

Zitting 1976–1977

4572 Vaststelling van Boek 5 van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek

Nr. 9

NOTA VAN WIJZIGINGEN

Ontvangen 31 januari 1977

Het gewijzigd ontwerp wordt nader gewijzigd als volgt:

In **artikel 5.1.2** leden 1 en 2 wordt telkens «volgens artikel 6.3.1» vervangen door: volgens artikel 6.3.1.1.

De tweede zin van lid 3 wordt gelezen:

Titel 6.3 is van overeenkomstige toepassing met dien verstande dat in het geval bedoeld in artikel 6.3.2.2 de ondergeschikte zelf niet aansprakelijk is.

Artikel 5.2.7 lid 2 wordt gelezen:

2. De vinder die aan de op hem rustende verplichtingen heeft voldaan, heeft naar omstandigheden recht op een redelijke beloning.

In **artikel 5.2.8a** lid 5 wordt «De leden 2 en 4» vervangen door: De leden 2–4.

De **artikelen 5.2.10–12** worden gelezen:

Artikel 10

1. De eigendom van een roerende zaak die een bestanddeel wordt van een andere roerende zaak die als hoofdzaak is aan te merken, gaat over aan de eigenaar van deze hoofdzaak.

2. Roerende zaken waarvan er geen als hoofdzaak is aan te merken en die aan onderscheiden eigenaars toebehoren, worden slechts bestanddeel van een door hun verbinding tot stand komende nieuwe zaak, indien zij niet zonder beschadiging van betekenis of onevenredig grote kosten of arbeid kunnen worden gescheiden.

3. In het geval van het vorige lid worden de eigenaars van de oorspronkelijke zaken mede-eigenaars van de nieuwe zaak, ieder voor een aandeel evenredig aan de waarde van zijn oorspronkelijke zaak.

4. Als hoofdzaak is aan te merken de zaak waarvan de waarde die van de andere zaak aanmerkelijk overtreft of die volgens verkeersopvatting als zodanig wordt beschouwd.

Artikel 11

Worden roerende zaken die aan onderscheiden eigenaars toebehoren door vermenging tot één zaak verenigd, dan is het vorige artikel van overeenkomstige toepassing.

Artikel 12

1. Indien iemand uit een of meer roerende zaken een nieuwe zaak vormt, wordt deze eigendom van de eigenaar van de oorspronkelijke zaken. Behoorden deze toe aan onderscheiden eigenaars, dan zijn de vorige twee artikelen van overeenkomstige toepassing.

2. Indien iemand voor zichzelf een zaak vormt of doet vormen uit een of meer hem niet toebehorende roerende zaken, wordt hij eigenaar van de nieuwe zaak, tenzij de kosten van de vorming dit wegens hun geringe omvang niet rechtvaardigen.

3. Bij het verwerken van stoffen tot een nieuwe stof of het kweken van planten zijn de vorige leden van overeenkomstige toepassing.

Artikel 5.3.1 onder e wordt gelezen:

e. gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen en werken, voor zover ze geen bestanddeel zijn van eens anders onroerende zaak;

Artikel 5.4.2 wordt gelezen:

Artikel 2

De eigenaar van een erf mag niet in een mate of op een wijze die volgens artikel 6.3.1.1 onrechtmatig is, hinder toebrengen aan eigenaars van andere erven door wijziging te brengen in de loop, hoeveelheid of hoedanigheid van over zijn erf stromend water of van het grondwater, dan wel door gebruik van water dat zich op zijn erf bevindt en in open gemeenschap staat met water op eens anders erf.

In **artikel 5.4.3** lid 1 wordt «volgens artikel 6.3.1» vervangen door: volgens artikel 6.3.1.1.

In **artikel 5.4.16** lid 1 vervallen de woorden: «zonder opzet of grove schuld onbevoegd».

Aan **artikel 5.4.16** wordt een nieuw lid toegevoegd, luidende:

3. De vorige leden zijn niet van toepassing, indien dit voortvloeit uit een op wet of rechtshandeling gegronde verplichting tot het dulden van de bestaande toestand of indien de eigenaar van het gebouw of werk ter zake van de bouw of zijn verkrijging kwade trouw of grove schuld verweten kan worden.

In **artikel 5.4.18** lid 1 vervallen de woorden: «niet grenst aan en».

In **artikel 5.5.6** lid 2 wordt na «hiertoe» ingevoegd: op zijn kosten.

Artikel 5.6.8 lid 2 vervalt.

Artikel 5.6.8b lid 2 vervalt.

Na **artikel 5.6.8b** wordt een nieuw artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 8ba

1. De rechter kan een vordering als bedoeld in de artikelen 8–8b toewijzen onder door hem te stellen voorwaarden.

2. Rust op een der erven een beperkt recht, dan is de vordering slechts toewijsbaar, indien de beperkt gerechtigde in het geding is geroepen. Bij het oordeel of aan de maatstaven van de artikelen 8 onder a, 8a en 8b is voldaan, dient mede met zijn belangen rekening te worden gehouden.

In **artikel 5.6.8c** lid 1 wordt na «verplichtingen» ingevoegd: op zijn kosten.

Na **artikel 5.7.1.5a** wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 5b

1. De erfpachter is bevoegd de zaak waarop het recht van erfpacht rust, geheel of ten dele in ondererfpacht te geven, voor zover in de akte van vestiging niet anders is bepaald. Aan de ondererfpachter komen ten aanzien van de zaak niet meer bevoegdheden toe dan de erfpachter jegens de eigenaar heeft.

2. De ondererfpacht gaat bij het einde van de erfpacht teniet, tenzij deze eindigt door vermenging of afstand. De eigenaar kan voor de ter zake van de erfpacht verschuldigde canon het recht van erfpacht vrij van ondererfpacht uitwinnen. Het in de vorige zinnen van dit lid bepaalde geldt niet, indien de eigenaar bij een in de openbare registers ingeschreven notariële akte heeft verklaard met de vestiging van de ondererfpacht in te stemmen.

3. Voor de toepassing van de overige artikelen van deze afdeling wordt de erfpachter in zijn verhouding tot de ondererfpachter als eigenaar aangemerkt.

Artikel 5.7.1.6 lid 2 wordt gelezen:

2. Na het einde van de erfpacht is de eigenaar verplicht een bevoegdlijk aangegane verhuur of verpachting gestand te doen. Hij kan nochtans gestanddoening weigeren, voor zover zonder zijn toestemming hetzij de overeengekomen tijdsduur van de huur langer is dan met het plaatselijk gebruik overeenstemt of bedrijfsruimte in de zin van artikel 7.4.6.1 lid 2 is verhuurd voor een langere tijd dan vijf jaren, hetzij de verpachting is geschied voor een langere duur dan twaalf jaren voor hoeven en zes jaren voor los land, hetzij de verhuring of verpachting is geschied op ongewone voor hem bezwarende voorwaarden.

Aan **artikel 5.7.1.8a** wordt een lid toegevoegd, luidende:

3. Rust op de erfpacht of op de zaak een beperkt recht, dan is de vordering slechts toewijsbaar, indien de beperkt gerechtigde in het geding is geroepen en ook te zijnen aanzien aan de maatstaf van lid 1 is voldaan.

TOELICHTING

Inleidende opmerkingen. Met de onderhavige nota van wijzigingen die met bijbehorende toelichting is opgesteld onder leiding van mr. W. Sniijders, regeringscommissaris voor Boek 5, beoogt de ondergetekende in het op 16 oktober 1972 ingezonden gewijzigd ontwerp van Boek 5 te verwerken wat sindsdien daaromtrent uit literatuur, rechtspraak en praktijk aan gerechtvaardigde kritiek is naar voren gekomen. De belangrijkste punten daarvan zijn reeds bij het op 9 september 1976 gehouden mondeling overleg met de Commissie voor Justitie, waarvan het verslag is verschenen als stuk nr. 8, zitting 1975–1976 – 4572, ter sprake geweest. Waar de commissie zich evenwel in hoofdzaak heeft beperkt tot punten van meer dan juridisch-technische aard, is de boven bedoelde verwerking niet tot de toen aan de orde gestelde

materie beperkt gebleven. Wèl is in het huidige stadium van parlementaire behandeling bij het aanbrengen van wijzigingen een zo groot mogelijke terughoudendheid betracht.

Rekening kon nog worden gehouden met het rapport van de Commissie Boek 5 Nieuw BW, ingesteld door de Koninklijke Notariële Broederschap, inmiddels gepubliceerd in WPNR 5369. Copieën van dit rapport zijn tevoren reeds aan de ondergetekende toegestuurd, terwijl bovendien besprekingen tussen de regeringscommissaris en de opstellers van het rapport hebben plaatsgevonden.

Artikelen 5.1.2. De redactie van dit artikel is aangepast aan de wijzigingen die titel 6.3 in het inmiddels verschenen gewijzigd ontwerp van Boek 6 heeft ondergaan. De verwijzing in de tweede zin naar artikel 6.3.17 is geheel vervallen, nu dit artikel is geschrapt. Uitsluiting van de algemene matigingsbevoegdheid van artikel 6.1.9.12a is niet op haar plaats. Niet is immers in te zien waarom de bevoegdheid die dit artikel ten aanzien van iedere vordering tot schadevergoeding aan de rechter geeft, juist hier aan deze zou moeten worden onthouden.

Op de term «algemeen belang» in lid 2 zal in een afzonderlijk nota naar aanleiding van het mondeling overleg worden teruggekomen.

Artikel 5.2.7 In het tweede lid is hetgeen aanvankelijk was bepaald in de met «tenzij» beginnende slotzinsnede als bijzin aan het woord «de vinder» toegevoegd. Dit is geschied om de indruk te vermijden als zou de bewijslast van het feit dat de vinder niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan, rusten op degene van wie deze een beloning vordert. De verdeling van de bewijslast behoort hier, evenals ten aanzien van de andere in dit lid vermelde omstandigheden, aan de rechter te worden overgelaten.

Artikel 5.2.8a. In de aanhef van het vijfde lid dient te worden gelezen: «De leden 2–4» in plaats van «De leden 2 en 4», zoals de door een schrijffout ontstane redactie van het gewijzigd ontwerp luidde.

Artikel 5.2.10. Bij het mondeling overleg is van de zijde van de Regering toegezegd om – mede naar aanleiding van de beschouwingen van Van der Grinten in WPNR 5240 – in dit artikel en de beide volgende een aantal verduidelijkingen aan te brengen. Vooropgesteld dient daarbij te worden dat deze drie artikelen moeten worden gezien tegen de achtergrond van de algemene regels van artikel 3.1.1.3, waarin geregeld is wanneer een zaak een bestanddeel van een andere zaak wordt, en artikel 5.1.5, dat het complement van artikel 3.1.1.3. vormt en bepaalt wie eigenaar is van hetgeen als bestanddeel aangemerkt moet worden.

Het eerste lid van artikel 5.2.10 stelt thans buiten twijfel dat in overeenstemming met de laatstgenoemde twee artikelen voor de beantwoording van de vraag welke van twee met elkaar verbonden roerende zaken eigendom wordt van de eigenaar van de andere zaak, in de eerste plaats moet worden nagegaan welke van de beide verbonden zaken als hoofdzaak is aan te merken. In een nieuw vierde lid wordt in aansluiting daarop bepaald aan de hand van welke maatstaven moet worden beoordeeld of in een bepaald geval een der zaken als hoofdzaak kan worden aangewezen. Daarbij zal in de regel beslissend zijn of de ene zaak de andere in waarde aanzienlijk overtreft. Daarnaast dient echter te worden gelet op de in het verkeer geldende opvattingen. Deze kunnen ertoe leiden dat ook zonder een zodanig waardeverschil één der zaken als hoofdzaak aangemerkt moet worden, als ook dat indien zich wèl een waardeverschil als hier bedoeld voordoet, toch de zaak met de geringste waarde als hoofdzaak moet worden beschouwd. Men denke aan een oude auto, waarin een kostbare nieuwe motor wordt geplaatst, of aan een zilveren of gouden ring waarin een kostbaar juweel gezet wordt.

Bij het vierde lid bedenke men dat het – evenals de andere leden – alleen geldt in geval van verbinding van roerende zaken. Is één der zaken onroerend, dan worden andere regels van belang; men zie met name artikel 5.3.1.

Het oorspronkelijke tweede lid is vervangen door de nieuwe leden 2 en 3. Het nieuwe lid 2 vormt een bijzondere regel ten opzichte van artikel 3.1.1.3. Het stelt met name enige nadere eisen, die vervuld moeten zijn, willen de verbonden zaken als bestanddeel van een nieuwe zaak hun zelfstandigheid verliezen, zonder dat een hoofdzaak is aan te wijzen. Daarbij knoopt dan vervolgens het derde lid aan voor wat betreft de vraag hoe het in deze omstandigheden gaat met de eigendom. Aldus wordt voorkomen dat het misverstand postvat dat de oorspronkelijke zaken wel als bestanddeel in een nieuwe zaak zijn opgegaan, maar eigendom van de oorspronkelijke eigenaars zijn gebleven. Een dergelijk figuur wordt door artikel 5.1.5. niet geheel uitgesloten («voor zover de wet niet anders bepaalt»), maar zou tot ongelukkige resultaten leiden. Men bedenke dat op zijn minst twijfelachtig zou zijn of op het recht van de eigenaar van een bestanddeel de regels betreffende zelfstandige zaken toegepast zouden kunnen worden, met name die betreffende de bevoegdheid tot vervreemden en bezwaren (artikel 3.4.2.1 lid 1 en de artikelen 3.4.2.4–5) en die tot opeising (artikel 5.1.4).

Aandacht verdient nog dat lid 2, in overeenstemming met artikel 3.1.1.3 lid 2, spreekt van «beschadiging van betekenis», zulks anders dan het oorspronkelijke tweede lid waarin van «ernstige beschadiging» sprake was. De ondergetekende meent dat er geen reden is om ook op dit punt van artikel 3.1.1.3 af te wijken.

Men lette er nog op dat lid 2 alleen betrekking heeft op het geval dat de verbonden zaken aan onderscheiden eigenaars toebehoorden. Behoorden beide zaken aan één eigenaar toe, dan kan aan de hand van artikel 3.1.1.3 eerder worden aangenomen dat de oorspronkelijke zaken bestanddeel van de nieuwe zaak werden, hetgeen bij voorbeeld van belang kan zijn, wanneer de eigenaar deze zaak als één geheel wil vervreemden of bezwaren.

Artikel 5.2.11. Buiten twijfel is gesteld dat dit artikel evenals het huidige artikel 662 BW alleen betrekking heeft op vermenging waardoor de vermengde zaken zich tot één zaak verenigen. Men denke aan bepaalde hoeveelheden graan of vloeistof, die tot één hoeveelheid vermengd graan of vloeistof worden samengevoegd. Voor zover het dit geval betreft, leent artikel 5.2.10 zich voor overeenkomstige toepassing. Wordt aan een hoeveelheid van een bepaalde stof bij voorbeeld ter conservering een andere stof toegevoegd, dan zal de eerste stof als hoofdzaak kunnen worden beschouwd. Worden granen of vloeistoffen van dezelfde of nagenoeg dezelfde soort met elkaar vermengd, bij voorbeeld in een opslagtank, dan zal van een hoofdzaak geen sprake zijn en derhalve overeenkomstig artikel 5.2.10, lid 2 mede-eigendom ontstaan.

Daarnaast kunnen zich evenwel andere gevallen van vermenging voordoen, waarbij van enige vereniging tot één zaak geen sprake is, met name die waarin de oorspronkelijke zaken, ondanks hun zelfstandigheid van elkaar, wegens onbekendheid met hun onderscheidene kenmerken niet meer als zodanig zijn te individualiseren. Men denke aan bankbiljetten die bij een hoeveelheid andere bankbiljetten worden gevoegd en effecten die zonder nummerverantwoording gezamenlijk worden bewaard. Hetgeen hier geldt wordt in het nieuwe wetboek evenals in het huidige recht overgelaten aan de algemene regels betreffende de bewijslastverdeling tussen degene die een roerende zaak opvoert en degene die deze zaak onder zich heeft. Kan de eiser niet aantonen welke van de zaken die zich in handen van de gedaagde bevinden, zijn eigendom is, dan zal zijn vordering moeten worden afgewezen en de houder derhalve als eigenaar moeten worden aangemerkt; men zie HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274 (Teixeira de Mattos) en de artikelen 3.5.3 en 3.5.13, lid 1.

Dit stelsel leidt ertoe dat bij de hier bedoelde, op het ontbreken van individualiseerbaarheid berustende vermengingsgevallen, in de regel degene in wiens hand de vermenging plaatsvindt, eigenaar wordt. In geval van diens insolventie heeft de oorspronkelijke eigenaar derhalve op hem slechts een concurrente vordering. Met Van der Grinten, AA 1968, blz. 144 e.v., meent de

ondergetekende dat dit een redelijke oplossing is. Zij strookt ook met de rechtszekerheid die naar de mening van de ondergetekende bij overeenkomstige toepassing van artikel 5.2.10 in verschillende opzichten in het gedrang zou komen. In de eerste plaats zou het niet zeker zijn in hoeverre men een bepaalde hoeveelheid van de vermengde zaken al of niet als hoofdzaak ten opzichte van andere vermengde zaken zou kunnen aanmerken. In de tweede plaats zou niet zeker zijn met welke hoeveelheid geld of effecten nu eigenlijk vermenging in handen van de houder geacht moet worden te hebben plaats gevonden. Zo kan men, wanneer iemand bankbiljetten van een ander niet geïndividualiseerd in zijn portefeuille heeft gedaan, zowel volhouden dat alleen vermenging met het geld in de portefeuille plaatsvindt, als dat vermenging plaatsvond met al zijn contanten waaruit hij de portefeuille pleegt bij te vullen, naar mate hij daaruit geld uitgeeft, als dat vermenging plaatsvond met al het geld dat tot zijn vermogen behoort. Naar de mening van de ondergetekende behoort de wetgever deze en dergelijke problemen niet op te roepen.

Wat effecten betreft vestigt hij voorts de aandacht op het wetsontwerp (zitting 1975-1976 - 13 780) betreffende het giraal effectenverkeer, waarin voor een belangrijke groep van effecten een regeling is gegeven die in geval van vermenging tot mede-eigendom leidt; men zie de artikelen 10 e.v. van dat ontwerp. De boven gesignaleerde onzekerheden - en nog vele andere - worden hier evenwel door een reeks gedetailleerde wettelijke bepalingen opgeheven. Wat de effecten betreft die niet door dit wetsontwerp worden bestreken, mag voorts worden verwacht dat de bewaarder daarvan in het algemeen tot nummerverantwoording verplicht zal zijn. Aangenomen mag worden dat dit een redelijke waarborg tegen het gevaar van vermenging zal opleveren.

Artikel 5.2.12. Ook dit artikel heeft wijziging ondergaan. In het eerste lid wordt thans als hoofdregel vooropgesteld dat, indien iemand uit een of meer roerende zaken een nieuwe zaak vormt, deze zaak eigendom wordt van de eigenaar van de oorspronkelijke zaken. Daaraan is toegevoegd de regel dat, wanneer de gebruikte zaken aan onderscheiden eigenaars toebehoorden, de twee vorige artikelen van overeenkomstige toepassing zijn. Aldus komt duidelijker uit dat de artikelen 5.2.10-12, die elkaar gemakkelijk kunnen overlappen, in beginsel tot hetzelfde resultaat leiden. Wanneer de verbinding of de vermenging van twee of meer zaken tot vorming van een nieuwe zaak leidt kunnen er derhalve geen samenloop-moeilijkheden ontstaan. Een belangrijke materiële wijziging heeft de nieuwe redactie niet ten gevolge, nu de onderhavige regels in beginsel reeds in het oorspronkelijke tweede lid opgesloten lagen, nl. voor het geval de waarde van de voor de vorming van de nieuwe zaak gebruikte zaken die van de kosten van deze vorming in aanmerkelijke mate overtreft.

Anders dan in het oorspronkelijke artikel wordt in het nieuwe lid thans uitdrukkelijk rekening gehouden met het geval dat de nieuwe zaak uit één andere zaak wordt gevormd. Men denke aan het vervaardigen van een beeldhouwwerk uit één stuk marmer.

De regel van het oorspronkelijke lid 1 is thans in het tweede lid als een uitzondering op de hoofdregel van het nieuwe eerste lid geformuleerd. De woorden «voor zich zelf» drukken uit dat het tweede lid niet van toepassing is op degene die de zaak in opdracht van een ander vervaardigt; men zie de memorie van toelichting bij het regeringsontwerp van dit artikel (zitting 1956-1957 - 4572, stuk nr. 3). Het tweede lid is wél van toepassing in het veel voorkomende geval dat een zaak geheel of gedeeltelijk wordt vervaardigd uit onderdelen of stoffen die door de leveranciers daarvan onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd. De producent kan niet worden gezegd de zaak in opdracht van zijn leveranciers te fabriceren. Hij fabriceert haar immers ten einde haar te eigen bate te verhandelen. Dit resultaat verdient reeds hierom de voorkeur, omdat een ander stelsel, met name in geval de onderdelen of stoffen van verschillende leveranciers afkomstig zijn, tot grote complicaties zou leiden.

Voorts is uitgedrukt dat de voormelde uitzondering zich niet voordoet, indien de kosten van de vorming dit wegens hun geringe omvang niet rechtvaardigen. Deze nieuwe maatstaf brengt mee dat de regel van het tweede lid vaker toegepast zal kunnen worden dan in de oorspronkelijke redactie van het artikel het geval was. Ook wanneer de waarde van de gebruikte zaken die van de kosten van de vorming van de nieuwe zaak in aanmerkelijke mate overtreft, zal immers vaak tot toepasselijkheid van het tweede lid kunnen besluiten. Men denke bijvoorbeeld aan het fabriceren van meel uit graan en van brood uit meel of aan de vervaardiging van een sieraad uit kostbaar materiaal.

Men lette er op dat bij de bepaling van de kosten van de vorming van de nieuwe zaak tevens moet worden gelet op de vaste kosten van de installaties, nodig om tot deze vorming te komen. Men denke aan een fabriek waarin, wanneer zij eenmaal is geïnstalleerd, een nieuwe stof op eenvoudige wijze kan worden gefabriceerd.

Artikel 5.3.1. De redactie van het onder e bepaalde is aangepast aan de bij nota van wijzigingen aangevulde redactie van artikel 3.1.1.2. Verwezen moge worden naar hetgeen in de toelichting bij die nota van wijzigingen over deze aanvulling is opgemerkt (eerste alinea bij artikel 3.1.1.2), alsmede naar het overeenkomstig geredigeerde artikel 6.3.2.7 lid 3 en de memorie van antwoord betreffende Boek 6, blz. 178, derde alinea.

Artikel 5.4.2. Dit artikel is aangevuld voor het geval van een wijziging in de *hoedanigheid* van het water of grondwater. Aldus is buiten twijfel gesteld dat het ook in geval van een verontreiniging van dit water toepassing kan vinden; men zie J. M. Polak, *Bouwrecht* 1973, blz. 427.

Voorts is de verwijzing naar artikel 6.3.1 in verband met de inmiddels aangebrachte splitsing in afdelingen van titel 6.3 veranderd in een naar artikel 6.3.1.1.

Artikel 5.4.3. In het eerste lid is evenals in artikel 5.4.2 «volgens artikel 6.3.1» vervangen door: volgens artikel 6.3.1.1.

Artikel 5.4.16. Bij het mondeling overleg is door de commissie aandacht gevraagd voor de problemen die de woorden «opzet of grove schuld» in de aanhef van lid 1 kunnen geven. Van regeringszijde is toen aangekondigd dat dit punt nog zal worden bezien.

De ondergetekende moge voorop stellen dat het artikel in beginsel alleen ziet op het geval dat een gebouw of werk over de grens van een naburig erf is gebouwd door iemand die daartoe jegens de eigenaar van dat erf niet bevoegd was; men zie de memorie van antwoord, derde en vierde alinea bij dit artikel (blz. 41). Werd bevoegd over de grens gebouwd, bijvoorbeeld omdat een overeenkomst of een beperkt recht de bouwer daartoe het recht gaf, dan zullen de gevolgen van dit bouwen aan de hand van deze overeenkomst of dit beperkte recht moeten worden beoordeeld. Wanneer de overeenkomst of het beperkte recht eindigt, bijvoorbeeld omdat de tijd waarvoor de overeenkomst is aangegaan of het beperkte recht is gevestigd, is verstreken, dan zal de eigenaar van het gebouw of werk in de regel verplicht zijn de vorige toestand te herstellen.

Evenmin behoort artikel 5.4.16 van toepassing te zijn wanneer weliswaar onbevoegd over de grens is gebouwd, maar zulks is te wijten aan de opzet of grove schuld van de eigenaar van het gebouw of werk.

Een en ander werd in de aanhef van lid 1 uitgedrukt door de woorden «zonder opzet of grove schuld onbevoegd». Deze wijze van uitdrukken kan echter, naar de ondergetekende met de Commissie meent, tot misverstand leiden en heeft in de literatuur ook tot misverstand aanleiding gegeven. Zo heeft Smalbraak, WPNR 5242, blz. 542, linkerkolom, gewezen op het geval dat de eigenaar van het naburige erf toestemming heeft gegeven om over de grens van dit erf te bouwen en vervolgens zijn erf heeft overgedragen aan

een verkrijger die van deze toestemming niets weet en daaraan bij gebreke van toepasselijkheid van artikel 6.5.3.4 dan ook niet is gebonden. In dit geval is bevoegd over de grens gebouwd, maar bestaat niettemin alle aanleiding om artikel 5.4.16 van toepassing te achten. Hetzelfde geldt, indien de eigenaar van het gebouw of werk dit zo diep boven of onder de oppervlakte van de grond heeft aangebracht, dat hij zich voor zijn bevoegdheid daartoe voorshands op artikel 5.3.2 lid 2, kan beroepen, terwijl naderhand niet meer aan de eisen van die bepaling blijkt te zijn voldaan, omdat de eigenaar van de oppervlakte bijvoorbeeld in verband met een nieuwe technische ontwikkeling of een verandering in de bestemming van de grond, er belang bij krijgt zich alsnog tegen het gebruik van de ruimte die voor het hebben van het gebouw of werk wordt gebezigd, te verzetten. Men zie het rapport van de broederschap, WPNR 5369, blz. 718 bij artikel 5.3.2.

Daarnaast kan tegen de oorspronkelijke redactie nog als bezwaar worden aangevoerd dat zij geen rekening houdt met het geval dat degene die met opzet of grove schuld onbevoegd over de grens heeft gebouwd, zijn erf vervolgens overdraagt. De ondergetekende meent dat de verkrijger in dit geval wél een beroep moet kunnen doen op artikel 5.4.16, tenzij hijzelf te kwader trouw of met grove schuld heeft gehandeld, doordat hij zich bij zijn verkrijging van de rechtspositie van zijn voorganger bewust was of deze door grove schuld niet kende.

De ondergetekende heeft dit een en ander thans verduidelijkt door in lid 1 de woorden «zonder opzet of grove schuld onbevoegd» te schrappen en aan het artikel een nieuw derde lid toe te voegen waarin het toepassingsgebied van de vorige leden nader wordt afgebakend. Daarin worden de leden 1 en 2 met name voor twee groepen van gevallen niet van toepassing verklaard. De eerste groep betreft die gevallen waarin uit een op wet of rechtshandeling gegronde verplichting tot het dulden van de bestaande toestand voortvloeit dat deze toepassing niet op haar plaats is. Als voorbeeld van een uit de wet voortvloeiende verplichting kan worden genoemd het reeds vermelde artikel 5.3.2, lid 2. Bij de uit rechtshandeling voortvloeiende verplichtingen moet zowel worden gedacht aan verplichtingen tot dulden die voortvloeien uit beperkte rechten die zijn gevestigd op het erf over welks grens werd gebouwd (erfdienstbaarheid, opstal, erfpacht, vruchtgebruik) als aan verplichtingen uit overeenkomst, al of niet aangegaan met toepassing van artikel 6.5.3.4. Ook is denkbaar dat door de eigenaar van dit erf bij uiterste wilsbeschikking aan degene die over de grens heeft gebouwd een vorderingsrecht, strekkende tot het dulden van deze toestand, is gelegateerd.

Is de rechtsverhouding tussen partijen op deze wijze geregeld, dan zal dit in beginsel aan de toepassing van de leden 1 en 2 van artikel 5.4.16 in de weg staan, en dat wel niet alleen zolang de verplichting tot dulden bestaat, maar ook wanneer zij is geëindigd, bij voorbeeld omdat de tijd waarvoor het betreffende recht is verleend, is verstreken. Maar de redactie van lid 3 houdt er rekening mee dat het ook anders kan zijn. Zo kan er bij voorbeeld reden zijn artikel 5.4.16 toe te passen, indien de verplichting eindigt door ontbinding of vernietiging van de overeenkomst waarop zij berust, of omdat de titel die aan het beperkte recht ten grondslag ligt wordt vernietigd of ontbonden met ongedaanmaking van hetgeen reeds op grond van die titel is geschied overeenkomstig, wat de ontbinding betreft, de artikelen 6.5.4.14 e.v. Ook is denkbaar dat de verplichting tot dulden berust op een voorlopige regeling van de gevolgen van de eenmaal ontstane toestand, zonder dat bedoeld is voorgoed af te zien van de mogelijkheden die artikel 5.4.16 leden 1 en 2 biedt.

De tweede groep van gevallen waarvoor de leden 1 en 2 buiten toepassing verklaard zijn, bestaat in die waarin aan de eigenaar van het gebouw of werk kwade trouw of grove schuld verweten kan worden. Zoals bij het mondeling overleg door de regeringscommissaris is gezegd mag opzet of grove schuld van een aannemer niet met die van de eigenaar-aanbesteder gelijk worden gesteld. Wel laat de redactie van lid 3 toe dat de kwade trouw en grove schuld behalve op degene die zelf over de grens bouwde, ook betrokken

kunnen worden op de rechtsopvolger(s) van de bouwer. Heeft een eigenaar te kwader trouw of met grove schuld over de grens gebouwd, zodat hij geen vordering als bedoeld in artikel 5.4.16 kan instellen, dan behoort, zoals boven reeds werd aangestipt, ook aan de verkrijger die dit feit kende of door grove schuld niet kende, een zodanige vordering te worden onthouden. Het artikel beschermt thans evenwel de verkrijger aan wie een zodanige kwade trouw of grove schuld niet kan worden aangewreven. Geen verwijt, laat staan het verwijt van kwade trouw of grove schuld, treft de verkrijger die zich er bij zijn verkrijging van bewust is dat over de grens is gebouwd, maar tevens weet dat de vervreemder bevoegd is de vordering van artikel 5.4.16 in te stellen, of althans meende en mocht menen dat de vervreemder daartoe bevoegd was. De rechten die de vervreemder uit dien hoofde heeft zullen op hem overgaan. Evenmin zal een verwijt als voormeld kunnen voortvloeien uit een pas na het bouwen of na de verkrijging verworven wetenschap van de werkelijke toestand. Deze kan niet meer aan de toepasselijkheid van de leden 1 en 2 van artikel 5.4.16 afdoen.

Artikel 5.4.18. In het eerste lid zijn de in het gewijzigd ontwerp ingevoegde woorden «niet grenst aan en» wederom geschrapt. Zoals opgemerkt door Smalbraak, WPNR 5242, blz. 543, linkerkolom, zouden zij tot het misverstand leiden dat het artikel geen toepassing zou kunnen vinden, als het erf aan een openbare weg ligt, zonder dat het daartoe toegang heeft of kan krijgen; men denke aan een autoweg of autosnelweg als bedoeld in de artikelen 87 en 88 van het Reglement verkeersregels en verkeerstekens.

Uit de redactie is thans tevens voldoende duidelijk, dat het artikel alleen recht geeft op aanwijzing van een noodweg, niet op toegang op al of niet aangrenzende openbare wegen. In hoeverre een recht op een zodanige toegang bestaat dient aan de hand van andere regels te worden beantwoord; men zie HR 15 maart 1937, NJ 1937, 780, en de literatuur en rechtspraak geciteerd door Bod, Bouwrecht 1975, blz. 779.

De ondergetekende vestigt er nog de aandacht op dat voor toepassing van het artikel is vereist dat het erf «geen *behoorlijke* toegang» heeft tot een openbare weg of een openbaar vaarwater. Voor de vraag wat een behoorlijke toegang is zal dienen te worden gelet op wat met een normale exploitatie van het erf in overeenstemming is; men zie Smalbraak, Burenrecht en Erfdienstbaarheden, blz. 57. Dit kan onder meer tot gevolg hebben dat de eigenaar van een erf dat aan een openbaar vaarwater grenst, aanwijzing van een noodweg naar een openbare weg kan vorderen. Ook in dit opzicht konden de geschrapte woorden aanleiding tot misverstand geven.

Artikel 5.5.6. In het tweede lid zijn de woorden «op zijn kosten» ingevoegd. Men vergelijk artikel 3.5.15a, de artikelen 3.7.1.8a lid 2, derde zin, en 3.8.21a, als bij nota van wijzigingen gewijzigd, en artikel 6.4.2.6a. Een overeenkomstige aanvulling is aangebracht in artikel 5.6.8c lid 1.

Artikelen 5.6.8–8ba. De leden 2 van de artikelen 5.6.8 en 5.6.8a zijn geschrapt met overbrenging van het daar bepaalde naar het eerste lid van een nieuw artikel 5.6.8ba, dat zowel voor de artikelen 5.6.8 en 5.6.8b geldt, als voor artikel 5.6.8a. Ook bij de toepassing van dit laatste artikel kan behoefte bestaan aan een bevoegdheid van de rechter de vordering niet dan onder door hem te stellen voorwaarden toe te wijzen. Men denke aan het geval dat de eigenaar van het heersende erf kosten heeft gemaakt voor een ter uitoefening van de erfdienstbaarheid aangebracht werk dat na toepassing van dit artikel de eigenaar van het dienende erf ten goede komt. De rechter kan, indien dit in de gegeven omstandigheden redelijk is, als voorwaarde vergoeding van deze kosten stellen.

Aan artikel 5.6.8ba is voorts een tweede lid toegevoegd waarin rekening is gehouden met de belangen van hen die op een der erven een beperkt recht hebben. De eerste zin daarvan stemt overeen met wat reeds uit de artikelen 3.8.17 en 5.7.1.7 voortvloeit, indien op het erf van degene die de vordering

instelt een vruchtgebruik of een erfpacht rust. Die artikelen brengen tevens mee dat in dit geval ook de vruchtgebruiker of erfpachter tot het instellen van de vordering bevoegd is, mits hij de hoofdgerechtigde in het geding roept.

Een soortgelijke aanvulling als het onderhavige lid 2 is aangebracht in artikel 5.7.1.8a lid 3.

Artikel 5.6.8c. In dit artikel is een overeenkomstige aanvulling aangebracht als in artikel 5.5.6 lid 2.

Artikel 5.7.1.5b. Zoals blijkt uit de memorie van antwoord, laatste alinea bij artikel 5.7.1.1 (blz. 81) gaat het gewijzigd ontwerp er vanuit dat de figuur van ondererfpacht in beginsel mogelijk is, zulks in de ook voor het huidige recht verdedigde vorm van een recht dat door de erfpachter rechtstreeks op de zaak wordt gevestigd. Sedert het verschijnen van de memorie van antwoord is evenwel van verschillende zijden twijfel uitgesproken, of deze figuur zonder uitdrukkelijke bepaling wel kan worden aanvaard; men zie mevr. Fischer-Keuls, NJB 1973, blz. 1168, Pak, WPNR 5210 en 5225, en het rapport van de broederschap WPNR 5369, blz. 724. Dit heeft de ondergetekende er toe geleid in het onderhavige artikel een uitdrukkelijke regeling te dier zake op te nemen, die tegemoet komt aan de behoefte die in de praktijk aan deze figuur bestaat.

Waar de ondererfpacht ertoe strekt om de bevoegdheden die de erfpachter ten aanzien van de zaak heeft, geheel of ten dele aan de ondererfpachter te doen toekomen, wordt in de eerste zin van lid 1 vooropgesteld dat de erfpachter in beginsel bevoegd is deze zaak aan een ander in ondererfpacht te geven. Het artikel bevat derhalve dezelfde figuur als in de memorie van antwoord reeds zonder uitdrukkelijke bepaling toegelaten is geacht. Zij stemt bovendien overeen met die welke in artikel 5.6.10 is te vinden voor het geval van vestiging van een erfdienstbaarheid op een erf door degene die op dat erf een recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal heeft. De redactie van het onderhavige artikel sluit dan ook in verschillende opzichten bij die van artikel 5.6.10 aan.

Niet uitdrukkelijk behoeft te worden aangegeven op welke wijze de vestiging van de ondererfpacht plaatsvindt. Het gaat hier immers om een beperkt recht als bedoeld in artikel 3.4.2.11. Zoals uit deze bepaling volgt, geschiedt de vestiging derhalve overeenkomstig artikel 3.4.2.4.

Aan het eerste lid van het nieuwe artikel is een tweede zin toegevoegd die een weerslag is van de regel dat niemand meer rechten kan overdragen dan hij zelf heeft en buiten twijfel stelt dat deze regel ook hier haar invloed doet gelden. Niet alle bepalingen van afdeling 5.7.1 die bevoegdheden aan de erfpachter toekennen zullen derhalve steeds ook door de ondererfpachter kunnen worden ingeroepen. Met name zal de ondererfpachter dit niet kunnen, wanneer de betreffende bevoegdheid van de erfpachter in de akte van vestiging van de erfpacht is uitgesloten. Zo zal ook slechts aan de ondererfpacht een afhankelijk opstalrecht als bedoeld in artikel 5.8.1, lid 2 kunnen worden verbonden, voor zover aan de erfpachter een zodanig opstalrecht toekomt.

Het tweede lid bevat enige regels waarvan die van de eerste en de derde zin aan artikel 5.6.10 zijn ontleend. De eerste zin spreekt voor zich. De tweede zin moet worden gezien in verband met het feit dat blijkens de memorie van antwoord bij artikel 5.7.1.1 (blz. 80–81) de eigenaar zijn bescherming ter zake van de betaling van de canon door de erfpachter vindt in het feit dat ook de rechtsopvolgers van de erfpachter – derhalve ook de koper ter executie – voor de canon aansprakelijk zijn; zie artikel 5.7.1.5a lid 2. Deze bescherming zou in het gedrang komen, wanneer de erfpachter zijn recht door de zaak aan een of meer anderen in ondererfpacht te geven zou kunnen uithollen dat het in bezwaarde toestand onverkoopbaar wordt. Bepaald is daarom dat de eigenaar voor de ter zake van de erfpacht verschuldigde canon het recht van erfpacht vrij van ondererfpacht kan uitwinnen. De derde zin van het tweede lid bevat een voor de hand liggende afwijking van de twee voorgaande zin-

nen voor het geval de eigenaar bij een in de openbare registers ingeschreven notariële akte heeft verklaard met de vestiging van de ondererfpacht in te stemmen. Een zodanige instemming kan ertoe leiden dat bij het eindigen van de erfpacht de eigenaar de ondererfpachter als erfpachter tegenover zich krijgt; men zie ook de bepaling van het derde lid.

Dit derde lid houdt rekening met het feit dat de erfpachter tegenover de ondererfpachter op één lijn gesteld moet worden met de eigenaar van de zaak. Men vergelijk artikel 5.6.10, lid 4.

Artikel 5.7.1.6. De tweede zin van het tweede lid heeft een overeenkomstige redactie gekregen als het derde lid van artikel 3.8.16, zoals dit bij nota van wijzigingen is gewijzigd. Met name is ook hier de tijdsduur waarvoor een huur van bedrijfsruimte op de eigenaar bindende wijze kan worden aangegaan beperkt tot vijf jaren – men zie artikel 7.4.6.2 e.v. – en is de mogelijkheid van verhuring of verpachting met toestemming van de eigenaar thans betrokken op alle in deze zin vermelde gevallen, waarin gestanddoening van de huur of pacht door deze kan worden geweigerd.

Artikel 5.7.1.8a. In een tot de Commissie gerichte en door haar bij het mondeling overleg ter sprake gebrachte brief van de Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken is er de aandacht op gevestigd dat artikel 5.7.1.8a geen rekening houdt met het geval dat op de erfpacht hypotheek of andere zakelijke rechten rusten. Inderdaad kan in dit geval de vraag rijzen wat de werking van een door de rechter uitgesproken wijziging of opheffing van de erfpacht is ten opzichte van hen die een beperkt recht op de erfpacht of op de zaak hebben, dat door deze uitspraak zou kunnen worden aangetaast. Het ligt voor de hand dat een gebondenheid van deze beperkte gerechtigden alleen behoort te bestaan, wanneer zij in het geding dan tot de uitspraak heeft geleid, waren opgeroepen en zo in de gelegenheid zijn geweest hun belangen naar voren te brengen. Voorzieningen die van deze gedachte, uitgaan, zijn in het nieuwe wetboek dan ook in vele, vergelijkbare gevallen opgenomen; men zie de artikelen 5.3.10b lid 1, 5.7.1.10 lid 2, 5.10.1.8a lid 3, 5.10.4.2 lid 4 en 5.10.4.2d lid 3. De ondergetekende meent dat het aanbeveling verdient ook hier de positie van beperkte gerechtigden niet aan algemene beginselen over te laten.

In verband daarmee is aan artikel 5.7.1.8a een derde lid toegevoegd dat toewijsbaarheid van een vordering tot opheffing of wijziging van de erfpacht uitsluit, indien de beperkt gerechtigden niet ook in het geding zijn geroepen en niet ook te hunner aanzien aan de maatstaf van lid 1 is voldaan. Deze laatste eis brengt bij voorbeeld mee dat wanneer een hypotheek op de erfpacht is gevestigd, toewijzing van een door de erfpachter tegen de eigenaar ingestelde vordering tot wijziging slechts mogelijk is, wanneer omstandigheden die *bij de vestiging van de hypotheek* niet voorzien zijn, meebrengen dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de akte waarbij de erfpacht werd gevestigd, ook door de hypotheekhouder niet van de erfpachter kan worden gevergd. Bij de vraag wat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid kan worden gevergd, zullen aldus ook zijn belangen moeten worden meegewogen.

Uit het feit dat lid 3 slechts verwijst naar de in lid 1 bedoelde «maatstaf», volgt voorts dat niet vereist is dat het beperkte recht ook 25 jaren moet hebben geduurd, zoals het eerste lid ten aanzien van de erfpacht eist.

De ondergetekende vestigt er ten slotte nog de aandacht op dat ingeval de erfpachter op zijn recht of op de zaak een vruchtgebruik of een ondererfpacht gevestigd heeft, de onderhavige bepaling een aanvulling vormt op de regels die al zijn te vinden in de artikelen 3.8.17 en 5.7.1.7. Rust op de erfpacht een hypotheek, dan moet er bovendien rekening mee worden gehouden dat een hypotheekgever die opheffing of wijziging van de erfpachter vraagt, zich bloot stelt aan een beroep van de hypotheekhouder op artikel 6.1.6.10 onder c of, ingeval de hypotheekgever niet tevens de schuldenaar is, op artikel 3.9.1.6a.

De Minister van Justitie,
A. A. M. van Agt