Vaststelling van Boek 5 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek

MEMORIE VAN ANTWOORD
(Ingezonden bij brief van 16 oktober 1972)

Nr. 5

(De vroegere stukken zijn gedrukt in de zittingen 1956–1957 en 1961–1962)

Titel 1

Algemeen

Deze memorie is tezamen met het daarbij behorende gewijzigd ontwerp voorbereid onder leiding van mr. J. H. Beekhuis, regeringscommissaris voor Boek 5.

Alvorens te antwoorden op wat in het voorlopig verslag onder Algemeen is opgemerkt, wil de ondergetekende erop wijzen dat ten opzichte van het ontwerp van Boek 5 om verschillende redenen wijzigingen wenselijk zijn gebleken. Ten dele vloeien deze wijzigingen voort uit wat in het voorlopig verslag naar voren is gebracht, maar voor een deel ook zijn zij het gevolg van de vereiste aanpassing van Boek 5 aan het inmiddels verschenen gewijzigd ontwerp van Boek 3, behorende bij de memorie van antwoord betreffende dit boek aan de Tweede Kamer (zitting 1970–1971 – **3770,** stuk no. 5), alsook op een aantal plaatsen aan het inmiddels ingediende ontwerp van Boek 6. Tevens is aan het gewijzigd ontwerp bijgedragen door de voor en na het voorlopig verslag verschenen literatuur, die ook in de gevallen dat zij niet uitdrukkelijk in deze memorie wordt aangehaald, toch zorgvuldig is bezien. Hetzelfde geldt voor het in W.P.N.R. 4565 gepubliceerde adres van de Broederschappen van Notarissen en Kandidaatnotarissen en het advies van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, te vinden in De Nederlandse gemeente, 1955, p. 555 e.v.

Tenslotte heeft, evenals met het oog op het gewijzigd ontwerp van Boek 3 het geval geweest is, ook naar aanleiding van vele onderdelen van Boek 5 overleg plaats gevonden met deskundigen en is van hun opmerkingen op tal van plaatsen dankbaar gebruik gemaakt.

Het verheugt de ondergetekende dat een meerderheid van de Commissie met de algemene opzet van Boek 5 heeft kunnen instemmen. Inderdaad hangt de structuur van dit boek ten nauwste samen met die van Boek 3. Het daar gekozen uitgangspunt dat het begrip „onlichamelijke zaak" niet in het nieuwe wetboek behoort te worden overgenomen en derhalve het begrip „zaak" beperkt dient te worden tot lichamelijke zaken (welke dan samen met alle vermogensrechten ingevolge artikel 3.1.1.0 „goederen" zijn), heeft als noodzakelijke consequentie dat slechts die rechten "zakelijke rechten" zijn, die op een stoffelijk object in de zin van artikel 3.1.1.1 rusten. Rechten die zoals vruchtgebruik, pand en hypotheek zowel op lichamelijke zaken als op rechten kunnen rusten, zijn daarom ondergebracht in het derde Boek. Wel blijven zij zakelijke rechten voor zover zij op lichamelijke zaken rusten, maar dat vormt geen voldoende aanleiding om ze – zoals mr. J. L. L. Wery in R. M. Themis 1961, p. 79 e.v. voorstelt – met de andere zakelijke rechten in één Boek te behandelen.

Een enigszins andere vraag is die of het bestaande zgn. gesloten stelsel van zakelijke rechten zonder meer in het nieuwe wetboek zou moeten worden overgenomen. Naar aanleiding van de mening van enige leden dat het aanbevelenswaardig zou zijn een meer open stelsel te aanvaarden, omdat er, maatschappelijk en in de rechtspraktijk, behoefte bestaat aan meer mogelijkheden en dus tot een grotere vrijheid tot vestiging van zakelijke rechten dan het huidige gesloten stelsel biedt, zou de

ondergetekende willen verwijzen naar artikel 6.5.3.4 en de daarop gegeven toelichting. Door de verruiming van de mogelijkheid bedingen te maken die zodanig aan een registergoed verbonden zijn dat zij op degenen die het goed onder bijzondere titel verkrijgen, overgaan, zal het toepassen van kettingbedingen of andere gekunstelde of ingewikkelde constructies veelal vermeden kunnen worden. Bovendien is in dit verband van belang dat de ondergetekende om redenen die in deze memorie bij artikel 5.6.1 nader uiteen worden gezet, besloten heeft het z.g. nuts-vereiste in de omschrijving van de erfdienstbaarheid te schrappen. Het in het voorlopig verslag geciteerde arrest van de H.R. van 28 juni 1957, N.J. 1957 no. 495 heeft voor het ontwerp dus geen betekenis meer.

Ter verduidelijking van de mededeling in de toelichting (p. 377, onder 3) dat in de continentale rechtsstelsels het zakenrecht – anders dan het contractenrecht – een gesloten systeem vormt, moge allereerst worden opgemerkt dat over de mate van deze geslotenheid nog weer uiteenlopende meningen bestaan. Vaak kent men aan partijen een grote mate van vrijheid toe om binnen het kader van of in aansluiting op de regeling van de bestaande zakelijke rechten hun rechtsverhouding (met zakelijke werking) nader te regelen. Men zie b.v. voor Frankrijk Marty et Raynaud II, 2, Les Biens, 1965, no. 8; voor Zwitserland Meier-Hayoz, Berner Kommentar IV, 1966, p. 28 e.v.; voor Duitsland Soergel-Siebert, 4, 1968, Einleitung, Anm. 21–22. Deze weg is in beginsel dezelfde als in het nieuwe wetboek wordt ingeslagen; zie de toelichting van het driemanschap, p. 378, bovenaan en eerste alinea, alsmede het reeds ter sprake gebrachte artikel 6.5.3.4. Een ander stelsel bestaat in de landen waar, zoals in Engeland, de z.g. common law geldt. Een juridisch begrip als ons „zakelijk recht" is in dit stelsel onbekend, maar wel bestaan er verschillende mogelijkheden om zaken te belasten met rechten waaraan (soms ten dele) werking tegen derden toekomt. Zoals blijkt uit de uiteenzettingen van Uniken-Venema, Van Common Law en Civil Law, 1971, Hoofdstuk II, is dit stelsel echter moeilijk met dat van het continent te vergelijken en zou het zich in een continentaal rechtsstelsel ook slecht laten inpassen. Wel kan gezegd worden dat het eindresultaat niet zeer verschillend is van dat van het nieuwe wetboek, wanneer men artikel 6.5.3.4 mede in de beschouwing betrekt. Men zie Uniken Venema, t.a.p., p. 57.

De handhaving van het gesloten stelsel van zakelijke rechten van het ontwerp, opgevat in voormelde zin, brengt tevens mee dat afgezien kan worden van een titel, houdende algemene bepalingen van zakenrecht, waarin verschillende algemene vragen betreffende zakelijke rechten behandeld zouden kunnen worden. De ondergetekende kan niet inzien dat aan een opsomming van deze regels die grotendeels al uit elders geplaatste bepalingen van het Wetboek voortvloeien, behoefte bestaat.

Uit het bovenstaande moge volgen dat de ondergetekende zich met betrekking tot het hier besproken vraagstuk aansluit bij het standpunt van de meerderheid der Commissie. Ook hij vreest dat een te grote vrijheid om nieuwe zakelijke rechten te vormen tot moeilijkheden zou leiden. Soortgelijke overwegingen hebben er toe geleid dat ingevolge artikel 6.5.3.4 ook kwalitatieve verplichtingen welke gekoppeld zijn aan een registergoed, niet onbeperkt worden toegelaten; verwezen mag worden naar de toelichting van voormelde bepaling. Aan de wens van een zo groot mogelijke soepelheid bij de begrenzing van zakelijke rechten meent de ondergetekende tegemoet te zijn gekomen, mede door de in het gewijzigd ontwerp voorgestelde verruimingen van de omschrijving van de rechten van erfdienstbaarheid en opstal (artikelen 5.6.1 en 5.8.1).

Wat de oude zakelijke rechten betreft welke bij de invoering van ons huidig Burgerlijk Wetboek werden gehandhaafd, kan de ondergetekende mededelen dat het inderdaad in het voornemen ligt om in verband met het overgangsrecht aandacht te geven aan de vraag, in hoeverre deze rechten ook nu nog gehandhaafd moeten worden.

ARTIKELEN

TITEL 1

Eigendom in het algemeen

Artikel 5.1.1, eerste lid. Het verheugt de ondergetekende dat de Commissie in beginsel met de opneming van een bepaling als het eerste lid bevat, vrede kon hebben. Hij vestigt er evenwel de aandacht op dat men in deze bepaling geen definitie van het begrip eigendom heeft te zien. Ook hij meent dat een zodanige definitie niet in een wetboek, doch veeleer in een leerboek thuis zou horen. De onderhavige bepaling strekt er slechts toe een tweetal kenmerken die het recht van eigendom in het nieuwe wetboek zal hebben, duidelijk te doen uitkomen, omdat zij van groot belang zijn voor een goed begrip van het stelsel dat ten aanzien van eigendom en andere zakelijke rechten in dit wetboek is neergelegd. De Commissie heeft op het eerste kenmerk reeds gewezen: in het nieuwe wetboek kan alleen een „zaak" in de zin van artikel 3.1.1.1 objekt van eigendom zijn. Daarnaast doet het eerste lid uitkomen dat eigendom onder de zakelijke rechten die een persoon op een zaak kan hebben, het meest omvattende is, met dien verstande dat daaruit andere rechten – beperkte rechten in de zin van artikel 3.1.1.7 – kunnen worden afgeleid. Ten einde dit verband met artikel 3.1.1.7 dat spreekt van „een meer omvattend recht", duidelijker aan te geven is de redactie van het eerste lid enigszins gewijzigd: de woorden „het meest volledige recht" zijn vervangen door: het meest omvattende recht.

Door deze wijziging wordt tevens tegemoet gekomen aan de opmerkingen van enige leden, vervat in de tweede alinea van het voorlopig verslag bij dit artikel. Vertrouwd mag worden dat de bepaling, nu de woorden „het meest volledige recht" daaruit zijn verdwenen, niet langer voet geeft aan de door deze leden gevreesde indruk van een absoluutheid van het recht van de eigenaar, die met de moderne opvattingen omtrent eigendom moeilijk zou zijn te verenigen.

Op de boven aangegeven gronden meent de ondergetekende dat opneming van het eerste lid in de vorm die daaraan thans is gegeven, wenselijk is. Als reden voor deze opneming heeft niet vooropgestaan dat door de daarin gebezigde omschrijving een buitenlandse rechter zich beter een oordeel zou kunnen vormen omtrent het karakter van het Nederlandse eigendomsrecht, al kan deze omschrijving ook daartoe dienstig zijn.

Tweede lid. Uit het bovenstaande vloeit voort dat de ondergetekende het niet wenselijk acht artikel 1 met het tweede lid te doen aanvangen, en dit in te leiden met de woorden: „Eigendom is (geeft) de bevoegdheid ....". Aldus zou bovendien ten onrechte de suggestie gewekt worden als zou op zijn beurt dit lid een definitie van eigendom beogen te geven. Het lid bevat evenwel slechts een opsomming van de meest op de voorgrond tredende bevoegdheden van de eigenaar, mede met het oog op de beperkingen waaraan deze bevoegdheden onderworpen zijn.

In het tweede lid heeft de ondergetekende het woord „mag" ondanks de bezwaren van de Commissie gehandhaafd. Hij prefereert de term „mogen" boven de term „de bevoegdheid hebben" zowel uit taalkundige overwegingen als omdat laatstgenoemde term in die zin zou kunnen worden uitgelegd dat zij ook de term „kunnen" zou omvatten; verwezen moge worden naar de memorie van toelichting bij art. 5.1.1, *ad a en b,* eerste twee alinea's. Intussen is het belang van de gebruikte terminologie in het gewijzigd ontwerp minder groot geworden, nu de ondergetekende mede op grond van de door de Commissie gemaakte opmerkingen heeft besloten in lid 2 niet langer mede het beschikken over de zaak te vermelden. Hoewel hetgeen in dit lid omtrent het „*mogen* beschikken" was bepaald, naar zijn mening juist is, hebben de opmerkingen van de Commissie hem tot de overtuiging gebracht dat het niet raadzaam is om deze bepaling in het onderhavige artikel betreffende eigendom op te nemen. Het verdient naar zijn oordeel de voorkeur de kwestie over te laten aan hetgeen reeds uit Boek 3 volgt zowel ten aanzien van het *kunnen* beschikken

over zaken en andere goederen als met betrekking tot de invloed die een verordening van de lagere wetgever op de geldigheid van rechtshandelingen in het algemeen vermag te hebben.

In het voorlopig verslag werd in dit verband terecht de aandacht gevestigd op het betoog van J. C. van Oven in N.J.B. 1958, p. 1 e.v. De ondergetekende is het geheel met de Commissie eens dat in het nieuwe wetboek het beginsel moet gelden dat de lagere wetgever de bevoegdheid om over een goed te beschikken niet moet kunnen beperken. Dat de lagere wetgever inderdaad deze bevoegdheid mist volgt enerzijds uit de artikelen 3.4.1.2, 3.4.2.1 lid 1 en 3.4.2.11, waaruit mag worden afgeleid dat de regeling van de overdraagbaarheid van de daar bedoelde rechten, daaronder begrepen de mogelijkheid tot het vestigen en afstand doen van beperkte rechten daarop, aan de formele wetgever is voorbehouden. Anderzijds is van belang het ook door Van Oven in zijn voormeld betoog aangehaalde artikel 3.2.7. Het tweede lid van dat artikel bepaalt dat strijd met een dwingende *wets*bepaling tot nietigheid van een rechtshandeling leidt. Zoals in de laatste alinea van de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer (zitting 1970–1971 – **3770,** stuk no. 5) bij dat artikel wordt gezegd dient onder de term „wetsbepaling" in het nieuwe wetboek – in tegenstelling tot b.v. de hierna nog te bespreken term „wettelijk voorschrift" – niet ook een verordening van de lagere wetgever te worden begrepen. De lagere wetgever kan derhalve ook niet de nietigheid voorschrijven van een rechtshandeling die een daad van beschikking oplevert.

Zoals eveneens in de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij art. 3.2.7 wordt gezegd, is echter wèl mogelijk dat in een bepaald geval een rechtshandeling, waarmee een verordening van een lagere wetgever wordt overtreden, op die grond in strijd met de openbare orde moet worden geoordeeld en derhalve nietig uit hoofde van artikel 3.2.7 lid 1. In welke gevallen dit moet worden aangenomen is aan de rechter ter beoordeling overgelaten en zal zowel van de strekking van de verordening als van de andere omstandigheden van het geval afhangen. Aandacht verdient daarbij dat het enkele feit dat de rechtshandeling (b.v. een koopovereenkomst gevolgd door levering in strijd met een gemeentelijk ventverbod) een strafbaar feit oplevert, op zich zelf nog geen reden hoeft te zijn om strijd met de openbare orde aan te nemen. Men vergelijke voor het huidige recht b.v. H.R. 1 november 1957, N.J. 1959 no. 61, en 25 november 1966, N.J. 1967 no. 52 [1]).

Het hier geschetste stelsel komt er derhalve op neer dat door de lagere wetgever gestelde regels in beginsel slechts van belang zijn voor de vraag of een rechtshandeling *mag* worden verricht. Eerst wanneer aan het verbod in verband met de omstandigheden ten aanzien van een bepaald geval een zodanige betekenis toekomt dat de in casu door het verbod getroffen handeling in strijd komt met de openbare orde, brengt de wet, nl. art. 3.2.7 lid 1, mee dat de betreffende handeling ongeldig is en heeft de verordening derhalve betekenis voor de vraag of die handeling *kan* worden verricht. Van dit zelfde stelsel ging het tweede lid van het onderhavige artikel uit voor rechtshandelingen waarbij over een zaak wordt beschikt. Maar juist daarom is aan een bepaling als in dit lid was vervat, geen behoefte naast de in Boek 3 opgenomen regels en naast de algemene regel van artikel 9 Inleidende titel betreffende het niet „mogen" uitoefenen van bevoegdheden in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiek recht.

Evenmin bestaat behoefte aan een zodanige bepaling betreffende een beperking van het mogen beschikken over de zaak door regels van ongeschreven recht, waarbij – men zie

---

[1]) Dit geval moet worden onderscheiden van het geval van een rechtshandeling die verplicht tot een door de lagere wetgever verboden prestatie. Hoeft een gemeentelijk verbod nog niet de ongeldigheid mee te brengen van een in strijd daarmee tot stand gekomen koopovereenkomst en van de levering waarmee deze terstond gepaard ging, een overeenkomst die een van beide partijen zou verplichten om op verboden wijze te venten, zou stellig nietig zijn. Men zie ook hier de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij artikel 3.2.7.

de toelichting van het driemanschap, p. 381, eerste alinea – hier met name moet worden gedacht aan het ongeschreven recht van artikel 6.3.1 lid 2. Wat hier geldt, behoort naar het oordeel van de ondergetekende te worden bepaald door de regels van titel 6.3, die in beginsel slechts aanspraak geven op schadevergoeding, al kan de rechter deze onder omstandigheden ook opleggen in de vorm van een plicht tot herstel in de vorige toestand (artikel 6.1.9.9).

Ook in ander opzicht heeft het tweede lid enige wijziging ondergaan. In het regeringsontwerp werd daarin tevens de bevoegdheid vermeld om de vruchten van de zaak te trekken, waarmee werd gedoeld op de daad van het afscheiden van de vruchten; dat na de afscheiding de eigenaar van de zaak de eigendom van de vruchten verkrijgt, volgde uit het derde lid en uit artikel 5.2.15. De ondergetekende meent evenwel dat het niet nodig is om naast deze laatste bepalingen het trekken (afscheiden) van de vruchten nog afzonderlijk in lid 2 te vermelden, temeer omdat daarin thans ook de woorden „naar goedvinden gebruiken" zijn vervangen door: gebruik maken zoals hem goeddunkt. De laatste uitdrukking dient in ruime zin te worden opgevat, zodat zij behalve het gebruiken van de zaak ook omvat het afscheiden van eventuele vruchten, alsmede het verbruiken, vernietigen enz. van de zaak. Deze betekenis is in overeenstemming met die van de term „gebruik maken" in het huidige artikel 625 B.W.

Voorts zijn de woorden „op wet, verordening en regels van ongeschreven recht" vervangen door: op *wettelijke voorschriften* en regels van ongeschreven recht. Onder de term „wettelijke voorschriften", b.v. ook gebezigd in artikel 28 lid 2 van Boek 1, vallen zowel een wet in formele zin als voorschriften van de lagere wetgever. De oorspronkelijke omschrijving kon twijfel doen rijzen of daaronder wel begrepen waren wettelijke voorschriften die geen wet zijn en die men niet als verordening pleegt aan te duiden; men denke b.v. aan algemene maatregelen van bestuur. Waar zelfs ongeschreven recht de eigenaar in het gebruik dat hij van de zaak mag maken, kan beperken, is er geen reden waarom een zodanig wettelijk voorschrift dit niet zou kunnen.

Voormelde wijzigingen maakten de weg vrij voor een redactionele vereenvoudiging door een iets andere woordvolgorde.

De ondergetekende deelt niet de mening van hen die zouden beweren dat het tweede lid in de vorm die daaraan thans is gegeven, zou kunnen worden weggelaten, omdat de inhoud daarvan geheel vanzelf spreekt. Hij heeft er daarom met voldoening kennis van genomen dat de Commissie tegen opnemen ervan geen bezwaar had. De bepaling dient onder meer – evenals het huidige artikel 625 dat doet – als basis voor de rechtspraak ter begrenzing van de verordenende bevoegdheid van de lagere overheidsorganen, die in de regel op een algemeen geformuleerde wetsbepaling stoelt (b.v. artikel 168 Gemeentewet), met name voor zover het erom gaat het genot dat de eigenaar van de zaak heeft te beperken. Het tweede lid beoogt niet om in de huidige rechtspraak op dit punt wijziging te brengen.

Wèl bevat het in zoverre een verduidelijking dat het spreekt van op „wettelijke voorschriften gegronde *beperkingen*". Daaruit volgt dat het aan de lagere wetgever b.v. niet vergund is in bepaalde gevallen de vernietiging van een zaak te bevelen. Aldus ook voor het huidige recht Vegting, De gemeentelijke verordeningsbevoegdheid en het burgerlijk recht, p. 129, 145 e.v., 148 sub 2 en 202 sub *b* [1]).

Evenals de Commissie heeft de ondergetekende begrip voor de problematiek, waarvoor aandacht gevraagd is voor de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (De Nederlandse gemeente 1955, p. 555 e.v.), betreffende de moeilijkheden gerezen met betrekking tot het opleggen van de plicht tot dulden van lantaarnpalen, waterleidingbuizen, verkeersborden aan muren, steunpunten voor elektrische leidingen en wat dies meer zij. Met de Commisie is hij evenwel van oordeel dat het Burgerlijk Wetboek niet de plaats is om desiderata op dit

---

[1]) In andere zin nog H.R. 30 december 1892, W 6289.

punt, die van publiekrechtelijke aard zijn, te regelen. Hij vestigt er de aandacht op dat in het gewijzigd ontwerp de in dit verband belangrijke mogelijkheid tot het vestigen van erfdienstbaarheden en het recht van opstal niet onaanzienlijk is uitgebreid; men zie de titels 5.6 en 5.8. Maar een behoefte aan hiermee vergelijkbare beperkingen van de eigendom van publiekrechtelijke aard, zou naar zijn mening in het kader van de wetgeving op publiekrechtelijk gebied behoren te worden beoordeeld.

Met instemming heeft de ondergetekende voorts kennis genomen van de mening van de Commissie dat het onderhavige lid terecht ook verwijst naar de regels van ongeschreven recht, waardoor de rechter ook op dit punt de nodige vrijheid wordt gelaten. Evenmin als de Commissie is de ondergetekende bevreesd dat de rechter hiervan een te vrijmoedig gebruik zal maken. Opmerking verdient nog dat men het tweede lid in dit opzicht zou kunnen zien als een lex specialis ten opzichte van artikel 9 Inleidende titel.

Derde lid. De ondergetekende deelt niet de mening van de Commissie dat deze bepaling betrekkelijk overbodig is. Men dient haar te lezen in verband met artikel 5.2.15. Dit artikel bepaalt dat degeen die krachtens zijn genotsrecht op een zaak gerechtigd is tot de vruchten daarvan, de eigendom der vruchten verkrijgt door haar afscheiding. Het zegt evenwel niets over de vraag *welke* genotsrechten op een zaak de rechthebbende tevens recht geven op de vruchten. Het onderhavige lid 3 nu bepaalt dat eigendom een zodanig genotsrecht verschaft, zoals b.v. de artikelen 3.8.14 en 5.7.1.4 (in het gewijzigd ontwerp: lid 1) dit bepalen ten aanzien van vruchtgebruik en erfpacht. Lid 3 vormt dus een noodzakelijk complement van artikel 5.2.15.

Artikel 5.1.2 Algemeen. Het verheugt de ondergetekende dat de Commissie zich over het algemeen met dit artikel, zoals het in het regeringsontwerp is geredigeerd, akkoord kan verklaren. Intussen zijn in het artikel nog een aantal wijzigingen aangebracht, die in meerderheid voortvloeien uit een tweetal motieven die de ondergetekende wil beginnen met hier aan de orde te stellen.

In de eerste plaats is het hem wenselijk voorgekomen om de redactie van het artikel aan te passen aan het inmiddels verschenen ontwerp van Boek 6, met name aan de derde titel van dat boek betreffende onrechtmatige daad. Om deze reden wordt thans in het eerste lid niet langer gesproken van „in een mate of op een wijze die volgens regels van ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer niet betaamt", doch volstaan met verwijzing naar hetgeen „volgens artikel 6.3.1 onrechtmatig is". Daarmee verwijst lid 1 thans ondubbelzinnig naar alle in dat artikel vermelde categorieën van onrechtmatigheid, met name ook naar die van inbreuk op een recht of een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht. Ook voor hinder die op grond daarvan onrechtmatig is behoort het onderhavige lid, evenals ook de volgende leden, te gelden. Een soortgelijke formulering wordt in lid 2 gebezigd.

Ook het derde lid is door een uitdrukkelijke verwijzing naar Boek 6 verduidelijkt. Zoals hieronder bij dit lid nog toegelicht zal worden, is op de in dit lid vervatte vordering tot schadevergoeding titel 6.3 in zijn geheel van overeenkomstige toepassing verklaard, behoudens een tweetal met zoveel woorden vermelde uitzonderingen. Daarnaast is op deze vordering, zoals op ieder wettelijk recht tot vergoeding van schade afdeling 6.1.9 rechtstreeks van toepassing. Daardoor konden tevens de laatste twee zinnen van lid 3 – in het gewijzigd ontwerp samengevat in een nieuw lid 4 – worden bekort.

De tweede reden waarom het artikel wijziging heeft ondergaan, betreft de vraag welke gevallen van hinder door het artikel worden bestreken. Het ontwerp kon de indruk doen ontstaan, als zou uitsluitend gedacht moeten worden aan hinder, toegebracht door de eigenaar van een zaak. Zowel in het eerste lid als in het tweede en derde lid werd immers „de eigenaar" uitdrukkelijk vermeld. De ondergetekende meent evenwel dat deze gedachte reeds voor het eerste lid onjuist zou zijn. Het

spreekt naar zijn mening van zelf dat eigendom niet alleen geen rechtvaardiging kan opleveren voor hinder door de eigenaar van de zaak, maar evenmin voor degenen die hun recht aan de eigenaar ontlenen, zonder zelf eigenaar te zijn. Men denke aan de vruchtgebruiker, de erfpachter, de pachter, de huurder.

Voor het tweede en derde lid geldt de wenselijkheid om de toepassing ervan niet tot hinder door de eigenaar van een zaak te beperken in nog sterkere mate. Uiteraard kan ook hinder, toegebracht door een vruchtgebruiker, erfpachter, pachter of huurder in het algemeen belang gerechtvaardigd zijn. Daarnaast kan zich het geval voordoen dat degene die de hinder toebrengt, zich in het geheel niet op enige aan een eigenaar ontleende bevoegdheid kan beroepen. Bij de regeling die in de onderhavige leden is vervat, heeft men vooral het oog gehad op gevallen als berecht in het z.g. Voorste Stroom-arrest (H.R. 19 december 1952, N.J. 1953 no. 642). Staat een gemeente toe dat fabrikanten hun afvalwater in een riviertje lozen en onstaat aldus hinder voor hen die langs dat riviertje wonen, dan kan niet gezegd worden dat deze hinder door de gemeente wordt toegebracht bij het gebruik van een zaak waarvan zij eigenaar is. Niettemin behoort in gevallen als deze een beroep door de gemeente op de leden 2 en 3 van het onderhavige artikel mogelijk te zijn. Men vergelijke verder J. C. van Oven en J. H. Polenaar, Handelingen N.J.V., 1958 II, p. 21 en p. 22 e.v..

In verband met dit alles is in het gewijzigd ontwerp de redactie van alle leden aldus herzien dat de term „eigenaar" daarin niet meer voorkomt, terwijl tevens het verband tussen het eerste lid dat nog wel van „eigendom" spreekt, en de leden 2 en 3 losser is gemaakt. Het tweede lid luidt met het oog hierop thans: „Het toebrengen aan een ander van hinder die volgens artikel 6.3.1 onrechtmatig zou zijn, is geoorloofd voor zover die ander in het algemeen belang deze hinder behoort te dulden." Aldus is in het gewijzigd ontwerp tot uiting gebracht dat voor de toepasselijkheid van de leden 2 en 3 irrelevant is of de hinder al of niet door de eigenaar van een zaak of bij het gebruik van een zaak wordt toegebracht.

De ondergetekende vestigt er voorts de aandacht op dat het onderhavige artikel evenmin beperkt is tot het geval dat de hinder *aan* een eigenaar wordt toegebracht, ook al pleegt in de huidige literatuur van dit geval te worden uitgegaan (zie Asser-Beekhuis, Bijz. deel I, p. 29 e.v., alsmede Duitsland 906). In vele gevallen treft de toegebrachte hinder de ander niet als eigenaar maar veeleer als persoon. Zo zal bij hinder door rumoer niet alleen een waardevermindering optreden van de in de nabijheid gelegen onroerende zaken, waardoor de eigenaren daarvan schade lijden, maar ook kunnen omwonenden die geen eigenaar zijn, zoals huurders, schade lijden, b.v. bestaande in de kosten die nodig zijn om door het aanbrengen van geluiddempend materiaal of door andere maatregelen een redelijk genot van het gehuurde te behouden of de hinder aan hen persoonlijk zoveel mogelijk te beperken. Ook in deze gevallen behoort het artikel van toepassing te zijn.

Het voorgaande doet de vraag rijzen of de onderhavige regeling terecht in de eerste titel van Boek 5 is geplaatst. Ook in het voorlopig verslag wordt deze vraag aan de orde gesteld. De Commissie heeft als haar voorlopige mening uitgesproken dat plaatsing in deze titel uit practische overwegingen de voorkeur verdient. De ondergetekende sluit zich daarbij, ook voor wat betreft het gewijzigd ontwerp, gaarne aan. Traditioneel wordt de hinder steeds behandeld in verband met het eigendomsrecht en het is niet gemakkelijk om elders in het nieuwe wetboek daarvoor een geschikte plaats te vinden, nu een artikel als dit ook in titel 6.3 moeilijk in te passen zou zijn. Met name het eerste lid behoort in de onderhavige titel thuis. Het is niet gewenst om dit lid van de daarop volgende leden te scheiden, ook al is het verband met die leden in het gewijzigd ontwerp losser geworden dan oorspronkelijk het geval was.

De overige in het voorlopig verslag gemaakte opmerkingen zullen hieronder bij de bespreking van de afzonderlijke leden worden beantwoord.

Eerste lid. Evenals de Commissie heeft de ondergetekende kennis genomen van de preadviezen, in1958 door C. H. Telders

en A. van Oven uitgebracht voor de Nederlandse Juristenvereniging. Zoals opgemerkt door Telders, op dit punt met instemming door de Commissie geciteerd, is de opsomming van het eerste lid niet limitatief en blijkt dit ook uit de tekst zelf („zoals"). Dit betekent echter niet dat deze opsomming als overbodig moet worden beschouwd. In de eerste plaats doet zij uitkomen dat – anders dan voor het huidige recht wordt aangenomen (Asser-Beekhuis, Bijz. deel I, p. 31 e.v.) – onder hinder ook gevallen kunnen worden gebracht, waarin een zekere aantasting van de zaak zelf plaatsvindt. Men denke aan het ontnemen van steun, wateronttrekking, het verspreiden van roest veroorzakende gassen e.d.. Verder is de term „hinder" uitgebreid tot enkele gevallen die daar in het huidige recht niet onder plegen te worden gebracht, nl. het onthouden van licht en lucht aan een buurman (verg. o.a. H.R. 2 december 1937, N.J. 1938 no. 353). In deze laatste gevallen heeft men volgens de thans gangbare leer te maken met in beginsel rechtmatige daden, waarbij geen toetsing aan de gewone zorgvuldigheidsnormen plaats vindt, maar die pas in het extreme geval van misbruik van recht ongeoorloofd zijn. In het nieuwe wetboek zal dit anders zijn: onrechtmatigheid zal reeds kunnen worden aangenomen, indien de betrokken gedraging indruist tegen hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dan wel indien zich een der andere in artikel 6.3.1 vermelde categorieën van onrechtmatigheid voordoet. Men vergelijke de toelichting van het driemanschap, p. 383, voorlaatste alinea.

Naast de in lid 1 genoemde gevallen zijn, nu de opsomming niet limitatief is, nog andere denkbaar. De Commissie wees reeds op het bovenaan p. 383 van de toelichting van het driemanschap vermelde voorbeeld betreffende het storen van radio-ontvangst door het gebruik van elektrische apparaten. Voorts kan worden gewezen op de gevallen van hinder, vermeld in de artikelen 5.4.2 en 3 van het gewijzigd ontwerp. En tenslotte kan men zo ook onder hinder brengen een geval als berecht door Hof Amsterdam, 14 januari 1964, N.J. 1964 no. 478 (het zo hoog optrekken van een gebouw dat een naburige schoorsteen niet goed kan trekken), waarbij het overigens van de omstandigheden van het concrete geval zal afhangen of hierdoor de regels van maatschappelijke betamelijkheid wel of niet worden geschonden, dus of de toegestane mate van hinder wel of niet wordt overschreden.

Zoals mede uit het bovenstaande blijkt, kan de ondergetekende geheel de mening van de Commissie onderschrijven dat een begrip als „hinder" in de rechtspraak moet worden gevormd. Vertrouwd mag worden dat de onderhavige bepaling daartoe enerzijds de nodige grondslag verschaft, anderzijds de rechter voldoende vrijheid laat. Voorts is hij met de Commissie van mening dat het geen aanbeveling verdient om, zoals door Telders voorgesteld, een maatstaf voor al of niet geoorloofde hinder op te nemen die op „nabuurschap" is afgestemd. Van dit vage begrip is niet te verwachten dat het tot een scherpere omlijning leidt, terwijl anderzijds niet raadzaam is om de rechtsontwikkeling op dit punt onnodig aan banden te leggen. De ondergetekende is het derhalve evenals de Commissie eens met F. J. de Jong en J. C. van Oven, dat er geen aanleiding bestaat op grond van de door Telders en A. van Oven in hun preadviezen geleverde kritiek op dit punt iets te wijzigen.

Evenmin kan de ondergetekende zich verenigen met de gedachte van Telders, dat hinder zich uitsluitend zou voordoen in verband met het gebruiken van onroerende zaken, zodat de stof beter in de vierde titel zou kunnen worden behandeld. Hij onderschrijft hetgeen de Commissie hieromtrent betoogde en moge voor het overige verwijzen naar hetgeen hierboven onder „Algemeen" bij dit artikel opgemerkt is.

Ten aanzien van de in het voorlopig verslag ter sprake gebrachte afgrenzing van de hinder ten opzichte van het leerstuk van het rechtsmisbruik, moge de ondergetekende beginnen met te herinneren aan de boven reeds gemaakte opmerking dat lid 1, met name in de gevallen van het ontnemen van licht en lucht, de term hinder heeft uitgebreid tot een gebied waar thans slechts een beroep op rechtsmisbruik

mogelijk is. Het verschil tussen beide groepen van gevallen is thans vooral hierin komen te liggen dat men bij hinder in de eerste plaats dient te denken aan de gevallen waarin de benadeelde primair getroffen wordt in het genot van zijn eigen zaak of recht, bij rechtsmisbruik daarentegen vooral aan die waarin iemand wordt getroffen in het toevallige genot dat hij heeft van de zaak van zijn buurman. Men denke bij dit laatste b.v. aan het bederven door deze buurman van het uitzicht dat men over diens erf heeft (verg. H.R. 13 maart 1936, N.J. 1936 no. 415 en 2 april 1937, N.J. 1937 no. 639). Aanspraken op handhaving van een zodanig uitzicht kan men niet doen gelden, behoudens het extreme geval van artikel 8 Inleidende titel.

Verder is de ondergetekende met de Commissie van oordeel dat het door Telders genoemde criterium, volgens hetwelk misbruik pas ter sprake komt als er van gebruik geen sprake meer kan zijn, niet kan dienen tot verscherping van bedoelde afgrenzing. Niet kan hij zich verenigen met de door de Commissie van A. van Oven overgenomen stelling dat aan de hierbedoelde grens de nodige scherpte is komen te ontvallen door de uitbreiding van de misbruikcriteria in artikel 8 Inleidende titel. Kennelijk is hier gedacht aan het derde daarin vervatte criterium, het geval „waarin men rekening houdend met de daarbij betrokken belangen naar redelijkheid niet tot uitoefening van de bevoegdheid had kunnen komen". Immers het eerste in artikel 8 genoemde criterium (het gebruiken van een uit eigendom voortvloeiende bevoegdheid voor geen ander doel dan om iemand te schaden) is zo restrictief gesteld, dat de afgrenzing met het onrechtmatigheidscriterium dat aan de hinder ten grondslag ligt, geen moeilijkheden oplevert; en het tweede criterium (dat een bevoegdheid voor een ander doel wordt gebruikt dan waarvoor zij is verleend) zal zich bij eigendom nauwelijks kunnen voordoen. omdat de wet de eigendomsbevoegdheden niet aan de eigenaar heeft toegekend met het oog op een bepaald doel (zie Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 50, alsmede Scholten onder H.R. 13 maart 1936, N.J. 1936 no. 415). Wat nu het derde in artikel 8 genoemde criterium betreft, kan worden opgemerkt dat dit blijkens de toelichting van Meijers, p. 31, is ontleend aan de rechtspraak van de Hoge Raad inzake het willekeurig gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden door de overheid (abus de pouvoir). Zie b.v. de intussen gewezen z.g. Landsmeer-arresten van 4 januari 1963, N.J. 1964 nos. 202, 203 en 204 met noot van J. H. B. (speciaal onder 2) en de bespreking van deze arresten door Van der Grinten, Ars Aequi 1962/63, p. 138. Evenals bij een overheidshandeling die formeel door de bepalingen van de wet wordt gedekt, slechts een z.g. marginale toetsing mogelijk is, zal dit ingevolge het hier besproken criterium van misbruik van recht het geval zijn, wanneer een eigenaar van de in diens recht opgesloten bevoegdheden gebruik maakt. Dit betekent dat zwaardere eisen moeten worden gesteld om tot het oordeel te komen dat een handeling in strijd is met het derde in artikel 8 Inleidende Titel genoemde criterium, dan dat zij onrechtmatige hinder in de zin van de artikelen 5.1.2 juncto 6.3.1 oplevert, al zal het in de praktijk in een enkel geval wel eens moeilijk kunnen zijn de juiste grens te trekken.

Tweede lid. Onder „Algemeen" bij dit artikel werden de in dit lid aangebrachte wijzigingen reeds toegelicht. Gehandhaafd zijn de woorden „in het algemeen belang", zulks ondanks de bezwaren die de Commissie daartegen, ten dele op het voetspoor van Telders en A. van Oven, heeft aangevoerd. De Commissie beschouwde de in deze woorden vervatte maatstaf ongeschikt als rechtvaardigingsgrond in het privaatrecht en meende voorts dat het begrip „algemeen belang" ook onderscheidend vermogen mist. Weliswaar werkt het civiele recht met algemene aanduidingen zoals redelijkheid, billijkheid, goede trouw e.d., maar deze termen zijn civielrechtelijk geijkt, hetgeen volgens de Commissie voor de term „algemeen belang" niet geldt. Zij heeft daarom ook bij de artikelen 3.7.1.2 lid 2 en 3.7.1.14 lid 2 tegen het gebruik van deze term bezwaar gemaakt.

Naar aanleiding van deze bezwaren zou de ondergetekende er in de eerste plaats op willen wijzen dat in het ontwerp in meer artikelen van de term „algemeen belang" gebruik ge-

maakt is dan in die welke door de Commissie worden vermeld. Men vergelijke b.v. de artikelen 5.4.2 en 6.5.3.12. Ook moge worden verwezen naar artikel 7 Inleidende Titel, waar gesproken wordt van „maatschappelijke belangen" in tegenstelling tot „persoonlijke belangen". Dit meerdere gebruik van de term „algemeen belang" in bepalingen van privaatrechtelijke aard ligt ook volkomen in de lijn van de rechtsontwikkeling die meebrengt dat in het privaatrecht niet alleen met privébelangen rekening moet worden gehouden maar ook met algemene belangen van publieke aard. Overigens moge de ondergetekende er op wijzen, dat een verwijzing naar het algemeen belang ook in het bestaande wetboek niet geheel ontbreekt. Men vergelijke b.v. artikel 677 B.W., waarin sprake is van het belang van de landbouw. Bovendien wordt thans reeds in tal van bijzondere wetten naar het algemeen belang verwezen, ook wanneer deze, zoals b.v. de Pachtwet, grotendeels van privaatrechtelijke aard zijn. Men vergelijke de artikelen 5 lid 1 onder *e*, 29 lid 4, 30 lid 3 en 33 lid 2, waarin sprake is van de algemene belangen van de landbouw, alsmede de artikelen 40 en 51 lid 1, waarin wordt verwezen naar het algemeen belang zonder nadere aanduiding. Laatstgenoemde bepaling is overgenomen uit artikel 31 van het Pachtbesluit en beide artikelen hebben een uitvoerige jurisprudentie doen ontstaan, waarin de betekenis van de term nader is uitgewerkt. De ondergetekende is op grond van bovenstaande overwegingen van oordeel dat het gebruik van de term „algemeen belang" in een modern wetboek allerminst zinledig is en dat het aan de rechter moet worden overgelaten aan deze term evenals aan andere algemene termen zoals redelijkheid, billijkheid, goede trouw, goede zeden, nadere inhoud te geven.

Ook ziet de ondergetekende geen bezwaar tegen het gebruik van het algemeen belang als maatstaf juist in het onderhavige artikel. De Commissie heeft in dit verband een beroep gedaan op het betoog te vinden op p. 3 van de memorie van toelichting. Dit betoog heeft kennelijk tot misverstand aanleiding kunnen geven. De ondergetekende stelt het daarom op prijs de bedoeling van de zinsnede waarom het gaat („voor zover die ander in het algemeen belang deze hinder behoort te dulden") hier te kunnen verduidelijken.

Vooropgesteld dient te worden dat de gebruikte formule – dat hinder in het algemeen belang moet worden geduld – slechts betekent dat de toegebrachte hinder zijn rechtvaardiging vindt in het algemeen belang. Niet nodig is derhalve dat de hinderende activiteit geschiedt *met het oogmerk* het algemeen belang te dienen. De consequentie daarvan is dat ook een zuiver particuliere onderneming als een smidse of een bakkerij zich naar omstandigheden op het onderhavige lid 2 zal kunnen beroepen.

Of hinder in het algemeen belang moet worden geduld, zal in de regel afhangen van afweging van tal van factoren, die samenhangen met de omstandigheden van het concrete geval, waarbij misschien in een zeer uitzonderlijk geval ook aan het door de Commissie genoemde belang van sanering enige betekenis zal kunnen worden toegekend. Het kàn echter voorkomen dat in dezelfde plaats of streek zich een aantal vergelijkbare getallen van hinder-toebrenging voordoen. Men zal dan de aard van de verschillende bedrijven en de mate van de toegebrachte hinder met elkaar moeten vergelijken, waarbij tegen de bedrijven in wier nadeel de vergelijking uitvalt, wel een verbodsactie mogelijk zal zijn en tegen de bedrijven, te wier voordele de vergelijking uitvalt, niet. Slechts wanneer de rechter tot de conclusie zou komen dat de gevallen zowel wat de aard van de hinder als wat de verdere omstandigheden betreft volkomen gelijksoortig zijn, b.v. omdat de hinder inherent is aan de betrokken bedrijfstak en alle bedrijven het nodige hebben gedaan om die zoveel mogelijk te beperken, zal hij een verbodsactie tegen elk van de bedoelde bedrijven moeten afwijzen, niettegenstaande stopzetting van één bedrijf op zichzelf het algemeen belang niet in ernstige mate zou schaden.

Aandacht verdient voorts het geval dat algehele stopzetting van de hinderende activiteit weliswaar in strijd zou zijn met het algemeen belang, maar dat door het aanbrengen van be-

paalde installaties de hinder zou kunnen worden verminderd of zelfs voorkomen, terwijl het aanbrengen van die installaties ook redelijkerwijze kan worden gevergd van degene die de hinder veroorzaakt. In dat geval dient men aan te nemen dat *deze* hinder door de benadeelde *niet* behoeft te worden geduld, zodat het tweede lid geen toepassing vindt: de benadeelde zal dus een rechterlijk verbod kunnen vragen, waarna de gedaagde toewijzing van het verbod zal kunnen voorkomen door installaties tijdig vóór het vonnis alsnog aan te brengen. Wacht de gedaagde hiermee totdat het vonnis is uitgesproken, dan zal het van de formulering van het verbod in het vonnis afhangen of de veroordeelde zijn hinderende activiteit zonder meer dient te staken, dan wel haar weer kan hervatten na alsnog installaties te hebben aangebracht, die maken dat de bedoelde activiteit geen hinder of althans geen onrechtmatige hinder in de zin van het eerste lid meer teweeg brengt. Het tweede lid biedt de rechter de nodige vrijheid om hieromtrent, rekening houdend met alle omstandigheden van het concrete geval, te beslissen.

Uit hetgeen boven uiteen is gezet, moge duidelijk zijn waarom de ondergetekende de bezwaren van de Commissie tegen het tweede lid niet deelt. Met de Commissie is hij van oordeel dat de formule „voor zover die ander redelijkerwijze deze hinder behoort te dulden" geen oplossing zou bieden. Evenmin kan hij zich echter verenigen met het criterium dat door de Commissie wordt voorgesteld, luidende: „voor zover de belangen van de eigenaar, dan wel de bij de uitoefening van diens recht betrokken belangen van derden van zodanig gewicht zijn, dat die ander de hinder behoort te dulden". De privé-belangen van derden behoren z.i. in verband met de vraag, of de verbodsactie moet worden toegelaten, geen rol te spelen, aangezien er geen reden is om de belangen van de gehinderde, tegenover wie in beginsel een onrechtmatige daad wordt gepleegd, en die dus in beginsel ook recht heeft op beëindiging van de onrechtmatige daad, achter te stellen bij het belang van een willekeurige derde die toevallig enig voordeel heeft bij voortzetting van deze (niet door het algemeen belang gerechtvaardigde) onrechtmatige toestand. Dit wordt pas anders wanneer door voortzetting van de hinderende activiteit die volgens artikel 6.3.1 onrechtmatig zou zijn, min of meer grote groepen van derden worden gebaat; dan zal hun belang veelal samenvallen met het algemeen belang, en is derhalve het tweede lid reeds volgens de tekst van het ontwerp van toepassing. Ook een groot vermogensbelang van degene die hinder veroorzaakt, om hiermee door te gaan, is op zichzelf niet beslissend: zelfs al zou zijn vermogensschade bij toewijzing van de verbodsactie veel groter zijn dan de vermogensschade van de gehinderde bij afwijzing van de actie, dan nog is dit geen reden om aan de laatstgenoemde zijn recht op stopzetting van de onrechtmatige daad – die niet door het algemeen belang wordt gerechtvaardigd – te ontnemen. Wel is het uiteraard denkbaar dat in een enkel geval, waarin voldaan is aan een van de criteria van artikel 8 Inleidende Titel, het instellen van een verbodsactie misbruik van bevoegdheid zou opleveren, hoewel de toegebrachte hinder niet wordt gerechtvaardigd door het algemeen belang.

Derde lid. Het verheugt de ondergetekende dat de Commissie haar instemming heeft betuigd met de in deze bepaling gekozen constructie. Het gaat hier inderdaad om een geval waarin de wetgever schadevergoeding bij rechtmatige daad mogelijk wil maken. Mogelijk is dat daarvan een bevruchtende werking zal uitgaan voor andere gevallen waarin er een bijzondere aanleiding is voor schadevergoeding ondanks de rechtmatigheid van de handeling. Andere voorbeelden daarvan zijn te vinden in de artikelen 5.3.4 en 5.4.17. Met de Commissie verwerpt de ondergetekende dus de opvatting dat vooralsnog van een codificatie van het onderhavige geval van rechtmatige daad zou moeten worden afgezien en de verdere ontwikkeling van de rechtspraak zou moeten worden afgewacht.

Onder „Algemeen" bij het onderhavige artikel werd reeds aangekondigd welke wijzigingen lid 3 heeft ondergaan, alsook dat de inhoud ervan ten dele naar een nieuw lid 4 is overgebracht. Naast het daar opgemerkte zou de ondergetekende nog op het volgende willen wijzen.

In de tweede zin is thans ondubbelzinnig tot uiting gebracht dat in beginsel alle regels van titel 6.3 op de in de eerste bedoelde vordering tot schadevergoeding van overeenkomstige toepassing zijn. Dit geldt dientengevolge ook voor de bepalingen uit die titel aan de hand waarvan kan worden vastgesteld wie voor de schade aangesproken kan worden, en in welke omstandigheden dat het geval is. Dit is met de strekking van het onderhavige lid geheel in overeenstemming. Waar het de bedoeling van het tweede lid is om in de daar omschreven gevallen een rechterlijk verbod van de hinder uit te sluiten, daar beoogt het derde lid om in deze gevallen niettemin degene die als gevolg daarvan de hinder heeft te dulden, de vordering tot vergoeding van zijn schade, die hem afgezien van lid 2 zou toekomen, te laten behouden.

Op de overeenkomstige toepassing van titel 6.3 zijn slechts een tweetal, uitdrukkelijk vermelde uitzonderingen gemaakt. De eerste betreft artikel 6.3.17 waarvan lid 1 de rechter de bevoegdheid geeft om in de daar bedoelde gevallen de schadevergoeding „naar gelang van de omstandigheden" te matigen en lid 2 de mogelijkheid opent om bij algemene maatregel van bestuur de aansprakelijkheid voor schade in bepaalde gevallen te beperken. De ondergetekende meent dat zowel deze matigingsbevoegdheid als deze beperking van aansprakelijkheid onredelijk zouden werken in het onderhavige geval van hinder ter zake waarvan ingevolge het vorige lid geen verbod kan worden gevraagd. De ondergetekende herinnert eraan dat deze hinder veelal in een duurzame schade toebrengende activiteit zal bestaan. Het algemeen belang kan rechtvaardigen dat de hinder wordt voortgezet. Het behoort echter geen grond te zijn om de benadeelden te dwingen de hinder gedurende lange tijd als het ware tegen „verminderd tarief" te aanvaarden.

De tweede van voormelde uitzonderingen houdt verband met artikel 6.3.8. Zo iemand in overeenstemming met het algemeen belang een hinder toebrengende activiteit doet voortzetten door een ondergeschikte voor wiens gedragingen hij ingevolge artikel 6.3.8 aansprakelijk is, behoort deze ondergeschikte zelf, zolang hij handelt ter vervulling van de hem opgedragen taak, niet mede voor de schade aansprakelijk te kunnen worden gesteld.

Zoals onder „Algemeen" bij dit artikel reeds vermeld, is afdeling 6.1.9 op de in lid 3 geregelde vordering tot schadevergoeding rechtstreeks van toepassing. De daaruit voortvloeiende toepasselijkheid van artikel 6.1.9.10 heeft mogelijk gemaakt de oorspronkelijke derde en vierde zin van lid 3 te vereenvoudigen. De ondergetekende meent dat het niet wenselijk is om de vrijheid die de rechter in dat artikel wordt gegeven ter zake van het toekennen van vergoeding voor toekomstige schade en het veroordelen tot zekerheidstelling voor zodanige schade in het algemeen, in het onderhavige artikel te beperken. Het ligt voor de hand dat de rechter die uit hoofde van lid 3 vergoeding of zekerheidstelling voor toekomstige schade toekent, zulks doet in een vorm die, zonder de benadeelde te kort te doen, voor degene die de hinder toebrengende activiteit in overeenstemming met het algemeen belang wenst voort te zetten, niet onnodig belastend is. Artikel 6.1.9.10 biedt daartoe voldoende mogelijkheden, met name in de vorm van een veroordeling tot periodiek uit te keren bedragen, al of niet gepaard gaande met zekerheidstelling. Deze laatste kan zowel de uitkeringen over verstreken perioden betreffen, alsook een of meer van de toekomstige termijnen, zo nodig door de schuldenaar aan te vullen naar mate termijnen opeisbaar worden, voordat de eerdere zijn voldaan. In verband daarmee zijn de derde en vierde zin in het gewijzigd ontwerp teruggebracht tot de enkele, thans in lid 4 vervatte bepaling dat een rechterlijk verbod van de hinder kan worden uitgesproken, wanneer aan een veroordeling tot schadevergoeding of tot zekerheidstelling daarvoor niet wordt voldaan. Daarmee is tevens tegemoet gekomen aan de laatste alinea van het voorlopig verslag bij dit artikel. De in het voorlopig verslag aan de orde gestelde vraag welke vorm van zekerheid moet worden gesteld in geval het tot een veroordeling daartoe komt, dient te worden beantwoord aan de hand van artikel 6.1.6.21. Waar veelal van een veelheid van benadeelden

sprake zal zijn, ligt zekerheid in de vorm van bankgaranties het meest voor de hand, maar hypotheek en pandrecht zijn niet uitgesloten.

De ondergetekende zou te dezer plaatse niet willen ingaan op hetgeen in het voorlopig verslag is opgemerkt naar aanleiding van de in de memorie van toelichting (p. 3, laatste alinea, en p. 4) wenselijk geachte regel dat de rechter geen verbod kan uitspreken van hinder die wordt toegebracht als gevolg van de werking van een inrichting overeenkomstig een krachtens de Hinderwet of het Mijnreglement 1939 uitgereikte vergunning. Of een dergelijke regel aanbeveling verdient, is een vraag die naar zijn mening slechts in het kader van deze bijzondere wetgeving kan worden bezien. Hetgeen in het voorlopig verslag in dit verband is aangevoerd, zal daarbij mede in overweging moeten worden genomen.

Artikel 5.1.3. De ondergetekende deelt de mening van de Commissie dat de term „zich bedienen" in dit artikel een beperkter indruk wekt dan is bedoeld, met name omdat daaronder moeilijk ook zaaksbeschadiging kan worden gebracht. In dit verband merkt de Commissie verder op dat de onderhavige bepaling wellicht uitsluitend het oog heeft op de opzettelijke zaakbeschadiging, niet op de culpose, die dan uitsluitend door het nieuwe artikel 1401 zou worden beheerst. Deze opvatting zou de ondergetekende niet willen onderschrijven. Uiteraard worden zowel de opzettelijke als de culpose zaakbeschadiging beheerst door de bepalingen inzake onrechtmatige daad, waarbij hier ter plaatse in het midden kan blijven wanneer de beschadiging kan worden aangemerkt als inbreuk op een subjectief recht in de zin van artikel 6.3.1 en wanneer zij onrechtmatig is wegens strijd met een norm van geschreven of ongeschreven recht. Daarvoor zij verwezen naar de toelichting van het driemanschap bij artikel 6.3.1, p. 644 onder *a*. Zoals echter in die toelichting bij artikel 5.1.3, p. 385–386 is vermeld, kan in de algemene bepalingen over de onrechtmatige daad niet tot uitdrukking worden gebracht dat de eigendom een *exclusief* recht is, dus dat de eigenaar niet behoeft te dulden dat derden zich van de zaak „bedienen", ook al zou hij daardoor in zijn eigen gebruik van de zaak niet worden belemmerd. Deze passage heeft niet alleen betrekking op onrechtmatig gebruik van de zaak door derden, maar ook op beschadiging, ongeacht of het gaat om een opzettelijke dan wel culpose beschadiging en ongeacht onder welke onrechtmatigheidscategorie van artikel 6.3.1 de beschadiging zou kunnen worden gebracht; ook tegen handelingen van derden die een beschadiging van de zaak veroorzaken of dreigen te veroorzaken, welke slechts als een culpose beschadiging zou kunnen worden gekwalificeerd, kan de eigenaar zich verzetten en kan hij een actie tot beëindiging instellen en wel onverschillig of men deze handelingen in strijd met een bepaalde norm van geschreven of ongeschreven recht zou beschouwen. Daarmee is niet gezegd dat zonder de onderhavige bepaling men zou moeten of kunnen betwijfelen of de handeling van de derde wel onrechtmatig in de zin van titel 6.3 is en of de eigenaar de voornoemde bevoegdheden heeft, doch slechts dat in een titel die zo goed mogelijk de inhoud van het eigendomsrecht tracht te omlijnen, dit belangrijke kenmerk van de exclusiviteit van de eigendom ter wille van de volledigheid en duidelijkheid niet onvermeld mag blijven.

In verband echter met de terecht door de Commissie geopperde redactionele bezwaren tegen de term „zich bedienen" heeft de ondergetekende voor het gewijzigd ontwerp de voorkeur gegeven aan de uitdrukking „dat een ander op enige wijze van de zaak gebruik maakt", waarmee evenals in de nieuwe redactie van artikel 1 lid 2 – waarin eveneens wordt gesproken van „gebruik maken" – wordt gedoeld op ieder gebruik in de ruimste zin des woords, inbegrepen het verbruiken, beschadigen, vervormen, enz.

De term „algemene rechtvaardigingsgrond" is op het voetspoor van artikel 6.3.1 gewijzigd in „rechtvaardigingsgrond". Met de Commissie is de ondergetekende van oordeel dat de rechter aan dit element nadere inhoud dient te geven. Hij deelt echter niet de vrees van de Commissie dat uit artikel 2 lid 3

a contrario zou worden afgeleid dat, indien onder de bescherming van een rechtvaardigingsgrond schade wordt toegebracht, deze nimmer voor vergoeding in aanmerking zou komen. Blijkens de toelichting bij artikel 6.3.1 (p. 647 en 648) bestaat de bedoeling, de vraag of in het geval van het handelen in nood een schadevergoedingsplicht aanwezig is, te beoordelen aan de hand van de beginselen omtrent ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6.4.3.1). Hetzelfde mag ook worden aangenomen bij de aanwezigheid van andere rechtvaardigingsgronden.

De ondergetekende onderschrijft de mening van de Commissie dat artikel 3 evenzeer toepassing kan vinden bij eigendom van roerende als bij eigendom van onroerende zaken, zodat er geen aanleiding bestaat in te gaan op het voorstel van A. van Oven om de bepaling over te brengen naar de derde titel. Niet alleen bij grotere roerende objecten, als woonwagens en woonschepen of bouwmaterialen en bij de bouw gebezigde machinerieën, maar bij alle roerende zaken is de bepaling van belang naast artikel 4, omdat een ander dan de eigenaar zeer goed van de zaak gebruik kan maken, zonder dat dit aanleiding kan geven tot het instellen van de z.g. revindicatie, nl. wanneer het gebruikmaken niet gepaard gaat met het houden van de zaak. Wat het betreden van land door onbevoegden betreft, geldt inderdaad reeds artikel 5.3.3.

De Commissie heeft verder gewezen op de gedogingsplichten, als de verplichting te dulden dat de brandweer een terrein betreedt, die krachtens sommige gemeentelijke verordeningen in het leven geroepen zijn. De Vereniging van Nederlandse Gemeenten heeft aanbevolen in artikel 3 tot uitdrukking te brengen dat dergelijke gedogingsplichten rechtsgeldig bij verordening in het leven kunnen worden geroepen. Met de Commissie is de ondergetekende van oordeel dat dit niet wenselijk is. In beginsel behoren zij op een wettelijke regeling te berusten. Overigens zal in een concreet geval van brand het betreden door de brandweer van andermans terrein gerechtvaardigd kunnen worden door de bijzondere omstandigheden van het geval, die aanleiding kunnen geven tot een beroep op een rechtvaardigingsgrond (noodtoestand).

Artikel 5.1.6. Met de Commissie is de ondergetekende van mening dat het aanvankelijk voorgestelde artikel geheel past in het systeem van het ontwerp; het sluit met name aan bij artikel 3.4.1.1, het eerste artikel van de titel Verkrijging en verlies van goederen. Maar het komt hem voor dat een bepaling, speciaal betreffende de wijzen van verkrijging van eigendom, in dat systeem onnodig is, gelijk ook een bepaling over het verlies van eigendom naast artikel 3.4.1.1 lid 4 overbodig ware. In het gewijzigd ontwerp heeft hij daarom artikel 5.1.6 weggelaten.

Voor de vraag, in hoeverre het nieuwe wetboek de thans wel als „fiduciair" aangeduide figuren uitsluit, moge hij verwijzen naar artikel 3.4.2.2 zoals dit in het gewijzigd ontwerp is herzien en de memorie van antwoord bij dat artikel.

TITEL 2

Eigendom van roerende zaken

De ondergetekende heeft met voldoening kennis genomen van de waardering, door de Commissie uitgesproken voor deze titel die de eigendom van roerende zaken regelt. Het verheugt hem dat deze waardering niet het minst raakt het opnemen van enige voorschriften inzake de materie van de verloren voorwerpen, welke inderdaad naar ons huidige recht ongenoegzaam is geregeld.

De vraag of niet in de tekst van deze titel behoort te worden neergelegd, dat de bepalingen ervan wijken voor de voorschriften van de Wet op de strandvonderij (Wet van 27 juli 1931, *Stb.* 321) zou de ondergetekende ontkennend willen beantwoorden. Met de in het voorlopig verslag bedoelde andere leden meent hij dat de regeling in het Wetboek van Koophandel en de Wet op de strandvonderij ten aanzien van aan het strand aangespoelde zaken als een lex specialis ten opzichte van de hier gegeven regeling is te beschouwen. Daar komt bij dat de bepalingen betreffende de strandvonderij in het Wetboek van Koophandel vervangen zullen worden bij de invoering van Boek 8 nieuw B.W. Bij die gelegenheid kan bekeken worden in hoeverre de regeling betreffende de strandvonderij in het nieuwe wetboek opgenomen behoort te worden, zoals weer andere leden suggereerden.

Artikel 5.2.1. De woorden „door toeëigening" zijn geschrapt omdat zij overbodig zijn, en de onjuiste indruk zouden kunnen wekken dat voor het verkrijgen van de eigendom van aan niemand toebehorende roerende zaken naast inbezitneming nog iets anders nodig zou zijn.

Artikelen 5.2.2–8a. De ondergetekende heeft gaarne nota genomen van de uitspraak in het voorlopig verslag dat de regeling in deze artikelen over het algemeen zeer goed geslaagd is. Mèt de Commissie is de ondergetekende van oordeel dat het zeer gewenst is dat op het stuk van verloren voorwerpen een uniforme regeling voor het gehele land tot stand wordt gebracht. Evenmin als de Commissie deelt hij het bezwaar, genoemd in „De Nederlandse Gemeente" 1955, blz. 556, dat het ontwerp teveel in details zou treden en allerlei punten regelt, welke in feite niet van burgerrechtelijke aard zijn.

Dit neemt niet weg dat de nadere overweging van de voorgestelde regeling, die mede naar aanleiding van de opmerkingen in het voorlopig verslag heeft plaats gevonden, tot een aantal wijzigingen heeft geleid. Deze wijzigingen zijn voor een groot gedeelte het gevolg van overleg met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten. De ondergetekende hoopt dat hierdoor ook aan een groot deel van de door de Commissie bij de verschillende onderdelen van de regeling gemaakte opmerkingen tegemoet wordt gekomen. De wijzigingen zullen hieronder aan de hand van de afzonderlijke artikelen worden toegelicht.

Artikel 5.2.3. Het is de Commissie opgevallen dat het ontwerp geen definitie geeft van de vinder. Evenals de Commissie meent de ondergetekende dat aan de rechter moet worden overgelaten de inhoud van dit begrip zo nodig nader te bepalen. Zo zal het van de omstandigheden kunnen afhangen of iemand die krachtens een rechtsverhouding met een ander een verloren voorwerp zoekt, als vinder aangemerkt moet worden. Dit neemt niet weg dat het de duidelijkheid ten goede kan komen de omschrijving die in de toelichting van het driemanschap is opgenomen (blz. 389) met een kleine aanpassing in de aanhef van de bepaling te verwerken. In het gewijzigd ontwerp wordt daarom voorgesteld de aanhef te lezen: „Hij die een onbeheerde zaak vindt en onder zich neemt, is verplicht .....".

In het voorlopig verslag is er op gewezen dat in dit artikel werd gesproken van „de eigenaar of de verliezer", terwijl elders (artikelen 4 en 7 lid 1) sprake was van „de rechtheb-

bende". Evenals de Commissie meent de ondergetekende dat er veel te zeggen is voor een uniforme terminologie. In het gewijzigd ontwerp wordt daarom voorgesteld steeds te spreken van „de eigenaar, de verliezer of een ander die bevoegd is de zaak in ontvangst te nemen". Dit is nauwkeuriger dan het gebruik van het woord „rechthebbende", omdat er personen kunnen zijn die bevoegd zijn tot het in ontvangst nemen van de zaak zonder dat gezegd kan worden dat zij een recht op die zaak kunnen doen gelden. Terwille van eenheid van terminologie is „op de hoogte heeft gesteld" vervangen door „mededeling heeft gedaan" (men vergelijke artikel 3.2.4).

De ondergetekende heeft nadere aandacht geschonken aan de vraag of het wenselijk is dat de aangifte uitsluitend kan worden gedaan in de gemeente waar de zaak gevonden is. Dit punt is ook in het overleg met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten aan de orde gesteld.

Gebleken is dat het voor de vinder niet altijd eenvoudig is aangifte te doen in die gemeente. Men denke aan het geval dat men op doorreis of tijdens een kort verblijf een zaak vindt. Weliswaar is het dan mogelijk dat men vanuit zijn woonplaats telefonisch aangifte doet bij de gemeente van de vondst, maar het zal, zeker voor een ter plaatse onbekende, niet altijd eenvoudig zijn te bepalen tot welke gemeente men zich moet wenden. Teneinde het de vinder niet te moeilijk te maken zijn wettelijke verplichtingen na te leven heeft de ondergetekende in een nieuw tweede lid de bepaling opgenomen dat de aangifte in iedere gemeente kan worden gedaan. Ook tegenwoordig komt het regelmatig voor dat elders aangifte wordt gedaan dan in de gemeente van de vondst. De politie pleegt dan te zorgen voor het doorgeven van de nodige gegevens aan de gemeente waar de zaak gevonden is.

Als gevolg van deze nieuwe bepaling kan het eerste lid iets worden bekort.

Mede als gevolg van de nieuwe redaktie van het eerste lid zijn enige wijzigingen in het nieuwe derde, oorspronkelijk tweede, lid aangebracht. De verplichting van de gemeente om de gevonden zaak in bewaring te nemen indien de vinder dat verlangt, is niet uitgebreid tot iedere gemeente waar ingevolge het nieuwe tweede lid aangifte kan worden gedaan. In verband met het laten terugkeren van de zaak bij de verliezer kan de bewaring het doelmatigst geschieden in de gemeente van de vondst. Derhalve moest de redaktie van de eerste zin van het nieuwe derde lid worden aangepast.

Wat betreft de verplichting van de vinder om de zaak desgevorderd in bewaring te geven is nu bepaald dat die vordering zowel gedaan kan worden door de ambtenaar bij wie de aangifte is gedaan als door de gemeente waar de zaak gevonden is. Afhankelijk van de omstandigheden zal men bij de gemeente van aangifte of de gemeente van de vondst het beste kunnen beoordelen of een dergelijke vordering gewenst is.

Ten slotte is, teneinde het de vinder gemakkelijker te maken aan te tonen dat en op welk moment hij aan zijn verplichting tot aangifte heeft voldaan, bepaald dat hij niet alleen een ontvangstbewijs kan verlangen (indien hij de zaak in bewaring heeft gegegeven), maar ook een bewijs van de aangifte.

Naar aanleiding van de vraag gesteld door enkele leden van de Commissie of er geen aanleiding bestaat om van de verliezer te vergen dat hij moeite doet tot terugbekoming van de zaak zodra hij zijn verlies heeft ontdekt, zou de ondergetekende willen opmerken, dat de verliezer er uiteraard – mede in verband met artikel 4 – belang bij heeft moeite tot terugbekoming van de zaak te doen, maar dat dit nog niet rechtvaardigt hem een hiertoe strekkende rechtsplicht op te leggen.

In navolging van de suggestie van verscheidene andere leden en van B. Stokvis (N.J.B. 1961, blz. 215) is het oorspronkelijke derde lid geschrapt. Ook de ondergetekende meent dat, wanneer de vinder de zaak na de aangifte met goedvinden van de in lid 3 bedoelde ambtenaar onder zich houdt, hij redelijkerwijs het initiatief om de zaak weer in handen van de verliezer te brengen aan deze laatste of aan de politie kan overlaten.

In het voorlopig verslag werd opgemerkt dat er in een bepaald geval onzekerheid kan bestaan over de vraag, of zich de

situatie van artikel 1, dan wel die van artikel 3 voordoet. Inderdaad kan het voorkomen dat iemand, menende dat een door hem aangetroffen zaak aan niemand toebehoort, zich deze wil toeëigenen overeenkomstig artikel 1, en derhalve niet voldoet aan de verplichtingen van artikel 3 voor de vinder van een verloren zaak. In het algemeen zal hij dit, zoals het voorlopig verslag stelde, op „eigen risico" doen: blijkt de zaak een verloren zaak te zijn, dan wordt hij niet ingevolge artikel 4 na drie jaar eigenaar. Hij zal dan inderdaad gedurende de verjaringstermijn van 20 jaar (artikel 3.11.10) door de rechthebbende kunnen worden aangesproken. Dit zal alleen anders zijn indien de vinder zich op de verkrijgende verjaring van artikel 3.4.3.1 kan beroepen. Uit artikel 3.1.1.12 vloeit voort dat dit slechts mogelijk zal zijn, indien de vinder geen rekening had behoeven te houden met de mogelijkheid dat het om een verloren zaak ging.

Artikel 5.2.4. De Commissie wees er op dat dit artikel een niet geheel bevredigende redactie had. Onder de bepaling zou men ook kunnen brengen het geval van de vinder, die aanvankelijk zelf bewaarde maar binnen de drie jaren de zaak heeft vervreemd of geabandonneerd. Inderdaad behoort de bepaling dan niet van toepassing te zijn.

De ondergetekende geeft er de voorkeur aan dit uitdrukkelijk in het artikel te zeggen; de door de Commissie voorgestelde tekst laat op dit punt ook nog ruimte voor onzekerheid.

Duidelijkheidshalve is daarbij de bepaling die aan het slot van het oorspronkelijk enige lid stond naar een nieuw tweede lid overgebracht.

De Commissie ging nog in op het geval dat de vinder de zaak in bewaring heeft gegeven bij de gemeente, en de verliezer zich vervolgens rechtstreeks tot de vinder wendt. De Commissie vroeg zich af of deze melding niet voldoende moet zijn om te voorkomen dat de vinder eigenaar wordt.

De ondergetekende meent dat dit niet wenselijk is. Niet voldoende behoort te zijn dat de verliezer contact opneemt met de vinder (b.v. telefonisch); hij moet zich ook aanmelden om de zaak in ontvangst te nemen. Wanneer de vinder na het eerste contact niet komt opdagen om het voorwerp af te halen, behoort de vinder na drie jaar eigenaar te worden. Heeft de vinder de zaak bij de gemeente in bewaring gegeven, dan moet de verliezer zich derhalve tot de gemeente wenden om de zaak terug te krijgen. Laat de verliezer dit om enige reden na, dan behoort de vinder eigenaar te worden.

De ondergetekende meent voorts dat de termijn van drie jaar gerekend behoort te worden vanaf het tijdstip waarop de vinder heeft voldaan aan zijn verplichting tot aanigfte of mededeling als bedoeld in artikel 3 lid 1, en niet reeds vanaf de vondst. De termijn tussen de vondst en de aangifte of mededeling behoort niet ten voordele van de vinder te tellen.

Artikel 5.2.5. Mede naar aanleiding van de opmerking van de Commissie over de uitdrukking „in een woning of ander gebouw" in het eerste lid wordt thans gesproken van „woning of gebouw". Beide dienen naast elkaar genoemd te worden, omdat er woningen zijn die niet tevens als gebouw beschouwd kunnen worden (men denke aan een woonschip of een woonwagen) en omgekeerd gebouwen niet steeds woningen zijn.

Tevens is in het gewijzigd ontwerp „afgesloten erf" vervangen door het ruimere „besloten erf". Het gebruik van de eerste uitdrukking kan ten onrechte de indruk wekken dat het voor de toepassing van dit artikel verschil zou maken of de eigenaar van een erf gebruik heeft gemaakt van zijn uit artikel 5.4.10 voortvloeiende bevoegdheid zijn erf af te sluiten. Dit behoort niet het geval te zijn.

De ondergetekende meent verder dat de regeling over de afgifte van de zaak door de vinder aan de gebruiker of exploitant van de ruimte waar de zaak gevonden is niet in alle gevallen een bevredigende oplossing geeft. Naar zijn mening gaat het te ver de vinder steeds tot die afgifte te verplichten.

Zo is het mogelijk dat bij het doen van de vondst niemand bereikbaar is die de zaak in ontvangst kan nemen. Men denke bij voorbeeld aan een stationsgebouw, waar tegenwoordig niet steeds meer iemand aanwezig is die toezicht houdt. Het gaat dan te ver de vinder te verplichten terug te komen teneinde de gevonden zaak af te geven, of hem tot opsturen te verplichten. Men kan ermee volstaan hem voor te schrijven van de vondst mededeling te doen aan de gebruiker of exploitant van de ruimte – dit is wel noodzakelijk omdat de verliezer zich vaak tot die persoon zal wenden – en hem overigens de keus te laten of hij de zaak tevens daar wil afgeven dan wel de weg van artikel 5.2.3 (aangifte bij de politie) wil bewandelen. In het eerste geval treedt degene aan wie de zaak is afgegeven in de rechtspositie van de vinder, zodat door hem ook aangifte moet worden gedaan. In het andere geval behoudt de oorspronkelijke vinder de rechten en verplichtingen van een vinder.

Een en ander heeft er toe geleid dat de redaktie van het eerste lid is gewijzigd en dat een nieuw tweede lid is ingevoegd.

In het nieuwe derde, oorspronkelijke tweede lid zijn de woorden „de verplichtingen en de rechten van een vinder" vervangen door „de rechtspositie van een vinder". Dit houdt een zekere verruiming in; zo volgt uit de thans verkozen uitdrukking dat de aanmelding van de eigenaar, bedoeld in artikel 4 lid 2, moet geschieden bij de gebruiker of exploitant, en niet bij de ontdekker van het voorwerp.

De tweede zin van dit lid kon vervallen als gevolg van het feit dat het gewijzigd artikel 3 de mogelijkheid biedt in iedere gemeente aangifte te doen.

Artikel 5.2.6. In het voorlopig verslag wordt de vraag gesteld of het enkele gevaarlijk zijn van de zaak niet reeds voldoende moet zijn voor toekenning aan de burgemeester van de bevoegdheid tot vernietiging.

De ondergetekende kan met deze gedachte instemmen. Bij het loslaten van de overige vereisten lijkt het hem dan echter wenselijk iets nauwkeuriger aan te duiden dat het gaat om zaken waarvan de bewaring nadeel voor personen of zaken dreigt te veroorzaken. Bij een zaak die wel als gevaarlijk is aan te duiden maar waarvan de bewaring zonder enig bezwaar drie jaren kan worden voortgezet – men denke aan het in de toelichting op het regeringsontwerp genoemde voorbeeld van een ampul met vergiftigde vloeistof – behoeft een speciale bevoegdheid van de burgemeester tot verkoop of vernietiging niet te worden gegeven.

De wijziging brengt mee dat nu in het eerste lid ook worden genoemd de zaken waarvan de bewaring nadeel voor zaken of personen dreigt te veroorzaken. Ook bij deze voorwerpen behoort te worden onderzocht of verkoop niet mogelijk is. Is geen koper te vinden in wiens handen de zaak zonder gevaar is, dan kan de burgemeester op grond van het tweede lid tot onschadelijkmaking of vernietiging overgaan. De bevoegdheid van onschadelijkmaking is voor de volledigheid naast die tot vernietiging genoemd.

Naast de bevoegdheid tot vernietiging of onschadelijkmaking is in het tweede lid nu tevens genoemd de mogelijkheid de zaak om niet aan een derde in eigendom over te dragen. Het is mogelijk dat de gemeente op die wijze het eenvoudigste een goede oplossing kan vinden. De ondergetekende komt hiermee tegemoet aan een jegens hem door de Vereniging van Nederlandse Gemeenten geuite wens.

Daarnasst stelt de ondergetekende voor de bevoegdheid tot vernietiging of overdracht om niet aan de burgemeester te verlenen ten aanzien van alle in het eerste lid bedoelde zaken, indien deze zich niet voor verkoop lenen. Het is wenselijk dat de burgemeester zich ook dan van bederfelijke zaken of van voorwerpen die slechts met onevenredig hoge kosten kunnen worden bewaard kan ontdoen, indien daarvoor niet goed een koper kan worden gevonden.

De ondergetekende kan zich verenigen met de opmerking van de Commissie dat het gewenst is tot uitdrukking te brengen

dat de bevoegdheden tot verkopen en tot afmaken van een dier niet op één lijn staan, omdat een dier levend wezen is dat niet met een gewone zaak onder één noemer te brengen is. De door de Commissie onderschreven suggestie van Uniken Venema (N.J.B. 1957, blzz. 245–246) is daarom door de ondergetekende overgenomen, zij het dat de redaktie nog iets is verscherpt.

Evenals de Commissie is de ondergetekende van oordeel dat niet moet worden gevolgd het voorstel van W. Hugenholtz (N.J.B. 1957, blzz. 343–344) tot schrapping van de tweede, thans derde, zin van het derde lid volgens welke het dier aanstonds mag worden verkocht, om niet worden overgedragen of desnoods mag worden afgemaakt, zo het bewaren ervan slechts met onevenredig hoge kosten kan geschieden. Inderdaad zou bij overneming van dit voorstel de burgemeester voor een te zware zorg kunnen worden gesteld.

De ondergetekende moge er overigens op wijzen dat in het derde lid enige speciale bevoegdheden zijn gegeven voor het geval een gevonden dier aan de gemeente in bewaring is gegeven, maar dat de gemeente uiteraard niet verplicht is van die bevoegdheden gebruik te maken. Zo zou de gemeente bij bepaalde dieren kunnen besluiten tot bewaring langer dan twee weken in verband met de mogelijk grote affectie tussen de verliezer en het gevonden dier.

Zoals de Commissie met recht opmerkt moet het vierde lid zo begrepen worden dat de opbrengst aan de rechthebbende toekomt, indien deze zich binnen drie jaar aanmeldt, en anders aan de vinder.

Artikel 5.2.7. In het eerste lid is verduidelijkt dat deze bepaling alleen geldt voor de „eerlijke vinder": degene die aan zijn verplichtingen krachtens artikel 3 en artikel 5 lid 1 heeft voldaan. De vinder die dit niet heeft gedaan zal bijna steeds beschouwd moeten worden als bezitter te kwader trouw, zodat artikel 3.5.15 op hem van toepassing is. In het uitzonderlijke geval dat hij als bezitter te goeder trouw is te beschouwen (b.v. omdat hij ervan mocht uitgaan met een door de rechthebbende geabandonneerde zaak te doen te hebben) geldt artikel 3.5.14.

De gewijzigde redaktie doet door het gebruik van de aanhef „Hij die de zaak opeist" uitkomen dat de bepaling niet alleen geldt wanneer de verliezer de zaak opvordert maar ook wanneer de vinder, na drie jaar eigenaar geworden, de door hem gevonden en bij de gemeente in bewaring gegeven zaak terugverlangt.

In de nieuwe tweede zin wordt voor de hier bedoelde kosten thans met zoveel woorden een retentierecht toegekend. De redactie sluit aan bij artikel 3.10.4A.1 van het gewijzigd ontwerp van Boek 3.

De ondergetekende heeft er nota van genomen dat de Commissie op praktische gronden wel kon meegaan met de bepaling van het tweede lid, waarin aan de vinder een recht op een redelijke beloning wordt toegekend. De in het voorlopig verslag in dit verband aangeroerde vraag of in het algemeen bij zaakwaarneming een recht op beloning zou moeten bestaan zou hij in het kader van Boek 6 willen bezien.

De Commissie wees er op dat ingevolge artikel 4 de vinder slechts de eigendom na drie jaar kan verkrijgen, indien hij bepaalde verplichtingen heeft vervuld, en vroeg zich af of ook de aanspraak op loon niet afhankelijk moet worden gesteld van het vervullen van verplichtingen.

Dit lijkt ook de ondergetekende juist. De vinder behoort slechts een aanspraak op loon te hebben, indien hij zijn wettelijke verplichtingen is nagekomen. Anders dan bij artikel 5.2.4 bestaat er geen reden een uitzondering te maken voor de verplichting tot bewaring en onderhoud: een aanspraak op loon is naar de mening van de ondergetekende niet gerechtvaardigd, indien de vinder die verplichting niet heeft vervuld. Derhalve wordt in het gewijzigd ontwerp aan het tweede lid toegevoegd „tenzij hij niet aan de op hem rustende verplichtingen heeft voldaan".

In het voorlopig verslag werd gesteld dat het niet geheel consequent lijkt dat in het geval van artikel 5 (vondst in een

woning, een gebouw of een vervoermiddel) niemand een recht op beloning kan doen gelden, ook niet de ontdekker van het voorwerp.

De ondergetekende wil er naar aanleiding hiervan op wijzen dat ingevolge de nieuwe tekst van artikel 5 de ontdekker van het voorwerp een recht op loon kan doen gelden, indien hij het voorwerp niet afgeeft aan de gebruiker of exploitant, uiteraard mits hij overigens aan zijn verplichtingen voldoet. Geeft hij het voorwerp wel af, dan behoort zijn recht op loon te vervallen, nu hij ook van de verpichtingen van een vinder wordt bevrijd. Men vergelijke in dit verband ook het nieuwe artikel 8*a*; bij vrijwillige afgifte van een gevonden zaak waarop dat artikel betrekking heeft, bestaat ook geen recht op loon.

Voor wat de positie van de gebruiker of exploitant betreft, aan wie het gevondene wordt afgegeven, is het, indien de zaak in een woning is verloren, in strijd met het normale rechtsgevoel de gastheer een recht op beloning toe te kennen. Ook bij verlies in b.v. een zwembad of een vervoermiddel zal men het veelal als een normale service van het bedrijf beschouwen dat verloren voorwerpen worden bewaard om hen aan de verliezer terug te geven. Het komt de ondergetekende derhalve niet wenselijk voor aan de gebruiker of exploitant een recht op beloning toe te kennen.

Artikel 5.2.8. Naar aanleiding van de vraag van de Commissie wat de burgemeester heeft te doen, wanneer de vinder voor hem onvindbaar is geworden of is overleden, is een nieuw lid aan dit artikel toegevoegd. Het lijkt de ondergetekende niet nodig de wijze waarop de aanmaning moet geschieden te delegeren aan een algemene maatregel van bestuur. Voorgesteld wordt nu te bepalen dat de aanmaning geschiedt bij aangetekende brief. Voor het geval de vinder overleden is of zijn bestaan of zijn adres onzeker is, kan worden volstaan met een oproep in een nieuwsblad.

Bij deze regeling bedenke men dat zij, in verband met het nieuw ingevoegde artikel 8*a*, voornamelijk van toepassing zal zijn op voorwerpen die een zekere waarde vertegenwoordigen.

Artikel 5.2.8a. In verband met opmerkingen van de kant van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten is dit artikel in het gewijzigd ontwerp opgenomen. De zeer grote hoeveelheid gevonden voorwerpen van meestal geringe waarde maakt het noodzakelijk een regeling te treffen die de gemeenten van te omvangrijke verplichtingen met betrekking tot de administratie en het bewaren van gevonden voorwerpen bevrijdt, en anderzijds de rechten voor de vinder en de verliezer zo goed mogelijk ontziet.

De vereenvoudiging waarin de bepaling voorziet ten opzichte van de regeling van gevonden voorwerpen van de voorgaande artikelen bestaat daarin dat

a. de vinder geen recht op beloning toekomt, zodat de gemeente niets behoeft te doen om te zorgen of mogelijk te maken dat de vinder de beloning krijgt;

b. de vinder na drie jaar geen eigenaar wordt, zodat ook om die reden geen administratie van vinders behoeft te worden bijgehouden;

c. bewaring van de zaken niet langer dan drie maanden behoeft te geschieden, waarna verkoop mogelijk is.

De regeling geldt alleen voor die groepen van niet kostbare zaken die bij of krachtens algemene maatregel van bestuur zijn aangewezen. Men denke hierbij aan voorwerpen die in grote aantallen gevonden worden en in verband met hun betrekkelijk geringe waarde, naar de ervaring leert, na verloop van enige maanden niet meer opgevraagd plegen te worden, zoals kledingstukken, paraplu's, zonnebrillen e.d.

Het artikel verkort de rechten van de vinder niet, omdat deze ingevolge lid 2 zijn rechtspositie steeds kan behouden door de zaak na de aangifte zelf te bewaren. Ook indien de in artikel 3 lid 3 bedoelde ambtenaar of gemeente vordert dat de zaak in bewaring wordt gegeven, geldt artikel 8*a* niet. Maar geeft de

vinder de zaak uit eigen beweging bij de gemeente in bewaring, dan treedt de gemeente in de rechtspositie van de vinder (lid 2). Krachtens het slot van die bepaling heeft dan noch de vinder noch de gemeente een recht op beloning.

Krachtens lid 3 is de burgemeester bevoegd de zaak na drie maanden voor rekening van de gemeente te verkopen. Hiermee wordt de gemeente verlost van de verplichting tot verdere bewaring en tot het verder bijhouden van een administratie betreffende de verkochte voorwerpen. De bevoegdheid tot verkoop vervalt echter, indien iemand van de zijde van de eigenaar zich aanmeldt tot het in ontvangst nemen van de zaak, ook al geschiedt dat later dan drie maanden na de bewaarneming door de gemeente. De aanmelding moet dan wel bij de gemeente zijn gedaan: van aanmelding bij de vinder zal de gemeente niet op de hoogte zijn.

Indien de zaak zich niet voor verkoop leent, waarbij men denke aan zaken die zo weinig waard zijn dat men er geen koopsom voor over heeft, behoort de burgemeester bevoegd te zijn zich op andere wijze ervan te ontdoen, en wel door overdracht om niet aan een derde of door vernietiging. Aldus wordt bepaald in het vierde lid.

Het vijfde lid kent aan exploitanten van openbare vervoermiddelen die geen aangifte bij de gemeente behoeven te doen (artikel 5 lid 4) een soortgelijke bevoegdheid als die van de gemeente toe.

Artikel 5.2.9. De ondergetekende heeft met veel belangstelling kennis genomen van hetgeen in het voorlopig verslag over dit artikel wordt opgemerkt. Voorlopig wil hij zich echter onthouden van het innemen van een standpunt omtrent de voorstellen die daarin zijn gedaan. In voorbereiding is een wijziging van de Monumentenwet waarbij wordt overwogen de regeling betreffende het vinden van roerende monumenten in die wet uit te breiden. Indien een dergelijke wetswijziging tot stand komt, zal de Monumentenwet een groot gedeelte van de gevallen van schatvinding bestrijken.

De ondergetekende meent dat, wanneer vaststaat welke inhoud de regeling van de Monumentenwet op dit punt zal krijgen, beter kan worden beoordeeld of een wijziging van artikel 5.2.9 wenselijk is, of dat aan het artikel zelfs in het geheel geen behoefte meer bestaat, zoals enkele leden meenden. Hij heeft het artikel daarom voorlopig ongewijzigd gehandhaafd.

Artikel 5.2.10. In het eerste lid zijn de woorden „door verbinding" geschrapt. Immers, krachtens de regel van artikel 3.1.1.3 lid 1, dat al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een andere roerende zaak worden. Behoorde het vooreen voorwerp dat tevoren een zelfstandige roerende zaak was, ook zonder verbinding tot onderdeel en daarmede tot bestanddeel van een andere roerende zaak worden.Behoorde het voorwerp tevoren niet toe aan de eigenaar van die andere zaak, dan is het ook in dit geval als bestanddeel van zijn zaak zijn eigendom geworden.

Artikel 5.2.12. Overzichtelijkheidshalve is de bepaling van het eerste lid over twee leden verdeeld. De ondergetekende moge er op wijzen dat de uitdrukking „doet vormen" in het eerste lid betrekking heeft op gevallen waarin iemand in een zodanige rechtsverhouding tot een ander staat dat die verhouding met zich meebrengt dat degene, die de zaak vormt, daarbij de wederpartij tot eigenaar maakt. In het nieuwe tweede lid ding met zich meebrengt dat degene die de zaak vormt, daarbij is het woord „vormgeving" vervangen door „de kosten van de vorming van een nieuwe zaak". De laatste term is iets duidelijker, mede met het oog op de gevallen, vermeld in het laatste lid.

In het nieuwe derde, oorspronkelijke tweede lid is nu ook het kweken van planten (uit zaad, zaailingen of stekken) met name genoemd, al kan dit reeds begrepen worden onder de term „vormen" in het eerste lid.

Artikel 5.2.13. In overeenstemming met de wens van de Commissie heeft overleg plaats gehad met deskundigen over de

inhoud van dit artikel en over artikel 5.2.17 lid 3, dat eveneens een regeling betreffende bijenzwermen bevat.

Dit overleg heeft de ondergetekende tot de overtuiging gebracht dat het in het onderhavige artikel geregelde geval zich in de praktijk niet voordoet. De bijen die een korf bevolken plegen geen bijen van een ander volk toe te laten. Derhalve is het artikel geschrapt.

Artikel 5.2.14. Naar aanleiding van de opmerkingen van de Commissie is deze bepaling geschrapt. Zij kan als overbodig worden beschouwd naast de artikelen 6.3.1 en 6.4.3.1.

Artikel 5.2.15. Naar aanleiding van de door de Commissie gestelde vraag zou de ondergetekende willen opmerken dat het z.i. zeer wel mogelijk is dat een koper van fruit op stam met de verkoper afspreekt dat hij eigenaar zal zijn zodra er afscheiding van het fruit plaatsvindt. Dit volgt uit de artikelen 3.4.2.5 en 3.5.9 sub *a* alsmede artikel 3.4.2.10, en behoeft daarom niet hier geregeld te worden.

Artikel 5.2.16. In het voorlopig verslag is gesteld dat de formulering „het bezit prijsgeeft met het oogmerk om zich van de eigendom te ontdoen" wel erg uitvoerig is. Is het, zo werd gevraagd, niet voldoende dat de eigenaar het bezit kennelijk prijsgeeft?

De ondergetekende geeft er de voorkeur aan de bestaande redaktie te handhaven. Het kennelijk prijsgeven van het bezit kan door de eigenaar alleen geschieden, indien hij daarbij ook het oogmerk heeft de eigendom prijs te geven. Het is wenselijk dit in de bepaling tot uitdrukking te brengen.

Artikel 5.2.17. Tijdens het hierboven bij artikel 5.2.13 vermelde overleg is gebleken dat de regeling van lid 3 voor de praktijk niet goed bruikbaar is. De bepaling gaat er van uit dat de identiteit van een bijenzwerm in de meeste gevallen vastgesteld kan worden. In feite blijkt dat het slechts in uitzonderingsgevallen mogelijk is aan te tonen dat een op een bepaalde plaats aangetroffen zwerm dezelfde is als de zwerm die eerder is uitgevlogen, tenzij men de zwerm na het uitvliegen gevolgd is. Bovendien is het tijdstip van uitzwermen niet altijd nauwkeurig bekend.

Het overleg heeft de ondergetekende tot de conclusie gevoerd dat voor een bijenzwerm dezelfde regeling behoort te gelden als in het tweede lid voor andere dan tamme dieren is voorzien. Op grond daarvan heeft hij het derde lid in het gewijzigd ontwerp geschrapt. Naar zijn mening staat voldoende vast dat bijen niet zijn tamme dieren als waarover het eerste lid handelt, zodat nu het tweede lid ook op bijenzwermen toepasselijk wordt.

TITEL 3

Eigendom van onroerende zaken

Artikel 5.3.1. De ondergetekende neemt gaarne nota van de uitspraak in het voorlopig verslag, dat dit helder geformuleerde artikel over het algemeen de instemming der Commissie heeft. Teneinde de overzichtelijkheid nog iets te vergroten zijn de verschillende onderdelen van de bepaling onder elkaar geplaatst en van letters voorzien.

Enkele leden waren ten aanzien van de nu onder *d* gerangschikte bepaling over het zich op de grond bevindende water niet overtuigd van de juistheid van de beperking tot water, dat niet in open gemeenschap staat met water op eens anders erf. Waarom wordt niet bepaald, zo vroegen deze leden zich af, dat stilstaand water toebehoort aan de eigenaar van de ondergrond, ook al is er wel die open gemeenschap.

Bij het trekken van de grens tussen zaken die aan de grondeigenaar behoren en zaken die res nullius zijn moet als criterium dienen de vraag of de zaken zodanig in de macht van de grondeigenaar zijn, dat deze als bezitter kan worden beschouwd. Het ontwerp gaat ervan uit dat dit ten aanzien van het water, dat in open verbinding staat met water op een ander erf, niet het geval is. De grondeigenaar is buiten staat om te verhinderen dat het water wegvloeit ten gevolge van de wind, van het aftappen van water op naburige erven e.d. Ook als het water niet stroomt kan het immers vrij circuleren naar andere erven. Eerst indien die mogelijkheid van circulatie is uitgesloten behoort van eigendom van de grondeigenaar sprake te zijn. Om dezelfde reden dient grondwater eerst eigendom van de grondeigenaar te worden wanneer het aan de circulatie onder de erven is onttrokken (vgl. toelichting driemanschap p. 396, voorlaatste alinea).

De consequentie van deze regeling is niet dat een sloot, die in open gemeenschap staat met bij voorbeeld een plas, vrijelijk mag worden bevaren zonder dat de eigenaar van de grond, waarover de sloot loopt, daartegen bezwaar kan maken. De oplossing biedt, zoals in het voorlopig verslag reeds als mogelijkheid wordt geopperd, artikel 2, dat aan de eigenaar van de grond het gebruik van de ruimte boven de oppervlakte tot de in lid 2 van dat artikel aangegeven hoogte voorbehoudt, en derhalve ook de bevoegdheid om dat gebruik aan anderen toe te staan of te verbieden.

Het woord „erf", naar de betekenis waarvan in het voorlopig verslag is gevraagd, heeft in het ontwerp de betekenis van „grondstuk", waarbij zowel aan land- als aan waterpercelen moet worden gedacht, en inclusief eventuele op het grondstuk staande opstallen. Uit de redaktie van artikel 5.6.1 lid 1 blijkt dat deze term daar ook een opstal, los van de grond, kan omvatten (zie deze memorie bij dat artikel). De ondergetekende meent dat het niet wenselijk is de term „erf" in het ontwerp nader te omschrijven. In de bepalingen waarin dit woord wordt gebruikt blijkt de betekenis ervan voldoende duidelijk, zodat aan een zodanige omschrijving geen behoefte bestaat.

In het voorlopig verslag wordt opgemerkt dat de woorden „voor zover de wet niet anders bepaalt" betrekkelijk overbodig zijn. Dit is vaker het geval in bepalingen, waarin die uitdrukking voorkomt. Het opnemen ervan kan echter, zoals hier, het voordeel hebben dat de lezer wordt herinnerd aan belangrijke uitzonderingen die op de betreffende bepaling bestaan. Wel zou ook zonder die woorden duidelijk zijn dat bij verordening niet van deze wetsbepaling kan worden afgeweken.

In het voorlopig verslag is in verband met opmerkingen in „De Nederlandse Gemeente", 1955, blz. 556-557, de vraag ter sprake gebracht of niet een regeling moet worden gegeven omtrent de eigendom van gas-, waterleidings- en rioleringsbuizen, alsmede elektriciteitskabels. Met de Commissie is de ondergetekende van oordeel dat artikel 5.8.1 een oplossing voor deze problematiek kan bieden. Dit artikel opent de mogelijkheid om een recht van opstal te vestigen met betrekking tot buizen en kabels, die in de grond worden gelegd. De in artikel 5.8.1 mede met het oog op deze leidingen aangebrachte wijziging

maakt ook het vestigen van een recht van opstal betreffende bovengrondse leidingen mogelijk. Verwezen zij naar hetgeen bij artikel 5.8.1 in deze memorie is opgemerkt. Ook de verruiming van de mogelijkheid tot het vestigen van erfdienstbaarheden in het gewijzigd ontwerp kan in dit verband van betekenis zijn: zie artikel 5.6.1.

In de bepaling onder *e* wordt in navolging van artikel 3.1.1.2 van het gewijzigd ontwerp gesproken van „duurzaam met de grond verenigde gebouwen en werken". De eigendom van de grond behoort niet de eigendom te omvatten van bouwsels die bestemd zijn om na tijdelijk gebruik ter plaatse weer te worden verwijderd. Men denke aan directieketen, die ook indien zij in de grond zijn gefundeerd, na gebruik weer elders door dezelfde bouwer zullen worden gebruikt. In dergelijke gevallen behoort de eigenaar van de grond niet krachtens artikel 5.3.1 eigenaar van de gebouwen te worden. Men zie ook de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij artikel 3.1.1.2.

Tevens is in de bepaling onder *e* door de toevoeging van de woorden „voor zover ze geen bestanddeel zijn van eens anders onroerende zaak" tot uitdrukking gebracht dat bestanddelen van bouwwerken die op een ander perceel grond staan (b.v. een over de grens gebouwde muur van een huis, een onder eens anders grond uitstekende kelder), het eigendom zijn van de eigenaar van die bouwwerken. De regel van artikel 5.3.1 behoort in die gevallen niet te gelden.

Artikel 5.3.2. Enige leden zouden gaarne worden ingelicht omtrent de casus, waarbij iemand een diepe kelder maakt onder zijn grond en op een diepte van bijv. 16 meter een uitstulping maakt, waardoor hij onder de oppervlakte geraakt van des buurmans erf. Een dergelijke uitstulping zou, zoals uit de nieuwe redaktie van artikel 5.3.1 onder *e* voortvloeit, het eigendom worden van de keldereigenaar. Een andere, aan de hand van artikel 5.3.2 te beantwoorden vraag is of de eigenaar van de grond waaronder de uitstulping wordt gemaakt, het maken of handhaven daarvan moet dulden. Ingevolge artikel 5.3.2 lid 2 zal dit van de omstandigheden afhangen. Indien het voor hem van belang is de mogelijkheid te behouden zelf op een dergelijke diepte een kelder aan te leggen of die ruimte anderszins te gebruiken, of die mogelijkheden voor zijn rechtsopvolgers open te houden omdat dit de verkoopwaarde van zijn erf kan beïnvloeden, dan zal hij zich tegen buurmans uitstulping kunnen verzetten.

In het derde lid werd een bepaling gegeven betreffende het vliegen boven eigen of andermans grond. De lijn van het driemanschap doortrekkend meent de ondergetekende dat de vraag of vliegen geoorloofd is niet moet worden beantwoord met behulp van de regels over de eigendom van de grond. Op die wijze zou een niet goed te verdedigen verschil in rechtspositie ontstaan tussen de eigenaar van de grond waar het vliegtuig (toevallig) recht boven heeft gevlogen, en anderen. (Zie Beekhuis, Geluidshinder door luchtverkeer, Mededelingen Kon. Ned. Akademie van Wetenschappen, nieuwe reeks, deel 29 afd. letterkunde, p. 23). Of een grondeigenaar (of een ander) zich tegen een bepaalde wijze van vliegen kan verzetten, behoort te worden beoordeeld naar de regels betreffende onrechtmatige daad. Daarnaast dient te worden gelet op de bijzondere wetgeving op het gebied van het luchtrecht, die ten dele van publiekrechtelijke aard is.

De ondergetekende meent daarom dat de beide eerste leden van het onderhavige artikel niet voor het vliegen behoren te gelden. Dit is in het gewijzigde derde lid bepaald.

Artikel 5.3.3. Enkele leden vroegen of onder „erf" in dit artikel ook het zich daarop bevindende water moet worden begrepen. Zoals bij artikel 5.3.1 reeds is gezegd, omvat het woord „erf" in het ontwerp mede waterpercelen, en wel ongeacht of dit water in open verbinding staat met water daarbuiten. Artikel 5.3.3 behoort ook op die percelen betrekking te hebben. Het voorlopig verslag wijst er met recht op dat de in de bepa-

ling gebruikte term „betreden" voor percelen water minder goed past. In het gewijzigd ontwerp zijn daarom de woorden „mag het worden betreden" vervangen door „mag ieder er zich op begeven."

De Commissie heeft nog aandacht gevraagd voor het betoog van J. Winsemius (N.J.B. 1957, blz. 416 e.v.), waar deze auteur de bevoegdheid tot het betreden van erven uit waterstaatsoogpunt, bij voorbeeld ter gelegenheid van een schouw, nader beziet in het licht van het onderhavig artikel. Het recht van toegang van het oppertoezicht is in de waterstaatswetgeving geregeld. Er is echter geen algemene wettelijke regeling voor het betredingsrecht van het provinciaal toezicht of van de beheerder. Het voorlopig verslag vermeldt onder meer dat de auteur van oordeel is dat de regelende bevoegdheid van lagere openbare lichamen op dit punt dubieus is geworden als gevolg van de opneming van artikel 5.1.3. De Commissie was vooralsnog van mening, dat deze stof zoveel mogelijk binnen de grenzen van de waterstaatswetgeving behoort te worden geregeld, waarbij voor zover nodig aan de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek kan worden gederogeerd.

Ook de ondergetekende is van mening dat deze materie het beste in het kader van de waterstaatswetgeving kan worden geregeld. Overigens is het naar de mening van de aangehaalde auteur ook in het huidige recht niet zeker dat lagere openbare lichamen de bevoegdheid tot het betreden van erven bij verordening kunnen regelen (zie ook Winsemius-Hubée, Inleiding tot het Waterstaatsrecht, Alphen aan de Rijn 1959, p. 140). De ondergetekende heeft de aandacht van zijn ambtgenoot van Verkeer en Waterstaat op deze problematiek gevestigd.

Artikel 5.3.4. De Commissie ging in op het betoog in het rapport van de beide notariële Broederschappen, dat onvoldoende rekening is gehouden met het geval dat de gebruiker niet tevens eigenaar is (W.P.N.R. 4565). In het rapport wordt de mening uitgesproken dat bij de regeling van de gebruiksrechten aan dit punt aandacht zou moeten worden besteed.

Met de Commissie is de ondergetekende van mening dat in een nadere regeling van het eigendomsrecht niet dan bij dringende noodzaak de positie van de gebruiker in het geding moet worden gebracht. Het zal afhangen van de rechtsverhouding tussen de eigenaar en de gebruiker of deze laatste bepaalde bevoegdheden voor de eigenaar mag uitoefenen of dat op hem bepaalde verplichtingen jegens derden rusten. De aard van het gebruiksrecht en de in concreto gemaakte afspraken spelen daarbij een rol. Men zie in dit verband de toelichting van het driemanschap, p. 379, punt 9.

Met betrekking tot artikel 5.3.4 zal men moeten aannemen dat de verplichting om de eigenaar van het voorwerp of het dier toe te staan tot opsporing en wegvoering over te gaan, ook rust op degene aan wie de grondeigenaar het gebruik van de grond heeft afgestaan. Anderzijds kan de bevoegdheid tot opsporing en wegvoering niet alleen worden uitgeoefend door de eigenaar van het dier of het voorwerp, maar zal ook een ander die zich tot het opsporen daarvan aanmeldt, moeten worden toegelaten, indien hij duidelijk kan maken dat hij jegens de eigenaar van het voorwerp of dier daartoe bevoegd is. Die bevoegdheid kan het gevolg zijn van een bijzonder recht op het voorwerp (b.v. vruchtgebruik), maar kan ook voortspruiten uit een door de eigenaar gegeven opdracht tot opsporing en wegvoering. Met betrekking tot andere artikelen, zoals het door het notariële rapport ter sprake gebrachte artikel 5.4.17, zal men op soortgelijke wijze moeten redeneren.

In het voorlopig verslag wordt gevraagd naar de betekenis van de woorden „toevallige gebeurtenissen." Mede in verband met de door de Commissie genoemde gevallen heeft de ondergetekende de werkingssfeer van het artikel aan een nieuwe beschouwing onderworpen. Hij is daarbij tot de conclusie gekomen dat het wenselijk is de in artikel 5.3.4 toegekende bevoegdheid steeds aan de eigenaar van een voorwerp of dier te geven, indien dit anders dan door opzet of grove nalatigheid op eens anders erf terecht is gekomen. Het lijkt juist de eigenaar van het voorwerp of dier dan de mogelijkheid te geven dit terug te krijgen; uit artikel 5.3.4 vloeit daarbij voort dat

hij zelf de moeite moet doen het op te sporen en de aangebrachte schade moet vergoeden. De grondeigenaar wordt door deze regeling niet onredelijk belast, ook omdat hij een retentierecht heeft voor de aangebrachte schade.

In de nieuwe redaktie zullen de door de Commissie genoemde voorbeelden behoudens bijzondere omstandigheden onder de werkingssfeer van het artikel vallen. Alleen zal bij het overslaan van tennisballen sprake kunnen zijn van opzet of grove nalatigheid, b.v. indien bij een tennisbaan geheel onvoldoende maatregelen zijn genomen om dit te voorkomen.

Zoals in de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij afdeling 3.10.4A is gezegd, is het niet wenselijk het ingeburgerde woord „retentierecht" te vervangen door „recht van terughouding".

De in het voorlopig verslag aangeroerde vraag naar de verhouding tussen dit artikel en artikel 65 Veewet moet aldus beantwoord dat laatstgenoemd artikel voor betrekkelijk uitzonderlijke gevallen een van het Burgerlijk Wetboek afwijkende regeling geeft.

Artikel 5.3.6. De Commissie heeft de vraag gesteld of dit artikel niet overbodig is naast artikel 5.

Naar de mening van de ondergetekende kan de bepaling niet gemist worden, omdat anders niet zou vaststaan dat de zeebodem een voorwerp van eigendom kan zijn. In de toelichting bij het regeringsontwerp is gewezen op de onzekerheid die in dit opzicht in het huidige recht bestaat.

Bovendien vloeit uit de bepaling voort dat geen ander dan de Staat de eigendom van zeebodem kan verkrijgen (behoudens bijzondere wettelijke regeling). In het voorlopig verslag is een uitspraak van De Grooth (Praeadvies N.J.V. 1955, p. 150) aangehaald, die meent dat dit uit de tekst van de bepaling niet volgt. Evenals de Commissie wil de ondergetekende in dit verband wijzen op de duidelijke verschillen in redaktie tussen dit artikel enerzijds en de artikelen 5 en 7 anderzijds. In laatstgenoemde artikelen wordt duidelijk aangegeven dat de daar genoemde zaken aan een ander dan de Staat kunnen toebehoren („zaken die geen andere eigenaar hebben" in artikel 5 en „worden vermoed eigendom van de Staat te zijn" in artikel 7). In artikel 6 wordt echter gezegd dat de zeebodem eigendom van de Staat is. Dit betekent dat iedere overdracht aan een ander een toestand zou doen ontstaan die in strijd is met het artikel, en derhalve nietig is.

Het is juist, zoals in het voorlopig verslag wordt opgemerkt, dat niet geheel vaststaat welke de door het volkenrecht getrokken grenzen zijn. Dit doet aan het nut van de bepaling, die, zoals gezegd, naast artikel 5 geenszins overbodig is, niet af. Het is gewenst dat, voor zover het volkenrecht dat toestaat, de Staat de bevoegdheden van een eigenaar ten aanzien van de zeebodem kan uitoefenen. De verwijzing naar het volkenrecht in de tekst van het artikel heeft het voordeel dat de bepaling bij een verandering in het volkenrecht niet gewijzigd behoeft te worden.

Artikel 5.3.7a. Enige leden vroegen of het spraakgebruik van het ontwerp met betrekking tot wateren niet wat willekeurig moet worden genoemd. Zij wezen daarbij op de uiteenlopende uitdrukkingen die in verschillende artikelen worden gebruikt.

De ondergetekende meent dat het ontwerp met recht niet in alle bepalingen dezelfde woorden gebruikt. In artikel 5.3.7*a* behoort van „openbare vaarwateren" te worden gesproken, omdat alleen bij die wateren toepasselijk het vermoeden van dit artikel, dat de Staat een vrij sterke positie geeft, behoort te zijn. In artikel 5.3.9 wordt het woord „een water" gebezigd omdat aanwas en afslag zich bij ieder water kan voordoen, zodat dit artikel voor ieder water behoort te gelden. Artikel 5.3.11 legt een verplichting op aan een eigenaar wiens erf na grensvastlegging door verplaatsing van de oeverlijn wordt overspoeld. De daar genoemde verplichting behoort uiteraard slechts bij een openbaar water te gelden; het zou echter niet juist zijn die verplichting verder te beperken tot bij voorbeeld openbare vaarwateren. Betreft het bij

voorbeeld een openbaar zwemwater, dan zal de eigenaar van het overspoelde erf niet voor zwemmers gevaarlijke voorwerpen in het water mogen plaatsen. Ook in de aangehaalde artikelen van titel 5.4 is het woordgebruik van het ontwerp in overeenstemming met de inhoud van de artikelen. De ondergetekende meent derhalve dat niet van een willekeurig spraakgebruik kan worden gesproken.

Hij ziet ook onvoldoende aanleiding een nadere aanduiding van het begrip „openbaar water" in het wetboek op te nemen. De betekenis van dit begrip blijkt naar zijn mening voldoende duidelijk, mede door het onderscheid dat wordt gemaakt tussen „openbaar water" en „openbaar vaarwater". Het spreekt vanzelf dat dit laatste begrip niet beperkt is tot bij voorbeeld de bebakende vaargeul, maar mede die delen van een openbaar vaarwater omvat die in verband met ondiepte feitelijk niet bevaarbaar zijn.

De Commissie was met het rapport van de notariële Broederschappen van mening dat de uitdrukking „openbare vaarwateren" in het systeem van het ontwerp beter vervangen kan worden door „de bodem van openbare vaarwateren". De ondergetekende is het met de strekking van deze opmerking eens; maar, om een goede aansluiting bij de artikelen 5.3.1 en 2 te verkrijgen, is de aanhef van lid 1 gewijzigd in „De grond waarop zich openbare vaarwateren bevinden".

Tevens heeft de ondergetekende het tweede lid duidelijkheidshalve enigszins anders geredigeerd.

Artikelen 5.3.9-12. De ondergetekende heeft met genoegen kennis genomen van de uitspraak van de Commissie aan het slot van haar bespreking van deze artikelen, waar zij haar voldoening kenbaar maakt over de geslaagde regeling van de afslag en aanwas, welke het ontwerp biedt. Inderdaad is het daarom niet verwonderlijk dat wezenlijke bezwaren van de kant van de waterrechtjuristen niet zijn ingebracht. In het gewijzigd ontwerp is de regeling dan ook gehandhaafd, zij het dat mede naar aanleiding van het voorlopig verslag de in artikel 10 geregelde grensvastlegging nader is uitgewerkt. De opmerkingen in het voorlopig verslag worden hieronder per artikel beantwoord; de wijzigingen ten aanzien van de grensvastlegging worden daar ook toegelicht.

Artikel 5.3.9. De Commissie haalde enige opmerkingen van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten aan („De Nederlandse Gemeente", 1955, blz. 557). Deze vereniging suggereerde in de eerste plaats om in verband met de afwijkingen die het nieuwe recht betreffende de aanwas en afslag ten opzichte van het geldende recht zal brengen door middel van een overgangsregeling een zekere schadeloosstelling mogelijk te maken gedurende een bepaalde periode na de invoering van het nieuwe recht.

Met de Commissie is de ondergetekende van mening dat de betekenis van de veranderingen die deze artikelen zullen brengen niet moet worden overschat, mede omdat reeds op grote schaal delimitatiecontracten tot stand zijn gekomen. Dit neemt niet weg dat waar nog geen grensvastlegging heeft plaats gehad, grensverplaatsing door aanwas en afslag mogelijk is, en dat daar volgens het ontwerp de aanwasregel ook geldt voor opzettelijk bevorderde aanwas die niet als opzettelijke drooglegging is te beschouwen (vgl. toelichting driemanschap, p. 402, alinea 2, en memorie van toelichting bij het regeringsontwerp, p. 15, alinea 2). Het is op dit ogenblik echter niet goed mogelijk een uitspraak te doen over de vraag hoe het overgangsrecht te dezer zake behoort te luiden. Bij de invoeringswet zal ook aan dit onderwerp in samenhang met de andere vraagstukken van overgangsrecht aandacht moeten worden geschonken.

De Commissie vestigde ook de aandacht op de beschouwingen van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten over de schade die de oevereigenaar kan lijden door de stijging van het waterpeil, met name voor het geval die stijging door de overheid wordt teweeggebracht als gevolg van het uitvoeren van werken.

De Vereniging meende dat de oevereigenaar wel in een zeer nadelige positie wordt gebracht. Zij ging daarbij in de eerste plaats in op het geval dat de grens van het langs het water liggend erf zich met het water landinwaarts verplaatst, zodat de oevereigenaar overeenkomstig artikel 5.3.9 (een gedeelte van) zijn eigendom verliest.

De ondergetekende wijst er op dat het ontwerp de oevereigenaar een afdoend middel geeft om dit nadeel te voorkomen: hij kan op grond van artikel 5.3.10 steeds vastlegging van de grens verkrijgen; de grens wijzigt zich daarna niet meer met de oeverlijn.

Daarnaast werd het geval genoemd dat de grens zich weliswaar niet wijzigt, maar dat de eigenaar van het land dit als gevolg van de stijging van het waterpeil veranderd ziet in water.

De hier ter sprake gebrachte problematiek houdt geen direct verband met de regeling van de aanwas en de afslag. Zoals ook ten gevolge van andere overheidsdaden kan door het van overheidswege verhogen van de waterstand de waarde van stukken land, die onder water komen te liggen, sterk dalen. Dit gevaar bestaat niet alleen voor oevereigenaren: ook land dat oorspronkelijk niet aan water grensde kan onderlopen.

Of er buiten onrechtmatige daad gevallen zijn waarin schade behoort te worden vergoed kan bezwaarlijk hier incidenteel worden geregeld; ook het huidige wetboek bevat op dit punt geen bepalingen. Indien in bepaalde gevallen schadeloosstelling wenselijk wordt geacht, kan dit het beste in het kader van de waterstaatswetgeving worden bezien.

In het voorlopig verslag is voorts een passage uit het reeds eerder genoemde artikel van J. Winsemius aangehaald. Deze schrijver had bedenking tegen de eerste zinsnede van artikel 9. Een goede verzorging van de waterhuishouding kan, naar hij meende, eisen dat een bestaande oeverlijn gehandhaafd en waar nodig hersteld wordt. Het vergraven tot water van nieuw land dat ingevolge artikel 9 eigendom van de oevereigenaar is geworden, kan in het licht van artikel 5.1.1 niet op een verordening berusten. De schrijver concludeerde dat deze zaak bij de wet geregeld zal moeten worden, bij voorbeeld door aanvulling van de artikelen 12 e.v. van de Waterstaatwet 1900.

De ondergetekende wil er op wijzen dat artikel 5.3.9 op zichzelf geen belemmering vormt voor een verordening die ten doel heeft een bestaande oeverlijn te handhaven; het handelt uitsluitend over de vraag in hoeverre bij wijziging van de oeverlijn ook de eigendomsgrens zich verplaatst. Inderdaad wordt echter de mogelijkheid om bij verordening de verplichting op te leggen om een vroegere oeverlijn te herstellen beperkt door artikel 5.1.1, met name indien het gaat om het tot water vergraven van land. Dezelfde problematiek kan zich overigens onder het huidige recht voordoen. Ook naar de mening van de ondergetekende biedt de waterstaatswetgeving het beste kader om na te gaan in hoeverre aan de lagere wetgever nog bijzondere bevoegdheden moeten worden toegekend tot het maken van verordeningen op dit punt.

Artikel 5.3.10. Zoals uit de toelichting van het driemanschap en de toelichting op het regeringsontwerp blijkt, is de aanwas- en afslagregel in artikel 9 opgenomen met het oog op de rechtszekerheid. Zonder die regel zou immers de grootste onzekerheid ontstaan over de loop van de grens tussen een perceel land en een perceel water, omdat men tot een ver verleden zou kunnen teruggaan om aan te tonen dat de oeverlijn vroeger anders liep dan thans.

Zodra echter de grens nauwkeurig is vastgelegd en uit de openbare registers kenbaar is, bestaat er niet voldoende reden meer om de eigendom van de een ten koste van de ander te vergroten als gevolg van wijzigingen in de oeverlijn. Artikel 10 van het ontwerp regelt de wijze waarop de eigenaars van land en water tot die grensvastlegging kunnen komen.

Uit dit stelsel vloeit voort dat de vraag in het voorlopig verslag of een eigenaar te allen tijde de delimitatie kan vor-

deren bevestigend moet worden beantwoord. De ondergetekende kan niet inzien dat dit onredelijk is. Ook bij natuurlijke aanslibbing is moeilijk een rechtsgrond aan te wijzen krachtens welke de landeigenaar een aanspraak zou hebben op uitbreiding van zijn gebied, waarbij dan de watereigenaar een gedeelte van zijn eigendom verloren zou zien gaan.

Een grensvastlegging als in artikel 10 bedoeld zou weinig zin hebben indien zij niet jegens een ieder bindend zou zijn. Bijzonder gecompliceerde situaties zouden immers kunnen ontstaan, indien na geruime tijd door of tegen bepaalde rechthebbenden het standpunt zou kunnen worden ingenomen dat de vastlegging niet bindend is, zodat de wellicht omvangrijke aanwas of afslag die inmiddels is opgetreden ten profijte of ten nadele van hen zou komen.

Teneinde dit belangrijke punt in de bepalingen over de grensvastlegging zo duidelijk mogelijk tot uitdrukking te brengen, en anderzijds duidelijk in het licht te stellen welke waarborgen in verband daarmee aan de rechthebbende zijn toegekend, zijn in het gewijzigd ontwerp de bepalingen van artikel 10 nader uitgewerkt en verdeeld over drie artikelen (10, 10*a* en 10*b*). In die artikelen is op verschillende punten ook een betere aansluiting bij het gewijzigd ontwerp van Boek 3 gezocht.

In artikel 10 van het gewijzigd ontwerp komt de eerste zin van lid 1 overeen met het oorspronkelijke eerste lid. Voor de uitwerking van de beide hier genoemde methoden van grensvastlegging wordt nu verwezen naar artikel 10*a*, waar de vastlegging door de eigenaars bij notariële akte is geregeld, en artikel 10*b*, waar de vastlegging bij rechterlijke uitspraak wordt behandeld.

Artikel 10 handhaaft derhalve de regel dat de verplaatsing van de grens overeenkomstig de aanwas- en afslagregel van artikel 9 alleen buiten werking kan worden gesteld door de eigenaars, zodat vastlegging b.v. door een beperkt gerechtigde met alleen de eigenaar van het andere erf niet mogelijk is. Dit sluit evenwel niet uit dat een beperkt gerechtigde het initiatief tot de grensvastlegging kan nemen. In de eerste plaats kan hij trachten tezamen met de eigenaren tot een grensvastlegging buiten rechte te komen. Verder kan b.v. de erfpachter ingevolge artikel 5.7.1.7 de aan de eigenaar toekomende vordering tot grensvastlegging tegen de eigenaar van het andere erf instellen, mits hij de eigenaar van het erf waarop zijn recht rust, tijdig in het geding roept. Een soortgelijke bevoegdheid komt aan de vruchtgebruiker toe op grond van artikel 3.8.17.

Omgekeerd worden de belangen van de beperkt-gerechtigden bij grensvastlegging op initiatief van de eigenaars voldoende gewaarborgd. Ingevolge artikel 10*b* lid 1 moeten bij grensvastlegging door de rechter mede eventuele beperkt-gerechtigden tijdig in het geding worden geroepen. Voorts worden ook hun belangen bij grensvastlegging door de eigenaars buiten rechte beschermd door de hieronder nog te bespreken leden 2 en 3 van artikel 10*a*.

In artikel 10 worden verder enige bepalingen gegeven die voor beide wijzen van grensvastlegging gelden. Dit is allereerst de tweede zin van lid 1, waarin nu uitdrukkelijk wordt bepaald dat de grensvastlegging jegens een ieder geldt.

Het tweede lid komt overeen met het oorspronkelijke vierde lid. De redaktie is gewijzigd, mede naar aanleiding van het voorlopig verslag, waarin bezwaar werd gemaakt tegen de woorden „worden begrepen" Vervanging van die woorden door „worden verstaan" zou echter niet juist zijn, omdat dit zou betekenen dat een grensvastlegging door de werkelijke eigenaars geen gevolg zou hebben, indien zij niet als eigenaars bij het kadaster bekend stonden. De bedoeling van de bepaling is veeleer dat *naast* het geval dat de werkelijke eigenaars partij bij de vastlegging zijn, ook een bindende vastlegging tot stand kan komen, indien daaraan in plaats van een werkelijke eigenaar iemand heeft deelgenomen, die als eigenaar was ingeschreven. De gewijzigde redaktie geeft dit beter weer.

Daarin wordt ook niet meer gesproken van eigenaars „die bij het kadaster als zodanig bekend staan", maar van iemand „die als zodanig in de registers was ingeschreven". Het ligt, nu

in afdeling 3.1.2 en bij de in artikel 3.1.2.1 lid 2 bedoelde wet de inschrijvingen betreffende registergoederen in de openbare registers opnieuw worden geregeld, voor de hand hier aan de inschrijving in die registers een bijzondere betekenis toe te kennen. Men vergelijke artikel 3.1.2.9 lid 1, eerste zin, waarin ook wordt gesproken van in de openbare registers ingeschreven rechthebbenden.

In het voorlopig verslag is in verband met de bevoegdheid van de werkelijke eigenaar om verzet te doen, indien de grensvastlegging geschiedt door anderen die (ten onrechte) in het register als rechthebbenden zijn ingeschreven, gezegd dat niet wordt aangegeven op welke wijze bekendheid wordt gegeven aan het bestaan van akte of vonnis.

De ondergetekende meent dat het te ver zou gaan een publikatie dwingend voor te schrijven. Allereerst zij opgemerkt dat de niet ingeschreven eigenaar, door te zorgen dat zijn verkrijging wel in het register was ingeschreven, had kunnen voorkomen dat een grensvastlegging zich buiten hem om zou voltrekken. Bovendien kan de grensvastlegging zijn positie niet schaden zolang de grens volgens de oeverlijn wordt vastgelegd: die vastlegging kan immers zonder zijn medewerking met behulp van de rechter toch tot stand komen. Is bij de grensvastlegging door middel van een notariële akte van de oeverlijn afgeweken, dan behoudt de werkelijke eigenaar, ook als hij zich niet tegen de inschrijving ervan heeft verzet, op grond van het hieronder nog te bespreken lid 3 van artikel 10*a* de mogelijkheid zich op het standpunt te stellen dat de grens loopt overeenkomstig de werkelijke oeverlijn ten tijde van het opmaken van de akte. Een dergelijke mogelijkheid heeft hij niet bij een vastlegging met rechterlijke tussenkomst, maar in artikel 10*b* zijn voldoende waarborgen gegeven om te voorkomen dat de rechter van de werkelijke oeverlijn afwijkt. De in lid 2 van dat artikel genoemde maatregelen van de rechter kunnen onder meer inhouden een bekendmaking van het feit dat een procedure tot grensvastlegging aan de gang is. De ondergetekende meent derhalve dat in de artikelen 10*a* en 10*b* voldoende waarborgen zijn neergelegd om te voorkomen dat de positie van de werkelijke eigenaar die niet bij de grensvastlegging is betrokken, en van andere rechthebbenden wordt geschaad.

Gezien het verschillend karakter tussen deze procedure en die van artikel 3.1.2.9 bestaat er, zoals in het voorlopig verslag wordt gezegd, geen bezwaar tegen beide naast elkaar te laten bestaan.

Van de in het voorlopig verslag voorkomende redaktionele opmerkingen is die betreffende de woorden „zijn begrepen" in het oorspronkelijke vierde lid van artikel 10 hierboven beantwoord. De beide andere opmerkingen komen hieronder bij artikel 10*b* ter sprake.

Artikel 5.3.10a. In dit nieuwe artikel wordt nader het geval geregeld dat de eigenaars van land en water gezamenlijk de grens bij notariële akte vastleggen. Het eerste lid bepaalt hetgeen artikel 10 hieromtrent oorspronkelijk bevatte.

Krachtens artikel 10 lid 1, tweede zin, is ook deze vastlegging voor een ieder bindend. Het kan echter gebeuren dat de eigenaars bij het vastleggen van de grens al dan niet opzettelijk van de toen bestaande oeverlijn zijn afgeweken. Derden die een bijzonder recht met betrekking tot het perceel grond of water hebben, zouden door die afwijkingen benadeeld kunnen worden. Daarom wordt in het derde lid aan bepaalde, daar genoemde personen de mogelijkheid geboden om in plaats van de in de akte beschreven grens de oeverlijn ten tijde van het opmaken van de akte als vastgelegde grens aan te merken. Om dit te bereiken zullen zij moeten stellen – en bij betwisting bewijzen – hoe de oeverlijn bij het opmaken van de akte liep. Dit zal moeilijker zijn naarmate sindsdien meer tijd is verstreken.

Om te bevorderen dat zij die als rechthebbende of als beslaglegger in de registers waren ingeschreven spoedig kennis nemen van een ingeschreven grensvastlegging – zodat zij nog gemakkelijk de beschreven grens met de oeverlijn kunnen vergelijken – is in het tweede lid een soortgelijke bepaling als artikel 3.1.2.3 lid 4 opgenomen, ook hier om buiten twijfel te

stellen dat de bewaarder *bevoegd* is ingeschreven belanghebbenden te waarschuwen.

Er zij nog op gewezen dat de grensvastlegging door de eigenaars ten aanzien van derden in ieder geval dit gevolg heeft dat de aanwas- en afslagregel van artikel 9 buiten werking wordt gesteld, ook indien bij de vastlegging de oeverlijn niet geheel wordt gevolgd. De in lid 3 genoemde personen kunnen dus wel de ten tijde van het opmaken van de akte werkelijk bestaande oeverlijn als grens aanmerken voor zover die van de in de akte beschreven lijn afwijkt, maar zij kunnen zich niet op het standpunt stellen dat te hunnen aanzien artikel 9 nog geldt.

Indien de eigenaars zeker willen zijn dat de in lid 3 genoemde personen de beschreven grens als juist aanmerken, dan zullen zij de medewerking van die personen aan de akte moeten zien te verkrijgen, of de weg van artikel 10*b* moeten volgen.

Artikel 5.3.10b. Dit artikel geeft nadere regels voor de grensvastlegging door de rechter. Deze wijze van vastleggen heeft een iets verdergaande werking jegens derden dan de vastlegging bij akte, omdat niet alleen de aanwas- en afslagregel van artikel 9 jegens een ieder buiten werking wordt gesteld, maar bovendien de loop van de grens volgens de in het vonnis vastgestelde oeverlijn voor ieder bindend wordt vastgesteld. Een bepaling als artikel 10*a* lid 3 komt in artikel 10*b* dan ook niet voor.

Teneinde er voor te waken dat derden niet benadeeld worden, doordat de in het vonnis bepaalde grens afwijkt van de oeverlijn, is in het eerste lid voorgeschreven dat allen die als rechthebbenden of beslaglegger in de registers zijn ingeschreven in het geding moeten worden geroepen, zodat zij van hun zienswijze over de loop van de oeverlijn kunnen blijk geven, en is in het tweede lid bepaald dat de rechter, alvorens de eis toe te wijzen, die maatregelen kan treffen en die bewijsopdrachten kan doen, die hij in het belang van niet verschenen belanghebbenden nuttig oordeelt. Men vergelijke de artikelen 3.1.2.9 lid 1, tweede zin, en 3.1.2.10*a* lid 2 van het ter gelegenheid van de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer gewijzigd ontwerp van Boek 3.

Voor het overige komt artikel 10*b* grotendeels overeen met hetgeen oorspronkelijk in artikel 10 over de procedure tot grensvastlegging was bepaald. Anders dan oorspronkelijk het geval was, is nu dwingend voorgeschreven dat het instellen van de vordering in de openbare registers moet worden ingeschreven (lid 1). De rechter moet dan ook steeds de grens bepalen volgens de oeverlijn ten tijde van die inschrijving (lid 2). In de oorspronkelijke tekst was niet geheel duidelijk welk tijdstip hij tot uitgangspunt moest nemen, indien de vordering niet was ingeschreven; het meest in aanmerking komende tijdstip, dat van het uitspreken van het vonnis, geeft met name bij een sterk aan veranderingen onderhevige oeverlijn praktische moeilijkheden.

Uit de regeling vloeit voort dat de rechter niet van de oeverlijn, bestaande ten tijde van de inschrijving van de vordering, kan afwijken. Bij afwijking van die oeverlijn zou de vastlegging immers gepaard gaan met een ander rechtsgevolg: de overgang van bepaalde perceelsgedeelten. Willen partijen naast de vastlegging een overdracht, dan moeten zij de voor deze rechtshandeling vereiste weg bewandelen.

Zoals ingevolge artikel 10*a* lid 1 een vastlegging van de grens door de eigenaars van land en water bij akte pas voltrokken wordt door inschrijving van de akte in de openbare registers, zo bepaalt lid 4, eerste zin, van artikel 10b, eveneens conform artikel 10 lid 1 van het oorspronkelijk ontwerp, dat de door de rechter uitgesproken grensvastlegging als zodanig pas wordt voltooid, en dus ingevolge het herziene artikel 10 lid 1, tweede zin, jegens een ieder komt te gelden, op het tijdstip dat het vonnis waarbij de vastleggingsvordering is toegewezen in de registers wordt ingeschreven. De tweede zin van lid 4 bepaalt, weer conform het ontwerp, dat de inschrijving geschiedt nadat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan. Het in het oorspronkelijke artikel 10 lid 1 bovendien vervatte voorschrift dat de inschrijving van het vonnis binnen veertien dagen na de

verkrijging van de kracht van gewijsde moet geschieden is in het gewijzigd ontwerp weggelaten. Derden kunnen door de nu in lid 2 voorgeschreven inschrijving van het instellen van de vordering weten dat een vonnis en, bij toewijzing van de vordering, inschrijving van het vonnis, dus een vastlegging die ook jegens hen zal komen te gelden, te verwachten zijn. Het stellen van een (korte) termijn heeft het bezwaar dat, omdat het in bepaalde gevallen niet eenvoudig is vast te stellen op welk ogenblik het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, gemakkelijk zou kunnen voorkomen dat de gehele procedure opnieuw gevoerd zou moeten worden, omdat de inschrijving niet binnen die termijn heeft plaatsgevonden.

De ondergetekende heeft de nu in lid 1 voorkomende uitdrukking „de instelling" niet vervangen door „het instellen". Tegen eerstgenoemde uitdrukking ziet hij geen bezwaren, en nu in artikel 3.1.2.2 onder *f* van instelling van vorderingen wordt gesproken geeft hij er de voorkeur aan geen wijziging aan te brengen.

De invoeging achter „grens" in de nu in lid 2 opgenomen bepaling van de woorden „tussen land en water" lijkt hem geen verduidelijking. Uit het woord oeverlijn volgt reeds dat wordt uitgegaan van een grens tussen land en water.

Artikel 5.3.11. In het tweede lid van dit artikel is een regeling getroffen ten behoeve van de landeigenaar wiens grens met het aangrenzende perceel water is vastgelegd, om te bereiken dat hij het gebruik van dat water op dezelfde voet mag voortzetten, indien de oeverlijn zich in de richting van het water gaat verplaatsen.

Het is gewenst eenzelfde regeling te treffen voor hem die dat water mag gebruiken en die, daar zijn erf zelf niet aan het water grenst, een erfdienstbaarheid had verkregen op het perceel land dat aan het water lag. Zolang de grens tussen land en water niet was vastgelegd, kon hij er op rekenen steeds de oeverlijn te kunnen bereiken. Na vastlegging van de grens en verplaatsing van de oeverlijn in de richting van het water komt er een strook grond tussen het water en het erf waarop hij een erfdienstbaarheid heeft, zodat deze ontoereikend wordt. Om te voorkomen dat hij van de grensvastlegging nadeel ondervindt, geeft het nieuwe derde lid ook aan hem het recht te vorderen dat hem op de drooggekomen grond een of meer erfdienstbaarheden worden verleend, waardoor hij zijn bevoegdheden ten aanzien van het water kan blijven uitoefenen.

Bij de grensvastlegging overeenkomstig artikel 5.3.10*b* komt de vastlegging tot stand op het ogenblik van inschrijving van de vastgelegde grens. De grens wordt dan vastgelegd overeenkomstig de oeverlijn ten tijde van de inschrijving van de vordering. Gezien het tijdsverloop tussen de inschrijving van de vordering en inschrijving van het vonnis is het mogelijk dat de vastgelegde grens afwijkt van de oeverlijn op het ogenblik van de voltooiing van de vastlegging. Hetgeen in de leden 1-3 is bepaald voor het geval de oeverlijn zich na de vastlegging verplaatst behoort ook te gelden voor verplaatsing van de oeverlijn tussen de inschrijving van de vordering en de vastlegging van de grens door de inschrijving van het vonnis. Dit is in het nieuwe vierde lid bepaald.

Artikel 5.3.12. Zoals de Commissie met recht heeft opgemerkt kunnen de woorden „drie" en „vorige" beter worden omgedraaid; dit is in het gewijzigd ontwerp met vervanging van „drie" door „vijf" geschied.

In de eerste zinsnede van de tweede zin van het onderhavige artikel is een verduidelijking aangebracht. Thans wordt gesproken van „Grond met andere dan gewoonlijk in het water levende planten begroeid". De term waterplanten, in biologische betekenis opgevat , is te eng omdat er ook andere planten zijn, zoals riet, biezen en spartina townsendii, die gewoonlijk in het water leven, hoewel zij niet tot de waterplanten behoren.

De in de tweede zin van dit artikel vervatte afwijking van de regel van de eerste zin behoort niet te gelden voor begroeiing met planten die gewoonlijk in het water leven.

Artikel 5.3.13. In het voorlopig verslag is de vraag gesteld of de hier opgenomen regel alleen geldt bij duintoeneming of duinafslag door natuurlijke oorzaken, of ook als deze het gevolg is van kunstmatig handelen.

De bepaling maakt geen onderscheid tussen beide gevallen. Mede in verband met de mogelijkheid dat door menselijk ingrijpen een belangrijke wijziging in de grens tussen strand en duin wordt aangebracht stelt de ondergetekende voor om een nieuw derde lid in dit artikel op te nemen. Hierin wordt de mogelijkheid geopend om tot grensvastlegging te komen op dezelfde wijze als dat kan gebeuren bij de grens tussen water en land. De nieuwe bepaling wordt hieronder nog nader toegelicht.

De Commissie vraagt voorts wat gedacht moet worden van de suggestie van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten om bij natuurlijke en bij kunstmatige duingrenswijziging de oorspronkelijke eigenaar van strand of duin, althans na kenbaar gemaakt voornemen en gedurende een aantal jaren, gelegenheid te geven om na een plotselinge en ingrijpende verandering de oude toestand te herstellen.

Een dergelijke regeling is niet gewenst. Herstel in de oude toestand is om waterstaatkundige redenen veelal niet aanvaardbaar.

Teneinde echter te voorkomen dat de eigenaar van strand of duin lijdelijk moet toezien dat delen van zijn eigendom voor hem verloren gaan stelt de ondergetekende in een nieuw derde lid voor grensvastlegging mogelijk te maken met overeenkomstige toepassing van de artikelen 5.3.10–5.3.10*b*. Dezelfde motieven die aan de regeling van die artikelen ten grondslag liggen kunnen worden aangevoerd om de grensvastlegging tussen strand en duin te regelen. De praktijk van de laatste jaren, men denke met name aan veranderingen in verband met de Deltawerken, heeft aangetoond dat hieraan inderdaad behoefte bestaat. Het bestaande derde lid wordt dan, met een iets gewijzigde aanhef, het nieuwe vierde lid.

Ter afsluiting van haar verslag aangaande titel 4 heeft de Commissie er op gewezen dat een regeling van de gevolgen van een publieke bestemming van onroerende zaken niet is opgenomen. De Commissie betuigde op dit punt van haar instemming met het ontwerp in haar conclusie dat van een behoefte aan een wettelijke regeling niet is gebleken. De ondergetekende sluit zich hierbij aan.

TITEL 4

Bevoegdheden en verplichtingen van eigenaars van naburige erven

Als inleiding op de bespreking van deze titel heeft de Commissie enige opmerkingen gemaakt naar aanleiding van het betoog van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, waarin wordt aangedrongen op de opneming van een algemeen artikel, waaruit zou blijken dat het burenrecht niet van toepassing is op voor openbare doeleinden bestemde gronden, tenzij uit de afzonderlijke bepalingen uitdrukkelijk het tegendeel volgt. De Commissie was van oordeel dat het bezwaarlijk zou zijn een dergelijke algemene bepaling op te nemen, omdat het van de bestemming in het concrete geval zal afhangen of deze toepassing mogelijk is. Hierbij heeft de Commissie gewezen op het verschil tussen een departementsgebouw en installaties behorend tot de defensie. Op het eerste zullen de bepalingen van het burenrecht in beginsel van toepassing zijn en niet op de installaties.

De ondergetekende kan zich met deze beschouwingen van de Commissie in het algemeen verenigen, al zou hij niet zover willen gaan te stellen dat de bepalingen van het burenrecht op defensiewerken in het algemeen niet van toepassing zullen zijn. Inderdaad zal alles afhankelijk zijn van de vraag in hoeverre de publieke bestemming van de betrokken zaak zich tegen de toepassing zal verzetten. Dit volgt uit artikel 9 van de Inleidende titel, inhoudende dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met de geschreven of ongeschreven regels van publieke recht. Tot de hier bedoelde regels van ongeschreven recht behoort ook de regel dat op zaken met publieke bestemming de regels van het burgerlijk recht slechts van toepassing zijn voor zover de bestemming of de voorzieningen, welke met het oog op de verwezenlijking daarvan vereist zijn, dit gedogen (H.R. 28 april 1961, N.J. 1961, no. 433). Een bepaling zoals voorgesteld door de Vereniging van Nederlandse gemeenten gaat dus verder dan nodig is.

Hiernaast bevat de titel – zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt – enige bepalingen die betrekking hebben op bepaalde zaken met publieke bestemming. Het betreft hier de openbare wateren en wegen (wat onder openbare wegen moet worden verstaan volgt uit de artikelen 4 e.v. van de Wegenwet). De bijzondere bestemming van deze zaken brengt mee dat – hoewel zij mede als „erven" in de zin van de titel zijn te beschouwen – zij in verband met sommige artikelen een uitzonderingspositie dienen in te nemen zowel in die zin dat de eigenaar ervan in een gunstiger positie verkeert dan een eigenaar van een gewoon erf als in die zin dat zijn rechtspositie minder gunstig is. Het eerste doet zich b.v. voor in artikel 11 van deze titel (de eigenaar van een openbare weg of een openbaar water kan niet genoodzaakt worden tot het maken van een afscheiding), het tweede in artikel 3 (de eigenaar van een openbaar water moet dulden dat de eigenaar van een aangrenzend erf van het water gebruik maakt), artikel 12 lid 2 (de eigenaar van een openbare weg of een openbaar water kan zich niet verzetten tegen de in het eerste lid bedoelde openingen of werken) en in artikel 14 lid 2 (de eigenaar van een openbare weg kan zich niet verzetten tegen de afloop van water van een naburig erf, indien deze niet bij wet of verordening verboden is). Wat dit laatste artikel betreft, ziet de ondergetekende in de door de Commissie voorgestelde redactie geen verbetering ten opzichte van de bestaande. Naar zijn mening vormt de mogelijkheid van afwatering op een openbare weg een uitzondering op de regel van artikel 14 lid 1 dat aan de eigenaar van een erf bepaalde verplichtingen oplegt ten einde afwatering op eens anders erf te voorkomen.

In de inleidende opmerkingen van de toelichting van het driemanschap bij de onderhavige titel is nog de in het ontwerp niet overgenomen figuur van de buurweg ter sprake gebracht. Ter aanvulling van het daar opgemerkte vestigt de ondergetekende er de aandacht op dat in het gewijzigd ontwerp de

mogelijkheid van het vestigen van erfdienstbaarheden (artikelen 5.6.1 en 2) en die van het tot stand brengen van mandeligheid (artikel 5.5.1) is uitgebreid of nader omlijnd, hetgeen ook voor de mogelijkheid om op deze wijze nieuwe wegen tot gemeenschappelijk gebruik van de eigenaars van een aantal erven te bestemmen van belang kan zijn. Men zie ook het inmiddels gepubliceerde artikel 6.5.3.4. Voor wat betreft de verkrijgende verjaring van erfdienstbaarheden, waaronder die van weg, moge hij voorts verwijzen naar deze memorie bij artikel 5.6.3.

Artikel 5.4.1. In deze bepaling zijn de beginwoorden geschrapt in verband met de opneming van een nieuw artikel 3*a*.

Artikel 5.4.2. De redactie van dit artikel is in verschillende opzichten vereenvoudigd. Waar naar het oordeel van de ondergetekende het veroorzaken van ongerief aan een buurman door de in dit artikel genoemde handelingen als een bijzondere vorm van hinder is te beschouwen – zie deze memorie bij artikel 5.1.2 lid 1, tweede alinea –, wordt thans van rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 5.1.2 uitgegaan. Ten einde dit te verduidelijken is het woord „nadeel" vervangen door „hinder". Daardoor komt tevens tot uiting dat het voor de toepassing van het artikel niet nodig is dat het naburige erf een waardevermindering heeft ondergaan. Bij dit nieuwe uitgangspunt kunnen zowel de tweede zin van het artikel als het slot van de eerste zin („dan wel") vervallen. De term „algemeen belang" komt thans in het artikel niet meer voor; voor hetgeen in het voorlopig verslag daarover wordt opgemerkt, moge de ondergetekende naar deze memorie bij artikel 5.1.2 lid 2 verwijzen. Voor de thans in het artikel gebezigde wending „die volgens artikel 6.3.1 onrechtmatig is" vergelijke men deze memorie bij artikel 5.1.2 onder „Algemeen".

Een verdere vereenvoudiging is een gevolg van het opnemen van het nieuwe artikel 3*a*. In verband daarmee konden de woorden „tenzij hij krachtens wet of verordening bevoegd is tot de wijziging, het gebruik of de onttrekking" vervallen.

Tenslotte zijn de gevallen waarin het artikel toepassing kan vinden, iets anders omschreven. Thans wordt gesproken van „wijziging brengen in de loop of hoeveelheid van over zijn erf stromend water of van het grondwater". Dit komt neer op een verruiming. Vergroting van de hoeveelheid water behoeft immers niet steeds tot een wijziging van de loop ervan te leiden, terwijl er geen reden bestaat voor grondwater een andere oplossing te geven dan voor stromend water. Ook handelingen tot wijziging van de loop of vermeerdering van de hoeveelheid grondwater dienen dus onder het artikel te vallen (voor een geval van ongerief door vermeerdering van grondwater zie H.R. 17 februari 1967, N.J. 1968, no. 101). In het huidige recht dient men zich in dergelijke gevallen te behelpen met artikel 673 lid 2, laatste zinsnede, welke bepaling in het ontwerp niet is overgenomen.

De Commissie heeft nog de vraag gesteld of, indien de eigenaar krachtens wet of verordening bevoegd is tot de wijziging, het gebruik of de onttrekking van het water, er toch geen grond kan zijn de eigenaars van andere erven die dat moeten dulden, schadevergoeding toe te kennen, en zo ja of de tekst van het onderhavige artikel hieraan niet in de weg staat. In antwoord op deze vraag moge de ondergetekende verwijzen naar de negende alinea van de memorie van toelichting bij het regeringsontwerp van dit artikel. Zoals daar wordt opgemerkt, kan er inderdaad ook in het bedoelde geval grond zijn voor een schadevergoedingsregeling, doch in de opzet van het ontwerp zal deze opgenomen moeten worden in de desbetreffende wet. Of ook een verordening een schadevergoedingsregeling kan inhouden, is een vraag van de bevoegdheidssfeer van de lagere wetgever. De thans voorgestelde tekst van artikel 5.4.2 en het nieuwe artikel 5.4.3*a* zouden echter voor dit laatste geen beletsel behoeven te vormen.

Artikel 5.4.3. Ook de redactie van dit artikel is vereenvoudigd, ook hier zowel door ervan uit te gaan dat zij een geval

van hinder betreft, zodat artikel 5.1.2 rechtstreeks van toepassing is, alsook door het nieuwe artikel 3*a*.

Hetgeen de oorspronkelijke aanhef van het artikel inhield omtrent het geval van strijd met de bestemming tot openbaar vaarwater, is overgebracht naar een nieuw lid 2. Dit lid is in overeenstemming met de algemene regel dat de regels van burenrecht slechts op zaken met een publieke bestemming van toepassing zijn, voor zover die bestemming zulks gedoogt. Het is gewenst geacht hier aan deze algemene regel te herinneren, omdat men anders in het eerste lid voor het geval het om een openbaar vaarwater gaat, een uitzondering op die regel zou kunnen lezen.

Artikel 5.4.3a. Met de opneming van deze bepaling wordt geen materiële wijziging beoogd, maar zij strekt enkel tot vereenvoudiging van de tekst van het ontwerp. Een vermelding dat niet alleen bij verordening, maar ook bij de wet van de voorgaande artikelen afgeweken kan worden, is weggelaten omdat zij overbodig is.

Artikel 5.4.4. De opmerkingen van de Commissie ten aanzien van het in lid 1 van het ontwerp gebezigde begrip onrechtmatigheid hebben de ondergetekende ertoe gebracht het stelsel dat het artikel op dit punt bevatte, te herzien. De gedachte die aan dit stelsel ten grondslag ligt is te vinden in de eerste alinea van de toelichting van het driemanschap bij het artikel (p. 410). Zou de in het artikel bedoelde toestand reeds zonder verzet onrechtmatig zijn, dan zou niet alleen een actie tot wegneming van de bomen enz. kunnen worden ingesteld, maar zou ook rauwelijks schadevergoeding kunnen worden gevorderd. Dit laatste werd door de ontwerpers niet redelijk geacht en dit heeft geleid tot de constructie dat de onrechtmatigheid eerst ontstaat na verzet.

Het uitgangspunt dat geen schadevergoeding verschuldigd behoort te zijn, zolang de eigenaar van het andere erf niet weet dat wegneming verlangd wordt, komt de ondergetekende juist voor. Dit uitgangspunt behoeft er echter niet toe te leiden de hier bedoelde toestand zonder „verzet" rechtmatig te achten. De ondergetekende geeft daarom de voorkeur aan een iets andere opzet van het artikel. Deze is thans als volgt. Het hebben van bomen enz. binnen de verboden afstand is van de aanvang af onrechtmatig, zodat ook van de aanvang af verwijdering daarvan kan worden gevorderd. Maar ter zake van schade als gevolg van overtreding van het verbod bestaat slechts een verplichting tot vergoeding, voor zover de schade is ontstaan na het tijdstip waartegen tot opheffing van de verboden toestand is aangemaand. Dit laatste is thans bepaald in lid 4. De aanvankelijk in dit verband gebezigde, maar hier inderdaad te vage term „verzet" komt daarin niet meer voor. Uit de redactie van lid 4 vloeit verder voort dat, indien eenmaal is aangemaand, voor het vervolg schadevergoeding kan worden gevorderd, ook als er een wisseling in de eigendom van de percelen heeft plaats gevonden. Of al of niet is aangemaand kan een verkrijger bij zijn rechtsvoorganger informeren. De ondergetekende vertrouwt dat in de nieuwe opzet de door de Commissie geopperde bezwaren zijn weggenomen.

Het artikel is voorts ook in ander opzicht gewijzigd. In de eerste plaats wordt thans in lid 1 bepaald dat de in het artikel genoemde afstand niet in acht behoeft te worden genomen, wanneer het aangrenzend erf een openbare weg of een openbaar water is. Ook voor het huidige recht is dit de gangbare opvatting (Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 195, onderaan).

Voorts is aan lid 1 toegevoegd de bepaling dat dit lid toepassing mist in geval van toestemming van de eigenaar van het andere erf. Deze toevoeging stamt uit het oorspronkelijke tweede lid („of aldaar met toestemming van de toenmalige eigenaar zijn geplant"). Uit de nieuwe redactie is duidelijk dat de toestemming zowel voor als na het planten kan zijn gegeven. Voor werking tegenover latere eigenaars voor wie die toestemming verborgen bleef, zal echter inschrijving daarvan in de

openbare registers nodig zijn (artikel 3.1.2.2 lid 1, onder *a* j° artikel 3.1.2.7).

Het oorspronkelijke tweede lid bepaalde verder nog dat het in het toenmalige eerste lid bedoelde verzet niet mogelijk was ten aanzien van planten die reeds meer dan twintig jaren aldaar hebben gestaan. Deze bepaling kon echter geschrapt worden als gevolg van het nieuwe artikel 3.11.15*a;* zie de op drie na laatste alinea van de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij dit artikel. Uit dit artikel vloeit voort dat de rechtsvordering tot wegneming van de bomen enz. verjaart 20 jaren na de aanvang van de dag waarop die wegneming kan worden gevorderd. Dit geldt eveneens in het door de Commissie genoemde geval van een langzaam groeiende boom die na een aantal jaren in ernstige mate licht van de buurman gaat wegnemen.

In een nieuw tweede lid wordt thans de in het eerste lid bedoelde afstand uitgewerkt. Aldus kon deze afstand tevens nauwkeuriger worden aangegeven voor het geval van bomen die veel ruimte innemen. De gekozen maatstaf (het midden van de voet van de boom) stemt overeen met de huidige leer (Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 195).

In het derde lid is voldaan aan de suggestie van de Commissie het woord „planten" te vervangen door „bomen, heesters of heggen".

Artikel 5.4.5. In tegenstelling tot de Commissie acht de ondergetekende het wenselijk om de in dit artikel vervatte omschrijving van wat in deze en de volgende titel onder „muur" wordt verstaan te behouden. Zij verduidelijkt wat is bedoeld en tegen de bepaling bestaat ook geen bezwaar, zolang de rechter niet onnodig aan banden gelegd wordt. De ondergetekende meent dat het artikel dit ook niet doet, zeker niet nu in het gewijzigd ontwerp nog een verruiming is aangebracht in dier voege dat „of andere bouwstof" is vervangen door: of andere daartoe geschikte stof. Bij dit laatste valt met name te denken aan bepaalde soorten plastic, matglas of versterkte rietmatten, waarvan men wellicht kan betwijfelen of zij als „bouwstoffen" beschouwd zouden kunnen worden.

De ondergetekende vestigt er nog de aandacht op dat bij het woord „afsluiting" niet alleen moet worden gedacht aan afsluiting van het erf in de zin van artikel 10, maar ook b.v. aan de muren van gebouwen die immers dienen ter afsluiting van de zich daarin bevindende ruimte. Men vergelijke artikel 12.

Artikel 5.4.6. Met de leden, aan het woord in de tweede alinea van het voorlopig verslag, heeft de ondergetekende geen behoefte aan een toevoeging aan lid 1, als geopperd in de eerste alinea. Ook naar zijn mening dient te worden volstaan met de mogelijkheid van een beroep op misbruik van bevoegdheid (art. 8 Inleidende titel).

Artikel 5.4.9. In het tweede lid is een kleine redactionele wijziging aangebracht door verandering van de woorden: „Bij de beantwoording van de vraag, waar de grens tussen twee erven ligt" in „In geval van onzekerheid waar de grens tussen twee erven ligt". Verder zijn in het derde lid de woorden „In het geding tot bepaling van de grens" vervangen door „Bij het bepalen van de grens".

De Commissie heeft het oordeel van de ondergetekende gevraagd omtrent het in het voorlopig verslag geciteerde betoog van Prof. de Grooth. Hij kan zich met dit betoog dat in overeenstemming is met de toelichting van het driemanschap bij dit artikel (p. 414, eerste alinea), geheel verenigen.

Artikel 5.4.10. Met de Commissie meent de ondergetekende dat het niet overgenomen artikel 680 B.W. aandacht verdient bij het ontwerpen van het overgangsrecht.

Artikel 5.4.11. In het voorlopig verslag werd de vraag aan de orde gesteld of men met dit artikel wel op de goede weg

is, gelet op de in het rapport van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten vermelde moderne stedebouwkundige opvattingen die steeds meer waarde gaan hechten aan een open aspect van de bij de bebouwing behorende terreinen. Het voorlopig verslag vestigde er in dit verband de aandacht op dat in nieuwe wijken erfafscheidingen van meer dan twee meter hoogte systematisch worden geweerd, terwijl, naar mate de activiteiten van sanering en stadsverbetering toenemen, ook in de binnensteden wordt gestreefd naar minder benauwdheid en beslotenheid. Voorts werd gewezen op een toenemend gebruik van heggen, als ook op de omstandigheid dat een muur van twee meter niet iedere eigenaar financieel zal conveniëren. In overweging werd gegeven in het eerste lid in stede van een twee meter hoge muur voor te schrijven „een erfafscheiding, welke voldoet aan de plaatselijke verordeningen of gebruiken en welke in geen geval hoger is dan twee meter". Enige leden hebben daaraan de vraag vastgeknoopt hoe ver naar huidig recht gemeenten kunnen gaan met het verbieden van erfafsluitingen, resp. erfafscheidingen, met name of de bevoegdheden van de gemeenten zover gaan dat zij deze materie stedebouwkundig geheel in de hand hebben.

De ondergetekende wil naar aanleiding van dit een en ander voorop stellen dat de eigenaar van een erf zowel naar huidig recht (artikel 679 B.W.) als in het ontwerp (artikel 5.4.10) bevoegd is zijn erf af te sluiten. Deze bevoegdheid kan hem niet worden ontnomen door een verordening van de lagere wetgever; men zie de toelichting van het driemanschap bij artikel 5.4.10 en voor het huidige recht Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 188, en H.R. 19 maart 1946, N.J. 1946 no. 223. Dit sluit echter niet in dat de lagere wetgever niet de bevoegdheid van de eigenaren tot afsluiting zou kunnen beperken b.v. door voorschriften omtrent de hoogte van de afscheiding en omtrent het materiaal waarvan deze vervaardigd moet zijn. Aan deze beperkingen stellen de voormelde artikelen geen andere limiet dan dat hetgeen de verordening nog aan afscheidingsmogelijkheden toelaat, als een redelijkerwijs uitvoerbare en dienstige „afsluiting" kan worden aangemerkt.

Naast de bevoegdheid van iedere eigenaar zijn eigen erf zelf af te sluiten, staat de bevoegdheid die artikel 5.4.11 toekent aan eigenaars van aangrenzende erven in een aaneengebouwd gedeelte van een gemeente om te vorderen dat de andere eigenaar meewerkt aan de oprichting van een gemeenschappelijke afscheiding op de grens van beide erven, in dier voege dat beide in de kosten voor gelijke delen bijdragen. Deze bevoegdheid is in het huidige recht te vinden in artikel 690 B.W. Voor de hoogte en het materiaal van de gemeenschappelijke afscheiding zijn plaatselijke gewoonte en verordeningen beslissend. Artikel 5.4.11 voegt daaraan slechts toe dat, wanneer zowel een verordening als een gewoonte ontbreekt, medewerking gevorderd kan worden aan de oprichting van een scheidsmuur van twee meter hoogte.

De ondergetekende is het met de Commissie geheel eens dat de bevoegdheid van de eigenaars tot afsluiting van hun erf niet aan moderne stedebouwkundige ontwikkelingen in de weg mag staan. Hij meent evenwel dat het ontwerp op dit punt aan de gemeenten voldoende armslag geeft. In de eerste plaats kunnen zij immers zowel omtrent de wijze van afscheiding als omtrent de hoogte voorschriften geven die in een zodanige ontwikkeling passen. Zo is een voorschrift dat afscheiding slechts door middel van (bepaalde soorten) heggen mag geschieden niet uitgesloten. Voorts is het mogelijk om bij de uitgifte van erven aan particuliere eigenaars in een nieuwe of gesaneerde wijk deze eigenaars ten aanzien van deze erven bepaalde verplichtingen op te leggen of zelfs hen te verplichten iedere afscheiding achterwege te laten. Een dergelijke verplichting kan niet alleen opgelegd worden door middel van een beding als bedoeld in artikel 6.5.3.4, maar in het gewijzigd ontwerp ook in de vorm van een erfdienstbaarheid ten behoeve van de straat waaraan de erven zijn gelegen, of ten behoeve van deze erven over en weer. Men vergelijke deze memorie bij artikel 5.6.1, waar is uiteengezet dat dit artikel na het schrappen van het nutsvereiste niet langer aan erfdienstbaarheden van deze strekking in de weg staat. Wanneer van

een van deze mogelijkheden gebruik wordt gemaakt, vinden deze eigenaars van de betreffende erven hun bescherming in de desbetreffende inschrijvingen in de openbare registers en in het geval van een beding als bedoeld in artikel 6.5.3.4 zonodig in artikel 3.1.2.7. Een bepaling die ook nog mogelijk zou maken bij verordening iedere bevoegdheid tot afscheiding uit te sluiten, zou naar het oordeel van de ondergetekende te ver gaan.

Wat meer in het bijzonder betreft artikel 5.4.11, waarin de bevoegdheid van de lagere wetgever om de wijze en de hoogte van de afscheiding te regelen nog eens uitdrukkelijk naast het plaatselijk gebruik is vermeld, wijst de ondergetekende nog op het volgende. Tot medewerking aan welke gemeenschappelijke afscheiding de eigenaars van de aangrenzende erven verplicht zijn, zal zoals reeds werd opgemerkt, in de eerste plaats moeten worden beslist aan de hand van hetgeen de desbetreffende verordeningen en gewoonten bepalen. Ontbreekt zowel een verordening als een gewoonte op dit punt, dan zal het in geval van geschil de rechter zijn die vaststelt aan welke eisen de gemeenschappelijke afscheiding heeft te voldoen. De ondergetekende meent dat hem voor dit geval, dat zich naar zijn verwachting niet vaak zal voordoen, niet iedere richtlijn mag worden onthouden. Daarom heeft hij gemeend de regel te moeten handhaven, dat de afscheiding dan heeft te bestaan uit een scheidsmuur van twee meter hoogte. Wel verdient in dit verband aandacht dat de omschrijving van het begrip muur in artikel 5.4.5 van het gewijzigd ontwerp is verruimd; men zie de tweede alinea van deze memorie bij dat artikel. Deze verruiming kan ertoe bijdragen om in de gevallen dat daaraan behoefte bestaat, een oplossing te kiezen die ook met de financiële draagkracht van de eigenaars zoveel mogelijk rekening houdt.

Uit het bovenstaande vloeit tevens een antwoord voort op de vraag, gesteld in de laatste alinea van het voorlopig verslag bij dit artikel: ook in geval van geschil over het materiaal waaruit de muur zal moeten bestaan, beslist de rechter. De uitweg die het huidige artikel 690 lid 2 B.W. lijkt te geven is slechts een schijnbare: een geschil als hierbedoeld kan zich nu juist alleen voordoen, wanneer op dit punt noch een verordening, noch een plaatselijk gebruik uitsluitsel geeft.

Artikel 5.4.12. Evenals in artikel 4 heeft de ondergetekende in verband met het onderhavige artikel rekening gehouden met de bezwaren der Commissie tegen de figuur van de „onrechtmatigheid na verzet". Dit heeft geleid tot een nieuwe redactie van lid 1 en een nieuw lid 5, beide geheel in overeenstemming met de in artikel 4 gekozen constructie. Naar aanleiding van de in het rapport van de Vereniging van Nederlandse gemeenten opgeworpen vraag of de formulering van het artikel niet soepeler zou moeten zijn, bijvoorbeeld in die zin dat onrechtmatigheid pas ontstaat, indien de rechter daartoe na een redelijke afweging van de belangen van eigenaar en nabuur, heeft besloten, is de ondergetekende met de Commissie van oordeel dat de wet aan de rechter in deze meer houvast dient te geven. Inderdaad geldt dit te meer, nu een beroep op misbruik van bevoegdheid (artikel 8 Inleidende titel) nog altijd uitkomst kan bieden, wanneer in een enkel geval de regeling als absurd of bijzonder knellend mocht worden aangevoeld.

Ook in ander opzicht is artikel 12 in het voetspoor van artikel 4 gewijzigd. Met name is het tweede lid geschrapt voor zover het betrekking had op werken en openingen die reeds meer dan twintig jaar aanwezig zijn, terwijl het, voor zover het betrof het geval van toestemming van de eigenaar, naar het eerste lid is overgebracht. Ook hier is aan een regel betreffende het eerst bedoelde geval geen behoefte meer naast het nieuwe artikel 3.11.15*a*.

De overige in dit artikel aangebrachte wijzigingen zullen bij de bespreking van de afzonderlijke leden aan de orde komen.

Eerste lid. Evenals in het in artikel 4 lid 1 bedoelde geval kan de toestemming van de eigenaar zowel vooraf als na het aanbrengen van vensters enz. zijn gegeven. Wil de toestemming kunnen worden ingeroepen tegen een latere daarvan onkundige

verkrijger van het erf, dan zal zij volgens artikel 3.1.2.2 lid 1 onder *a* j° artikel 3.1.2.7 moeten zijn ingeschreven.

In de nieuwe redactie zijn de woorden „recht naar voren" weggelaten. Het oorspronkelijke vierde, thans derde lid geeft voldoende duidelijk aan hoe de afstand moet worden gemeten.

Tweede lid. Dit lid stemt in inhoud overeen met het aanvankelijke derde lid. Slechts is het woord „aangebrachte" achter geoorloofd geschrapt. Het komt er immers niet op aan, of de openingen of werken geoorloofd zijn aangebracht, maar of zij geoorloofd zijn, hetgeen bijv. ook het geval is wanneer naderhand toestemming tot de opening of het werk is gegeven.

Vierde lid. Deze bepaling is nieuw en hangt samen met de leer van de H.R. dat door een door verjaring verkregen erfdienstbaarheid tot het hebben van ramen in strijd met de bepalingen van het burenrecht de eigenaar van het dienende erf niet beperkt in zijn recht om zijn erf te gebruiken zoals hem dat goeddunkt, zolang hij daarmee geen wijziging brengt in de toestand die hij tengevolge van het bestaan van de erfdienstbaarheid heeft te dulden (laatstelijk H.R. 30 jan. 1970, N.J. 1970 no. 192). Hoewel deze leer uit strikt theoretisch oogpunt misschien moeilijk aanvechtbaar is, kan zij in de praktijk onbillijk werken, omdat een erfdienstbaarheid om een venster of licht te hebben geheel waardeloos is, wanneer het de buurman geoorloofd zou zijn vlak voor de opening te bouwen en hierdoor alle licht weg te nemen. Zowel in de literatuur als in de lagere jurisprudentie is tegen de leer van de H.R. dan ook veel verzet gerezen (zie Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 234). Het ontwerp sloot zich in deze aan bij de bestaande jurisprudentie van de H.R., maar de toelichting van het driemanschap wijst wel op de mogelijkheid dat het aanbrengen van werken waardoor licht of uitzicht wordt ontnomen, misbruik van bevoegdheid in de zin van artikel 8 Inleidende titel kan opleveren (p. 415, eerste volle alinea). Gezien het veelvuldig voorkomen van situaties als waarom het hier gaat, acht de ondergetekende deze oplossing niet geheel bevredigend. De nabuur die toelaat dat het ongeoorloofd venster meer dan 20 jaar aanwezig is zonder zich daartegen te verzetten (waardoor ingevolge artikel 3.11.15*a* de vordering tot wegneming van het venster is verjaard en eventueel een erfdienstbaarheid kan zijn verkregen krachtens artikel 3.4.3.8) zal zich naar het oordeel van de ondergetekende wel enige beperking van het gebruik van zijn erf moeten laten welgevallen. Hetzelfde geldt bij verkrijging van een erfdienstbaarheid als hier bedoeld door de verjaring van artikel 3.4.3.1. Men denke aan het geval dat de erfdienstbaarheid werd gevestigd uit hoofde van een gebrekkige titel en deze op dit punt geen duidelijke omlijning inhoudt.

In het onderhavige lid is derhalve een tussenoplossing gekozen. De nabuur is na voltooiing van de verjaring verplicht binnen een afstand van twee meter van de opening of het werk dat te dicht bij de grens is aangebracht, geen gebouwen of werken aan te brengen die de eigenaar van het andere erf onredelijk zouden hinderen. Een uitzondering is gemaakt voor het geval hij op het tijdstip van die voltooiing reeds een gebouw of werk binnen die afstand had. In dat geval mag hij dit handhaven; ook is hij bevoegd het b.v. te vervangen mits dit niet tot een grotere inbreuk leidt. De ondergetekende vertrouwt dat de bezwaren tegen de leer van de Hoge Raad aldus zijn ondervangen, zonder dat afbreuk is gedaan aan de juiste gedachte dat het recht om binnen de verboden afstand een opening of een werk te hebben niet zonder meer ook een recht op licht en uitzicht impliceert. De bepaling sluit overigens niet uit dat jegens de nabuur die de daarin voorgeschreven afstand in acht neemt, met succes een beroep op misbruik van bevoegdheid kan worden gedaan in geval is voldaan aan de eisen van artikel 8 Inleidende titel.

Artikel 5.4.16. Het verheugt de ondergetekende dat de Commissie zich kon verenigen met de voorgestelde bepaling en de daaraan ten grondslag liggende gedachte om iets te regelen met betrekking tot de problematiek van over de grens van een naburig erf overhellende (of op andere wijze uitstekende)

gebouwen of werken. In een zodanig geval kan de eigenaar van dit erf in beginsel wegneming van het uistekende gedeelte vorderen. Deze vordering tot wegneming vloeit voort uit de artikelen 5.1.3 en 5.3.2, terwijl het bepaalde in artikel 3.11.1 meebrengt dat de rechter in beginsel verplicht is een zodanige vordering toe te wijzen. Zou bedoelde vordering nu, evenals in het huidige recht, uitsluitend beantwoord kunnen worden met een beroep op artikel 8 Inleidende titel, dan zou dit – zoals in verband met het huidige recht in de toelichting van het driemanschap reeds is vermeld (p. 415) – tot tal van onzekerheden leiden die door het voorgestelde artikel voor een groot deel kunnen worden weggenomen.

Het artikel doet dit door aan de eigenaar van het gebouw of werk dat over de grens van het andere erf is gebouwd of is gaan overhellen, een vordering te geven, die ertoe strekt de aldus ontstane onrechtmatige toestand tegen schadeloosstelling te legaliseren, mits hij door wegneming van het uitstekende gedeelte onevenredig veel zwaarder benadeeld zou worden dan de eigenaar van het andere erf door handhaving daarvan. De maatstaf waarnaar de hierbedoelde afweging van belangen moet geschieden, is in het gewijzigd ontwerp iets nauwkeuriger omschreven dan in het ontwerp. Hierin werd alleen de eis gesteld dat de betrokken eigenaar door wegneming van het overstekende gedeelte onevenredig zwaar zou worden benadeeld. In het thans voorgestelde artikel worden de belangen die tegen elkaar moeten worden afgewogen om tot de conclusie te komen dat er onevenredig zware benadeling is, uitdrukkelijk vermeld (zie in dit verband de toelichting van het driemanschap, p. 416, eerste alinea).

Zoals reeds in het oorspronkelijke ontwerp het geval was, is de toepasselijkheid van het artikel uitgesloten in het geval dat het bouwen over de grens is geschied met opzet of grove schuld. De omschrijving van dit geval is in het gewijzigd ontwerp verduidelijkt door invoeging van het woord „onbevoegd". Aldus komt beter uit dat het opzet of de grove schuld betrekking moet hebben op het *onbevoegd* over de grens bouwen. Heeft iemand willens en wetens op andermans erf gebouwd in de mening dat hij daartoe bevoegd was, b.v. uit hoofde van een door hem veronderstelde erfdienstbaarheid, en is zijn onjuiste voorstelling in dit opzicht niet aan grove schuld te wijten, dan doet zich het hier besproken geval dus niet voor.

Tevens komt door deze invoeging beter uit dat het artikel eveneens toepassing mist als *bevoegd* over de grens gebouwd werd. Men denke b.v. aan het geval dat dit bouwen plaats vond uit hoofde van een overeenkomst met de nabuur. Diens toestemming staat echter uiteraard wèl aan een vordering tot wegneming in de weg, eventueel gedurende de tijd voor welke zij is gegeven. Het ligt voor de hand de verdere regeling van de hier bedoelde situatie aan de partijen over te laten: het zou onjuist zijn indien artikel 5.4.16 het door hen bij overeenkomst bepaalde zou kunnen doorkruisen.

Ook kan een overeenkomst inhouden of meebrengen dat de eigenaar van een eenmaal opgericht gebouw of werk achteraf van zijn vordering uit artikel 5.4.16 afziet tegenover toestemming van de nabuur tot handhaving (al dan niet voor bepaalde tijd) van het uitstekende gedeelte. Niet mogelijk is echter dat de nabuur door achteraf *eenzijdige* toestemming te geven een vordering uit dit artikel zou kunnen frustreren zonder dat voor de eigenaar van het gebouw of werk enige zekerheid omtrent zijn toekomstige rechtspositie zou bestaan. Een zodanige eenzijdige toestemming neemt de onbevoegdheid tot het bouwen, zoals dit destijds plaats vond, niet weg.

Een andere aanvulling van het artikel is gelegen in de toevoeging daaraan van het geval dat ten dele *onder* het erf van een ander is gebouwd, naast de reeds vermelde gevallen dat ten dele op of boven een zodanig erf is gebouwd. Mede gelet op artikel 5.3.2 ziet de ondergetekende geen aanleiding om tussen deze gevallen verschil te maken.

Aanvulling vond ook plaats in dier voege dat legalisering thans niet alleen kan plaats vinden door het vestigen van een erfdienstbaarheid, maar, ter keuze van de eigenaar van het naburige erf, ook door de overdracht van een zodanig gedeelte van dat erf aan de eigenaar van het gebouw of werk

als voor de handhaving daarvan nodig is. In het bijzonder in de gevallen dat de eigenaar van het gebouw of werk door de aanwezigheid van het gebouwde bij het behoud van dit gedeelte geen enkel belang heeft, kan het onbillijk zijn dat hij genoegen zou moeten nemen met een schadeloosstelling voor een erfdienstbaarheid, waar die voor een volledige overdracht wellicht hoger zou uitvallen. Ook zal in een aantal gevallen, b.v. die waarin slechts zeer weinig over de grens gebouwd is, eigendomsoverdracht te prefereren zijn, omdat zij de eenvoudigste oplossing biedt. Men vergelijke in dit verband Duitsland 915.

De vordering tot legalisering als bedoeld in dit artikel zal dikwijls pas worden ingesteld, nadat de eigenaar van het gebouw of werk tot wegneming daarvan is gedagvaard. Hij zal dan die vordering in reconventie instellen bij zijn antwoord in conventie, opdat beide vorderingen tegelijk worden voldongen. De rechter kan voorkomen dat een in conventie uit te spreken veroordeling tot wegneming ten uitvoer wordt gelegd, voordat de eigenaar van het gebouw of werk gelegenheid heeft gehad de toewijzing van diens legalisatievordering te effectueren door aan deze veroordeling een termijn of een desbetreffende voorwaarde te verbinden. Intussen sluit het artikel geenszins uit dat de eigenaar van het gebouw of werk een vordering tot legalisatie geheel zelfstandig instelt om zich zekerheid te verschaffen dat in de toekomst uit de onrechtmatige toestand geen moeilijkheden zullen ontstaan.

Denkbaar is ook dat de eigenaar van het gebouw of werk, die bevoegd is zich op artikel 5.4.16 te beroepen, in plaats hiervan zich beroept op artikel 8 Inleidende titel; b.v. omdat hij de weg van artikel 5.4.16 te kostbaar acht. In dat geval zal de afweging bedoeld in artikel 8 (derde criterium) echter in de regel in zijn nadeel uitvallen, nu aan de gedaagde een wettelijke weg tot legalisering van de onrechtmatige toestand wordt geboden. Men diene overigens te bedenken dat de afwijzing van de vordering tot wegneming geen invloed heeft op het recht op schadevergoeding dat de eigenaar van het naburige erf ingevolge artikel 6.3.1 zal kunnen doen gelden, zij het ook dat niet zeker is of deze schadevergoeding steeds even hoog zal uitvallen als de schadeloosstelling van artikel 5.4.16. Men denke met name aan het geval dat de eigenaar van het erf, op wiens recht inbreuk gemaakt is, overdracht van een gedeelte daarvan kiest.

Ten einde de redactie van het aangevulde artikel niet onnodig gecompliceerd te maken, is het daarin ook in de oorspronkelijke redactie vermelde geval dat een gebouw of werk na verloop van tijd over andermans erf is gaan overhellen, overgebracht naar een nieuw tweede lid.

In het artikel wordt tenslotte niet langer geregeld het geval dat het gebouwde meer dan twintig jaren zonder verzet van de eigenaar van het andere erf op diens grond heeft gestaan. Dit geval wordt thans bestreken door het nieuwe artikel 3.11.15*a*, dat eveneens heeft geleid tot de hierboven reeds besproken schrapping van de oorspronkelijke artikelen 5.4.4 lid 2 en 5.4.12 lid 2.

Artikel 5.4.16a. Dit artikel is nieuw en hangt samen met het in artikel 702 B.W. bepaalde. De ondergetekende acht het wenselijk om evenals in laatstgenoemd artikel in het ontwerp een regeling op te nemen voor het geval dat door een dreigende instorting van een gebouw of werk een naburig erf in gevaar wordt gebracht. Dit gevaar kan zowel aanwezig zijn, wanneer het gebouw of werk uitsteekt boven het erf van een ander, als wanneer het gebouw of werk geheel gelegen is op het erf van degeen die het heeft aangebracht.

In beide gevallen kan gevorderd worden dat maatregelen genomen worden om de schade te voorkomen. Het is naar het oordeel van de ondergetekende niet nodig enige van deze maatregelen nog uitdrukkelijk te noemen, zoals dit is geschied in artikel 702 B.W.; alles zal afhangen van de bijzondere omstandigheden van het geval. Soms zal het stutten van het gebouw of werk dat dreigt in te storten voldoende zijn, in andere gevallen zal zelfs wegneming van het gevaarlijke gedeelte kunnen worden gevorderd.

Verder moge nog opgemerkt worden dat het niet noodzakelijk is dat beschadiging van het naburige erf van de instorting het gevolg zal zijn; voldoende is dat er voor de eigenaar als gevolg van de instorting ongemak ontstaat.

Artikel 5.4.17. De opmerkingen van de Commissie hebben de ondergetekende aanleiding gegeven de beginwoorden van het artikel te wijzigen. Thans wordt niet meer gesproken van „een werk", maar van „werkzaamheden", terwijl de woorden „een naburig erf te betreden" zijn gewijzigd in „van eens anders onroerende zaak gebruik te maken". Men zal het artikel dus ook kunnen inroepen, wanneer men bij het stutten van eigen bouw van eens anders gebouw gebruik wil maken door daartegen balken te plaatsen. Ook in dit geval kan dit gebruik uiteraard worden geweigerd wegens gewichtige redenen. Deze kunnen o.a. hier in bestaan dat het andere gebouw door het plaatsen van de balken gevaar zou lopen te worden beschadigd.

Artikel 5.4.18. De opmerking van J. Winsemius (N.J.B. 1957, p. 445) betreffende het geval dat het ingesloten erf zelf aan de openbare weg is gelegen, is voor de ondergetekende aanleiding geweest het eerste lid in die zin te wijzigen dat het artikel op dit punt niet van toepassing is. Ook voor het huidige recht wordt aangenomen dat de regeling van artikel 715 B.W. niets zegt over het recht van de eigenaar van een erf dat grenst aan een openbare weg of vaart, om op die weg of vaart te mogen uitwegen. (H.R. 15 maart 1937, N.J. 1937 no. 780; Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 202; Prof. mr. W. F. Prins in noot onder H.R. 2 febr. 1966, N.J. 1966, no. 415, in Ars Aequi 1966/67, p. 139, rechterkolom). Verder is ter verduidelijking het woord „water" in het eerste en vierde lid gewijzigd in „vaarwater". Alleen indien er een vaarwater is, heeft het vorderen van toegang hiertoe immers zin.

Het tweede lid is opgenomen naar aanleiding van de opmerking van enige leden dat een verandering van de bestemming van het erf, waarover de noodweg geduld moet worden, tengevolge kan hebben dat er een verzwaring ten opzichte van de oorspronkelijke toestand zou intreden. Thans volgt uit het tweede lid dat de rechter in zodanig geval de schadevergoeding die in een periodieke uitkering kan bestaan, achteraf kan verhogen.

De ondergetekende kan zich verder verenigen met de mening van andere leden dat de uitwegregeling zelfs aanvullend kan werken in het geval dat er reeds een noodweg door middel van een servituut tot stand is gekomen. Bestaat er in zo'n geval behoefte aan uitbreiding van het servituut, waartoe de eigenaar van het naburige erf niet wil meewerken, dan kan een beroep op artikel 18 worden gedaan, voor zover de bestaande uitweg niet als een „behoorlijke toegang" tot de openbare weg kan worden beschouwd. Ook kan het zijn dat b.v. een noodweg naar een openbaar vaarwater in de gegeven omstandigheden niet of niet meer als „behoorlijke toegang" kan gelden, zodat een noodweg naar een openbare weg gevorderd kan worden, of omgekeerd.

In de tweede zin van lid 2 (in het gewijzigd ontwerp lid 3) is ter verduidelijking het woord „uitweg" vervangen door „behoorlijke toegang".

Artikel 5.4.19. In antwoord op de in het voorlopig verslag bij dit artikel gestelde vraag, wijst de ondergetekende er op dat het artikel geen beperking kent, voor het geval de naburige erven bebouwd zijn. Ook dan kan er behoefte aan een noodwaterleiding bestaan. Zoals in de tweede alinea van de toelichting van het driemanschap bij het artikel wordt gezegd, zal moeten worden gestreefd naar een zo efficiënt mogelijke aanvoer die zo weinig mogelijk overlast geeft. Bij dit laatste zal uiteraard met de aanwezigheid van eventuele bebouwing rekening moeten worden gehouden. Tevens kan het feit dat de leiding een bestaande bebouwing geheel of ten dele moet kruisen, van invloed zijn op de hoogte van de schadevergoeding.

Artikel 5.4.20. Het eerste lid is aangevuld met de bepaling dat iedere eigenaar verplicht is de op zijn erf gelegen kant van het water, de sloot, de gracht of de watergang te onderhouden. Ook voor het huidige recht wordt dit aangenomen (Hof Amsterdam 24 november 1948, N.J. 1949, no. 612, W.P.N.R. 4157).

In het tweede lid is het woord „Hij" vervangen door „Iedere eigenaar".

Voorts is het derde lid aangepast aan de redactie van de vergelijkbare bepaling van artikel 3.7.1.2 lid 4. De in dit lid bedoelde afwijkende overeenkomst is een rechtshandeling die ingevolge artikel 3.1.2.2 lid 1 onder *a* in de openbare registers kan worden ingeschreven. Bij gebreke daarvan zullen rechtverkrijgenden die van de overeenkomst onkundig zijn, zich op artikel 3.1.2.7 lid 1 kunnen beroepen.

TITEL 5

Mandeligheid

Met instemming heeft de ondergetekende kennis genomen van de uitspraak waarmee de Commissie haar voorlopig verslag over titel 5.5 heeft ingeleid, namelijk dat deze titel een belangrijke vooruitgang oplevert ten opzichte van de huidige onoverzichtelijke situatie. Zoals in de inleidende opmerkingen van de toelichting bij deze titel is uiteengezet, is in het ontwerp de betekenis van de mandeligheid aanzienlijk groter dan in het huidige recht. Het geldende wetboek beperkt zich tot een regeling van mandeligheid van een aantal in het burenrecht genoemde zaken, zoals gemene scheidsmuren en andere grensscheidingen, regenbakken, putten en riolen. In een hoogst enkel geval heeft zich de vraag voorgedaan of mandeligheid ook buiten de in de geldende wet genoemde gevallen erkend mag worden (zie Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 208), maar aan een bevestigende beantwoording van die vraag op enigszins grote schaal is de praktijk niet toegekomen.

Veel ruimer is de opzet van het ontwerp. Volgens artikel 5.5.1 lid 1 kunnen eigenaars van twee of meer erven een onroerende zaak die hun gemeenschappelijk eigendom is, door haar tot gemeenschappelijk nut van die erven te bestemmen tot een mandelige zaak maken; deze mogelijkheid werd in het regeringsontwerp verder verruimd doordat de in het ontwerp van het driemanschap nog opgenomen eis van nabuurschap der erven is vervallen. Maar bovendien kunnen volgens het tweede lid gebouwen en werken, opgericht op een of meer der erven tot welker gemeenschappelijk nut zij worden bestemd, in afwijking van artikel 5.3.1 ex lege gemeenschappelijk eigendom en daarmee dan weer, ingevolge het eerste lid van artikel 5.5.1, een mandelige zaak worden. Hierbij kan nog worden opgemerkt dat bij het gewijzigd ontwerp dit artikel is herzien, waardoor het geen aanleiding geeft voor de veronderstelling dat vastlegging van de bestemming en inschrijving daarvan in de openbare registers voor het ontstaan van mandeligheid een constitutief vereiste zou zijn.

Deze regeling maakte het niet alleen mogelijk daarnaast het aantal artikelen voor bepaalde soorten mandelige zaken die als zodanig ex lege mandelig zijn, in het ontwerp tot een enkel (artikel 2) te beperken, doch heeft vooral ook het belangrijke gevolg dat onder het nieuwe wetboek in de praktijk aan de toepassing van de figuur van mandeligheid een grote uitbreiding zal kunnen worden gegeven. De toelichting noemt al met name speelplaatsen, dorsvloeren, weeginstellingen. Ook kunnen hier worden genoemd gemeenschappelijke parkeerplaatsen, fietsenstallingen, wandelparken, groenstroken, brandgangen tussen bospercelen en een achter een blok huizen aan te leggen gemeenschappelijke weg die naar de openbare straat leidt en waarop achteruitgangen van de erven dier huizen uitkomen. Men denke voorts aan een complex van bijvoorbeeld bejaardenwoningen, bestaande uit afzonderlijke woonhuizen en daarnaast een gemeenschappelijk gebouw voor recreatie of voor ziekenverpleging. Tot dusver pleegt men dan veelal gebruik te maken van de figuur van een coöperatieve vereniging, waaraan de eigendom van het gehele complex wordt toegekend, terwijl de bewoners als leden een persoonlijk gebruiksrecht, ieder van het door hen te bewonen huisje, krijgen. Als zakenrechtelijke regeling biedt de in titel 5.10 uit het geldende recht overgenomen splitsing in appartementsrechten goede mogelijkheden. Na de invoering van titel 5.5 van het nieuwe wetboek zal men daartoe echter ook een juridische constructie kunnen kiezen, waarbij de woonhuizen privé-eigendom zijn en het gemeenschappelijke gebouw tot een ten nutte van die erven bestemde mandelige zaak wordt gemaakt.

Mede naar aanleiding van hetgeen in het voorlopig verslag is opgemerkt, zijn bij het gewijzigd ontwerp in de regeling, voornamelijk ter verduidelijking, nog een aantal wijzigingen en aanvullingen aangebracht, die hierna bij de artikelen worden besproken.

Artikel 5.5.1, eerste lid. De formulering in het ontwerp van deze bepaling waarmee titel 5.5 aanvangt, zou wellicht kunnen leiden tot het misverstand dat zij een omschrijving geeft van de elementen van mandeligheid in alle gevallen waarin het nieuwe wetboek deze figuur kent. Blijkens de toelichting werd echter beoogd te bepalen dat er mandeligheid is in gevallen die aan de hier gegeven omschrijving beantwoorden, terwijl het ontwerp, met name in artikel 5.5.2, ook andere gevallen van mandeligheid kent, namelijk die aan dit laatste artikel beantwoorden.

Naar de mening van de ondergetekende komt het de duidelijkheid en overzichtelijkheid ten goede in een hiertoe enigszins gewijzigde formulering van artikel 1 lid 1 alleen te bepalen dat, wanneer een onroerende zaak die gemeenschappelijk eigendom is van de eigenaars van twee of meer erven door hen tot gemeenschappelijk nut van die erven wordt bestemd, mandeligheid ontstaat.

Tweede lid. In het gewijzigd ontwerp is de redactie van deze bepaling in tweeërlei opzicht gewijzigd en voorts aangevuld.

In de eerste plaats zegt de bepaling nu, in aansluiting aan de gewijzigde formulering van lid 1, dat het gebouw of werk gemeenschappelijk eigendom van de erfeigenaars *wordt*.

Het feit waardoor – in combinatie met het bestemmen tot gemeenschappelijk nut van de erven – het op een of meer dier erven opgerichte gebouw of werk gemeenschappelijk eigendom van de erfeigenaars wordt (en wel ingevolge lid 1 mandelige mede-eigendom) was in de redactie van het ontwerp aldus omschreven, dat de erfeigenaars „hebben bijgedragen in de kosten van oprichting". Naar de letter genomen zou hierin kunnen worden gelezen dat beslissend is of de erfeigenaars wel of niet een bijdrage in de kosten van oprichting de facto hebben voldaan. In de redactie van het gewijzigd ontwerp is verduidelijkt dat het, evenals wat het bestemmen van het gebouw of werk tot gemeenschappelijk nut van de erven betreft, gaat om een overeenkomst tussen de erfeigenaars, en wel om de kosten van oprichting gezamenlijk te dragen.

In het gewijzigd ontwerp is lid 2 aangevuld met de toevoeging „tenzij anders is bedongen" Wanneer b.v. bij de vestiging van een erfdienstbaarheid de eigenaar van het dienende erf op verlangen van de servituutgerechtigde instemt met de oprichting op zijn erf van een voor de uitoefening van het servituut noodzakelijk werk en partijen overeenkomen dat het werk mede ten nutte van het dienende erf zal worden gebruikt, alsmede dat zij deswege de kosten van oprichting gezamenlijk zullen dragen, kan het zeer wel zijn dat zij tevens bepalen dat het werk niettemin, overeenkomstig artikel 5.3.1, (uitsluitend) eigendom van de eigenaar van het dienende erf, hetzij omgekeerd krachtens een van de erfdienstbaarheid afhankelijk recht van opstal uitsluitend eigendom van de servituutgerechtigde zal zijn. Men vergelijke de uiteenzetting in deze memorie bij artikel 5.6.6.

Derde lid. De tweede zin van het oorspronkelijke lid 3 had betrekking op de vraag wanneer de mandeligheid van een in de vorige leden bedoelde zaak eindigt. Nu in het gewijzigd ontwerp de leden 1 en 2 van artikel 5.5.1 zo zijn geredigeerd dat zij alleen bepalen dat de zaak als gevolg van de daar omschreven feiten mandelig wordt, zijn omtrent het eindigen van aldus ontstane mandeligheid een aantal bepalingen opgenomen, en wel in een nieuw artikel 1*a*, dat ook het in de tweede zin van het oorspronkelijke artikel 1 lid 3 bepaalde vervangt.

De eerste zin van het oorspronkelijke lid 3, handelend over het blijken van de bestemming van de zaak ten gemeenschappelijke nutte van de erven, is in het gewijzigd ontwerp door een herzien derde lid van dit artikel vervangen.

De bedoeling van deze zin scheen te zijn dat als constitutief element voor het ontstaan van mandeligheid ingevolge artikel 1 niet alleen deze bestemming zelf werd geëist, maar ook hetzij een vastlegging van deze bestemming in een akte met in-

schrijving daarvan in de openbare registers, hetzij een feitelijke toestand waaruit van de bestemming komt te blijken. Men zie de toelichting van het driemanschap, met name het slot van de vijfde alinea van p. 420, waar artikel 3.4.2.4 wordt aangehaald. Dat artikel stelt voor het geval van overdracht van een onroerende zaak als constitutief vereiste een notariële akte, gevolgd door inschrijving. Hetzelfde geschiedt in de bepalingen van afdeling 3.4.2 die dat artikel van overeenkomstige toepassing verklaren; zie ook artikel 3.7.1.14 lid 3 (artikel 3.7.1.14*a* gewijzigd ontwerp), artikel 5.3.10 (in het gewijzigd ontwerp 5.3.10*a*) en de bepalingen van titel 5.10 betreffende splitsing in appartementsrechten, wijziging van een akte van splitsing en opheffing van een zodanige splitsing.

De vraag kan worden gesteld, of niettemin de eerste zin van het onderhavige lid van het in deze bepalingen vervatte stelsel bedoelde af te wijken. Het was anders geformuleerd („de bestemming moet blijken"). Voorts heeft blijkens het voorlopig verslag het ook de aandacht van de Commissie getrokken dat hier, anders dan in voormelde bepalingen, niet een *notariële* akte werd verlangd. En tenslotte nam – zoals gezegd – het onderhavige lid als alternatief voor akte en inschrijving genoegen met de eventuele omstandigheid dat de bestemming ten gemeenschappelijke nutte uit de feitelijke toestand blijkt.

De ondergetekende laat in het midden wat de ontwerpers op dit punt precies voor ogen stond, maar meent dat het geen aanbeveling verdient hier aansluiting bij artikel 3.4.2.4 en soortgelijke bepalingen te zoeken, Daar gaat het om rechtshandelingen als een overdracht, waarbij de strekking een recht geheel of ten dele op een ander te doen overgaan, vooropstaat. Van het bestemmen van een zaak tot gemeenschappelijk nut kan dat niet worden gezegd, al kan het als gevolg van het onderhavige artikel wèl een rechtshandeling zijn die verandering brengt in de rechtstoestand van een registergoed (de betreffende erven, c.q. de mandelige zaak) of voor die rechtstoestand van belang is. Ingevolge artikel 3.1.2.2 lid 1 aanhef en onder *a* kunnen zodanige rechtshandelingen in de openbare registers worden ingeschreven. De inschrijving is voor de rechtshandeling niet constitutief, maar wel volgt uit artikel 3.1.2.7 dat de rechtshandeling aan een daarvan onkundige verkrijger onder bijzondere titel niet tegengeworpen kan worden, wanneer zij op het ogenblik van zijn verkrijging niet in de openbare registers was ingeschreven. Te dezer zake valt te denken aan iemand die een zaak of een aandeel daarin wenst te verkrijgen zonder te weten dat zij mandelig is en achteraf verrast zou worden met een beroep op een alleen voor mandelige zaken geldende bepaling, zoals de artikelen 3, 4, 5 en 6 van de onderhavige titel. Ook voor de verkrijger van een der erven kan mandeligheid van een zaak in verband met die bepalingen een onwelkome verrassing opleveren.

De ondergetekende meent dat artikel 3.1.2.7 tegen dergelijke verrassingen voldoende waakt. Zou het nieuwe wetboek voor het ontstaan van mandeligheid vastlegging van de bestemming in een akte en inschrijving daarvan tot een constitutief vereiste maken, dan zou bij gebreke daarvan in het geheel geen mandeligheid ontstaan. Mandeligheid van andere zaken dan de in artikel 2 genoemde, waarvoor dat artikel speciale regels geeft, zou dan – buiten het geval dat de bestemming uit de feitelijke toestand blijkt – bij gebreke van vastlegging in een akte en inschrijving daarvan niet slechts niet kunnen worden tegengeworpen aan van de bestemming onkundige derde-verkrijgers onder bijzondere titel van de zaak of een der erven, maar ook niet kunnen worden ingeroepen *door* een derde-verkrijger, noch ook – waarop het toch in de eerste plaats aankomt – door en tegen de erfeigenaars die zelf de zaak tot gemeenschappelijk nut van hun erven hebben bestemd, en uiteraard evenmin aan hun rechtsopvolgers onder algemene titel. Daarmee zou de praktische betekenis van de in het nieuwe wetboek beoogde verruiming van de toepassing van de figuur van mandeligheid aanzienlijk geringer zijn.

Werd inschrijving niet slechts van een akte maar van een notariële akte verlangd, dan zou bovendien, in de gevallen dat de bestemming niet uit de feitelijke toestand blijkt, niet

alleen de toepassing van artikel 1 lid 1 minder voorkomen, maar artikel 1 lid 2 nauwelijks van enige betekenis zijn. Immers, bij vastlegging door de erfeigenaars in een in te schrijven notariële akte van hun bestemmingsovereenkomst zou het in één moeite doorgaan daarbij tevens gezamenlijk of over en weer een recht van opstal te vestigen om het gebouw of werk hun mede-eigendom te doen zijn.

In het gewijzigd ontwerp is er om deze redenen de voorkeur aan gegeven de onderhavige materie over te laten aan de regeling van afdeling 3.1.2, met name de artikelen 3.1.2.2 lid 1 onder *a* en 3.1.2.7.

Zoals reeds werd opgemerkt, zou opneming in artikel 5.5.1 van een bepaling die inschrijving in de openbare registers van afdeling 3.1.2 van de bestemming met het oog op artikel 3.1.2.7 *mogelijk* maakt, overbodig zijn naast artikel 3.1.2.2 lid 1 onder *a;* immers, de bestemming is een rechtshandeling die een verandering in de rechtstoestand van registergoederen brengt, althans voor die rechtstoestand van belang is.

Wel nodig te dezer plaatse is een bijzondere bepaling die voor het geval van een uit de feitelijke toestand kenbare bestemming afwijkt van de regel van artikel 3.1.2.7 lid 1, zoals deze in het gewijzigd ontwerp van Boek 3 is gepreciseerd. Dat artikel maakt op de regel dat een in de openbare registers inschrijfbaar rechtsfeit aan een verkrijger onder bijzondere titel niet kan worden tegengeworpen als het op het ogenblik van zijn verkrijging niet ingeschreven was, slechts een uitzondering voor het geval dat hij dat feit toen *kende*. Hiermede dient te dezer plaatse uitdrukkelijk het geval te worden gelijkgesteld dat het feit dat de in lid 1 of 2 van artikel 5.5.1 bedoelde zaak tot gemeenschappelijk nut van de erven werd bestemd, op dat in artikel 3.1.2.7 genoemde ogenblik uit de feitelijke toestand kenbaar was. Dit is bepaald in het nieuwe lid 3 dat bij het gewijzigd ontwerp voor de eerste zin van het oorspronkelijke in de plaats is gesteld.

Een voorbeeld van genoemd geval geeft de toelichting op p. 420 in de vijfde alinea bij artikel 5.5.1: een op de grens van de twee erven staand gebouw met een toegang of deur aan beide zijden. Als andere voorbeelden kunnen worden genoemd: een parkeerplaats met opritten naar elk der erven, een antennemast met kabelverbinding naar elk der erven. Evenals in het voorbeeld van de toelichting, kunnen zich onder deze laatste voorbeelden gevallen van artikel 1 lid 2 voordoen, in het bijzonder wanneer het werk (bestrating of asfaltering van de parkeerplaats, doorlopend op de opritten; de antennemast) zich juist op de grens tussen de erven bevindt. Bekendheid met de bestemming van een gebouw of werk dat zich op de grens, derhalve op beide erven bevindt, levert immers een krachtig vermoeden op van de kennis dat het op kosten van de erfeigenaars aangebracht, dus hun gemeenschappelijk eigendom geworden is. Dat zo'n gebouw of werk overeenkomstig artikel 5.3.1 voor een stuk eigendom van de ene erfeigenaar, voor het andere van de andere erfeigenaar zou zijn, ware namelijk een zo vreemde veronderstelling, dat de rechtverkrijgende daar niet van kan zijn uitgegaan.

Artikel 5.5.1a. In dit nieuwe artikel, hierboven aangekondigd bij lid 3 van artikel 5.5.1, geeft het gewijzigd ontwerp enige regels betreffende het eindigen van mandeligheid die ingevolge artikel 5.5.1 lid 1, c.q. lid 2, is ontstaan.

Eerste lid. Dit noemt drie gevallen waarin mandeligheid die ingevolge artikel 1 ontstaan is, eindigt. In de bepaling onder *c* is de tweede zin van het oorspronkelijke artikel 1 lid 3 verwerkt. De formulering houdt nu rekening met de mogelijkheid dat de mandeligheid al door een andere oorzaak is geëindigd voordat het nut van de zaak voor alle erven eindigt.

Hierboven werd al opgemerkt dat, nu in het gewijzigde ontwerp artikel 5.5.1 zo is geredigeerd dat het uitsluitend gevallen van ontstaan van mandeligheid beschrijft, in titel 5.5 ook andere oorzaken van beëindiging van de mandeligheid van ingevolge dat artikel mandelig geworden zaken uitdrukkelijk vermeld dienen te worden. Dit geldt met name de in artikel 1*a* lid 1 onder *a* en *b* genoemde oorzaken van beëindiging.

De bepaling onder *a* spreekt voor zichzelf. Wat die onder *b* betreft: zoals artikel 1 het ontstaan verbindt aan een overeenkomst van de erfeigenaars die de zaak tot gemeenschappelijk nut van de erven bestemt, zo dient ook tot uitdrukking te worden gebracht dat het dientengevolge aan de mede-eigendom van de zaak toekomende karakter van mandeligheid daaraan ook bij overeenkomst van de mede-eigenaars kan worden ontnomen.

Opgemerkt wordt nog dat artikel 1*a* lid 1, van de oorzaken van beëindiging van ingevolge artikel 1 ontstane mandeligheid er drie noemend, geen limitatieve opsomming beoogt. Andere oorzaken kunnen zich ook voordoen; zo wanneer de overeenkomst van bestemming tot gemeenschappelijk nut van de erven een ontbindende tijdsbepaling of voorwaarde bevatte en deze wordt vervuld.

Tweede lid. Hierboven bij het derde lid van artikel 1 is het door bestemming ontstaan zijn van mandeligheid besproken in verband met artikel 3.1.2.7. Aandacht verdient dat ook een bewering dat mandeligheid die ingevolge artikel 1 is ontstaan, inmiddels door enigerlei oorzaak is geëindigd, voor een verkrijger onder bijzondere titel van de zaak of een der erven een onaangename verrassing kan opleveren, waartegen artikel 3.1.2.7 hem beschermt als hij die oorzaak niet kende, noch ook door raadpleging van de registers zou hebben gekend. De in artikel 1*a* lid 1 onder *a* en *b* genoemde oorzaken moeten of kunnen met toepassing of overeenkomstige toepassing van de artikelen 3.4.2.4, 3.7.1.14*a* lid 2 en 3.1.2.2 lid 1 onder *a* of *b* in de openbare registers worden ingeschreven; wat de vervulling van een voorwaarde of tijdsbepaling betreft zie men artikel 3.1.2.2 lid 1 onder *c*.

Maar in de inschrijfbaarheid van de in het onderhavige artikel, lid 1, onder *c*, genoemde oorzaak – het einde van het nut van de zaak voor alle erven – dient nog te worden voorzien. Dit geschiedt in lid 2 van het onderhavige artikel.

Artikel 5.5.2. In het voorlopig verslag is de vraag gesteld of niet in beide leden van dit artikel kan worden volstaan met „is mandelig", met weglating van de bepaling dat een scheidsmuur onder de beschreven omstandigheden gemeenschappelijk eigendom is. Naar de mening van de ondergetekende zou dit de duidelijkheid niet ten goede komen.

Inderdaad is mandeligheid een vorm van mede-eigendom waarop als zodanig de regels van de titel Gemeenschap van Boek 3 (titel 3.7) van toepassing zijn, maar waarvoor titel 5.5 ter aanvulling en ten dele in afwijking daarvan bijzondere bepalingen bevat. Gemeenschappelijke eigendom ontstaat in het algemeen overeenkomstig de regels van titel 3.4. Maar zoals artikel 5.5.1 lid 2 een bijzondere bepaling bevat die een daarin genoemd gebouw of werk als gevolg van een daar omschreven overeenkomst buiten de algemene regels om en in afwijking van artikel 5.3.1 gemeenschappelijk eigendom, en wel ingevolge lid 1 van dat artikel, mandelige mede-eigendom doet worden, zo bevat artikel 5.5.2 bijzondere bepalingen omtrent de hier genoemde zaken die als zodanig ex lege mandelig zijn. Zodra een scheidsmuur aan de in lid 1, onderscheidenlijk lid 2 gegeven omschrijving voldoet, is hij daardoor van rechtswege, buiten de algemene regels om en in afwijking van artikel 5.3.1, mede-eigendom, en wel mandelige mede-eigendom. De in het onderhavige artikel geregelde gevallen van mandeligheid staan naast die waarin mandeligheid ingevolge artikel 5.5.1 ontstaat. Zij behoeven afzonderlijke regeling, omdat in deze gevallen, anders dan krachtens artikel 5.5.1, èn de mede-eigendom èn de vorm van mandeligheid van deze mede-eigendom ontstaan zonder dat hieraan een overeenkomst tussen de erfeigenaars, houdende bestemming tot gemeenschappelijk nut van de erven, te pas komt.

Berust de rechtstoestand dat een scheidsmuur, hek of heg gemeenschappelijk eigendom en mandelig is, op het in artikel 2 lid 1 of lid 2 bepaalde en komt een der daarin beschreven omstandigheden te vervallen, dan eindigt die rechtstoestand.

Artikel 1*a*, bepalende dat de daarin genoemde feiten mandeligheid doen eindigen, geldt hier niet, zoals uit de redactie

van dat artikel blijkt. Wel zal de ingevolge artikel 2 lid 1 bestaande mede-eigendom en mandeligheid van een zich buiten aaneengebouwde gedeelten van een gemeente bevindende losse muur, hek of heg uiteraard eindigen, wanneer de ene mede-eigenaar zijn aandeel daarin aan de ander overdraagt (artikel 5.5.6), ook al blijft de grens van hun erven er in de lengterichting onderdoor lopen. Degene die het aandeel verkrijgt kan er dan op toezien dat hem bij de overdracht van het aandeel een beperkt recht op het erf van de overdrager wordt verleend, dat hem bevoegd maakt zijn tot enig eigendom geworden muur, hek of heg ter plaatse te laten staan als hij deze niet wil slechten en de overdrager van het aandeel niet meteen een strookje van diens erf wil overdragen, hetgeen de eenvoudigste oplossing zou zijn.

Bij het gewijzigd ontwerp zijn in de redactie van lid 1 alsnog achter „twee erven" de woorden „die aan verschillende eigenaars toebehoren" ingevoegd, in navolging van de redactie van lid 2, ten einde de indruk te vermijden dat de twee bepalingen in dit opzicht van elkaar verschillen.

Artikel 5.5.3. Het zou naar de mening van de ondergetekende niet juist zijn in deze bepaling (in het gewijzigd ontwerp het eerste lid van dit artikel) te spreken, van „de erven, bedoeld in artikel 1, eerste lid", zoals in het voorlopig verslag is geopperd. Artikel 3 stelt een regel voor alle gevallen van mandeligheid, niet alleen voor die waarin zij ingevolge artikel 1 van deze titel is ontstaan, maar met name ook voor mandeligheid van een scheidsmuur krachtens artikel 2 lid 1 of lid 2. Invoeging van het woord „betrokken" is zijns inziens overbodig; ook de overige artikelen van deze titel spreken kortweg van „de erven", zonder dat dit de duidelijkheid schaadt.

In het oorspronkelijk ontwerp bevatte artikel 3.7.1.9 lid 5 een bepaling die een vordering tot verdeling van een mandelige zaak uitsloot, maar die bij het gewijzigd ontwerp van Boek 3 is geschrapt. In de tweede alinea van de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer (Zitting 1970–1971 – **3770,** p. 211) is bij artikel 3.7.1.9 gesteld dat het in lid 5 van dat artikel bepaalde voor een mandelige zaak al volgt uit titel 5.5. Inderdaad ligt in artikel 5.5.3 (lid 1) opgesloten dat een mandelige zaak niet los van de eigendom der erven kan worden verdeeld, noch door toedeling van de zaak of een gedeelte daarvan aan een deelgenoot, eigenaar van een der erven, noch door verkoop en verdeling van de opbrengst. In het gewijzigd ontwerp van titel 5.5 is nu duidelijkheidshalve de consequentie dat een vordering tot verdeling van een mandelige zaak uitgesloten is, als een aan artikel 5.5.3 toegevoegd lid 2 met zoveel woorden opgenomen.

Artikel 5.5.4. De ondergetekende zou in de omschrijving van de toegang van iedere mede-eigenaar tot de mandelige zaak geen beperkingen willen opnemen. Ook wanneer deze zaak zich geheel bevindt op het erf van een der mede-eigenaars behoort zij in beginsel steeds ook voor de overigen toegankelijk te zijn, zonder dat zij tot opgave van redenen gehouden zijn. Wel zullen zij bij de uitoefening van deze bevoegdheid, zoals in het gewijzigd ontwerp van Boek 3 tot uitdrukking is gebracht, zich ingevolge artikel 3.7.1.1 lid 3 j° artikel 6.1.1.2 overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid moeten gedragen, gelijk de mede-eigenaars van een mandelige zaak daartoe jegens elkander ook verplicht zijn bij de uitoefening van hun bevoegdheid tot mede-gebruik van de mandelige zaak ten nutte van de erven. Zie ook de tweede alinea van deze memorie bij artikel 5.5.8*a*.

Artikel 5.5.5. Zoals in het voorlopig verslag is opgemerkt, zegt dit artikel zelf niets omtrent de norm voor de kostenomslag. De toelichting verwijst naar de algemene bepalingen van de titel Gemeenschap in Boek 3 en vermeldt dat uit die bepalingen volgt dat ieder der mede-eigenaars, behoudens een afwijkende regeling, evenveel moet bijdragen. Zij moeten namelijk ingevolge artikel 3.7.1.4 tot uitgaven in het belang van de gemeenschap, waartoe bevoegdelijk is besloten, in beginsel bijdragen in evenredigheid van hun aandelen in de gemeenschappelijke zaak en volgens artikel 3.7.1.1 lid 2 zijn deze

aandelen onderling gelijk, tenzij uit de rechtsverhouding der deelgenoten een andere verhouding hunner aandelen voortvloeit.

Zoals de aanhef van artikel 3.7.1.4 vermeldt, kan van de in dat artikel aangewezen wettelijke maatstaf voor de verdeling van de uitgaven worden afgeweken door een regeling die krachtens artikel 3.7.1.2 kan worden vastgesteld bij een overeenkomst van de deelgenoten of, voor zover een overeenkomst ontbreekt, op verzoek van de meest gerede partij door de boedelrechter. Uiteraard behoort de boedelrechter tot het bepalen van een verdeelsleutel die van de in artikel 3.7.1.4 gegeven wettelijke maatstaf afwijkt, slechts over te gaan indien en voor zover dit naar zijn oordeel onder de gegeven omstandigheden door de billijkheid wordt geboden.

Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat deze bevoegdheid van de boedelrechter rechtstreeks voortvloeit uit de genoemde algemene regels van de titel Gemeenschap. Het in het voorlopig verslag aangehaalde artikel 5.5.8*a* voegt – zoals in de memorie van toelichting bij dat artikel is vermeld – aan die algemene regels om twijfel te voorkomen slechts toe dat als het om een mandelige zaak gaat, een krachtens artikel 3.7.1.2 door de mede-eigenaars of de boedelrechter vastgestelde regeling ook kan afwijken van de in artikel 5.5.8*a* genoemde, op die zaak toepasselijke, artikelen van titel 5.5; met name dus ook van de in artikel 5.5.5 lid 1 aan de mede-eigenaars van een mandelige zaak wettelijk opgelegde verplichting, ertoe mee te werken dat de zaak ook, zo nodig, op aller kosten wordt vernieuwd.

Artikel 5.5.6. Dit artikel kent de mogelijkheid dat een mede-eigenaar van een mandelige zaak, buiten de in het laatste lid uitgezonderde gevallen, zijn aandeel in de zaak aan de overige mede-eigenaars overdraagt, los van de eigendom van zijn erf.

Deze mogelijkheid houdt een afwijking in van de in artikel 5.5.3 lid 1 gestelde regel dat het mede-eigendomsrecht op een mandelige zaak niet kan worden gescheiden van de eigendom van het erf van de mede-eigenaar. Zij werd in het oorspronkelijke lid 1 van het onderhavige artikel geformuleerd en door het driemanschap toegelicht als een bevoegdheid die een mede-eigenaar van een mandelige zaak in staat stelt zich te bevrijden van de lasten van onderhoud enz. die krachtens artikel 5 op ieder der mede-eigenaars rusten. De in het ontwerp gekozen formulering riep de vraag op of deze van genoemde regel afwijkende overdracht aan de overige mede-eigenaars, los van de eigendom van het erf van de overdrager, alleen toelaatbaar is als hij daarmee *ten doel* heeft zich van die lasten te bevrijden.

Naar de mening van de ondergetekende bestaat voor een zodanige beperking in het algemeen geen afdoende reden. Voorts zou bij vermelding van dat doel in de akte van overdracht als titel hiervan de werkelijkheid van deze beweegreden moeilijk verifieerbaar zijn en zouden de mede-eigenaars in de gevallen van mandeligheid, ontstaan ingevolge artikel 5.5.1, de beperking ook eenvoudig kunnen omzeilen door gelijktijdige opheffing van de bestemming van de zaak tot gemeenschappelijk nut van hun erven en een hernieuwde bestemming van de zaak tot gemeenschappelijk nut van de erven der overblijvende mede-eigenaars.

Het artikel houdt volgens de toelichting echter ook, en in het bijzonder, in dat wanneer een mede-eigenaar zijn aandeel wil afstaan aan de overige mede-eigenaars, dezen verplicht zijn om aan een daartoe strekkende overdracht – ingevolge artikel 3.4.2.4 j° artikel 3.4.2.7*b* (dat in het gewijzigd ontwerp van Boek 3 voor het oorspronkelijke artikel 3.7.1.8 lid 3 in de plaats is gekomen) een meerzijdige rechtshandeling – hun medewerking te verlenen, indien zijn wil om tot deze afstand over te gaan gegrond is op de lasten van onderhoud enz. die hem krachtens artikel 5.5.5 zouden te wachten staan.

Bovenstaande overwegingen hebben er toe geleid het oorspronkelijke eerste lid van artikel 6 te splitsen in twee nieuwe leden.

Het nieuwe lid 1 brengt tot uitdrukking dat in afwijking van de regel van artikel 3 lid 1 het aandeel van een mede-eigenaar in een mandelige zaak steeds ook los van zijn erf aan de overige mede-eigenaars kan worden overgedragen.

In het nieuwe lid 2 wordt nu met zoveel woorden bepaald dat de overige mede-eigenaars verplicht zijn tot een zodanige overdracht hun medewerking te verlenen, maar onder de beperking dat zij hiertoe slechts gehouden zijn, indien een mede-eigenaar tot de overdracht wil overgaan uit hoofde van de lasten van onderhoud, reiniging, vernieuwing en ruiming; men vergelijke de redactie van artikel 3.8.21*a* betreffende afstand door een vruchtgebruiker van zijn recht.

De in het nieuwe lid 2 voorkomende woorden „in de toekomst" houden, evenals de oorspronkelijke formulering van het artikel, er rekening mee dat een mede-eigenaar, door de overigen tot medewerking aan de overdracht te nopen, zich alleen voor de toekomst van de lasten van onderhoud enz. kan bevrijden.

Uit het oorspronkelijke eerste lid is in het nieuwe lid 2 voorts overgenomen dat de overdrager, om aanspraak op medewerking van de overige mede-eigenaars te kunnen maken, hun zo nodig een of meer beperkte rechten moet verlenen, waardoor zij met betrekking tot de mandelige zaak hun rechten kunnen blijven uitoefenen. Het nieuwe lid 2 spreekt echter niet slechts van erfdienstbaarheden, doch van een recht van opstal of erfdienstbaarheden. Bevindt de mandelige zaak zich op een erf van de overdrager, dan zal immers de verlening van een recht van opstal op dat erf de aangewezen oplossing zijn, al kan het ook in dat geval wenselijk zijn dat hij hun bovendien een of meer erfdienstbaarheden verleent om te waarborgen dat de zaak voor hen behoorlijk bereikbaar blijft.

Lid 3 van het herziene artikel is gelijk aan het oorspronkelijke lid 2, behalve dat in de aanhef nu gesproken wordt van: De vorige leden.

Artikel 5.5.8.a. Bij het gewijzigd ontwerp is de opsomming in dit artikel van bepalingen van titel 5.5, waarvan bij een door de mede-eigenaars of de boedelrechter getroffen regeling kan worden afgeweken, aangevuld met de bepaling van artikel 6 die in het gewijzigd ontwerp naar artikel 6 lid 2 is verplaatst. Naar de mening van de ondergetekende kan er in de praktijk behoefte aan bestaan dat ook de volgens die bepaling aan iedere mede-eigenaar toekomende bevoegdheid om eigenmachtig uit te treden, bij een regeling, hetzij vastgesteld door partijen hetzij door de boedelrechter, wordt uitgesloten of beperkt. Een hiertoe strekkende overeenkomst zal veelal haar doel missen als ze niet mede voor de rechtsopvolgers der mede-eigenaars verbindend is. Men denke bij voorbeeld aan een mandelige zaak, zoals een gemeenschappelijk recreatiecentrum, die op den duur door veroudering of slijtage aan een kostbare vernieuwing toe zal zijn. Enerzijds kan met het oog daarop van artikel 5.5.5 worden afgeweken, maar anderzijds kan het nu ook juist gaan om een zaak welker nut althans voor een aantal erven bezwaarlijk zal kunnen worden gemist. Is deswege van artikel 5.5.5 niet afgeweken, dan zou een eigenmachtig uittreden van sommige mede-eigenaars tegen de tijd dat de vernieuwing nodig wordt, de overgeblevenen in de impasse brengen dat zij alleen voor de hoge vernieuwingskosten zullen komen te staan maar onderling niet te vinden zullen zijn voor een eenstemmig besluit tot opheffing van de bestemming van de zaak om haar te kunnen liquideren. In deze situatie kan een regeling van de boedelrechter uitkomst brengen.

De opsomming in artikel 5.5.8*a* is bij het gewijzigd ontwerp ook aangevuld met een vermelding van artikel 4 van deze titel. Ook omtrent de verplichting van iedere mede-eigenaar jegens de overigen om hun toegang tot de mandelige zaak te geven kunnen nadere, ook beperkende, bepalingen in een overeenkomstig artikel 3.7.1.2 getroffen regeling worden opgenomen.

De in het voorlopig verslag gemaakte bezwaren tegen de redactie van artikel 8*a* hebben voorts aanleiding gegeven, de formulering van het artikel nader te overwegen en deze bij

het gewijzigd ontwerp te herzien ten einde de in de memorie van toelichting aangegeven strekking van het artikel duidelijker te doen spreken. Waar het op aankomt is niet alleen dat een van de vermelde bepalingen afwijkende regeling kan worden getroffen, maar dat terzake het in de verschillende leden van artikel 3.7.1.2 bepaalde toepasselijk is. In de nieuwe formulering zijn de in het voorlopig verslag tegen de oorspronkelijke redactie ingebrachte bezwaren ondervangen.

Met betrekking tot de hierboven besproken, nu mede in artikel 8*a* opgenomen mogelijkheid tot afwijking van artikel 6 lid 2 merkt de ondergetekende, wat een regeling door de boedelrechter betreft, nog op dat deze er niet licht toe zal overgaan op verzoek van sommige mede-eigenaars de wettelijke bevoegdheid van artikel 6 lid 2 geheel uit te sluiten. Eer valt te denken aan enigerlei beperking van die bevoegdheid, al dan niet in samenhang met de vaststelling of wijziging van een van artikel 5 afwijkende regeling. Evenzeer kan er behoefte aan bestaan dat de boedelrechter een bestaande, door wijziging van omstandigheden niet meer passende, uitsluiting of beperking van de bevoegdheid van artikel 6 lid 2 opheft of herziet.

TITEL 6

Erfdienstbaarheden

Artikel 5.6.1. Met de Commissie is de ondergetekende van oordeel dat de omschrijving in artikel 1 van hetgeen waaraan moet zijn voldaan, wil sprake kunnen zijn van een erfdienstbaarheid, een grotere betekenis heeft verkregen, doordat het ontwerp niet de omschrijvingen van specifieke servituut-gevallen kent, die in ons huidige B.W. te vinden zijn. In verband met de door het ontwerp gekozen opzet van een gesloten stelsel van de beperkte zakelijke rechten, brengt de omschrijving van artikel 1 tezamen met die van de andere in de Boeken 3 en 5 geregelde beperkte rechten die op een zaak kunnen rusten, mee dat een recht dat niet aan een van deze omschrijvingen voldoet, niet als een zakelijk recht beschouwd kan worden. Het verheugt de ondergetekende dat de meerderheid van de Commissie zowel dit gesloten stelsel als artikel 1 in beginsel kon aanvaarden.

De bovenbedoelde meerderheid van de Commissie heeft in overweging gegeven om in de omschrijving van het eerste lid het element van de naburigheid van heersend en dienend erf op te nemen. Zou dit niet geschieden, dan zou – aldus bedoelde leden – iemand die in een bepaald dorp een smederijbedrijf heeft, een aantal erfdienstbaarheden kunnen vestigen waardoor – bij wijze van spreken – in dat dorp niemand anders een dergelijk bedrijf zou kunnen uitoefenen, nl. wanneer de bedoelde smid een servituut tot het niet uitoefenen van een smederijbedrijf zou bedingen ten laste van alle voor een smederijbedrijf in het bedoelde dorp geschikte terreinen. Men opperde de mogelijkheid dat deze constructie zelfs zou worden gebezigd in het kader van een saneringsstreven.

De ondergetekende meent dat het opnemen in artikel 1 lid 1 van een eis van naburigheid van de beide erven geen aanbeveling verdient, omdat zulks de mogelijkheid tot het vestigen van erfdienstbaarheden te zeer aan banden zou leggen. Hij wil voorop stellen dat het hem weinig waarschijnlijk voorkomt dat iemand die een bepaald bedrijf uitoefent, de weg zou bewandelen waaraan in het voorlopig verslag werd gedacht. Niet alleen dat het volgen van deze weg uiterst kostbaar en in de praktijk zelden te verwezenlijken zou zijn, bovendien geeft dit niet licht de gewenste zekerheid, omdat er meestal terreinen zijn die aanvankelijk niet voor het bedrijf geschikt waren, maar die het later wel kunnen worden. Voorts brengt de ondergetekende in herinnering dat de betrokkene in het huidige recht als onder het nieuwe wetboek zijn voormelde doel ook met andere middelen zou kunnen nastreven, nl. door middel van ketting-bedingen, waarvoor geen beperkingen gesteld zijn, of door het bedingen van verplichtingen als bedoeld in artikel 6.5.3.4 die, mits ingeschreven in de registers, overgaan op de verkrijgers onder bijzondere titel van het goed ten aanzien waarvan zij zijn overeengekomen. Ook bij de laatste bepaling is geen beperking als in het voorlopig verslag gesuggereerd opgenomen. Een dergelijke beperking zou trouwens ook ernstig afbreuk doen aan het doel van deze bepaling, nl. het bieden van redelijk alternatief van het thans gebruikelijke ketting-beding. De ondergetekende ontveinst zich niet dat aan het op ruime schaal toelaten zowel van erfdienstbaarheden als van de kwalitatieve verplichtingen van artikel 6.5.3.4 gevaren verbonden zijn. Hij meent echter dat niet moet worden gepoogd deze gevaren te keren door beperkingen van de mogelijkheid om deze figuren tot stand te brengen. Het bezwaar kan worden ondervangen door bepalingen die de rechter een bevoegdheid geven in te grijpen in gevallen dat dergelijke gevaren zich in concreto verwezenlijken. Men zie de artikelen 5.6.8 en 6.5.3.12. Ook een ontwikkeling als in het voorlopig verslag gevreesd kan, zo zij zich ooit zou voordoen, op deze wijze binnen redelijke grenzen worden gehouden.

Wat de vraag betreft of het wenselijk is dat erfdienstbaarheden worden gevestigd op terreinen die wellicht op kilometers

afstand gelegen zijn van het heersende erf, is de ondergetekende in tegenstelling tot bedoelde leden van de Commissie van oordeel dat een dergelijke figuur niet onder alle omstandigheden als een denaturering van het begrip erfdienstbaarheid kan worden beschouwd. Men denke aan een verbod, ten behoeve van een op grote afstand gelegen heersend erf, opgelegd aan een fabriek als dienend erf, om gassen in de lucht of stoffen in een rivier te lozen, die speciaal voor het heersende erf nadelig zijn. Ook is denkbaar een erfdienstbaarheid ten behoeve van een waterleiding- of energiebedrijf als heersend erf, die mede op grote afstand gelegen dienende erven verplicht tot het dulden van leidingen in, op of boven de grond. Daarbij komt dat het naburigheidsvereiste een zeer vage maatstaf oplevert, die weinig geschikt is aan de praktijk voldoende houvast te geven en zo gemakkelijk tot moeilijkheden kan leiden. In de moderne wetboeken is een dergelijk vereiste dan ook niet te vinden. Men vergelijke Duitsland 1018, Zwitserland 730, Italië 1027 en Griekenland 1118.

Verdient het derhalve geen aanbeveling de eisen waaraan een erfdienstbaarheid moet voldoen, in de boven bedoelde zin te verzwaren, tevens bestaat naar het oordeel van de ondergetekende om vergelijkbare redenen bezwaar tegen de aanvankelijk in artikel 1 lid 1 van het ontwerp gestelde eis dat het nut van het heersende erf naar zijn aard of bestemming aan zijn eigenaar kan verschaffen, door de erfdienstbaarheid wordt verhoogd. Voorop gesteld dient te worden dat dit nutsvereiste in het huidige recht (waarin het overigens alleen maar wordt gesteld voor de niet uitdrukkelijk in de wet geregelde servituten) tot bedenkelijke rechtsonzekerheid aanleiding heeft gegeven. Deze rechtsonzekerheid is zeker niet weggenomen na het arrest van de Hoge Raad van 28 juni 1957, N.J. 1957 no. 495 (men vergelijke de noot van Van Opstall, Ars Aequi 1957/1958 p. 19 en Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 224). Ook de Commissie is op deze onzekerheid gestuit in verband met de door haar besproken vraag, of een gemeente een erfdienstbaarheid kan bedingen ten behoeve van een openbare straat als heersend erf. Dit voorbeeld is gemakkelijk met andere aan te vullen. Kan b.v. ten behoeve van een woonhuis een servituut worden gevestigd, volgens welke de eigenaar het recht zal hebben op de naburige tennisbaan te tennissen? Pitlo (Zakenrecht, 5e druk, p. 242) beantwoordt deze vraag ontkennend, maar acht een dergelijk servituut wel mogelijk, wanneer het bedongen is ten behoeve van een (eerste klas) hotel. De reden van dit onderscheid is echter allerminst duidelijk. Men kan nl. zeer goed volhouden dat het nut van een woonhuis niet slechts bestaat in het verschaffen van eet- en slaapgelegenheid aan zijn bewoners, maar ook dient als milieu van ontspanning, zodat het nut van het woonhuis wordt verhoogd, doordat aan de eigendom verbonden is het recht op een naburige tennisbaan te mogen tennissen.

Het is – gegeven deze voorbeelden – dan ook begrijpelijk dat Prof. J. C. van Oven de heersende leer bestreden heeft met het argument dat deze tot gekunstelde en onheldere onderscheidingen leidt, waarover bovendien allerminst eenstemmigheid bestaat (W.P.N.R. 1984-1986).

Het nutsvereiste is in het oorspronkelijk ontwerp gehandhaafd met de overweging dat, zolang de wetgever niet toelaat dat een erfdienstbaarheid wordt gevestigd ten behoeve van een bepaalde persoon, er geen reden is om toe te staan dat zij wordt gevestigd ten behoeve van de persoon die de toevallige kwaliteit heeft van eigenaar van een bepaald perceel. Men zie de toelichting van het driemanschap, p. 425, waar tevens wordt gezegd dat de zaak weer anders ligt wanneer deze persoon juist in die kwaliteit nut van de erfdienstbaarheid heeft. Deze motivering heeft evenwel aan kracht ingeboet door het sindsdien gereed gekomen ontwerp van Boek 6. In artikel 6.5.3.4 wordt daar – ter vervanging van de in de huidige praktijk gebruikelijke kettingbedingen – de mogelijkheid geopend om bij overeenkomst kwalitatieve verplichtingen op de rechthebbende op een registergoed te leggen. Deze verplichtingen kunnen – mits ingeschreven in de registers – in werking een erfdienstbaarheid nabij komen, zonder dat daarbij enig ver-

band ten aanzien van een ander erf wordt geëist. Daarbij past niet in de onderhavige titel voor een zodanig verband zeer strikte eisen te stellen.

Daarnaast verdient aandacht dat het schrappen van het nutsvereiste geenszins meebrengt dat ieder verband tussen heersend en dienend erf zou mogen ontbreken, zodat het inderdaad op een „toevallige" kwaliteit van eigenaar zou aankomen. Artikel 1 lid 1 van het gewijzigd ontwerp blijft immers eisen dat de erfdienstbaarheid bestaat in een last, waarmee een onroerende zaak *ten behoeve van een andere onroerende zaak* is bezwaard. Dit houdt in dat de eigenaar van het heersend erf als zodanig enig voordeel van het servituut moet hebben bij het gebruik van zijn erf. Dit voordeel behoeft echter niet van dien aard te zijn dat het het nut dat het heersende erf naar zijn aard of bestemming aan zijn eigenaar kan verschaffen, in objectieve zin verhoogt. Voldoende is dat de eigenaar van het heersende erf de erfdienstbaarheid als een voordeel bij het gebruik van zijn erf beschouwt, b.v. omdat zijn *persoonlijk* genot erdoor verhoogd wordt (zie Planiol-Ripert-Boulanger II, no. 3081, die de mogelijkheid erkent van een erfdienstbaarheid „établie seulement pour le simple agrément du fonds dominant").

Aldus opgevat brengt de schrapping van het nutsvereiste in artikel 1 lid 1 een verruiming die in de lijn ligt van de ontwikkeling die eerder leidde tot het in het voorlopig verslag aangehaalde z.g. rijwielstallingarrest (H.R. 28 juni 1957, N.J. 1957 no. 495). Dat een zodanige verruiming aan practische behoeften tegemoet komt kan mede blijken uit de in het voorlopig verslag geciteerde kanttekening uit het rapport van de Nederlandse Gemeenten betreffende de mogelijkheid om ten behoeve van de openbare straat als heersend erf servituten te vestigen die aan de gemeente een zekere zeggenschap over de bebouwing van de aangrenzende erven geven. Door de schrapping van het nutsvereiste staat aan deze mogelijkheid niets meer in de weg. De uitspraak van het Hof te Leeuwarden van 9 maart 1949, N.J. 1950 no. 105, zal bij de thans voorgestelde redactie in het nieuwe recht derhalve geen betekenis meer hebben.

Een bezwaar dat men tegen schrapping van het nutsvereiste zou kunnen aanvoeren, is dat hierdoor het gevaar zou kunnen ontstaan van een te grote uitbreiding van de mogelijkheid tot het vestigen van erfdienstbaarheden. Dit zou strijdig kunnen zijn met het algemeen belang, speciaal op grond van overwegingen inzake de ruimtelijke ordening. Niet te ontkennen valt dat het in een zeer dichtbevolkt land als het onze, waar grond een van de meest schaarse goederen is, op den duur een belemmering voor een verdere uitgroei der samenleving kan betekenen, indien op grote schaal servituten zouden worden gevestigd die een optimaal gebruik van de grond zouden verhinderen. De ondergetekende is van mening dat hier hetzelfde geldt als boven is opgemerkt naar aanleiding van het in het voorlopig verslag aan de orde gestelde naburigheidsvereiste. Enerzijds zijn eisen als hier bedoeld weinig geschikt om het voormelde gevaar te keren, zolang men door middel van zonder enige beperking toegelaten ketting-bedingen of door het opleggen van kwalitatieve verplichtingen met toepassing van artikel 6.5.3.4 ongeveer hetzelfde resultaat zou kunnen bereiken. Anderzijds mag worden verwacht dat, wanneer een ontwikkeling als hier bedoeld zich zou voordoen, een bevoegdheid van de rechter tot opheffing of wijziging van reeds tot stand gebrachte erfdienstbaarheden of kwalitatieve verplichtingen een effectiever middel is om deze ontwikkeling binnen redelijke grenzen te houden dan het stellen van noodzakelijkerwijs vrij grove eisen voor het vestigen of bedingen daarvan zou opleveren. Men zie de artikelen 5.6.8 en 6.5.3.12, en vergelijke in dit verband ook J. C. van Oven in W.P.N.R. 1986 p. 24.

De schrapping van het nutsvereiste in artikel 1 lid 1 leidt tevens tot vereenvoudiging in dier voege dat de in het voorlopig verslag terecht bekritiseerde oorspronkelijke leden 2 en 3 van artikel 1 vervallen.

Wat lid 2 betreft: nu het nutsvereiste niet langer geldt, spreekt het vanzelf dat een erfdienstbaarheid ook kan worden

gevestigd ter wille van een nog niet bestaande bestemming van het heersende erf. Met name is hier geen sprake van een toekomstig recht, waarvan de vestiging op een registergoed ingevolge artikel 3.4.2.10 jo. artikel 3.4.2.11 uitgesloten zou zijn. Evenzeer spreekt het in de nieuwe redactie vanzelf dat zakelijke rechten die na de vestiging van een zodanige erfdienstbaarheid zijn ontstaan niet aan de eigenaar van het heersende erf kunnen worden tegengeworpen (slot van de oorspronkelijke tweede zin van lid 2); ook in dit geval geldt de algemene regel dat een ouder zakelijk recht voorrang heeft boven een jonger (Algemene opmerkingen van de toelichting van het driemanschap bij Boek 5, p. 378 onder 4).

De regel van het oorspronkelijke lid 2 laatste zin, werd in de memorie van toelichting bij het regeringsontwerp gebaseerd op de – reeds in de toelichting van het driemanschap vermelde – gedachte dat overeenkomstig het oorspronkelijke artikel 5.6.9 een erfdienstbaarheid na niet-uitoefening gedurende 20 jaren tenietgaat. Nu artikel 5.6.9 in verband met het nieuwe artikel 3.4.3.8*a* is geschrapt, kan ook de regel van de slotzin van lid 2 vervallen.

Ook lid 3 dat aan het nutsvereiste in lid 1 aanhaakte, diende in het lot van dit vereiste te delen. De ondergetekende wijst er evenwel op dat de materie waar dit lid betrekking op had, in het gewijzigd ontwerp niet ongeregeld is gebleven. Men zie de nieuwe artikelen 8*a* en 8*b* en deze memorie daarbij.

Na het bovenstaande behoeven de vragen en opmerkingen die in het voorlopig verslag naar aanleiding van de leden 2 en 3 zijn opgenomen geen beantwoording meer. Naar aanleiding van hetgeen te dezer plaatse verder in het voorlopig verslag werd naar voren gebracht, zou de ondergetekende het volgende willen opmerken.

Wat het gebruik van het woord „erf" betreft, deze term wordt – zoals al bij artikel 5.3.1 te kennen is gegeven – in het ontwerp gebruikt in de zin van „grondstuk" (zowel land- als waterpercelen), inclusief eventuele daarop staande opstallen. Uit de redactie van artikel 5.6.1 lid 1 volgt dat deze term daarin zelfs nog iets meer omvat, doordat ook een opstal, *los* van de grond waarop deze is aangebracht, een „erf" kan zijn. De hoofdzin van dit lid spreekt immers niet van „erf" maar van „onroerende zaak". Het woord erf komt slechts voor in de termen „erfdienstbaarheid", „heersend erf" en „dienend erf", die in het juridisch spraakgebruik zo ingeburgerd zijn dat zij moeilijk door een andere term kunnen worden vervangen. De door de commissie voorgestelde termen „heersende zaak" en „dienende zaak" hebben hun ongebruikelijkheid tegen, terwijl zij niet aansluiten bij de term „*erf*dienstbaarheid". Door de duidelijke redactie van artikel 1 lid 1 en door artikel 10 lid 2 zijn geen practische moeilijkheden te vrezen.

De ondergetekende onderschrijft de mening van de commissie dat het niet noodzakelijk is een erfdienstbaarheid in artikel 1 uitdrukkelijk als een zakelijk recht te betitelen. Inderdaad volgt het zakelijke karakter van de erfdienstbaarheid uit de opneming als aparte rubriek in Boek 5, waarvan het opschrift luidt: Zakelijke rechten.

De door de commissie overgenomen opmerking in het rapport van de Broederschappen, dat de mogelijkheid zou moeten bestaan een erfdienstbaarheid tegen een periodieke vergoeding te vestigen, aldus dat het recht en de verplichting tot betaling van de vergoeding overgaan op de rechtverkrijgenden onder bijzondere titel, heeft de ondergetekende aanleiding gegeven tot aanvulling van artikel 1 met een nieuw tweede lid. De redactie daarvan is ontleend aan artikel 5.8.1 lid 3, zoals dat in het gewijzigd ontwerp is komen te luiden. Uit de opneming van het nieuwe artikel 1 lid 2 volgt zonder meer dat de retributie, mits deze is vermeld in de akte van vestiging, deel uitmaakt van de inhoud van het zakelijk recht, en mitsdien een kwalitatief karakter heeft; vergelijk in dit verband de Algemene Opmerkingen van de toelichting bij Boek 5, p. 377 e.v. onder 3 en 10. Bij eigendomsovergang van het heersende erf of van het dienende erf gaat de verplichting resp. het recht voortvloeiende uit het retributiebeding dus mede over. De complicaties die zich in verband met

de retributieverplichting voordoen bij overdracht of lichamelijke of onlichamelijke verdeling van het heersende erf, zijn geregeld in het nieuwe artikel 7*a*.

Artikel 5.6.2. Bij het vorige artikel is reeds uiteengezet dat uit de daarin thans opgenomen omschrijving dat een erfdienstbaarheid een last is, waarmee een onroerende zaak *ten behoeve van een andere onroerende zaak* is bezwaard, volgt dat er enig verband moet zijn tussen de erfdienstbaarheid en het *heersende* erf, en wel in die zin dat de eigenaar van het heersende erf als zodanig enig voordeel van het servituut moet hebben bij het gebruik van zijn erf. Bij het onderhavige artikel komt de omgekeerde vraag aan de orde, welke verplichtingen een zodanig karakter hebben dat zij als een erfdienstbaarheid aan het *dienende* erf verbonden kunnen worden. Uit de voormelde omschrijving volgt reeds dat ook hier enig verband nodig is; het gaat immers om een last, waarmee het dienende erf is *bezwaard*. Bij de uitwerking daarvan in het onderhavige artikel moet het oog worden gehouden op vier groepen van erfdienstbaarheden, die te allen tijde als zodanig zijn erkend:

1. De eigenaar van het dienende erf moet dulden dat de eigenaar van het heersende erf op diens erf iets doet dat hij zonder de erfdienstbaarheid jegens de eigenaar van het dienende erf als zodanig niet zou mogen doen, bijvoorbeeld het hebben van vensters in strijd met de bepalingen van het burenrecht.

2. De eigenaar van het dienende erf mag op het heersende erf iets niet doen, dat hij zonder erfdienstbaarheid als eigenaar van het erf wel zou mogen doen. Dit is een vrij zeldzaam geval, omdat de bepalingen van het burenrecht slechts zelden een verplichting aan een eigenaar opleggen om goed te vinden dat een naburige eigenaar op zijn erf iets doet. Men zou echter kunnen denken aan een erfdienstbaarheid, waarbij de eigenaar van het dienende erf afstand doet van het z.g. steigerrecht, geregeld in artikel 5.4.17.

3. De eigenaar van het dienende erf moet dulden dat de eigenaar van het heersende erf op het dienende erf iets doet dat hij anders niet zou mogen doen, bij voorbeeld het hebben van een balkon boven het dienende erf.

4. De eigenaar van het dienende erf mag op zijn eigen erf iets niet doen wat hij anders wel zou mogen doen, b.v. een bouwverbod.

In al deze gevallen bestaat de last die de erfdienstbaarheid op het dienende erf legt, in een verplichting om hetzij op een der beide erven iets niet te doen dat anders geoorloofd zou zijn, hetzij te dulden dat op een der beide erven iets wordt gedaan dat anders niet geoorloofd zou zijn. Zij worden samengevat in het eerste lid, in het gewijzigd ontwerp de eerste zin van het eerste lid. In die zin zijn ingevoegd de woorden: „op een der beide erven". Dit brengt in twee opzichten verduidelijking. In de eerste plaats komt hierdoor uit dat een erfdienstbaarheid niet kan bestaan in een verplichting tot het dulden of niet verrichten van *rechtshandelingen* met betrekking tot het dienende erf, b.v. in een verbod tot verhuren of verpachten. In dit geval is immers van een verplichting tot het niet doen of dulden *op* een der erven geen sprake.

Voorts wordt aldus verduidelijkt dat de verplichting tot dulden of niet doen niet verder wordt beperkt dan in dit en het vorige artikel is aangegeven. In het nieuwe wetboek, met name in de onderhavige titel, wordt dus niet de leer gehuldigd, verdedigd door Van Opstall, W.P.N.R. 4919 e.v., die aanneemt dat beperkte zakelijke rechten, waaronder ook erfdienstbaarheden, slechts tot inhoud kunnen hebben bevoegdheden die, ware de zaak niet met het zakelijk recht belast, (geheel) aan de eigenaar zouden toekomen.

Ook in het hierna nog te bespreken nieuwe lid 2 van het onderhavige artikel wordt deze leer verworpen. De ondergetekende vestigt er nog de aandacht op dat aan Boek 3 geen argument voor het tegendeel te ontlenen valt. Met name staat de omstandigheid dat een beperkt recht ingevolge artikel

3.1.1.7 „uit een meer omvattend recht is afgeleid" en dat dit recht volgens artikel 3.4.1.2 lid 1 gevestigd moet zijn „binnen de grenzen" van het recht waarop het rust, niet in de weg aan het vestigen van erfdienstbaarheden die bevoegdheden verschaffen, waarvan men niet kan zeggen dat zij anders bevoegdheden van de eigenaar zouden zijn geweest, uiteraard mits degene die de erfdienstbaarheid vestigt, maar bevoegd is als eigenaar of uit hoofde van artikel 5.6.10 over de zaak te beschikken. Zoals ook bij lid 2 nog ter sprake zal komen, heeft de praktijk aan deze ruime opzet van het recht van erfdienstbaarheid behoefte, nog daargelaten dat blijkens de beschouwingen van Van Opstall een beperking als door hem voorgestaan tot weinig heldere onderscheidingen zou leiden.

Evenals in het oorspronkelijk ontwerp het eerste lid deed, stelt ook in het gewijzigd ontwerp de eerste zin van dit lid als hoofdregel voorop dat slechts verplichtingen om te dulden of niet te doen inhoud van een erfdienstbaarheid kunnen uitmaken.

Uit deze hoofdregel volgt dat verplichtingen om te geven niet als erfdienstbaarheid kunnen worden gevestigd, voor zover zij tenminste niet tevens te beschouwen zijn als verplichtingen om te dulden. Men denke aan de verplichting om te dulden dat de eigenaar van het heersende erf water haalt uit een op het dienende erf gelegen put of pomp.

Wat verplichtingen om te doen betreft, hierop had het oorspronkelijk lid 2 betrekking. Dit bepaalde in de eerste zin dat een erfdienstbaarheid alleen dan tot een doen verplicht, wanneer dit in de akte van vestiging der erfdienstbaarheid is vermeld en de verplichting zich beperkt tot het aanleggen en onderhouden van werken die voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid nodig zijn. Deze bepaling is in het gewijzigd ontwerp in verschillende opzichten verruimd.

Waar het oorspronkelijke lid 2 slechts voorzag in verplichtingen om te doen als z.g. nevenverplichtingen naast de hoofdverplichting om te dulden of niet te doen, kunnen volgens lid 2 van het gewijzigd ontwerp verplichtingen om te doen ook de enige inhoud van een erfdienstbaarheid vormen, mits zij zich beperken tot het onderhoud van het dienende erf of van gebouwen, werken of beplantingen die zich geheel of gedeeltelijk op het diendende erf bevinden of zullen bevinden. Het in het oorspronkelijke lid 2 tevens vermelde geval van de verplichting tot het *aanbrengen* van gebouwen, werken of beplantingen die voor de erfdienstbaarheid nodig zijn, is thans geregeld in een nieuwe, aan lid 1 toegevoegde tweede zin. Deze laatste groep van verplichtingen kunnen ook in het gewijzigd ontwerp slechts als nevenverplichting deel van een erfdienstbaarheid uitmaken.

Het openen van de mogelijkheid tot het vestigen van erfdienstbaarheden als in lid 2 bedoeld – zulks in overeenstemming met de derde conclusie van het praeadvies voor de Broederschap der Candidaat-notarissen in 1966 uitgebracht door Maeijer (p. 79) –, is wenselijk geacht, omdat daaraan in de praktijk grote behoefte bestaat. Zo komt het herhaaldelijk voor, dat een gemeente als eigenaar van een openbare straat of een openbaar plein er belang bij heeft aan de eigenaars van naburige huizen de verplichting op te leggen dat zij de naburige tuinen behoorlijk onderhouden. Vooral bij woningen met tuintjes aan de voorkant zal zich deze situatie vaak voordoen. Volgens de tekst van het oorspronkelijk ontwerp kan de gemeente haar doel in dergelijke gevallen slechts bereiken door het maken van kettingbedingen met alle nadelen daarvan (zie hierover de toelichting bij artikel 6.5.3.4, p. 765). Laatstgenoemde bepaling brengt zelf geen uitkomst, daar verplichtingen om te doen hieronder niet begrepen zijn, terwijl uitbreiding van dat artikel met genoemde verplichtingen niet toereikend zou zijn: het kan immers wenselijk zijn dat de huiseigenaars niet alleen jegens de gemeente, maar ook jegens elkaar verplicht zijn tot onderhoud van de tuinen, in welk geval hun bedoeling zal zijn dat het recht ook aan de actieve zijde kwalitatief is.

De ondergetekende is van mening dat tegen de toelaatbaarheid van dergelijke bedingen in de vorm van een erfdienst-

baarheid geen ernstige bezwaren bestaan. Tegen het gevaar dat zij op den duur een te grote belasting van het betrokken erf zouden gaan vormen, waakt artikel 8 dat onder de daar genoemde omstandigheden wijziging of opheffing van de erfdienstbaarheid mogelijk maakt. Voorts verdient aandacht dat lid 2 slechts op een beperkte groep verplichtingen om te doen het oog heeft. Niet alleen gaat het slechts om een verplichting tot onderhoud, maar die verplichting kan bovendien slechts worden gevestigd met betrekking tot het dienende erf of daarop aanwezige gebouwen, werken en beplantingen. En voorts volgt uit de strekking van het recht van servituut, immers een last die het dienende erf bezwaart, dat aldus slechts tot onderhoud kunnen worden verplicht hetzij de eigenaar van het erf, hetzij uit hoofde van artikel 10 de erfpachter, de vruchtgebruiker of de opstaller. Zo zullen b.v. de gezamenlijke eigenaars van landerijen, die elkaar over en weer willen verplichten tot het onderhouden van een aan een derde toebehorende brug bij instandhouding waarvan zij allen belang hebben, dit niet kunnen doen in de vorm van een erfdienstbaarheid. Een erfdienstbaarheid van deze inhoud is immers noch op hun eigen erven, noch op dat van de derde mogelijk.

Opgemerkt zij dat met de verplichting tot onderhoud niet bedoeld wordt de verplichting tot het vergoeden van de kosten van het onderhoud maar die tot het verrichten van de handelingen welke voor het onderhoud noodzakelijk zijn. Natuurlijk kunnen de eigenaar van het heersende en die van het dienende erf ook overeenkomen dat, indien het onderhoud geschiedt door de eigenaar van het heersende erf, deze de kosten zal mogen verhalen op de eigenaar van het dienende erf, maar een dergelijke afspraak heeft slechts persoonlijke werking. Is zij in de akte van vestiging opgenomen als bijkomend beding van een erfdienstbaarheid, die strekt tot een verplichting om te dulden of te doen, dan maakt zij deel uit van de inhoud van dat recht; men zie p. 378, alinea 1, van de toelichting van het driemanschap.

Bij de redactie zowel van het gewijzigde lid 2 als van de nieuwe tweede zin van lid 1 is rekening gehouden met de opmerking die in het voorlopig verslag bij dit artikel is gemaakt. Inderdaad is het wenselijk te doen uitkomen dat deze bepalingen geen uitwerking van de eerste zin van lid 1 vormen, doch veeleer als een aanvulling daarop te beschouwen zijn. In de thans gekozen redactie is tevens duidelijk dat artikel 2 uitsluitend de vraag betreft in hoeverre in de akte van vestiging aan de last die de erfdienstbaarheid op het dienende erf legt, de inhoud van een verplichting om te doen kan worden gegeven. Het artikel laat de rechter derhalve de nodige vrijheid ten aanzien van de vraag in hoeverre een erfdienstbaarheid die tot een dulden of niet doen verplicht, voor de eigenaar van het dienende erf zonder dat in de akte van vestiging daarover iets bepaald is, bijkomstige verplichtingen meebrengt om te doen wat noodzakelijk is om te voorkomen dat de uitoefening van erfdienstbaarheid onmogelijk of minder gemakkelijk wordt. Zo zal in geval van een erfdienstbaarheid van weg de eigenaar van het dienende erf die deze weg door een obstakel afsluit, verplicht zijn, dit obstakel uit de weg te ruimen en daartoe uit hoofde van artikel 3.11.1 kunnen worden veroordeeld. In hoeverre hij ook verplicht is het aanbrengen van obstakels door derden te voorkomen zal van de omstandigheden afhangen, waarbij onder meer een rol kan spelen de verhouding waarin de derde tot hem staat en of het feit dat de derde aldus kan optreden, mede aan hem is te wijten. Daarbij zal de rechter onder het nieuwe wetboek minder strikt behoeven te zijn dan de Hoge Raad was in het tegen de achtergrond van de huidige artikelen 721, 722 en 739 B.W. gewezen arrest van 26 april 1934, N.J. 1934, blz. 1361; men zie in het bijzonder de noot van Scholten.

Waar het oorspronkelijke lid 2 slechts sprak van „werken", spreken de tweede zin van lid 1 en lid 2 van het gewijzigd ontwerp van „gebouwen, werken of beplantingen die zich geheel of gedeeltelijk op het dienende erf bevinden of zullen bevinden". Ook b.v. in de artikelen 5.3.1 en 5.8.1 worden gebouwen, werken en beplantingen naast elkaar genoemd. Daar-

gelaten of beplantingen reeds in de oorspronkelijke bepaling begrepen konden worden geacht onder „werken" in ruime zin, is het in ieder geval wenselijk dat de voormelde bepalingen ook daarop betrekking hebben. Zo is b.v. denkbaar dat de gerechtigde tot een servituut van weg bedingt dat beplantingen moeten worden aangebracht om verstuiving tegen te gaan. Voorts is thans tot uiting gebracht dat hier gedacht moet worden zowel aan de gebouwen, werken of beplantingen die zich geheel of gedeeltelijk op het dienende erf bevinden als aan die welke daarop wellicht nog zullen worden aangebracht.

Niet gehandhaafd zijn de tweede en derde zin van het oorspronkelijke tweede lid, inhoudende een bevoegdheid van de eigenaar in het dienende erf zich van de erfdienstbaarheid te bevrijden door overdracht van een gedeelte van zijn erf aan de rechthebbende. De schrapping van deze zinnen is in overeenstemming met de vierde conclusie van Maeijer in zijn praeadvies voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1966 (p. 79). De ondergetekende meent dat de toepassing van deze zinnen tot te veel complicaties zou leiden. Zo rijst de vraag welk gedeelte van het dienende erf geacht kan worden tot het genot van de erfdienstbaarheid noodzakelijk te zijn. Is dit alleen het gedeelte van het erf waarop het werk dat door de eigenaar van het dienende erf moet worden onderhouden zich bevindt, of is het dat gedeelte van het erf dat bij de uitoefening van de erfdienstbaarheid in feite wordt gebruikt? Laatstgenoemde opvatting zou meebrengen dat, wanneer een recht van weg over een weiland is verleend zonder dat aangegeven is langs welke strook moet worden gelopen, de eigenaar van het dienende erf zijn gehele erf zou moeten afstaan ten einde van de onderhoudslast of de oprichtingskosten van een „werk" te worden bevrijd; men denke b.v. aan het geval dat de eigenaar van het dienende erf zich gebonden heeft een bruggetje te onderhouden dat tot het dienende erf toegang geeft, en nu op de in artikel 2 aangegeven wijze van het onderhoud zou willen afkomen.

Een tweede vraag is hoe de bepaling zou moeten werken, indien de inhoud van het servituut wordt gevormd door een zelfstandige verplichting tot onderhoud. Het lijkt niet redelijk, dat de eigenaar van het dienende erf slechts van het onderhoud zou kunnen afkomen door overdracht van het gehele erf. Omgekeerd zou trouwens een overdracht van het erf of van een gedeelte daarvan in gevallen waarin het dienende erf een negatieve waarde heeft als gevolg van zware lasten waarmee het bezwaard is, ook onbillijk werken tegenover de eigenaar van het heersende erf.

Bij dit alles komt nog dat artikel 736 van het huidige B.W. waaraan de bepaling is ontleend, in de praktijk zeer geringe betekenis heeft ondanks de omstandigheid dat een bepaling die wijziging of opheffing van de erfdienstbaarheid mogelijk maakt, in het huidige recht ontbreekt. De ondergetekende meent dat het ook daarom een betere oplossing is om de bevoegdheid van de eigenaar van het dienende erf tot overdracht te schrappen en hem slechts de mogelijkheid te geven de weg te volgen van artikel 8 lid 1 onder *a* van het gewijzigd ontwerp, wanneer hij van mening is dat door onvoorziene omstandigheden de verplichtingen om te doen die hij op zich heeft genomen, een onredelijke last op zijn erf zijn gaan vormen.

Artikel 5.6.3. In het voorlopig verslag werd terecht opgemerkt dat volgens het oorspronkelijke ontwerp de mogelijkheid van het ontstaan van erfdienstbaarheden door verjaring enerzijds werd verruimd (nl. voor zover het betreft de niet voortdurende of niet zichtbare erfdienstbaarheden), anderzijds werd ingeperkt, aangezien goede trouw in de zin van artikel 3.4.3.1 lid 2 slechts wordt aangenomen, indien er een aan het bezit beantwoordende titel in de daartoe bestemde openbare registers is ingeschreven, terwijl artikel 3.4.3.8 aldus was geformuleerd dat het voor het ontstaan van erfdienstbaarheden door verkrijgende verjaring geen basis kon bieden. Ter gelegenheid van de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer betreffende Boek 3 zijn evenwel deze beide artikelen niet ongewijzigd gebleven. Het tweede lid van artikel 3.4.3.1 is geschrapt, hetgeen echter in verband met artikel 3.5.12 lid 1 voor de verkrij-

ging van erfdienstbaarheden door verjaring slechts van ondergeschikt belang is. Ook uit deze laatste bepaling vloeit immers voort dat men in het algemeen niet bezitter te goeder trouw van een erfdienstbaarheid kan zijn, d.w.z. kan menen door vestiging rechthebbende geworden te zijn, zonder dat van die vestiging uit een in de registers ingeschreven akte blijkt. Men vergelijke de voormelde memorie van antwoord bij artikel 3.4.3.1, vijfde alinea. Wel van belang voor de verkrijgende verjaring van erfdienstbaarheden is evenwel de nieuwe redactie van artikel 3.4.3.8. Juist mede teneinde de verkrijgende verjaring van erfdienstbaarheden uit hoofde van dit artikel mogelijk te maken zijn de woorden „de rechtsvordering tot opvordering van een goed" die daaraan in de weg stonden, vervangen door „de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit". Men zie de voormelde memorie van antwoord bij dit artikel, vierde alinea. Zoals daar wordt gezegd, is deze wijziging wenselijk voorgekomen, omdat ook in geval van het bezit van een erfdienstbaarheid de ratio geldt van artikel 3.4.3.8, nl. dat ter wille van de rechtszekerheid het recht zich na verloop van tijd bij de feitelijke situatie behoort aan te sluiten, zodat discussies over de vraag of die feitelijke situatie indertijd al of niet rechtmatig is ontstaan, door dit tijdsverloop worden afgesneden.

Voorts heeft de Commissie bezwaren geopperd tegen het ontstaan van erfdienstbaarheden door bestemming, geregeld in het tweede lid van het artikel. De ondergetekende is met de Commissie van oordeel dat deze wijze van ontstaan in navolging van het Duitse, Zwitserse en Griekse recht niet behoort te worden gehandhaafd. Er dient hier een keuze te worden gedaan tussen de rechtszekerheid en de billijkheid. Het moge waar zijn dat, indien partijen niet het tegendeel bepalen, zij gewoonlijk zullen bedoelen dat een recht zal bestaan op continuatie van de bestaande feitelijke toestand (zie de toelichting van het driemanschap, p. 427, alinea 3), dit neemt niet weg dat derden niet de dupe mogen worden van de omstandigheid dat partijen verzuimd hebben hun bedoeling vast te leggen in een akte van vestiging van een erfdienstbaarheid.

Ten slotte vestigt de ondergetekende er nog de aandacht op dat de wijze waarop een erfdienstbaarheid gevestigd wordt niet hier is geregeld, maar in de artikelen 3.4.2.11 j°. 3.4.2.4, die voorschrijven een notariële akte gevolgd door inschrijving in de daartoe bestemde openbare registers. In hoeverre deze akte aan bijzondere eisen behoort te voldoen – b.v. het uitdrukkelijk daarin bezigen van de term „erfdienstbaarheid" – kan het beste worden bezien in het kader van de wet, bedoeld in artikel 3.1.2.1 lid 2.

Artikel 5.6.5. Ten einde de strekking van deze bepaling iets nauwkeuriger tot uitdrukking te brengen, is daarin een kleine taalkundige wijziging aangebracht. De nieuwe redactie is ontleend aan artikel 170 lid 1 van het ontwerp 1898.

De materie van het tweede lid is overgebracht naar de eerste twee leden van artikel 6, waar deze verplaatsing toegelicht zal worden.

Artikel 5.6.6. Dit artikel is in verschillende opzichten aangevuld en herzien.

In de eerste plaats wordt daarin thans om redenen van overzichtelijkheid ook de materie van artikel 5 lid 2 geregeld; men zie de nieuwe leden 1 en 2. Deze bepalingen bevatten de hoofdregels, waarvan de overige leden van artikel 6 als een uitwerking kunnen worden beschouwd. Tevens konden aldus enige verduidelijkingen worden aangebracht, die bij de bespreking van de afzonderlijke leden nog aan de orde zullen komen.

Niet gehandhaafd zijn het oorspronkelijke lid 1 van artikel 6 en het daarmee samenhangende lid 4. In dit eerste lid werd de eigendomstoestand geregeld van de ten behoeve van de uitoefening van de erfdienstbaarheid op het dienende erf gemaakte werken. Er is in het gewijzigd ontwerp de voorkeur aan gegeven om de bevoegdheden van de eigenaar van het heersende erf en van die van het dienende erf ten aanzien van gebouwen, werken en beplantingen los van de vraag aan wie zij toebehoren te regelen. Ter motivering van dit nieuwe uitgangspunt zou de ondergetekende het volgende willen opmerken.

Het oorspronkelijk ontwerp onderscheidde tussen drie gevallen:

1. de eigenaar van het heersende erf is voor het geheel eigenaar van de werken, die zich op het dienende erf bevinden, indien zij ten behoeve van de uitoefening van de erfdienstbaarheid zijn gemaakt en hij alleen de kosten van de aanleg heeft gedragen;
2. de eigenaar van het heersende erf en die van het dienende erf hebben gezamenlijk de eigendom van bedoelde werken, indien zij ten behoeve van de uitoefening van de erfdienstbaarheid zijn gemaakt en de kosten van de aanleg door beiden zijn gedragen;
3. in alle overige gevallen is de eigenaar van het dienende erf ingevolge de hoofdregel van artikel 5.3.1 eigenaar van de werken.

Zoals uit deze opsomming blijkt was de maatstaf aan de hand waarvan de eigendom van de hier bedoelde werken werd vastgesteld vooral gelegen in de vraag wie de kosten van de aanleg van deze werken heeft gedragen. De ondergetekende meent dat dit aldus moet worden opgevat dat beslissend was wat partijen zijn overeengekomen omtrent de vraag ten wiens laste deze kosten zouden komen. Een maatstaf in deze trant past naar zijn mening echter niet bij het geval dat in het onderhavige artikel wordt geregeld. De bevoegdheden die de eigenaar van het heersende erf ten aanzien van de op het dienende erf op te richten gebouwen, werken en beplantingen heeft, zijn, ook zonder dat hij eigenaar of medeëigenaar daarvan is, van zakenrechtelijke aard, omdat zij voortvloeien uit het door hem verkregen servituut. De enkele omstandigheid dat hij de kosten van de aanleg geheel of gedeeltelijk voor zijn rekening heeft genomen, is naar het oordeel van de ondergetekende geen reden om aan te nemen dat deze bevoegdheden meer dan dit zakenrechtelijke karakter zouden moeten hebben en dat slechts een hem toekomende eigendom of medeëigendom van gebouwen, werken en beplantingen een behoorlijke basis daarvoor zou opleveren. Daar komt nog bij dat er geen aanleiding bestaat om de eigenaar van het heersende erf meer bevoegdheden ten aanzien van de gebouwen, werken of beplantingen toe te kennen dan voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid noodzakelijk zijn. Indien in verband met de uitoefening van de erfdienstbaarheid op het dienende erf een gebouwtje is aangebracht, is het niet redelijk dat de eigenaar van het heersende erf dit ook voor andere doeleinden zou mogen gebruiken, b.v. als bergplaats voor voorwerpen die met de erfdienstbaarheid niets van doen hebben. Ook gaat het niet aan dat de eigenaar van het heersende erf op grond van zijn eigendomsrecht van het gebouwtje dit vervolgens zou kunnen gaan voorzien van allerlei toevoegingen (b.v. ontsierende reclame-installaties) die op zichzelf helemaal niet noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid. Ook al nemen deze toevoegingen niet een zodanige omvang aan dat de eigenaar van het dienende erf ze zou kunnen doen verwijderen als een inbreuk op zijn eigendom, dan kunnen ze toch onaangenaam voor hem zijn. Een en ander geldt te meer omdat gebouwen ter uitoefening van de erfdienstbaarheid volgens het ontwerp zelfs tegen de zin van de eigenaar van het dienende erf kunnen worden opgericht, indien zij voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid noodzakelijk zijn (artikel 6 lid 2 gewijzigd onderwerp, oorspronkelijk artikel 5 lid 2).

Zou de wetgever de eigenaar van het heersende erf in het hier besproken geval de eigendom van de werken toekennen, dan zou dit dus niet alleen een van de eigendom van het heersende erf afhankelijk eigendomsrecht zijn, waarover niet zelfstandig beschikt zou kunnen worden, maar bovendien een in velerlei opzicht beperkt eigendomsrecht. Onder die omstandigheden lijkt het eenvoudiger de eigendom van de gebouwen, werken en beplantingen toe te kennen aan de eigenaar van het dienende erf op grond van de gewone regel „superficies cedit solo" (artikel 5.3.1), en voor het overige aan te geven welke bevoegdheden de eigenaar van het heersende erf en van het dienende erf ten aanzien daarvan kunnen uitoefenen.

Aandacht verdient daarbij nog dat, wanneer partijen in bepaalde gevallen de eigendom of mede-eigendom van gebouwen, werken of beplantingen aan de eigenaar van het heersende erf willen toekennen, hun dit vrij staat. Zij kunnen immers door vestiging van een opstalrecht een toestand scheppen die van de hoofdregel van artikel 5.3.1 afwijkt. Naar het huidige recht moge het twijfelachtig zijn of men een kwalitatief recht van opstal kan vestigen, waardoor de eigendom van de door de eigenaar van het heersende erf aangelegde werken gebonden is aan de eigendom van het heersende erf, zodat bij eigendomsoverdracht van laatstgenoemd erf de eigendom van de werken automatisch mede overgaat (zie Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 242), volgens het stelsel van het ontwerp is dit niet langer onzeker. Men vergelijke artikel 5.8.1 lid 2, volgens welke bepaling een recht van opstal afhankelijk kan zijn van een ander zakelijk recht, dus ook van een erfdienstbaarheid, en daardoor indirect van de eigendom van het heersende erf.

Bovendien dient te worden bedacht dat ingeval de eigenaars van het heersende en het dienende erf de door hen tezamen bekostigde gebouwen, werken en beplantingen bestemmen tot gemeenschappelijk nut van beide erven, er op grond van artikel 5.5.1 lid 2 gemeenschappelijke eigendom en zo mandeligheid kan ontstaan. In het laatste lid van artikel 6 is met dit geval rekening gehouden. Het moet goed worden onderscheiden van de medeëigendom die het oorspronkelijke artikel 6 lid 1 in geval van gezamenlijk gedragen kosten beoogde toe te kennen. Voor deze laatste figuur was generlei bestemming tot gemeenschappelijk nut van de beide erven vereist en waren ook de bepalingen betreffende mandeligheid niet van toepassing. Een bijkomend voordeel van de schrapping van artikel 6 lid 1 is dat zo ook de hier bedoelde onderscheiding uit het ontwerp verdwijnt.

Eerste lid. Zoals reeds opgemerkt, stemt deze bepaling overeen met het oorspronkelijke artikel 5 lid 2, met dien verstande dat de woorden „te maken en" zijn geschrapt, en hetgeen zij beoogden te regelen thans in lid 2 van het onderhavige artikel te vinden is.

Tweede lid. Zoals bij lid 1 aangetekend, is dit lid een uitwerking van de woorden „te maken" uit het oorspronkelijke artikel 5 lid 2. Evenals in artikel 2 zijn ook hier gebouwen, werken en beplantingen naast elkaar vermeld.

In overeenstemming met het oorspronkelijke artikel 5 lid 2 is de bevoegdheid van de eigenaar van het heersende erf tot het aanbrengen van gebouwen, werken en beplantingen op het dienende erf, zonder dat hij daartoe de toestemming van de eigenaar van het dienende erf behoeft, beperkt tot de gebouwen, werken en beplantingen die *noodzakelijk* zijn voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid. Is aan dit vereiste niet voldaan, dan zal de eigenaar van het heersende erf de toestemming nodig hebben van de eigenaar van het dienende erf, bij gebreke waarvan hij kan worden genoodzaakt de door hem aangebrachte gebouwen, werken of beplantingen weer weg te nemen.

Derde lid. Deze bepaling komt overeen met het oorspronkelijke lid 2 van artikel 6. Bij de nieuwe redactie is rekening gehouden met de in het voorlopig verslag uitgesproken wens te preciseren om welke „werken" het hier gaat. Thans wordt duidelijk aangegeven dat de bepaling betrekking heeft op de door de eigenaar van het heersende erf ten behoeve van de uitoefening van erfdienstbaarheid aangebrachte gebouwen, werken en beplantingen. Hierbij is onverschillig of de eigenaar van het heersende erf (ingevolge een door hem bedongen afhankelijk recht van opstal) eigenaar is van de gebouwen enz., dan wel of deze in eigendom toebehoren aan de eigenaar van het dienende erf. Evenmin doet het ter zake of de gebouwen enz. waren opgericht krachtens artikel 6 lid 2 (omdat ze voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid noodzakelijk waren), dan wel krachtens toestemming van de eigenaar van het dienende erf (omdat ze niet noodzakelijk waren, doch hoogstens een zeker nuttig effect hadden voor de uitoefening van de erf-

dienstbaarheid). Ook in het laatste geval is het redelijk dat de eigenaar van het heersende erf ze onderhoudt, wanneer het belang van het dienende erf dit vordert en bij de akte van vestiging niet het tegendeel is bepaald; de eigenaar van het dienende erf behoort immers niet de dupe te worden van zijn bereidheid om toestemming tot de bouw te verlenen, en behoeft geen bouwval op zijn erf te dulden. Dit geldt zelfs in het geval dat de gebouwen enz. onrechtmatig zijn aangebracht, al zal de eigenaar van het dienende erf alsdan allicht de voorkeur geven aan een vordering tot afbraak.

Intussen heeft de ondergetekende het wenselijk geacht de woorden „wanneer het belang van het dienende erf dit vordert" te wijzigen in „voor zover dat in het belang van het dienende erf nodig is". De oorspronkelijk gebezigde woorden zouden de indruk kunnen wekken dat het enkele feit dat de eigenaar van het dienende erf voordeel heeft van een door de eigenaar van het heersende erf aangelegd werk, mee zou brengen dat laatstgenoemde dit werk op vordering van de eigenaar van het dienende erf in stand zou moeten houden. Dit zou zeer onredelijk kunnen zijn. Wanneer de eigenaar van het heersende erf b.v. op zijn eigen kosten een kostbaar irrigatiewerk zou aanleggen, is het niet in te zien waarom de eigenaar van het dienende erf die daarvan zou profiteren, recht zou hebben op behoud van het voordeel dat hij geniet. Ook al is de eigenaar van het dienende erf met toepassing van het nieuwe lid 5 in de akte van vestiging het recht toegekend om het werk te gebruiken, dan geldt dit recht van gebruik in beginsel slechts voor het werk in de toestand waarin het verkeert. De bedoeling van de gebezigde woorden was dan ook enkel dat de eigenaar van het heersende erf de werken niet zodanig mag laten vervallen dat het dienende erf daarvan schade zou ondervinden; zie de toelichting bij artikel 173 lid 4 van het Ontwerp 1898, p. 420. De ondergetekende meent dat deze bedoeling in de nieuwe redactie beter tot uiting komt. Met name in de woorden „voor zover" ligt besloten dat, indien de bepaling van toepassing is, dit niet mee brengt dat de eigenaar verplicht is hetgeen door hem op het dienende erf is opgericht, volledig te onderhouden, maar dat het onderhoud alleen behoeft te omvatten hetgeen nodig is om schade of hinder voor het dienende erf te voorkomen.

Tenslotte is tot uiting gebracht dat de eigenaar van het heersende erf bevoegd is het door hem aangebrachte weg te nemen, mits hij het dienende erf in de oude toestand terugbrengt. Men denke aan het geval dat het nut van het werk of gebouw is verminderd, zodat de kosten van onderhoud onevenredig hoog zijn geworden. Verg. ook artikel 5.7.1.3.

Vierde lid. Deze nieuwe bepaling komt in de plaats van het oorspronkelijke derde lid. Nu in het thans gevolgde systeem de eigenaar van het dienende erf tevens eigenaar is van de gebouwen enz. die zich op zijn erf bevinden (behoudens het geval dat de eigenaar van het heersende erf een recht van opstal heeft bedongen), was het wenselijk te bepalen, dat de eigenaar van het dienende erf – hoewel hij formeel eigenaar is – geen recht van gebruik heeft van bedoelde gebouwen enz.. Dit dient echter alleen te gelden wanneer de gebouwen enz. rechtmatig op het dienende erf zijn opgericht, d.w.z. wanneer de gebouwen enz. noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid (zie lid 2) of wanneer de eigenaar van het dienende erf toestemming tot de oprichting heeft gegeven. Maar zelfs indien aan deze eis is voldaan, is het nog denkbaar dat de eigenaar van het dienende erf een recht van medegebruik heeft, b.v. wanneer hem dit recht door de eigenaar van het heersende erf is toegekend. Er kàn in dit geval mandeligheid bestaan (indien voldaan is aan de vereisten van artikel 5.5.1 lid 2), maar dit behoeft niet het geval te zijn. Is er geen mandeligheid, dan kan het recht van mede-gebruik steunen op een afspraak van partijen. Is een hiertoe strekkend beding opgenomen in de akte van vestiging (zie lid 5), dan heeft dit recht van gebruik een kwalitatief karakter, zodat het mede overgaat op een nieuwe eigenaar van het dienende erf. Partijen zullen in dit geval in den regel overeenkomen dat de eigenaar van het dienende erf voor zijn recht van gebruik een zekere vergoeding

verschuldigd is en tevens hoe de kosten tot onderhoud tussen partijen zullen worden verdeeld. Het leek daarom niet noodzakelijk de regel hieromtrent van het oorspronkelijke derde lid te handhaven. Hiervoor bestond naar het oordeel van de ondergetekende te minder reden, omdat de in die bepaling vermelde maatstaf voor verdeling van de kosten van onderhoud een voor de praktijk te onzeker karakter heeft. Het zal immers in vele gevallen niet goed mogelijk zijn de belangen die beide eigenaars bij het gebruik van het werk hebben, nauwkeurig tegen elkaar af te wegen.

Vijfde lid. Het sluitstuk van artikel 6 wordt gevormd door het vijfde lid. Welke bevoegdheden aan de eigenaar van het heersende erf dienen toe te komen, dient in de eerste plaats vastgesteld te worden aan de hand van de akte van vestiging. Wanneer hierin is bepaald dat zekere handelingen voor hem niet geoorloofd zullen zijn, dan zal hij die regeling niet achteraf kunnen betwisten met de bewering dat de handelingen voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid noodzakelijk zijn, onverminderd zijn recht om zich in een dergelijk geval te beroepen op artikel 8*b*. Ook afwijking in de akte van vestiging van het bepaalde in het derde en vierde lid dient mogelijk te zijn. Zo kwam hierboven reeds ter sprake dat ondanks het vierde lid in de akte van vestiging aan de eigenaar van het dienende erf een recht van mede-gebruik van de hier bedoelde gebouwen enz. kan worden toegekend.

Zesde lid. Het is verder duidelijk dat het derde en vierde lid geen toepassing kunnen vinden, wanneer er sprake is van een medegebruiksrecht van de eigenaar van het dienende erf, dat voortvloeit uit mandeligheid. Verwezen moge hier worden naar de artikelen 5.5.1 lid 2, 3.7.1.3 en 3*a*.

Tenslotte moge nog worden opgemerkt dat wanneer partijen gezamenlijk een gebouw enz. hebben opgericht dat niet mede strekt ten nutte van het dienende erf, zodat er geen sprake is van mandeligheid, de in het derde en vierde lid getroffen regeling van toepassing blijft. De eigenaar van het heersende erf zal dus ook in dit geval verplicht blijven het in lid 3 bedoelde onderhoud te verrichten en de eigenaar van het dienende erf zal ingevolge lid 4 de gebouwen enz. niet mogen gebruiken.

Artikel 5.6.7. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, zijn de slotwoorden van artikel 737, eerste lid, B.W.: „zonder dat evenwel de toestand van het dienstbaar erf moge verzwaard worden" inderdaad opzettelijk in het ontwerp niet overgenomen. Deze woorden geven naar het oordeel van de ondergetekende geen juist criterium voor hetgeen de eigenaar van het dienende erf als gevolg van de verdeling van het heersende erf al dan niet moet dulden. De omstandigheid dat het heersende erf hetzij door lichamelijke, hetzij door onlichamelijke verdeling aan meer eigenaars gaat behoren, zal b.v. bij een erfdienstbaarheid van weg nagenoeg *altijd* leiden tot een zekere verzwaring van de toestand van het dienende erf, alleen al doordat er meer personen zijn die van de weg gebruik kunnen maken. Op grond van de letterlijke betekenis van de in artikel 737 B.W. gebezigde woorden zou de eigenaar van het dienende erf zich dus bij een dergelijke erfdienstbaarheid na elke verdeling van het heersende erf op de slotwoorden van artikel 737, eerste lid, kunnen beroepen (ook zonder dat de akte van vestiging verbiedt dat de last voor het dienende erf mettertijd groter wordt dan direct na de vestiging van het servituut). Dit is echter zeker niet de bedoeling van de bepaling, zoals direct al blijkt uit het tweede lid van artikel 737: de rechtsopvolgers zijn allen gerechtigd het recht te blijven uitoefenen langs dezelfde weg als vóór de „verdeling", ondanks het feit dat het drukkere gebruik van de weg uiteraard óók een „verzwaring" van de toestand van het dienstbaar erf als bedoeld in het eerste lid is.

Waar de grens ligt van hetgeen redelijkerwijs door de eigenaar van het dienende erf moet worden geduld, wordt door artikel 737 B.W. derhalve niet met voldoende zekerheid aangegeven. Tevens verzuimt dit artikel rekening te houden met de vrijheid van de oorspronkelijke partijen om in de akte van

vestiging zelf de omvang – of desgewenst de maximaal toelaatbare omvang – van het recht te omlijnen.

Voorts is een ernstig bezwaar van het huidige artikel dat daarin in het geheel niet is geregeld welke gevolgen intreden, indien zich een inderdaad ongeoorloofde verzwaring voordoet, terwijl de juiste oplossing geenszins zonder meer voor de hand ligt, en deze ook van geval tot geval kan verschillen. Men denke b.v. aan de vraag of de erfdienstbaarheid na de splitsing van het heersende erf ophoudt voor één of meer gedeelten daarvan te gelden dan wel ten aanzien van ieder van deze gedeelten een zekere vermindering van de uit de erfdienstbaarheid voortvloeiende bevoegdheden behoort plaats te vinden.

Zoals reeds werd gezegd in de toelichting van het driemanschap, moet de oplossing van de moeilijkheid allereerst worden gezocht in artikel 4 lid 1, volgens welke bepaling de inhoud van de erfdienstbaarheid en de wijze van uitoefening in alle gevallen (dus ook buiten het geval van artikel 7) primair worden bepaald door de akte van vestiging en secundair door de plaatselijke gewoonte. Er is immers geen reden om verschil te maken tussen een verzwaring van de last voor het dienende erf die gevolg is van een lichamelijke verdeling van het heersende erf als bedoeld in artikel 7 lid 1, en een verzwaring die voortkomt uit andere oorzaken. Zo behoeft het door de Commissie genoemde voorbeeld van toeneming van de afwatering van fabriekswater geenszins gevolg te zijn van een lichamelijke verdeling (splitsing) van het heersende erf; zij kan ook gevolg zijn van een onlichamelijke verdeling van het erf (b.v. doordat de eigendom hiervan overgaat op twee of meer erfgenamen) en evengoed is het denkbaar dat de oorspronkelijke eigenaar van het (niet verdeelde) heersende erf na verloop van tijd zijn fabriek uitbreidt, waarna dezelfde toeneming plaats heeft. Ook in deze laatste gevallen is het in de eerste plaats artikel 4 lid 1 dat bepaalt of de eigenaar van het dienende erf de toeneming moet dulden of niet. Niet in te zien is waarom de daar vermelde criteria, indien zij juist en in de praktijk bruikbaar zijn voor de laatsbedoelde gevallen en meer in het algemeen ter begrenzing van de bevoegdheden van de eigenaar van het heersende erf – hetgeen door de Commissie niet bestreden is–, onjuist of onbruikbaar zouden worden indien de toeneming van de last een bijzondere oorzaak heeft, nl. een lichamelijke verdeling van het heersende erf.

De ondergetekende acht de criteria van artikel 4 lid 1 niet gebrekkig: de bepaling stelt voorop dat de omvang van het recht – en dus in beginsel ook de vraag in hoeverre na verloop van tijd het recht in omvang kan groeien – wordt bepaald door de akte van vestiging, gelijk het geval is met alle zakelijke rechten; voorts voegt de bepaling er nog als medebepalende factor de ook in het burenrecht meermalen gebezigde norm van de plaatselijke gewoonte aan toe. De ondergetekende kan toegeven dat deze laatste norm in sommige gevallen geen duidelijk uitsluitsel zal geven, maar evenals in titel 5.4 is een voor sommige gevallen ietwat vage norm veelal te preferen boven de afwezigheid van iedere norm of een onjuist wettelijk criterium.

Overigens wordt de vraag of de eigenaar van het dienende erf een verzwaring van de last voor zijn erf moet dulden, behalve door artikel 4 lid 1, mede bepaald door het eveneens in de toelichting van het driemanschap genoemde artikel 8. Indien partijen de verzwaring niet bij voorbaat hebben voorkomen door de (maximaal toelaatbare) omvang van de last vast te leggen in de akte van vestiging, is derhalve veelal nog een ingrijpen achteraf op basis van artikel 8 mogelijk. Op dit punt brengt de nieuwe tekst van artikel 8 lid 1 in het gewijzigd ontwerp geen verandering: in het geval dat de verzwaring van de last gevolg is van een verdeling van het heersende erf, zal sprake kunnen zijn van een onvoorziene omstandigheid van dien aard dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de erfdienstbaarheid van de eigenaar van het dienende erf niet kan worden gevergd (artikel 8 lid 1 onder *a* van het gewijzigd ontwerp). In dat geval kan de eigenaar van het dienende erf wijziging of opheffing van de erfdienstbaarheid vragen, waarbij aan de rechter een grote mate van vrijheid is gegeven om met alle bijzondere om-

standigheden van het concrete geval rekening te houden. Voor het begrip „onvoorziene omstandigheden" zij voorts verwezen naar de memorie van antwoord ad artikel 8. Voor de toepassing van artikel 8 van het gewijzigd ontwerp maakt het overigens, evenmin als voor artikel 4 lid 1, verschil of de verzwaring van de last voortkomt uit een (lichamelijke of onlichamelijke) verdeling van het heersende erf, of uit een andere oorzaak, zoals een verandering van de inrichting van het heersende erf, of een wijziging of toeneming van de activiteiten van de eigenaar daarvan.

Wat betreft de toepasselijkheid van artikel 8, heeft de Commissie nog opgemerkt dat de rechter krachtens de eerste zin van het tweede lid van dat artikel aan de wijziging van de erfdienstbaarheid voorwaarden kan verbinden en dus aan de eigenaar van het dienende erf een verplichting tot schadevergoeding zou kunnen opleggen. Dit is op zichzelf wel juist, maar men kan gevoeglijk aannemen dat hij van deze bevoegdheid in het hier bedoelde geval geen gebruik zal maken.

De ondergetekende ziet derhalve geen reden om in artikel 7 een wijziging als in het voorlopig verslag gesuggereerd aan te brengen. Wel heeft hij gemeend aan het artikel een derde lid te moeten toevoegen, dat de mogelijkheid opent om in de akte van vestiging van de voorafgaande leden af te wijken.

Naar zijn mening is er geen reden om de leden 1 en 2 tot (zakenrechtelijk) dwingend recht te maken. Indien partijen een verzwaring van de last voor het dienende erf als gevolg van een splitsing van het heersende erf – b.v. bij een recht van weg – *uitsluitend* voor het geval van splitsing wensen te voorkomen, is niet in te zien waarom zij hun doel slechts mogen bereiken door een algemeen werkende restrictieve formulering van het recht (bij voorbeeld dat slechts één persoon van de weg gebruik mag maken), die de regel van artikel 7 lid 1 intact laat, maar ook buiten het geval van splitsing effect zou hebben. Zij kunnen b.v. wensen dat na splitsing het recht wèl voortbestaat, doch slechts ten behoeve van de eigenaar of eigenaars van één der gedeelten waarin het erf verdeeld is.

Eveneens is het denkbaar, dat partijen met het oog op verdeling van het dienende erf een regeling met zakenrechtelijke werking zouden willen treffen die van artikel 7 lid 2 afwijkt.

Artikel 5.6.7a. Zoals reeds opgemerkt aan het slot van deze memorie bij artikel 1 kan het daaraan toegevoegde nieuwe lid 2 betreffende de mogelijkheid ter zake van de erfdienstbaarheid een retributie te bedingen tot complicaties leiden in geval van een lichamelijke of onlichamelijke verdeling of een overdracht van het heersende erf. Het onderhavige artikel is in het gewijzigd ontwerp ingevoegd ten einde hieraan tegemoet te komen. De inhoud ervan is grotendeels ontleend aan de regeling van de vergelijkbare complicaties die zich bij erfpacht ten aanzien van de canon kunnen voordoen, oorspronkelijk opgenomen in de leden 2 en 3 van artikel 5.7.1.5 en in het gewijzigd ontwerp in meer uitgewerkte vorm neergelegd in het nieuwe artikel 5.7.1.5*a*. De ondergetekende moge naar deze memorie bij dit laatste artikel verwijzen en voorts ter toelichting van het onderhavige artikel 7*a* nog het navolgende opmerken.

Betreft artikel 5.7.1.5*a* alleen de op de erfpachter rustende verplichting tot betaling van de canon, in de redactie van het onderhavige artikel is tevens rekening gehouden met de mogelijkheid dat geldelijke verplichtingen uit de erfdienstbaarheid voortvloeien, die niet rusten op de eigenaar van het heersende erf (zoals de verplichting tot betaling van een retributie), maar op de eigenaar van het dienende erf. Te denken valt hier b.v. aan een verplichting van de eigenaar van het dienende erf tot betaling van een geldsom voor het gebruik van door de eigenaar van het heersende erf opgerichte gebouwen of werken (verwezen moge worden naar artikel 6).

Voorts verdient aandacht dat voor de vraag of artikel 7*a* van toepassing is, tevens gelet moet worden op artikel 7. Het eerste lid van artikel 7*a* betreft mede het geval dat het heersende of het dienende erf is komen toe te behoren aan twee of meer personen als eigenaars van verschillende gedeelten ervan, het tweede lid dat van een overdracht of toedeling van een ge-

deelte van het heersende of het dienende erf. Deze gevallen kunnen zich slechts voordoen, indien de erfdienstbaarheid na de tot stand gebrachte verdeling ten behoeve of ten laste van *ieder gedeelte* van het heersende, respectievelijk het dienende erf blijft bestaan. Artikel 7 bevat de maatstaf aan de hand waarvan moet worden beoordeeld, of deze situatie aanwezig is.

Ten slotte vestigt de ondergetekende er de aandacht op, dat het artikel niet regelt het geval dat het erf van degene die tot de hier bedoelde geldelijke verplichtingen *gerechtigd* is, aan twee of meer personen komt toe te behoren. Voor dat geval geldt artikel 6.1.3.1 lid 1, welke bepaling als hoofdregel vooropstelt dat de eigenaars ieder voor een gelijk deel gerechtigd zijn.

Artikel 5.6.8, eerste lid. De redactie van de onderhavige bepaling is herzien in verband met de inmiddels gepubliceerde artikelen 6.5.3.11 en 12, die een vergelijkbare regeling bevatten o.a. voor overeenkomsten die een kwalitatieve verbintenis in het leven roepen. Het is gewenst dat deze regeling en die welke de onderhavige titel voor de erfdienstbaarheden bevat, niet onnodig uiteenlopen.

Vergelijkt men de tekst van artikel 5.6.8 van het oorspronkelijke ontwerp met die van de artikelen 6.5.3.11 en 12, dan vallen de volgende verschillen op:

1. Artikel 6.5.3.11 stelt als vereiste voor wijziging of ontbinding dat er zich onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Het oorspronkelijke artikel 5.6.8 stelde daarentegen als vereiste voor wijziging of opheffing van de erfdienstbaarheid dat deze voor de eigenaar van het dienende erf een aanzienlijk groter nadeel oplevert dan bij haar ontstaan voorzienbaar was, en dat bovendien ten minste twintig jaren na het ontstaan van de erfdienstbaarheid zijn verlopen.

2. Artikel 5.6.8 van het ontwerp regelde afzonderlijk de wijziging of opheffing van een erfdienstbaarheid in de gevallen dat de vergroting van het nadeel voor de eigenaar van het dienende erf is teweeggebracht door handelingen van de eigenaar van het heersende erf of van een verdeling van dit erf, in welke gevallen de termijn van twintig jaren niet van toepassing was.

3. Artikel 6.5.3.12 maakt in het daar genoemde geval wijziging of ontbinding van de overeenkomst mogelijk, indien de schuldeiser bij de prestatie geen redelijk belang heeft en indien het ongewijzigd voortbestaan van de overeenkomst in strijd is met het algemeen belang, alles voor zover de prestatie meer dan twintig jaren na het sluiten van de overeenkomst nog moet worden verricht. Een dergelijke regeling ontbrak bij de erfdienstbaarheden.

Ten aanzien van deze verschilpunten moge het navolgende worden opgemerkt:

Ad 1. Afgezien van de eis dat wijziging of opheffing van de erfdienstbaarheid ingevolge het oorspronkelijke artikel 5.6.8 slechts kon worden gevorderd indien twintig jaren na het ontstaan van de erfdienstbaarheid zijn verlopen, over welke eis hieronder nog afzonderlijk zal worden gesproken, acht de ondergetekende de formulering van artikel 6.5.3.11, zij het in enigszins aangepaste vorm, te verkiezen boven die van artikel 5.6.8. Voor een mogelijkheid van wijziging of opheffing dient niet beslissend te zijn of het *nadeel* voor de eigenaar van het dienende erf te voorzien was, maar of zich onvoorziene *omstandigheden* hebben voorgedaan die tot een te zware belasting van het dienende erf hebben geleid. Was de omstandigheid die het nadeel in het leven riep, wel voorzien – d.w.z. is bij de vestiging van de erfdienstbaarheid deze omstandigheid door partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend verdisconteerd (zie de derde alinea van de toelichting bij artikel 6.5.3.11) – dan zou het in de meeste gevallen niet juist zijn desondanks een wijziging of opheffing van de erfdienstbaarheid mogelijk te maken op de enkele grond dat partijen niet tevens hadden voorzien

het nadeel dat als gevolg van die omstandigheid zou intreden of de omvang daarvan.

Het verdient ook de voorkeur te spreken van *onvoorziene* omstandigheden, waar het oorspronkelijke artikel 5.6.8 van onvoorzien*baar* sprak. Deze termen leiden in verscheidene opzichten tot een verschillende uitkomst. In de eerste plaats kan een bepaalde omstandigheid onvoorzienbaar in objectieve zin zijn (d.w.z. dat men niet mag verwachten dat een redelijk mens er rekening mee houdt), en desondanks „voorzien" in de bovenbedoelde zin dat partijen deze omstandigheid bij de vestiging van de erfdienstbaarheid uitdrukkelijk of stilzwijgend hebben verdisconteerd (vergelijk behalve de reeds genoemde derde alinea van de toelichting bij artikel 6.5.3.11 ook p. 430, derde alinea, van de toelichting van het driemanschap bij artikel 5.6.8). Uiteraard behoort in een dergelijk geval geen sprake te zijn van opheffing of wijziging van de overeenkomst, resp. de erfdienstbaarheid. Wel zou men overeenkomstig p. 431, derde alinea, van de toelichting misschien erop kunnen vertrouwen dat de rechter in zo'n geval van de hem gelaten vrijheid gebruik zal maken door de vordering af te wijzen, maar de ondergetekende geeft er de voorkeur aan om een criterium te kiezen waardoor de juiste oplossing rechtstreeks uit de wet volgt, nu dit criterium ook in artikel 6.5.3.11 is gehanteerd.

Aan de andere kant kan iets in objectieve zin voorzienbaar maar toch door partijen niet voorzien (niet verdisconteerd) zijn. Er zijn zeker gevallen waarin het niet aangaat om voor de partijen, en met name ook voor hun rechtsopvolgers, bij voorbaat iedere wijziging of opheffing wegens deze niet verdisconteerde omstandigheden uit te sluiten op de enkele grond dat partijen de betrokken omstandigheid hadden *kunnen* voorzien. Juist omdat de rechter een *facultatieve* bevoegdheid tot wijziging of opheffing heeft, zodat hij met alle bijzondere omstandigheden rekening kan houden, is het wenselijk om een formule te kiezen, waardoor de wijziging of opheffing in dit geval niet bij voorbaat onmogelijk wordt.

Verder wordt in de tekst van artikel 6.5.3.11 tot uitdrukking gebracht dat de rechter alleen tot wijziging of ontbinding over mag gaan, indien de wederpartij *naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid* ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Een zodanige verwijzing naar redelijkheid en billijkheid is stellig ook in artikel 5.6.8 op haar plaats.

Ook wat betreft de in dit artikel gestelde eis dat wijziging of opheffing van de erfdienstbaarheid slechts kan worden gevorderd, indien twintig jaren na het ontstaan van de erfdienstbaarheid zijn verlopen, acht de ondergetekende aanpassing aan artikel 6.5.3.11 wenselijk. Waar een kwalitatieve verplichting die ingevolge artikel 6.5.3.4 is ingeschreven in de registers, ingevolge artikel 6.5.3.11 reeds terstond voor wijziging of opheffing vatbaar is onder de in dit artikel genoemde omstandigheden, bestaat er geen reden anders te oordelen, wanneer de kwalitatieve verplichting is gegoten in de vorm van een erfdienstbaarheid. Dit geldt te meer, omdat artikel 5.6.8 in zijn nieuwe tekst het criterium van redelijkheid en billijkheid uit artikel 6.5.3.11 overneemt. Bij het afwegen van de redelijkheid en billijkheid zal de rechter zeker mede rekening houden met het belang van de stabiliteit van rechtsverhoudingen die uit zakelijke rechten voortvloeien. Voor een beperking van de bevoegdheid van de rechter tot wijziging of opheffing in die zin dat deze de eerste twintig jaren onder geen enkele omstandigheid zou kunnen worden uitgeoefend, bestaat daarom naar de mening van de ondergetekende geen reden.

Dit alles heeft de ondergetekende ertoe gebracht de tekst van artikel 5.6.8 lid 1 onder *a* zoveel mogelijk aan te passen aan die van artikel 6.5.3.11. Slechts zijn de woorden „ongewijzigde instandhouding ..... niet mag verwachten", die minder goed passen bij een zakenrechtelijke verhouding, vervangen door „ongewijzigde instandhouding ..... niet kan worden gevergd".

Ad 2. Nu door de voormelde aanpassing aan artikel 6.5.3.11 een ruime mogelijkheid tot wijziging of opheffing

is geschapen, heeft het naar de mening van de ondergetekende geen zin meer om als aparte grond voor wijziging of opheffing op te nemen dat door handelingen van de eigenaar van het heersende erf of een verdeling van dit erf de erfdienstbaarheid voor de eigenaar van het dienende erf een aanzienlijk groter nadeel oplevert dan bij haar ontstaan voorzienbaar was. Praktisch alle gevallen die onder de formulering van het oorspronkelijke artikel 5.6.8 lid 1 vielen, zijn zijns inziens ook te brengen onder de nieuwe formulering van dit lid onder *a*. Hierbij valt op te merken dat laatstgenoemde formulering naar het oordeel van de ondergetekende in enkele opzichten nauwkeuriger is. Zo is de oorspronkelijk gebezigde term „handelingen van de eigenaar van het heersende erf" zijns inziens te ruim. Men denke aan het geval dat de rechthebbende op een erfdienstbaarheid van weg op een gegeven moment hiervan een zo intensief gebruik gaat maken dat er voor de eigenaar van het dienende erf een aanzienlijk nadeel ontstaat dat bij de vestiging van de erfdienstbaarheid niet voorzien was. In zo'n geval zal een beroep op artikel 5.6.8 gewoonlijk uitgesloten zijn. Ook het criterium van artikel 738 lid 2 van het huidige B.W. dat het driemanschap beoogde te vervangen, gaat minder ver. Volgens deze bepaling komt het immers niet aan op handelingen van de eigenaar van het heersende erf, maar op veranderingen van (of: met betrekking tot) het heersende of dienende erf zelf, waarbij voor de praktijk het belangrijkste is de verandering van de bestemming van het heersende erf (zie Asser-Beekhuis, Bijzonder Deel I, p. 239).

Ad 3. Afgezien van de aanpassing van het artikel 5.6.8 aan artikel 6.5.3.11, acht de ondergetekende het ook wenselijk dat bij de erfdienstbaarheden een regeling wordt opgenomen voor de gevallen, voor overeenkomsten geregeld in artikel 6.5.3.12, te weten de omstandigheid dat de rechthebbende bij de uitoefening van de erfdienstbaarheid geen redelijk belang heeft, of dat het ongewijzigd voortbestaan van de erfdienstbaarheid in strijd is met het algemeen belang.

Om met laatstgenoemd geval te beginnen, dit is geregeld in artikel 5.6.8 lid 1 sub *b*. De ondergetekende meent dat aan deze bepaling behoefte bestaat naast die onder *a*. De toenemende verstedelijking van vroegere agrarische gebieden heeft tengevolge dat tal van erfdienstbaarheden die bij een agrarische exploitatie van de grond van grote betekenis zijn, hun zin kunnen verliezen en zelfs de meest wenselijke bebouwing kunnen tegenhouden. In dergelijke gevallen dient er een middel te bestaan om deze servituten, waarvan het voortbestaan dan in strijd is met het algemeen belang, terzijde te stellen; dit geldt te meer nu in artikel 1 het zgn. nutsvereiste niet langer is gehandhaafd. Partijen behoren niet bij de vestiging van de erfdienstbaarheid de toepassing van artikel 5.6.8 te kunnen uitsluiten door de (al of niet toekomstige) omstandigheden die het servituut in strijd met algemeen belang kunnen doen komen, uitdrukkelijk of stilzwijgend in hun akte van vestiging te verdisconteren en daarmee tot een „voorziene omstandigheid" te maken. Ook is de bepaling nodig naast de hieronder nader te bespreken bepaling van artikel 5.6.8*a*, omdat het zeer wel mogelijk is dat de eigenaar van het heersende erf van zijn standpunt bezien nog een redelijk belang heeft bij de uitoefening van de erfdienstbaarheid, terwijl het ongewijzigd voortbestaan daarvan toch in strijd komt met het algemeen belang.

Het tweede in artikel 6.5.3.12 lid 1 genoemde geval (het ontbreken van een redelijk belang) is in het gewijzigd ontwerp ondergebracht in het reeds vermelde nieuwe artikel 5.6.8*a* dat hieronder nog ter sprake zal komen. Voor de redenen die hiertoe hebben geleid zie men deze memorie bij dit laatste artikel.

Tweede lid. Ook dit lid is aan artikel 6.5.3.11 aangepast; men zie de tweede zin van het eerste lid van dat artikel. De ondergetekende ziet in de eerste plaats geen reden voor de beperking, opgenomen in de eerste zin van het oorspronkelijke lid 2, dat de voorwaarde die door de rechter aan de wijziging of opheffing kon worden verbonden, slechts kan bestaan in de betaling van een schadeloosstelling aan de eigenaar van

het heersende erf. Zo kan het onder omstandigheden redelijker zijn om aan de eigenaar van het dienende erf een verplichting op te leggen tot het aanbrengen van een wijziging in de feitelijke toestand van zijn erf. Het is wenselijk in dit opzicht aan de rechter de grootst mogelijke vrijheid te verlenen.

Voorts is de tweede zin van het oorspronkelijke lid 2 in het gewijzigd ontwerp overbodig geworden. Het thans opgenomen artikel 1 lid 2 maakt het mogelijk in de akte van vestiging aan de eigenaar van het heersende erf de verplichting op te leggen aan de eigenaar van het dienende erf op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen een geldsom (retributie) te betalen. De wijziging van de erfdienstbaarheid die ingevolge lid 1 van de rechter kan worden gevorderd, kan derhalve thans ook bestaan in het opleggen van een zodanige geldelijke verplichting of in het verhogen van een reeds bestaande verplichting. Aan een mogelijkheid om de eigenaar van het heersende erf in stede daarvan te veroordelen tot een schadeloosstelling voor het voortduren van de erfdienstbaarheid, bestaat geen behoefte.

Artikel 5.6.8a. Zoals bij artikel 5.6.8 reeds is aangestipt, beoogt dit nieuwe artikel ook voor het geval dat redelijk belang bij het uitoefenen van de erfdienstbaarheid is komen te ontbreken, aansluiting te zoeken bij artikel 6.5.3.12.

In het oorspronkelijk ontwerp was het geval van het ontbreken van een belang bij de uitoefening van de erfdienstbaarheid slechts behandeld in verband met het nutsvereiste dat aanvankelijk in artikel 1 was opgenomen, nl. met het oog op het geval dat het aldaar bedoelde nut wel bestond ten tijde van het vestigen van de erfdienstbaarheid, maar naderhand zou komen te ontbreken. Volgens het oorspronkelijke artikel 1 lid 3 verplichtte het wegvallen van een redelijk bleang op zichzelf niet tot opheffing (afstand) van de erfdienstbaarheid. Slechts indien vast zou staan dat het oorspronkelijk in artikel 1 lid 1 geëiste nut niet meer door de erfdienstbaarheid zou *kunnen* worden verhoogd – dus dat dit een blijvende toestand is –, kon opheffing van de erfdienstbaarheid worden geëist, en zulks zelfs binnen twintig jaren na het ontstaan van de erfdienstbaarheid. In andere gevallen zou het wegvallen van het belang ten hoogste hebben kunnen leiden tot toepassing van het oorspronkelijk artikel 5.6.9 (de bepaling omtrent nonusus), waarvoor dan echter vereist zou zijn geweest dat de eigenaar van het heersende erf de erfdienstbaarheid (wegens het ontbreken van een redelijk belang) gedurende de in het oorspronkelijke artikel 5.6.9 genoemde termijn niet zou hebben uitgeoefend; zou hij de erfdienstbaarheid blijven uitoefenen, dan zou volgens die regeling de eigenaar van het dienende erf niet worden bevrijd, ook al zou ieder redelijk belang van de eigenaar van het heersende erf (tijdelijk) komen te ontbreken.

Hoewel deze regeling in ieder geval een verbetering betekende ten opzichte van die van de artikelen 750 en 752 B.W. (zie de toelichting p. 425-426), is de ondergetekende van mening dat zij te zeer was toegespitst op het geval dat de erfdienstbaarheid aanvankelijk strekte tot verhoging van het nut dat het heersende erf naar zijn aard of bestemming aan zijn eigenaar kan verschaffen, terwijl dit later niet meer het geval is.

In het systeem van het gewijzigde ontwerp, waarin dat nutsvereiste in artikel 1 niet meer wordt gesteld, gaat het immers zeker niet aan dat de eigenaar van het dienende erf opheffing van de erfdienstbaarheid zou kunnen vragen, wanneer weliswaar het speciale nut, als omschreven in het oorspronkelijk artikel 1, blijvend is komen te ontbreken, maar er nog wel degelijk een redelijk belang van de eigenaar van het heersende erf is overgebleven. Bovendien gaat het naar het oordeel van de ondergetekende iets te ver voor opheffing van de erfdienstbaarheid de eis te stellen dat het nut dat de erfdienstbaarheid aan de eigenaar van het heersende erf bedoelt te verschaffen, in de toekomst niet meer zou *kunnen* bestaan; voldoende moet geacht worden de eis dat het niet aannemelijk is dat het re-

delijk belang bij de uitoefening van de erfdienstbaarheid zal terugkeren. Doet zich dit geval voor, dan behoort de eigenaar van het dienende erf de bevoegdheid te hebben terstond (en niet eerst zoals voor het geval van artikel 6.5.3.12 is bepaald, na verloop van twintig jaren) opheffing van de erfdienstbaarheid te vragen, waardoor deze in de openbare registers kan worden doorgehaald. Weliswaar zal uitoefening van de erfdienstbaarheid door de eigenaar van het heersende erf, terwijl deze daarbij geen redelijk belang heeft, veelal door de eigenaar van het dienende erf kunnen worden tegengegaan met een beroep op misbruik van recht (artikel 8 van de Inleidende Titel), maar het enkele bestaan van de erfdienstbaarheid zal onder de genoemde omstandigheid toch een waardedrukkende factor t.a.v. het dienende erf opleveren en de eigenaar daarvan moet daarom naar het oordeel van de ondergetekende de bevoegdheid hebben de erfdienstbaarheid definitief te doen verdwijnen.

Het bovenstaande is voor de ondergetekende aanleiding geweest het geval waarin de eigenaar van het heersende erf geen redelijk belang bij de uitoefening van de erfdienstbaarheid meer heeft terwijl het niet aannemelijk is dat het redelijk belang zal terugkeren, in het onderhavige artikel te regelen. Dat dit geval in een afzonderlijk artikel is opgenomen, gecombineerd met dat waarin de uitoefening van de erfdienstbaarheid onmogelijk is geworden, vindt zijn oorzaak hierin dat in beide gevallen de eigenaar van het dienende erf slechts *opheffing* van de erfdienstbaarheid kan vorderen. Een actie tot *wijziging* van de erfdienstbaarheid behoefde in deze gevallen niet geregeld te worden, omdat de eigenaar van het dienende erf deze nimmer zou instellen: de erfdienstbaarheid kan immers in beide gevallen toch niet worden uitgeoefend, in het ene geval omdat dit onmogelijk is, in het andere geval omdat uitoefening misbruik van recht zou opleveren. Het enige belang dat de eigenaar van het dienende erf bij de actie tot opheffing geregeld in artikel 8*a* heeft, is daarom dat de erfdienstbaarheid uit de openbare registers verdwijnt. Dit laatste brengt bovendien mee dat ook artikel 8 lid 2 – het verbinden van voorwaarden aan een toewijzing van de vordering – bij de vordering van artikel 8*a* niet zou passen.

De ondergetekende vestigt er nog de aandacht op dat het onderhavige artikel anders dan het oorspronkelijk artikel 1 lid 3, maar evenals artikel 8, er van uitgaat dat de opheffing van de erfdienstbaarheid geschiedt door de rechter ingevolge een daartoe ingestelde vordering en niet door de eigenaar van het heersende erf in de vorm van afstand. Zijn partijen het er over eens dat aan de vereisten van het onderhavige artikel is voldaan, en willen zij de opheffing in der minne tot stand brengen, dan zal dit evenwel ook in het stelsel van het gewijzigd ontwerp te bereiken zijn, doordat de eigenaar van het heersende erf van de erfdienstbaarheid afstand doet overeenkomstig artikel 3.4.2.11.

Artikel 5.6.8b, eerste lid. In het onderhavige nieuwe artikel is bepaald dat de rechter in bepaalde omstandigheden ook op vordering van de eigenaar van het *heersende* erf de inhoud van een erfdienstbaarheid kan wijzigen. De ondergetekende is van oordeel dat deze bepaling, die als een tegenhanger van de twee vorige artikelen kan worden gezien, in een bestaande behoefte voorziet. Zo heeft zich in het verleden het geval voorgedaan dat in een tijd waarin nog geen autoverkeer bestond, een erfdienstbaarheid was gevestigd om met kar en paard over het dienende erf te rijden. Later rees de vraag of deze ook het recht zou kunnen omvatten om met een auto over het erf te rijden (zie H.R. 11 april 1940, N.J. 1940 no. 649 met noot P.S.). In dergelijke gevallen waarin als gevolg van onvoorziene omstandigheden het belang van de eigenaar van het heersende erf bij de erfdienstbaarheid, zoals deze is gevestigd, aanzienlijk is verminderd, dient het mogelijk te zijn dat de rechter een geringe verruiming van de bevoegdheden van de eigenaar van het heersende erf aanbrengt. Soortgelijke overwegingen gelden wanneer de uitoefening van de erfdienstbaarheid door onvoorziene omstandigheden tijdelijk of blijvend onmogelijk is geworden. Intus-

sen dient naar het oordeel van de ondergetekende de mogelijkheid van verruiming van de bevoegdheden van de eigenaar van het heersende erf binnen enge grenzen te worden gehouden, mede omdat deze ook kan werken ten nadele van een nieuwe eigenaar van het dienende erf. In de bepaling zijn dan ook een aantal restricties aangebracht. In de eerste plaats is evenals in artikel 8 lid 1 onder *a*, dat betrekking heeft op wijziging van de erfdienstbaarheid op verzoek van de eigenaar van het *dienende* erf, als voorwaarde gesteld dat zich onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan. Deze moeten ertoe hebben geleid hetzij dat de uitoefening van de erfdienstbaarheid blijvend of tijdelijk onmogelijk is geworden, hetzij dat het belang van de eigenaar van het heersende erf bij de erfdienstbaarheid aanzienlijk is verminderd. Een geringe vermindering van belang is dus niet voldoende; zou de bepaling bij iedere vermindering van belang kunnen worden toegepast, dan zou dit tot te grote onrust in de rechtsverhoudingen kunnen leiden. In de tweede plaats moet de wijziging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van de eigenaar van het dienende erf kunnen worden gevergd, een eis die weer parallel loopt met die gesteld in artikel 8 lid 1 sub *a*. Tenslotte gaat de bevoegdheid van de rechter niet verder dan die tot het aanbrengen van een wijziging die ten doel moet hebben dat daardoor de mogelijkheid van uitoefening van de erfdienstbaarheid dan wel het belang dat partijen bij de vestiging daarvan op het oog hadden, wordt hersteld. Dit laatste vereiste brengt mee dat de mogelijkheid tot wijziging beperkt blijft tot die gevallen waarin aangenomen kan worden dat, indien partijen met de gewijzigde omstandigheden hadden rekening gehouden, zij aan het servituut een ruimere inhoud zouden hebben gegeven. Aan de andere kant is de rechter zowel bevoegd aan een bestaande verplichting een andere inhoud te geven als een nieuwe verplichting aan de reeds bestaande toe te voegen.

Denkbaar is dat de eigenaar van het heersende erf tot het instellen van de vordering van het onderhavige artikel wordt bewogen, doordat de eigenaar van het dienende erf een vordering als bedoeld in artikel 8*a* tot opheffing van de erfdienstbaarheid heeft ingesteld. Doet deze situatie zich voor, dan zal de rechter, zonodig na voeging van beide gedingen wegens connexiteit, eerst dienen na te gaan of de vordering van de erfdienstbaarheid ingevolge artikel 8*b* toewijsbaar is. Zolang rekening gehouden moet worden met de mogelijkheid van toewijzing van die vordering, is immers niet voldaan aan het vereiste van de slotzinsnede van artikel 8*a*: dat niet aannemelijk is dat de mogelijkheid van uitoefening van de erfdienstbaarheid of het redelijk belang van eigenaar van het heersende erf daarbij zal terugkeren.

Tweede lid. Evenals de rechter bij toepassing van artikel 8, waarin hij wijziging in een erfdienstbaarheid aanbrengt op vordering van de eigenaar van het dienende erf, aan de wijziging voorwaarden kan verbinden, is het redelijk hem deze bevoegdheid toe te kennen wanneer het gaat om wijziging op verzoek van de eigenaar van het heersende erf. Zo zal het onder bepaalde omstandigheden billijk zijn de eigenaar van het dienende erf, aan wie de wijziging door de rechter wordt opgelegd, een vergoeding toe te kennen.

Artikel 5.6.8c. In het gewijzigd ontwerp van Boek 3 is het tweede lid van artikel 3.4.2.11, waarin een algemene regel was vervat betreffende de afstand van beperkte rechten uit hoofde van daaraan verbonden lasten, geschrapt. In de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij dat artikel wordt er op gewezen dat de vraag wat in deze situatie behoort te gelden, beter voor ieder beperkt recht afzonderlijk kan worden beantwoord. Het onderhavige nieuwe artikel geeft dit antwoord voor het recht van servituut, en dat wel op een wijze, die in hoofdzaak overeenstemt met het antwoord dat in artikel 3.8.21*a* voor het recht van vruchtgebruik wordt gegeven. Ter toelichting van de onderhavige bepaling kan de ondergetekende in beginsel dan ook naar de memorie van antwoord bij laatstgenoemd artikel verwijzen. Aandacht verdient echter dat aan artikel 8*c* een tweede lid is toegevoegd,

dat mogelijk maakt daarvan in de akte van vestiging af te wijken, voor zover het de eerste twintig jaren na de vestiging betreft. Het dient voor partijen mogelijk te zijn hun rechtsverhouding zo in te richten dat de eigenaar van het dienende erf althans de eerste twintig jaren kan rekenen op de voldoening van de aan de erfdienstbaarheid verbonden lasten en verplichting waaronder in de eerste plaats die betreffende de in artikel 1 lid 2 van het gewijzigd ontwerp bedoelde retributie, zonder dat aan die verplichting een einde kan worden gemaakt door een afstand van de erfdienstbaarheid waaraan hij gehouden is mede te werken.

Artikel 5.6.9. Dit artikel is geschrapt in verband met de invoeging van het nieuwe artikel 3.4.2.8*a* ter gelegenheid van de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer. Men vergelijke hetgeen in die memorie bij dat artikel is aangetekend.

Artikel 5.6.9a. Hetgeen door de Commissie ten aanzien van dit artikel is opgemerkt, is voor de ondergetekende aanleiding geweest enerzijds om het naast huur en pacht mede op andere persoonlijke genotsrechten te betrekken, anderzijds om daarin niet langer ook erfpacht en vruchtgebruik te vermelden. Inderdaad is deze vermelding overbodig naast artikel 3.4.1.2 lid 3; men vergelijke in dit verband nog de achtste alinea van de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij dat artikel.

Artikel 5.6.10. De opmerkingen van de Commissie hebben de ondergetekende aanleiding gegeven de oorspronkelijke tekst van dit artikel in verschillende opzichten te wijzigen en aan te vullen, onder meer door toevoeging van twee nieuwe leden.

Eerste lid. Inderdaad is het juister in de tekst mede tot uitdrukking te brengen dat de erfpachter, de vruchtgebruiker of de opstaller ook *ten behoeve van* de onroerende zaak waarop zijn recht rust een erfdienstbaarheid kan bedingen. Te dien einde is het eerste lid aangevuld. Tevens is de inhoud van de eerste zin van het tweede lid naar het eerste lid overgebracht. In de nieuwe redactie heeft de bevoegdheid van de opstaller tot het vestigen van erfdienstbaarheden nóg een uitbreiding ondergaan. Niet alleen kan hij thans de zaak waarop zijn recht rust belasten met een erfdienstbaarheid die verplicht tot een niet doen, maar ook kan hij dat met een erfdienstbaarheid die verplicht tot een dulden of tot een binnen de grenzen van artikel 5.6.2 gelegen doen. De ondergetekende meent dat er geen reden is deze mogelijkheden uit te sluiten. Men lette in dit verband op het nieuwe lid 4, waaruit volgt dat in een zodanig geval voor de toepassing van de onderhavige titel de opstaller als eigenaar van het dienende erf wordt aangemerkt, zodat de desbetreffende verplichtingen rusten op hem en niet op de werkelijke eigenaar van het erf.

Het tenietgaan van overeenkomstig lid 1 gevestigde erfdienstbaarheden – de materie van de oorspronkelijke tweede zin van lid 1 en van lid 2 – is in het gewijzigd ontwerp geregeld in de leden 2 en 3. In de nieuwe redactie is tegemoet gekomen aan het bezwaar tegen het verschil in terminologie van de drie leden van het artikel in zijn oorspronkelijke vorm.

De ondergetekende vestigt er de aandacht op dat een opstaller niet alleen ten behoeve of ten laste van de zaak waarop zijn recht rust, een erfdienstbaarheid tot stand kan brengen, maar ook ten behoeve of ten laste van de opstal zelf. Dit laatste is in lid 1 niet vermeld, aangezien het reeds voortvloeit uit artikel 5.6.1: een opstal is immers een onroerende zaak.

Tweede lid. In het huidige recht is onzeker of een erfdienstbaarheid door een erfpachter, vruchtgebruiker of opstaller bedongen *ten behoeeve van* de onroerende zaak waarop zijn recht rust, na het vervallen van het zakelijke recht blijft bestaan (zie Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 246). Aangenomen mag worden dat het voortbestaan van de erfdienstbaarheid in het algemeen in de bedoeling zal liggen van partijen.

Dit heeft geleid tot de regeling van lid 2. Daarin zijn de voormelde beperkt gerechtigden tezamen aangeduid als „een beperkt gerechtigde" terwijl daarnaast het geval dat een opstaller een erfdienstbaarheid ten behoeve van zijn opstal heeft bedongen, afzonderlijk is vermeld. Blijft de erfdienstbaarheid voortduren, dan heeft dit tengevolge dat ook eventuele verplichtingen die uit de erfdienstbaarheid voor de gerechtigde voortvloeien, overgaan op de eigenaar. Ten einde te voorkomen dat hij hierdoor te zwaar belast zou worden, is in de tweede zin mogelijk gemaakt dat de eigenaar zich te allen tijde van deze verplichting kan bevrijden door van de erfdienstbaarheid afstand te doen, zelfs als zou ingevolge een beding als bedoeld in artikel 8*c* lid 2 afstand zonder medewerking van de eigenaar van het dienende erf in beginsel zijn uitgesloten.

Derde lid. Naar aanleiding van het door de Commissie vermelde voorstel van S. Somer om in artikel 5.6.10 te bepalen dat erfdienstbaarheden verleend door vruchtgebruikers, erfpachters of opstallers op het object van hun beperkte recht, van kracht blijven in geval van tenietgaan van het vruchtgebruik, het erfpachtsrecht of het opstalrecht tengevolge van afstand en vermenging, werd thans in het derde lid een desbetreffende regel opgenomen. De strekking van deze regel brengt mee dat de erfdienstbaarheid echter niet langer kan blijven bestaan dan tot het tijdstip waarop het beperkte recht ook zonder vermenging of afstand zou zijn geëindigd. Indien b.v. een vruchtgebruiker die een erfdienstbaarheid op het erf heeft gevestigd, de blote eigendom verkrijgt, zal de erfdienstbaarheid wel blijven bestaan maar slechts tot het tijdstip van zijn overlijden.

Vierde lid. In de overige bepalingen van deze titel wordt steeds gesproken van „eigenaar" van het heersende of dienende erf. Om duidelijk te maken dat in de gevallen van een erfdienstbaarheid bedongen of verleend door de erfpachter, vruchtgebruiker of opstaller deze met de eigenaar gelijkgesteld mag worden, is artikel 10 met een vierde lid aangevuld.

Artikel 5.6.10a. De inhoud van dit artikel is overgebracht naar een nieuw artikel 9*a* van afdeling 5.10.1, dat is ontleend aan artikel 875*n* van het ontwerp tot herziening van de regeling in het Burgerlijk Wetboek betreffende splitsing in appartementen (1970–1971 – **10987**). Het verdient aanbeveling deze regeling ook in het nieuwe wetboek bijeen te houden.

TITEL 7

Erfpacht en beklemming

Opschrift. In verband met de hieronder nog te bespreken schrapping van de tweede afdeling betreffende het recht van beklemming is het opschrift van deze titel gewijzigd, zodat het thans nog alleen erfpacht vermeldt.

AFDELING 1

Erfpacht

De Commissie voor Justitie begon haar opmerkingen over deze afdeling met de constatering dat terwijl in het bestaande recht zowel voor het erfpachtsrecht (artikel 782 B.W.), als voor het opstalrecht (artikel 764 B.W.) een „open" regeling gegeven is van deze beide beperkt-zakelijke rechten, de opzet van het ontwerp in belangrijke mate een gesloten karakter draagt. Zij was van mening dat een minder strakke regeling wenselijk zou zijn. Het gesloten stelsel der zakelijke rechten zou naar haar oordeel voldoende verankerd zijn, doordien definities van erfpachtsrecht en opstalrecht zouden worden opgenomen; binnen de grenzen van die definities zou men dan aan partijen een grote mate van vrijheid kunnen laten. Dit zou temeer gelden, nu ten aanzien van het door ons huidig Burgerlijk Wetboek gevolgde systeem in de praktijk niet van bezwaren is gebleken. In dit verband werd verder de aandacht gevraagd voor de prae-adviezen, in 1957 onder de titel „Erfpacht en erfpachtsvoorwaarden" aan de Broederschap der Candidaat-Notarissen uitgebracht door Mr. W. B. Plantenga en Mr. W. C. Treurniet, alsmede voor de opvattingen van de gemeenten, blijkende uit „De Nederlandse Gemeente" 1955, p. 558/9.

Een belangrijk aspect van het hier aan de orde gestelde probleem wordt gevormd door de vraag in hoeverre het partijen geoorloofd is aan het erfpachtsrecht kwalitatieve rechten en verplichtingen te verbinden die een onderdeel vormen van het recht zelf. Inderdaad worden de grenzen die hier aan de vrijheid van partijen worden gesteld, in de eerste plaats bepaald door de omschrijvingen die in de artikelen 5.7.1.1 en 5.8.1 van het recht van erfpacht en het recht van opstal worden gegeven. Hetgeen partijen regelen, dient immers binnen het kader van het in ieder van die artikelen omschreven recht te blijven. Daarnaast is echter nog behoefte aan een andere grens, gelegen in de eis dat de hier bedoelde rechten en verplichtingen met het zakelijke recht waaraan zij zijn verbonden een zeker verband vertonen. In het voorlopig verslag werd er terecht op gewezen, dat in de toelichting van het driemanschap op dit punt verschillende uitingen zijn te vinden. De belangrijkste van deze uitingen komt voor in de Algemene opmerkingen ter inleiding van deze toelichting (p. 378, eerste alinea). Daar wordt gezegd dat de hierbedoelde rechten en verplichtingen „een zodanig verband moeten hebben met het zakelijke recht dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is". In het voorlopig verslag werd daarnaast gewezen op een andere passage voorkomend in de toelichting op art. 5.7.1.8 (p. 437, laatste alinea). Inderdaad wekt deze passage de indruk als zou de boven bedoelde maatstaf, wanneer het gaat om lasten als in dat artikel bedoeld, beperkt moet worden uitgelegd in die zin dat een meer rechtstreeks verband met genot en onderhoud van de zaak zou worden geëist. Naar de mening van de ondergetekende is dit evenwel niet de bedoeling. Beslissend is derhalve steeds of – zoals Treurniet het heeft uitgedrukt – er „voldoende verband" met het zakelijk recht bestaat, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Aan de rechter is overgelaten om in individuele gevallen na te gaan of aan deze maatstaf voldaan is. Met de in het voorlopig verslag aangeduide verplichtingen (het betalen van boete, het verdelgen van ratten, het niet kunnen afstand doen, in het gewijzigd ontwerp het niet kunnen opzeggen door de erfpachter) zal dit in den regel het geval zijn, eveneens met bedingen omtrent het betalen van zakelijke belastingen, bedingen omtrent de bevoegdheid tot wegnemen

van (verplicht aangebrachte) gebouwen, bedingen, waarin een bepaald gebruik van de grond wordt voorgeschreven e.d. In wezen betekent dit dat geen wijziging gebracht wordt in het thans bestaande recht. Ook hierin wordt immers enig verband tussen het beding en het recht van erfpacht noodzakelijk geacht (Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 280). In overeenstemming met de Commissie is de ondergetekende van oordeel dat de grens tussen wat nog kwalitatieve verbintenis kan zijn en wat niet, niet scherper getrokken kan worden dan in de formule, vermeld op p. 378, eerste alinea, van de toelichting van het driemanschap (aldus ook Houwing, W.P.N.R. 4496).

Maar ook al erkent men een zeer grote vrijheid van partijen om zelf ontworpen rechten en verplichtingen aan het erfpachtsrecht toe te voegen, dan behoeft dit nog niet te leiden tot de opneming van een soortgelijke bepaling als thans in artikel 782 B.W. is vervat. In hoeverre een dergelijke bepaling in het ontwerp wenselijk zou zijn, is een vraag, waarop geen antwoord gegeven kan worden zonder beoordeling van de afzonderlijke artikelen van de onderhavige titel. Dwingend recht dient uiteraard alleen te bestaan wanneer er algemene belangen op het spel staan die dit rechtvaardigen. Dit breng mee dat bij iedere bepaling afzonderlijk na zal moeten worden gegaan of afwijking door partijen mogelijk moet zijn of niet. Het is dan verder zuiver een kwestie van wetstechniek of men – zoals het ontwerp doet – bij iedere bepaling afzonderlijk aangeeft in hoeverre partijen er in de akte van vestiging van kunnen afwijken, dan wel het huidige artikel 782 B.W. in het ontwerp opneemt en vervolgens bij de afzonderlijke artikelen aangeeft dat partijen er niet van kunnen afwijken. De ondergetekende heeft aan het eerstgenoemde systeem de voorkeur gegeven, omdat dit in overeenstemming is met de ook elders in het ontwerp gevolgde methode (zie hierover de toelichting van het driemanschap p. 379 onder 10). Aan de andere kant is de vrijheid die deze titel aan partijen verschaft, in het gewijzigd ontwerp niet onaanzienlijk verruimd; men zie met name de artikelen 1 lid 2, 2*a*, 5 lid 1 en 11 lid 3. Overgebleven zijn echter een aantal regelingen van dwingend rechtelijke aard, te weten:

1. Opzegging zal slechts kunnen geschieden bij exploit en ten minste een jaar voor het tijdstip waartegen kan worden opgezegd (artikel *2b*).

2. In de akte van vestiging kan geen beding worden opgenomen dat de overgang van het recht van erfpacht op anderen verder aan banden legt dan artikel 5 toestaat.

3. In de akte van vestiging kan niet ten nadele van een verkrijger van de regeling van de aansprakelijkheid van de canon als bedoeld in artikel 5*a* worden afgeweken.

4. Bij verhuring of verpachting door de erfpachter geldt bij het einde van de erfpacht een dwingend rechtelijke regeling ter bescherming van de huurder of pachter als vermeld in artikel 6 lid 2 en 3.

5. Voor het instellen van rechtsvorderingen geldt de dwingend rechtelijke regel van artikel 7.

6. De in artikel 8*a* aan de rechter gegeven bevoegdheid tot wijziging of opheffing op grond van onvoorziene omstandigheden is uiteraard dwingend.

7. Artikel 9*a* geeft een dwingend rechtelijke regeling omtrent verlenging van de erfpacht.

8. De artikelen 10 en 10*a* geven een dwingend rechtelijke regeling voor vervallenverklaring.

9. Het recht op vergoeding bij het einde van de erfpacht kan slechts in bepaalde gevallen in de akte van vestiging worden uitgesloten (artikel 11).

10. Het retentierecht van artikel 12 kan niet worden uitgesloten (artikel 12 lid 2).

In verschillende van de hier genoemde gevallen is het dwingend rechtelijk karakter van de regeling te verklaren uit de omstandigheid dat belangen van derden in het geding zijn (nrs. 2, 3, 4 en 5). Voor het overige zal men de beperking in de

contractsvrijheid van de partijen moeten zien hetzij als een streven naar grotere rechtszekerheid (nrs. 1 en 7), hetzij als een gevolg van de behoefte bij standaardcontracten een zekere bescherming te verlenen aan degenen die bij het bepalen van de inhoud van het standaardcontract geen invloed hebben kunnen uitoefenen (nrs. 8, 9 en 10). De ondergetekende moge overigens verwijzen naar de toelichting van de afzonderlijke artikelen, waarom het hier gaat.

Uit het bovenstaande moge blijken, dat het geenszins de bedoeling van het ontwerp is om – zoals van de zijde van de gemeenten blijkbaar werd gevreesd – de natuurlijke ontwikkeling van de stedelijke erfpacht aan banden te leggen. De ondergetekende wil gaarne beamen dat men hierdoor zijn doel voorbij zou schieten, omdat de praktijk, wanneer haar doeleinden al te zeer worden bemoeilijkt, andere wegen zou gaan bewandelen en de erfpachtsfiguur zou gaan veronachtzamen.

De ondergetekende vertrouwt er dan ook op door de aangebrachte wijzigingen en door de ruime mogelijkheid van kwalitatieve bedingen tegemoet te zijn gekomen aan de bezwaren die uit de kring van de gemeenten tegen het ontwerp zijn aangevoerd. Wat de bovenvermelde regelingen van dwingend recht betreft, deze hebben geenszins de strekking aan de historische ontwikkeling of aan de functie van het recht van erfpacht geweld aan te doen. Ook in het vervolg zal men het erfpachtsrecht kunnen toepassen om een voor zeer verschillende situaties passende oplossing te vinden en om ervaring op te doen met het oog op het voorbereiden van publiekrechtelijke regelingen ten aanzien van het grondgebruik. Wat de van de zijde van de gemeenten gemaakte opmerking betreft dat dwingend recht in de agrarische sector eerder aanvaardbaar is dan in de stedelijke sfeer, zou de ondergetekende erop willen wijzen dat ook in de agrarische sfeer erfpachtscontracten in de huidige tijd vrijwel uitsluitend door overheidsorganen gesloten worden (verg. de voorbeelden bij Plantenga, Preadvies p. 10 e.v., die wijst op erfpacht voorkomende bij waterstaatsgronden en in de IJsselmeerpolders). Wel zullen hierbij dikwijls andere algemene belangen een rol spelen dan in de stedelijke sfeer, maar dit betekent niet dat de grenzen van de vrijheid die aan partijen toekomt, in de agrarische sfeer anders zouden moeten worden getroffen.

Wat het overgangsrecht betreft, zal het inderdaad niet eenvoudig zijn te beslissen over de vraag in hoeverre aan de nieuwe wettelijke regeling eerbiedigende dan wel exclusieve werking zal moeten worden toegekend. De ondergetekende acht echter thans nog niet het moment aangebroken om dit probleem nader uit te werken.

Artikel 5.7.1.1. In verband met de vraag van de Commissie of het niet wenselijk is de mogelijkheid te openen dat de canon in iets anders bestaat dan in een verplichting van de eigenaar op regelmatig terugkerende tijdstippen een geldsom te betalen, is de inhoud van dit artikel over twee leden verdeeld. Uit het woord „kan" in het tweede lid volgt dat in het gewijzigd ontwerp de verplichting tot betaling van een canon een facultatief karakter heeft. Ook de ondergetekende geeft aan dit facultatieve karakter van de canon de voorkeur. Zo men voor de totstandkoming van erfpacht steeds een canonverplichting zou eisen, zou dit er slechts toe leiden dat partijen die deze verplichting niet wensen, de canon op een symbolisch bedrag stellen, waarvan de inning voor de eigenaar alleen maar een uitgebreide administratie zou vergen.

Aandacht verdient daarbij dat het gewijzigd ontwerp – evenals het oorspronkelijke ontwerp reeds deed – partijen vrij laat te bedingen dat ter zake van de erfpacht een tegenprestatie verschuldigd zou zijn, hetzij in de vorm van een bepaald geldsbedrag, hetzij in andere vorm. Het tweede lid heeft slechts betrekking op het geval dat de tegenprestatie bestaat in een geldsom, die de erfpachter als zodanig op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen *als canon* aan de eigenaar verschuldigd wordt, zodat de bepalingen betreffende de canon daarop van toepassing zijn; zie met name de artikelen 5*a* en 10. Mede met het oog op deze artikelen kan de canon niet bestaan in uitkering van iets anders dan geld. Wèl laat

echter artikel 4 lid 1 toe in de akte van vestiging te bepalen dat de vruchten en roerende voordelen die de in erfpacht gegeven zaak zelf oplevert, geheel of ten dele niet aan de erfpachter maar aan de eigenaar toekomen. Gevaar dat in verband met de afgrenzing van erfpacht tegenover andere zakelijke rechten, b.v. vruchtgebruik, als gevolg van dit nieuwe systeem moeilijkheden zullen ontstaan, acht de ondergetekende niet aanwezig. Mochten zij zich ooit voordoen, dan zal beslissend zijn welk recht partijen blijkens de akte van vestiging hebben willen vestigen. Is dat een recht van vruchtgebruik, dan zijn uitsluitend de bepalingen betreffende vruchtgebruik van toepassing (hetgeen meebrengt dat het recht eindigt bij de dood van de vruchtgebruiker of, als deze een rechtspersoon is, bij ontbinding daarvan en in ieder geval na 30 jaren; zie artikel 3.8.3). Is daarentegen een recht van erfpacht bedoeld, dan zijn uitsluitend de bepalingen van erfpacht van toepassing.

Thans komende tot een beantwoording van de overige opmerkingen die de Commissie in verband met artikel 5.7.1.1 heeft gemaakt, zou de ondergetekende allereerst willen ingaan op de door de Commissie aan de orde gestelde vraag naar het rechtskarakter van de canonverplichting. Hij zou hierbij voorop willen stellen, dat er t.a.v. dit vraagpunt in beginsel vier oplossingen mogelijk zijn:

a. de verplichting tot betaling van de canon is een zakelijke last die uitsluitend drukt op het recht van erfpacht (aldus voor het huidige recht Treurniet, preadvies p. 105);

b. de verplichting tot betaling van de canon is een kwalitatieve verbintenis in die zin dat de canontermijnen die na de overdracht van het recht van erfpacht verschijnen, betaald dienen te worden door de verkrijger;

c. als bij *b* maar met dien verstande dat de eigenaar voor de verschillende canons, onverschillig of deze vóór dan wel na de overdracht opeisbaar is geworden, bevoorrecht is op de opbrengst van het recht van erfpacht (aldus voor het huidige recht Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 270);

d. de verplichting tot betaling van de canon is een kwalitatieve verbintenis met dien verstande dat bij overdracht de verkrijger niet alleen aansprakelijk is voor de termijnen die na de overdracht verschijnen, maar ook voor bepaalde reeds verschenen termijnen, en wel wat laatstgenoemde termijnen betreft hoofdelijk met de vervreemder (aldus artikel 5 lid 3 van het regeringsontwerp, thans artikel 5.7.1.5*a* lid 2 en voor het huidige recht reeds De Grooth, Corr. Blad van de Broederschap der Notarissen 1955 p. 323 e.v.).

In tegenstelling tot de Commissie die op het voetspoor van prof. Versteeg aan het systeem sub *c* de voorkeur gaf, kan de ondergetekende zich beter verenigen met de in het ontwerp gekozen oplossing (systeem sub *d*). Ter toelichting van deze mening diene het volgende:

Het voornaamste bezwaar dat men tegen de oplossing sub *a* kan aanvoeren, is dat het onredelijk is te achten dat na overdracht de oorspronkelijke erfpachter niet aansprakelijk zou zijn voor de termijnen van de canon die tijdens de duur van zijn genot opeisbaar zijn geworden. Tegen oplossing *b* pleit dat deze aan de grondeigenaar onvoldoende waarborgen biedt met betrekking tot de canontermijnen die op het tijdstip van de overdracht reeds vervallen zijn. Weliswaar wordt door het systeem sub *c* aan dit bezwaar tegemoet gekomen, maar deze oplossing schept moeilijkheden voor de erfpachter, indien deze hypotheek op de erfpacht zou willen vestigen, vooral wanneer de hypotheekhouder achtergesteld zou worden bij de grondeigenaar. Bovendien zou deze oplossing een uitvoerige wettelijke regeling eisen waarin het voorrecht van de grondeigenaar nader zou moeten worden uitgewerkt. Deze regeling is uiteraard overbodig bij de keuze van oplossing sub *d*. Toch is de grondeigenaar bij deze oplossing zeker niet minder beschermd dan bij oplossing sub *c*.

In geval van verkoop zal de koper immers in beginsel slechts een prijs toezeggen, waarbij rekening gehouden wordt met het bedrag van de vervallen termijnen dat de vervreemder

nog schuldig is; dit laatste bedrag zal hij dan voldoen aan de grondeigenaar. Hetzelfde geldt bij executie door een hypotheekhouder. Het resultaat is dus dat de grondeigenaar in zijn verhaalsrecht op de nieuwe erfpachter een minstens even grote zekerheid heeft als wanneer hij op de opbrengst van het recht van erfpacht bevoorrecht zou zijn. De ondergetekende kan niet inzien dat deze oplossing in de praktijk minder goed zou werken dan die van een zakelijke last, zoals door prof. Versteeg ter vergadering van de Broederschap van Notarissen werd gesteld. Deze laatste oplossing maakt het immers noodzakelijk dat er in bepaalde gevallen een rangregeling plaatsvindt, welke in het voorstel van het ontwerp steeds achterwege kan blijven. Aan de andere kant is de ondergetekende – anders dan de Commissie – er niet beducht voor dat bij een executie van de erfpacht bij oplossing sub *d* geen reële prijs zou worden geboden. Gegadigden kunnen immers steeds bij de grondeigenaar te weten komen hoeveel canontermijnen door de geëxecuteerde erfpachter nog verschuldigd waren. Bovendien bevat het nieuwe artikel 5.7.1.5*a* lid 2 een regeling volgens welke de verkrijger hoofdelijk aansprakelijk is voor de canon die in de voorafgaande vijf jaren opeisbaar is geworden, waardoor tevens een maximum is aangegeven van het bedrag waarvoor de verkrijger mede verbonden is.

Bovenstaande argumenten hebben de ondergetekende ertoe gebracht het systeem van het ontwerp in beginsel te handhaven.

De ondergetekende wil de bespreking van artikel 5.7.1.1 beëindigen met de opmerking dat uit de redactie van lid 1 voortvloeit dat erfpacht op rechten – in tegenstelling tot vruchtgebruik op rechten – ingevolge het ontwerp niet mogelijk zal zijn. Mr. Plantenga heeft hieruit in zijn preadvies afgeleid, dat ook ondererfpacht voor het vervolg zal zijn uitgesloten. Deze gevolgtrekking acht de ondergetekende niet geheel juist. Naar zijn mening blijft ondererfpacht mogelijk, mits men dit recht aldus construeert, dat het door de erfpachter op (een deel van) de onroerende zaak wordt gevestigd en dat het ertoe strekt de ondererfpachter het houderschap en het gebruik van de onroerende zaak (of een deel ervan) te verschaffen, een en ander overeenkomstig Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 263. De bevoegdheid daartoe kan worden gebaseerd op artikel 3 lid 1, waaruit tevens volgt dat zij in de akte van vestiging kan worden uitgesloten. Het spreekt vanzelf dat de ondererfpacht teniet gaat, wanneer de erfpacht eindigt. Dit vloeit voort uit de regel dat men aan een ander niet meer recht kan verschaffen dan men zelf heeft; zie de Algemene opmerkingen ter inleiding van de toelichting bij Boek 5, p. 378.

Artikel 5.7.1.2. In dit artikel zijn enkele ondergeschikte veranderingen aangebracht. Aangezien de tegenstelling "voor bepaalde tijd" en "voor onbepaalde tijd" in verband met erfpacht geen nuttige functie heeft en in deze titel verder dan ook geen rol speelt, leek het de ondergetekende wenselijk deze tegenstelling te vermijden, hetgeen tot een nieuwe redactie van het eerste lid heeft geleid. Nu partijen volledige vrijheid wordt gelaten de duur van de erfpacht te regelen, behoefde niet uitdrukkelijk bepaald te worden dat erfpacht ook voor altijd kan worden gevestigd (welke term overigens niet geheel nauwkeurig zou zijn in verband met het bepaalde in de artikelen 2, 2*a* en 8*a*).

De wijziging van het eerste lid bracht mee, dat ook het tweede lid vereenvoudigd kon worden. De inhoud hiervan is thans verdeeld over lid 2 en lid 3. Uit lid 3 volgt dat in de akte van vestiging niet alleen bepaald kan worden dat de erfpacht niet door de eigenaar kan worden opgezegd, maar ook dat opzegging tegen een vroeger tijdstip dan vijfentwintig jaar na de vestiging van het recht van erfpacht kan plaatsvinden (aldus ook blijkens de toelichting van het driemanschap bij artikel 5.7.1.2 van het ontwerp). Dit neemt niet weg dat bij agrarische erfpacht rekening gehouden moet worden met artikel 59 Pachtwet.

De inhoud van het oorspronkelijke derde lid is overgebracht naar artikel 2*b*, omdat de bepaling ook geldt bij opzegging door de erfpachter ingevolge het nieuwe artikel 2*a*.

Artikel 5.7.1.2a. Het ontwerp bevatte geen regeling omtrent opzegging door de erfpachter. Dit hield verband met de inhoud van artikel 3.4.2.11 zoals dit artikel toenmaals luidde. Deze bepaling liet nl. eenzijdige afstand toe, indien deze geschiedde uit hoofde van de aan het beperkte recht verbonden lasten, en uit de toelichting van Meijers van deze bepaling blijkt dat deze hierbij ook het geval op het oog had dat de erfpachter afstand doet, omdat hij zich wil bevrijden van een te hoge canon.

Nu artikel 3.4.2.11 lid 2 in het gewijzigd ontwerp van Boek 3 is komen te vervallen, zou afstand van erfpacht ingevolge het nieuwe artikel 3.4.2.11 slechts kunnen geschieden met inachtneming van de regels omtrent de overdracht, d.w.z. door een tweezijdige notariële akte, gevolgd door de inschrijving daarvan in de daartoe bestaande openbare registers. In de vierde alinea van de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij artikel 3.4.2.11 werd echter reeds uiteengezet dat de ambtsvoorganger van ondergetekende na de schrapping van het tweede lid in het kader van de regeling voor ieder van de beperkte rechten afzonderlijk zou willen nagaan in hoeverre in dit verband behoefte bestaat aan een bepaling die afstand tegen de zin van de hoofdgerechtigde in mogelijk zou maken. Wat de erfpacht en opstal betreft heeft dit geleid tot een regeling die weliswaar het beginsel van tweezijdige afstand intact laat, maar hiernaast een mogelijkheid van opzegging van de erfpachter of opstaller tegen de zin van de hoofdgerechtigde in het leven roept. Er zijn verschillende redenen waarom aan een regeling van opzegging boven een van eenzijdige afstand de voorkeur is gegeven. In de eerste plaats wordt hierdoor bereikt dat de erfpacht of opstal niet terstond eindigt op het tijdstip dat de erfpachter of opstaller zijn recht wil prijsgeven, maar eerst ten minste één jaar daarna (artikel 2*b*). Nog belangrijker is echter dat de constructie van opzegging in plaats van afstand tengevolge heeft dat artikel 3.4.1.2 lid 3 niet op de beëindigingshandeling van toepassing is. Deze laatste bepaling kan zeker bij erfpacht maar ook bij opstal tot voor de eigenaar minder gelukkige resultaten leiden. Zo doet afstand van een recht van erfpacht waarop b.v. als gevolg van een door de aanvankelijke erfpachter gemaakt legaat een vruchtgebruik is gevestigd, weliswaar de erfpacht teniet gaan, maar de eigenaar ziet dan zijn recht belast met een vruchtgebruik dat ondanks dit tenietgaan in stand blijft en dat in karakter van de oorspronkelijke erfpacht niet onaanzienlijk verschilt, al zal de inhoud van het vruchtgebruik uiteraard mede bepaald blijven door het erfpachtrecht waarop het nu eenmaal gevestigd werd. Het komt de ondergetekende niet wenselijk voor dat de eigenaar – bij erfpacht veelal de overheid die in een bepaald gebied op min of meer uniforme voorwaarden grond in erfpacht uitgeeft – tegen zijn wil in deze situatie zou kunnen komen. De figuur van een zonder medewerking van de eigenaar tot stand te brengen afstand, zou daarom juist bij erfpacht slecht passen. Bij opzegging kan de onderhavige moeilijkheid zich niet voordoen. Rust op de erfpacht een vruchtgebruik dan zal de erfpachter zijn recht, niet dan met medewerking van de vruchtgebruiker op kunnen zeggen; men zie artikel 3.8.6 lid 2, tweede zin, van het gewijzigd ontwerp. Zo zal ook een op de erfpacht of de opstal gevestigde hypotheek bij opzegging van het recht van erfpacht of opstal niet – als bij afstand – in stand blijven, maar terstond teniet gaan, zij het ook dat de hypotheekhouder op grond van artikel 3.2.11 en eventueel art. 3.2.11*c* tot vernietiging van de opzegging over zal kunnen gaan, aangenomen dat de opzegging is geschied op een tijdstip dat de erfpacht op de opstal als verhaalsobject voor de hypotheekhouder nog van betekenis was. Men vergelijke voorts de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer betreffende artikel 3.4.1.2, tweede alinea e.v.

Intussen gaat het naar het oordeel van de ondergetekende te ver aan de bevoegdheid van de erfpachter of opstaller tot eenzijdige opzegging een dwingend rechtelijk karakter te geven. Dit zou in strijd komen met het van de zijde van de gemeenten en ook in het voorlopig verslag tot uitdrukking gebrachte verlangen de mogelijkheid van eenzijdige afstand (thans geconstrueerd als opzegging) tot aanvullend recht te maken.

Daarom is bepaald dat de bevoegdheid van de erfpachter tot eenzijdige opzegging in de akte van vestiging kan worden uitgesloten. Tegen deze mogelijkheid bestaat naar het oordeel van de ondergetekende weinig bezwaar, nu het nieuwe artikel 5.7.1.8*a* aan de rechter de bevoegdheid geeft om, nadat vijfentwintig jaren na de vestiging van de erfpacht zijn verlopen, deze op vordering van de erfpachter te wijzigen of op te heffen op grond van onvoorziene omstandigheden. Bij agrarische erfpacht dient in verband met de vraag of opzegging door de erfpachter mogelijk is, nog rekening te worden gehouden met artikel 59 Pachtwet waarin wordt bepaald, dat de dwingende bepalingen betreffende pacht binnen bepaalde grenzen ook op zakelijke genotsrechten van toepassing zijn. Uit het stelsel van de Pachtwet volgt dat eenzijdige beëindiging van de pacht in het algemeen niet mogelijk is.

Artikel 5.7.1.2b. Dit artikel bevat de inhoud van het oorspronkelijke artikel 5.7.1.2 lid 3, met dien verstande dat de in het artikel aan een geldige opzegging gestelde vereisten tot dwingend recht zijn gemaakt. In tegenstelling tot de mening van enkele leden van de Commissie voor Justitie tot uitdrukking gebracht in het voorlopig verslag ad artikel 5.7.1.2 hecht de ondergetekende aan de eis dat opzegging bij deurwaarders-exploit dient te geschieden, grote waarde, omdat er naar zijn mening mede met het oog op eventuele rechten van derden geen onzekerheid dient te bestaan over de vraag of het recht geëindigd is. Bovendien is het wenselijk dat beide partijen over een behoorlijk stuk beschikken dat in de registers ingevolge artikel 3.1.2.2 lid 1 kan worden ingeschreven, omdat niet alleen degeen tot wie de opzegging gericht is, maar ook de opzegger zelf bij de inschrijving belang heeft; verg. de in het huidige recht onbekende regel van artikel 3.1.2.7. Bij een exploit is aan deze eis voldaan: degene die het doet betekenen krijgt het orgineel, degene aan wie betekend wordt een authentiek afschrift. Zou de opzegging bij aangetekende brief geschieden, dan beschikt alleen degene tot wie zij gericht is over een stuk dat voldoende waarborg biedt dat wat daarin staat, ook inderdaad is geschied.

Het woord „deurwaardersexploit" is verder vervangen door het „exploit", welk woord ook elders gebezigd wordt (zie b.v. de artt. 3.2.4 lid 2 en 6.2.11).

Artikel 5.7.1.3. De in lid 2 gebezigde woorden „indien daardoor de waarde van de zaak zou verminderen" zijn in het gewijzigd ontwerp weggelaten. Het belang dat met name de overheid heeft bij handhaving van de bestemming van door haar in erfpacht gegeven grond is vaak van publieke aard en hangt niet samen met een eventuele waardevermindering van de grond. Men denke bv. aan instandhouding van landschapschoon of aan de noodzakelijke spreiding van de wijze waarop de grond in een bepaald gebied geëxploiteerd wordt.

Aandacht verdient nog dat de in de aanhef van lid 1 vermelde, ruim geformuleerde mogelijkheid van afwijking in de akte van vestiging ook het in lid 2 bepaalde omvat.

In lid 3 zijn achter „aangebracht" ingevoegd de woorden „of van de eigenaar tegen vergoeding der waarde zijn overgenomen", welke woorden ook voorkomen in artikel 11 lid 1. Opgemerkt moge worden dat het hier bedoelde wegnemingsrecht ook geldt na vervallenverklaring van de erfpacht.

Artikel 5.7.1.4. In lid 1 is het woord „ander" geschrapt, aangezien hierdoor de indruk werd gewekt alsof ook burgelijke vruchten (volgens artikel 3.1.1.9 lid 2 „rechten") voordelen van *roerende* aard zouden zijn, hetgeen niet past in het stelsel van het nieuwe wetboek dat alleen van roerende en onroerende *zaken* spreekt (artikel 3.1.1.2). Wat de betekenis van „voordelen van roerende aard" betreft kan gedacht worden aan terpaarde, opgegraven delfstoffen, voor zover deze aan de grondeigenaar zouden toekomen, het in artikel 5.3.1 onder *c* en *d* bedoelde, geputte of afgetapte water e.d.

De tweede zin in het eerste lid is overgebracht naar een nieuw lid 2 en aangepast aan artikel 3.8.11 lid 2.

Artikel 5.7.1.5. Naar aanleiding van de opmerking van de Commissie over de overdraagbaarheid van de erfpacht is naar een regeling gezocht, waardoor het de gemeenten mogelijk wordt gemaakt enige invloed uit te oefenen op de persoon van de verkrijger. Hierbij is aangesloten aan de ook door de Commissie aanbevelen oplossing van Houwing (WPNR 4496, blz. 280), volgens welke de overdracht in beginsel afhankelijk kan worden gemaakt van de toestemming van de eigenaar met dien verstande dat diens toestemming onder bepaalde omstandigheden kan worden vervangen door een machtiging van de boe-

In verband daarmee is het onderhavige artikel geheel herzien. Een nieuw eerste en derde lid zijn toegevoegd. De materie van het oorspronkelijke lid 1 is naar het tweede lid overgebracht, die van de oorspronkelijke leden 2-4 naar een nieuw artikel 5*a*.

Ter toelichting van de afzonderlijke leden van artikel 5.7.1.5 wil de ondergetekende nog het navolgende naar voren brengen.

Eerste lid. De eis dat toestemming van de eigenaar noodzakelijk is, kan gesteld worden voor het geval dat er een nieuwe erfpachter zou komen door overdracht of toedeling. Dat „overdracht" niet „toedeling" omvat volgt uit artikel 3.7.1.14*a* van het gewijzigde ontwerp van Boek 3. Het beding kan niet inhouden dat (reeds) bij overlijden van de erfpachter toestemming nodig is voor de overgang van de erfpacht op diens intestate of testamentaire erfgenamen. Wel echter kan het omvatten het geval van overdracht ingevolge een legaat aan de legataris.

Zoals in de tweede zin van lid 1 is uitgedrukt, staat het beding niet in de weg aan uitwinning door de schuldeisers (waaronder ook valt te rekenen de uitwinning als bedoeld in artikel 3.9.4.11 lid 2). Voor de grondeigenaar betekent dit weliswaar dat hem bij uitwinning tegen zijn zin een nieuwe erfpachter kan worden opgedrongen (die overigens zelf de erfpacht weer slechts kan overdragen met toestemming van de eigenaar), maar het belang van de grondeigenaar moet hier wijken voor het meer algemene belang dat niet door middel van een beding als hier bedoeld een belangrijk vermogensbestanddeel als een recht van erfpacht kan zijn, vrijwel aan verhaal door de schuldeisers van de erfpachter zou kunnen worden onttrokken. Onder de schuldeisers zijn begrepen zij die op de erfpacht een recht van hypotheek hebben verworven. De bepaling spreekt van „schuldeisers" zonder meer, omdat niet noodzakelijk is dat het gaat om schuldeisers van de erfpachter. Men denke aan het geval dat deze het recht van erfpacht hypothecair verbonden heeft voor de schuld van een ander. Onder de hier bedoelde executie valt ook die welke ingeval van faillissement van de erfpachter ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers door de curator plaats vindt. Ter gelegenheid van de invoeringswet kan worden bezien in hoeverre met het oog daarop nog een voorziening in de faillissementswet nodig is.

De ondergetekende wijst er nog op dat de regel van de tweede zin in zoverre bij de huidige praktijk aansluit, dat ook in de huidige erfpachtcontracten bepalingen voorkomen die voor het geval van executie of verkoop door een hypotheekhouder de eis van toestemming van de eigenaar laten vallen.

In de gevallen waarin een beding gemaakt is als bedoeld in lid 1 wordt alleen overdracht of toedeling zonder toestemming van de eigenaar uitgesloten. De mogelijkheid om het recht met beperkte rechten zonder toestemming van de eigenaar te bezwaren, waarbij met name moet worden gedacht aan hypotheek en vruchtgebruik, blijft ten volle bestaan. Het komt de ondergetekende minder wenselijk voor de totstandkoming van deze beperkte rechten die een tijdelijke duur hebben van de toestemming van de eigenaar afhankelijk te stellen.

Tweede lid. Deze bepaling stamt van artikel 5.7.1.5 lid 1 van het regeringsontwerp. De nieuwe formulering is gekozen om een betere aansluiting te verkrijgen met het nieuwe eerste lid. Uit deze formulering blijkt ook dat de bepaling geen betrekking heeft op de bevoegdheid tot splitsing in appartementsrechten, welke bevoegdheid is geregeld in artikel 5.10.1.1 van het gewijzigd ontwerp, met name in lid 6. Evenmin als

artikel 5.7.1.5 lid 1 van het regeringsontwerp heeft artikel 5.7.1.5 lid 2 van het gewijzigd ontwerp betrekking op overdracht door de erfpachter van een aandeel in zijn recht. Overdracht van een aandeel (niet bestaande in een appartementsrecht) zonder toestemming van de eigenaar kan echter zijn uitgesloten door een beding dat ingevolge lid 1 van het herziene artikel in de akte van vestiging kan zijn opgenomen. Een zodanig beding wordt met betrekking tot appartementsrechten waarin een erfpacht is gesplitst, in artikel 5.10.1.9 als niet toelaatbaar vermeld.

Derde lid. Deze nieuwe bepaling heeft ten doel het absolute karakter aan een beding als toegelaten in lid 1 of lid 2 te temperen. Verwezen moge worden naar de Inleidende opmerkingen boven bij dit artikel gemaakt.

Artikel 5.7.1.5a. Dit nieuwe artikel vormt een uitwerking van het bepaalde in artikel 5.7.1.5 leden 2–4 van het regeringsontwerp.

Eerste lid. Deze bepaling bevat de regel van het oorspronkelijke artikel 5.7.1.5 lid 2. Met de gewijzigde redactie is slechts beoogd enige verduidelijking aan te brengen. Thans is uitdrukkelijk bepaald dat de hoofdelijke aansprakelijkheid alleen geldt voor de canontermijnen die tijdens het bestaan van de toestand dat er meer gerechtigden tot de erfpacht zijn, opeisbaar worden. Bovendien wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat de eigenaar vrijwillig de canon over de gerechtigden verdeeld heeft, dan wel de verdeling krachtens de wet heeft plaats gehad zoals krachtens artikel 5.10.1.8 van het gewijzigd ontwerp bij splitsing in appartementsrechten.

Tweede lid. Deze bepaling stemt in strekking overeen met het oorspronkelijke artikel 5.7.1.5 lid 3. Wat betreft de toevoeging achter „overdracht" van het woord „toedeling" moge verwezen worden naar deze memorie bij artikel 5.7.1.5 lid 1. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de verkrijger is thans in zover beperkt, dat op hem niet meer verhaald kan worden dan de door de vervreemder verschuldigde canon die in de voorafgaande vijf jaren opeisbaar is geworden. De beperking van de aansprakelijkheid is niet overbodig naast artikel 3.11.12, omdat de in dit artikel bedoelde verjaring gestuit kan zijn. In een dergelijk geval zou het niet redelijk zijn dat de verkrijger van deze stuiting waarvan hij zelf geen kennis behoeft te dragen, de dupe zou worden. Overigens bestaat de mogelijkheid het maximum waarvoor de verkrijger aansprakelijk is, in de akte van vestiging op een lager bedrag te stellen.

Derde lid. Dit laatste wordt toegelaten door lid 3, volgens welke bepaling wèl ten voordele, maar niet ten nadele van de verkrijger afgeweken kan worden van de regeling van de vorige leden. Dit houdt een wijziging in ten opzichte van het oorspronkelijke artikel 5 lid 4; met deze wijziging is beoogd aan de verkrijgers een grotere zekerheid omtrent de omvang van zijn eventuele aansprakelijkheid te verschaffen. Niet alleen kan de verkrijger er thans zeker van zijn dat hij nimmer meer zal hoeven te betalen dan de canon die in de voorafgaande vijf jaren opeisbaar is geworden, ook zal deze beperking het voor hem gemakkelijker maken na te gaan welk werkelijk bedrag nog aan de eigenaar verschuldigd is, daar hij met eerder opeisbaar geworden canon geen rekening behoeft te houden. Hij zal over het mogelijk nog verschuldigde bij de eigenaar inlichtingen kunnen inwinnen, en deze zonodig aan zijn desbetreffende verklaring kunnen houden met een beroep op artikel 3.2.3*a*.

Praktisch komt de hier besproken regeling erop neer dat aan de grondeigenaar een zeer hoge mate van zekerheid wordt gegeven voor de betaling van hetgeen de erfpachter aan hem verschuldigd is. Zelfs wanneer de verkrijger niet in staat of bereid zou zijn de achterstallige termijnen te betalen, kan de eigenaar ervoor zorgen dat hij deze termijnen ontvangt, nl. door op de erfpacht beslag te leggen en deze opnieuw te verkopen. Ook voor de latere verkrijger geldt immers artikel 5*a* lid 2, zodat hij voor de achterstallige termijnen hoofdelijk met de nalatige verkrijger aansprakelijk is. Hierdoor wordt de positie van de

eigenaar in wezen nog sterker dan wanneer hem een voorrecht zou zijn toegekend. Verwezen moge worden naar de toelichting van het driemanschap bij artikel 5.7.1.1.

De door de Commissie naar aanleiding van deze bepaling gestelde vraag of niet een regeling behoort te worden opgenomen voor het verhaal van een opvolger die wordt aangesproken, op zijn voorganger, resp. de oorspronkelijke erfpachter, zou de ondergetekende in ontkennende zin willen beantwoorden. Zoals de Commissie zelf heeft opgemerkt, zullen de betrokken partijen daarvoor zelf wel een regeling hebben getroffen in de overeenkomst die aan de overdracht van de erfpacht ten grondslag ligt. Zou dit niet het geval zijn, dan hangt het van de aard van de overeenkomst af of bedoeld verhaal mogelijk zal zijn.

Artikel 5.7.1.6. De nieuwe redactie is hoofdzakelijk ontleend aan de leden 1 en 3 van artikel 3.8.16, zoals gewijzigd in het bij de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer behorend gewijzigd ontwerp van Boek 3, zij het dat de regel van de derde zin van artikel 3.8.16 lid 3 in een afzonderlijk laatste lid is ondergebracht.

Niet overgenoemen is artikel 3.8.16 lid 2. Een vruchtgebruiker van een onroerende zaak kan niet zonder toestemming van de hoofdgerechtigde of machtiging van de boedelrechter verhuren of verpachten, indien bij de vestiging van het vruchtgebruik de zaak niet verhuurd of verpacht was. Voor deze beperking van de bevoegdheid tot verhuring of verpachting bestaat bij erfpacht geen reden, aangezien dit recht gewoonlijk een veel langere duur heeft dan vruchtgebruik. Om dezelfde reden komt het de ondergetekende niet juist voor de erfpachter te verbieden zonder toestemming van de eigenaar te verpachten voor langere duur dan 12 jaren voor hoeven en zes jaren voor los land. Voldoende is dat de eigenaar na afloop van de erfpacht een langere duur niet gestand behoeft te doen.

De Commissie heeft naar aanleiding van dit artikel nog gewezen op het bezwaar dat in De Nederlandse Gemeente 1955, p. 559, tegen deze bepaling is aangevoerd, te weten dat de aan de erfpachter toegekende bevoegdheid van verhuren en verpachten onnodig bezwarend zou zijn voor gemeenten, die het stelsel van erfpacht juist bezigen met de bedoeling om na bepaalde tijd de vrije beschikking over de grond te hebben met het oog op sanering of kernverbetering. Terecht merkt de Commissie in dit verband op dat gemeenten die dit zouden willen, in de akte van vestiging een bepaling kunnen opnemen waarin bedoelde bevoegdheid van de erfpachter wordt beperkt of terzijde gesteld. Uiteraard zal in het overgangsrecht rekening gehouden worden met de omstandigheid dat in een aantal bestaande akten het afwijkend beding van het eerste lid niet gemaakt is. Uit het voorgaande moge blijken dat de ondergetekende zich niet kan verenigen met de opvatting tot uiting gebracht in het Rapport van de Broederschappen (W.P.N.R. 4565) de mogelijkheid van afwijking bij de akte van vestiging, door het eerste lid geboden, te doen vervallen. Ook bij vruchtgebruik is een verbod van verhuur of verpachting in artikel 3.8.16 lid 1, zoals dat thans luidt, mogelijk.

Wat de vraag betreft van enige leden, hoe men een figuur als huur en verhuur van het erfpachtsrecht op zich zelf genomen zou moeten bezien, zou de ondergetekende willen antwoorden dat men deze figuur niet dient op te vatten als verhuring van een recht, maar als verhuring van de onroerende zaak, waarop de erfpacht rust. Aldus ook de toelichting van het driemanschap bij het onderhavige artikel.

Artikel 5.7.1.7. De redactie van dit artikel is in overeenstemming gebracht met artikel 3.8.17, zoals gewijzigd ter gelegenheid van de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer betreffende Boek 3.

Artikel 5.7.1.8. De redactie van dit artikel is aangepast aan die van artikel 3.8.18 lid 1, zoals gewijzigd ter gelegenheid van de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer betreffende Boek 3. Het eerste lid geeft echter aan dat de erfpachter – anders dan de vruchtgebruiker – ook verplicht is

buitengewone lasten die op de zaak drukken, te voldoen. Aldus ook het oorspronkelijke artikel 8 lid 1.

Artikel 5.7.1.8a. Dit nieuwe artikel hangt samen met het bij de opstelling van Boek 5 nog niet bekende artikel 6.5.3.11 dat aan de rechter de bevoegdheid geeft om op grond van onvoorziene omstandigheden een overeenkomst te wijzigen of geheel of gedeeltelijk te ontbinden. Ingevolge artikel 6.5.1.6 is deze bepaling van overeenkomstige toepassing op meerzijdige rechtshandelingen die geen overeenkomsten zijn, voor zover tenminste de strekking van deze bepaling in verband met de aard van de rechtshandeling zich niet daartegen verzet. De ondergetekende heeft het wenselijk geacht om in de onderhavige titel een vergelijkbare bevoegdheid van de rechter ten aanzien van het recht van erfpacht op te nemen, zoals dat ook in titel 6 is geschied ten aanzien van de erfdienstbaarheden; zie artikel 5.6.8 van het ontwerp en de artikelen 5.6.8, *8a* en *8b* van het gewijzigd ontwerp. Enerzijds wordt erfpacht gewoonlijk voor lange tijd gevestigd en is het volgens de artikelen 2 en *2a* zelfs mogelijk het voor altijd te vestigen, desgewenst met uitsluiting van de mogelijkheid van eenzijdige beëindiging door partijen, zodat de redenen die aan een regel als die van artikel 6.5.3.11 behoefte hebben doen ontstaan, hier zeker niet in mindere mate gelden. Anderzijds dient rekening te worden gehouden met de grotere stabiliteit die in zakenrechtelijke verhoudingen als waarom het hier gaat, door partijen en derden mag worden verwacht. De ondergetekende heeft daarom gemeend in het onderhavige geval wel aan de rechter een bevoegdheid tot wijziging of opheffing wegens onvoorziene omstandigheden te moeten toekennen, doch daartegenover op deze bevoegdheid een belangrijke restrictie te moeten aanbrengen. Deze bestaat hierin dat wijziging of opheffing eerst mogelijk is, indien vijfentwintig jaren na de vestiging van de erfpacht zijn verlopen. Bij de lengte van deze termijn is rekening gehouden met artikel 59 Pachtwet. Verwacht mag worden dat na het verstrijken daarvan de rechter van zijn hier bedoelde bevoegdheid slechts een zeer spaarzaam gebruik zal maken. Juist omdat partijen zich bij de vestiging van een recht van erfpacht in de regel voorstellen een langdurige, stabiele rechtsverhouding tot stand brengen, zal men in vele gevallen kunnen aannemen dat toekomstige veranderingen in de omstandigheden door hen bij deze vestiging zijn verdisconteerd, zodat zij niet als onvoorzien in de zin van dit artikel kunnen gelden; men zie de toelichting bij Boek 6, p. 772, bovenaan.

De formulering van het artikel is verder grotendeels ontleend aan artikel 6.5.3.11. Het tweede lid komt overeen met de tweede zin van lid 1 van voormeld artikel, zij het ook in enigszins gepreciseerde vorm.

Het uit hoofde van dit artikel gewezen toewijzende vonnis is inschrijfbaar in de openbare registers ingevolge artikel 3.1.2.2 lid 1 onder *e*. Blijft inschrijving achterwege, dan geldt de sanctie van artikel 3.1.2.7.

Artikel 5.7.1.9. Deze bepaling is geschrapt in verband met de invoeging van het nieuwe artikel 3.4.3.8*a* ter gelegenheid van de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer betreffende Boek 3. Men vergelijke hetgeen in die memorie bij dat artikel is aangetekend.

Naar aanleiding van de opmerkingen die de Commissie maakt over het tenietgaan door eenzijdige afstand moge verwezen worden naar hetgeen is aangetekend bij artikel 5.7.1.2*a*.

Artikel 5.7.1.9a. Naar aanleiding van de opmerking van de Commissie zijn de woorden „voor of bij het einde van die tijd" in de eerste zin vervangen door „op dit tijdstip".

Ook in de tweede zin van lid 1 zijn enige wijzigingen aangebracht. In de eerste plaats is, in verband met het nieuwe artikel 2*a* en de schrapping van het oorspronkelijke artikel 3.4.2.11 lid 2 ter gelegenheid van de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer betreffende Boek 3, ook aan de erfpachter de hier bedoelde bevoegdheid tot opzegging toegekend. Voorts is de opzegging door eigenaar of erfpachter ge-

bonden aan hetgeen artikel 2*b* over opzegging in het algemeen inhoudt. Er bestaat immers geen reden om hier van dat artikel af te wijken.

Artikel 5.7.1.10. Met de Commissie is de ondergetekende van oordeel dat de inschakeling van de rechter die de vervallenverklaring kan uitspreken, een goede waarborg ten gunste van de erfpachter is. Hij is van mening dat deze waarborg niet gemist kan worden, zodat z.i. vervallenverklaring krachtens een besluit van de gemeenteraad in het vervolg niet meer mogelijk moet zijn. Wel zijn in het artikel enkele wijzigingen aangebracht, terwijl in een nieuw artikel 10*a* enige aanvullende regels zijn opgenomen die de regeling van de vervallenverklaring beter doen aansluiten bij de thans gebruikelijke bepalingen over vervallenverklaring in de erfpachtsvoorwaarden.

Eerste lid. Het oorspronkelijke eerste lid volgens hetwelk nalatigheid van de erfpachter in de vervulling van zijn verplichtingen de erfpacht niet doet eindigen, is geschrapt en de aanhef van het oorspronkelijke tweede, thans eerste lid is geredigeerd overeenkomstig die van het vergelijkbare artikel 3.8.19 lid 1 betreffende vruchtgebruik, zoals gewijzgid ter gelegenheid van de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer betreffende Boek 3. Uit deze nieuwe aanhef is in verband met artikel 10*a* lid 4 thans voldoende duidelijk dat vervallenverklaring op lichtere gronden of zonder tussenkomst van de rechter niet bedongen kan worden. De thans in lid 1 gebezigde woorden „in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen" sluiten beter aan bij artikel 6.1.8.1 en maken het niet twijfelachtig dat ook b.v. wanneer de erfpachter aan de zaak een bestemming heeft gegeven die in strijd is met wat hem volgens de akte van vestiging is toegestaan, vervallenverklaring kan plaats vinden. Niet wordt verlangd dat het voormelde tekortschieten ook aan de erfpachter is toe te rekenen, zoals artikel 6.1.8.1 wèl eist ten aanzien van de schuldeiser. De enkele tekortkoming, mits ernstig genoeg, is dus voor de vervallenverklaring voldoende. Men zie ook de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij artikel 3.8.19, voorlaatste alinea, en artikel 3.9.2.17.

Tweede lid. Deze bepaling is nieuw. Zij is ingegeven door de bestaande erfpachtscontracten die gewoonlijk bepalen dat, voordat een besluit tot vervallenverklaring wordt genomen, eventuele hypotheekhouders in de gelegenheid moeten worden gesteld alsnog de oorzaak van de vervallenverklaring weg te nemen. Hetgeen voor de hypotheekhouder geldt dient eveneens te gelden voor degenen die een ander beperkt recht op de erfpacht hebben verkregen, zoals een vruchtgebruiker, en voor beslagleggers.

Derde lid. Ook deze bepaling is nieuw. Er kan behoefte aan bestaan om hangende het geding tot vervallenverklaring de erfpacht onder bewind te stellen, zulks bij wijze van voorlopige voorziening. Uit de bevoegdheid van de bewindvoerder het onder bewind gestelde goed met uitsluiting van de rechthebbende, in dit geval de erfpachter, te beheren vloeit voort dat hij de nodige maatregelen kan nemen ter voorkoming van verdere schade. Zie ook artikel 3.8.19 lid 2.

Vierde lid. De regel die in het regeringsontwerp in lid 3 was neergelegd, is thans in het onderhavige lid 4 te vinden. Het oorspronkelijke lid 4 is verplaatst naar het vierde lid van artikel 10*a*. Op hetgeen bij dit oorspronkelijke lid in het voorlopig verslag is aangetekend, zal bij deze laatste bepaling worden ingegaan. In het nieuwe lid 4 is het woord „nog" als overbodig weggelaten. Bovendien is thans bepaald dat, wil de erfpachter de vervallenverklaring voorkomen, hij tevens de door de eigenaar reeds in verband met de vervallenverklaring gemaakte kosten heeft te voldoen, waarmee in de eerste plaats gedacht wordt aan de proceskosten.

Artikel 5.7.1.10a. Zoals reeds aangekondigd bevat dit nieuwe artikel enige regels ter aanvulling van die van artikel 10.

Eerste lid. In de eerste plaats is wenselijk geacht te bepalen op welk tijdstip een recht van erfpacht waarvan vervallenverklaring door de rechter is uitgesproken, tenietgaat. In het huidige recht bestaat over deze vraag tussen de schrijvers geen overeenstemming (zie Asser–Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 277). Gekozen is het tijdstip waarop inschrijving in de openbare registers van het in kracht van gewijsde gegane vonnis plaatsvindt.

De inschrijving van het vonnis van vervallenverklaring kan gevraagd worden zowel door de eigenaar als door de erfpachter. Men vergelijke de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij artikel 3.1.2.7, negende alinea, alsmede artikel 3.4.2.4 lid 1, tweede zin.

Tweede en derde lid. Het ontwerp bevatte geen speciale regeling voor de vergoeding die na vervallenverklaring door de eigenaar aan de erfpachter verschuldigd is. Dit recht van de erfpachter op vergoeding werd dientengevolge beheerst door de algemene regeling van artikel 11, volgens welke de erfpachter recht heeft op vergoeding van de waarde van nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen, tenzij in de akte van erfpacht – voor zover het onverplicht aangebrachte gebouwen, werken en beplantingen betreft – anders bepaald is.

De ondergetekende is evenwel van oordeel dat het vergoedingsrecht van artikel 11 minder goed past voor het geval dat vervallenverklaring van het recht heeft plaats gevonden. In wezen valt de eigenaar na vervallenverklaring een veel groter voordeel toe dan de waarde van de aanwezige opstallen, en wel als gevolg van de omstandigheid dat de canon die de erfpachter moet betalen, in de meeste gevallen veel lager is dan de huurwaarde die aan het in erfpacht gegeven perceel zou toekomen. Het recht van erfpacht heeft dus op zichzelf meestal een zekere waarde, zelfs wanneer men zich losmaakt van de waarde van de opstallen.

Mede met het oog op beperkte rechten – zoals hypotheek – die op de erfpacht gevestigd zijn, zou het niet billijk zijn, wanneer na vervallenverklaring de waarde van de erfpacht aan de eigenaar ten goede zou komen. Dit wordt ook zo gezien in de huidige erfpachtspraktijk. De meeste erfpachtscontracten bevatten een bepaling dat wanneer vervallenverklaring van de erfpacht heeft plaats gevonden, de eigenaar verplicht is een openbare verkoop te doen houden van een erfpachtsrecht, te verlenen op de betreffende grond met de opstallen voor het op de dag van veiling nog niet verstreken gedeelte van de termijn, waarvoor de erfpacht aanvankelijk gevestigd was en onder de bepalingen welke voor dat recht gegolden hebben. De opbrengst wordt dan aan de erfpachter, casu quo de hypotheekhouder uitbetaald. Op deze wijze wordt bereikt dat de waarde van het nog niet verstreken gedeelte van de erfpacht aan de voormalige erfpachter ten goede komt.

In het tweede lid wordt thans een regeling voorgesteld die beoogt in dit opzicht aan de bestaande praktijk aan te sluiten. Dientengevolge is bepaald dat de eigenaar na de vervallenverklaring verplicht is de waarde die de erfpacht heeft op het tijdstip dat het recht tenietgaat, aan de erfpachter te vergoeden. Hoe deze waarde moet worden vastgesteld is iets dat aan partijen wordt overgelaten (lid 3). Zij kunnen hiertoe in de akte van vestiging bepalen dat na vervallenverklaring een vestiging moet plaatsvinden van een erfpachtsrecht te verlenen voor een termijn welke overeenkomt met het nog niet verstreken gedeelte van de oorspronkelijke erfpacht, en onder dezelfde voorwaarden. Zouden zij een bepaling van deze strekking in de akte van vestiging opnemen, dan zou de bestaande praktijk in dit opzicht worden gehandhaafd. Zou dit echter niet zijn geschied, dan zal de waarde van de erfpacht op andere wijze, b.v. door deskundigen, moeten worden vastgesteld.

Rust op de erfpacht een beperkt recht (vruchtgebruik, hypotheek) dan vindt de beperkt gerechtigde zijn bescherming in bepalingen als art. 3.8.11 en 3.9.1.3.

Vierde lid. Dit lid bevat voor de artikelen 10 en 10*a* tezamen de regel die oorspronkelijk in artikel 10 lid 4 was te vinden. De naar aanleiding van deze laatste bepaling door de

Commissie gestelde vraag of hierdoor de regeling van de vervallenverklaring niet te stringent wordt, zou de ondergetekende als volgt willen beantwoorden.

Naar zijn mening is het wenselijk om aan de vervallenverklaring in beginsel een dwingend rechtelijk karakter te geven in verband met de belangen die juist hier voor de erfpachter op het spel kunnen staan. Dit geldt mede voor de in artikel 10*a* geregelde verplichting tot vergoeding van de waarde van de erfpacht, die als gevolg van de vervallenverklaring voor de eigenaar ontstaat. Zouden partijen in dit opzicht van de wet kunnen afwijken, dan zou dit gemakkelijk kunnen leiden tot een onbillijke verrijking van de eigenaar.

De ondergetekende wijst er evenwel op dat het onderhavige lid niet in de weg staat aan de mogelijkheid van opzegging van de erfpacht door de eigenaar, hetzij omdat de bevoegdheid daartoe door deze is bedongen, hetzij omdat 25 jaren na de vestiging van de erfpacht zijn verstreken en de bevoegdheid tot opzegging voor het dan intredende tijdvak niet is uitgesloten; men zie artikel 2. Uiteraard zal van een bestaande bevoegdheid tot opzegging ook dan gebruik gemaakt kunnen worden, als de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen, al of niet in ernstige mate, is tekort geschoten. Niet geldig zou slechts zijn het beding dat als sanctie op een dergelijk tekortschieten een anders niet bestaande bevoegdheid van de eigenaar om de erfpacht eenzijdig te beëindigen zou stellen.

Voorts bestaat inderdaad ook de door Treurniet in zijn, in het voorlopig verslag geciteerde praeadvics, p. 101, genoemde mogelijkheid dat de gemeenten, meer dan thans het geval is, zullen overgaan tot het maken van boetebedingen. De ondergetekende ziet daar weinig bezwaar tegen, omdat het verbeuren van een boete – mede in verband met mogelijkheid van matiging door de rechter ingevolge artikel 6.1.8.18 – veel minder ingrijpt in de rechten van de erfpachter dan vervallenverklaring. Wat de door Treurniet verdedigde betekenis van de in artikel 10 bedoelde „verplichtingen" betreft, is de ondergetekende van oordeel dat hieronder alleen die verplichtingen vallen, welke een onderdeel vormen van de erfpacht en derhalve een kwalitatief karakter hebben.

Artikel 5.7.1.11. Aan deze bepaling, waarin het recht op vergoeding van de erfpachter bij het einde van zijn recht voor de aan de eigenaar blijvende opstallen enz. is geregeld, is door de Commissie zeer veel aandacht geschonken. Zij wijst op de verschillende meningen die na de vaststelling van de conclusie op het hierop betrekking hebbend vraagpunt 7 over dit vraagstuk naar voren zijn gebracht. Terwijl sommigen, zoals A. F. van Manen (Preadvies 1953 Broederschap Notarissen p. 194) pleiten voor een verruiming van het verplichte vergoedingsrecht, zijn anderen uit de kring der gemeenten van oordeel dat het onder bepaalde omstandigheden zeer redelijk kan zijn, dat de erfpachter de opstallen bij het eind van de erfpacht zonder vergoeding moet prijsgeven. Verder wordt van die zijde de aandacht gevraagd voor het vraagstuk van vergoeding bij beëindiging van de erfpacht als gevolg van een wanprestatie van de erfpachters (bedoeld zal zijn vervallenverklaring). Zoals uit deze memorie bij artikel 10*a* lid 2-3 blijkt, kan een bevestigend antwoord worden gegeven op de in dit verband gestelde vraag of de bestaande praktijk dat in geval van vervallenverklaring tot openbare verkoop wordt overgegaan, gehandhaafd kan blijven.

Ook andere schrijvers hebben zich tegen de voorgestelde regeling van vergoeding gekeerd, ten dele voor zover het betreft het dwingend rechtelijk karakter daarvan, ten dele ook in de mening dat zij onvoldoende differentieert tussen de verschillende wijzen van beëindiging van de erfpacht. Volgens de Commissie is de tegenspraak welke de voorgestelde regeling in brede kring heeft uitgelokt, in belangrijke mate een gevolg van het generaliserend karakter daarvan. Volgens haar ware het te overwegen het dwingend karakter van de bepaling te handhaven waar het de bouw van woningen betreft. en dit karakter ter zijde te laten voor de industriebouw; wat de laatste betreft zou dus afwijking in de akte van vestiging van hetgeen het artikel bepaalt, kunnen worden toegelaten.

De ondergetekende zou ter ondersteuning van het dwingend rechtelijk karakter van het vergoedingsrecht in het algemeen eerst nog eens willen wijzen op de beschouwingen naar aanleiding van vraagpunt 7 en van de toelichting van het driemanschap bij het onderhavige artikel (p.438). Zoals door het driemanschap werd opgemerkt, maakt het theoretisch weinig verschil of bij uitgifte van een terrein in erfpacht met de bedoeling dat dit terrein zal worden bebouwd, de erfpachter al of niet bij het einde van de erfpacht het gebouwde of geplante vergoed zal krijgen. Heeft de erfpachter geen recht op vergoeding, dan dient hij, naast de voldoening van een daardoor lagere canon, ieder jaar op de waarde van de gebouwen af te schrijven in verband met het dichterbijkomend verlies daarvan. In het tegenovergestelde geval zal de eigenaar een deel van de dan uiteraard hogere canon moeten reserveren om daaruit te zijner tijd de vergoeding te kunnen voldoen. Het driemanschap voegde daar evenwel terecht aan toe, dat het veel meer op de weg ligt van de eigenaars – gewoonlijk gemeenten met een goed gevoerde boekhouding – om deze jaarlijkse reservering te verrichten dan op die van de erfpachters, die, gelijk de meeste particulieren, bij hun uitgaven meestal weinig rekening zullen houden met een in de verre toekomst te lijden verlies. In overeenstemming met de suggestie van de Commissie is de ondergetekende daarom van oordeel dat de dwingend rechtelijke regel van het ontwerp in beginsel behoort te worden gehandhaafd voor het geval de in erfpacht gegeven grond bestemd was voor woningbouw, waarbij de erfpachter inderdaad vaak een particulier zal zijn en de motivering van het driemanschap dus in het bijzonder doel treft. In dit verband moet er tevens rekening mee worden gehouden dat het in de praktijk in de regel de eigenaars – gewoonlijk overheidslichamen – zijn die de erfpachtsvoorwaarden vaststellen en dat de particuliere erfpachter daarop in het algemeen geen invloed heeft.

Maar ook overigens zou de ondergetekende de regel van artikel 11 lid 1 van het ontwerp als hoofdregel willen blijven vooropstellen, zij het ook niet als regel van dwingend recht. Tegen de regel dat de erfpachter geen recht op vergoeding van de gebouwen heeft, bestaan, ook afgezien van het bovenstaande, bezwaren, waarvan het voorlopig verslag er reeds één heeft vermeld: het gevaar dat de erfpachter tegen het einde van de erfpacht de opstallen zal gaan verwaarlozen, omdat hij bij onderhoud daarvan geen belang meer heeft. Verder geldt dat in dit stelsel bij de vaststelling van de canon uitgegaan zal moeten worden van de waarde die de aan de eigenaars toevallende gebouwen *bij het einde van de erfpacht* – dus in de verre toekomst – zullen hebben. Zoals in de toelichting van het driemanschap (p. 438, voorlaatste alinea) wordt gezegd zal het in de praktijk moeilijk zijn zulks met enige juistheid te calculeren. Er is dus reden de regel van het ontwerp ook buiten het geval van woningbouw in ieder geval als aanvullend recht te behouden. De ondergetekende acht het ook niet wenselijk de onderhavige kwestie over te laten aan de regels betreffende ongerechtvaardigde verrijking, zoals in de literatuur wel voorgesteld (Smalbraak, N.J.B. 1953, p. 8; Plantenga, Preadvies 1957, p. 77). Een dergelijke oplossing zou ten nadele van partijen tot een rechtsonzekerheid leiden die bij zakenrechtelijke verhoudingen als waar het hier om gaat, dient te worden vermeden.

In het gewijzigd ontwerp zijn de uitzonderingen op de hoofdregel van artikel 11 lid 1 te vinden in de leden 2 en 3. Volgens lid 2 is deze hoofdregel in het geheel niet van toepassing, indien de erfpacht is geëindigd door vervallenverklaring ingevolge artikel 10 lid 1. In dit geval geldt immers reeds artikel 10*a* lid 2. In lid 3 worden de gevallen opgesomd waarvan in de akte van vestiging van de hoofdregel kan worden afgeweken, waaronder in de eerste plaats – zie onder *a* – het reeds besproken geval dat de in erfpacht uitgegeven grond een andere bestemming had dan die van woningbouw.

De verdere gevallen waarin afwijking van de akte van vestiging is toegelaten en die uiteraard alleen van belang zijn voor gronden die wèl voor woningbouw bestemd zijn, sluiten zich hierbij aan. Zo is – zie onder *b* – afwijking mogelijk, wanneer het gaat om gebouwen, werken en beplantingen die de erf-

pachter niet zelf bekostigd heeft. Te denken valt met name aan woningwetwoningen waarvan de stichting dikwijls bekostigd wordt door de overheid. Wèl zelf bekostigd zijn gebouwen, werken en beplantingen, die tegen vergoeding van een rechtsvoorganger overgenomen zijn. Onder *c* wordt mogelijk gemaakt de vergoeding uit te sluiten voor het geval van eenzijdige beëindiging van de erfpacht door de erfpachter (opzegging). Onder *d* is voorts het geval vermeld, waarin het reeds volgens lid 2 van het ontwerp mogelijk was het vergoedingsrecht in de akte van vestiging uit te sluiten.

Aandacht verdient nog dat in het geheel geen recht op vergoeding bestaat ingeval de erfpacht eindigt door vermenging. Deze heeft immers tevens tot gevolg dat de schuldeiser en de schuldenaar van het als vergoeding verschuldigde bedrag zich in één persoon verenigen, zodat ook de desbetreffende vordering door vermenging teniet gaat (artikel 6.1.10.2)

De ondergetekende meent aldus aan het artikel een minder strikt karakter gegeven te hebben en de bezwaren die tegen het ontwerp op dit punt zijn aangevoerd, te hebben ondervangen. Uiteraard blijft er behoefte aan een deugdelijke overgangsregeling met het oog op reeds lopende erfpachtscontracten, welke regeling echter eerst kan worden opgesteld bij de voorbereiding van de invoeringswet.

Artikel 5.7.1.12, eerste lid. Het woord „retentierecht" is behouden in verband met de regeling in titel 3.10.4A zoals voorgesteld bij de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer betreffende Boek 3. Zie ook de artikelen 6.1.6.19 lid 2 en 6.5.4.5. Aan de andere kant is het voorrecht voor de vordering tot vergoeding geschrapt in verband met het nieuwe artikel 3.10.4A.4 dat aan het retentierecht een recht van verhaal verbindt bij voorrang boven allen aan wie het retentierecht kan worden tegengeworpen. Los van het retentierecht lijkt de betekenis van het voorrecht twijfelachtig, waar de wederpartij van de erfpachter in de regel een overheidslichaam zal zijn. Er is geen reden om het voorrecht uitsluitend met het oog op het geval dat de in erfpacht gegeven zaak vóór de betaling al is teruggegeven, te handhaven.

AFDELING 2

Recht van beklemming

Naar aanleiding van de in het voorlopig verslag gestelde vraag welk standpunt de ondergetekende inneemt naar aanleiding van het in augustus 1960 uitgebrachte Rapport van de commissie inzake wettelijke regeling van het beklemrecht, alsmede van het Rapport van de Groninger Maatschappij van Landbouw inzake deze materie, moge de ondergetekende het navolgende opmerken.

In het rapport van voormelde commissie wordt op p. 18 te kennen gegeven dat het recht van beklemming in zijn huidige vorm en in de tegenwoordige omstandigheden naar het oordeel van de commissie niet meer die belangrijke sociaal-economische betekenis heeft, die er in vroeger tijden, vooral in verband met de regel van onsplitsbaarheid en het eeuwigdurend karakter van het recht, aan is toegekend. Met dit oordeel en de gronden waarop dit berust kan de ondergetekende zich verenigen. Dit is echter voor hem aanleiding geweest zich de vraag te stellen of het wel wenselijk is door een bepaling in het nieuwe B.W. de mogelijkheid te openen ook in de toekomst nog nieuwe rechten van beklemming te vestigen. Is het op zichzelf al minder fraai een regeling in het nieuwe wetboek op te nemen voor een recht dat slechts zou kunnen bestaan in een zeer beperkt gedeelte van het land (zie artikel 2 van het ontwerp van voormelde commissie), voor een dergelijke oplossing bestaat te minder reden nu volgens haar rapport zowel het totaal aantal beklemmingen als de totale oppervlakte van de beklemde grond voortdurend is afgenomen (zie p. 18), welke tendentie volgens de inlichtingen die de ondergetekende heeft ontvangen, na het verschijnen van het rapport nog heeft voortgeduurd. De ondergetekende is het derhalve niet eens met

het oordeel van de commissie, vermeld in de toelichting bij artikel 2 van het door haar opgesteld ontwerp, dat het niet wenselijk zou zijn alleen de bestaande beklemmingen te handhaven en het vestigen van nieuwe beklemmingen in de toekomst uit te sluiten. Het motief van de commissie dat bij een zodanige oplossing de beperkte contractsvrijheid die het nieuwe B.W. ten aanzien van de bepalingen van erfpacht bevat, ten gevolge zou hebben dat gebroken zal worden met veel dat tot dusverre als essentieel voor het recht van beklemming wordt beschouwd, b.v. de verplichting tot betaling van geschenken, acht de ondergetekende niet doorslaggevend. Nog afgezien van de vraag of het thans voorgestelde artikel 5.7.1.1 niet vaststelling van de canon in de vorm van op ongerelmatige tijdstippen te betalen geldsommen mogelijk zal maken, is van een werkelijk bestaande behoefte aan een geschenkenregeling nimmer gebleken. In dit verband moge worden gewezen op artikel 777 van het huidige Burgerlijk Wetboek welke bepaling nimmer tot kritiek aanleiding heeft gegeven. Naar aanleiding van het argument van de commissie dat het ontbreken van de mogelijkheid van het vestigen van nieuwe rechten van beklemming tot praktische moeilijkheden zou leiden, indien in de bestaande rechten van beklemming zekere wijzigingen zouden moeten worden aangebracht, kan worden opgemerkt dat dit naar het oordeel van de ondergetekende een moeilijkheid is waarmee bij de totstandkoming van de Invoeringswet van Boek 5 rekening kan worden gehouden. Wat ten slotte de psychologische redenen voor de handhaving van het recht van beklemming in het nieuwe Burgerlijk Wetboek betreft, de ondergetekende meent ervan te mogen uitgaan dat mèt de vermindering van de sociaal-economische betekenis van het recht van beklemming voor de provincie Groningen ook de populariteit van het recht belangrijk is gedaald, zodat afschaffing voor de toekomst van het recht onder de belanghebbenden geen ernstige reacties ten gevolge zal hebben.

Het bovenstaande betekent uiteraard geenszins dat de ondergetekende ook de bestaande rechten van beklemming zou willen afschaffen. Bij de Invoeringswet van Boek 5 zal onder de ogen moeten worden gezien of de bestaande onzekerheid t.a.v. deze rechten moet worden gehandhaafd, dan wel gebruik moet worden gemaakt van het ontwerp, opgesteld door voormelde commissie. Ook kan gedacht worden aan het in het leven roepen van een meer permanente commissie, die de afkoop van de eigenaar door de beklemde meiers zou kunnen bevorderen, zoals voorgesteld in artikel 20 van het ontwerp.

Als gevolg van de thans gekozen oplossing meent de ondergetekende niet in te behoeven gaan op de in het voorlopig verslag gemaakte opmerking dat een zekere incongruentie zou bestaan tussen de bijzonder vrije regeling van het beklemrecht en de kanaliserende regeling van de erfpacht.

TITEL 8

Opstal

Evenals bij erfpacht heeft de ondergetekende er naar gestreefd de bepalingen van dwingend rechtelijke aard zoveel mogelijk te beperken. Afgezien van de bepalingen van erfpacht, waarnaar verwezen wordt, bevat thans alleen artikel 6 lid 1 een regeling van dwingend recht, maar deze kan niet gemist worden, omdat zij samenhangt met een essentieel kenmerk van het recht van opstal, nl. dat de opstaller eigenaar is van de gebouwen, werken en beplantingen. Met de opvatting dat partijen binnen de kring van de omschrijving van artikel 1 geheel zouden moeten worden vrijgelaten, kan de ondergetekende zich niet verenigen. Indien een dergelijke vrijheid inderdaad zou bestaan, zou het maar al te gemakkelijk gemaakt worden de dwingend rechtelijke artikelen over erfpacht die nog over zijn gebleven, te ontgaan door in plaats van een recht van erfpacht een recht van opstal te bedingen.

Evenmin acht de ondergetekende het raadzaam om, zoals door W. C. Treurniet, van de zijde der gemeenten en door A. F. van Manen is voorgesteld, het recht van opstal af te schaffen en in het erfpachtsrecht op te laten gaan. Het eigendomsrecht van de opstallen heeft wel degelijk praktische betekenis. Zo mag een opstaller aan de hem toebehorende zaak de bestemming geven die hem goeddunkt, terwijl de erfpachter die niet tevens een recht van opstal heeft bedongen, de bestemming van de zaak zonder de toestemming van de grondeigenaar niet mag wijzigen (artikel 5.7.1.3 lid 2). Belangrijk is in dit verband ook de mogelijkheid dat een recht van opstal t.a.v. leidingen e.d. wordt bedongen, die zich boven of in de grond van een ander bevinden. Van een recht van erfpacht kan in een dergelijk geval geen sprake zijn. Tenslotte kan – zoals de Commissie deed – nog gewezen worden op het recht om eigen bomen op het erf van een ander te hebben (het z.g. pootrecht), waarover Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 291. Ook in dit geval kan het bedingen van een recht van erfpacht geen oplossing bieden.

De conclusie van de ondergetekende is dus, evenals die van de Commissie, dat het noch historisch juist, noch verhelderend is om vele uiteenlopende figuren onder de ene noemer van erfpacht te brengen, terwijl naar zijn mening de praktijk in een aantal gevallen juist aan de figuur van een opstalrecht behoefte heeft.

Artikel 5.8.1, eerste lid. De redactie is enigszins gewijzigd. In de eerste plaats wordt thans gesproken van „in, op of boven een onroerende zaak van een ander". De gebouwen enz. kunnen zich volgens de nieuwe redactie dus ook *boven* de grond van de ander bevinden zonder dat zij er in physieke zin mee verbonden zijn. Hierdoor wordt bereikt dat het opstalrecht in het ontwerp niet alleen kan dienen om b.v. leidingen, buizen e.d. *in* de grond van een ander te hebben, maar ook om deze *boven* de grond van een ander te hebben. Zelfs is denkbaar dat een leiding of ander werk zich bevindt op of boven een gebouw van een ander dat op zijn beurt weer op de grond van een derde staat (opstal op opstal). In verband met deze laatste mogelijkheid – men denke ook aan een leiding die *door* het gebouw van een ander moet worden getrokken – is „grond" vervangen door: onroerende zaak. De ondergetekende vertrouwt dat hiermede in voldoende mate is tegemoetgekomen aan de opmerking, gemaakt in de laatste alinea van het voorlopig verslag bij artikel 5.3.1 en het daar geciteerde rapport van de Nederlandse gemeenten.

Verder zijn achter „in eigendom te hebben" ingevoegd de woorden „of te verkrijgen". Voor het bestaan van een opstalrecht is – evenmin als in het bestaande recht (Beekhuis, Preadvies Broederschap Notarissen 1940) – noodzakelijk dat de gebouwen etc. reeds aanwezig zijn op het tijdstip dat het recht gevestigd wordt. De nieuwe redactie sluit iedere twijfel hierover uit.

Tweede lid. Ook hier is het woord „grond" vervangen door „onroerende zaak".

Derde lid. Naar aanleiding van de opmerking van de Commissie heeft de ondergetekende de bepaling omtrent de retributie verruimd en in overeenstemming gebracht met artikel 5.7.1.1. Verwezen moge worden naar hetgeen hierboven bij dit laatste artikel aangetekend is.

Artikel 5.8.1a. Deze nieuwe bepaling strekt ertoe om buiten twijfel te stellen dat de bevoegdheden van de opstaller tot het gebruiken, aanbrengen en wegnemen van de gebouwen etc., ook voor zover deze bevoegdheden voortvloeien uit zijn eigendomsrecht, in de akte van vestiging kunnen worden beperkt. Voor zover het de bevoegdheid tot wegnemen betreft was dat reeds bepaald voor het geval dat het recht van opstal geëindigd is (artikel 5.8.6 lid 2). Er bestaat geen reden waarom niet hetzelfde bedongen zou mogen worden voor de tijd dat het recht nog voortduurt en ten aanzien van de andere voormelde bevoegdheden.

Artikel 5.8.2. Dit artikel is vervallen. Er is geen reden waarom de regeling van de duur en de opzegging van een recht van opstal zou afwijken van die betreffende erfpacht. Deze laatste regeling is in het gewijzigd ontwerp herzien; men zie de artikelen 5.7.1.2, 2*a* en 2*b*. De eenvoudigste wijze om titel 5.8 hieraan aan te passen is om deze artikelen in artikel 5.8.4 van overeenkomstige toepassing te verklaren. Ook het vierde lid is geschrapt, omdat het hier bepaalde reeds voortvloeit uit de aard van een afhankelijk recht.

Artikel 5.8.3. Ter verkrijging van de ook door de Commissie gewenste verruiming van de mogelijkheid dat partijen in de akte van vestiging het opstalrecht nader regelen, is in de aanhef van dit artikel verduidelijkt dat ook de bevoegdheden van de opstaller ten aanzien van de zaak waarop zijn recht rust, in de akte van vestiging kunnen worden geregeld. Zo kunnen aan de opstaller bevoegdheden ten aanzien van deze zaak worden toegekend die voor het genot van zijn recht wellicht niet „nodig" zijn, doch waaraan hij wel behoefte heeft. Uiteraard moet het beding met het opstalrecht in zodanig verband staan dat het gerechtvaardigd is het als onderdeel daarvan te behandelen; zie de toelichting van het driemanschap p. 378, eerste alinea, en hetgeen hierboven in de Inleidende opmerkingen bij afdeling 5.7.1 is opgemerkt. Te denken valt b.v. aan een recht tot het trekken van de natuurlijke vruchten van het terrein waarop een opstalrecht betreffende een zomerhuis rust. Anderzijds is ook mogelijk om de bevoegdheden van de opstaller ten aanzien van de zaak waarop zijn recht rust in de akte van vestiging te beperken. Zo bijvoorbeeld is het denkbaar dat het opstalrecht, rustend op een bepaald erf, in die zin door partijen beperkt is dat bepaalde gebouwen enz. die zich op het erf bevinden, van het opstalrecht worden uitgezonderd, zodat deze eigendom blijven van de eigenaar van de grond.

Verder is in het artikel, evenals in artikel 1 het woord „grond" vervangen door „onroerende zaak" en is de omschrijving van de bevoegdheden waar het hier om gaat, om taalkundige redenen enigszins gewijzigd.

Artikel 5.8.4. Dit artikel, dat aangeeft welke bepalingen betreffende erfpacht van overeenkomstige toepassing zijn op opstal, is mede aan de hand van de opmerkingen in het voorlopig verslag opnieuw bezien. Evenals het ontwerp deed, maakt het artikel onderscheid tussen bepalingen die zowel voor zelfstandige als voor afhankelijke opstalrechten gelden (lid 1) en bepalingen die alleen op zelfstandige opstalrechten van toepassing zijn (lid 2). In de eerste categorie zijn in het gewijzigd ontwerp alleen de artikelen 5.7.1.5*a* en 5.7.1.7 opgenomen. Voor dit laatste artikel betekent dit ten opzichte van het ontwerp geen verandering.

Wat artikel 5.7.1.5*a* betreft, dit artikel regelt de materie van de oorspronkelijke leden 2–4 van artikel 5.7.1.5, dat aanvankelijk alleen op zelfstandig opstalrecht van overeenkomstige toepassing werd verklaard. De Commissie gaf terecht blijk van twijfel aan de juistheid hiervan. Naar de mening van de onder-

getekende was het slechts gerechtvaardigd voor hetgeen thans in artikel 5.7.1.5 in het gewijzigd ontwerp is te vinden, maar hoort de regeling van het nieuwe artikel 5.7.1.5*a* voor beide soorten opstalrecht te gelden. Ten aanzien van het eerste artikel diene dat een afhankelijk recht niet los van het hoofdrecht kan worden overgedragen, toegedeeld of gesplitst. Of het geheel of ten dele op een ander kan overgaan, wordt derhalve bepaald door de overdraagbaarheid van het hoofdrecht en de ten aanzien daarvan eventueel bedongen beperkingen. Ten aanzien van het tweede artikel geldt dat ook ter zake van een afhankelijk opstalrecht retributie verschuldigd kan zijn en dat ook daar bij gehele of gedeeltelijke overgang van het recht op een of meer anderen problemen kunnen rijzen die aan de hand van artikel 5.7.1.5*a* behoren te worden opgelost, zo partijen daarvoor niet zelf een regeling hebben getroffen.

Alleen op een zelfstandig opstalrecht zijn ingevolge lid 2 voorts van toepassing de artikelen 5.7.1.2, 2*a*, 2*b*, 6, 8*a*, 9*a*, 10 en 10*a*, die behoudens artikel 6 allen de beëindiging van het opstalrecht betreffen. Waar de duur van een afhankelijk opstalrecht uit zijn aard bepaald wordt door de duur van het hoofdrecht waaraan het verbonden is, lenen deze bepalingen zich niet om op afhankelijke opstalrechten overeenkomstige toepassing te vinden. Wel kunnen partijen op grond van artikel 3.4.1.2 lid 2 onder *d* uitdrukkelijk opzegbaarheid van het opstalrecht bedingen, aldus dat deze niet tevens geldt voor het hoofdrecht. Maar het is niet nodig geacht de voorgestelde regel mede op dit uitzonderlijke geval af te stemmen.

Voor de invoeging in lid 2 van de artikelen 5.7.1.2, 2*a* en 2*b* vergelijke men voorts deze memorie bij artikel 5.8.2, voor die van de artikelen 5.7.1.10 en 10*a* deze memorie bij artikel 5.8.5. Het in de oorspronkelijke tweede zin van het artikel vermelde artikel 5.7.1.9 is geschrapt. Artikel 5.7.1.9*a* is ingevoegd ingevolge een desbetreffende opmerking in het voorlopig verslag. Artikel 5.7.1.6 dat in het regeringsontwerp mede voor afhankelijke opstalrechten gold, is in het gewijzigd ontwerp in lid 2 geplaatst, omdat de vraag of de opstaller tot verhuren of verpachten bevoegd is en die of de eigenaar aan zodanige door de opstaller aangegane overeenkomsten ook na het einde van diens recht verbonden is, in beginsel aan de hand van het hoofdrecht behoren te worden beantwoord.

De ondergetekende hoopt erin geslaagd te zijn door het bovenstaande een duidelijk antwoord te geven op de door de Commissie naar aanleiding van dit artikel gestelde vragen.

Artikel 5.8.5. Ook dit artikel is vervallen. Ter aanpassing van de onderhavige titel aan de artikelen 5.7.1.10 en 10*a* van het gewijzigd ontwerp is er de voorkeur aan gegeven om deze artikelen in artikel 5.8.4 van overeenkomstige toepassing te verklaren; men zie lid 2 daarvan.

Opgemerkt moge nog worden dat het oorspronkelijke artikel vervallenverklaring van een recht van opstal slechts toeliet wanneer de opstaller in gebreke is gebleven de retributie over vijf achtereenvolgende jaren te betalen. De verwijzing naar artikel 5.7.1.10 brengt mee dat vervallenverklaring ook mogelijk is, indien de opstaller in ernstige mate tekort schiet in de nakoming van andere verplichtingen. Men denke aan bedingen als bedoeld in artikel 5.8.1*a*.

Artikel 5.8.6, eerste lid. Het woord „grond" is evenals in artikel 5.8.1 en 5.8.3 vervangen door „onroerende zaak"; ter verduidelijking zijn toegevoegd de woorden „waarop het rustte".

Tweede lid. Ten einde de tekst meer in overeenstemming te brengen met artikel 5.7.1.3 lid 3 zijn toegevoegd de woorden: „of van de eigenaar tegen vergoeding der waarde zijn overgenomen". Het is immers zeer goed denkbaar dat de opstaller de gebouwen enz. niet zelf gesticht heeft, maar van de eigenaar bij het begin van zijn recht heeft overgenomen (zie artikel 761 van het huidige B.W., waarover Asser-Beekhuis, Bijzonder deel I, p. 288).

Opgemerkt moge nog worden dat de woorden „bij het einde van zijn recht", evenals in artikel 5.7.1.3 lid 2, niet meebrengen dat het wegnemen noodzakelijk voor het einde van dat recht plaats moet hebben gevonden. Naar gelang van de omstandigheden zal de eigenaar de opstaller hiertoe nog een korte tijd moeten gunnen. Men denke ook aan het geval dat de opstaller het retentierecht van artikel 5.7.1.12 uitoefent.

Evenals in artikel 5.7.1.3 lid 3 geldt het hier bedoelde wegnemingsrecht ook in het geval dat vervallenverklaring van de opstal is uitgesproken.

TITEL 9

Grondrente

De Commissie heeft de vraag gesteld of de ondergetekende in staat en bereid zou zijn om cijfers te geven omtrent en althans enig inzicht te geven in de frequentie, waarmede het recht van grondrente tegenwoordig nog gevestigd wordt. Na-vraag heeft de ondergetekende geleerd dat het recht nog slechts bij hoge uitzondering wordt gevestigd. Intussen getuigt deze vraag van twijfel bij de Commissie of opneming van een titel over grondrente wel gerechtvaardigd is. Voor de ondergetekende is dit aanleiding geweest zich te beraden over de noodzakelijkheid van het behoud van deze figuur in het nieuwe wetboek. Hij is daarbij om de hieronder genoemde redenen tot de conclusie gekomen dat de onderhavige titel kan worden geschrapt.

Het ontwerp kent de grondrente alleen in de vorm van een geldsom die niet van de opbrengst van de zaak of van een andere wisselende factor afhankelijk kan worden gesteld, welke verplichting bij voorrang op de onroerende zaak verhaald kan worden. Het is duidelijk dat deze figuur grote overeenstemming vertoont met die van hypotheek. Ook bij hypotheek is het immers denkbaar dat deze strekt tot zekerheid van jaarlijks verschuldigde geldbedragen, zij het dat dan de hypotheekakte een maximum-bedrag moet noemen dat op het goed kan worden verhaald (artikel 3.9.4.2 lid 1). De vraag dient derhalve te worden gesteld of naast de mogelijkheden die het ontwerp ten aanzien van het recht van hypotheek biedt, aan de figuur van grondrente nog enige praktische betekenis toekomt.

In de toelichting van het driemanschap bij artikel 5.9.2 worden twee verschilpunten genoemd die kennelijk voor de ontwerpers aanleiding zijn geweest de titel Grondrente in het ontwerp op te nemen, te weten:

a. bij grondrente ontbreekt een schuld, waarvoor het ganse vermogen van de schuldenaar aansprakelijk is.

b. bij grondrente blijft na een executoriale verkoop de grondrente rusten op het verbonden goed.

Bij nadere overweging acht de ondergetekende deze verschillen van onvoldoende gewicht om de handhaving van de titel te kunnen motiveren.

Wat het eerste verschil betreft wordt in het huidige recht algemeen aangenomen dat een overeenkomst waarbij een schuldeiser zijn verhaal beperkt tot een bepaald goed, is toegelaten (Asser-Rutten I, p. 22). De mogelijkheid van een zodanige overeenkomst is in het nieuwe wetboek buiten twijfel gesteld in artikel 3.10.1.1. Is hiervan gebruik gemaakt, dan wordt dit verschil tussen beide figuren hiertoe gereduceerd, dat in geval van hypotheek voor zover de verschuldigde rente niet op het goed verhaalbaar is, een verbintenis blijft bestaan die wegens haar onverhaalbaarheid op andere goederen als een natuurlijke kan worden beschouwd (artikel 6.1.1.3 lid 2 onder *a)*, terwijl bij grondrente ook een zodanige verbintenis ontbreekt. Dit verschil rechtvaardigt niet het handhaven van een speciale rechtsfiguur.

Iets belangrijker is het tweede hierboven vermelde verschilpunt. Toch verschaft ook dit, naar het oordeel van de ondergetekende, geen voldoende argument de figuur van de grondrente in het ontwerp te regelen. Om te beginnen bestaat het niet bij alle gevallen van executie, bijvoorbeeld niet wanneer deze plaats vindt op verzoek van een hypotheekhouder die een ouder recht heeft. In dat geval geldt artikel 3.10.1.3*d*: de grondrente wordt volgens dit artikel omgezet in een recht op een schadevergoeding die bij voorrang aan de gerechtigde tot de grondrente wordt uitgekeerd.

Wèl bestaat het verschil, wanneer de executie plaats vindt op verzoek van deze gerechtigde zelf, een hypotheekhouder wiens recht ontstaan is na de vestiging van de grondrente of een

gewone schuldeiser. De koper verkrijgt hier inderdaad een zaak die belast blijft met een grondrente. Dit brengt mee dat hij niet bereid zal zijn voor de zaak meer te betalen dan de waarde verminderd met het bedrag van de afkoopsom. Maar hierbij komt nu duidelijk een nadeel aan het licht, waardoor de figuur van de grondrente naar het oordeel van de ondergetekende uit economische overwegingen minder wenselijk is dan hypotheek. Men bedenke het volgende.

In het geval van een hypotheek staat het maximum dat als gevolg van de in het verleden en in de toekomst verschuldigde termijnen voor de schuldeiser moet worden gereserveerd, vast. De schuldeiser zal uit dit maximum voldaan moeten worden, dat hem met inachtneming van de regels van de artikelen 3.9.4.16 en 17 uit de opbrengst zal moeten worden uitgekeerd. Ingevolge artikel 3.9.4.19 zal de koper het goed vrij van hypotheek verkrijgen.

Maar betreft de renteschuld een grondrente, dan loopt het anders. Van een maximum dat in guldens is uitgedrukt, is in dat geval geen sprake. De koper ontvangt een onroerende zaak waaruit hij voor het vervolg een rente moet betalen, en heeft daarnaast onder zekere omstandigheden de *bevoegdheid* de renteschuld af te lossen volgens de maatstaven van artikel 5.9.4 lid 2. Dit bedrag waarmee de grondrente afgelost kan worden, wisselt naar gelang van de gebruikelijke hypotheekrente op het tijdstip van de aflossing. Dit alles heeft tengevolge dat de koper niet meer zal betalen dan hetzij de waarde verminderd met de afkoopsom ten tijde van de overdracht (indien hij kan en mag aflossen), hetzij de waarde verminderd met het bedrag waarop een toekomstige afkoopsom geschat wordt, waarbij hij uiteraard geneigd zal zijn uit voorzichtigheid de hypotheekrente voor de toekomst laag te stellen, waardoor het bedrag van de afkoopsom wordt verhoogd en de opbrengst van de zaak gedrukt. Het bestaan van de grondrente is in het laatste geval dus een prijsdrukkende factor en dit is een nadeel dat niet alleen de eigenaar van de verbonden zaak treft, maar ook diens schuldeisers.

Bij het bovenstaande is er nog geen rekening mee gehouden dat het kwalitatief karakter van de grondrente niet alleen bij executie van belang is. Daarmee hangt nog een verschil tussen grondrente en hypotheek samen. Bij grondrente gaat de renteschuld immers bij iedere eigendomsovergang op de verkrijger over (uiteraard onder de in artikel 5.9.2 lid 1 gestelde beperking), terwijl dit kwalitatieve karakter bij hypotheek ontbreekt. Wel gaat bij eigendomsovergang onder bijzondere titel de hypotheek over op de verkrijger, maar niet de schuld tot zekerheid waarvan de hypotheek verleend is. In de praktijk is het belang van dit verschil echter zeer gering. In het maatschappelijk verkeer is gebruikelijk dat een verkrijger van een verhypothekeerd goed de schuld van de vervreemder overneemt. Wat bij grondrente ex lege plaats vindt, geschiedt dus bij hypotheek krachtens overeenkomst van partijen.

Op grond van bovenstaande overwegingen is de ondergetekende van oordeel dat voor het opnemen van een afzonderlijke titel over grondrente geen voldoende redenen bestaan. De verder naar aanleiding van deze titel door de Commissie gemaakte opmerkingen kunnen dus onbesproken blijven.

TITEL 10

Appartementsrechten

In de inleidende opmerkingen van de memorie van toelichting bij het ontwerp van de wet van 7 september 1972, *Stb.* 467, tot herziening van de regeling in het Burgerlijk Wetboek betreffende splitsing in appartementen (Zitting 1970–1971 – **10 987**) is uiteengezet dat en waarom die wet is ontworpen als een „voortrein" op de vaststelling en invoering van titel 5.10 van het nieuwe wetboek.

In dat wetsontwerp, hierna aangeduid als ontwerp **10 987,** werd voortgebouwd op titel 5.10 van het onderhavige ontwerp, die de Commissie in haar voorlopig verslag heeft aangemerkt als een over het algemeen bevredigend geslaagde inpassing van het appartementenrecht, en werd al rekening gehouden met enkele kanttekeningen die het voorlopig verslag aan dat oordeel heeft toegevoegd.

In het nu aangeboden gewijzigd ontwerp is daarom, wat titel 5.10 betreft, in hoofdzaak er mee volstaan deze titel in overeenstemming te brengen met de in ontwerp **10 987** geformuleerde artikelen 875*a*–876*t*, zoals deze inmiddels tijdens de parlementaire behandeling zijn komen te luiden, behoudens enkele afwijkingen, geboden door de context in het nieuwe wetboek.

De ondergetekende meent zich in deze memorie bij de artikelen dan ook veelal te kunnen beperken tot een verwijzing naar de corresponderende artikelen 875*a*–876*t* B.W.

AFDELING 1

Algemene bepalingen

Artikel 5.10.1.1. (verg. artikel 875*a*). Dit artikel is geheel in overeenstemming met artikel 875*a* gebracht, met dien verstande dat in lid 6, evenals elders in deze titel, de boedelrechter als bevoegde rechter is aangewezen.

Artikel 5.10.1.1a. (verg. artikel 875*b*). Dit nieuwe artikel is gelijkluidend aan artikel 875*b*, met dien verstande dat in de tweede zin de ook elders in het nieuwe wetboek gebruikelijke term „inschrijving" wordt gebezigd.

Artikel 5.10.1.1b. (verg. artikel 875*c*). Dit nieuwe artikel stemt overeen met artikel 875*c*.

Artikel 5.10.1.2. verg. artikel 875*d*). Het oorspronkelijke tweede lid van artikel 5.10.1.2 is vervallen, omdat uit het nieuwe artikel 5.10.4.2*d* onder *b* reeds is af te leiden dat overtreding van artikel 5.10.1.1 lid 3 niet ten gevolge heeft dat de splitsing van rechtswege nietig is.

Wegens de toevoeging van de aan artikel 875*d* ontleende nieuwe leden 2 en 3 aan artikel 5.10.1.2 is het oorspronkelijke lid 3 in een nieuw artikel 5.10.1.2*a* opgenomen.

Artikel 5.10.1.2a. De nu als lid 1 van dit nieuwe artikel opgenomen bepaling is, zoals bij artikel 5.10.1.2 vermeld, ontleend aan het oorspronkelijke derde lid daarvan. Opgemerkt wordt nog dat uit de memorie van toelichting bij artikel 5.10.1.2 van het ontwerp zou kunnen worden afgeleid dat de onderhavige bepaling ook op een splitsing in appartementsrechten, verricht door twee of meer personen die zich voordeden als tezamen bevoegd over de daarin betrokken registergoederen te beschikken, terwijl zij daartoe niet, althans niet over die goederen in hun geheel, bevoegd waren, van toepassing is, indien de splitsing slechts gevolgd is door een onderlinge verdeling van de appartementsrechten. Het gebruik van de term „overdracht" in het oorspronkelijke artikel 3.7.1.14 lid 3 scheen aan die opvatting steun te bieden, maar inmiddels is bij het gewijzigd ontwerp van Boek 3 die bepaling vervangen door een nieuw artikel 3.7.1.14*a* lid 1 waarin de term „overdracht" terecht is vermeden. Er zou ook geen goede reden zijn aan een onderlinge verdeling tussen geheel of ten dele onbevoegde splitsers hetzelfde gevolg toe te kennen als artikel

5.10.1.2*a* lid 1 verbindt aan een, volgens de regels van afdeling 3.4.2 op zichzelf geldige, overdracht van een appartementsrecht aan een derde.

In het nieuwe artikel 2*a* is voorts als lid 2 bepaald dat een geheel of ten dele ongeldige splitsing in appartementsrechten als een geldige splitsing wordt aangemerkt, indien vervolgens een appartementsrecht, of een beperkt recht op een appartementsrecht, overeenkomstig artikel 3.4.3.1 of 8 door verjaring verkregen is. Ook dan behoren niet alleen het door die verjaring verkregen appartementsrecht, maar alle appartementsrechten die de splitsing beoogde in het leven te roepen, alsnog als overeenkomstig de akte van splitsing bestaande appartementsrechten te gelden, zoals ook de in die akte omschreven vereniging van eigenaars dan behoort te gelden als een dienovereenkomstig geconstitueerde rechtspersoon.

Artikel 5.10.1.3. In het gewijzigd ontwerp is dit ook in het ontwerp **10 987** niet overgenomen artikel vervallen, omdat het overbodig is naast de nieuwe artikelen 5.10.1.1*a* en 1*b*.

Artikel 5.10.1.4. (verg. artikel 875*e* lid 1). De bepalingen onder *a–c* zijn vervangen door bepalingen onder *a–d*, gelijkluidend aan die van het eerste lid van artikel 875*e* B.W., met dien verstande dat onder *a* de zinsnede „alsmede de kadastrale aanduiding van de percelen die in de splitsing worden betrokken" is weggelaten. Zoals in de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer over Boek 3 met betrekking tot artikel 3.1.2.4 lid 1, tweede zin, van het regeringsontwerp is opgemerkt, behoort een eis tot aanduiding van een onroerende zaak met kadastrale kenmerken niet in het nieuwe Burgerlijk Wetboek thuis, maar in de in artikel 3.1.2.1 lid 2 bedoelde wet.

Evenals in het oorspronkelijk ontwerp is een aan het tweede lid van artikel 875*e* beantwoordende bepaling weggelaten. Zo'n bepaling, die ook in andere titels van Boek 5 niet voorkomt, is in het nieuwe wetboek overbodig, niet alleen voor zover het in de akte van splitsing bepaalde door de artikelen 5.10.1.4 en 5 leden 1 en 2 is voorgeschreven of door de overige leden van artikel 5.10.1.5, de eerste twee leden van artikel 5.10.1.9*a* en verscheidene andere artikelen van titel 5.10 met zoveel woorden wordt toegelaten, maar ook voor zover de akte van splitsing de inhoud van alle of bepaalde appartementsrechten uitstrekt tot niet in de wet genoemde bevoegdheden en verplichtingen, mits deze een zodanig verband met de wettelijke inhoud dier rechten hebben, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Men vergelijke de Algemene opmerkingen op p. 378 sub 3 en p. 379 sub 10 van de toelichting van het driemanschap.

Artikel 5.10.1.5. (verg. artikel 875*f*). Ter beantwoording van het voorlopig verslag moge dienen dat in het gewijzigd ontwerp lid 1 onder *e* de oprichting van een vereniging van eigenaars verplicht stelt, in navolging van artikel 875*f*, waarmee het artikel ook overigens in overeenstemming is gebracht.

Opgemerkt wordt nog dat een vereniging als bedoeld in lid 3 (evenals in artikel 875*f*, derde lid) ook een coöperatieve vereniging of een onderlinge waarborgmaatschappij kan zijn.

Artikel 5.10.1.6. (verg. artikel 875*g*). Dit artikel is in overeenstemming met artikel 875*g*, met dien verstande dat in de leden 4 en 5 met het oog op Boek 6 van het nieuwe wetboek de term „hoofdelijk verbonden" wordt gebezigd.

Artikel 5.10.1.7. (verg. artikel 875*h*). Dit artikel is in overeenstemming met artikel 875*h*, behoudens dat in de leden 1 en 2 de woorden „een grondrente" en in lid 3 de woorden „gebruik of bewoning" niet zijn overgenomen. De woorden „een grondrente" zijn niet overgenomen, aangezien in het gewijzigd ontwerp van dit boek de titel grondrente (titel 9) is komen te vervallen; men vergelijke deze memorie bij titel 9. De woorden „gebruik of bewoning" (die ook in artikel 5.10.1.7 van het oorspronkelijk ontwerp niet voorkwamen)

behoefden niet te worden overgenomen wegens artikel 3.8.24 lid 1 van het gewijzigd ontwerp Boek 3. Voorts zijn uit artikel 875*h* in lid 1 de woorden „en voor alle desbetreffende kadastrale percelen in hun geheel" en in lid 2 de woorden „of niet voor alle desbetreffende kadastrale percelen in hun geheel" niet overgenomen, omdat afdeling 3.9.4 (Recht van hypotheek), in tegenstelling tot het geldende B.W. (artikelen 1219 en 1231), geen melding maakt van kadastrale percelen; men vergelijke ook het in deze memorie bij artikel 5.10.1.4 aangetekende.

In het derde lid van artikel 5.10.1.7 van het oorspronkelijk ontwerp was het recht van opstal niet vermeld. In overeenstemming met artikel 875*h* lid 3 is thans in lid 3 het opstalrecht wel vermeld, met het oog op het geval dat de grondeigenaar die na het einde van het opstalrecht op de grond een gebouw wil stichten, al voor het einde van het opstalrecht, gebruik makend van het nieuwe artikel 5.10.1.1*a*, tot splitsing in appartementsrechten overgaat.

Artikel 5.10.1.8. (verg. artikel 875*i*). Dit artikel is bij het gewijzigd ontwerp zodanig herzien dat het, gelezen in aansluiting aan titels 5.7 en 5.8, nu dezelfde regels bevat als artikel 875*i*, zij het in een ten dele eenvoudiger formulering. Deze is mogelijk doordat in de titels 5.7 en 5.8 het rechtskarakter van de verplichting tot betaling van een canon of retributie is vastgelegd als een kwalitatieve verbintenis van de erfpachters of opstallers tot betaling van een geldsom en de overgang van deze verbintenis tot voldoening van een naar haar aard deelbare prestatie nader is bepaald. Men zie de artikelen 5.7.1.1 lid 2 en 5*a* lid 2, de artikelen 5.8.1 lid 3 en 4 lid 1, alsmede het in deze memorie bij eerstgenoemd artikel aangetekende.

Het nieuwe lid 1 geeft de regel weer, dat de splitsing in appartementsrechten de externe aansprakelijkheid voor de canon of retributie die daarna opeisbaar wordt, van rechtswege over de appartementsrechten verdeelt, en wel in dezelfde verhouding als de onderlinge draagplicht der appartementseigenaars: ingevolge artikel 5.10.1.6 lid 2 draagt ieder van hen een gelijk deel bij, tenzij hiervoor in het reglement een andere verhouding is vastgesteld. Ook in zijn bewoordingen stemt het nieuwe lid 1 met artikel 875*i* lid 1 overeen, behalve dat, overeenkomstig de terminologie van titel 5.7, het woord „verschijnt" is vervangen door „opeisbaar wordt".

Het nieuwe lid 2 bevat, in een eenvoudiger formulering, de regel van artikel 875*i* lid 2 dat de vereniging van eigenaars jegens de grondeigenaar hoofdelijk met de appartementseigenaars verbonden is voor de door hen als deelgenoten in het recht van erfpacht of opstal verschuldigde canon of retributie. Hierbij zij opgemerkt dat dit niet alleen de canon of retributie is die tijdens hun appartementsrecht opeisbaar wordt, maar tevens achterstallige canon of retributie kan omvatten, namelijk voor zover deze door een appartementseigenaar krachtens artikel 5.7.1.5*a* lid 2, als zijnde met diens rechtsvoorganger hoofdelijk verbonden, verschuldigd is. Hieronder kan ook nog achterstallige canon of retributie begrepen zijn, die al vóór de splitsing opeisbaar was geworden.

Artikel 5.10.1.8a. (verg. artikel 875*j*). De over een recht van erfpacht dat in de splitsing betrokken is handelende regels van artikel 875*j* zijn in dit nieuwe artikel overgenomen. Zij zijn aangepast aan de artikelen 5.7.1.10 en 10*a* van het gewijzigd ontwerp die in de plaats komen voor het geldende artikel 780 B.W. en ingevolge artikel 5.8.4 lid 2 van het gewijzigd ontwerp ook van toepassing zijn op een zelfstandig recht van opstal. Artikel 5.7.1.10 regelt de mogelijkheid van vervallenverklaring van een recht van erfpacht of opstal, hetzij wegens verzuim in de betaling van de canon of retributie, hetzij wegens tekortschieten in de nakoming van andere verplichtingen van de erfpachter of opstaller, en artikel 5.7.1.10*a* geeft enige daarop aansluitende bepalingen.

Lid 1 doet uitkomen dat het nieuwe artikel 8*a* van afdeling 5.10.1 in zijn volgende leden voor een recht van erfpacht

of zelfstandig recht van opstal dat, al dan niet te zamen met andere registergoederen, in een splitsing in appartementsrechten betrokken is, slechts enige bepalingen ter aanvulling van de titels 5.7 en 5.8 geeft.

Lid 2 beantwoordt, behoudens de uitbreiding tot opstal, in hoofdzaak aan artikel 875*j* lid 1. Het handelt eveneens alleen over vervallenverklaring wegens wanbetaling van canon (of, bij opstal, van retributie). Het handelt niet over vervallenverklaring wegens het tekortschieten in andere verplichtingen, waarvoor artikel 5.7.1.10 lid 1 geldt, onverschillig of de tekortkoming is toe te schrijven aan een of meer appartementseigenaars, aan de vereniging van eigenaars of aan andere personen voor wier gedragingen de appartementseigenaars in de nakoming van hun verplichtingen als erfpachters of opstallers aansprakelijk zijn.

Lid 3 van artikel 8*a* heeft daarentegen, evenals het daarin aangehaalde artikel 5.7.1.10 lid 2, betrekking op een vordering tot vervallenverklaring van het recht van erfpacht of opstal, ook als deze gegrond is op tekortschieten in de nakoming van de andere verplichtingen. Het houdt in dat de dagvaarding op straffe van niet-ontvankelijkheid binnen 8 dagen mede moet worden betekend aan de gerechtigde tot een beperkt recht dat op een of meer appartementsrechten rust en aan beslagleggers daarop.

Lid 4 beantwoordt, weer met uitbreiding tot opstal, in hoofdzaak aan artikel 875*j* lid 2, eerste zin. Evenals in lid 2 van artikel 8*a*, gelijk in artikel 5.7.1.10 lid 1, gaat het om een achterstand over vijf achtereenvolgende jaren ten tijde van het instellen van de vordering, in casu tot toewijzing van het appartementsrecht aan de grondeigenaar. Vermindering van de achterstand na de instelling van de vordering sluit toewijzing niet uit, maar de formulering van artikel 8*a* lid 4 met behulp van het woord „kan", houdt, evenals die van artikel 5.7.1.10 lid 1, in dat gehoor geven aan de vordering steeds aan het discretionaire oordeel van de rechter is overgelaten. Bovendien zegt het slot van artikel 8*a* lid 4 dat artikel 5.7.1.10 lid 4 van overeenkomstige toepassing is; de gedaagde appartementseigenaar kan dus, door tijdens het geding alsnog na te komen en zekerheid te stellen voor de toekomst, de mogelijkheid voorkomen, dat de gevorderde toewijzing van zijn appartementsrecht wordt uitgesproken. Ook artikel 5.7.1.10 lid 3 wordt van overeenkomstige toepassing verklaard, zodat de rechter hangende het geding het appartementsrecht onder bewind kan stellen. Artikel 5.7.1.10 lid 2 is reeds op grond van lid 2 van toepassing.

Lid 5, eerste zin, stemt overeen met artikel 875*j* lid 2, tweede zin, behoudens dat mede is bepaald dat eventueel op het appartementsrecht rustende beperkte rechten (vruchtgebruik, hypotheek) en beslagen door de overgang tenietgaan. Verder is aan lid 5 een tweede zin toegevoegd die overeenstemt met artikel 5.7.1.10*a* lid 2. Er is geen reden de appartementseigenaar die zijn appartementsrecht door de toewijzing aan de grondeigenaar verliest, anders te behandelen dan de erfpachter wiens recht vervallen is verklaard. Was het appartementsrecht met een beperkt recht bezwaard, dan zal de beperkt gerechtigde een dienovereenkomstig recht op de verschuldigde vergoeding verkrijgen. Men vergelijke de artikelen 3.8.11 en 3.9.1.3. Ter gelegenheid van de invoeringswet kan worden bezien in hoeverre in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een soortgelijke bepaling ten gunste van de beslaglegger op haar plaats zou zijn. Rustte op het appartementsrecht een voorrecht, dan geldt artikel 3.10.3.2.

Lid 6 bevat een met artikel 5.7.1.10*a* lid 3 overeenkomende bepaling.

Bij lid 7 vergelijke men het laatste lid van artikel 5.7.1.10*a*, dat mede op artikel 5.7.1.10 betrekking heeft.

Artikel 5.10.1.9. (verg. artikel 875*k*). Dit artikel is in overeenstemming gebracht met artikel 875*k*. Alleen is duidelijkheidshalve nu in lid 1 ook melding gemaakt van toedeling. Voorts zij nog opgemerkt dat lid 1 niet de mogelijkheid kent

om in de akte van splitsing of, als een recht van erfpacht of opstal in de splitsing betrokken is, in de akte van vestiging van dat recht, te bepalen dat overdracht enz. slechts met iemands toestemming kan geschieden.

Bij lid 4 vergelijke men ook artikel 5.6.10.

Artikel 5.10.1.9a. (verg. artikel 875*n*). Dit nieuwe artikel van het gewijzigd ontwerp treedt in de plaats van artikel 5.6.10*a* van het oorspronkelijk ontwerp, omdat deze materie – vestiging, aanneming en afstand van erfdienstbaarheden door appartementseigenaars – naar de mening van de ondergetekende, evenals in het huidige wetboek, beter in haar geheel in de titel Appartementsrechten dan ten dele in de titel Erfdienstbaarheden kan worden geregeld. Wel zij men natuurlijk ook hier artikel 5.6.10 gedachtig.

Het nieuwe artikel is onmiddellijk na artikel 5.10.1.9 ingevoegd, omdat lid 4 daarvan eveneens op het vestigen van erfdienstbaarheden door appartementseigenaars betrekking heeft. De redactie is gelijkluidend aan die van artikel 875*n*, behalve dat in lid 3 de woorden „ten bate waarvan" in overeenstemming met de terminologie van titel 5.6 zijn vervangen door „ten behoeve waarvan".

Artikel 5.10.1.10. (verg. artikel 875*p*). Dit artikel is, in navolging van de plaatsing van het met dit artikel corresponderende artikel 875*p*, bij het gewijzigd ontwerp vervangen door een nieuw artikel 5.10.1.15*a*. In deze memorie wordt bij dat artikel de in het voorlopig verslag over artikel 5.10.1.10 gemaakte opmerking beantwoord.

Artikel 5.10.1.11. (verg. artikel 875*q*). Dit artikel is in navolging van de plaatsing van het met artikel 5.10.1.11 corresponderende huidige artikel 875*q* in het gewijzigd ontwerp opgenomen als artikel 5.10.1.15*b*. Men zie verder deze memorie bij dat artikel.

Artikel 5.10.1.12. (verg. artikel 875*l*). Dit artikel is in overeenstemming gebracht met artikel 875 *l*.

Artikel 5.10.1.13. (verg. artikel 875*m*). Dit artikel is in overeenstemming gebracht met artikel 875*m*, waarbij in lid 3, evenals in andere bepalingen van deze titel, is aangewezen welke boedelrechter relatief competent is.

Artikel 5.10.1.14. (verg. artikel 876*a*). Bij het gewijzigd ontwerp is dit artikel vervallen. Het is vervangen door het nieuwe, met artikel 876*a* lid 1 overeenstemmende, artikel 5.10.2.1*a* lid 1.

Artikel 5.10.1.15. (verg. de artikelen 875*o* en 876*d*). Het oorspronkelijke lid 1 is geschrapt en in het gewijzigd ontwerp vervangen door een met artikel 876*d* overeenstemmend nieuw artikel 5.10.2.1*d*. De ondergetekende veroorlooft zich hierna bij dat nieuwe artikel in te gaan op de in het voorlopig verslag aangehaalde beschouwingen van Bloembergen (W.P.N.R. 4647 en 4648), voor zover zij alleen of mede op het oorspronkelijke lid 1 betrekking hebben.

De verdere inhoud van het oorspronkelijke artikel is, gewijzigd en aangevuld, weer over drie leden verdeeld, die beantwoorden aan artikel 875*o*, waarin ten dele al met Bloembergens overige beschouwingen rekening werd gehouden.

Vooropgesteld moet worden dat daar evenals hier het aanvankelijk gekozen stelsel is gehandhaafd. Bloembergen schijnt er vanuit te gaan dat er voor degene wiens toestemming of medewerking vereist is, in beginsel een verplichting zou bestaan om deze ook te geven en dat op deze verplichting artikel 3.11.4 toegepast zou kunnen worden. Artikel 3.11.4 ziet inderdaad op het geval dat iemand die jegens een ander *verplicht* is een rechtshandeling te verrichten, dit nalaat. In het onderhavige geval is evenwel in de regel van enige verplichting tot het geven van toestemming of medewerking geen sprake. In artikel 5.10.1.15 verdient het stelsel van het ontwerp boven-

dien de voorkeur uit een oogpunt van duidelijkheid, terwijl de bijzondere regels die artikel 3.11.4 voor het daar geregelde geval bevat, hier ook niet op hun plaats zouden zijn, evenmin als dat het geval is in vergelijkbare bepalingen als de artikelen 87 lid 2, 88 lid 2, 165 lid 3, 345 e.v. van Boek 1 en artikel 3.6.1.5 lid 2 van het gewijzigd ontwerp van Boek 3. Dat geldt mede voor de door Bloembergen geopperde gedachte aan de rechter in navolging van artikel 3.11.4 de bevoegdheid te geven om, in stede van een de vereiste toestemming of medewerking vervangende machtiging te verlenen, een vertegenwoordiger te benoemen. Kan de rechter niet zonder gedetailleerde kennis van de voorgenomen „handeling" – het kan een rechtshandeling, maar ook een feitelijke handeling zijn – beoordelen of de vereiste toestemming of medewerking zonder redelijke grond wordt geweigerd en is het de verzoeker nog niet mogelijk hem die gedetailleerde inhoud voor te leggen, dan kan en moet de rechter zijn beslissing op het verzoek om machtiging uitstellen en kan de rechter niet in plaats daarvan het oordeel of de verzoeker de rechtshandeling behoort te mogen verrichten aan een vertegenwoordiger delegeren. Meent de verzoeker dat de rechtshandeling geen verder uitstel kan lijden, dan kan hij haar verrichten onder voorbehoud van verkrijging van de nodige machtiging die de rechter dan eventueel nog achteraf kan verlenen.

Het nieuwe lid 3 is een bekorting van artikel 875*o* lid 3. In de redactie komt tot uiting dat ook opvolgende appartementseigenaars aan de beslissing over de onderhoudskosten gebonden zijn en in het nieuwe wetboek volgt uit artikel 3.1.2.2 lid 1 dat deze door de rechter vastgestelde regeling in de openbare registers kan worden ingeschreven, zodat artikel 3.1.2.7 van toepassing is.

Artikel 5.10.1.15a. (verg. artikel 875*p*).Zoals vermeld in deze memorie bij artikel 5.10.1.10 is de inhoud daarvan ondergebracht in het onderhavige artikel. Tevens is de inhoud in overeenstemming gebracht met die van artikel 875*p*, behoudens dat de woorden „of bij exploit", voorkomend in het tweede lid van artikel 875*p*, in verband met artikel 3.2.4 lid 2 niet zijn overgenomen; zie daaromtrent de vierde alinea van de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij artikel 3.2.4. Hiermee is tevens tegemoet gekomen aan de voorkeur die de Commissie in het voorlopig verslag over artikel 5.10.1.10 heeft uitgesproken, dat ter keuze een exploit of een aangetekende brief kan worden gezonden. In overeenstemming met artikel 875*p* lid 2 is niet voorgeschreven dat een tot mededeling strekkende brief aangetekend wordt verzonden, al kan deze wijze van verzending haar nut voor de afzender hebben als hij later wil bewijzen dat hij prompt aan zijn mededelingsplicht heeft voldaan.

Artikel 5.10.1.15b. (verg. artikel 875*q*). Zoals vermeld in deze memorie bij artikel 5.10.1.11 is de inhoud daarvan ondergebracht in het onderhavige artikel. Tevens is de inhoud in overeenstemming gebracht met die van artikel 875*q*, behoudens dat de leden 3 en 5 van artikel 875*q* niet zijn overgenomen; lid 3 niet, omdat het daar bepaalde reeds volgt uit de algemene regel van artikel 3.8.17*a;* lid 5 niet, aangezien het overbodig is naast artikel 3.8.24 lid 1 (vergelijk ook de eerste alinea van deze memorie bij artikel 5.10.1.7).

AFDELING 2

De vereniging van eigenaren en de administrateur

Opschrift. In het gewijzigd ontwerp is het opschrift van deze afdeling, evenals grotendeels haar inhoud, in overeenstemming gebracht met de tweede afdeling van de tiende titel A van het tweede boek van het geldende wetboek. Het gewijzigde opschrift noemt alleen de vereniging van eigenaars. Voor een vermelding van de administrateur in het opschrift van afdeling 2 is geen reden meer, nu in artikel 5.10.1.5 lid 1 onder *e* van het gewijzigd ontwerp de oprichting, bij de akte van splitsing, van een vereniging van eigenaars verplicht wordt gesteld en in

het nieuwe artikel 5.10.2.1*e* lid 1 uitdrukkelijk wordt bepaald dat de administrateur het bestuur van deze vereniging vormt.

Artikel 5.10.2.0. In bovengenoemde afdeling van het B.W. is reeds in ruime mate rekening gehouden met de bepalingen omtrent de vereniging in titel 1 en in afdeling 1 van titel 2 van Boek 2 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met inachtneming van de wijzigingen, in die titels voorgesteld bij het aanhangige ontwerp Invoeringswet Boek 2 nieuw B.W. (zitting 1970–1971–**11 005** stuk nr. 2, hoofdstuk 1 artikelen II en III).

Voor de beslissing welke bepalingen betreffende de vereniging van eigenaars in titel 5.10 naast artikel 5.10.1.5 lid 1 onder *e* en lid 2, en met name in afdeling 5.10.2, nodig zijn, is uiteraard van bijzonder belang of de vereniging van eigenaars in het nieuwe wetboek moet worden aangemerkt als een vereniging in de zin van Boek 2. Deze vraag behoort in afdeling 5.10.2 uitdrukkelijk te worden opgelost. Zij werd in artikel 5.10.2.1 lid 4 van het ontwerp oorspronkelijk aldus beantwoord: „De vereniging van eigenaren is niet een vereniging als bedoeld in artikel 2.2.1.1." De reden voor dit ontkennend antwoord lag blijkens de memorie van toelichting bij artikel 5.10.2.1 hierin dat lid 1 van dit artikel het lidmaatschap van de vereniging van eigenaars van rechtswege en exclusief verbindt aan de hoedanigheid van appartementseigenaar, dus aan het hebben van een of meer appartementsrechten, terwijl artikel 2.2.1.1, zoals dit in het ontwerp voor Boek 2 luidde, een vereniging in de zin van dat boek daarentegen omschreef als een vorm van samenwerking, gekarakteriseerd door een mogelijkheid van toe- en uittreding van leden, die niet aan het bestaan van bepaalde personen gebonden is. Deze karakteristiek is echter inmiddels in de wet tot vaststelling van Boek 2 uit artikel 2.2.1.1 weggelaten. Ook de gewijzigde formulering van dat artikel, voorgesteld in het thans aanhangige ontwerp Invoeringswet Boek 2 nieuw B.W., levert geen bezwaar op om onder vereniging in de zin van dat boek mede de vereniging van eigenaars te begrijpen. Integendeel is het, naar de mening van de ondergetekende, geheel in overeenstemming met de opzet van Boek 2 de vereniging van eigenaars tezamen met de „gewone" vereniging, de coöperatieve vereniging en de onderlinge waarborgmaatschappij te integreren in het algemene begrip vereniging, zijnde een der hoofdvormen van de privaatrechtelijke rechtspersonen die het nieuwe wetboek en de Nederlandse wetgeving, in haar geheel genomen, kennen.

Deze integratie in het algemene begrip vereniging heeft vooreerst, gegeven de opbouw van Boek 2 van het nieuwe wetboek, tot gevolg dat de vereniging van eigenaars onderworpen is aan de voor verenigingen geldende algemene bepalingen voor rechtspersonen van titel 2.1, alsmede aan de bepalingen van titel 2.2, afdeling 1, onder het opschrift Verenigingen in het algemeen.

Bij deze integratie dient voorts het volgende te worden bedacht. Enerzijds onderscheidt de vereniging van eigenaars zich hierin van andere verenigingen, dat zij krachtens het met artikel 876*a* overeenstemmende nieuwe artikel 5.10.2.1*a* van het gewijzigd ontwerp zich wettelijk altijd ten doel stelt de nader in dat artikel omschreven centrale functie te vervullen in de gemeenschap van appartementseigenaars. Anderzijds laat artikel 5.10.1.5 van het gewijzigd ontwerp in lid 1 onder *e* en lid 2 onder *b* aan de akte van splitsing een zeer ruime vrijheid om het doel van de vereniging van eigenaars uit te breiden tot het behartigen van andere gemeenschappelijke belangen van de appartementseigenaars, waaronder ook om, anders dan bijkomstig, in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden, de appartementseigenaars, te voorzien door met hen overeenkomsten te sluiten in een bedrijf dat zij te dien einde ten behoeve van haar leden uitoefent. Derhalve zou de vereniging van eigenaars door een zodanige doelbepaling tevens kunnen beantwoorden aan de omschrijving die artikel 2.2.2.1 lid 2 van coöperatieve verenigingen geeft. Doch het is niet wenselijk dat de bijzondere bepalingen die afdeling 2.2.2 voor coöperatieve verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen bevat, eventueel naast die van titel 5.10 op een vereniging van eigenaars eveneens van toepassing zouden zijn. Een verwijzing in

afdeling 5.10.2 naar titel 2.2 dient dus uitdrukkelijk beperkt te worden tot afdeling 1 van titel 2.2.

Bovenstaande overwegingen hebben er toe geleid in het gewijzigd ontwerp afdeling 5.10.2 in te leiden met een naar het voorbeeld van artikel 2.2.2.1 lid 1 gemodelleerd nieuw artikel, ten einde tot uitdrukking te brengen dat de vereniging van eigenaars niet alleen onderworpen is aan de in deze afdeling volgende bijzondere bepalingen, maar ook aan de algemene voorschriften van titel 1 van Boek 2 – uiteraard voor zover deze voor verenigingen geschreven zijn – en van titel 2 afdeling 1 van dat boek, een en ander voor zover van die algemene voorschriften niet door de bijzondere bepalingen – uitdrukkelijk of anderszins blijkens hun inhoud – wordt afgeweken.

Ingevolge het in dit nieuwe artikel neergelegde stelsel behoeven in het gewijzigd ontwerp enige bepalingen die hieronder nog ter sprake zullen komen, niet uit de artikelen 876-876*i* te worden overgenomen, omdat zij in het nieuwe wetboek overbodig zouden zijn naast de algemene voorschriften van titel 2.1 of afdeling 2.2.1. Tot die bepalingen behoren ook die van artikel 876*i*; deze zouden overbodig zijn naast artikel 2.2.1.22, inhoudende dat bij de statuten van een vereniging kan worden bepaald dat het toezicht op het bestuur aan commissarissen zal worden opgedragen; genoemd artikel verbindt aan dit principe een uitwerking die ook aan de akte van splitsing de nodige armslag laat.

Artikel 5.10.2.1. (verg. artikel 876). Dit artikel is in het gewijzigd ontwerp in overeenstemming gebracht met artikel 876, behalve dat het tweede lid daarvan is weggelaten omdat het in het nieuwe wetboek overbodig is naast artikel 2.1.3, en in het laatste lid het woord „overschrijving" overeenkomstig de terminologie van het nieuwe wetboek vervangen is door „inschrijving".

Zie wat het oorspronkelijke artikel 5.10.2.1 lid 2 betreft, artikel 2.2.1.16 lid 1; wat het oorspronkelijke lid 3 betreft, artikel 5.10.1.5 lid 2 van het gewijzigd ontwerp; en wat het oorspronkelijke lid 4 betreft, het voorgaande nieuwe artikel en het daarbij hierboven aangetekende.

Artikel 5.10.2.1a. (verg. artikel 876*a*). Dit nieuwe artikel stemt overeen met artikel 876*a*.

Artikel 5.10.2.1b. (verg. artikel 876*b*). Dit nieuwe artikel stemt overeen met artikel 876*b* leden 2 en 3; het eerste lid daarvan is weggelaten omdat het overbodig is naast artikel 2.2.1.16 lid 1.

Artikel 5.10.2.1c. (verg. artikel 876*c*). Dit nieuwe artikel stemt overeen met artikel 876*c*.

Artikel 5.10.2.1d. (verg. artikel 876*d*). Dit nieuwe artikel stemt overeen met artikel 876*d*, behalve dat in lid 1 de kantonrechter is vervangen door de boedelrechter. Zoals hierboven bij artikel 5.10.1.15 is vermeld, wordt het oorspronkelijke lid 1 daarvan door het onderhavige nieuwe artikel vervangen. Het treedt voor besluiten van de vergadering van eigenaars in de plaats van de algemene voorschriften der artikelen 2.1.8*a* en 9.

Naar aanleiding van de hierboven genoemde, in het voorlopig verslag aangehaalde beschouwingen van Bloembergen (W.P.N.R. 4648) over het oorspronkelijke artikel 5.10.1.15 lid 1 zij hier het volgende opgemerkt. Deze schrijver acht het wenselijk in de wet tot uitdrukking te brengen dat wanneer een besluit van de vergadering van eigenaars tot weigering van een gevraagde toestemming of medewerking wordt vernietigd op grond dat het niet op regelmatige wijze was tot stand gekomen, de rechter vrij zal zijn de vereniging van eigenaars opdracht te geven dat de vergadering zich opnieuw over de gevraagde toestemming of medewerking zal verklaren, voordat de rechter een beslissing neemt over het verlenen van een machtiging die overeenkomstig artikel 5.10.1.15 de toestemming of medewerking vervangt. Maar tot verschaffing van deze vrijheid is geen nadere wetsbepaling nodig. Heeft degene die de toestemming of medewerking behoeft, bij één verzoekschrift de rechter om vernietiging van het vergaderingsbesluit

èn om verlening van de vervangende machtiging verzocht, dan behoort de rechter, wanneer hij bevindt dat het eerstgenoemde verzoek gegrond is, zodat het vergaderingsbesluit moet worden vernietigd, van geval tot geval met inachtneming van alle hem ten processe gebleken omstandigheden te beoordelen of hij dadelijk ook op het tweede verzoek zal beslissen, dan wel dit enige tijd zal aanhouden om de vergadering gelegenheid te geven zich alsnog op geldige wijze over de gevraagde toestemming of medewerking uit te spreken. De ondergetekende verwacht dat het door de boedelrechter toe te passen procesrecht daartoe voldoende elastisch zal zijn, gelijk dit zijns inziens ook reeds het bij toepassing van de artikel 875*o* en 876*d* voor de kantonrechter geldende procesrecht (titel 12 van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) is. Men bedenke hierbij dat de machtiging ingevolge artikel 5.10.1.15 (artikel 875*o*) niet alleen kan worden verleend, indien de medewerking of toestemming zonder redelijke grond wordt geweigerd, maar ook indien degene die haar moet geven zich niet verklaart, hetgeen uiteraard betekent: indien deze zich niet binnen redelijke tijd bij een op geldige wijze genomen besluit heeft verklaard. Het kan zeer wel zijn dat voor de verzoeker bij het spoedig kunnen verrichten van de handeling waartoe hij toestemming, medewerking of een vervangende machtiging behoeft, kennelijk grote belangen op het spel stonden en nog staan.

Artikel 5.10.2.1e. (verg. artikel 876*e*). Dit nieuwe artikel stemt overeen met artikel 876*e*, behoudens drie afwijkingen. In de tweede zin van lid 1 is „bij het reglement" vervangen door „in de statuten".

In de tweede plaats is van lid 4 de tweede zin enigszins anders geformuleerd ten einde deze bepaling zoveel mogelijk te doen aansluiten bij het algemene voorschrift van artikel 2.1.5*b*, zoals dit in het aanhangige ontwerp Invoeringswet Boek 2 nieuw B.W. is voorgesteld.

Ten derde is het vijfde lid van artikel 876*e* weggelaten omdat het in het nieuwe wetboek overbodig is naast artikel 2.2.1.23 en artikel 3.8.17.

Artikel 5.10.2.1f. (verg. artikel 876*f*). Dit nieuwe artikel stemt overeen met artikel 876*f*.

Artikel 5.10.2.1g. (verg. artikel 876*g*). Dit nieuwe artikel stemt overeen met artikel 876*g*.

Artikel 5.10.2.1h. (verg. artikel 876*h*). Dit nieuwe artikel stemt overeen met artikel 876*h*.

Artikelen 5.10.2-5. Deze artikelen van het oorspronkelijk ontwerp zijn bij het gewijzigd ontwerp vervallen, omdat de bepalingen die daarin voorkwamen, hetzij overbodig zijn naast algemene voorschriften van het nieuwe wetboek, hetzij vervangen worden door de hierboven besproken nieuwe artikelen van afdeling 5.10.1 of 5.10.2. Net name vergelijke men de volgende bepalingen van het oorspronkelijk ontwerp met de daarachter benoemde:

Artikel 5.10.2.2: zie artikel 5.10.1.6 leden 2 en 3;

Artikel 5.10.2.3: zie artikel 5.10.2.1*e* leden 1 en 2, de bepaling die in Boek 7 titel Arbeidsovereenkomst voor artikel 1639*r* lid 5 B.W. in de plaats zal komen en artikel 5.10.2.1*g* lid 1;

Artikel 5.10.2.4: zie artikel 5.10.2.1*e* leden 3 en 4, artikel 5.10.2.1*a* lid 3, artikel 5.10.2.1*f*, artikel 2.2.1.23 en artikel 3.8.17;

Artikel 5.10.2.5: zie artikel 5.10.2.1*a* lid 2, artikel 5.10.2.1*g* lid 2 en artikel 5.10.2.1*h*.

AFDELING 3

Rechten uit verzekeringsovereenkomsten

Artikel 5.10.3.1. (verg. artikel 876*j*). De in dit artikel van het ontwerp voorkomende onderbewindstelling werd, bij gebreke van een algemene regeling van het bewind in het geldende wetboek, in artikel 876*j* niet overgenomen. Derhalve is het onderhavige artikel in het gewijzigd ontwerp slechts in beperkte mate met artikel 876*j* in overeenstemming gebracht. Daarentegen is nu met de wijzigingen die inmiddels bij het gewijzigd ontwerp van Boek 3 in de algemene regeling van het bewind van titel 3.6 zijn aangebracht, rekening gehouden, waarbij de bepalingen van het oorspronkelijke eerste lid anders zijn geformuleerd en over nieuwe leden 1 en 2 zijn verdeeld.

De redactie van het nieuwe lid 1 doet uitkomen dat het gaat om de in artikel 5.10.1.5 lid 1 onder *d* bedoelde, en wat het gebouw betreft voorgeschreven, verzekeringen ten behoeve van de gezamenlijke appartementseigenaars. Voorts is verduidelijkt dat de goederen die onder het bewind worden gesteld, zijn de rechten op een uitkering die uit deze verzekeringsovereenkomsten voortvloeien, niet eventuele andere rechten jegens de verzekeraars, b.v. op een winstaandeel, op premierestitutie, op teruggave van onverschuldigd betaalde premies. Het onderscheid kan van belang zijn wanneer, zoals gewoonlijk, het reglement de vereniging van eigenaars of haar bestuur belast met de zorg voor de verzekering van het gebouw en van andere objecten, zoals de grond en het toebehoren, doch in afwijking van lid 2, krachtens het reglement of een wetsbepaling zoals artikel 3.6.1.13, een andere persoon bewindvoerder is.

Het bewind omvat, overeenkomstig artikel 3.6.1.2 lid 2, ook de uitgekeerde verzekeringspenningen en daarop gekweekte rente.

Rechthebbenden op een uitkering zijn de appartementseigenaars ieder voor hun aandeel, maar de onderbewindstelling geschiedt, zoals de tweede zinsnede van het nieuwe lid het nu met het oog op de terminologie van artikel 3.6.1.2*a* uitdrukt, in het belang van de gezamenlijke appartementseigenaars – d.w.z., wat ieders aandeel betreft, mede in het belang van alle anderen, terwijl zich bovendien onder de appartementseigenaars tussen het ontstaan van de schade en het herstel nog mutaties kunnen voordoen –, alsmede van beperkt gerechtigden en beslagleggers op een appartementsrecht.

Het bewind ontstaat krachtens het nieuwe lid 1 van rechtswege. Niet gehandhaafd is de in de tweede zin van het oorspronkelijke eerste lid met het oog op het toenmalige artikel 3.6.2.5 van het ontwerp verkozen fictie dat het bewind wordt geacht bij het reglement te zijn ingesteld; men zie nu in het gewijzigd ontwerp van titel 3.6 de artikelen 2*a*, 2*b* en 14*a* van de eerste afdeling.

Het nieuwe lid 2 vervangt het slot van de eerste zin van het oorspronkelijke eerste lid. Het stelt in afwijking daarvan tot regel dat bewindvoerder is de vereniging van eigenaars. Zoals reeds opgemerkt, heeft onder vigeur van artikel 638*g* lid 1 onder 6° B.W. de praktijk geleerd dat het reglement gewoonlijk de vereniging van eigenaars – of de administrateur, bestuurder van die vereniging – met de zorg voor de verzekering belast; er is geen reden om te verwachten dat dit onder vigeur van de artikelen 875*f* lid 1 onder *d* en 876*j* lid 1 anders zal gaan, te meer nu de oprichting van een vereniging van eigenaars verplicht is gesteld. Als bewindvoerster mag de vereniging van eigenaars de rechten op een uitkering uiteraard niet tot haar eigen vermogen rekenen en behoort zij ontvangen verzekeringspenningen daarvan gescheiden te bewaren en te administreren.

Geeft men de voorkeur aan een andere persoon als bewindvoerder, dan kan met toepassing van lid 5 van het onderhavige artikel in het reglement een van lid 2 afwijkende voorziening worden getroffen. Voorts zij hier nog eens opgemerkt dat ook wanneer overeenkomstig artikel 5.10.1.3 lid 2 de vereniging van eigenaars bewindvoerster is, deze krachtens artikel 3.6.1.13 lid 1 onder *d* en lid 2 als zodanig wegens gewichtige redenen door de boedelrechter op verzoek van een rechtheb-

bende, op vordering van het openbaar ministerie of ambtshalve kan worden ontslagen, waarna, indien het reglement voor dit geval geen regeling bevat, de boedelrechter ook in de opvolging kan voorzien (artikel 3.6.1.3).

De nieuwe leden 3 en 4 zijn, behoudens kleine aan artikel 876*j* lid 2 ontleende redactieverschillen, gelijk aan de oorspronkelijke leden 2 en 3, behalve dat in de redactie van het nieuwe lid 3 nu ook uitdrukkelijk rekening is gehouden met op de verzekeringspenningen gekweekte rente en met de kosten van het bewind.

De oorspronkelijke leden 4 en 5 zijn in het gewijzigd ontwerp vervangen door de hierna te bespreken nieuwe artikelen 5.10.3.1*a* en 1*b*. De ondergetekende veroorlooft zich de in het voorlopig verslag gestelde vragen bij laatstgenoemd artikel te beantwoorden.

Het thans voorgestelde lid 5 beperkt de mogelijkheid om bij het reglement van dit artikel af te wijken tot de nieuwe leden 2-4. Naar de mening van de ondergetekende is het, gelet op de strekking van de onderbewindstelling, niet gewenst dat deze bij het reglement zou kunnen worden uitgesloten, evenmin als van het nieuwe artikel 1*a* behoort te kunnen worden afgeweken.

Artikel 5.10.3.1a. Dit nieuwe artikel komt in het gewijzigd ontwerp in de plaats van het oorspronkelijke lid 5 van artikel 5.10.3.1. Het bevat een van artikel 3.6.1.14*a* ten dele afwijkende regeling.

Lid 1 geeft de eerste zin van het oorspronkelijke artikel 5.10.3.1 lid 5 weer en doet uitkomen dat het van rechtswege krachtens lid 1 van artikel 5.10.3.1 ingestelde bewind overeenkomstig zijn strekking bestaat voor de duur van de splitsing in appartementsrechten en niet langer.

Lid 2 houdt in dat door de bewindvoerder ontvangen verzekeringspenningen en daarop gekweekte rente bovendien in twee gevallen uit het bewind ontslagen worden. Volgens de bepaling onder *a* geschiedt dit wanneer aan de bewindvoerder schriftelijk mededeling wordt gedaan door degenen die op dat ogenblik appartementseigenaar of beperkt gerechtigde of beslaglegger op een appartementsrecht zijn, van hun daartoe strekkend gemeenschappelijk besluit; men vergelijke het laatste van de drie in artikel 3.6.1.14*a* genoemde gevallen. De bepaling onder *b* beantwoordt aan de tweede zin van het oorspronkelijke artikel 5.10.3.1 lid 5.

Lid 3 vervangt de slotzin van het oorspronkelijke artikel 5.10.3.1 lid 5. Het geeft een precisering van de algemene regel van artikel 3.6.1.8*a* lid 2, in zoverre dat het bepaalt aan wie de bewindvoerder het saldo der ingevolge lid 1 of lid 2 uit het bewind ontslagen verzekeringspenningen, vermeerderd met daarop gekweekte rente en onder aftrek van de kosten van het bewind, moet afdragen; namelijk aan hen die bij het einde van het bewind over die gelden een appartementsrecht hadden, ieder voor zijn in artikel 5.10.1.6 lid 1 bedoelde aandeel. Met het oog op de belangen van beperkt gerechtigden en beslagleggers op het appartementsrecht van degene aan wie de bewindvoerder een aandeel moet afdragen, vereist de tweede zin van lid 3 hun toestemming, met dien verstande dat de boedelrechter op verzoek van een belanghebbende een vervangende machtiging kan geven.

Artikel 5.10.3.1b. (verg. artikel 876*k*). Dit nieuwe artikel, dat in het gewijzigd ontwerp in de plaats van het oorspronkelijke lid 4 van artikel 5.10.3.1 komt, stemt overeen met artikel 876*k*.

De eerste zin van het nieuwe artikel wijst nu met zoveel woorden de boedelrechter aan als de bevoegde rechter voor de hier genoemde geschillen, zoals ook reeds artikel 5.10.3.1 lid 4 van het ontwerp impliciet bepaalde. Ter beantwoording van de vragen, in het voorlopig verslag naar aanleiding van die bepaling gesteld, diene het volgende. Algemene of bijzondere regels die bepalen welke rechter absoluut of relatief bevoegd is, sluiten de mogelijkheid, geschillen aan de uitspraak van scheidsmannen te onderwerpen, niet uit. Aan een arbitraal beding in het reglement staat ook niet de omstandigheid in de

weg dat in het oorspronkelijke artikel 5.10.3.1 lid 6 het vierde lid van dat artikel niet was genoemd, noch dat het gewijzigd ontwerp geen bepaling bevat die zegt dat van het onderhavige artikel bij het reglement kan worden afgeweken; een zodanige bepaling zou ook niet passen bij de inhoud van het onderhavige artikel of van het oorspronkelijke lid 4 van artikel 5.10.3.1. Zie voorts de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij titel 3.8 (Vruchtgebruik) onder het hoofd Algemeen, vierde alinea, naar aanleiding van het vergelijkbare artikel 3.8.23.

AFDELING 4

Opheffing van de splitsing en wijziging van de akte van splitsing

Opschrift. In het gewijzigd ontwerp zijn het opschrift en de indeling van afdeling 4 in overeenstemming gebracht met het bestaande wetboek, waarbij de wijziging van de akte van splitsing voorop gaat.

Artikel 5.10.4.1. (verg. artikel 876*l*). In het gewijzigd ontwerp betreft dit artikel, evenals het volgende, rechtstreeks alleen de wijziging van de akte van splitsing, maar een gedeelte van beide artikelen wordt in artikel 5.10.4.2*c* lid 2 bij opheffing van de splitsing van overeenkomstige toepassing verklaard.

Het onderhavige artikel is ook overigens met artikel 876*l* in overeenstemming gebracht, behalve dat de derde zin van lid 1 iets anders is geformuleerd, omdat erfdienstbaarheden op de zaak rusten, niet op een of meer appartementsrechten.

De oorspronkelijke leden 3 en 4 van artikel 5.10.4.1, die alleen over opheffing van de splitsing handelden, zijn in het gewijzigd ontwerp vervangen door de nieuwe artikelen 2*c* lid 1 en 2*g* lid 1 van deze afdeling.

Artikel 5.10.4.2 (verg. artikel 876*m*). Dit artikel is in overeenstemming gebracht met artikel 876*m*.

Het oorspronkelijke lid 2 is vervallen wegens het nieuwe artikel 5.10.4.2*d*. Het nieuwe lid 2 vervangt het oorspronkelijke lid 4 en het oorspronkelijke lid 5 is vervangen door het nieuwe lid 4.

Zoals reeds vermeld bij het vorige, heeft ook dit artikel thans rechtstreeks alleen betrekking op wijziging van de akte van splitsing, maar in het nieuwe artikel 5.10.4.2*c* lid 2, tweede zin, worden de leden 1, 2 en 4 van het herziene artikel 2, evenals artikel 1 lid 1 en artikel 2*a* van deze afdeling, bij opheffing van de splitsing van overeenkomstige toepassing verklaard.

Artikel 5.10.4.2a. (verg. artikel 876*n*). Dit artikel stemt overeen met artikel 876*n*.

Wegens artikel 3.2.4 lid 2 behoeven de woorden „of bij exploit", voorkomende in artikel 876*n* lid 2, niet te worden overgenomen.

In lid 3 zijn de in artikel 876*n* lid 3 voorkomende woorden „is bevoegd" in overeenstemming met de terminologie van het nieuwe B.W. vervangen door „kan".

Artikel 5.10.4.2b. (verg. artikel 876*o*). Dit nieuwe artikel stemt, behoudens de vervanging van „Zakelijke rechten" door „Beperkte rechten", overeen met artikel 876*o*.

Artikel 5.10.4.2c. (verg. artikel 876*p*). Dit nieuwe artikel stemt overeen met artikel 876*p*.

Artikel 5.10.4.2d. (verg. artikel 876*q*) Dit nieuwe artikel stemt overeen met artikel 876*q*, behalve dat in lid 1 onder *f* duidelijkheidshalve als een afzonderlijk geval is toegevoegd dat degene die de splitsing verricht heeft, onbevoegd was over een deel der in de splitsing betrokken registergoederen te beschikken. Wanneer de splitsing, zoals zij volgens de akte van splitsing luidt, niet in haar geheel alsnog krachtens artikel 5.10.1.2*a* geldig is geworden, kan het wenselijk zijn dat de

akte wordt aangepast of de splitsing wordt opgeheven. De toegevoegde bepaling beperkt zich tot het geval dat degene die de splitsing verricht heeft, slechts voor een deel der in de splitsing betrokken registergoederen beschikingsonbevoegd en voor de rest wel bevoegd was, in welk geval het zich kan voordoen dat de splitsing niet in haar geheel ongeldig is doch ondanks genoemd gebrek voor het overige in stand is gebleven; verg. artikel 3.2.7*a*. Juist dan kan er behoefte aan bestaan de in de registers voorkomende akte van splitsing door een wijziging aan te passen aan de bestaande rechtstoestand, maar kan ook inmiddels zijn gebleken dat beëindiging van de splitsing door opheffing daarvan wenselijk is.

Artikel 5.10.4.2e. (verg. artikel 876*r*, eerste lid). Dit artikel stemt overeen met artikel 876*r*, eerste lid.

Het tweede lid van artikel 876*r* is niet overgenomen, omdat in het nieuwe wetboek met de algemene regeling van artikel 3.11.4 kan worden volstaan. Het derde lid van artikel 876*r* is, redactioneel aangepast, als lid 2 van het nieuwe artikel 2*e* overgenomen.

Artikel 5.10.4.2f. (verg. artikel 876*s*, eerste lid). Dit artikel stemt overeen met artikel 876*s*, eerste lid, waarbij „Zakelijke rechten" weer is vervangen door „Beperkte rechten".

Het tweede lid van artikel 876*s* is niet overgenomen. In verband met de ingevolge artikel 3.1.2.1 lid 2 vast te stellen algemene regeling van de inrichting van de openbare registers zal ter gelegenheid van de invoeringswet bezien worden of daarnaast nog behoefte bestaat aan een bijzondere bepaling als artikel 876*s*, tweede lid.

Artikel 5.10.4.2g. (verg. artikel 876*t*). Lid 1 stemt overeen met de eerste zin van het tweede lid van artikel 876*t;* het beantwoordt aan het vierde lid van het oorspronkelijke artikel 5.10.4.1. De tweede zin van artikel 876*t* is overbodig naast artikel 2.1.11 lid 1.

Het eerste lid van artikel 876*t* is niet overgenomen, als zijnde overbodig naast de algemene regeling van artikel 3.7.1.9, welker toepasselijkheid door artikel 3.7.1.16*a* slechts wordt uitgesloten, zolang de splitsing in appartementsrechten niet is opgeheven.

Lid 2 beantwoordt aan artikel 876*t*, derde lid.

De Minister van Justitie,

VAN AGT.