

Zitting 1976–1977

4572

Vaststelling van Boek 5 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek

Nr. 8

(De vroegere stukken zijn gedrukt in de zittingen 1956–1957, 1961–1962, 1972 en 1975–1976)

VERSLAG VAN EEN MONDELING OVERLEG, TEVENS EINDVERSLAG

Vastgesteld 28 december 1976

De Commissie voor Justitie¹, in welke handen het onderhavige wetsontwerp is gesteld, heeft in de memorie van antwoord aanleiding gezien tot een mondeling overleg met de Minister van Justitie.

De Minister heeft zich hiertoe gaarne bereid verklaard.

Het overleg is op 9 september 1976 gehouden. Hierbij werd de Minister door mr. W. Sniijders, regeringscommissaris, bijgestaan en was hij voorts vergezeld van de heren mrs. B. C. de Die en A. S. Hartkamp van de Stafafdeling Wetgeving Nieuw Burgerlijk Wetboek.

De commissie heeft de eer omtrent dit mondeling overleg als volgt verslag uit te brengen.

TITEL 1**Eigendom in het algemeen**

Algemeen. Vanuit de commissie wordt aandacht gevraagd voor het in WPNR 5240 verschenen artikel van *W. C. L. van der Grinten*, met name voor diens opmerking omtrent de (vermoedelijk) aan het ontwerp ten grondslag liggende gedachte «dat alle wijzen van eigendomsverkrijging en -verlies in de wet hun grondslag moeten vinden», welke gedachte hij verwerpelijk vindt omdat het uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk is alle casusposities van de praktijk te voorzien en omdat door die gedachte – schrijver spreekt in dit verband over een «pretentie» – de betekenis van het geschreven recht wordt overtrokken.

De regeringscommissaris geeft te kennen dat bij deze opmerking, die eigenlijk artikel 3.4.1.1 betreft, wordt miskend dat de wijzen van eigendomsverkrijging en -verlies niet rechtstreeks uit de wet behoeven te blijken maar ook indirect uit de wet mogen worden afgeleid. Aldus zullen, naast de uitdrukkelijk in het ontwerp genoemde mogelijkheden, ook andere mogelijkheden onderdak vinden en zal de praktijk dus voldoende ruimte hebben.

Artikel 5.1.1. De commissie wenst hier voorop te stellen dat blijkens rechtspraak en literatuur het «absolute» karakter waarmee vroeger de eigendom geacht werd behept te zijn – vergelijk de uitdrukkingen «vrij genot» en «op de volstrekste wijze ... beschikken» van artikel 625 Burgerlijk Wetboek – in

¹ Samenstelling: Tilanus (CHU), Wolff (CPN), ondervoorzitter, Geurtsen (VVD), voorzitter, Imkamp (D'66), Roethof (PvdA), Haas-Berger (PvdA), Kappeyne van de Coppello (VVD), De Gaaij Fortman (PPR), Van Dam (ARP), G. M. P. Cornelissen (KVP), Drees (DS'70), Honig van den Bossche (BP), Kosto (PvdA), Salomons (PvdA), Lückers-Bergmans (KVP), Huijsen en Van den Broek (KVP).

zoverre heeft afgedaan dat de eigenaar zich niet meer asociaal mag gedragen en bij de uitoefening van zijn eigendomsrecht met de belangen van anderen, waaronder ook het belang van de maatschappij als geheel, rekening heeft te houden. In dit licht bezien rijst de vraag of het onderhavige artikel niet toch nog te absoluut is geformuleerd. Het eerste lid, waarin de woorden «het meest volledige recht» plaats hebben gemaakt voor «het meest omvatende recht» (vergelijk artikel 3.1.1.7), lijkt als omschrijving van de eigendom in het systeem van het ontwerp wel aanvaardbaar, terwijl voor het derde lid iets dergelijks geldt. Maar wekt het tweede lid, in het bijzonder de woorden «zoals hem goeddunkt», niet ten onrechte de indruk dat de hierboven verworpen absoluteitheid toch nog een rol speelt? De uitdrukking «goeddunken» heeft iets van willekeur en dit laatste is, blijkens artikel 8 lid 2 van de Inleidende Titel, ook in het ontwerp niet toegestaan. Vanuit de commissie wordt daarom voorgesteld de aanhef van het tweede lid als volgt te veranderen: «Het staat de eigenaar vrij van de zaak gebruik te maken behoudens». Hierdoor zou geen afbreuk worden gedaan aan het uitgangspunt dat de eigenaar wordt vermoed in het gebruik vrij te zijn, totdat een recht of een rechtsregel kan worden aangewezen, waaruit een beperking voortvloeit. Bovendien zou ook de controverse over de keuze tussen «mogen» en «de bevoegdheid hebben» (zie voorlopig verslag blz. 2/3 en memorie van antwoord blz. 3 onderaan) omzeild worden. In verband met het bovenstaande wordt hier verder nog verwezen naar H.R. 17 april 1970, NJ 1971, 89 (Ph.A.N.H.), AA 1970, blz. 542 e.v. (H.K.K.), waaruit blijkt dat ook volgens de Hoge Raad het belang van de eigenaar voor andere belangen opzij behoort te gaan indien het tot gelding brengen van eerstgenoemd belang als «misbruik van recht» moet worden aangemerkt en dat een evenredige belangenafweging beslissend is voor de vraag of zo'n misbruik zich voordoet. Die evenredige belangenafweging komt eigenlijk nog fraaier tot uitdrukking in het opmerkelijke vonnis van Rb. Roermond 25 januari 1951, NJ 1952, 114, waarin de eigenares van een perceel wegens onvoldoende belang in het ongelijk werd gesteld hoewel zonder meer vaststond dat haar eigendomsrecht, althans feitelijk, in verschillende opzichten was en werd aangetast.

De regeringscommissaris is van mening dat het vonnis van de Rb. Roermond te ver gaat en dat in het arrest van de Hoge Raad geen algemene regel kan worden gelezen dat de grenzen van het recht van de eigenaar zouden moeten worden vastgesteld aan de hand van een «evenredige» afweging van zijn belangen en de belangen van anderen. Het arrest stelt voorop dat degene die eens anders eigendomsrecht aantast door over de grens van diens erf te bouwen, onrechtmatig handelt, ook als hij dit te goeder trouw deed. Wel kan dan volgens het arrest sprake zijn van misbruik van recht, wanneer de eigenaar wegneming van het gebouwde zou vorderen in plaats van genoeg te nemen met een hem aangeboden redelijke vergoeding. Dit is echter alleen het geval als het nadeel dat de bouwer door de wegneming zou lijden, zowel op zich zelf als in zijn verhouding tot het belang van de eigenaar van het erf over welks grens gebouwd werd, zó groot is dat deze eigenaar in redelijkheid niet tot het vorderen van wegneming had kunnen komen. Daarbij volgde de Hoge Raad een soortgelijke gedachte als is uitgewerkt in artikel 5.4.16. Een vergelijkbare figuur is te vinden in artikel 5.3.4. Ook in dit laatste artikel is het uitgangspunt dat inbreuk op de eigendom in beginsel onrechtmatig is, maar dat die inbreuk in bepaalde omstandigheden moet worden geduld, waartegenover dan de eventueel geleden schade vergoed moet worden.

De Minister merkt op dat hij, met de commissie, het eigendomsrecht minder absoluut acht dan vroeger wel werd aangenomen en dat derhalve de in het tweede lid van het onderhavige artikel voorkomende woorden «zoals hem goeddunkt» ook volgens hem niet betekenen dat de eigenaar bij het uitoefenen van zijn eigenaarsbevoegdheden onbeperkt zijn gang mag gaan en de belangen van anderen mag veronachtzamen. De daarop volgende woorden «behoudens rechten van anderen en met inachtneming van de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beper-

kingen» zijn niet gering: vooral dat «ongeschreven recht» zal, flexibel als het is, de omvang van het eigendomsrecht overeenkomstig de tijdsopvatting bepalen en beperken. Ook elders blijkt dat de wetgever soms maatschappelijke of sociale belangen boven het eigendomsrecht laat prevaleren. Behalve aan de Onteigeningswet denke men bij voorbeeld aan de Ruilverkavelingswet 1954 en aan de Belemmeringenwet Privaatrecht en voorts, in verband met de beperkingen op het gebied van de overdraagbaarheid (artikel 3.4.2.1 eerste lid slot), aan het Wetsontwerp voorkeursrecht gemeenten (wetsontwerp 13 713). Ten slotte denke men aan de gevallen waarin uitsluitend de staat eigenaar van een zaak kan zijn. Zouden derhalve de hierboven bedoelde woorden «zoals hem goeddunkt» bij leden van de commissie herinnering wekken aan een absolute eigendom in de zin van het vroegere eigendomsrecht, dan zou ook de Minister hiermee geen vrede hebben en de voorkeur geven aan een andere tekst, waarin het karakter van de eigendom zo zuiver mogelijk wordt weergegeven. De hierboven, voor de aanhef van het tweede lid voorgestelde tekst, luidende «Het staat de eigenaar vrij van de zaak gebruik te maken behoudens» lijkt als zodanig zeer waardevol.

Vanuit de commissie rijst nog de vraag of de in het tweede lid van het onderhavige artikel genoemde «regels van ongeschreven recht» gebruiken en gewoonten zijn dan wel een ruimer of beperkter gebied omvatten of in het eerste geval die gebruiken en gewoonten niet beter concreet kunnen worden genoemd.

De regeringscommissaris antwoordt dat bedoelde regels aanzienlijk ruimer zijn. Behalve gebruiken en gewoonten – men vergelijk bij voorbeeld de «plaatselijke gewoonte» van het tweede lid van artikel 5.4.4 – omvatten die regels bij voorbeeld ook het «ongeschreven recht» van het tweede lid van artikel 6.3.1.1. Dit laatste betekent derhalve dat het eigendomsrecht, ook buiten het geval van rechtsmisbruik, zijn grenzen en beperkingen vindt in vele andere regels die het in het maatschappelijk verkeer betaamt in acht te nemen; men zie de toelichting van het driemanschap, blz. 381, voorlaatste alinea. Ten slotte denke men nog aan de ook naar huidig recht bestaande beperkingen van het ongeschreven publiekrecht, vooral op het gebied van de waterstaat.

Artikel 5.1.2. Binnen de commissie wordt allereerst aan de plaats van dit artikel aandacht besteed. Omdat niet uitsluitend eigenaars maar ook anderen dan eigenaars, bij voorbeeld huurders, aan de hierin opgenomen hinderbepalingen zijn gebonden en omdat voorts, omgekeerd, behalve eigenaars ook anderen dan eigenaars op die hinderbepalingen een beroep kunnen doen (vergelijk memorie van antwoord blz. 6/7) meent een deel van de commissie dat het onderhavige artikel in Boek 5 niet thuishoort, immers een ruimer gebied bestrijkt en met eigendom of andere zakelijke rechten weinig of niets te maken heeft. Hoewel de plaatsing in Boek 5 historisch zeker verklaarbaar is zou deze plaatsing tot gevolg kunnen hebben dat de onbevanging lezer het aan die bepalingen toekomende ruime karakter miskent. Dit klemt nog te meer nu het artikel in zijn eerste lid het verband met de eigendom uitdrukkelijk vooropstelt en hierdoor de indruk kan wekken dat ook de volgende leden alleen voor eigenaars zijn bedoeld. Daarom zou het beter zijn, immers meer voor de hand liggen, wanneer men het artikel in Boek 6, en wel bij de onrechtmatige daad (Titel 6.3), zou plaatsen. Een soortgelijk standpunt wordt door *A. van Oven*, WPNR 5294, ingenomen. Een ander deel van de commissie vindt echter de plaatsing in Boek 5 weliswaar uit systematisch oogpunt minder gelukkig maar ziet voor overplaatsing naar Boek 6 op dit moment geen dwingende reden en heeft met de plaats van het artikel voorlopig dus vrede.

In verband met het bovenstaande wordt vervolgens vanuit de commissie bepleit de materie van het onderhavige artikel, voorzover betrekking hebbende op de al of niet geoorloofdheid van de verschillende vormen waarin hinder kan voorkomen, naar de Hinderwet over te brengen. De vraag of een bepaalde vorm van hinder «in het algemeen belang» moet worden geduld is

immers een typisch administratiefrechtelijke vraag, die men niet aan de burgerlijke rechter moet voorleggen omdat deze laatste niet in staat is haar adequaat te beantwoorden. Over dit soort kwesties behoort bij uitsluiting de administratie zelf te beslissen terwijl de burgerlijke rechter zulke beslissingen alleen marginaal moet kunnen toetsen. Heeft eenmaal de administratie een bepaalde vorm van hinder toelaatbaar geacht en kan dit een marginale toetsing doorstaan, dan behoort de burgerlijke rechter zich hieraan te spiegelen en niet, omdat hij het «algemeen belang» anders beoordeelt dan de administratie, alsnog een verbod op te leggen.

Van andere zijde wordt binnen de commissie over dit «algemeen belang» nog opgemerkt dat het kennelijk de bedoeling is om met alle belangen, ook met de belangen die minder duidelijk «algemeen» zijn en zelfs met de typische privébelangen, rekening te houden. Voor de vraag of een bepaalde vorm van hinder geoorloofd moet worden geacht behoren alle belangen te worden afgewogen. Een onderscheid tussen «algemene» en andere belangen is trouwens moeilijk te maken. Wanneer is immers het eigen belang dat eenieder nastreeft maatschappelijk voldoende nuttig om «algemeen» te kunnen worden genoemd? Het lijkt daarom beter in het tweede lid van het onderhavige artikel de woorden «in het algemeen belang» te schrappen.

Ten slotte rijst nog vanuit de commissie een vraag. Het derde lid van het onderhavige artikel doet vermoeden dat de rechtmatige overheidsdaden, die naar huidig recht meestal niet met schadevergoeding gepaard gaan, in de toekomst daarentegen voor een belangrijk gedeelte wel tot schadevergoeding zullen leiden. Dit zou dus een belangrijke wijziging van ons aansprakelijkheidsrecht betekenen. Daarom rijst de vraag of bedoeld vermoeden juist is.

Naar aanleiding van de discussie over de plaats van het artikel wordt door de Minister opgemerkt dat voor beide standpunten wat is te zeggen en dat deze kwestie beter voorlopig kan blijven rusten om ter gelegenheid van de Invoeringswet weer opnieuw te worden bezien.

De hierboven bepleite overbrenging van een belangrijk gedeelte van de onderhavige materie naar het terrein van de Hinderwet acht de Minister ongewenst. Men behoort hier een onderscheid te maken tussen enerzijds de gevallen die wegens strijd met de Hinderwet een onrechtmatig karakter hebben en die daarom moeten worden verboden en anderzijds de gevallen die, hoewel zij niet met de Hinderwet op gespannen voet staan, toch geacht moeten worden in de zin van het ruime artikel 6.3.1.1 onrechtmatig te zijn, in welke laatste gevallen de burgerlijke rechter, gelet op zijn taak als beschermer van privaatrechtelijke belangen (vergelijk artikel 167 Grondwet en artikel 2 Wet R.O.), een verbod moet kunnen opleggen tenzij het onderhavige artikel van toepassing is en in verband met het «algemeen belang» alleen schadevergoeding kan worden toegekend.

In aansluiting hierop meent de regeringscommissaris te moeten benadrukken dat in het artikel de schadevergoedingsplicht centraal staat en dat de vaststelling van een schadevergoeding typisch tot de taak van de burgerlijke rechter behoort: wanneer deze laatste in verband met het «algemeen belang» een geval van hinder als zijnde rechtmatig niet kan verbieden, komt in plaats daarvan een verplichting tot schadevergoeding, waarmee hij als rechter bij uitstek vertrouwd is.

Verder wijst de regeringscommissaris er op dat het algemeen belang slechts een rol speelt, nadat is vastgesteld dat de hinder volgens artikel 6.3.1.1 onrechtmatig zou zijn. Ook deze vaststelling en de daarmee verband houdende beoordeling van rechtvaardigingsgronden, behoort typisch tot de taak van de burgerlijke rechter.

De regeringscommissaris vervolgt dat bovendien de burgerlijke rechter wel degelijk zelfstandig over het «algemeen belang» kan oordelen. Ook in andere gevallen komt het meermalen voor dat publiekrecht en privaatrecht elkander doorkruisen en dat de burgerlijke rechter met algemene belangen te maken krijgt. Bij oordelen over de billijkheid spelen deze belangen vaak eveneens een rol. Toetsing aan het «algemeen belang» wordt ook voor de

burgerlijke rechter hoe langer hoe meer een normale zaak. Van bijzonder belang is in dit verband H.R. 19 december 1952, NJ 1953, 642 (Ph.A.N.H.), AA 1952/1953, blz. 96 e.v. (J.D.), waaruit blijkt dat de burgerlijke rechter reeds geruime tijd geleden het onderhavige terrein, betreffende hinder die «in het algemeen belang» moet worden geduld, heeft moeten betreden en daarin zijn sporen heeft uitgezet. Afgezien van de constructie – waarin het betalen of aanbieden van schadevergoeding veeleer wordt gezien als een vereiste dat tezamen met een beroep op het algemeen belang een rechtvaardigingsgrond kan opleveren – doet deze rechtspraak hetzelfde als het onderhavige artikel. Dit moet dan ook als een codificatie van die rechtspraak worden gezien, een codificatie die voor de hand lag, nu het hier om een belangrijke materie gaat.

De hierboven gemaakte opmerking volgens welke het kennelijk de bedoeling is om met alle belangen, ook met de belangen die minder duidelijk «algemeen» zijn en zelfs met de typische privébelangen, rekening te houden en volgens welke het onderscheid tussen «algemene» belangen en andere belangen zo moeilijk is, dat men de in het tweede lid van het onderhavige artikel voorkomende woorden «in het algemeen belang» beter kan schrappen, acht de regeringscommissaris slechts ten dele juist. Er zijn inderdaad gradaties van algemeenheid denkbaar en men kan inderdaad twifelen of bepaalde belangen wel «algemeen» genoeg zijn om een beroep daarop te kunnen aanvaarden. Zo zal bij voorbeeld niemand aarzelen over het «algemene» karakter van werkgelegenheids- en milieubelangen maar is bij typische streekbelangen meningsverschil niet uitgesloten. Overwogen kan worden om, teneinde misverstanden te voorkomen, het «algemeen belang» door «zwaarwegende maatschappelijke belangen» te vervangen en aldus tot uitdrukking te brengen dat eerstgenoemd belang als het ware uiteenvalt in een reeks van belangen die op de een of andere wijze uit maatschappelijk oogpunt bescherming verdienen. Het zou echter onjuist zijn wanneer men de woorden «in het algemeen belang» zou gaan schrappen zonder hiervoor iets in de plaats te stellen. Men zou dan immers de rechter elke maatstaf onthouden.

Ten slotte besteedt de regeringscommissaris nog aandacht aan de hierboven opgeworpen vraag, of door het derde lid van het onderhavige artikel de rechtmatige overheidsdaden, die naar huidig recht meestal niet met schadevergoeding gepaard gaan, in de toekomst daarentegen voor een belangrijk gedeelte wel tot schadevergoeding zullen leiden. Hij kan deze vraag slechts in zoverre bevestigend beantwoorden dat, als het om gevallen gaat, waarin de hinder inderdaad volgens artikel 6.3.1.1 onrechtmatig zou zijn, de hier bedoelde rechtmatige overheidsdaden inderdaad tot schadevergoeding zullen leiden, iets wat, zoals gezegd, in resultaat met het huidige recht overeenstemt. Naar aanleiding van het geval dat de overheid een weg tijdelijk opbreekt of definitief verlegt en daardoor voor de eigenaar van een café of restaurant bedrijfsschade ontstaat, merkt hij op dat hier geen aansprakelijkheid van de overheid op het onderhavige artikel zal kunnen worden gebaseerd. Er is hier immers geen sprake van hinder, noch van een gedraging die volgens artikel 6.3.1.1 onrechtmatig zou zijn.

Vanuit de commissie wordt, naar aanleiding van de opmerkingen van de Minister over de plaats van het artikel, om nadere toelichting gevraagd: bestaat er aan de zijde van de Regering voor een van de beide standpunten geen voorkeur? Voorts rijst in dit verband – meer concreet – de vraag of het artikel, gelet op de aanhef van het eerste lid, waarin over «eigendom op zichzelf» wordt gesproken, niet met zich meebrengt dat hier uitsluitend de hinder bij eigendomsrechten wordt beoogd en dat bij een hinderlijk gebruik van andere zakelijke rechten het artikel buiten toepassing blijft.

Verder wordt binnen de commissie, door de leden die de kwestie van de Hinderwet opwierpen, naar voren gebracht dat de gevallen die volgens de Minister op niet aan deze wet ontleende gronden onrechtmatig zijn, anders dan de Minister blijkbaar meent, een plaats in de Hinderwet zouden moeten krijgen. Het blijft immers voorsnog een merkwaardige zaak dat de burgerlijke rechter zou moeten beoordelen of mijnheer X bij het nastreven van zijn

eigen belang ook de gemeenschap een dienst bewijst. Het lijkt nog steeds veel gezonder wanneer de administratie het begrip «algemeen belang» als het ware invult en de burgerlijke rechter dit marginaal toetst. Ook de vervanging van genoemd begrip door «zwaarwegende maatschappelijke belangen» zou voor de hier aan het woord zijnde leden in dit opzicht geen verbetering betekenen: de rechter zou dan immers moeten uitmaken of allerlei deelbelangen maatschappelijk voldoende gewicht in de schaal leggen om een beroep daarop te kunnen aanvaarden. Ten einde een gefundeerd standpunt mogelijk te maken zou het dezerzijds op prijs worden gesteld wanneer de regeringscommissaris een kort overzicht zou verschaffen van de wijze waarop de burgerlijke rechter het «algemeen belang» hanteert en invult. Om misverstand te voorkomen wensden de hier aan het woord zijnde leden nog uitdrukkelijk op te merken dat zij tegen een door de burgerlijke rechter in geval van hinder op te leggen schadevergoeding geen enkel bezwaar hebben mits deze rechter hierbij niet aan het «algemeen belang» hoeft te toetsen. Wat dit betreft zouden zij aan de billijkheid als maatstaf de voorkeur geven: de rechter behoort alle belangen in redelijkheid af te wegen.

Van andere zijde wordt binnen de commissie dit standpunt onderschreven. De administratie moet inderdaad maar uitmaken of bij voorbeeld een jeugdsociëteit dan wel een nachtclub op grond van «zwaarwegende maatschappelijke belangen» mag worden toegelaten omdat voor de rechter hier geen taak ligt. Iets anders is echter dat, als de administratie eenmaal een hinderbron toelaat, dit nog niet betekent dat de hierdoor veroorzaakte schade onvergoed behoort te blijven. Over deze vraag moet inderdaad de rechter beslissen, niet op grond van «zwaarwegende maatschappelijke belangen», maar gewoon op grond van de billijkheid of aan de hand van een soortgelijke maatstaf.

Over de plaats van het artikel wordt door de regeringscommissaris naar aanleiding van het bovenstaande opgemerkt dat Meijers destijds het huidige recht, zoals dit in rechtspraak en literatuur naar voren kwam, in het ontwerp heeft neergelegd en dat de plaats toen eenvoudig hierdoor is bepaald, dat de onderhavige materie zowel in de rechtspraak als in de literatuur aan het eigendomsrecht was vastgeknoopt. Eerst tijdens de behandeling van het ontwerp, heel in het bijzonder ter gelegenheid van de indiening van het gewijzigd regeringsontwerp, is bedoelde materie als het ware buiten de sfeer van het eigendomsrecht gegroeid. Hoewel dus de plaats van het artikel historisch goed verklaarbaar is, wil dit nog helemaal niet zeggen dat, na de zoëven genoemde groei, die plaats ook thans nog zo moet blijven. Een argument daarvoor zou kunnen zijn dat juristen de onderhavige materie nu eenmaal bij de eigendom zoeken maar systematische overwegingen pleiten meer voor verplaatsing van het artikel naar Boek 6.

Wat de Hinderwet-kwestie betreft meent de regeringscommissaris erop te moeten wijzen dat de Regering aanvankelijk eveneens de administratie bij uitsluiting wilde laten beslissen over de toelaatbaarheid van gevallen van hinder (memorie van toelichting blz. 3/4) en dat de commissie dit toen uitvoerig heeft bestreden omdat zij van oordeel was dat ook de burgerlijke rechter hier een taak had (voorlopig verslag blz. 5). Thans blijkt een deel van de commissie hierop dus terug te komen en, voorlopig, een andere mening te zijn toegedaan. Gelet op de hierboven vermelde omstandigheid dat de burgerlijke rechter het onderhavige terrein reeds heeft betreden en – in de sfeer van de rechtvaardigingsgronden – een rechtspraak heeft ontwikkeld die qua strekking aan de inhoud van het onderhavige artikel gelijk is, valt ernstig te betwijfelen of men door schrapping van het artikel wel kan bereiken, dat de burgerlijke rechter dit terrein weer verlaat en aldus zijn taak als beschermer van privaatrechtelijke belangen zou prijsgeven. Met het oog op een definitieve standpuntbepaling verklaart de regeringscommissaris zich bereid om, overeenkomstig het hierboven vermelde verzoek, bij een volgende gelegenheid een kort overzicht te verschaffen van de wijze waarop de burgerlijke rechter het «algemeen belang» hanteert.

Artikel 5.1.3. Vanuit de commissie worden, naar aanleiding van opmerkingen die *A. van Oven* in WPNR 5294 (blzz. 92/93) over het onderhavige artikel heeft gemaakt, twee vragen gesteld. Vooreerst de vraag of de uitdrukking «gebruik maken» inderdaad, zoals de memorie van antwoord (blz. 13) betoogt, ook gevallen van verbruiken, beschadigen en vervormen omvat en, meer algemeen, of die uitdrukking ook gevallen van zaaksbeschadiging kan betreffen. En verder de vraag of in het onderhavige artikel niet uitdrukkelijk moet worden bepaald dat, als er sprake is van «hinder» die in de zin van artikel 5.1.2 voor «geoorloofd» moet worden gehouden, de eigenaar geen verbod maar uitsluitend schadevergoeding mag vorderen.

Op de eerste vraag antwoordt de regeringscommissaris dat dit artikel ziet op alle gevallen van aantasting van het eigendomsrecht, ook dus bij voorbeeld op de gevallen van vernieling. Het is echter niet raadzaam geacht om deze gevallen door een uitdrukkelijke vermelding nodeloos nadruk te geven. Het onderhavige «gebruik maken» is even ruim als de overeenkomstige uitdrukking in het tweede lid van artikel 5.1.1 (vergelijk memorie van antwoord blz. 5 eerste nieuwe alinea aan het slot). Eigenlijk zou het Duitse begrip «Einwirkung», gelet op zijn neutrale betekenis, hier beter passen maar onze taal is geen daarmee overeenkomende term rijk. In de uitdrukking «gebruik maken» valt het accent op de positieve vormen van eigendomsgebruik maar zijn ook de negatieve gebruikshandelingen inbegrepen.

Op de tweede vraag antwoordt de regeringscommissaris dat bedoelde bepaling overbodig voorkomt omdat uit artikel 5.1.2 rechtstreeks voortvloeit dat, als een eigenaar door «hinder» wordt getroffen, ook hij aan dat artikel is gebonden. Overigens gaat het bij aan een ander dan de eigenaar toekomende bevoegdheden veelal om gevallen die elders in de wet uitdrukkelijk zijn geregeld. Men denke, behalve aan overeenkomsten en zakelijke rechten, bij voorbeeld aan de Belemmeringenwet Privaatrecht en aan de artikelen 5.3.4 en 5.4.17.

TITEL 2

Eigendom van roerende zaken

Artikel 5.2.3. Naar aanleiding van dit artikel wordt binnen de commissie, onder verwijzing naar *W. C. L. van der Grinten*, WPNR 5240, opgemerkt dat een aangifteplicht voor elke gevonden zaak, ongeacht de waarde ervan, wellicht wat te ver gaat en dat daarom een regeling als in het Duitse recht, waarin een vrijstelling geldt en dus geen aangifteplicht bestaat indien de zaak niet meer dan 3 mark waard is, ook in ons recht wellicht overweging verdient.

De regeringscommissaris antwoordt dat er naar zijn mening geen praktische behoefte is aan een bijzondere regel voor zaken met een minimale waarde. Daar komt bij dat men niet alleen in dit verband verschillende bedragen zou kunnen verdedigen, maar dat ook, als eenmaal een bedrag in de wet zou zijn vastgesteld, de vinder in beginsel zelf zou moeten uitmaken of de waarde van de gevonden zaak beneden dat bedrag ligt en hem dus van de aangifteplicht ontslaat. De een zal deze conclusie eerder trekken dan de ander. Al met al zou daarom het aanbrengen van een benedengrens de wet compliceren zonder voor de praktijk een werkelijke vereenvoudiging te brengen.

Artikel 5.2.5. Vanuit de commissie wordt, naar aanleiding van dit artikel, opnieuw naar *W. C. L. van der Grinten*, WPNR 5240, verwezen en daarbij de vraag gesteld of het geen aanbeveling verdient om in de onderhavige gevallen, waarin het gaat om zaken die op besloten plaatsen (bijvoorbeeld in treinen) werden gevonden, de bevoegdheid tot afgifte van de betreffende zaak aan de «gebruiker of exploitant» van de besloten plaats (trein) in een verplichting te veranderen en, in verband daarmee, ten aanzien van de vinder te bepalen dat hij nimmer rechten als vinder heeft.

De regeringscommissaris merkt dienaangaande op dat het publiek, zo het de zaak al niet voor het personeel van de «gebruiker of exploitant» van de ruime laat liggen, haar in het algemeen zo vlug mogelijk zal willen afgeven om eraf te zijn. In de regel zal het gaan om niet kostbare voorwerpen, zodat artikel 5.2.8a van toepassing is (zie lid 5 van dat artikel) en de vinder door de afgifte zijn rechten verliest. Het zou te ver gaan om hem tot afgifte met dit rechtsgevolg te verplichten. Men denke vooral aan het geval dat er voor hem niemand aan wie de zaak kan worden afgegeven, bereikbaar is (zie memorie van antwoord, derde alinea bij artikel 5.2.5, blz. 18).

Artikel 5.2.7. Uit het eerste lid van dit artikel blijkt dat de gemeente c.q. de vinder die aan zijn verplichtingen voldeed, als de gevonden zaak wordt opgeëist, recht kan doen gelden op een vergoeding van de kosten van bewaaring en onderhoud en van de opsporingskosten en dat zij de afgifte van de gevonden zaak mogen opschorten totdat deze vergoeding is betaald. Volgens *W. C. L. van der Grinten*, WPNR 5240, zou dit retentierecht – want dat is het – moeten plaatsmaken voor een volledig eigendomsrecht indien bedoelde vergoeding niet binnen een bepaalde termijn afkomt. Vanuit de commissie rijst de vraag of een dergelijk voorstel wellicht overweging verdient.

De regeringscommissaris acht het niet gewenst dit voorstel te volgen. Wanneer die vergoeding te lang uitblijft zou er hoogstens plaats zijn voor een oplossing volgens welke de gemeente of bedoelde vinder bevoegd is de gevonden zaak voor rekening van de wederpartij te verkopen en deze bevoegdheid wordt inderdaad onder bepaalde voorwaarden verleend: zie de artikelen 5.2.6 en 6.1.8.14a (in dit laatste geval heeft men machtiging van de boedelrechter nodig).

Blijkens het tweede lid van het onderhavige artikel heeft de vinder die aan zijn verplichtingen voldeed «naar omstandigheden» recht op een «redelijke beloning». Anders dan *W. C. L. van der Grinten*, WPNR 5240, acht de commissie dit vindersloon in beginsel aanvaardbaar. Of de zojuist omschreven maatstaf in de praktijk zal voldoen wordt echter betwijfeld. Binnen de commissie bestaat enige voorkeur voor een vindersloon dat gebaseerd is op de waarde van de gevonden zaak en dat hiervan een percentage uitmaakt. Volgens genoemde schrijver kent ook de Duitse regeling een dergelijk systeem. Dit heeft het voordeel dat beide partijen weten waaraan zij toe zijn. In de praktijk zal immers de verliezer, als de wet slechts «naar omstandigheden» een «redelijke beloning» voorschrijft, snel geneigd zijn om de vinder met een kleinigheid af te schepen en zal de vinder, die niet zo gemakkelijk een proces begint, al gauw geneigd zijn zich hierbij neer te leggen. Schrijft men echter een percentage voor, dan kan de verliezer, als de vinder zich daarop beroept, moeilijk weigeren dat percentage te betalen.

De regeringscommissaris ontveinst zich niet dat vaststelling van een percentage inderdaad belangrijke voordelen heeft. Daartegenover staat echter dat de hoeveelheid werk, moeite en zorg die vindere aan gevonden zaken besteden erg verschillend kan zijn en dat dus in zoverre een percentage, als vergoeding voor dat werk, die moeite en die zorg, gelet op de «omstandigheden» van het geval, meermalen geen «redelijke beloning» zal vormen, immers ofwel door de verliezer ofwel door de vinder als onredelijk zal worden ervaren. Aandacht verdient verder dat bij zaken van grote waarde ook een betrekkelijk gering percentage kan leiden tot een beloning van een aanzienlijk bedrag, dat niet evenredig is aan hetgeen door de vinder is verricht. Een dergelijke discrepantie kan gemakkelijk aanleiding geven tot bemoeizucht, om nog maar te zwijgen over de mogelijkheid dat, als een beloning relatief hoog is, men de verleiding niet weerstaat om zaken te «vinden» die helemaal niet verloren zijn. De flexibele maatstaf van het ontwerp verdient daarom wellicht toch de voorkeur.

Vanuit de commissie wordt toegegeven dat uiteraard voorkomen moet worden dat men zaken gaat «vinden» die helemaal niet verloren zijn. Anderzijds moet echter worden bevorderd dat de werkelijk verloren zaken door de vinder worden teruggegeven zonder dat hiertoe, in verband met het vinders-

loon, uitvoerige procedures nodig zijn. In dit licht bezien heeft een percentagesysteem toch wel voordelen. Enerzijds vormt het een aansporing tot teruggave van gevonden zaken en anderzijds geeft het een duidelijke maatstaf bij het vaststellen van het vindersloon. En wat de redelijkheid van deze maatstaf betreft: ook de bewindvoerder van artikel 409 Boek 1 B.W. ontvangt in beginsel een percentage als beloning voor zijn werkzaamheden (artikel 410 tweede lid Boek 1 B.W.).

De regeringscommissaris zegt toe dat hij, naar aanleiding van het bovenstaande, alsnog zal overwegen of een vast percentage wellicht toch de voorkeur verdient.

Artikel 5.2.8a. De regeringscommissaris deelt desgevraagd mee dat in het laatste lid van dit artikel abusievelijk over «leden 2 en 4» wordt gesproken en dat ook lid 3 geacht moet worden hier te zijn inbegrepen. Op dit punt zal het onderhavige artikel alsnog worden verbeterd.

De commissie kan de inhoud van dit nieuwe artikel in het algemeen gaarne onderschrijven. Gezien de grote hoeveelheid verloren en gevonden zaken en de daarmee gepaard gaande kosten, zowel administratiekosten als kosten van bewaring, behoort inderdaad voor «niet kostbare» zaken, althans voor bepaalde groepen daarvan, een praktische oplossing te worden gegeven door deze zaken – behoudens de in het tweede lid van het onderhavige artikel vermelde uitzondering – aan de werking van de voorafgaande artikelen te onttrekken en aan een lichter regiem te onderwerpen.

Vanuit de commissie rijst echter de vraag welke zaken geacht moeten worden «niet kostbaar» te zijn. Geldt hier uitsluitend de economische- of ook de affectieve waarde? Is het verder de bedoeling dat de algemene maatregel van bestuur waarin het onderhavige artikel moet worden uitgewerkt bedragen vermeldt of gaat men volstaan met het opsommen van zaken zonder tevens een maximale waarde te noemen? Dit laatste zou toch wel bezwaarlijk zijn. Men denke bij voorbeeld aan fototoestellen, die in waarde kunnen variëren van f 35 tot f 3500 of daaromtrent en die men dus moeilijk, ongeacht hun waarde, gelijk kan behandelen. Het noemen van een maximum lijkt daarom zeker gewenst.

De regeringscommissaris geeft te kennen dat inderdaad bij het opstellen van de algemene maatregel van bestuur overwogen dient te worden om in de omschrijving van de groepen van zaken waarvan artikel 5.2.8a lid 1 spreekt, waar dat nodig is, maximum bedragen op te nemen. Een zorgvuldige begrenzing is mede van belang om discussies te vermijden over de vraag of de algemene maatregel van bestuur wel binnen de delegatie bepaling van dit lid blijft, nu dit van «niet kostbare» zaken spreekt. Wil men, ook voor de toekomst, een ruim toepassingsgebied voor de nieuwe regeling waarborgen, dan stuit in elk geval het noemen van een bepaald bedrag *in de wet* in een tijd van inflatie op bezwaren. Het noemen van vaste bedragen in de algemene maatregel van bestuur, die immers makkelijker is aan te passen, kan een aanvaardbare tussenoplossing zijn.

Wat ten slotte de vraag betreft, of hier behalve de economische- ook de affectieve waarde in aanmerking moet worden genomen, stelt de regeringscommissaris zich op het standpunt dat in dit verband de affectieve waarde geen rol behoort te spelen omdat het onderhavige artikel, waarvan de toepassing om praktische redenen eenvoudig moet zijn, onhanteerbaar zou worden indien men telkens zou moeten nagaan of een bepaalde zaak, die economisch gezien weinig waarde heeft, wellicht op affectieve gronden als een «kostbare zaak» moet worden aangemerkt, iets dat zich niet tevoren laat vaststellen.

Binnen de commissie wordt voorts nog het volgende probleem opgeworpen. Blijkens het tweede lid van het onderhavige artikel geldt hier de regel dat de vinder die de zaak, anders dan op de in artikel 5.2.3 lid 3 bedoelde vordering, in bewaring geeft zijn rechten verspeelt. Zou dus, zonder zo'n vordering, de vinder tot afgifte worden bewogen door de mededeling dat de zaak «beter hier kan blijven omdat de verliezer, als hij komt opdagen, hier immers toch verschijnt», dan zou dit betekenen dat de vinder zijn rechten prijsgeeft.

De vraag rijst nu of op deze wijze niet vele vindders zich gefopt zullen voelen en of hierdoor met name de eerlijke vindders – zij die erop uit zijn zich zelf te bevoordelen houden immers de spullen wel vast – niet getroffen zullen worden. Wellicht is een betere oplossing deze, dat men de mogelijkheid schept van een afgifte onder voorbehoud, bij voorbeeld in die zin dat vindders die de zaak tegen ontvangstbewijs afgeven hun rechten niet kwijtraken. Ook bij deze oplossing zouden echter vindders die hun rechten niet kennen ongewild in de val kunnen lopen. Daarom lijkt het in elk geval gewenst dat men vindders omtrent hun rechten informeert. Ook elders doet zich maar al te vaak het verschijnsel voor dat argeloze lieden het slachtoffer worden terwijl slimmeriken de dans ontspringen.

De regeringscommissaris wijst erop dat een aanvullend voorschrift in de vorm van een verplichting tot het verschaffen van een ontvangstbewijs, met alle administratieve werkzaamheden die daaraan vastzitten, in strijd zou zijn met de opzet van het artikel. Gemeenten worden immers overstroemd met alle mogelijke gevonden voorwerpen waarvan slechts een zeer gering percentage later weer wordt opgehaald. Het gaat hier niet om honderden maar om duizenden voorwerpen, waaronder bij voorbeeld ook dure foto toestellen, die men nooit meer ophaalt omdat men het toestel heeft verzekerd en liever de verzekeraar aanspreekt. Ten einde nu de hiermee gepaard gaande administratiekosten voor de gemeenten tot een minimum te beperken, geeft het onderhavige artikel een eenvoudige regeling, welke erop neerkomt dat de gemeenten – en eventueel de exploitanten van het vijfde lid – bevoegd zijn de haar in bewaring gegeven niet kostbare voorwerpen na verloop van drie maanden voor eigen rekening in het openbaar te verkopen dan wel, als verkoop onmogelijk is, om niet van de hand te doen of zelfs te vernietigen tenzij inmiddels een bevoegd persoon, bij voorbeeld de eigenaar, zich heeft aangediend. Tegen deze achtergrond zal het duidelijk zijn dat door een aanvullend voorschrift in de hierboven vermelde zin, waardoor toch weer administratieve verplichtingen zouden worden ingevoerd, de opzet van het artikel geweld zou worden aangedaan. Een dergelijk voorschrift zou dan ook zeer bezwaarlijk zijn. En wat het belang van de vinder betreft is de onderhavige regeling aanmerkelijk minder bezwaarlijk dan op het eerste oog lijkt. Men bedenke immers dat deze regeling uitsluitend op «niet kostbare» zaken, waarmee vaak lage vindderslonen zijn gemoeid, van toepassing is en dat zij ook zeer wel bij de praktijk aansluit omdat vindders van «niet kostbare» zaken, wanneer zij aangifte doen en, in plaats van de zaak mee naar huis te nemen, haar in bewaring geven en dus achterlaten, meestal niet de bedoeling hebben om nog rechten te claimen en later dan ook niet meer naar de afloop informeren. Gaat het daarentegen om kostbare zaken, waarbij de rechten van de vinder werkelijk iets betekenen, dan zullen ook de hierboven genoemde «eerlijke vindders», als zij aangifte doen en de zaak «argeloos» in bewaring geven, die rechten meestal behouden omdat dan niet de onderhavige regeling maar de normale regeling van toepassing is (vergelijk vooral de artikelen 5.2.4, 5.2.7 en 5.2.8).

Vanuit de commissie wordt te kennen gegeven dat het eerder gestelde probleem door deze nadere toelichting inderdaad anders is komen te liggen en dat de onderhavige regeling het belang van de vinder aanmerkelijk minder zwaar blijkt aan te tasten dan aanvankelijk werd vermoed.

Artikel 5.2.9. Tegen de achtergrond van de vroegere discussie omtrent de vraag of aan dit artikel wel behoefte bestaat (zie voorlopig verslag blz. 8 en memorie van antwoord blz. 21) wordt binnen de commissie opgemerkt dat handhaving van het artikel reeds daarom gewenst is omdat iemand die op andermans grond een «monument» in de zin van de Monumentenwet vindt eerder geneigd zal zijn hiervan aangifte te doen (vergelijk artikel 24 van genoemde wet) indien hij weet dat de schat hem voor de helft toekomt. Van andere zijde wordt in dit verband nog de vraag gesteld of hier de positie van museumvoorwerpen niet nader moet worden geregeld.

De regeringscommissaris geeft, wat het eerste betreft, te kennen dat hij de hierboven vermelde reden voor handhaving van het artikel van harte onderschrijft en dat ook archeologen, met wie overleg is gepleegd, de regel dat de vinder de helft krijgt gaarne gehandhaafd zouden zien. Aangaande het laatste merkt hij op dat voor een nadere regeling van de positie van museumvoorwerpen bij het onderhavige artikel geen plaats is. Dit behoort tot de materie van de Monumentenwet; men zie met name de artikelen 22 e.v. van die wet.

Artikelen 5.2.10–5.2.12. Vanuit de commissie wordt verwezen naar de vraagtekens die *W. C. L. van der Grinten* in WPNR 5240 bij deze artikelen heeft geplaatst. Genoemde schrijver signaleert verschillende onduidelijkheden, ook op het gebied van de onderlinge verhouding tussen de onderhavige artikelen, en zijn betoog lijkt op het eerste gezicht niet volledig ongegrond. In elk geval zouden die onduidelijkheden moeten worden opgehelderd.

De regeringscommissaris merkt op dat genoemde schrijver door een misverstand tot zijn vraagtekens is gekomen. Hij meent namelijk ten onrechte dat de bestanddelen van een en dezelfde zaak aan meerdere eigenaars kunnen toebehoren. Wanneer men inziet dat deze mogelijkheid ook in het ontwerp is uitgesloten, dan verdwijnen de door schrijver geplaatste vraagtekens, althans voor een zeer groot gedeelte, want enkele vraagtekens zouden wellicht inderdaad blijven staan. De regeringscommissaris zegt toe de onderhavige artikelen naar aanleiding van het bovenstaande te zullen verduidelijken.

TITEL 3

Eigendom van onroerende zaken

Artikel 5.3.4. Vanuit de commissie wordt, naar aanleiding van dit artikel, gevraagd of van regeringszijde kan worden bevestigd dat, als een bal op de grond van een buurman terecht komt, dit geen «grove nalatigheid» oplevert.

De regeringscommissaris geeft te kennen dat dit niet zonder meer met «ja» of «nee» kan worden beantwoord. De beoordeling van een dergelijke kwestie is geheel afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een enkel incidenteel balletje zal uiteraard geen «grove nalatigheid» kunnen opleveren, maar dit wordt anders, wanneer iemand bij voorbeeld van zijn tuin een hockeyveld maakt en geen voorzieningen treft, die voorkomen dat de hockeyballen regelmatig in de tuin van zijn buurman terecht komen.

Vanuit de commissie wordt nader gevraagd of dit ook zou betekenen dat er in beginsel nóóit een hockeybal in de tuin van de buurman terecht mag komen.

De regeringscommissaris merkt op dat deze conclusie inderdaad niet juist zou zijn.

Artikel 5.3.7a. Vanuit de commissie rijst de volgende kwestie. Bij brief van 1 december 1975 heeft de *Vereniging van Nederlandse Gemeenten* een adres tot de commissie gericht, waarin naar aanleiding van het onderhavige artikel wordt betwijfeld of de term openbaar (vaar-)water duidelijk genoeg is.

De regeringscommissaris wijst erop dat het onderhavige artikel spreekt van «openbaar vaarwater». Deze term komt ook voor in artikel 5.4.18. De artikelen 5.3.11, 5.4.3, 5.4.4, lid 1, 5.4.11, lid 2, en 5.4.12, lid 2, bezigen daarentegen de ruimere term «openbaar water». De regeringscommissaris meent dat deze termen met het oog op deze en dergelijke bepalingen duidelijk genoeg zijn. Zij geven aan dat het water waarom het gaat hetzij als vaarwater hetzij mede voor ander gebruik voor het publiek openstaat. Mochten deze termen met het oog op andere aspecten tot onzekerheid aanleiding blijken te

geven en zou rechtspraak op dit punt niet kunnen worden afgewacht, dan zou opheffing van deze onzekerheid niet hier, maar slechts in het kader van een bijzondere wet kunnen worden gezien, zoals in het voormelde adres ook wordt gezegd.

Artikelen 5.3.9–5.3.12. Binnen de commissie wordt betwijfeld of de mogelijkheid van verplaatsing van oeverlijnen, waaraan deze artikelen zijn gewijd, zo uitvoerig moet worden geregeld. Het gaat hier om zes artikelen die gemiddeld vrij omvangrijk zijn. Rechtvaardigen de onderhavige problemen een wettelijke aanpak van een dergelijke omvang? Het lijkt er een beetje op dat de wetgever aan de afgrenzing tussen waterpercelen enerzijds en grondpercelen anderzijds al te eenzijdig en gedetailleerd aandacht beeteedt en over het hoofd ziet dat bij grondpercelen onderling soortgelijke problemen kunnen rijzen.

De regeringscommissaris wijst erop dat hier een vrij uitvoerige regeling onvermijdelijk is omdat de afgrenzing tussen waterpercelen enerzijds en grondpercelen anderzijds vanouds met problemen gepaard is gegaan. Bij zeeën en binnenwateren doet zich immers, zelfs als zij smal zijn, veelvuldig het verschijnsel voor dat, bij voorbeeld door een wijziging in de waterloop, een oeverlijn verschuift en daarmee een grens wordt verlegd. Aangezien het bewijs omtrent de vroegere ligging bijzonder moeilijk is te leveren – tenzij men de loop van de oeverlijn precies had opgemeten is dat bewijs vrijwel uitgesloten – heeft men in zulke gevallen al gauw de neiging zich bij de feiten neer te leggen en de nieuwe oeverlijn ook juridisch als grens te aanvaarden. Ten tijde van de invoering van het huidige B.W. heeft juist deze gedachte centraal gestaan, te meer omdat toen nog niet zo nauwkeurig als thans een grens kon worden vastgelegd en in de openbare registers kon worden ingeschreven, zodat men wel genoodzaakt was die gedachte aan de wettelijke regeling ten grondslag te leggen. Volgens huidig recht geldt dan ook het beginsel dat de grens zich met de oeverlijn verplaatst en kunnen derhalve, door aanwas of afslag, perceelsgedeelten van eigenaar verwisselen (artikel 651 e.v. B.W.). Hoewel in het ontwerp dit beginsel nog steeds vooropstaat (artikel 5.3.9) is hier anderzijds rekening gehouden met de inmiddels verworven techniek op het gebied van de landmeetkunde, door namelijk de mogelijkheid te openen om hetzij via delimitatiecontracten, hetzij via de rechter, een grens vast te leggen en in de openbare registers in te schrijven en aldus dat beginsel zelf voor de toekomst uit te schakelen (artikel 5.3.10 e.v.). Het belang van deze mogelijkheid blijkt wel uit de rechtspraak inzake de Groningse kweldergronden: zie bij voorbeeld H.R. 24 juni 1949, NJ 1949, 559 (D.J.V.) en H.R. 26 januari 1951, NJ 1951, 180 (dezelfde zaak betreffend). Het zal duidelijk zijn dat de hierboven geschetste problemen speciaal bij de afgrenzing tussen waterpercelen en grondpercelen optreden en dat bij grondpercelen onderling soortgelijke problemen nauwelijks kunnen rijzen. Slechts in één geval is voor percelen van deze laatste soort een vergelijkbare regeling opgenomen, nl. voor het geval van uitbreiding en afnemering van duin; zie artikel 5.3.13.

Vanuit de commissie wordt naar aanleiding van dit laatste opgemerkt dat, als in Zuid-Limburg een mijnberg verschuift, men een soortgelijk probleem heeft: door een natuurlijke oorzaak wordt dan immers de grens van het mijngebied feitelijk verplaatst. Dat dit niet denkbeeldig is, blijkt uit de mijnbergverschuiving in Wales, waarvan vele Engelse schoolkinderen het slachtoffer werden. Heeft in zo'n geval de eigenaar van het grondperceel dat door de mijnberg werd getroffen een vordering tegen zijn buurman, eigenaar van het mijnperceel, strekkende tot weghaling van de verschoven grond?

De regeringscommissaris antwoordt dat dit meer in de sfeer van de onrechtmatige daad is gelegen en dat, zakenrechtelijk gezien, de grens tussen beide percelen niet met de mijnberg verschuift en dus blijft waar zij lag. Kan de ontstane toestand redelijkerwijze niet ongedaan gemaakt worden dan zal analogische toepassing van artikel 5.4.16 meer voor de hand liggen dan analogische toepassing van artikel 5.3.13.

Bevoegdheden en verplichtingen van eigenaars van naburige erven

Artikel 5.4.4. In haar voormelde adres heeft de *Vereniging van Nederlandse Gemeenten* bepleit het onderhavige artikel aan te vullen met een bepaling volgens welke de overheid – hier zal wel bedoeld zijn: de gemeentelijke overheid – bevoegd is bij wege van verordening regels te stellen inzake de afstand tussen bomen, heesters of heggen enerzijds en openbare wegen of wateren anderzijds en inzake de hoogte van die bomen, heesters of heggen. Vanuit de commissie rijst de vraag of zo'n aanvullende bepaling inderdaad gewenst is.

De regeringscommissaris antwoordt dat een zodanige aanvulling niet wenselijk is. Uit artikel 5.1.1 lid 2 volgt al voldoende duidelijk dat een gemeente bij verordening de hier bedoelde afstand en hoogte nader kan regelen en met name ook kan voorschrijven dat de bomen, heesters of beplantingen niet zijn toegelaten binnen een afstand van openbare wegen of wateren, die op meer dan twee meter is gesteld. Het gaat hier immers om een beperking van het gebruik van de erven die aan de openbare weg of het openbare water grenzen. Door op dit punt een uitdrukkelijke bepaling op te nemen zou men twijfel wekken aan de vraag of elders vergelijkbare beperkingen ook zijn toegelaten.

Artikel 5.4.6. Binnen de commissie wordt te kennen gegeven dat dit artikel onder omstandigheden tot problemen zou kunnen leiden. Stel dat het «wegnijden» of «weghakken» onevenredig grote schade voor de buurman betekent en misschien zelfs de dood van een boom op diens erf tot gevolg heeft: mag men dat «wegnijden» of «weghakken» dan toch doorzetten?

De regeringscommissaris antwoordt dat dit bepaald niet steeds het geval zal zijn. De eigenaar behoort immers bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden «de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen» in acht te nemen (artikel 5.1.1 lid 2). Ook bevoegdheden als hier bedoeld kan hij derhalve niet onbeperkt uitoefenen. Vergelijk de discussie naar aanleiding van artikel 5.1.1, alsmede artikel 8 van de Inleidende Titel.

Artikel 5.4.11. Vanuit de commissie wordt betwijfeld of de twee meter hoge scheidsmuur die het ontwerp hier voorschrijft wel voor alle gevallen geschikt is. Sluit een dergelijk voorschrift wel voldoende bij de praktijk aan? Op het eerste gezicht lijkt het artikel wat dit betreft inderdaad te strak en uit praktisch oogpunt minder gelukkig. Voorts rijst nog de vraag of de scheidsmuur die, zoals hier wordt gesteld, «op de grens van de erven» is opgericht, als gemeenschappelijk eigendom moet worden aangemerkt.

De regeringscommissaris betoogt dat bedoeld voorschrift, blijkens de woorden «voor zover een verordening of een plaatselijke gewoonte de wijze of de hoogte der afscheiding niet anders regelt», alleen is bedoeld voor de gevallen waarvoor elders geen regels bestaan. Zou bij voorbeeld een gemeentelijke verordening of een plaatselijke gewoonte inhouden, dat scheidsmuren niet hoger dan 1,50 meter mogen zijn, dan zou dus de twee meter van het ontwerp hiervoor moeten wijken. Men mag wel aannemen dat vooral de wat oudere stadswijken geen verordeningen betreffende scheidsmuren kennen. Wel plegen er voor de nieuwe wijken afwijkende regelingen te zijn getroffen, hetgeen op verschillende wijzen mogelijk is (verordening, erfdienstbaarheden, kettingbedingen). Wat de plaatselijke gewoonte betreft, ook deze komt voor wat scheidsmuren in oudere wijken betreft, meestal neer op de twee meter die in het ontwerp wordt aangehouden. Voor deze gevallen sluit het ontwerp zich dus aan bij een traditie. De bedoelde hoogte houdt verband met de lengte die de mens gewoonlijk niet overschrijdt. En wat de aan het slot van de vorige alinea gestelde vraag betreft: blijkens het eerste lid van artikel 5.5.2 is de scheidsmuur inderdaad gemeenschappelijk eigendom (mandeligheid).

Artikel 5.4.16. Binnen de commissie wordt aandacht besteed aan de in het eerste lid van dit artikel voorkomende uitdrukking «opzet of grove schuld». Met name kunnen er problemen rijzen wanneer een aannemer «opzet of grove schuld» heeft: moet dan zijn principaal, de eigenaar van het gebouw of het werk, hiervoor opdraaien en behoort dus de «opzet of grove schuld» van de aannemer aan die principaal te worden toegerekend?

De regeringscommissaris beantwoordt deze vraag ontkennend. De «opzet of grove schuld» van een aannemer kan niet zonder meer aan zijn opdrachtgever worden tegengeworpen. Wel is het mogelijk dat naast de aannemer ook de opdrachtgever genoemde kwalificatie verdient. Men denke bij voorbeeld aan een voor iedereen, ook voor leken, duidelijke grensoverschrijding, derhalve aan een grensoverschrijding die op het eerste oog zichtbaar is en ook bij leken onmiddellijk in het oog springt. Het artikel zal overigens juist op dit punt nog worden gezien.

TITEL 5

Mandeligheid

Algemeen. De commissie stelt met voldoening vast dat het ontwerp, vergeleken met het huidige recht, het gebied van de mandeligheid bijzonder ruim afgrenst. Naast artikel 5.5.2 – betreffende scheidsmuren, hekken en heggen – geeft artikel 5.5.1 vrijwel onbegrensde mogelijkheden: in de zin van het ontwerp kunnen branduitgangen, speelplaatsen, dorsvloeren, weeginstellingen (toelichting Meijers blz. 419) en verder parkeerplaatsen, fietsenstallingen, wandelparken, groenstroken, brandgangen, wegen en zelfs hele gebouwen (memorie van antwoord blz. 45) «mandelig» zijn. Deze ruimte lijkt zeker op de behoeften van de praktijk te zijn afgestemd en valt daarom toe te juichen.

Artikel 5.5.1. Juist in verband met het zoëven besproken ruime gebied heeft de commissie in haar voorlopig verslag (blzz. 12/13) erop aangedrongen, voor de mandeligheid van het onderhavige artikel de inschrijving van een notariële akte verplicht te stellen, waarbij zij onder meer het belang van derden en rechtsopvolgers op het oog had. Blijkens de memorie van antwoord (blzz. 47/48) is de Minister het hiermee niet eens. Kort samengevat komt zijn argumentatie hierop neer dat, als men die inschrijving verplicht zou stellen, de ruime mandeligheid van het onderhavige artikel, waaraan stellig behoefte bestaat, praktisch gesproken niet veel zou betekenen en ook weinig zou worden gebruikt en dat voor benadeling van derden en rechtsopvolgers niet hoeft te worden gevreesd nu het ontwerp, met name artikel 3.1.2.7 in verband met artikel 3.1.2.2 lid 1 onder a en voorts lid 3 van het onderhavige artikel, derden en rechtsopvolgers voldoende beschermt.

De commissie heeft zich door dit betoog laten overtuigen. Het niet opnemen van bedoelde inschrijvingsplicht lijkt inderdaad ernstiger dan het is. Zonder inschrijvingsplicht zal weliswaar de mandelige bestemming van een onroerende zaak – dat wil zeggen de bestemming van die zaak tot gemeenschappelijk nut van de betrokken erven – voor derden en rechtsopvolgers verborgen kunnen blijven en zal in sommige gevallen voor hen zelfs niet kenbaar zijn dat de betreffende zaak als «gemeenschappelijk eigendom» aan meerdere eigenaars toebehoort (bij deze laatste gevallen denke men aan het tweede lid van het onderhavige artikel) maar hier staat tegenover dat, gelet op het slot van de vorige alinea, die derden en rechtsopvolgers voldoende worden beschermd en dat de praktijk door een inschrijvingsplicht vermoedelijk ernstig zou worden belemmerd.

Binnen de commissie rijst in dit verband nog een vraag. Stel dat een geval, bedoeld in het tweede lid van het onderhavige artikel, zich voordoet en dat de betreffende eigenaars niets in de openbare registers hebben ingeschreven maar dat het «gemeenschappelijk nut» wel uit de feitelijke toestand is af

te leiden. Wat gebeurt er dan als de eigenaar op wiens erf het gebouw is opgericht, zonder zijn mede-eigenaars daarin te kennen, dit gebouw aan een derde overdraagt? Men zou geneigd zijn aan te nemen dat deze derde, hoewel hij geacht moet worden het «gemeenschappelijk nut» te hebben gekend (vergelijk het derde lid van het onderhavige artikel), toch beschermd wordt indien hij niet heeft geweten dat het gebouw als «gemeenschappelijk eigendom» aan meerdere eigenaars toebehoorde. De memorie van antwoord, blz. 48, op drie na laatste alinea, doet echter als standpunt van de Regering vermoeden, dat er gevallen denkbaar zijn waarin onze derde niet wordt beschermd omdat hij uit de feitelijke toestand, behalve het «gemeenschappelijk nut», ook nog het «gemeenschappelijk eigendom» had moeten afleiden, immers had moeten begrijpen dat het gebouw door de eigenaars gezamenlijk was bekostigd. Dit nu lijkt moeilijk aanvaardbaar. Vooreerst laat de tekst van het ontwerp een dergelijk standpunt niet toe: de bescherming van artikel 3.1.2.7 wordt in het derde lid van het onderhavige artikel alleen uitgesloten voor de gevallen waarin de derde uit de feitelijke toestand kon afleiden «dat de onroerende zaak tot gemeenschappelijk nut van de erven werd bestemd» en dus niet voor de gevallen waarin die derde uit bedoelde toestand kon afleiden dat er sprake was van «gemeenschappelijk eigendom». Verder valt nauwelijks voor te stellen dat iemand in staat is uit de feitelijke toestand van een gebouw af te leiden wie dat gebouw heeft bekostigd. Ook als het gebouw zich op de grens van de erven bevindt – hierop schijnt de memorie van antwoord met name het oog te hebben – kan uit de feitelijke toestand nooit met zekerheid worden afgeleid of de kosten van oprichting door alle betrokkenen werden gedragen.

De regeringscommissaris bevestigt dat het derde lid van het onderhavige artikel inderdaad uitsluitend op de mandelige bestemming en niet op de mede-eigendom betrekking heeft en dat dus de vraag of uit de feitelijke toestand ook nog was af te leiden, dat het gebouw voor gezamenlijke kosten was opgericht en daarom als mede-eigendom aan alle betrokkenen toebehoorde, buiten dat derde lid is gehouden. Dit laatste werd bewust gedaan. De hoofdregel is dat aan de verkrijger van een registergoed alleen kan worden toegeworpen hetgeen hij op het tijdstip van zijn verkrijging in de registers had kunnen zien of uit andere hoofde wist. De inbreuk die lid 3 op die hoofdregel maakt, dient een beperkt karakter te hebben, wil men voorkomen dat latere verkrijgers van een der erven waaraan de mandeligheid is verbonden, voor verrassingen worden gesteld. Alleen in de gevallen dat de rechter aanneemt dat de verkrijger, gelet op de feitelijke toestand, wel begrepen moet hebben dat de kosten van de oprichting van het gebouw of werk gezamenlijk gedragen zijn, zal hij derhalve de verkrijger aan de in lid 2 bedoelde mandeligheid gebonden kunnen achten. Men denke aan het in de memorie van antwoord genoemde geval van een gebouw waarvan de verkrijger de bestemming tot gemeenschappelijk gebruik kent en dat zich op beide erven bevindt. Zou men de werking van de hier bedoelde mandeligheid tegen latere verkrijgers willen uitbreiden, dan zou men het derde lid van het onderhavige artikel aldus moeten aanvullen, dat ook de wetenschap omtrent het gezamenlijk bekostigen daarin wordt opgenomen.

Artikel 5.5.2. In haar reeds eerder vermelde adres stelt de *Vereniging van Nederlandse Gemeenten* een vraag die men het beste hier kan bespreken. Bedoelde vraag luidt als volgt: wanneer van twee of meer aan elkaar gebouwde panden er een of meer worden afgebroken, wie moet dan de binnenmuren die door de afbraak buitenmuren worden zodanig bewerken, dat zij inderdaad als buitenmuren geschikt zijn (men denke bij voorbeeld aan een waterdichte afwerking en aan voorzieningen op esthetisch gebied)? Deze vraag lijkt van groot praktisch belang. Binnen de commissie wordt daarom een antwoord op hoge prijs gesteld.

De regeringscommissaris antwoordt dat door de hier bedoelde afbraak een tevoren gemene muur ophoudt mandelig te zijn. Hij valt dan immers niet

meer onder lid 2, maar komt ook niet te vallen onder lid 1, omdat het geen «vrijstaande muur» wordt; zie de toelichting van het driemanschap, blz. 421, derde alinea.

De eigenaar van het overgebleven gebouw zal, aldus nog steeds de regeringscommissaris, in beginsel de kosten moeten dragen van het geschikt maken van de muur als buitenmuur, tenzij iets anders volgt uit een overeenkomst of een beperkt recht. Men zie artikel 5.1.3 waaruit volgt dat de eigenaar van het overgebleven gebouw er in beginsel geen recht op heeft van het afgebroken gebouw «gebruik te maken» als bescherming van de andere zijde van de oorspronkelijk gemene muur.

TITEL 6

Erfdienstbaarheden

Artikel 5.6.1. Blijkens het voorlopig verslag op blzz. 13 en 14 was de commissie destijds, wat het begrip «erfdienstbaarheid» van het onderhavige artikel betreft, in meerderheid voorstander van het toen nog opgenomen nutsvereiste en werd in dit verband zelfs gevraagd of het geen aanbeveling verdiende het begrip «erfdienstbaarheid» nog verder te beperken, door namelijk bovendien nog het vereiste van naburigheid te stellen, hoewel anderzijds de commissie eenstemmig van oordeel was dat het nutsvereiste niet te eng moest worden uitgelegd.

Blijkens de memorie van antwoord, blz. 54 e.v., is de Minister geen voorstander van opnemng van het naburigheidsvereiste en heeft hij het nutsvereiste zelfs geschrapt, welke schrapping evenwel niet betekent dat nu ook elk verband tussen heersend en dienend erf zou mogen ontbreken, zijnde immers voor een erfdienstbaarheid nodig dat het dienende erf «ten behoeve van» het heersende erf met een last wordt bezwaard.

Vanuit de commissie wordt dit standpunt bestreden. Verwerpt men zowel het nutsvereiste als het naburigheidsvereiste, dan wordt het begrip «erfdienstbaarheid» dermate vaag, dat de rechtszekerheid ernstige schade lijdt. Wat is dan immers nog kenmerkend voor een erfdienstbaarheid? Bovendien zullen, als het standpunt van de Minister doorgang vindt, alle mogelijke erfdienstbaarheden de toch al schaarse grond in ons land zodanig overwoekeren, dat de ruimtelijke ordening met ernstige problemen te kampen krijgt, waardoor stadsvernieuwingsprocessen nog meer tijd zullen gaan vergen dan zij nu al plegen te doen. In dit verband rijst nog de vraag of de op verzoek van de commissie alsnog ingevoerde mogelijkheid om aan de eigenaar van het heersende erf ten behoeve van de eigenaar van het dienende erf een retributieverplichting op te leggen (vergelijk het tweede lid van het onderhavige artikel) op het gebied van de schadeloosstelling bij onteigening geen problemen zal geven.

Van andere zijde wordt binnen de commissie dit standpunt onderschreven. Vooral de schrapping van het nutsvereiste wordt dezerzijds betreurd. Het is immers niet ondenkbaar dat door de ruime mogelijkheid van verjaring (artikel 5.6.3 in verband met de artikelen 3.4.3.1 en 3.4.3.8) vele erfdienstbaarheden in het leven zullen worden geroepen die op geen enkele wijze het heersende erf ten nutte strekken.

Van derde zijde wordt binnen de commissie voor de bovenvermelde bezwaren weliswaar begrip getoond maar wordt het standpunt van de Minister uiteindelijk onderschreven. Blijkens H.R. 28 juni 1957, NJ 1957, 495 moet immers dit standpunt worden beschouwd als een verdere voortzetting van een tendens die in de rechtspraak reeds bestond zodat de praktijk aan een verruiming van het begrip «erfdienstbaarheid» grote behoefte heeft. En als er eventuele uitwassen optreden heeft de rechter, blijkens artikel 5.6.8. e.v., voldoende armslag om deze uitwassen te bestrijden.

De regeringscommissaris benadrukt dat hier het zwaartepunt van de argumentatie in Boek 6 moet worden gezocht: zolang men de in artikel 6.5.3.4 op

ruime schaal toegelaten kwalitatieve verbintenissen handhaaft – en de commissie heeft dit op praktische gronden in meerderheid aanvaard (voorlopig verslag Boek 6, tweede gedeelte, blz. 26/27) – is het weinig zinvol de erf-dienstbaarheden binnen de grenzen van het nutsvereiste of naburigheids-vereiste op te sluiten. Dat de praktijk aan een ruime mogelijkheid van kwalitatieve verbintenissen grote behoefte heeft werd bij Boek 6 reeds betoogd – zie de toelichting van het driemanschap, blz. 764 e.v., en de memorie van antwoord, blz. 217 e.v., waarbij nog opmerking verdient dat de in verband met H.R. 3 maart 1905, W 8191 (Blaauwboer-Berlips) geopperde bezwaren, door de inschrijvingseis van artikel 6.5.3.4 zijn ondervangen – en dit betoog is ook hier beslissend. Wel behoort men uiteraard excessen te weren, maar men zou het kind met het badwater weggooien, indien men, enkel en alleen in verband met de mogelijkheid van excessen, de erf dienstbaarheden zodanig zou beperken dat ook de wel aanvaardbare vormen, waaraan de praktijk grote behoefte heeft, van haar terrein zouden worden geweerd. Beter is daarom een ruim begrip «erfdienstbaarheid» met daarnaast nog voorzieningen teneinde excessen via de rechter in concreto te kunnen bestrijden (artikel 5.6.8 e.v.).

Wat voorts de gevreesde rechtsonzekerheid betreft is de regeringscommissaris van oordeel dat, juist omgekeerd, de handhaving van het nutsvereiste en de invoering van het naburigheidsvereiste veel onzekerheid zouden brengen. Dat immers het nutsvereiste niet goed hanteerbaar is heeft de praktijk reeds bewezen: men denke aan het op blz. 55 van de memorie van antwoord besproken voorbeeld van de tennisbaan. Reeds over een dergelijk simpel praktijkgeval lopen de meningen uiteen. En voor het naburigheidsvereiste geldt iets dergelijks: men kan eindeloos twisten en discussiëren over de vraag of twee erven dicht genoeg bij elkaar in de buurt liggen om als «naburige» erven te kunnen worden aangemerkt. Dergelijke meningsverschillen en discussies behoren door de wetgever te worden voorkomen omdat anders de praktijk, onafhankelijk van de wet, een eigen koers gaat varen. Zo staat bijvoorbeeld in Zwitserland het nutsvereiste uitdrukkelijk in de wet maar heeft de praktijk het daar feitelijk «weggeïnterpreteerd» en tot een do-de letter gemaakt. Het enige verband dat het ontwerp thans nog kent is dat de erfdienstbaarheid «ten behoeve van» het heersende erf strekt, waarvoor een redelijk belang van de eigenaar van dat erf bij die erfdienstbaarheid voldoende is; men zie ook artikel 5.6.8a.

Naar aanleiding van de vraag omtrent de bij onteigening toe te kennen schadeloosstelling, die namelijk speciaal in verband met de nieuw ingevoerde mogelijkheid van retributieverplichtingen problemen zou kunnen geven, merkt de regeringscommissaris op dat bijzondere problemen niet behoeven te worden gevreesd. Retributies zullen immers, gekapitaliseerd, aan de zijde van het dienend erf in de schadeloosstelling worden opgenomen en aan de zijde van het heersend erf op de schadeloosstelling worden ingekort. Bij de invoeringswet kan worden bezien of de Onteigeningswet op dit punt nog aanvulling behoeft.

Wat ten slotte de vrees betreft, dat door de ruime mogelijkheid van verjaring (artikel 5.6.3 in verband met de artikelen 3.4.3.1 en 3.4.3.8) vele erf dienstbaarheden in het leven zullen worden geroepen die op geen enkele wijze het heersende erf ten nutte strekken, deelt de regeringscommissaris mee dat hij ook deze vrees ongegrond acht. Men verkrijgt immers niet zómaar een erfdienstbaarheid door verjaring. Wil men hiervoor in aanmerking komen, dan moet men de betreffende erfdienstbaarheid feitelijk zodanig uitoefenen, dat er sprake is van «bezit» in de zin van artikel 3.5.1 e.v., en deze voorwaarde is niet gering: zie bij voorbeeld het vereiste van «uiterlijke feiten» – derhalve voor de eigenaar kenbare feiten – aan het slot van artikel 3.5.2 en voorts de afwijzing van «enkele op zichzelf staande machtsuitoefeningen» in het tweede lid van artikel 3.5.7. De belangrijkste gevallen van verjaring zijn die waarbij een erfdienstbaarheid op ogenschijnlijk normale wijze is gevestigd en waarbij dus de inschrijving in de openbare registers normaal heeft plaatsgehad, terwijl vervolgens de vestigingstitel

aan nietigheid blijkt te lijden, in welke gevallen het «bezit» van de erfdienstbaarheid gedurende het vereiste aantal jaren tot gevolg heeft, dat het recht op die erfdienstbaarheid door verjaring ontstaat. Minder velvuldig komen de niet of onvoldoende uit de openbare registers blijkende gevallen voor: men denke bij voorbeeld aan het geval dat een erfdienstbaarheid abusievelijk op het verkeerde erf is ingeschreven. In al deze gevallen is echter voor verjaring vereist dat de verkrijger, in de hierboven bedoelde strenge zin, als «bezitter» kan worden aangemerkt en dat deze feitelijke toestand gedurende het wettelijk voorgeschreven tijdvak ongestoord voortduurt. Dit betekent derhalve dat de feitelijk uitgeoefende erfdienstbaarheid, wil zij tot recht verheven kunnen worden, een vaste vorm moet hebben aangenomen.

Artikel 5.6.3. Vanuit de commissie wordt, naar aanleiding van dit artikel, betwijfeld of het wel juist is dat de bestemming als ontstaansgrond van erfdiensbaarheden is geschrapt en dat, mede gezien de inmiddels gewijzigde artikelen 3.4.3.1 en 3.4.3.8, de verjaring als ontstaansgrond van erfdiensbaarheden is verruimd.

De regeringscommissaris merkt op dat de bestemming – overigens op aandringen van de commissie in haar voorlopig verslag (blz. 14) – als ontstaansgrond is geschrapt omdat dit buiten de openbare registers om ging en voor derden volledig verborgen kon blijven en omdat het wenselijk werd geoordeeld deze derden te beschermen door alleen dan een erfdienstbaarheid aan te nemen wanneer zij wordt gevestigd bij akte die in de openbare registers wordt ingeschreven. En wat het verruimen van de verjaring als ontstaansgrond van erfdiensbaarheden betreft, meent de regeringscommissaris te kunnen volstaan met een verwijzing naar de voorlaatste alinea, waaruit blijkt dat zo'n verjaring niet gemakkelijk mag worden aangenomen.

TITEL 7

Erfpacht

Afdeling 1

Inleiding. In de memorie van antwoord, blz. 79, wordt in het kader van een bespreking van bezwaren «uit de kring van de gemeenten» naar voren gebracht dat men «ook in het vervolg» het erfpachtsrecht zal 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».

Vanuit de commissie wordt om een nadere toelichting op deze passage verzocht. Wat heeft de Minister hier in feite bedoeld? Vormen met name die «publiekrechtelijke regelingen ten aanzien van het grondgebruik» een aanwijzing omtrent het standpunt van de Minister inzake de grondpolitiek?

De regeringscommissaris merkt op dat in die passage geen uitspraak wordt gedaan over de wenselijkheid van een bepaalde grondpolitiek. Hier wordt slechts bedoeld te stellen dat de gemeenten, die nu al regelmatig erfpachtsregelingen in de publiekrechtelijke sfeer hanteren, met deze praktijk meer ervaring moeten opdoen, opdat straks in het kader van de grondpolitiek een beter gefundeerd standpunt kan worden ingenomen. Het vraagstuk van de grondpolitiek is hier dus zelf niet aan de orde en een beslissing daarover zou in het onderhavige kader ook niet op haar plaats zijn.

De Minister bevestigt dit en voegt hieraan toe dat uit de woorden «ook in het vervolg» moet worden afgeleid dat alles blijft zoals het was. Men behoeft dus niet bang te zijn dat in de onderhavige titel grondpolitiek wordt bedreven.

Algemeen. Binnen de commissie wordt te kennen gegeven dat, als men de bij erfpacht opgenomen termijnen met andere termijnen van het ontwerp

vergelijkt, men op niet verklaarbare verschillen stuit. Waarom moet hier bij voorbeeld in het tweede lid van artikel 5.7.1.2, evenals in het eerste lid van artikel 5.7.1.8a, een termijn van vijf en twintig jaren worden opgenomen terwijl in artikel 3.11.10 de algemene verjaringstermijn twintig jaren blijkt te zijn? En waarom moet verder in het tweede lid van artikel 5.7.1.5a (erfpacht) een periode van vijf jaren worden opgenomen terwijl in het tweede lid van artikel 5.6.7a (erfdienstbaarheden), een soortgelijk geval betreffend, met slechts twee jaren wordt volstaan? Dergelijke ondoorzichtigheden lijken niet nodig en zouden minstens verklaard moeten worden.

De regeringscommissaris antwoordt dat de vijf en twintig jaren van de artikelen 5.7.1.2 lid 2 en 5.7.1.8a lid 1 verband houden met het feit dat de Pachtwet (artikel 59) een belangrijk gedeelte van de erfpachtsrechten en andere zakelijke genotsrechten gedurende 25 jaar na hun vestiging dwingend beheerst. Het gebeurt wel meer dat de wetgever bij het stellen van termijnen rekening moet houden met reeds bestaande bepalingen uit andere wetten. In casu betekent dit dat het weinig zin heeft de termijn van de artikelen 5.7.1.2 lid 2 en 5.7.1.8a lid 1 te veranderen omdat de pachtwetgeving (artikel 59 Pachtwet, overgenomen in artikel 7.5.11.3) haar dwingende werking toch blijft behouden. En wat het verschil tussen de artikelen 5.7.1.5a en 5.6.7a betreft: dit verschil houdt verband met het feit dat erfpachtsrechten doorgaans langer bestaan dan erfdienstbaarheden.

Artikel 5.7.1.2. Naar aanleiding van dit artikel rijzen binnen de commissie enkele vragen. Vooreerst de vraag of van regeringszijde kan worden bevestigd dat een erfpacht die partijen voor honderd jaren hebben aangegaan (lid 1) toch na vijf en twintig jaren door een opzegging vanwege de eigenaar kan aflopen (lid 2) tenzij in de akte van vestiging uitdrukkelijk is bepaald dat die erfpacht ook honderd jaar lang niet mag worden opgezegd, en verder de vraag of van regeringszijde kan worden bevestigd dat de regel volgens welke een opzegging vanwege de eigenaar «niet tegen een vroeger tijdstip dan vijf en twintig jaren na de vestiging» mogelijk is (lid 2) een zodanig dwingend karakter heeft dat de akte van vestiging hiervan niet mag afwijken (lid 3). Bij deze laatste vraag wordt nog opgemerkt dat een ontkenkende beantwoording uit een oogpunt van rechtszekerheid zou worden betreurd omdat een erfpachter die, bij wijze van financiering, op zijn erfpacht een hypotheek heeft gevestigd niet plotseling geconfronteerd moet kunnen worden met een opzegging vanwege de eigenaar, waardoor aan zijn erfpacht voortijdig een einde zou komen.

De regeringscommissaris geeft te kennen dat hij de eerste vraag inderdaad bevestigend kan beantwoorden maar dat, wat de tweede vraag betreft, het ontwerp ook een afwijking binnen vijf en twintig jaren niet verbiedt. Men bedenke dat erfpacht uiteenlopende strekkingen kan hebben. Zo zal een beding van opzegbaarheid vóór het verstrijken van voormelde termijn slechts bij bepaalde gevallen van erfpacht passen; met name zal de erfpachter met een dergelijk beding niet kunnen instemmen, indien hij voor de financiering een hypotheek op de erfpacht behoeft.

Artikel 5.7.1.5. Vanuit de commissie wordt, naar aanleiding van dit artikel, een door de *Vereniging van Nederlandse Gemeenten* in haar eerder genoemd adres opgeworpen vraag aan de orde gesteld, te weten de vraag of de eigenaar aan de toestemming tot overdracht voorwaarden mag verbinden, bij voorbeeld omtrent de wijze waarop de in erfpacht uitgegeven grond moet worden gebruikt. Omdat bedoelde vraag praktisch van groot belang is zou een antwoord op hoge prijs worden gesteld.

De regeringscommissaris beantwoordt deze vraag bevestigend. De hier bedoelde toestemming is een rechtshandeling en krachtens artikel 3.2.5 kan elke rechtshandeling onder een voorwaarde worden verricht, tenzij uit de wet of de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit. Dit laatste is hier niet het geval.

Artikel 5.7.1.6. Blijkens het voorlopig verslag, blz. 17, en de memorie van antwoord, blz. 86, werd destijds reeds aandacht besteed aan een bezwaar betreffende het tweede lid van het onderhavige artikel, gepubliceerd in De Nederlandse Gemeente 1955, blz. 559, hierop neerkomend dat de aan de erfpachter toegekende bevoegdheid tot verhuren en verpachten voor gemeenten onnodig bezwarend zou zijn, omdat gemeenten het stelsel van de erfpacht juist bezigen ten einde, met het oog op sanering of kernverbetering, na bepaalde tijd weer de vrije beschikking over de grond te hebben. Zowel bij de commissie als bij de Minister heeft dit bezwaar toen weinig weerklank gevonden. Men was namelijk eensgezind van oordeel dat gemeenten desgewenst in de akte van vestiging een bepaling konden opnemen waarin de gewraakte bevoegdheid werd beperkt of zelfs terzijde werd gesteld (eerste lid). Wel meende men dat in het overgangsrecht rekening moest worden gehouden met de omstandigheid dat in een aantal bestaande akten zo'n afwijkend beding niet was gemaakt.

In meergenoemd adres van de *Vereniging van Nederlandse Gemeenten* wordt het zoëven vermelde bezwaar, althans met betrekking tot de voor bepaalde tijd gevestigde erfpachtsrechten, gehandhaafd. Daarbij wordt opgemerkt dat de dwingende regeling van het tweede lid waarschijnlijk bovendien tot gevolg zal hebben dat in vele gevallen in de akte van vestiging de bevoegdheid om te verhuren of te verpachten aan de erfpachter zal worden ontzegd.

Hoewel dit tweede lid in verband met deze laatste mogelijkheid niet zonder meer dwingend kan worden genoemd, vindt het hierboven vermelde bezwaar bij een deel van de commissie toch in zoverre gehoor, dat men zich afvraagt of de praktijk zich zelf niet beter herkent in een regeling volgens welke de huur- en pachtvereenkomsten eindigen zodra ook de erfpacht een einde neemt, echter met dien verstande dat de huurder en de pachter een zekere uitloop krijgen en dus niet onmiddellijk behoeven op te stappen.

De regeringscommissaris antwoordt dat ook naar zijn mening de bepaling aan de gemeenten voldoende armslag biedt. De vraag op welke termijn degenen aan wie een erfpachter onbevoegd de zaak heeft verhuurd of verpacht, bij het einde van de erfpacht die zaak zal moeten hebben ontruimd, zal van de omstandigheden van het geval afhangen en kan derhalve beter worden overgelaten aan de rechter die het bevel tot ontruiming zal moeten uitspreken.

Artikel 5.7.1.8a Vanuit de commissie rijst, naar aanleiding van dit artikel, allereerst de vraag of hier niet beter een termijn van vijftien jaren kan worden opgenomen. De vijf en twintig jaren van het ontwerp lijken een al te strenge beperking.

De regeringscommissaris antwoordt dat het weinig zin heeft de vijf en twintig jaren van het ontwerp te verkorten: reeds eerder werd immers betoogd dat de pachtwetgeving hieraan de zin ontnemt (zie het verslag op de onderhavige titel onder het hoofd «Algemeen»).

Vervolgens komt een bij brief van 14 mei 1974 tot de commissie gericht adres van de *Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken* ter sprake. In verband met het feit dat de erfpachter «de op erfpachtgrond gestichte opstallen blijvend met van derden aangetrokken hypothecaire leningen pleegt te financieren» en dat het daarom van belang is «dat de erfpachter en zijn financier ook op langere termijn weten waaraan zij toe zijn» en in verband met de wenselijkheid van aanpassing van de in artikel 5.7.1.1 lid 2 bedoelde canon, stelt het bestuur van genoemde vereniging voor, het onderhavige artikel als volgt te wijzigen:

«1. Indien 25 jaar na de vestiging van de erfpacht zijn verlopen en vervolgens om de 10 jaren kan de rechter, op vordering van de eigenaar of van de erfpachter, een bedongen canon wijzigen, indien de canon niet meer overeenstemt met die van vergelijkbare erfpachten.

2. De rechter kan op vordering van de eigenaar of van de erfpachter de erfpacht, op de tijdstippen als in lid 1 gemeld, ook overigens wijzigen of opheffen op grond van onvoorziene omstandigheden, welke van dien aard zijn

dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de akte van vestiging niet van de eigenaar of van de erfpachter kan worden gevorderd, mits de belangen van de hypotheekhouder en andere zakelijk gerechtigden daardoor niet worden geschaad.

3. De hypotheekhouder en andere zakelijk gerechtigden worden zowel in het geval als bedoeld in lid 1 als in het geval bedoeld in lid 2 gehoord althans opgeroepen.

4. In de akte van vestiging kan worden bepaald dat lid 2 niet van toepassing is.».

Vanuit de commissie wordt, naar aanleiding van dit voorstel, het volgende opgemerkt. Aan de wenselijkheid van aanpassing van de in artikel 5.7.1.1 lid 2 bedoelde canon wordt ogenschijnlijk ook tegemoetgekomen wanneer partijen in de akte van vestiging een indexeringsclausule zouden opnemen. Wat verder het belang van de hypotheekbanken betreft lijkt, ook zonder wettelijke regeling, een deugdelijke oplossing denkbaar: de erfpachter zal immers in verband met de opheffing van zijn erfpacht tegenover de eigenaar veelal een recht op schadevergoeding kunnen doen gelden en de hypotheekbank zal hierop alsdan onder de eigenaar beslag kunnen leggen. De belangen van hypotheekhouders en andere zakelijk gerechtigden behoren uiteraard bij de toepassing van het onderhavige artikel in aanmerking te worden genomen maar hiertoe lijkt een wettelijke regeling niet nodig. Wat ten slotte het voorgestelde vierde lid betreft: dit moet zeker worden verworpen, aangezien immers dat vierde lid tot gevolg zou kunnen hebben dat men, door opneming van een vaste en geijkte clausule, de mogelijkheid van het tweede lid als regel gaat uitsluiten, waardoor dus de wetgever buiten spel zou komen te staan, iets wat in dit verband als onaanvaardbaar moet worden afgewezen.

De regeringscommissaris wijst erop dat aan het eerste lid van het geciteerde voorstel weinig behoefte bestaat. Men kan deze kwestie beter aan de erfpachtsvoorwaarden overlaten. Te bedenken valt daarbij dat artikel 5.7.1.8a van het gewijzigd ontwerp niet kan worden gehanteerd om aanpassing van de canon aan een normale inflatie te verkrijgen. Een zodanige inflatie is immers geen «onvoorziene omstandigheid».

Wat verder het belang van de hypotheekbanken betreft verwijst de regeringscommissaris naar artikel 3.9.1.3, waaruit blijkt dat, als de erfpachter in verband met de opheffing van zijn erfpacht tegenover de eigenaar een recht op schadevergoeding kan doen gelden, de hypotheekbank hierop van rechtswege een pandrecht heeft. Overigens is de regeringscommissaris van oordeel dat inderdaad de belangen van hypotheekhouders en andere zakelijk gerechtigden bij de toepassing van het onderhavige artikel in aanmerking moeten worden genomen maar dat dit uitdrukkelijk moet worden geregeld. Hierover zal hij zich nog nader beraden.

Wat ten slotte het voorgestelde vierde lid betreft: ook de regeringscommissaris acht dat vierde lid, op de gronden vermeld aan het slot van de derde alinea hierboven, onaanvaardbaar.

Artikelen 5.7.1.10 en 5.7.1.10a. In het reeds meermalen genoemde adres van de *Vereniging van Nederlandse Gemeenten* wordt, naar aanleiding van deze artikelen, in het bijzonder het eerste lid van artikel 10 respectievelijk het vierde lid van artikel 10a, en onder verwijzing naar de memorie van antwoord, blz. 88 respectievelijk blz. 90, de vraag gesteld of geldig is een opzegging «omdat bijv. in de akte van vestiging is bedongen, dat de eigenaar dit recht (o.m.) toekomt indien de erfpachter gedurende een tijdsverloop als in een dergelijk beding genoemd (bijv. zes maanden) met de betaling van de verschuldigde canon in gebreke is». Voorts wordt daar nog opgemerkt dat, als deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, de erfpachter bevoegd moet zijn de vernietiging van de opzegging te vorderen «wanneer hij (onder bijbetaling van hetgeen hij terzake van zijn wanbetaling contractueel extra aan de eigenaar verschuldigd is) alsnog de achterstallige betaling van de canon verricht». In verband met dit laatste wordt

daar gedacht aan analogische toepassing van het vierde lid van artikel 5.7.1.10.

Binnen de commissie is men geneigd de gestelde vraag bevestigend te beantwoorden. Of echter in de omstandigheden, bedoeld aan het slot van de vorige alinea, de erfpachter een vordering tot vernietiging kan instellen dan wel op andere wijze de klok kan terugdraaien, valt in het licht van het ontwerp niet met zekerheid te zeggen, hoewel het in elk geval billijk zou zijn. Hierover en over genoemde vraag zou het standpunt van de Regering gaarne worden vernomen.

De regeringscommissaris antwoordt dat ook hier in het oog moet worden gehouden dat erfpacht met uiteenlopende strekkingen kan worden gevestigd. Is een erfpacht van lange duur gevestigd, waarvan de vestiging en de latere overdracht eventueel zullen moeten worden gefinancierd door middel van een hypotheek op het erfpachtsrecht, dan zullen de artikelen 5.7.1.10–10a in verband daarmee belangrijke bepalingen zijn. Zij voorkomen dat de erfpacht bij eventuele wanprestatie van de erfpachter zijn waarde als onderpand zou verliezen. In verband daarmee zijn deze artikelen in beginsel dwingend van aard, zoals in artikel 5.7.1.10a lid 4 is bepaald. Nietig zou derhalve zijn een beding dat ertoe strekt via een bevoegdheid van de eigenaar tot opzegging van de erfpacht een sanctie ter zake van wanprestatie van de erfpachter in het leven te roepen ten einde zo aan de waarborgen van de voormelde artikelen te ontkomen. Daarnaast kan het zich echter ook voordoen dat een recht van erfpacht wordt gevestigd, waarbij een financiering als hier bedoeld geen rol speelt. In die gevallen, waarin de canon zal zijn afgestemd op de volle waarde van het gebruik van het goed over de periode waarover deze verschuldigd is, kan zeer wel behoefte bestaan aan een ruime bevoegdheid van de eigenaar om de erfpacht op te zeggen. Artikel 5.7.1.10a lid 4 staat daaraan niet in de weg. De regeringscommissaris meent dat in de praktijk op dit punt weinig onzekerheid is te verwachten. In de regel zal immers duidelijk zijn met een erfpacht van welke aard men te doen heeft en derhalve of het opzeggingsbeding al of niet met de strekking van de regeling van de artikelen 5.7.1.10–10a in strijd komt. In dit stelsel is voor analogische toepassing van deze artikelen in geval van opzegging geen plaats. In de gevallen dat daaraan behoefte zou bestaan, is het opzeggingsbeding immers nietig.

Artikel 5.7.1.12. Naar aanleiding van het derde lid van dit artikel heeft de *Vereniging van Nederlandse Gemeenten* in meergenoemd adres een vraag gesteld die, omdat zij van praktisch belang is, vanuit de commissie aan de Regering wordt voorgelegd. Men vraagt daar namelijk of het retentierecht van de eigenaar uitsluitend geldt voor hetgeen de erfpachter «mocht hebben afgebroken» of dat het ook geldt voor hetgeen hij «mag afbreken». Met andere woorden: mag de eigenaar het afbreken beletten zolang de erfpachter niet heeft voldaan wat de eigenaar uit hoofde van het erfpachtsrecht van hem heeft te vorderen?

De regeringscommissaris antwoordt dat lid 3 ervan uitgaat dat de erfpachter in beginsel tot de wegvoering van het afgebrokene bevoegd is. Gedacht moet met name worden aan de bevoegdheid tot wegneming van gebouwen en werken, bedoel in artikel 5.7.1.3, lid 3. Het is duidelijk dat de eigenaar de erfpachter niet kan verbieden deze bevoegdheid uit te oefenen, mits deze uitoefening tijdig, dat wil zeggen op zijn laatst bij het einde van de erfpacht, geschiedt. Is de erfpacht eenmaal geëindigd en is door de erfpachter bij het einde van de erfpacht van zijn voormelde bevoegdheid geen gebruik gemaakt, dan kan de eigenaar hem verbieden dit naderhand alsnog te doen. Het retentierecht van artikel 5.7.1.12, lid 3, is daartoe niet nodig. Wel is dit nodig om te voorkomen dat de erfpachter hetgeen hij bevoegd heeft afgebroken, weghaalt, voordat hij het door hem verschuldigde heeft voldaan. Van de omstandigheden van het concrete geval – te beoordelen aan de hand van de redelijkheid en billijkheid, bedoeld in artikel 6.5.3.1 juncto artikel 6.5.1.6 – zal afhangen in hoeverre de eigenaar aan wie het retentierecht toekomt de erfpachter mede kan beletten een wellicht nog niet voltooide afbraak voort te zetten.

Afdeling 2 (vervallen)

Recht van beklemming. De commissie gaat geheel akkoord met het feit dat de Minister dit recht alsnog heeft geschrapt. Wel meent zij dat bij de Invoeringswet voor de reeds bestaande rechten een overgangsregeling moet worden gemaakt.

De regeringscommissaris bevestigt dit laatste.

TITEL 8

Opstal

Artikel 5.8.1. De commissie verheugt zich over de uitbreiding die de Minister aan het recht van opstal heeft gegeven. Vooral bij kabels, leidingen en buizen zal de praktijk deze uitbreiding benutten, nu immers op dit gebied aan een ruim geformuleerd opstalrecht grote behoefte lijkt te bestaan.

Artikel 5.8.4. In verband met het feit dat in het tweede lid van dit artikel (onder meer) naar artikel 5.7.1.8a wordt verwezen is het verslag aangaande dit laatste artikel mutatis mutandis ook hier van belang.

TITEL 9 (vervallen)

Grondrente. De commissie gaat geheel akkoord met het feit dat de Minister dit recht alsnog heeft geschrapt. Wel meent zij dat bij de Invoeringswet voor de reeds bestaande rechten een overgangsregeling moet worden gemaakt.

De regeringscommissaris bevestigt dit laatste.

TITEL 10

Appartementsrechten

Algemeen. Vanuit de commissie wordt gevraagd of deze regeling betreffende appartementsrechten, vergeleken met de huidige regeling, op wezenlijke punten verschilt.

De regeringscommissaris beantwoordt deze vraag ontkennend.

Vertrouwende dat de regeringscommissaris zijn toezegging, vermeld aan het slot van dit verslag op artikel 5.1.2, nog voor de aanvang van de zo dadelijk te noemen openbare commissievergadering zal willen nakomen, is de commissie van oordeel dat na dit mondeling overleg de openbare behandeling van het wetsontwerp voldoende is voorbereid, met dien verstande dat zij alsnog een voortzetting van het onderzoek van de artikelen van het ontwerp in een openbare commissievergadering wenselijk acht.

De voorzitter van de commissie
Geurtsen

De wnd. griffier van de commissie
Jansen