitgangspunt genomen dat, indien een erfdienstbaarheid te goeder trouw geruime tijd zonder tegenspraak op een bepaalde wijze is uitgeoefend, in geval van twijfel over de inhoud ervan deze wijze van uitoefening beslissend is (art. 5:73 lid 1 BW). De gevolgtrekking dat de erfdienstbaarheid zich door

⁹⁹ Zie p. 1 van het verweerschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep namens de eigenaar.

¹⁰⁰ Vgl. *anders* (zonder kenbare aandacht voor de totstandkomingsgeschiedenis van het BW) ABRvS 10 september 2003 ECLI:NL:RVS:2003:AJ3284, AB 2004/353, m.nt. J.H.A. van der Grinten (*Landbouwhavens Kortgene*), rov. 2.3.

¹⁰¹ Vgl. *anders* (m.b.t. het hier niet toepasselijke stelsel van de Wegenwet) ABRvS 5 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6035, AB 2009/250, m.nt. J.H.A. van der Grinten, rov. 2.3.

de wijze van uitoefening ook tot het noordelijk deel is gaan 'uitstrekken' (rov. 5.9) respectievelijk daarop is komen te 'rusten' (rov. 5.11) is mijns inziens rechte onjuist indien het hof daarmee (tevens) zou bedoelen dat het noordelijke deel, als dienend erf, met de erfdienstbaarheid zou zijn bezwaard. Erfdienstbaarheden kunnen immers alleen ontstaan door vestiging en verjaring (art. 5:72 BW). De rechtsklacht heeft echter niet die strekking.¹⁰² Verder heeft het hof niet geoordeeld dat de eigenaar zich niet zou kunnen verzetten tegen de uitbreiding van de erfdienstbaarheid, maar dat zij dit feitelijk niet (genoegzaam) heeft gedaan.¹⁰³ Die vaststelling is, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, niet onbegrijpelijk. Ik licht dit nader toe.

3.10 Op de in het onderdeel genoemde vindplaatsen heeft de eigenaar geen voorbeelden gegeven van manieren waarop zij zich daadwerkelijk heeft verzet tegen het feitelijke gebruik van het noordelijke deel van de haven door schippers om te kunnen overnachten in de overnachtingshaven. De bedoelde 'opstelling' van de eigenaar in het contact met Rijkswaterstaat hield in dat de eigenaar zich in juridische zin steeds alle rechten heeft voorbehouden ten aanzien van eventuele toekomstige exploitatiemogelijkheden van het noordelijke deel. Vast staat dat het noordelijke deel feitelijk geruime tijd en op grote schaal door bezoekers van de overnachtingshaven is gebruikt, zonder dat de eigenaar zich daartegen daadwerkelijk heeft verzet of heeft getracht te verzetten. Tegen deze achtergrond heeft het hof kunnen oordelen dat de erfdienstbaarheid zich 'in zoverre', door de wijze van uitoefening ervan, ook tot het noordelijke deel is gaan 'uitstrekken'. Onderdeel III is ongegrond.

3.11 Ik kom tot de slotsom dat het voorwaardelijke incidentele cassatiemiddel tevergeefs is voorgesteld.

4 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principale cassatieberoep.

Hoge Raad:

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. het vonnis in de zaak C/09/529176/ HA ZA 17-317 van de Rechtbank Den Haag van 28 maart 2018;
- b. het arrest in de zaak 200.244.979/01 van het Gerechtshof Den Haag van 21 januari 2020.

De Staat heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

¹⁰² Op de in randnummer 3.2 aangegeven vindplaats (MvG nr. 57) wordt betoogd dat de (rechts)opvatting van de rechtbank over de duldplicht van de eigenaar (vonnis, rov. 4.6) niet in lijn is met de rechtspraak van de Hoge Raad over verkrijgende verjaring op de voet van art. 3:105 BW, waarbij wordt verwezen naar HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, NJ 2018/141 m.nt. H.J. Snijders (*gemeente Heusden*).

¹⁰³ Zie ook nr. 4.4.1 van de ST namens de Staat.

Kerkewaard heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.B. Rank-Berenschot strekt tot verwerping van het principale cassatieberoep.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 *Uitgangspunten en feiten*

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Kerkewaard is eigenaar van een perceel gelegen in Haaften aan de noordzijde van de Waal (hierna: de haven). Aan de zuidkant van de haven bevinden zich een landtong en een havenmond ('toegangseul') die eigendom zijn van de Staat.

(ii) Op 22 december 1983 heeft Kerkewaard ten behoeve van de Staat een zakelijk gebruiksrecht (hierna: de erfdienstbaarheid) gevestigd op het zuidelijke deel van de haven dat op een tekening nader is aangeduid (hierna: het zuidelijke deel; het resterende deel van de haven wordt hierna aangeduid als het noordelijke deel). Volgens de overeenkomst die aan de erfdienstbaarheid ten grondslag ligt en volgens de akte van vestiging behelst de erfdienstbaarheid "het zakelijk recht van gebruik (...) uitsluitend ten behoeve van het inrichten, hebben, behouden, onderhouden casu quo doen onderhouden van een zogenaamde overnachtingshaven ten behoeve van schippers, die met hun vaartuigen in rustig en veilig water voor de duur van de nacht aldaar kunnen afmeren".

(iii) De Staat heeft in het zuidelijke deel een overnachtingshaven ingericht met vier drijvende steigers van circa 100 meter lang en bij de toegangseul een bord geplaatst met het opschrift "Overnachtingshaven Haaften" en "Ligtijd maximaal 3 x 24 uur".

(iv) In een eerdere procedure tussen partijen heeft de Rechtbank Den Haag bij vonnis van 27 november 1996 de Staat onder meer veroordeeld maatregelen te treffen om te bereiken dat beroepsschippers gedurende werkdagen overdag niet in de overnachtingshaven blijven liggen.

(iv) In 1999/2000 heeft Kerkewaard een groot deel van het ten noorden van de haven gelegen industrieterrein, inclusief een strook water ter breedte van 30 meter gelegen langs een laad- en loswal aan de noordzijde van de haven, in eigendom overgedragen aan een transportbedrijf.

(v) In 2011 heeft de Staat het voornemen opgevat de toegangseul te verbreden en vier meerpalen te plaatsen in het verlengde van de steigers op een afstand van circa 40 meter. Overleg tussen partijen heeft niet tot overeenstemming geleid over de plannen van de Staat.

(vi) Op grond van een in opdracht van de Staat uitgevoerd onderzoek heeft maritiem onderzoeks-

bureau Marin in 2016 geconcludeerd dat, als de meerpalen worden geplaatst, de manoeuvreerruimte in de haven voldoende is en dat dan geen sprake is van een beperking van de gebruiksmogelijkheden van de laad- en loswal aan de noordzijde van de haven.

(vii) In 2017/2018 heeft de Staat de toegangsgeul verbreed en de meerpalen in het verlengde van de steigers geplaatst, op een afstand van circa 40 meter van de steigers. De meerpalen bevinden zich binnen het zuidelijke deel van de haven waarop de erfdienstbaarheid rust.

2.1 Kerkewaard vordert, voor zover in cassatie van belang,

a. de Staat te verbieden de steigers te verlengen of meerpalen te plaatsen in het verlengde van de steigers, op een zodanige wijze dat binnenschepen de steigers slechts kunnen bereiken door gebruik te maken van het water buiten het zuidelijk deel van de haven en de Staat te bevelen zodanige verlenging van de steigers, indien reeds geëffectueerd, ongedaan te maken;

b. de Staat te veroordelen tot betaling van een dwangsom van € 1.000 per dag dat de Staat in gebreke blijft met het nemen van maatregelen als vermeld in het vonnis van 27 november 1996.

2.2 De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.¹

2.3 Het hof heeft de vorderingen alsnog toegewezen.² Het hof heeft daartoe onder meer het volgende overwogen:

“Moet de haven worden aangemerkt als openbaar vaarwater?”

Blijkens de wetsgeschiedenis is openbaar water ‘ieder water dat voor enig gebruik openstaat voor het publiek’. Openbaar vaarwater is water dat specifiek openstaat voor gebruik als vaarwater. (rov. 5.3)

Bij gebreke van een wettelijke regeling van openbare (vaar)wateren kan het openbare karakter van een vaarwater worden afgeleid uit de bestemming die de rechthebbende eraan heeft gegeven of uit het feitelijk gebruik ervan. De publieke bestemming van een openbaar vaarwater brengt mee dat de eigenaar moet dulden dat het gewone verkeer van dit vaarwater gebruik maakt. (rov. 5.4)

Gelet op de maximale vaar- en rusttijden uit de Binnenvaartwet staat het gebruik van de overnachtingshavens in zodanig verband met de beroepsvaart op de Waal, dat het geacht moet worden daarvan deel uit te maken. De beroepsvaart op de Waal behoort ontegenzeggelijk tot het gewone economische verkeer. Evenals de Waal moeten dus ook de overnachtingshavens als openbaar vaarwater worden aangemerkt. (rov. 5.5)

Door het zuidelijke deel van de haven met de erfdienstbaarheid open te stellen voor de vestiging van een overnachtingshaven, heeft Kerkewaard het zuidelijke deel een bestemming als openbaar vaarwater gegeven. Voor zover het noordelijke deel wordt gebruikt om te kunnen afmeren in de overnachtingshaven, staat dat gebruik in onlosmakelijk verband met het gebruik van de overnachtingshaven, en daarmee met het gewone economische verkeer op de Waal. Vaststaat dat reeds vóór het plaatsen van de meerpalen een niet onaanzienlijk deel van de schepen die gebruik maken van de overnachtingshaven, door het noordelijke deel voer. In zoverre moet ook het noordelijke deel van de haven als openbaar vaarwater worden aangemerkt. (rov. 5.6)

Uit het voorgaande volgt dat het zuidelijke deel, en het noordelijke deel voor zover het wordt gebruikt door schepen die afmeren in de overnachtingshaven, moeten worden aangemerkt als openbaar vaarwater, en dat het gebruik van beide delen moet worden aangemerkt als gewoon gebruik van openbaar vaarwater dat Kerkewaard heeft te dulden. (rov. 5.7)

Kan Kerkewaard zich verzetten tegen verlenging van de steigers?

Als gevolg van de meerpalen in het verlengde van de steigers, zullen het aantal overschrijdingen van de scheidinglijn tussen het zuidelijke en noordelijke deel en de mate van overschrijding door aankomende en vertrekkende schepen, aanzienlijk toenemen. (rov. 5.8)

Kerkewaard kan zich niet verzetten tegen een gebruik van haar eigendom dat valt binnen de erfdienstbaarheid. Voor zover het gebruik van het noordelijke deel vóór de plaatsing van de meerpalen noodzakelijk was om de overnachtingshaven te bereiken, is de erfdienstbaarheid zich door de wijze van uitoefening ook tot het noordelijke deel gaan uitstrekken. (rov. 5.9)

Door de verlenging van de steigers met de meerpalen is echter een nieuwe situatie ontstaan. Dientengevolge kunnen twee scenario's voor het gebruik van het noordelijke deel – de opslag van schepen en de plaatsing van een drijvende aanmeervoorziening – geen doorgang vinden. Kerkewaard kan zich bovendien tegen een aantasting van haar eigendomsrecht verzetten zonder dat op voorhand komt vast te staan welke vormen van exploitatie door die aantasting worden belemmerd. Dat zou anders kunnen zijn indien Kerkewaard, door zich tegen de verlenging van de steigers te verzetten, misbruik van recht maakt. Dat heeft de Staat echter niet aangevoerd. (rov. 5.10)

De verlenging van de steigers met de meerpalen zal aldus leiden tot een verzwaring van de erfdienstbaarheid rustend op het noordelijke deel. Uit de overeenkomst vloeit niet voort dat Kerkewaard met deze verzwaring heeft ingestemd. Ook uit de kennelijke functie van de overnachtingshaven vloeit niet voort dat Kerkewaard

¹ Rechtbank Den Haag 28 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:3401.

² Gerechtshof Den Haag 21 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:26.

deze verzwaring van de erfdiensbaarheid moet dulden, aangezien schepen met een lengte tot 135 meter ook voordat de meerpalen waren geplaatst van de overnachtingshaven gebruik maakten, zodat de meerpalen voor het functioneren van de overnachtingshaven dus kennelijk niet noodzakelijk zijn. (rov. 5.11)

De slotsom is dat Kerkewaard zich op grond van haar eigendomsrecht kan verzetten tegen de verlenging van de steigers met de meerpalen, vanwege de intensivering van het gebruik van het noordelijke deel die daarvan het gevolg is. Hieraan doet de kwalificatie van het noordelijke deel als openbaar vaarwater niet af, omdat de duldplicht van Kerkewaard beperkt is tot het feitelijk gebruik van het noordelijk deel vóór de plaatsing van de meerpalen. (rov. 5.12)

Nakoming van het vonnis van 27 november 1996

De vordering om de Staat te bevelen een dwangsom te betalen bij niet-naleving van het vonnis van 27 november 1996 is toewijsbaar. (rov. 5.14-5.16)"

3 *Beoordeling van de middelen in het voorwaardelijke incidentele beroep*

3.1 Omdat, zoals hierna blijkt, het principale beroep van de Staat (gedeeltelijk) slaagt, is voldaan aan de voorwaarde waaronder het incidentele beroep van Kerkewaard is ingesteld. Omdat het incidentele beroep de verste strekking heeft, wordt dat als eerste beoordeeld.

Middel I bevat diverse klachten tegen het oordeel van het hof dat het zuidelijke en het noordelijke deel van de haven openbaar vaarwater zijn. Middel II klaagt dat onjuist of onbegrijpelijk is dat het hof het gebruik van de haven als overnachtingshaven heeft aangemerkt als 'gewoon gebruik' van dit openbaar vaarwater dat een ieder vrijstaat omdat de vaarweg openbaar is, in plaats van als 'bijzonder gebruik' dat de eigenaar niet behoeft te dulden vanwege het openbare karakter van het vaarwater.

3.2 De wet bevat geen algemene regels aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of een waterperceel openbaar is, wat de rechtsgevolgen daarvan zijn en wat de eigenaar uit hoofde van het openbare karakter van het water heeft te dulden. Voor de beantwoording van de vraag of een water openbaar is, is het feitelijke gebruik van het water bepalend. Indien daaruit blijkt dat een ieder van het water gebruik kan maken, is het water openbaar.³ Openbare wateren die met enige duurzaamheid en frequentie voor het economisch vervoer van goederen en personen worden gebruikt, zijn openbare vaarwateren.⁴ Ook het antwoord op de vraag welk gebruik de eigenaar van openbaar vaarwater moet dulden als 'normaal gebruik', is afhankelijk van het feitelijke gebruik en de overige omstandigheden, met dien verstande dat daaronder in elk geval valt het gewone verkeer en het gebruik dat daarmee in zodanig

verband staat dat het geacht moet worden daarvan deel uit te maken.⁵ Anders dan onderdeel 1.2 aanvoert, is de regeling in de Wegenwet voor openbare wegen niet van overeenkomstige toepassing op waterwegen.⁶

3.3 Het hof heeft in rov. 5.5-5.6 in overeenstemming met het bovenstaande onderzocht of de haven is aan te merken als openbaar vaarwater. Het hof heeft daarbij de juiste maatstaf aangelegd en heeft zijn conclusie dat de haven openbaar vaarwater is, toereikend gemotiveerd. In cassatie is niet bestreden dat het gebruik van de overnachtingshaven deel uitmaakt van het gewone economische verkeer op de Waal. Wat betreft het zuidelijke deel van de haven kon het hof daarbij meewegen dat het gebruik als overnachtingshaven overeenstemt met de erfdiensbaarheid die Kerkewaard daarop heeft gevestigd. Het oordeel van het hof dat ook het noordelijke deel van de haven openbaar vaarwater is omdat het wordt gebruikt door schepen die afmeren in de overnachtingshaven, is niet onjuist of onbegrijpelijk, mede gelet op de in cassatie niet bestreden vaststelling dat ook voorafgaand aan het plaatsen van de meerpalen een niet onaanzienlijk deel van de schepen die in de haven worden aangemeerd, door het noordelijke deel van de haven voer. In het licht van dit een en ander geeft het oordeel van het hof dat het gebruik van beide delen van de haven moet worden aangemerkt als gewoon gebruik van de haven als openbaar vaarwater, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het oordeel is ook toereikend gemotiveerd.

Gelet op het voorgaande falen de klachten van de middelen I en II.

3.4 Middel III kan evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4 *Beoordeling van het middel in het principale beroep*

4.1 Onderdeel 1.1 van het middel houdt in dat het hof in rov. 5.6 en 5.7 heeft miskend dat indien (ook het noordelijke deel van) de overnachtingshaven openbaar vaarwater is, al het gebruik daarvan in overeenstemming met de openbare bestemming geoorloofd is en niet slechts het gebruik om te kunnen afmeren in het zuidelijke deel.

4.2 Deze klacht is ongegrond. De omvang of invulling van de publieke bestemming van een openbaar vaarwater en van de dienovereenkomstige duldplicht van de eigenaar is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, meer in het bijzonder

5 Vgl. HR 18 juni 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4581 (NJ 1966/474, m.nt. J.H. Beekhuis; red.), HR 22 juni 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5347 (NJ 1973/503, m.nt. K. Wiersma; red.) en HR 5 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0627 (NJ 1992/539; red.).

6 Parl. Gesch. Boek 5, p. 141.

3 Parl. Gesch. Boek 5, p. 141.

4 HR 12 juni 1951, ECLI:NL:HR:1951:35 (NJ 1951/616; red.).

de feitelijke situatie ter plaatse en het plaatselijke gebruik (zie hiervoor in 3.2). Openbaarheid van vaarwater betekent dus niet zonder meer dat het een ieder vrijstaat elk gebruik van het vaarwater te maken en dat de eigenaar elk gebruik moet dulden. Voor zover in rov. 5.6 en 5.7 besloten ligt dat Kerkewaard ander gebruik van het noordelijke deel dan om te komen en te gaan naar de overnachtingshavens in het zuidelijke deel, niet hoeft te dulden, geeft dat geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voor het overige berust dit oordeel van het hof op een waardering van de feiten, die niet onbegrijpelijk is en geen nadere motivering vergt.

4.3 De onderdelen 3.1 tot en met 3.5 bestrijden de oordelen van het hof in rov. 5.9, 5.11 en 5.12 dat Kerkewaard zich kan verzetten tegen de verzwarende van de erfdienstbaarheid die zich volgens het hof ook tot het noordelijke deel van de haven is gaan uitstrekken, en dat de kwalificatie van het noordelijke deel als openbaar vaarwater daaraan niet afdoet omdat de duldplicht van Kerkewaard beperkt is tot het feitelijk gebruik van het noordelijke deel vóór de plaatsing van de meerpalen. Volgens de onderdelen heeft het hof aldus miskend dat (ook) van het noordelijke deel van de haven als openbaar vaarwater op normale wijze voor verkeersdoeleinden gebruik kan worden gemaakt, ongeacht of de erfdienstbaarheid daartoe strekt en/of is uitgebreid tot het noordelijke deel en ongeacht de intensiteit of frequentie van dit normaal gebruik en ongeacht of ten tijde van het openbaar worden van het vaarwater al in dezelfde mate normaal gebruik werd gemaakt van het noordelijke deel van de overnachtingshavens.

4.4 De klachten slagen.

Voor zover het hof (in rov. 5.9 en 5.11) heeft geoordeeld dat de erfdienstbaarheid zich mede is gaan uitstrekken tot het noordelijke deel van de haven doordat (al vóór het plaatsen van de meerpalen) een niet onaanzienlijk deel van de schepen die gebruikmaken van de overnachtingshavens komt en gaat via het noordelijke deel van de haven en dat Kerkewaard zich tegen intensivering van dat gebruik – als gevolg van de plaatsing van de meerpalen – kan verzetten omdat dit een verzwarende van die erfdienstbaarheid op het noordelijke deel is, heeft het hof miskend dat dit gebruik van het noordelijke deel van de haven niet tot gevolg heeft dat de erfdienstbaarheid zich heeft uitgebreid tot het noordelijke deel van de haven. Nu op het noordelijke deel van de haven geen erfdienstbaarheid rust, kan Kerkewaard zich niet op grond van verzwarende van een op dat deel van de haven rustende erfdienstbaarheid verzetten tegen de intensivering van het gebruik van het noordelijke deel van de haven.

Voor zover het hof (in rov. 5.12) heeft geoordeeld dat de duldplicht van Kerkewaard, die berust op de omstandigheid dat het noordelijke deel van de haven openbaar vaarwater is, beperkt is tot de intensiteit van het gebruik dat van het noordelijke deel van de haven werd gemaakt door aankomende en vertrekkende schepen in de periode vóór de plaatsing van de meerpalen, heeft het hof blijk gegeven van

een onjuiste rechtsopvatting. De omstandigheid dat (ook het noordelijke deel van) de haven openbaar vaarwater is en dat als gewoon gebruik moet worden aangemerkt het gebruik door aankomende en vertrekkende binnenschepen die in de overnachtingshavens verblijven, betekent dat Kerkewaard dat gebruik heeft te dulden, ook indien de intensiteit daarvan toeneemt door een wijziging van de inrichting van de overnachtingshavens indien en voor zover die wijziging binnen de aan de Staat op grond van de erfdienstbaarheid toekomende bevoegdheid valt.

4.5 Onderdeel 1.2 is ingesteld onder de niet vervulde voorwaarde dat het incidentele beroep met succes opkomt tegen het oordeel van het hof dat de haven openbaar vaarwater is. Dat onderdeel, alsmede de onderdelen 4, 5 en 6 behoeven geen behandeling.

4.6 De klachten van de onderdelen 2 en 7 kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

5 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

- vernietigt het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 21 januari 2020;
 - verwijst het geding naar het Gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;
 - veroordeelt Kerkewaard in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 1.017,68 aan verschotten en € 2.600 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Kerkewaard deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;
- in het incidentele beroep:*
- verwerpt het beroep;
 - veroordeelt Kerkewaard in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Kerkewaard deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Noot

1. Kerkewaard is eigenaar van een perceel grond met een haven aan de noordzijde van de Waal. Op het zuidelijke deel van de haven is ten behoeve van de Staat een erfdienstbaarheid gevestigd, inhoudende, kort gezegd, dat de Staat aldaar een overnachtingshaven mag hebben. Schippers kunnen aldaar in veilig water afmeren en overnachten. Daartoe heeft de Staat vier drijvende steigers geplaatst en een bord met daarop de mededelingen 'Overnachtingshaven Haaften' en 'Ligtijd maximaal 3 x 24 uur'. Over het gebruik van de overnachtingshavens bestaan al lange tijd geschillen. In 1996 is de

Staat veroordeeld maatregelen te treffen om te bereiken dat de schippers gedurende werkdagen niet overdag in de overnachtingshaven blijven liggen.

In 2011 is de Staat voornemens de toegang tot de overnachtingshaven te verbreden en meerpalen te slaan zodat grotere schepen veilig(er) kunnen afmeren. Kerkewaard heeft bezwaar omdat schepen door de ligging van deze meerpalen vaker gebruik zullen moeten maken van het noordelijk deel van de haven om in de overnachtingshaven te kunnen afmeren. Overleg leidt niet tot overeenstemming. In 2017/2018 zet de Staat zijn plannen door.

Kerkewaard vordert een verbod en ongedaanmaking van de maatregelen onder verbeurte van een dwangsom en krijgt gelijk van het hof. In cassatie spitst het geschil zich toe op twee kwesties: het karakter van het noordelijk deel van de haven als openbaar vaarwater en de verzwaring van de erf dienstbaarheid.

2. Het hof had geoordeeld dat de haven openbaar vaarwater is: het zuidelijk deel omdat Kerkewaard het door het vestigen van de erf dienstbaarheid had opengesteld voor gebruik als overnachtingshaven; het noordelijk deel omdat en voor zover het werd gebruikt om af te meren in de overnachtingshaven. Kerkewaard mocht dan eigenaar zijn, maar zou zich niet kunnen verzetten tegen het gebruik als vaarwater.

Hiertegen komt Kerkewaard in cassatie op.

3. Het hierdoor aangesneden leerstuk van de publieke bestemming probeert het onverenigbare te verenigen. Het eigendomsrecht – ‘het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben’ (art. 5:1 lid 1 BW) – geeft de eigenaar de exclusieve heerschappij over een zaak. De publieke bestemming komt erop neer dat eenieder overeenkomstig die bestemming gebruik van de zaak mag maken. Het valt niet mee zulke aan elkaar tegengestelde grootheden met elkaar in een consistent systeem te verenigen, alsof men water en vuur duurzaam probeert te verbinden.

De wetgever heeft zich niet aan een algemene regel gewaagd, maar vond het beter dat de kwestie in bijzondere wetten zou worden geregeld ‘zo dikwijls voor een nauwkeurige of omschrijvende groep van zaken – men denke b.v. aan de openbare wateren – in de praktijk blijkt dat aan een regeling behoefte bestaat’ (T.-M., *Parl. Gesch. Boek 5*, p. 141). Zo’n bijzondere regeling was er al voor wegen in de Wegenwet, maar die werd niet geschikt geacht voor veralgemenisering.

4. Van een regeling voor openbare wateren is het niet gekomen. Het is rechtersrecht. We vinden het in r.o. 3.2. Wat daaruit spreekt, is dat de balans tussen de exclusiviteit van het eigendomsrecht en de openbaarheid van de bestemming behoorlijk naar de kant van het laatste is uitgeslagen. Voor de vraag of een water openbaar is, is het feitelijke gebruik bepalend; als uit dat gebruik blijkt dat eenieder van het water gebruik kan maken, is het openbaar. Dat is nogal wat, als dit letterlijk wordt genomen. Als willekeurige personen er gebruik van

maken zonder op barrières te stuiten, is het water openbaar. De Hoge Raad verwijst naar de Toelichting-Meijers, waarin inderdaad is te lezen dat aan de eis van de openbaarheid is voldaan ‘als de zaak feitelijk openbaar is, d.w.z. dat in beginsel een ieder van de zaak gebruik kan maken’. Maar dat is de toelichting op het huidige art. 5:28 BW, waarin slechts een bewijsvermoeden is geregeld voor openbare wateren die door een openbaar lichaam worden onderhouden. Het is één aspect dat wél is ontleend aan de Wegenwet, die een soortgelijk vermoeden kent. In de Wegenwet is inderdaad het feitelijke gebruik bepalend, maar een weg is niet zonder meer openbaar als hij door eenieder kan worden gebruikt. Daarvoor is volgens art. 4 lid 1 Wegenwet nodig dat de weg *dertig jaar* door eenieder kan worden gebruikt. (Als de weg door een overheid wordt onderhouden, volstaat tien jaar.)

5. De nogal terloopse opmerking in de Toelichting-Meijers, die in een andere context is gemaakt, is een dunne basis om iemand de kern van zijn eigendomsrecht te ontnemen. Denkelijk is het ook niet de bedoeling van de Hoge Raad, althans dat leid ik af uit het verdere verloop van diens argumentatie, over wat een openbaar vaarwater is, logischerwijs een deelverzameling van openbare wateren. Dat zijn openbare wateren die met enige duurzaamheid en frequentie voor het economisch vervoer van goederen en personen worden gebruikt, zo overweegt de Hoge Raad onder verwijzing naar HR 12 juni 1951, *NJ* 1951/616. Dat arrest zag evenwel op de vraag wat gold als ‘bevaarbare stromen’ in de zin van art. 17 van de toenmalige Visserijwet, dat verwees naar art. 577 (oud) BW. Die laatste bepaling wees de eigendom van bevaarbare stromen toe aan de Staat. Daarvoor moest het gaan om een verkeersweg te water, waarvoor nodig was ‘dat het water met enige duurzaamheid en frequentie voor het economisch vervoer van goederen en personen wordt gebezigd’.

Het arrest zag dus op wat een ‘water’ tot een ‘verkeersweg te water’ maakt en dat vereiste duurzaamheid en frequentie van het gebruik als zodanig. Het laat zich niet goed denken dat een ‘water’ meteen een ‘openbaar water’ wordt op het moment dat het feitelijk als verkeersweg wordt gebruikt en pas ‘openbaar vaarwater’ als dat gebruik duurzaam en frequent geschiedt. Ik houd het erop dat ook naar huidig recht iemands water niet onmiddellijk openbaar wordt op het moment dat het door een willekeurig ander wordt gebruikt, maar dat het feitelijke gebruik ten minste enige duurzaamheid en frequentie moet hebben. Men kan het met J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 5e stuk, Zakenrecht, 1940, p. 140-141 en p. 151-152, ook zo zeggen, dat de gewoonte nog steeds bepalend is bij openbare wateren, ook die welke geen verkeerswegen zijn.

6. Vervolgens gaat de Hoge Raad – nog steeds in r.o. 3.2 – in op de vraag welk gebruik de eigenaar van een openbaar vaarwater moet dulden: het normale gebruik, dat afhankelijk is van het feitelijke gebruik en de overige omstandigheden. In ie-

der geval valt daaronder het gewone verkeer en het gebruik dat daarmee in zodanig verband staat dat het geacht moet worden er deel van uit te maken. Kortom, de eigenaar van een openbare verkeersweg te water, moet tenminste het verkeer dulden met alles erop en eraan.

De eigenaar moet dus dulden dat het water wordt gebruikt voor de doorvaart met een plezierboot (HR 5 juni 1992, NJ 1992/539 (*Spanish Water Resort/Van der Vlies*)), maar niet voor het blijvend ligplaats nemen tot het uitoefenen van een bedrijf, het drijven van handel, het houden van herberg, het verlenen van huisvesting of het houden van een vast verblijf (HR 17 januari 1941, NJ 1941/644, m.nt. P. Scholten (*Buiteman en Verschoor/Staat der Nederlanden*)) of de hengelsport (HR 22 juni 1973, NJ 1973/503, m.nt. K. Wiersma (*Gebraad/Grijsoord*)).

7. Wat betekent dit alles voor Kerkewaards haven? Is die openbaar vaarwater? De Hoge Raad laat het bevestigende oordeel van het hof in stand. Niet bestreden was dat het gebruik van de overnachtingshaven deel uitmaakt van het normale economisch verkeer op de Waal. (Kennelijk past het bij het normale verkeer dat schippers op het water overnachten.) Bij het oordeel dat het zuidelijk deel van de haven openbaar was, speelde de door Kerkewaard gevestigde erfdienstbaarheid een rol, die er juist toe strekte dat dat deel werd gebruikt als overnachtingshaven. Het noordelijk deel werd al vóór het plaatsen van de meerpalen feitelijk gebruikt — althans door een niet onaanzienlijk deel van de schepen — om af te meren in de overnachtingshaven en daarom kon het hof ook dat deel als openbaar vaarwater bestempelen. Dat gebruik was voor beide delen van de haven gewoon gebruik als openbaar vaarwater.

8. Dat gewone gebruik beperkt zich evenwel tot het gebruik om af te meren. Het middelonderdeel van de Staat, inhoudende dat als een vaarwater eenmaal openbaar is, elk gebruik daarvan geoorloofd is, wordt verworpen (r.o. 4.2). Wat de openbare bestemming inhoudt en de eigenaar moet dulden, is afhankelijk van de feitelijke situatie ter plaatse en het plaatselijke gebruik. Het oordeel van het hof dat dat in casu beperkt was tot het verkeer om te komen en gaan tot de overnachtingshaven, blijft in stand.

Het lijkt erop dat ook bij openbaar vaarwater het gewone gebruik als vaarwater lokaal kan zijn bepaald. Men zou dit al kunnen lezen in HR 18 juni 1965, NJ 1966/474, m.nt. J.H. Beekhuis (*Bakker/Arendshorst c.s.*), maar die zaak lijkt op dit punt procesrechtelijk te zijn bepaald. Volgens Beekhuis in zijn noot is '[n]iet wat ter plaatse gebruikelijk is t.a.v. de wijze van gebruik van een openbaar vaarwater door het publiek [...] beslissend, maar het gewoonterecht zoals dit geldt in het gehele land'. In diezelfde zin H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht*, 2001, p. 76-79. Daar lijkt de Hoge Raad dus genuanceerder over te denken. Als men de onderhavige r.o. 4.2 leest in samenhang met r.o. 3.2 — bij vaarwater is ten minste het gewone

verkeer toegestaan — moeten we de beslissing denkkelijk zo begrijpen dat in deze haven die ten dele als overnachtingshaven wordt gebruikt, het gewone verkeer — en dus het gewone gebruik als vaarwater — is beperkt tot het benaderen en verlaten van de aanlegplaatsen en het aldaar afmeren ter overnachting. Zie over deze materie ook G.A. van der Veen, *Openbare zaken*, 1997, p. 141-147 en p. 193-189, mede in verband met de kenbaarheid van de bestemming.

9. Kerkewaards tweede ijzer in het vuur was de erfdienstbaarheid. Zij had bij het hof succes gehad met haar betoog dat het verlengen van de steigers en het plaatsen van meerpalen een verzwarende van de erfdienstbaarheid opleverden; een leerstuk dat ziet op de grenzen van een bestaande erfdienstbaarheid, maar ook aanleiding kan geven tot wijziging of opheffing van een erfdienstbaarheid. Zie hierover E.F. Verheul, 'Verzwarende van een erfdienstbaarheid', *NTBR* 2021/11. Het hof gebruikte een nogal merkwaardige redenering. Doordat Kerkewaard zich niet had verzet tegen het gebruik van het noordelijk deel van de haven door schepen die wilden afmeren in de overnachtingshaven, zou de erfdienstbaarheid zich tot het noordelijk deel zijn gaan uitstreken. Door de verlenging van de steigers zou vaker en intensiever van het noordelijk deel gebruikgemaakt gaan worden en die verzwarende van de erfdienstbaarheid — van het noordelijk deel van de haven dus — hoefde Kerkewaard niet te dulden, aldus het hof in r.o. 5.11 van het arrest a quo.

Dit oordeel blijft in cassatie niet overeind. Een erfdienstbaarheid dat op een perceel rust, kan zich niet op deze wijze uitbreiden naar een aanpalend perceel. Erfdienstbaarheden ontstaan door vestiging of verjaring (art. 5:72 BW) en het een noch het ander was in casu aan de orde. Zonder erfdienstbaarheid op het noordelijk deel kon Kerkewaard zich niet beklagen over een verzwarende van die erfdienstbaarheid. Zie r.o. 4.4.

10. Op alle punten trekt Kerkewaard aan het kortste eind. Toch is het voor haar nog niet helemaal afgelopen, want de Hoge Raad verwijst het geding. Uit het arrest wordt mij niet meteen duidelijk wat er nog te beslissen valt, maar mogelijk dient de overeenkomst over de vestiging van de erfdienstbaarheid, waarop Kerkewaard zich mede had beroepen, nog nader aan de orde te komen.

F.M.J. Verstijlen