

## ONTWERP-BOEK 5 NIEUW BURGERLIJK WETBOEK VAN SURINAME

### MEMORIE VAN TOELICHTING

#### Algemeen

Het opschrift van Boek 5 - Zakelijke rechten - sluit aan bij het begrip "zaak" dat in het wetboek wordt gebezigd en dat wordt gedefinieerd in artikel 3:2: een stoffelijk object dat voor menselijke beheersing vatbaar is. Dienovereenkomstig behelst Boek 5 een regeling die betrekking heeft op de rechten die - uitsluitend - op zulke zaken kunnen rusten: in de eerste plaats de eigendom (titels 1 tot en met 3), vormen van mede-eigendom (titels 5 - mandeligheid - en 9 - appartementsrechten), de verhouding tussen eigenaars van naburige erven (titels 4 en 5), alsmede beperkte rechten die alleen op zaken kunnen rusten (titels 6, 7 en 8).

Aldus vormt Boek 5 een deel van wat onder het oude recht als "zakenrecht" wordt beschouwd, waarin onder het begrip "zaak" ook de "onlichamelijke zaak" wordt begrepen. In de nieuwe wet wordt dit "vermogensrecht" genoemd en worden met "goederen" aangeduid alle vermogensbestanddelen, dat wil zeggen zaken en vermogensrechten tezamen (artikel 3:1).

In Boek 3 is daarom het algemeen "goederenrecht" opgenomen, met de onderscheiding tussen de soorten goederen, de rechtshandelingen die ten aanzien van goederen kunnen worden verricht, zoals overdracht en de vestiging van beperkte rechten (titel 3.4) en de beperkte rechten van vruchtgebruik, pand en hypotheek, die, anders dan de zakelijke rechten van Boek 5, ook op andere goederen dan zaken, zoals vorderingen of erfpacht, kunnen rusten (voor zover vruchtgebruik, pand en hypotheek op een zaak drukken, zijn zij wel als "zakelijke rechten" te beschouwen).

Onder de term "zakelijke rechten" zijn, zoals uit het voorgaande bleek, de eigendom van en de beperkte rechten op zaken samengevat; voor een omschrijving van de term "beperkte rechten" zie men artikel 3:8. Over de wezenskenmerken van de zakelijke rechten tegenover de persoonlijke bestaan uiteenlopende opvattingen; hier moet worden volstaan met een verwijzing naar de literatuur daaromtrent.

In het algemeen kan worden gezegd dat zakelijke rechten tegen een ieder kunnen worden gehandhaafd en aan een zaak blijven "kleven" in wiens handen deze zich ook bevindt (tenzij zich een omstandigheid voordoet die krachtens de wet daaraan een einde maakt - zie bijvoorbeeld artikel 3:248, derde lid, tegenover artikel 3:273, en vgl. ook artikel 3:86, tweede lid, met artikel 3:238, tweede lid). Hierin verschillen zij van de persoonlijke, obligatoire, rechten, die in beginsel slechts tegen een of meer bepaalde personen kunnen worden uitgeoefend.

Dat de vraag naar het wezen van de zakelijke rechten een in hoofdzaak theoretische kwestie is, is te danken aan een volgende eigenschap die hen kenmerkt.

Een belangrijk kenmerk van de zakelijke rechten - en mede van de beperkte rechten die niet op zaken rusten - is dat zij een "gesloten systeem" vormen: alleen de wetgever is bij machte aan te geven welke rechten op goederen worden erkend - zie aldus voor beperkte rechten in het algemeen artikel 3:81, eerste lid, eerste zin. Wél wordt aan partijen in verscheidene wetsbepalingen de bevoegdheid gegeven de inhoud van het recht nader te regelen - zie in het bijzonder artikel 73 inzake de erfdienstbaarheid, alsmede in verscheidene artikelen de zinsnede "tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald": deze bepaling van de inhoud, mits in voldoende nauw verband met de wettelijke regels die het zakelijk recht beheersen, geeft dan aan hoever het zakelijk recht zich uitstrekt - dat wil zeggen dat het in zoverre ook tegen derden werkt en van rechtswege op latere verkrijgers overgaat, en niet slechts obligatoir tussen partijen werkt.

Op de grens van zakelijk recht en obligatoire verplichting ligt de zgn. kwalitatieve verbintenis, een verplichting om te dulden of niet te doen ten aanzien van een registergoed, die, indien in de registers ingeschreven, ook de latere verkrijgers onder bijzondere titel verbindt (artikel 6:252).

Van obligatoire aard blijft wel de huur, ook al vertoont deze zakelijke trekken (zie artikel 1597 van het huidige BW).

Een regeling van hetgeen wel "de economische eigendom" wordt genoemd, is in Boek 5 niet te vinden: deze rechtsfiguur is een samenstel van obligatoire rechten en bedingen, verbonden met zekerheidsrechten, die elk op eigen wijze moeten worden geanalyseerd, doch niet tezamen de (juridische) eigendom van een zaak opleveren. Vgl. onder meer HR 5-3-2004, NJ 2004, 316.

#### Titel 5.1 - Eigendom in het algemeen

Het eigendomsrecht wordt beschouwd als een van de grondvormen van het recht. In vervlogen tijden is het om die reden wel erkend als bij uitstek "inviolable et sacré", maar welke sociale betekenis het in de rechtsorde heeft, wordt vooral bepaald door de vraag welke regels het (kunnen) beperken. De omschrijving van de eigendom in het huidige artikel 625 als "het recht om van een zaak het vrije genot te hebben en daarover op de meest volstrekte wijze te beschikken" is van die normatieve betekenis nog de weerklink, doch zij wordt in het vervolg der bepaling dan ook goeddeels teruggenomen.

In verband daarmee geeft artikel 1, eerste lid, bij wijze van inleiding aan wat de juridisch-technische betekenis van de eigendom in de rechtsorde is, zonder zich uit te laten over enige normatieve waarde daarvan. Omtrent die betekenis zegt het eerste lid dat de eigendom het "meest omvattende recht" is dat een persoon op een zaak kan hebben. Enerzijds volgt uit deze relativerende formulering dat de eigendom niet absoluut is in die zin dat de eigenaar niet gebonden zou zijn aan regels die zijn bevoegdheden inperken, anderzijds blijkt dat het recht van de eigenaar niet, als dat van een beperkt gerechtigde, tot bepaalde bevoegdheden is beperkt - in dat verband wordt ook wel gesproken van de elasticiteit van de eigendom. Uit de eigendom, als het meest omvattende recht, kunnen beperkte rechten worden afgeleid, aldus volgt uit artikel 3:8.

Ten slotte stempelt het eerste lid de eigendom tot zakelijk recht: in de terminologie van het wetboek kan men alleen eigendom van een zaak hebben, niet van een beperkt recht of een vorderingsrecht.

Het tweede lid gaat in op een van de voornaamste bevoegdheden die de eigenaar toekomen, en op de regels waardoor die bevoegdheid kan worden beperkt. Regeltitel 3.4 dat de eigenaar in beginsel bevoegd is tot beschikking over een hem toebehorende zaak, het tweede lid van het onderhavige artikel voegt daaraan toe dat hij zulk een zaak in beginsel kan en mag "gebruiken". Onder deze term wordt in dit verband niet slechts verstaan "gebruik maken van", doch ook verbruiken, vervormen, beschadigen, vernietigen, enz.

Dit gebruik wordt in het tweede lid aan de eigenaar exclusief, met uitsluiting van anderen, toegekend: tenzij er een rechtvaardigingsgrond bestaat, mogen zij hem in zijn gebruik niet storen, of zelfs zonder stoornis zich met de zaak bemoeien.

Anderzijds wordt dit recht van gebruik ook vatbaar geacht voor beperking, en wel op drieërlei wijze, namelijk door de rechten van anderen, door wettelijke voorschriften en door regels van ongeschreven recht. De drie categorieën zijn niet strikt te scheiden. Het burendrecht, dat in titel 5.4 als een reeks wettelijke voorschriften is opgenomen, verschaft rechten aan anderen; zie ook de artikelen 21, 22 en 23.

Het wettelijke voorschrift van de verplichtingen uit onrechtmatige daad verwijst naar het ongeschreven recht der maatschappelijke betamelijkheid (vgl. in dit verband ook artikel 6:162, tweede lid). Zie ook artikel 3:13 inzake misbruik van bevoegdheid.

Bij de rechten van anderen valt uiteraard mede te denken aan de rechten die de eigenaar zelf, aan bijvoorbeeld een beperkt gerechtigde of een huurder, heeft verleend.

De beperkingen van de eigendom kunnen zowel van privaatrechtelijke als van publiekrechtelijke aard zijn - zie voor wat deze laatste betreft ook artikel 3:14.

Onder "wettelijke voorschriften" zijn naast de wetten ook de voorschriften van lagere regelgeving begrepen. De mogelijkheid tot beperking van het gebruiksrecht gaat aldus verder dan die der beschikkingsbevoegdheid - overtreding van bijvoorbeeld een lokaal ventverbod tast immers niet de beschikkingsbevoegdheid (en daardoor de geldigheid van een overdracht) aan. De bevoegdheden van de lagere regelgever zijn echter niet ongelimiteerd. In de eerste plaats mag hij het gebruiksrecht wel beperken, doch niet ontnemen - aldus al HR 14-3-1904, W 8050 (lantaarnpaalarrest) - en evenmin mag hij bijvoorbeeld vernietiging onder bepaalde omstandigheden bevelen. Ook een ernstige beperking van het gebruik die niet zover als ontneming van alle genot gaat, kan ongeoorloofd zijn: HR 14-5-1976, NJ 1976, 550. Is een specifieke bevoegdheid, bijvoorbeeld in het burendrecht, uitputtend geregeld, dan kan de lagere regelgever niet andere beperkingen van het gebruiksrecht daarnaast voorschrijven.

Over de vraag welke beperkingen bij lagere regelgeving kunnen worden gesteld - bijvoorbeeld de bevestiging van waarschuwingsborden aan een muur (HR 16-6-1930, NJ 1930, 1345) - en welke wetten in dat opzicht onverbindend zijn, heeft zich onder het oude Nederlandse recht reeds een rijke jurisprudentie ontwikkeld; deze blijft ook onder het nieuwe recht van belang als inspiratiebron.

De beperkingen die het ongeschreven recht stelt aan het gebruik van de eigendom worden in hoofdzaak door de regeling van de onrechtmatige daad gekanaliseerd - vgl. in dit verband ook artikel 37 inzake hinder. Artikel 17 bepaalt dat degene die krachtens zijn genotsrecht tot de vruchten van een zaak - dier of plant - gerechtigd is, de eigendom daarvan door afscheiding verkrijgt - vóór de afscheiding vormen de vruchten bestanddeel van de zaak. Artikel 1, derde lid, heeft twee aspecten: de eigenaar heeft in beginsel recht op de vruchten, én hij heeft dat recht, tenzij het een ander - zoals vruchtgebruiker, erfpachter, huurder, bezitter te

goeder trouw - toekomt. Dit laatste aspect houdt mede in een vermoeden van het recht op de vruchten ten gunste van de eigenaar, dat het vermoeden ten gunste van de bezitter (artikel 3:119) doorbreekt: HR 17-10-1986, NJ 1987, 985. Zie voorts artikel 17 met toelichting.

Zoals titel 3.11 onder meer regelt welke mogelijkheden er zijn om de nakoming van verplichtingen in rechte af te dwingen, zo biedt artikel 2 de grondslag van de revindicatie, de vordering tot opeising van een zaak door de eigenaar, gericht tegen degene die haar zonder recht, al dan niet als bezitter, houdt; vgl. voor diens positie de artikelen 3:120 tot en met 3:124. Omgekeerd staat de bezitter volgens artikel 3:125 evenzeer de revindicatie ten dienste. Vgl. ook de artikelen 3:218 voor de vruchtgebruiker, 3:245 voor de pandhouder en 5:95 voor de erfpachter.

Een bijzonder geval van revindicatie is geregeld in de artikelen 3:86, derde lid, en 3:238, derde lid, wanneer een zaak is ontvreemd en aan een derde te goeder trouw is overgedragen.

Het artikel wijkt niet af van wat onder het huidige recht op grond van artikel 629 van het BW wordt aangenomen.

### Artikel 3

Wat als bestanddeel van een zaak geldt, is in artikel 3:4 omschreven; naar dat artikel en de toelichting daarop zij hier verwezen.

De consequentie van de hoedanigheid van bestanddeel als onzelfstandige zaak, is dat het deel uitmaakt van een hoofdzaak; aldus ook artikel 643 van het huidige BW. Was de zaak oorspronkelijk zelfstandig en wordt zij nadien krachtens verkeersopvatting of vereniging bestanddeel van een hoofdzaak, dan behoort zij toe aan de eigenaar van deze laatste - behoorde zij tevoren aan een ander, dan verliest deze van rechtswege door natrekking zijn eigendom. In artikel 14 wordt dit voor roerende zaken uitgewerkt. Voor onroerende zaken is in artikel 20 opgesomd wat de grond omvat, en aldus door de eigenaar van de grond wordt verkregen, waarbij in het midden kan blijven in hoeverre het hier om bestanddelen gaat.

Bij enkele overeenkomst kan natrekking niet worden uitgesloten. Ten aanzien van onroerende zaken zijn er rechtsfiguren in Boek 5, die natrekking wel tegenhouden, in het bijzonder bij gebouwen, werken en beplantingen. Zo heeft een mandelige muur eigenaars die elk voor zich alleen eigenaar van de helft der ondergrond zijn (artikel 62), en kan door vestiging van een recht van opstal de eigendom van bepaalde bestanddelen van die der hoofdzaak worden afgesplitst (artikelen 101 e.v.).

### Titel 5.2 - Eigendom van roerende zaken

De titel is goeddeels gewijd aan verschillende wijzen waarop - buiten overdracht en verjaring, die in Boek 3 hun regeling vinden - de eigendom van roerende zaken wordt verkregen en verloren. Degene die een zaak op grond van een der bepalingen van deze titel verkrijgt, geldt als verkrijger onder bijzondere titel (artikel 3:80, derde lid). Het meeste daarvan bouwt voort op het bestaande recht, doch nieuw is de regeling van de positie van de vinder van een roerende zaak, die tot eigendomsverkrijging kan leiden, een regeling die in het huidige wetboek geheel ontbreekt.

Artikel 4 regelt het geval van toe-eigening door inbezitneming van een roerende zaak die aan geen ander toebehoort (res nullius). Te denken valt aan wild en vissen, en ook aan zaken waarvan de vorige eigenaar zich welbewust heeft ontdaan (res derelictae); vgl. artikel 18. De wijze van inbezitneming (occupatie) is geregeld in artikel 3:113. Voor de eigendomsverkrijging is niet vereist dat de inbezitneming rechtmatig geschiedt: de stroper wordt evenzeer eigenaar als degene die tot de jacht is gerechtigd.

De artikelen 5 tot en met 12 regelen de positie van de vinder: hetgeen hij behoort te doen als hij een zaak van enigerlei waarde vindt, onder welke omstandigheden hij de eigendom daarvan krijgt, en de rol die de overheid bij de inbewaringneming van gevonden voorwerpen zal spelen.

De tekst van de artikelen is aangepast aan de hier te lande bestaande omstandigheden. Geldt als de overheid volgens het Nederlandse BW in dit opzicht de burgemeester, in het ontwerp komt hiervoor in de plaats de Districtscommissaris van het district waar de zaak is gevonden; de aanwijzing kan worden beperkt, zowel voor een bepaald ressort, als wel voor de uitoefening van bepaalde taken en bevoegdheden. Zie de tekst van artikel 5, vijfde lid. Ook in andere opzichten is van de Nederlandse tekst afgeweken, waar de omstandigheden daartoe aanleiding geven.

"Vinder" in de zin van deze artikelen is degene die een onbeheerde zaak niet slechts vindt, maar deze ook tot zich neemt. Het laten liggen van een waardevolle zaak zonder daarvoor de nodige zorg op zich te nemen, kán onder omstandigheden als onrechtmatige daad jegens de verliezer worden beschouwd. De vinder kan ten onrechte menen dat zich niet het geval van artikel 5, maar dat van artikel 4 voordoet. Hij wordt dan noch krachtens artikel 4, noch krachtens artikel 6 eigenaar, maar kan dat alleen door verjaring worden: toepasselijk is dan de verjaringstermijn van drie jaren van artikel 3:99, indien hij voldoet aan de omschrijving van "goede trouw" in artikel 3:11, en anders de termijn die na twintig jaren volgens artikel 3:105 tot verkrijging leidt. Het laatste geldt ook als de vinder welbewust zijn verplichtingen uit dit artikel niet nakomt.

Het eerste lid, uitgewerkt in het tweede lid, van artikel 5 legt de vinder - eventueel samenlopende - verplichtingen op: aangifte bij de overheid, mededeling bij vondst in een woning, gebouw of vervoermiddel, en afgifte aan de overheid die dit, uit hoofde van haar bevoegdheid, vordert, bijvoorbeeld ter gelegenheid van de aangifte. Aangifte of mededeling moet "met bekwame spoed" worden gedaan, hetgeen wat meer (tijd)ruimte verschaft dan "ten spoedigste" of "onverwijld", doch minder dan "binnen een redelijke termijn". De vraag of een aangetroffen zaak als onbeheerd moet worden aangemerkt, moet worden beantwoord aan de hand van het geval, waarbij het niet terzake doet of het gaat om omstandigheden die eerst na het ontdekken van de zaak zijn gebleken; en het met bekwame spoed aangifte doen bij de politie van (in casu) een gevonden auto mag worden gelijkgesteld met een onder zich nemen van de auto door de vinder (HR 25-10-1996, NJ 1998, 16).

De mededeling krachtens onderdeel b moet in beginsel naast de aangifte van onderdeel a worden gedaan; zie echter artikel 7.

Het derde lid bepaalt dat de vinder zich van de zorgplicht die in beginsel op hem rust, kan ontslaan door onverplicht de zaak aan de overheid in bewaring te geven.

Het vierde lid verplicht de overheid om desgewenst een bewijs van ontvangst aan de vinder af te geven. Zie voor het vijfde lid de algemene toelichting op de artikelen 5 tot en met 12.

Artikel 6 regelt het normale geval, waarin de vinder heeft voldaan aan zijn verplichtingen die in artikel 5 zijn omschreven, en de rechthebbende niet is komen opdagen: de vinder wordt één jaar na de aangifte, respectievelijk mededeling, eigenaar. Vereist is dat de zaak zich op dat tijdstip bevindt in de macht van de vinder of de overheid; zie echter artikel 7. De termijn van een jaar is vrij kort gehouden - korter dan de termijn van artikel 3:99 - omdat de praktijk uitwijst dat het zelden gebeurt dat, nadat enkele maanden na de aangifte zijn verstreken, zich nog een rechthebbende aanmeldt.

De Nederlandse tekst van artikel 6 laat nog een drietal leden volgen, waaraan een onderscheid tussen kostbare en niet-kostbare zaken ten grondslag ligt - zo mogen de laatste op een kortere termijn door de burgemeester van de hand worden gedaan. Een behoefte aan deze onderscheiding bestaat hier te lande niet: verwacht mag worden dat, ook voor de niet kostbare zaken, kan worden volstaan met de mogelijkheden van de artikelen 8 en 10.

In de vorige artikelen zijn de verplichtingen en het recht van de vinder tot verkrijging van de zaak omschreven; zie in dit verband ook artikel 10.

Krachtens artikel 5, eerste lid, onderdeel b, moet de vinder, als hij de zaak in een woning, gebouw of vervoermiddel heeft gevonden, zijn vondst niet alleen aanmelden bij de bewoner, respectievelijk gebruiker of exploitant, maar daarnaast ook, overeenkomstig onderdeel a, bij de overheid. Artikel 7 ontheft hem van deze laatste verplichting, als hij door onverwijld afgifte zijn rechtspositie op de bewoner, gebruiker of exploitant of toezichthouder doet overgaan: hij is dan van al zijn verplichtingen, inclusief die tot zorg voor de zaak, verlost, maar anderzijds gaat ook de eigendom van de zaak na een jaar niet op hem, maar op de opvolger over, evenals het recht op vergoeding van kosten volgens artikel 9, eerste lid. Alleen het recht op vindingsloon van het tweede lid van artikel 9 vervalt voor de vinder en gaat ook niet op de opvolger over; wil de vinder dat voorkomen, dan moet hij de zaak onder zich houden. Overigens zij er nog op gewezen dat het begrip "ruimte" in artikel 7 niet alleen de overdekte ruimten van artikel 5 omvat: ook onoverdekte ruimten, zoals zwembaden en sportvelden, vallen daaronder.

Niet uitgesloten wordt dat de vinder zijn verplichtingen ook contractueel aan een ander toevertrouwt, mits dit geschiedt met de zorgvuldigheid die zijn positie als zaakwaarnemer van de rechthebbende vereist. In de wet behoeft dat geen specifieke regeling.

Niet elke zaak leent zich voor opslag gedurende een jaar. Men denke aan gevaarlijke of bederfelijke zaken of ook dieren. Artikel 8 geeft daarom in deze gevallen of wanneer opslag andere nadelen meebrengt, de overheid de bevoegdheid zich van die zaken te ontdoen.

Is de zaak een dier, dan mag de overheid, tenzij daarvoor een, in het derde lid, derde zin, omschreven, dringende reden is, van deze bevoegdheid pas na acht dagen gebruik maken in verband met de affectiewaarde die aan dieren eerder wordt gehecht.

Kan de zaak worden verkocht, dan treedt de opbrengst in haar plaats, aldus het vierde lid; zie ook verder artikel 11.

De bevoegdheden die artikel 8 aan de overheid toekent, komen niet de bewarende vinder, met diens allicht subjectief oordeel, toe; wil deze vinder zich van de zaak ontdoen, dan zal hij haar aan de overheid moeten afgeven.

De artikelen 9 tot en met 11 regelen de verplichting tot afgifte van de overheid dan wel van de vinder aan hetzij de rechthebbende, hetzij de vinder.

Mede als gevolg van de afwijkingen van de Nederlandse tekst in de voorgaande artikelen is ter wille van de eenvoud en overzichtelijkheid de volgorde van deze artikelen gewijzigd: de bijzondere regeling voor de vondst van geld, in Nederland in artikel 9 opgenomen, is naar het slot in artikel 11 verplaatst, waardoor de Nederlandse artikelen 10 en 11 in het ontwerp de nummers 9 en 10 verkrijgen.

Artikel 9, eerste lid, geeft de overheid en de vinder de bevoegdheid om aan de rechthebbende de in dat lid aangeduide kosten in rekening te brengen; de overheid heeft een zelfde recht als de zaak of de opbrengst daarvan aan de vinder toekomt, mits deze aan zijn verplichtingen heeft voldaan.

Overheid en vinder hebben daarvoor een retentierecht. Omgekeerd hebben rechthebbende en vinder uiteraard recht op schadevergoeding, als de bewaarder in de nakoming van zijn zorgplicht is tekortgeschoten.

De laatste zin voorkomt dat een onduidelijke toestand ontstaat. Als gevolg van de prijsgeving door de rechthebbende kunnen vinder en overheid hun rechten al terstond uitoefenen.

Het tweede lid van het artikel stelt daarnaast de aanspraak op vindingsloon - waarop overigens alleen de vinder, en niet de overheid, recht heeft. Ook de beroepsmatige vinder kan in aanmerking komen voor vindingsloon; ter zake van het vindingsloon bestaat overigens geen retentierecht (HR 25-10-1996, NJ 1998, 16 over een gevonden gestolen auto).

Een bepaald percentage van de waarde der zaak wordt daarvoor niet vastgesteld; veeleer gaat het om een, gezien de omstandigheden - zoals de moeite die de vinder zich heeft getroost - redelijk bedrag.

#### Artikel 10

Evenals, volgens artikel 9, eerste lid, laatste zin, de rechthebbende, krijgt ook de vinder tegenover de overheid een korte tijd om de, door hem verkregen, gevonden zaak op te eisen.

Op de overheid wordt niet de verplichting gelegd de vinder te waarschuwen.

In de tweede zin wordt aangegeven hoe de overheid kan handelen indien er geen vinder is die eigenaar is geworden, met name als hij niet aan de verplichtingen van artikel 5, eerste lid, heeft voldaan. Deze laatste zin ontbreekt in de Nederlandse tekst; de overeenkomstige regel is daar vervat in artikel 6, tweede en derde lid.

#### Artikel 11

Is aan de overheid geld in bewaring gegeven, dan behoeft zij dat niet als zodanig te blijven bewaren: zij kan het met ander geld vermengen of op een bankrekening storten, mits zij maar een gelijk bedrag kan afgeven aan de rechthebbende of vinder. De regel geldt mede voor de opbrengst die de overheid verkrijgt door de toepassing van artikel 8, vierde lid.

De overheid mag in de gevallen van artikel 10 het gevonden geld behouden. Het artikel geldt alleen voor de overheid; bewaart de vinder het geld, dan rusten op hem de verplichtingen van een zaakwaarnemer.

#### Artikel 12

Een ruime delegatiemogelijkheid inzake details van de regeling over gevonden voorwerpen wordt in onderdeel a voorgesteld, waaraan al naar gelang van de behoefte uitvoering kan worden gegeven.

Bij onderdeel b kan men denken aan bijvoorbeeld bepaalde vervoermaatschappijen, waaraan vele, in de vervoermiddelen gevonden, voorwerpen plegen te worden aangegeven en die beter zelf voor de afdoening

zorg kunnen dragen. Onderdeel c houdt rekening met de mogelijkheid dat aan de in onderdeel b bedoelde (personen en) instellingen nogal eens zaken voor korte tijd in bewaring worden gegeven, die later niet worden afgehaald.

Uit artikel 642 van het huidige BW vloeit voort de, reeds uit het Romeinse recht stammende, regel dat een gevonden schat voor de helft toekomt aan de vinder(s), voor de andere helft aan de eigenaar(s) van de grond waarin hij is gevonden.

Artikel 13 handhaaft met geringe afwijking deze regel. Een afwijking in het eerste lid is dat er rekening mee wordt gehouden dat een schat ook kan worden gevonden in een - onroerende - opstal, zoals een huis, en in een roerende zaak, zoals een oude kast. Ook in die gevallen moet de regel gelden.

In het tweede lid wordt omschreven aan welke vereisten een zaak moet voldoen om als schat te kunnen gelden: zij moet zolang verborgen zijn geweest dat daardoor de eigenaar niet meer kan worden opgespoord. Het zal dus de - betrekkelijke - ouderdom der zaak zijn die de doorslag geeft, in combinatie met het verborgen zijn, dat wil zeggen het niet zonder meer kunnen worden opgemerkt, en met de vergetelheid omtrent de eigenaar. Onverschillig is of de schat bewust is verborgen dan wel, bijvoorbeeld door een natuurramp, is verloren geraakt. Evenzeer, doch anders dan de tekst van artikel 642 van het huidige BW doet concluderen, of ze door toeval of als gevolg van spoorwerk wordt ontdekt. Zijn er meer personen bij het vinden betrokken, dan hangt het van hun onderlinge rechtsverhouding af, wie als vinder geldt: onder omstandigheden kan dat de werkgever zijn van degene die de zaak het eerst waarneemt, in het bijzonder wanneer deze een zoekexpeditie organiseert en leidt, of ook een gehele groep mensen die gezamenlijk op zoek zijn naar de schat.

Door de omschrijving van de schat in het tweede lid zal gewoonlijk duidelijk zijn of men met een schat heeft te doen dan wel met een "gewoon" gevonden voorwerp. Bewijsproblemen kunnen echter optreden. Om mede in zulke gevallen de afwikkeling in goede banen te leiden, is in het derde lid artikel 5 van overeenkomstige toepassing verklaard, onder meer met betrekking tot de positie van de overheid. Deze laatste wordt in haar bevoegdheden enigermate beperkt. Wil zij inbewaringgeving vorderen, dan moeten daarvoor bijzondere omstandigheden aanwezig zijn, zoals bewijsmoeilijkheden of onenigheid tussen de (gepretendeerde) rechthebbenden - zijn er geen problemen, dan heeft de overheid ook geen reden tot inmenging. Het derde lid is enigszins ruimer geformuleerd dan de overeenkomstige bepaling in het Nederlandse wetboek.

De artikelen 14 tot en met 16 behelzen verwante regels die originele verkrijging van eigendom van roerende zaken door samenvoeging of vervorming tot gevolg hebben.

Artikel 14 regelt de eigendomsverkrijging door natrekking: een, oorspronkelijk zelfstandige, roerende zaak wordt bestanddeel van een andere roerende zaak. Voor het begrip bestanddeel zij verwezen naar artikel 3:4 en de toelichting daarop.

Dat een bestanddeel niet als zodanig voorwerp van eigendom kan zijn, is uitgedrukt in artikel 4: de eigenaar van de hoofdzaak is ook eigenaar van haar bestanddelen. Artikel 14 belicht daarvan het dynamische aspect, de eigendomsovergang, als de zaken niet reeds aan dezelfde eigenaar toebehoorden: de hoofdzaak trekt de eigendom van de bestanddeel wordende zaak naar zich toe. Deze natrekking kan niet door bedingen tussen partijen of door enig eigendomsvoorbehoud worden verhinderd. Dit betekent niet dat de voormalige eigenaar van de bestanddeel geworden zaak niet onder omstandigheden ook schadevergoeding, wegens ongerechtvaardigde verrijking of onrechtmatige daad enz., kan verkrijgen; soms zal hij ook ongedaanmaking der natrekking kunnen vorderen.

Het artikel heeft uitsluitend betrekking op natrekking van roerende zaken: een zaak die met een onroerende zaak wordt verbonden wordt in beginsel steeds door deze nagetrokken (zie artikel 20).

Wat als hoofdzaak heeft te gelden, blijkt uit het derde lid van artikel 14: in eerste instantie wordt naar de waardeverhouding gekeken, daarnaast naar de verkeersopvatting.

Wijst het eerste criterium in een andere richting dan het laatste, dan geeft het laatste de doorslag: men denke aan een oude auto waarin een nieuwe dure motor is gezet, of aan een gouden of zilveren ring die een kostbare edelsteen draagt.

Voor het geval dat van de samengevoegde zaken niet één als hoofdzaak kan worden aangewezen, doch zij beide, of alle, wel in één zaak als bestanddelen opgaan, geeft het tweede lid de oplossing: de ene zaak wordt mede-eigendom (en vormt dan een gemeenschap waarop titel 3.7 van toepassing is).

In het huidige BW wordt de natrekking uit artikel 643 afgeleid.

Artikel 15 behandelt het geval van verkrijging door vermenging. Hiervan is sprake als twee of meer stoffen of hoeveelheden product tot één worden, zoals dat kan geschieden bij gassen en vloeistoffen, en ook bij producten als granen, zout enz., waarvan de hoeveelheid door maat, gewicht of getal pleegt te worden aangeduid. Op een zodanige vermenging is de regeling van de eigendomsovergang door natrekking van overeenkomstige toepassing.

Het huidige BW, dat deze vermenging in de artikelen 661 tot en met 663 regelt, onderscheidt nog naar gelang de vermenging door toeval dan wel door een der eigenaars geschiedt: in het laatste geval is de regeling der zaaksvorming van toepassing. Artikel 15 maakt dit onderscheid niet. Ook wordt in het ontwerp niet genoemd het in artikel 663 genoemde geval dat de stoffen nog gevoeglijk kunnen worden gescheiden - van echte vermenging kan men dan nog niet spreken.

Van de hierboven bedoelde eigenlijke vermenging pleegt men te onderscheiden de oneigenlijke: de zaken "geraken door elkaar", zoals bankbiljetten en effecten die in één voorraad terecht komen: zij verenigen zich niet tot één zaak, maar zijn niet meer te individualiseren. De kwestie die zich hierbij voordoet, is niet zozeer van zakenrechtelijke als wel van bewijsrechtelijke aard: wie aanspraak maakt op bepaalde zaken van deze aard, moet zijn recht bewijzen; slaagt hij daarin niet, dan wordt de houder/bezitter als de recht-hebbende beschouwd: artikelen 3:109 en 3:119, eerste lid. Zie ook HR 12-1-1968, NJ 1968, 274 (Teixeira-de Mattos).

### Artikel 16

Het derde in de reeks verwante wijzen van originele verkrijging van roerende zaken is de zaaksvorming. Zoals uit de term zelf al volgt, is het onderscheidende bij dit type de vormgeving, waardoor, anders dan bij natrekking, een nieuw type product ontstaat, dat, anders dan bij vermenging, door een eigen, afwijkende vorm wordt gekenmerkt. Bij zulke zaaksvorming moet niet slechts worden gedacht aan producten van nijverheid, industrie of beeldhouwwerk, maar ook bijvoorbeeld aan een geschreven tekst op papier en aan een schildering op enig materiaal. Dat de term ruim moet worden genomen, blijkt ook uit het derde lid, dat onder meer de verwerking van ruwe olie en het kweken van planten omvat. Zie ook voor het kunstmatig uitbroeden van eieren door een gespecialiseerd bedrijf HR 24-3-1995, NJ 1996, 158.

Het artikel onderscheidt verschillende gevallen die de weg naar verschillende eigenaars wijzen.

In de eerste zin van het eerste lid is gedacht aan de eigenaar van een zaak of stof waaraan óf door hem zelf óf in zijn opdracht door een ander vorm wordt gegeven: de aldus ontstane zaak komt dan die eigenaar toe. De tweede zin van het eerste lid sluit daarbij aan, en verwijst naar de artikelen 14 en 15; dit heeft het voordeel dat soortgelijke gevallen gelijk worden behandeld; hoewel theoretisch de verschillen tussen natrekking, vermenging en zaaksvorming zijn te maken, in de praktijk zal er dikwijls twijfel kunnen rijzen, die echter tot geen problemen leidt, als het rechtsgevolg niet verschilt.

Het tweede lid maakt een belangrijke uitzondering op het eerste; degene die, ook als hij dat doet met behulp van materiaal van anderen, voor zichzelf een nieuwe zaak vormt of door een ander in zijn opdracht, bijvoorbeeld door zijn werknemers, doet vormen, wordt daarvan eigenaar. Evenals bij natrekking verliest de eigenaar van het gebezigde materiaal van rechtswege zijn eigendom; enig eigendomsvoorbehoud beschermt hem daartegen niet (zie aldus HR 5-12-1987, NJ 1987, 745, met betrekking tot het scheuren van planten). Of zich een geval van het eerste lid dan wel van het tweede lid voordoet, hangt af van de rechtsbetrekking tussen de vormgever/productent en de eigenaar/leverancier van het materiaal. Deze rechtsbetrekking, blijkend uit een overeenkomst, kan, in het licht der verkeersopvattingen, ertoe leiden dat de producent niet voor zichzelf werkt, maar voor de leverancier, zoals ook buiten dit geval krachtens artikel 3:110 iemand een zaak die hij onder zich krijgt, voor een ander kan gaan houden. In zo'n geval is niet sprake van een eigendomsvoorbehoud van de leverancier, maar volgt uit de wet dat de zaak nimmer aan de producent heeft toebehoord, met de (negatieve) gevolgen van dien voor bij voorbaat door de producent gevestigde pandrechten - zie de toelichting op artikel 3:110, alsmede HR 5-10-1990, NJ 1992, 226 (bij industriële fabricage zal het erop aankomen wie beslissende invloed had op de wijze van productie en de definitieve vorm van het product en wie het risico draagt voor verliezen wegens tegenvallende bruikbaarheid, verhandelbaarheid of winstgevendheid van het product). Zie bovengenoemd HR-arrest van 24-3-1995 voor een geval waarin de producent door zaaksvorming voor zichzelf eigenaar van de nieuwe zaak wordt. Op de hoofdregel van het tweede lid wordt nog een uitzondering gemaakt als de kosten van vormgeving, mede ten opzichte van de waarde van het materiaal, van geringe omvang zijn.

Evenmin als bij natrekking het geval is, sluit de eigendomsverkrijging uiteraard uit dat de eigenaar schadevergoeding kan zijn verschuldigd aan degenen die hun eigendom verliezen.

In het huidige wetboek komt artikel 660 overeen met de regeling van artikel 16, tweede lid.

In beginsel is krachtens artikel 1, derde lid, de eigenaar van een zaak tevens eigenaar van de vruchten, maar een ander kan, als beperkt gerechtigde of krachtens persoonlijk recht een genotsrecht op de vruchten opleverende zaak hebben, dat hem tevens recht op de vruchten geeft - zie de toelichting bij artikel 1, derde lid. Zie voor de bezitter te goeder trouw artikel 3:120.

Artikel 17 geeft aan dat de gerechtigde op de vruchten bij de afscheiding - en niet pas door levering of inbezitneming - eigenaar der vruchten wordt, en onverschillig wie de afscheiding, rechtmatig of onrechtmatig, tot stand brengt, dan wel of dit op natuurlijke wijze geschiedt.

Buiten dit artikel staat het geval waarin de rechthebbende de vruchten als toekomstige zaken bij voorbaat aan een ander heeft geleverd - of die ander dan eigenaar wordt, hangt af van de vraag of de rechthebbende op het tijdstip der afscheiding beschikkingsbevoegd is (zie de toelichting op artikel 3:97).

De artikelen 18 en 19 geven nog enige bijzondere wijzen van verlies van roerende zaken.

Artikel 18 regelt de prijsgeving (derelictie). De eigendom gaat verloren door een feitelijke handeling, de prijsgeving van het bezit, gepaard met het oogmerk zich daardoor van de eigendom te ontdoen. Hierna staat het een ander vrij de eigendom door toe-eigening te verwerven (artikel 4). Of uit de feitelijke handeling het oogmerk mag worden afgeleid, is een kwestie van redelijke interpretatie - vgl. artikel 3:35.

Artikel 600 van het huidige BW regelt alleen het bezitsverlies door prijsgeving.

Artikel 19 geeft nog bijzondere regels voor het verlies van de eigendom van dieren. Daarbij maakt het onderscheid tussen tamme en andere, "wilde", dieren. Een getemd roofdier, zoals een leeuw, is niet tot de eerste categorie overgegaan. Verwildering van een tam dier heeft plaats wanneer het in zijn nieuwe leefomgeving is gewend geraakt en niet meer naar de eigenaar terug keert.

Het eigendomsverlies betekent niet op zichzelf dat ook de aansprakelijkheid voor de gedragingen van het dier ophoudt - deze is gekoppeld aan de gedragingen van de voormalige eigenaar zelf met daarnaast de bijzondere risicoaansprakelijkheid van de bezitter van het dier - zie artikel 6:179 van het Ned. BW.

Het tegenwoordige recht kent geen bijzondere wettelijke regel voor het verlies van de eigendom van dieren.

### Titel 5.3 - Eigendom van onroerende zaken

De titel behelst een aantal bepalingen omtrent de aard van de eigendom van grond en hetgeen daarbij behoort, en het gebruik en de beperkingen daarvan (artikelen 20 tot en met 23), omtrent de eigendom van bijzondere onroerende zaken (artikelen 24 tot en met 28 en 35), de vastlegging van de grens tussen percelen in verband met (de verplaatsing van) de oeverlijn (artikelen 29 tot en met 34) en ten slotte een vermoeden van de afscheiding van twee erven (artikel 36).

Artikel 20 bepaalt hetgeen door de eigendom van de grond wordt omvat, de artikelen 21 tot en met 23 regelen de bevoegdheden van de eigenaar van de grond over het gebruik van de grond en hetgeen daarbij behoort als ruimte - een ander kan, bijvoorbeeld door zijn beperkt recht, wel ruimte op en in de grond in beslag nemen en gebruiken, maar heeft daarmee nog niet het eigendomsrecht van die "ruimte".

Dikwijls zijn onroerende zaken niet in gebruik bij de eigenaar zelf, doch bij een derde die een beperkt zakelijk of een persoonlijk recht aan de eigenaar ontleent. Waar in de bepalingen van deze titel de eigenaar wordt verplicht om voor bepaalde handelingen ook aan anderen zekere bevoegdheden toe te staan - zie de artikelen 21, tweede lid, 22 en 23 - zullen die verplichtingen ook voor de gebruikers der zaak gelden.

Artikel 20, eerste lid, dat bepaalt hetgeen door de eigendom van de grond wordt omvat, vertoont een zekere samenhang met artikel 3:3, eerste lid, waarin bepaalde zaken als onroerend worden aangemerkt, en met artikel 3:4, dat een omschrijving van bestanddelen geeft, juncto het natrekkingsartikel 3 dat, behoudens anders luidende wettelijke bepaling, de eigenaar van een (onroerende) zaak tot eigenaar van mede haar bestanddelen verklaart.

De eigen rol van artikel 20, eerste lid, in dit verband is dat het, onder hetzelfde voorbehoud als artikel 3, naast de in artikel 3:3, eerste lid, als onroerend genoemde zaken ook andere - roerende - als door de grondeigendom "omvat" aanduidt, onverschillig of zij ook alle als bestanddelen in de zin van artikel 3:4 kunnen worden omschreven (en uit dien hoofde door natrekking volgens artikel 3 aan de grondeigenaar toebehoren).

De onderdelen a en b vormen tezamen de gehele bodem, inclusief onder meer de zich daarin bevindende onontgonnen delfstoffen (vgl. artikel 3:3). Afgegraven aarde en gewonnen delfstoffen behoren daartoe niet

- zij kunnen als roerende zaken, eventueel bij voorbaat, worden geleverd. Bij mijnwetgeving kan echter overeenkomstig de aanhef van het artikel de eigendom van onontgonnen delfstoffen aan een ander dan de grondeigenaar worden toegewezen.

De onderdelen c en d betreffen het water dat zich aan de oppervlakte bevindt, hetzij opgeweld of opgepompt uit de diepte (onderdeel c), hetzij als oppervlaktewater (onderdeel d). Water is roerend. Het water dat zich nog in de grond bevindt, behoort aan niemand toe (res nullius). Hetzelfde geldt voor oppervlaktewater dat niet aan de omschrijving van onderdeel d voldoet, doordat het in open verbinding met oppervlaktewater op een anders erf - eventueel op publieke bodem - staat, zelfs als het niet stroomt omdat het door bijvoorbeeld twee erven wordt omsloten. Zie over het oppervlaktewater voorts de artikelen 21 en 40.

De onderdelen e (gebouwen en werken) en f (beplantingen) zijn dezelfde als die welke in artikel 3:3 worden genoemd als onroerend - naar de toelichting op dat artikel zij hier verwezen.

Het slot van onderdeel e komt niet in dat artikel voor, omdat het een beperking van de eigendom van de grondeigenaar inhoudt: "horizontale" natrekking kan de verticale van de grondeigendom doorbreken (onafhankelijk of de situatie die daartoe aanleiding geeft, rechtmatig of onrechtmatig is). Deze horizontale natrekking doet zich bijvoorbeeld voor bij de uitbouw van een kelder in andermans grond, en voorts bij de aanleg van leidingen en buizen; voor zulke horizontale natrekking komen alleen in aanmerking gebouwen en werken die als bestanddeel van de hoofdzaak zijn te beschouwen en niet een onderdeel van een ander gebouw of werk vormen (aldus HR 28-10-1994, NJ 1995, 96).

Uitzonderingen op de verticale natrekking doen zich voorts voor bij de mandeligheid, de beperkte zakelijke rechten van erfdiensbaarheid en opstal - vgl. artikel 3 en de toelichting daarop - alsmede in het tweede lid van het onderhavige artikel ter zake van een net.

Onder onderdeel f valt niet levend gedierte dat zich vastzet (HR 6-10-1902, W 7811: mosselzaad).

In het huidige recht geeft artikel 626, eerste lid, van het BW een soortgelijke, zij het minder uitgewerkte, regeling als artikel 20, doch artikel 646 van dat wetboek maakt het stromende water zelf voorwerp van eigendom, dat de eigendom van de bodem natrekt.

In artikel 20, tweede lid wordt, in navolging van het Nederlandse wetsvoorstel 29 834, ten aanzien van een net een "doorknip" gerealiseerd van de verticale natrekking van het eerste lid, onderdeel e; vgl. HR 6-6-2003, BNB 2003, 271-272. Bij een net zoals in dit tweede lid omschreven, moet in eerste instantie worden gedacht aan de grote distributienetten van openbaar belang, zoals elektriciteitsnetten, gasnetten, de riolering, waterleidingnetten en elektronische communicatienetwerken. Daarnaast bestaan er netten van buisleidingen waardoor aardolie en gevaarlijke stoffen vervoerd worden. Ook deze netten doorkruisen een groot aantal verschillende percelen en vallen onder artikel 20, tweede lid. Overigens is ook denkbaar dat het net uit een enkele kabel of leiding bestaat.

De eigendom komt te liggen bij de bevoegde aanlegger; op naam van deze aanlegger zal het net in de openbare registers worden gesteld (artikel 3:17 lid 1, onderdeel k). Met bevoegd wordt bedoeld dat de aanlegger gerechtigd moet zijn om het net aan te leggen in andermans grond.

Artikel 21 betreft in het eerste lid het met de grondeigendom verbonden gebruiksrecht van de ruimte boven en onder de grondoppervlakte. Dat gebruik komt de eigenaar in beginsel exclusief toe, maar is op de wijze van artikel 1 beperkt. In beginsel kan de grondeigenaar derhalve afbraak verlangen van hetgeen hem als rechthebbende stoort. Zie voor een geval waarin deze bevoegdheid door de ongeoorloofdheid van misbruik daarvan wordt beperkt, HR 17-4-1970, NJ 1971, 89, en vgl. voorts artikel 54.

Het tweede lid geeft aan anderen dan de eigenaar het medegebruiksrecht van de ruimte boven en onder de oppervlakte, als de uitoefening zo hoog, respectievelijk zo diep geschiedt dat de eigenaar er geen belang bij heeft zich daartegen te verzetten. Uit de formulering volgt dat op de ander de last rust te bewijzen dat zulk een belang afwezig is. Daarbij gaat het om een belang dat voortvloeit uit het gebruik dat de eigenaar als zodanig toekomt, bijvoorbeeld het uitzicht dat hij kan genieten, niet zijn belang om een vergoeding voor het gebruik van de ander te verlangen. Het belang wordt mede bepaald door het gebruik dat van de grond wordt gemaakt, bijvoorbeeld of deze voor agrarisch gebruik is bestemd dan wel als bouwgrond dient.

In het derde lid wordt de bevoegdheid tot vliegen uitgezonderd van de toepasselijkheid van de beide voorgaande leden: of die bevoegdheid bestaat, en in hoeverre zij stoornis mag inhouden, wordt door eigen regels - goedgekeurd van publiekrechtelijke aard - beheerst.

In de huidige wet regelt artikel 626, tweede en derde lid, het gebruiksrecht van de eigenaar.

Artikel 22 geeft in beginsel een ieder de bevoegdheid zich op een niet afgesloten erf - dat wil zeggen een perceel grond en eventueel met water overdekt - te begeven. De bevoegdheid bestaat niet, als de eigenaar daarvan schade of hinder kan ondervinden, of de toegang uitdrukkelijk heeft verboden.

De slotzinsnede verwijst naar eventuele (toekomstige) bijzondere wetgeving inzake openbare wegen.

Artikel 23 is het derde artikel in de reeks die bepaalde bevoegdheden ten opzichte van de onroerende zaak aan derden toekent, namelijk om op het erf geraakte voorwerpen en dieren op te sporen en weg te halen. De bevoegdheid ontbreekt onder andere als de derde daartoe systematisch en regelmatig de eigenaar stoort.

De reeks artikelen 24 tot en met 27 behelst aanwijzing van de eigenaars van bepaalde onroerende zaken. Deze aanwijzing is op verschillende wijzen geformuleerd: in artikel 24 als een "restant", in artikel 25 als een waaraan alleen bij wet kan worden gederogerd en in artikel 26 als weerlegbaar vermoeden.

In het huidige recht is de rechtspositie van de territoriale zee en de bodem daarvan onduidelijk; het huidige wetboek zwijgt daarover. Veelal wordt verdedigd dat althans de zee, ook de territoriale, niet voor menselijke beheersing vatbaar is, en dus eigendom van niemand kan zijn; ook wordt wel verdedigd dat de zeebodem aan de Staat toebehoort. Artikel 25 strekt ertoe aan deze onzekerheid een einde te maken: de bodem van de territoriale zee behoort aan de Staat toe, de zee zelf, als open water, aan niemand (vgl. artikel 20, onderdeel d).

Uit de formulering, die afwijkt zowel van artikel 24 als van de artikelen 26 e.v., blijkt dat een ander geen eigenaar van de bodem der territoriale zee kan zijn of, bijvoorbeeld door overdracht, worden, tenzij bij wettelijke bepaling van artikel 25 wordt afgeweken. Voor zover hiervan in het verleden is afgeweken, wordt dit door artikel 3, onderdeel a, van de Overgangswet gedekt. Tegen vestiging van beperkte rechten verzet het artikel zich niet.

Een en ander is van belang voor de plaatsing van installaties en voor de winning van bodemschatten.

De begrenzing der territoriale zee wordt door volkenrechtelijke regels bepaald; zie ook de wet van 14-4-1978 (S.B. 1978 no. 26).

De tekst van het artikel komt overeen met die van het Nederlandse BW, doch in de Nederlandse tekst wordt ook aandacht aan (de bodem van) de Waddenzee gewijd.

Artikel 26, eerste lid, bepaalt, met gebruikmaking van een weerlegbaar vermoeden, hetgeen voor de stranden der zee ook nu reeds uit artikel 577 van het BW volgt. Hier te lande heeft geen goede zin de in de Nederlandse tekst voorkomende zinsnede "tot aan de duinvoet" ter begrenzing van de reikwijdte van de stranden der zee.

Het tweede lid beoogt – voor de toekomst – een zekere garantie te bieden voor het behoud van de openbaarheid van aan de overheid toebehorende stranden.

Ook artikel 27 geeft een vermoeden van eigendom van de Staat en wel ten aanzien van de grond onder openbare vaarwateren. Een tweede en derde lid en een artikel 28 ontbreken. In het Nederlandse BW hebben deze bepalingen betrekking op de openbare vaarwateren en onroerende zaken die door een openbaar lichaam worden onderhouden.

De artikelen 644 tot en met 653 van het huidige BW behelzen een gedetailleerde, weinig overzichtelijke en tot onzekerheid aanleiding gevende regeling betreffende hetgeen onder de termen aanwas tegenover afslag door verandering van de oeverlijn kan worden samengevat. Artikel 29 heeft de strekking hierin vereenvoudiging en verduidelijking te brengen. Het geldt voor percelen die worden begrensd door de oeverlijn van elke soort water, en onverschillig of de verandering door toeval dan wel door menselijk ingrijpen ("kunstwerken") wordt teweeggebracht - in het laatste geval uiteraard met de mogelijkheid van schadevergoeding, dan wel verwijdering van de werken en herstel van de oude toestand.

Op de hoofdregel van de eerste zin maakt het ontwerp een tweetal uitzonderingen. Bij opzettelijke drooglegging zou het niet billijk zijn dat de aanwas van rechtswege aan de oevereigenaar ten goede zou komen. Tijdelijke overstrooming - in de tweede zin nader bepaald - behoort geen grensverhuiving tot gevolg te hebben.

Zie voor het geval de grens tussen de percelen wel door water, doch niet door de oeverlijn wordt bepaald, artikel 36.

Tot schadevergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking geeft de grensverandering van rechtswege ingevolge dit artikel geen aanleiding.  
Wat als oeverlijn heeft te gelden, wordt in artikel 34 bepaald.

De artikelen 30 tot en met 33 hebben betrekking op vastlegging van de grens tussen twee percelen, welke vastlegging grenswijziging door verplaatsing van de oeverlijn verhindert, alsmede op enige verdere gevolgen van zodanige vastlegging.

De vastlegging kan zowel krachtens overeenkomst (artikel 31) als krachtens rechterlijk vonnis (artikel 32) geschieden, en wordt in de openbare registers ingeschreven, ten gevolge waarvan de gefixeerde grens in beginsel tegen een ieder geldt (artikel 30, eerste lid, tweede zin; zie echter artikel 31, derde lid).

In het huidige wetboek ontbreekt een vergelijkbare regeling.

De inhoud van artikel 30, eerste lid, is reeds in het bovenstaande weergegeven. In beginsel is vereist dat beide eigenaars als partij, hetzij bij de overeenkomst, hetzij ten processe, zijn betrokken, doch het tweede lid verklaart de vastlegging ook geldig indien een ander dan de eigenaar optreedt, mits hij wel krachtens inschrijving in de openbare registers als eigenaar kan gelden; men denke bijvoorbeeld aan degene wiens titel van eigendomsverrijking achteraf wordt vernietigd. De registers hebben in dit geval positieve werking. Tot aan het tijdstip van inschrijving kan de werkelijke eigenaar in zo'n geval de vastlegging verhinderen.

#### Artikel 31

De overeenkomst tot grensvastlegging dient, om het beoogde rechtsgevolg te verkrijgen, bij notariële akte te geschieden, gevolgd door inschrijving in de openbare registers binnen veertien dagen: de termijn is kort, om zoveel mogelijk de kans uit te sluiten dat de loop van de oeverlijn tussen het tijdstip der akte en dat der inschrijving verandert.

Het tweede lid kent de bewaarder der registers de bevoegdheid toe andere rechthebbenden en beslagleggers van de inschrijving kennis te geven - aan zulk een kennisgeving bestaat uiteraard geen behoefte als is gebleken dat zij reeds bij de overeenkomst op enigerlei wijze zijn betrokken geweest; de uitoefening der bevoegdheid kan bij instructie nader worden geregeld.

Bij een overeenkomst tot vastlegging bestaat geen garantie dat partijen juist de oeverlijn ten tijde van het opmaken der akte in acht nemen. Derden - beperkt gerechtigden, huurders en beslagleggers - zouden daardoor kunnen worden benadeeld, en te hunner bescherming wordt het derde lid voorgesteld - wél rust op hen dan de last van het bewijs der afwijking.

Artikel 32 geeft enige bijzondere regels omtrent de procedure die tot vastlegging kan leiden. Vereist wordt in de eerste plaats dat allen die ten tijde van de inschrijving van de instelling der vordering in de registers als rechthebbende of beslagleggers stonden ingeschreven, in het geding zijn geroepen. De vaststelling van de grens geschiedt naar de toestand op dat tijdstip (tweede lid, eerste zin), ook al treedt de vastlegging zelf pas in werking met de inschrijving van het vonnis, nadat dit kracht van gewijsde heeft verkregen (vijfde lid).

De vordering kan ook worden ingesteld door een vruchtgebruiker krachtens artikel 3:218 of een erfpachter krachtens artikel 95, mits de eigenaar in het geding wordt geroepen.

De tekst van het eerste lid van artikel 32 van het Ned. BW schrijft nog uitdrukkelijk voor dat de instelling der vordering moet worden ingeschreven, en wel in de, in afdeling 3.1.2 bedoelde, openbare registers. Hier te lande geschiedt de inschrijving van elke vordering echter krachtens artikel 45 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering door de griffie in het bij het gerecht gehouden register. Wel kan daarnaast de vordering mede op grond van artikel 17, eerste lid, onderdeel f, in de openbare registers worden ingeschreven met het oog op derdenwerking.

Voor het overige zijn de bijzondere regels omtrent de procedure afgestemd op die omtrent de vorderingen, omschreven in artikel 3:29 - zie de toelichting op dat artikel.

Artikel 33 veronderstelt verplaatsing van de oeverlijn na vastlegging van de grens: geschiedt zij landinwaarts, dan wordt een strook land van de eigenaar overspoeld (eerste lid), geschiedt zij landafwaarts, dan komt een strook land van de buurman droog te liggen, en kan de voormalige oevereigenaar niet langer zonder meer bij het water komen (tweede en derde lid).

Het eerste lid verhindert dat de eigenaar van de overspoelde grond het gebruik van het water, indien dat openbaar is, daarboven verhindert, bijvoorbeeld door palen te slaan.

Het tweede en het derde lid garanderen de eigenaar van de voormalige oevers en degenen die daarop een servituut hebben, de toegang tot het water. Wijst de rechter de vordering toe, dan worden erfdiensbaarheden gevestigd, eventueel met behulp van reële executie volgens de artikelen 3:300 en 301.

Het vierde lid geeft een aanvulling op het eerste tot en met derde lid voor het geval van rechterlijke vaststelling van de grens, die immers bepaald wordt naar de toestand op het tijdstip van de inschrijving der vordering (en niet naar die op het tijdstip van de inschrijving der vastlegging: artikel 32, tweede lid, eerste zin).

Artikel 34 omschrijft hetgeen in de artikelen 29 tot en met 33 onder "oeverlijn" moet worden verstaan. Ook onder het huidige recht neemt men meestal aan dat dit de hoogwaterlijn is, wanneer, zoals bij eb en vloed, het waterpeil pleegt te veranderen; zie artikel 578 van het BW.

Onder "in het water levende planten" worden onder andere mangroven, riet en biezengroei begrepen, ook al zijn dit geen waterplanten in de eigenlijke zin.

De plaats van artikel 35 is niet vervuld. In het Nederlandse BW worden in dat artikel de gevolgen van duinvorming en -verstuiving geregeld, welke verschijnselen zich hier te lande niet voordoen. Ook in het huidige BW ontbreken dergelijke bepalingen.

Artikel 36 sluit zich aan bij de reeks van bepalingen van de artikelen 26 tot en met 28, waarin vermoedens omtrent de eigendom van bepaalde onroerende zaken zijn neergelegd, evenwel niet als daar met betrekking tot publiek terrein, doch evenals de artikelen 29 tot en met 35 ter zake van afgrenzingsproblemen.

Verondersteld wordt dat de muur, het hek of de greppel enz. die in het artikel worden genoemd, dienen als afscheiding tussen twee erven, en dat zo'n muur niet slechts aan één zijde een gebouw of werk steunt. Het vermoeden, dat weerlegbaar is, is dan dat de grens in de lengterichting door het midden van de afscheiding loopt.

Wordt het vermoeden niet weerlegd - bijvoorbeeld door het bewijs dat de grens niet onder de muur, doch daarlangs loopt - dan brengt dit mee dat de muur of andere afscheiding die de grens overdekt, gemeenschappelijk eigendom is (artikel 20, onderdeel e), en mandelig wordt indien voldaan is aan de daartoe in artikel 60 gestelde eisen. Wordt de afscheiding door een watergang gevormd, dan ontstaat de door artikel 59 geregelde verhouding van burennrecht.

## Titels 5.4 en 5.5

### Inleiding

De beide titels die bij het ontwerp worden voorgesteld, hebben gemeen dat ze betrekking hebben op de verhoudingen die tussen "buren" kunnen ontstaan: het eigenlijke burennrecht en de mandeligheid.

Bij "buren" wordt in de eerste plaats gedacht aan de eigenaars van aangrenzende gronden, maar het begrip is daartoe niet beperkt. Vele voorschriften van het burennrecht moeten aldus worden geïnterpreteerd, dat ze zich weliswaar richten tot de eigenaars, maar van overeenkomstige toepassing zijn op anderen, gebruikers, die krachtens hun - zakelijk of persoonlijk - genotsrecht of als bezitters de feitelijke macht over een erf hebben. Aldus reeds HR 24-1-1992, NJ 1992, 280 en 281 voor het bestaande recht.

Anderzijds is de term "erf", die hier en elders in Boek 5 wordt gebezigd, niet beperkt tot een - al dan niet bebouwd - perceel grond, mede bijvoorbeeld een weg omvattend, maar omvat hij tevens een gebouw eventueel zonder de grond waarop het staat.

En ten slotte beperken de titels 4 en 5 zich niet louter tot de betrekkingen die voortvloeien uit de verhouding tussen twee erven die een gemeenschappelijke grens hebben, maar kan zulk een betrekking ook uit naburigheid in ruimere zin ontstaan.

### Titel 5.4 - Bevoegdheden en verplichtingen van eigenaars van naburige erven

#### Algemeen

De bepalingen van deze titel vervangen in hoofdzaak die van de vierde titel van het Tweede Boek van het huidige BW, doch de bepalingen omtrent de mandeligheid zijn nu in de nieuwe titel 5.5 ondergebracht, terwijl de bepaling van artikel 718 omtrent de buurweg vervalt: deze zal voortaan slechts bij wijze van erfdiensbaarheid dan wel door bestemming als mandelig kunnen worden gevestigd.

De regeling van het burendrecht, die de inhoud van de eigendom nader bepaalt, moet worden gezien in samenhang met andere bepalingen. Zij geeft specifieke regels naast de algemene van de artikelen 3:13 (misbruik van bevoegdheid) en 6:162 (onrechtmatige daad - zie de verwijzing in de artikelen 37 en 39). De bijzondere regels concretiseren hetgeen men in burendrechtelijke verhoudingen in het licht van de algemene regels als eigenaar mag en niet mag - in zoverre beperken zij een beroep op de algemene regels.

Met betrekking tot publiek domein handhaaft artikel 3:14 de voorrang van de regels van publieke bestemming ten opzichte van het burendrecht. Conflicten kunnen in dit opzicht bijvoorbeeld rijzen bij de toepassing van artikelen als 54 en 56, maar zij zullen niet heel dikwijls voorkomen, nu in de titel reeds in talrijke bepalingen zelf rekening wordt gehouden met de bijzondere positie van "openbare erven".

Titel 5.4 bevat geen dwingend recht, doch anderzijds is het de lagere regelgever niet toegestaan inbreuk te maken op de bevoegdheden die voor eigenaars uit de titel voortvloeien (vgl. HR 19-3-1946, NJ 1946, 223); zie echter de artikelen 41, 42 en 52.

Voor de uitstraling van het burendrecht naar andere gebruikers van onroerende zaken dan de eigenaar zij herinnerd aan de hierboven vermelde arresten HR 24-1-1992, NJ 1992, 280 en 281, het eerste omtrent de burendrechtelijke positie van een huurder als eiser, het tweede omtrent die van een huurder als gedaagde. Daarin besliste de Hoge Raad onder meer dat de aard en de inhoud van de rechten en verplichtingen welke toekomen aan dan wel rusten op een niet-eigenaar die op grond van een bepaalde rechtsverhouding met de eigenaar bevoegd is tot gebruik van een erf, in samenhang met de aard en strekking van een burendrechtelijke bepaling kunnen meebrengen dat bepalingen van het burendrecht van overeenkomstige toepassing zijn op de gebruiker/niet-eigenaar. Zo zullen bepalingen die de uit het recht op eigendom voortvloeiende bevoegdheden beperken, in het algemeen ook gelden indien deze bevoegdheden worden uitgeoefend krachtens een beperkt recht of een persoonlijk genotsrecht.

Het bovenstaande betekent echter niet dat alsdan steeds de beperkt of persoonlijk gerechtigde zonder meer in de plaats komt van de eigenaar: voor zover deze daarbij belang heeft, in het bijzonder omdat de bevoegdheid de feitelijke of rechtstoestand van het erf zelf betreft, dient hij op enigerlei wijze bij de uitoefening van de bevoegdheid in kwestie te worden betrokken, hetgeen er bijvoorbeeld toe kan leiden dat hij in het geding wordt geroepen.

Het burendrecht brengt mee dat de ene buurman een rechtsoverdring tegen de ander kan instellen. Zo'n rechtsoverdring is, overeenkomstig de artikelen 3:306 e.v., in beginsel aan verjaring onderworpen - zie bijvoorbeeld in artikel 3:314 de rechtsoverdring tot opheffing van een onrechtmatige toestand. In een aantal gevallen echter, met name in de artikelen 46, 47, 49, 54, 55 en 57, is daarop een uitzondering geformuleerd door te bepalen dat de rechtsoverdringen uit deze artikelen "te allen tijde" kunnen worden ingesteld.

### Artikel 37

Onder het regime van het huidige BW werd hinder door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen en door vervuiling en vervuild houden van erven aanvankelijk gezien als een aantasting van het genot dat een (onroerende) zaak aan haar eigenaar verschaft. Aldus werd gezocht naar de grens waartoe de eigenaar deze moet dulden - hij kon bijvoorbeeld in actie komen, wanneer de hinder of dreiging daarvan werkelijk en ernstig was. Geleidelijk aan is men in het toebrengen van hinder een vorm van onrechtmatige daad gaan zien en werd de grondslag van de vordering uit hinder dan ook daarin gezocht (zie HR 16-3-1973, NJ 1975, 74 - Stikke Trui). Daardoor werd tevens bereikt dat niet slechts de eigenaar doch ook bijvoorbeeld elke andere zakelijk gerechtigde gebruiker werd beschermd, en tevens dat de criteria voor het toebrengen van hinder hun grondslag in de reikwijdte van de onrechtmatige daad gingen vinden.

Het onthouden van licht en lucht en het ontnemen van steun aan belendende gebouwen enz. werd daarentegen gezien als een activiteit door de eigenaar van een onroerende zaak, die daardoor, voor zover dat als ongeoorloofd werd beschouwd, misbruik van zijn eigenaarsbevoegdheden maakte. Ook hier is de ontwikkeling dat zulke activiteit eveneens onder het bereik van hinder als onrechtmatige daad kan worden gebracht.

Of het toebrengen van hinder onrechtmatig is, hangt - daargelaten de betekenis van terzake geldende specifieke regels - af van de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waarbij onder meer rekening moet worden gehouden met het gewicht van de belangen die door de hinder toebrengende activiteit worden gediend en de mogelijkheid, mede gelet op

de daarna verbonden kosten, en de bereidheid om maatregelen ter voorkoming van schade te nemen. Aldus HR 15-2-1991, NJ 1992, 639; zie ook HR 28-4-1995, NJ 1995, 729.

Het voorstel omtrent artikel 37 met zijn verwijzing naar de regeling van de onrechtmatige daad betekent het sluitstuk van deze ontwikkelingen.

Het belang van het artikel naast de algemene bepalingen omtrent onrechtmatige daad is dat het als rechtvaardigingsgrond uitsluit dat de eigenaar door de in de tekst genoemde en dergelijke activiteiten niet anders doet dan zijn eigen bevoegdheden uitoefenen. Dat de eigenaar ook met een beroep op een van overheidswege verleende vergunning niet steeds is gedekt, is reeds onder het huidige recht uitgemaakt: HR 30-1-1914, NJ 1914, 497 en 10-3-1972, NJ 1972, 278. Bij de voorstellen omtrent de onrechtmatige daad zal worden geregeld in hoeverre men activiteiten als de genoemde op grond van een maatschappelijk belang heeft te dulden (zie artikel 6:168).

De benadering langs de weg van de onrechtmatige daad verschilt in zoverre van die langs de weg van misbruik van bevoegdheid, dat voor deze laatste scherpere criteria plegen te worden aangelegd.

De tekst van artikel 37 beperkt de hinder tot de activiteit van een eigenaar ten opzichte van andere eigenaars; voor de uitstraling daarvan naar hinder door en ten opzichte van andere gebruikers, zie onder Algemeen. Op "hinder" die ook daarbuiten valt, bijvoorbeeld door vliegverkeer, zijn de bepalingen omtrent onrechtmatige daad, eventueel mede in verband met regels van publiek recht, zonder meer rechtstreeks toepasselijk.

#### Artikelen 38 tot en met 41

De artikelen betreffen alle de verplichtingen en bevoegdheden van naburen ten aanzien van de loop van wateren - zie voor andere bepalingen inzake waterafvoer de artikelen 52, 53 en 58. Artikel 39 haakt bovendien aan bij de in artikel 37 omschreven hinderbepaling - waardoor het regime minder strak wordt - terwijl artikel 41 afwijking van de artikelen 38 en 39 bij lagere regelgeving toelaat.

#### Artikel 38

Het artikel behelst de verplichting van de eigenaar van een lager gelegen erf tot het ontvangen van het water dat van nature van hoger gelegen erven naar het zijne afstroomt: hij mag daartegen geen verhindering bouwen.

Anderzijds kan een eigenaar van een hoger gelegen erf zich niet op deze bepaling beroepen, indien hij de waterloop kunstmatig beïnvloedt; zie artikel 39.

Het recht op het ontvangen van water valt onder de regeling van artikel 39.

#### Artikel 39

Artikel 39 ziet op het belang van de eigenaars van naburige erven - onverschillig of daartussen hoogteverschil is - bij het behoud van de bestaande waterloop en van het grondwatergebruik, en bij het gebruik van water dat zich op verschillende erven bevindt. De maatstaf voor de onderlinge verhouding is hier dat de ene eigenaar geen hinder in de zin van artikel 37 aan de andere eigenaars mag toebrengen - waarbij wordt verwezen naar de regeling van de onrechtmatige daad. Wat stromend water en grondwater betreft moet worden gedacht aan hinder door wijziging van de waterloop en -hoeveelheid en beïnvloeding van de grondwaterstand, doch ook aan vervuiling - de "hoedanigheid" van het water.

#### Artikel 40

In dit artikel wordt in navolging van artikel 40 van het Ned. BW bepaald dat de eigenaar van een oevererf dat grenst aan openbaar of stromend water, onverschillig of het water ook over zijn eigen erf stroomt of daarop staat, binnen de grenzen door artikel 37 gesteld, van dat water gebruik mag maken voor ruim omschreven doeleinden, die ook bijvoorbeeld het gebruik voor nijverheid en industrie omvatten.

#### Artikel 41

In het voorgestelde systeem worden de hoofdregels in het wetboek vastgelegd, afwijking, binnen de daardoor gestelde grenzen, bij lagere regelgeving wordt toegestaan. Bij deze lagere regelgeving kunnen voor de afwijking nadere criteria worden gesteld.

#### Artikelen 42 tot en met 45

De artikelen 42, 44 en 45 regelen enkele buurproblemen met betrekking tot beplantingen, terwijl artikel 43 een omschrijving geeft van hetgeen in artikel 42 en de volgende artikelen van deze en de volgende titel onder "muur" moet worden verstaan.

Artikel 42 correspondeert met de artikelen 712 en 713, eerste lid, van het thans geldende BW, artikel 43 met artikel 697 en artikel 44 met artikel 713, tweede en derde lid, zij het dat er allerlei kleine verschillen bestaan. Artikel 45 heeft in het huidige wetboek geen equivalent.

#### Artikel 42

Hierin wordt, in de lijn van het huidige artikel 713, voorgesteld een minimumafstand tot de grens aan te houden, waarvan echter in verschillende gevallen afwijking mogelijk is: in het eerste lid door toestemming van de buurman, of in geval het perceel grenst aan de openbare weg of een openbaar water, in het tweede lid door regeling bij staatsbesluit of krachtens plaatselijke gewoonte, in het derde lid als een ten minste even hoge scheidsmuur de grens tussen de erven vormt.

Een door de buurman verleende toestemming kan tegen diens opvolger krachtens bijzondere titel alleen worden ingeroepen als zij is ingeschreven in de openbare registers (artikel 3:17 j° artikel 3:24).

Overtreding van het voorschrift schept een onrechtmatige toestand, waarvan opheffing kan worden geëist; de rechtsvordering daartoe verjaart ingevolge artikel 3:314, eerste lid, twintig jaren na het ontstaan van de toestand. Op grond van het maatschappelijk belang kan de rechter de vordering tot het rooien van de beplanting afwijzen onder toekenning van schadevergoeding (zie artikel 6:168).

Het vierde lid geeft een redelijke beperking op het recht tot vergoeding van schade wegens het bestaan van de onrechtmatige toestand: men moet geen schadevergoeding ontvangen over een periode in het verleden, waarin men klaarblijkelijk niet erg onder de onrechtmatigheid heeft geleden.

#### Artikel 43

In het huidige recht vindt een aantal bepalingen van het burennrecht betreffende "muren" overeenkomstige toepassing op wanden van hout: artikel 697. Artikel 43 verruimt dit in tweeërlei opzicht: in de eerste plaats door naast steen en hout ook muren van ander materiaal, mits ondoorzichtig, zoals kunststof en rietmatten, daaronder te begrijpen, en vervolgens door de regel voor alle artikelen betreffende de muur in de titels 5.4 en 5.5 te laten gelden.

#### Artikel 44

Het artikel geeft weer hetgeen de laatste twee leden van artikel 713 van het BW thans bepalen. Aan het slot van de beide leden van artikel 44 is alleen toegevoegd dat de buurman die takken en wortels verwijdert, zich deze mag toe-eigenen.

#### Artikel 45

Artikel 45 regelt een kwestie die onder het huidige recht nog betwist is, namelijk de vraag aan wie de vruchten toekomen van een boom of andere beplanting, die op het erf van een buurman zijn gevallen - de bepaling beslist ten gunste van de eigenaar van laatstgenoemd erf. Een "plukrecht" met betrekking tot de op zijn erf overhangende vruchten verschaft hem dit echter niet - zie artikel 44, dat in deze situatie toepassing kan vinden.

#### Artikelen 46 tot en met 49

De artikelen regelen het burennrecht met betrekking tot de begrenzing, inclusief afscheiding, van erven. Zij komen in de plaats van de tegenwoordige artikelen 677 en 678.

Toepassing van de artikelen 46, 47 en 49 kan leiden tot rechtsvorderingen die volgens de formulering van die artikelen "te allen tijde" kunnen worden ingesteld; deze terminologie houdt in dat deze vorderingen niet aan verjaring onderhevig zijn. Ook de uitoefening van de bevoegdheid van artikel 48 is niet aan een verjarings- of vervaltermijn gebonden.

#### Artikel 46

Het artikel kan zonder meer toepassing vinden, wanneer zekerheid omtrent de grens tussen de erven bestaat; zo niet, dan zal eiser daarnaast - of gedaagde daartegenover - toepassing van artikel 47 moeten verlangen.

"Afpaling" houdt niet meer in dan eenvoudige markering van de grens. Is de begrenzing tevens bedoeld als afsluiting van een erf, dan kan de oprichting en medebekostiging van een scheidsmuur worden verlangd: artikel 49.

#### Artikel 47

In tegenstelling tot het vorige artikel veronderstelt het eerste lid dat omtrent de ligging van de grens geen zekerheid bestaat. Meent een der eigenaars te weten waar de grens ligt, en stelt hij zich op het standpunt dat zijn

buurman ten onrechte een strook van zijn grond in bezit heeft, dan zal hij allicht daarvoor de revindicatie instellen; blijkt dan dat het verloop van de grens niet zeker is, dan zal artikel 47 eerst toepassing moeten vinden. Het tweede lid derogeeert voor dat geval aan artikel 3:119 inzake het door bezit geschapen vermoeden van recht: de rechter is vrij in het verdelen van de bewijslast en het toekennen van bewijskracht aan feiten. Het derde lid geeft ook in ander opzicht de rechter veel vrijheid, namelijk in het vaststellen van het verloop van de grens. Hij kan daarbij zelfs dat verloop ten nadele van een der eigenaars, onder toekenning van schadevergoeding, vaststellen, indien dat uit bijvoorbeeld een oogpunt van doelmatige exploitatie van (een van) de percelen de voorkeur verdient.

#### Artikel 48

Evenals artikel 678 thans verleent artikel 48 een eigenaar de bevoegdheid tot afsluiting van zijn erf, een lagere regelgever kan daarop geen inbreuk maken.

#### Artikel 49

Het artikel is de opvolger van artikel 689 van het huidige BW, maar is meer gedetailleerd en geeft ook zelf normen voor zover die niet uit de lagere regelgeving - zie artikel 41 - of de plaatselijke gewoonte volgen voor de wijze van afscheiding, zoals met betrekking tot het materiaal, en de hoogte daarvan. Bij gebreke van zulke buitenwettelijke normen geldt de wettelijke van een scheidsmuur van anderhalve meter hoog. Zou de overheid onder bepaalde omstandigheden iedere afscheiding willen verbieden, dan kan zij dit slechts doen door vestiging van een erfdienstbaarheid of een kwalitatieve verbintenis (artikel 6:252). Een scheidsmuur die in de lengterichting over de grens tussen de erven loopt, is mandelig: artikel 62. De eigenaar die de afscheiding verlangt, is aansprakelijk voor de kosten van aanleg, doch de andere eigenaar draagt in die kosten bij voor zover dat van hem vanuit een oogpunt van goed nabuurschap kan worden verlangd. Dat zal bijvoorbeeld veelal het geval zijn als het gaat om de afscheiding tussen twee bebouwde percelen. Indien een van beide erven een openbare weg is of een openbaar water, is het eerste lid niet van toepassing, aldus het tweede lid.

#### Artikelen 50 en 51

In het tegenwoordige wetboek geven de artikelen 692 en 693 de burenrrechtelijke regeling omtrent licht, de artikelen 694 tot en met 695 die omtrent uitzicht. In het ontwerp vinden deze, in omgekeerde volgorde, hun plaats in de artikelen 50 en 51. In veel opzichten bouwt deze regeling op de oude voort, terwijl een oplossing is gezocht voor vragen die de oude regeling heeft doen rijzen.

#### Artikel 50

Het eerste lid van het artikel is goeddeels gelijk aan artikel 694 van het huidige BW, doch, anders dan in dat artikel en artikel 695 van het BW, wordt geen verschil gemaakt tussen rechtstreekse en zijdelingse uitzichten. Afwijking van het wettelijk verbod van het hebben van het uitzicht is door toestemming van de buurman mogelijk; aan diens rechtsopvolgers onder bijzondere titel kan de verleende toestemming worden tegengeworpen, indien zij overeenkomstig artikel 3:17 in de openbare registers is ingeschreven.

Over de betekenis van het woord "werken" in dit verband zie men reeds de jurisprudentie onder het huidige recht. Onder de verbodsbepaling kan ook een plat dak vallen als dat dak blijkens zijn constructie kennelijk bestemd is om als dakterras te worden gebruikt (HR 13-6-2003, NJ 2003, 507).

In het tweede lid wordt de toepasselijkheid van het eerste lid uitgesloten voor een aantal bijzondere gevallen, waarin de literatuur onder het oude recht dat meestal ook aanneemt (anders voor uitzicht op een blinde muur nog HR 7-11-1902, W 7830).

Het derde lid behelst de regel omtrent de wijze van meting van de geoorloofde afstand.

Het hebben van het ongeoorloofde uitzicht is een onrechtmatige toestand, waaraan een rechtsvordering een einde kan maken: de buurman heeft het recht om het uitzicht ongedaan te doen maken, zo mogelijk langs de minst bezwaarlijke weg, zoals door het ondoorzichtig maken van de vensters of door middel van vaste, in de muur gebouwde, horizontaal geplaatste maar schuine balken die dienen om een luchtstroom door te laten, eerder dan door dichtbouwen.

De rechtsvordering is krachtens artikel 3:314 aan verjaring onderhevig. Nadien kan door verjaring de erfdienstbaarheid van uitzicht zijn ontstaan, hetgeen ook onder het huidige recht is aanvaard, maar deze verhindert volgens HR 30-1-1970, NJ 1970, 192, de buurman niet daarna door het optrekken van een muur alsnog het uitzicht te beletten. Aan deze onbevredigende toestand wordt met het vierde lid een einde gemaakt: de buurman

mag binnen de afstand van anderhalve meter geen gebouwen of werken meer optrekken, die het uitzicht onredelijk zouden hinderen; reeds bestaande mag hij echter handhaven en ook vervangen. Zie voor het vijfde lid artikel 42, vierde lid, en de toelichting daarop.

#### Artikel 51

Het artikel kan worden beschouwd als de voortzetting van de artikelen 692 en 693 van het geldende BW, die afgrenzen in welke mate - en op welke hoogte - men licht zonder - of met minimaal - uitzicht over het erf van zijn buurman mag opvangen, maar de uitwerking verschilt aanzienlijk. De nieuwe formulering doet, met inachtneming van de stand der techniek, beter recht wedervaren aan de bedoeling.

#### Artikelen 52 en 53

De artikelen regelen de burenrrechtelijke verhoudingen omtrent de afvoer van water en afval.

#### Artikel 52

Het artikel komt overeen met artikel 699 van het huidige BW. De bepaling heeft de strekking te verhinderen dat men het erf van zijn buurman belast met de afvoer van het op daken gevallen regenwater. Voor de lagere regelgeving zie de toelichting bij artikel 41.

#### Artikel 53

Het artikel komt naar zijn inhoud overeen met het huidige artikel 700. Het artikel vormt een complement op de artikelen 38 betreffende de natuurlijke afloop van water op een lager gelegen erf en 39 betreffende eenzijdige wijziging in de loop van het water. Het onderhavige artikel verzet zich tegen eigenmachtige lozing van water via de goten op andermans erf.

Duidelijkheidshalve is, in vergelijking tot de Nederlandse tekst, toegevoegd de zinsnede "tenzij hij de bevoegdheid daartoe heeft verkregen", die in enigszins andere bewoordingen ook aan artikel 700 is toegevoegd.

De bevoegdheid verkrijgt men hetzij door toestemming van de buurman, hetzij - en dan met zakelijke werking - door vestiging van een erfdiensbaarheid.

#### Artikel 54

De eigendom van de grond omvat volgens artikel 20, onderdeel b, de zich daaronder liggende aardlagen; het exclusieve gebruiksrecht van de ruimte daarin en van de ruimte boven die grond komt volgens artikel 21 in beginsel de eigenaar van de grond toe. Hetgeen in strijd daarmee op of boven of onder de grond is gebouwd als bestanddeel van een gebouw of werk van een buurman (en als zodanig door horizontale natrekking diens eigendom is) kan hij, eveneens in beginsel, laten verwijderen (vgl. artikel 701 van het huidige BW). De situatie kan evenwel zo zijn dat het dwingen tot afbraak als misbruik van recht zou moeten worden beschouwd: de schade door het gebruik van de ruimte is dan onevenredig veel geringer dan de schade door afbraak; alsdan moet de grondeigenaar met schadevergoeding genoegen nemen, vgl. HR 17-4-1970, NJ 1971, 89. Artikel 54 geeft voor dit geval een bevredigende regeling van burenrrecht: de eigenaar van de grond moet in zodanig geval een erfdiensbaarheid ten gunste van de buurman doen vestigen dan wel de strook grond aan deze afstaan, alles tegen schadeloosstelling.

Het derde lid beperkt deze verplichting van de grondeigenaar: in de daar genoemde gevallen bestaat de verplichting niet. Is bij rechtshandeling alleen aan de buurman persoonlijk de bevoegdheid tot de bouw verleend, dan kan diens opvolger zich niettemin daarop beroepen, indien hij bij de verkrijging van zijn recht te goeder trouw mocht menen dat de verplichting tot dulden van de bestaande toestand ook te zijnen opzichte bestond. Kwade trouw of grove schuld van de aannemer die bij de bouw de grens der erven overschreed, kan niet zonder meer worden toegerekend aan de eigenaar van het gebouw dat zich uitstrekt tot in of boven de grond van de ander. Overigens is ook bij kwade trouw of grove schuld van de eigenaar, een beroep op misbruik van bevoegdheid als bedoeld in artikel 3:13 niet (geheel) uitgesloten (HR 15-11-2003, NJ 2003, 48).

#### Artikel 55

Het artikel is de voortzetting van artikel 701 van het bestaande BW: de eigenaar van een erf kan "te allen tijde" - zie de toelichting bij deze titel onder Algemeen, slot - vorderen dat bij dreigende instorting van een gebouw of werk op een naburig erf maatregelen worden genomen tot opheffing van het gevaar dat zijn erf bedreigt.

Vereist is dreigend gevaar voor het erf, dat niet is beperkt tot vrees voor beschadiging, maar ook bijvoorbeeld overlast of ontsiering omvat. Evenmin is vereist dat het gebouw of werk over het erf overhelt. Welke maatregelen - stutten, herstel, afbraak - kunnen worden verlangd, hangt af van de omstandigheden van het geval.

### Artikel 56

Het artikel is de opvolger van artikel 698, de regeling van wat wel als "het ladderrecht" wordt aangeduid, maar is ietwat ruimer geformuleerd. De verplichting om tijdelijk gebruik van het erf te dulden wordt niet langer beperkt tot de uitvoering van reparaties aan een naburig gebouw en slechts voor bepaalde werkzaamheden (vgl. reeds Hof 's-Hertogenbosch 2-7-1985, NJ 1986, 62). Anderzijds wordt een recht van de eigenaar tot weigering of uitstel in geval van gewichtige redenen erkend, zodat er ruimte is voor belangenafweging.

### Artikelen 57 en 58

De artikelen betreffen de verplichting tot het gedogen van een noodweg (artikel 57) en een noodwaterleiding (artikel 58). In het huidige wetboek wordt de eerste geregeld door de artikelen 714 tot en met 717, de tweede was niet wettelijk geregeld, maar werd in de jurisprudentie daaruit wel afgeleid.

### Artikel 57

De regeling omtrent de noodweg (uitweg) in het huidige BW is in hoofdtekken gehandhaafd, doch hier en daar verfijnd en aangevuld.

Aldus is in het eerste lid niet vereist dat het erf geheel ligt ingesloten, doch alleen dat het geen behoorlijke toegang heeft tot een openbare weg of een openbaar vaarwater; bij de beoordeling daarvan moet mede met de exploitatie van het erf rekening worden gehouden. Zo is het mogelijk dat als noodweg wordt aangewezen een strook grond naast een pad waarop de eigenaar van het erf reeds een servituut heeft. Niet terzake dienend is wat de "normale exploitatie" van een gemiddeld (vergelijkbaar) bedrijf eist (HR 23-1-1998, NJ 1998, 457) of de wijze waarop de overige erven ter plaatse bereikbaar zijn, zoals per auto (HR 11-9-1992, NJ 1992, 729). Voorts is vereist dat de schadevergoeding vooraf wordt betaald of voor de betaling vooraf zekerheid wordt gesteld. Voor de term "te allen tijde" zie deze memorie aan het slot van het algemeen deel van de toelichting op titel 5.4. De verkrijging van de noodweg kan worden ingeschreven in de openbare registers (artikel 3:17), met de rechtsgevolgen ten opzichte van latere verkrijgers. Echter ook zonder inschrijving is een opvolger onder bijzondere titel aan de bezwaring gebonden (HR 2-5-1997, NJ 1997, 315).

Ook het tweede lid, dat verhoging van de vergoeding bij onvoorziene omstandigheden, bijvoorbeeld wijziging in de exploitatie van het erf, mogelijk maakt, is een verfijning. Overigens kan een eigenaar die de noodweg zonder vergoeding heeft toegestaan, nadien alsnog vergoeding vorderen (HR 30-11-1998, NJ 1999, 305).

De eerste zin van het derde lid geeft weer wat thans uit artikel 708 van het BW volgt: de belangen der eigenaars der betrokken erven moeten bij de bepaling van de ligging en omvang van de noodweg tegen elkaar worden afgewogen. Het is echter voor de ontvankelijkheid der vordering niet noodzakelijk dat alle eigenaars van erven waarover de weg zou kunnen lopen, in het geding worden geroepen; eventueel kunnen zij daarin later worden betrokken (HR 14-10-1994, NJ 1995, 564 en HR 12-4-1996, NJ 1996, 437).

De tweede zin van het lid beoogt te verhinderen dat de eigenaars van andere naburige erven worden gedupeerd wanneer de eigenaar bijvoorbeeld door overdracht van een strook grond het restant van zijn erf zelf van de openbare weg afsluit (zie de situatie die aanleiding gaf tot het arrest HR 13-2-1959, NJ 1959, 184). Het sluit echter niet uit dat de weg niettemin over een ander naburig erf wordt gelegd, indien daartoe voldoende gewichtige redenen zijn - zie het arrest van 14-10-1994.

Het vierde lid biedt de mogelijkheid tot verlegging van een noodweg op verlangen van een onmiddellijk belanghebbende eigenaar bij wijziging van omstandigheden.

Het vijfde lid komt overeen met artikel 717 van het huidige BW; het doet uitkomen dat een noodweg niet een recht is als een erfdiensbaarheid.

Artikel 716 van het BW is, als overbodig, niet in het ontwerp opgenomen.

### Artikel 58

Het artikel geeft voor een noodwaterleiding een aanvulling op artikel 57. Deze leiding kan zowel open zijn als bestaan in een buis op of onder de grond.

### Artikel 59

Artikel 36 behelst het vermoeden dat een muur e.d. en een watergang, die tot afscheiding van twee erven dienen, tevens daarvan de grens aangeven, en wel aldus dat die grens door het midden van de afscheiding in de lengterichting verloopt. Voor de muur heeft dit vermoeden, als het niet weerlegd wordt, tot gevolg dat hij mandelig wordt. Voor de bodem van de watergang is dit uiteraard niet het geval, maar artikel 59 kent de burens

wel het gemeenschappelijk gebruik van de watergang toe, en verplicht ieder van hen anderzijds mede in het belang van de buurman tot onderhoud van de aan zijn kant gelegen oever.  
De in het derde lid bedoelde regeling is vatbaar voor inschrijving in de openbare registers, waardoor zij aan een latere verkrijger kan worden tegengeworpen, ook als deze niet van haar bestaan op de hoogte is (artikel 3:24).

## Titel 5.5 - Mandeligheid

### Algemeen

Mandeligheid is een bijzondere eigenschap die kleeft aan de mede-eigendom van bepaalde onroerende zaken die aan naburige erven zijn verbonden. Op de mede-eigendom zijn in beginsel de regels van titel 3.7 inzake de gemeenschap van toepassing. De mandeligheid verkrijgt daarnaast echter een eigen regeling in titel 5.5, die niet alleen die van titel 3.7 aanvult, doch ook daarvan in enkele opzichten afwijkt.

Mandeligheid kenmerkt zich daardoor dat zij is gebonden aan bepaalde gemeenschappelijke zaken, behorende tot erven tot welke gemeenschappelijk nut die zaken strekken, en ze is als zodanig een van de eigendom van die erven afhankelijke eigenschap: een aandeel in een mandelig werk enz. kan niet los van (een deel van) zo'n erf worden vervreemd en gaat, omgekeerd, bij overdracht van het erf van rechtswege mee over, en het mandelig werk is, in afwijking van artikel 3:178, evenmin vatbaar voor verdeling, alles behoudens het in artikel 66 bepaalde (zie artikel 63). Mandeligheid kan met een erfdiensbaarheid gepaard gaan, namelijk wanneer de erfdiensbaarheid gebruik van bijvoorbeeld een werk vereist, en dit werk bovendien gemeenschappelijk eigendom van de eigenaar van het heersende en van die van het dienende erf is en dat werk tot nut van beide erven strekt (zie ook artikel 75, zesde lid).

Mandeligheid van een gebouw of werk behoeft niet mee te brengen dat ook de grond daaronder gemeenschappelijk eigendom is; zie echter artikel 36.

Het huidige wetboek verbindt mandeligheid aan een gemeenschappelijke scheidsmuur (artikelen 680 e.v.) en, naar men mag aannemen, ook aan de zaken, bedoeld in artikel 703. Of daarbuiten ook mandeligheid kan bestaan, en met name, of deze ook kan worden gevestigd, is thans betwist.

Het ontwerp maakt aan deze onzekerheid een einde, door haar ontstaan ook door bestemming bij notariële akte toe te staan (artikel 60). Daaraan bestaat behoefte bij gemeenschappelijke voorzieningen, zoals parkeerplaatsen, antenne-inrichtingen, plantsoenen en speelplaatsen.

### Artikel 60

Zoals hierboven reeds is aangegeven, behelst het artikel de mogelijkheid om door bestemming bij een in de openbare registers ingeschreven notariële akte een gemeenschappelijke onroerende zaak mandelig te maken. De bestemming houdt niet in dat de zaak gemeenschappelijk wordt, maar wél kan bij één akte én levering van mede-eigendom plaatsvinden én de bestemming als mandelig.

Niet is vereist dat de tot mandelig bestemde zaak aan één of meer der erven moet grenzen - zo is bijvoorbeeld denkbaar dat een mandelige parkeerplaats op enige afstand van de erven is gelegen.

### Artikel 61

Het eerste lid geeft een drietal wijzen van beëindiging van de mandeligheid door bestemming aan. De eerste daarvan spreekt voor zichzelf. Ook de tweede ligt voor de hand: zij is het spiegelbeeld van het ontstaan overeenkomstig artikel 60; is niet aan de formele vereisten voldaan, dan blijft de mandeligheid in stand.

De derde wijze waarop de mandeligheid haar einde vindt, betekent dat zij nog blijft bestaan zolang ook maar één der erven van de gemeenschappelijke zaak nut heeft. In zo'n geval zal echter gewoonlijk artikel 66 toepassing vinden.

Het tweede lid is een aanvulling op artikel 3:17, met de gevolgen voor verkrijgers te goeder trouw.

De opsomming van het eerste lid is niet limitatief. Zo eindigt de mandeligheid ook, als de bestemming slechts voor een bepaalde tijd geldt of aan het intreden van een ontbindende voorwaarde is gebonden. De bestemmingsovereenkomst is geen wederkerige overeenkomst, omdat partijen geen tegenover elkaar staande verbintenissen op zich nemen - ontbinding wegens wanprestatie door een hunner komt als wijze van beëindiging dus niet aan de orde.

### Artikel 62

De wettelijke mandeligheid van artikel 62 is de klassieke van ook het huidige wetboek: zie artikel 680. De artikelen 680, 681, 705 en 709 vullen dit aan met allerlei vermoedens, die in de praktijk nog wel tot onzekerheid aanleiding geven.

Het ontwerp onderscheidt tussen tweeërlei scheidsmuur: de vrijstaande (lid 1) en die welke onderdeel van twee gebouwen is (lid 2).

Voor de eerste soort geldt het vermoeden van artikel 36: de grens der erven loopt in het midden van de grond onder de muur in de lengterichting. Wordt het vermoeden niet weerlegd, dan is de muur gemeenschappelijk en als zodanig mandelig. Zie voorts artikel 49.

Voor de tweede categorie zijn de gemeenschappelijkheid en mandeligheid met aard en ligging van de muur gegeven - waar de grens precies loopt, is daarbij onverschillig. Behoort de muur slechts aan één gebouw, dan is er geen mandeligheid; gewoonlijk zal de muur dan bestanddeel van het gebouw zijn, en als zodanig horizontaal zijn nagetrokken.

Een muur waarlangs de grens der erven loopt, is niet krachtens dit artikel mandelig, noch wanneer hij vrijstaat, noch wanneer hij onderdeel van één gebouw is.

#### Artikel 63

Het artikel geeft de rechtsgevolgen van de eigenschap der mandeligheid: het recht op het aandeel in de onroerende zaak is een afhankelijk recht, en wel afhankelijk van de eigendom van de betrokken erven, en de gemeenschap der mandelige zaak is niet voor verdeling vatbaar - zie onder Algemeen in deze memorie ter inleiding van titel 5.5, en voorts artikel 66, dat voor een speciaal geval van artikel 63 afwijkt.

#### Artikel 64

In het algemeen volgt de toegankelijkheid tot de mandelige zaak uit haar ligging, maar dat kan anders zijn als zij niet op de grens van alle betrokken erven is gelegen. Van hun bevoegdheid moeten de eigenaars der erven naar redelijkheid en billijkheid gebruik maken (artikel 3:166, derde lid). Afwijking van het artikel is blijkens artikel 69 toegestaan.

#### Artikel 65

Het in dit artikel bepaalde bouwt voort op de artikelen 682, 689, eerste lid, en 703 van het bestaande wetboek. In het algemeen volgt het ook uit de bepalingen omtrent de gemeenschap van titel 3.7 inzake het beheer, maar bijzonder is de verplichting tot bijdragen in de kosten van vernieuwing. De bijdrage zal in de regel evenredig zijn aan de omvang van het aandeel in de mandelige zaak (zie artikel 3:172 j° artikel 3:166, tweede lid), doch een beheersregeling overeenkomstig artikel 3:168 kan hier preciseren en eventueel afwijken (zie artikel 69).

#### Artikel 66

Het artikel vormt, min of meer voortbouwend op artikel 682, tweede lid, van het huidige BW, een uitzondering op artikel 63, dat overdracht van een mandelig aandeel in een onroerende zaak zonder overdracht van het erf als regel uitsluit. De mogelijkheid is beperkt: overdracht is slechts mogelijk aan mede-eigenaars, niet aan derden (leden 1 en 2), en geldt voor een aandeel in een gemeenschappelijke muur slechts in een zeer beperkt aantal gevallen (lid 3).

Het eerste lid betreft overdracht van het aandeel aan de overige mede-eigenaars (of eventueel een of meer hunner): dit kan slechts indien dezen daarmee instemmen en hun medewerking verlenen.

Het tweede lid, waarvan overeenkomstig artikel 69 afwijking mogelijk is, verplicht de overige mede-eigenaars tot zulke medewerking indien een hunner van oordeel is dat het nut dat hij aan zijn aandeel ontleent, niet opweegt tegen de kosten die het meebrengt - zie in deze geest ook artikel 682, tweede lid, van het BW. Bij de toepassing van laatstgenoemde bepaling volgt uit de wetstekst niet of onder die kosten ook zijn begrepen die welke reeds ten laste van de mede-eigenaars zijn gemaakt; in het ontwerp worden deze uitgesloten. De verplichte medewerking kan door reële executie worden afgedwongen: artt. 3:300 en 3:301.

Elk der overige mede-eigenaars, voor wie op deze wijze de kosten eveneens te zwaar worden, kan zich verzetten, door ook te zijnen aanzien de toepassing van het tweede lid in te roepen. Doen allen dit, dan kan de vordering niet worden toegewezen.

Als voor het nut der mandelige zaak gebruik van het erf van de overdragende mede-eigenaar vereist is, bijvoorbeeld omdat de mandelige zaak zich geheel of ten dele op dat erf bevindt of slechts daarover te bereiken is, moet deze mede-eigenaar daartoe een passend servituut of opstalrecht ten behoeve van de overigen vestigen. Het derde lid sluit zowel de toepasselijkheid van het eerste lid als die van het tweede lid voor een gemene muur enz. in de meeste gevallen uit, en wel in die gevallen waarin de mede-eigenaar wel voortaan van de kosten van

de zaak zou worden verlost, maar zijn profijt daarvan niet zou verminderen; vgl. ook hier artikel 682, tweede lid (slot).

#### Artikelen 67 en 68

Het geldende BW behelst verspreid een aantal bevoegdheden van de mede-eigenaars van mandelige zaken, met de beperkingen daarop. Deze zijn voor het ontwerp goeddeels overbodig, omdat zij volgen uit de toepasselijkheid van de bepalingen van titel 3.7 inzake de gemeenschap in het algemeen. Aldus de artikelen 682, eerste lid (bijdrage in de gemeenschappelijke kosten), 688 (maken van holten in een mandelige muur), 691 (maken van vensters en openingen in een mandelige muur) en 690 (vervanging van een muur door een heining). Weinig wenselijk is de regeling van de artikelen 684 en 686 omtrent de verhoging van een gemene muur door een der mede-eigenaars buiten de anderen om, met de mogelijkheid dat de verhoging alleen aan de eerste komt toe te behoren.

Alleen de bepalingen van de artikelen 683, 688, tweede lid, en artikel 685 blijven over voor bijzondere regeling in titel 5.5. Artikel 67 vervangt daarvan de eerste twee, artikel 68 het laatste.

Van de artikelen kan overeenkomstig artikel 69 bij regeling worden afgeweken.

#### Artikel 67

Het bijzondere van het eerste lid is dat elk der burens de naar zijn erf toegekeerde helft van de scheidsmuur ter inbalking, inankering e.d. mag gebruiken.

Het tweede lid verplicht de mede-eigenaar die een werk aan of tegen de muur wil aanbrengen, tot medewerking aan het opmaken van een deskundigenrapport.

#### Artikel 68

Op de wijze van het eerste lid van artikel 67 geeft dit artikel elk der mede-eigenaars het gebruik van de helft van een gemeenschappelijke muur, en wel tot het aanleggen van een goot daarover.

#### Artikel 69

Bij de toelichting op de artikelen 64, 65, 66, tweede lid, en 67 en 68 is reeds op dit artikel vooruitgelopen. Een regeling die afwijkt van, inclusief nadere details bevat omtrent, de toepassing van de genoemde artikelen is de door de deelgenoten of de rechter in eerste aanleg vastgestelde regeling ter zake van het genot, gebruik en beheer van gemeenschappelijke goederen, bedoeld in artikel 168 van Boek 3. Deze regeling leent zich voor inschrijving in de openbare registers (artikel 3:17) en bindt dan mede de rechtverkrijgenden van de eigenaars (artikel 3:168, vierde lid).

#### Titels 5.6-5.9

##### Inleiding

De titels 5.6, 5.7 en 5.8 bevatten de regeling van de drie beperkte rechten die uitsluitend op - onroerende - zaken, en niet op andere goederen, kunnen worden gevestigd, namelijk erfdienstbaarheid (servituut), erfpacht en opstal. De - relatief omvangrijke - titel 5.9 tot slot betreft het appartementenrecht.

De ontworpen regeling is, evenals die in het huidige wetboek, in beginsel van dwingend recht: aangegeven is, wanneer afwijking is toegelaten, terwijl partijen ook veel vrijheid is geboden om zelf inhoud aan het zakelijk recht te geven. In de regel kan dit geschieden bij de akte van vestiging (waaronder een eventuele akte van wijziging is begrepen). Zie deze memorie van toelichting onder Algemeen. De verhouding tussen beperkt gerechtigde en hoofdgerechtigde wordt voorts beheerst door de regels van redelijkheid en billijkheid (vgl. artikel 6:248 j° artikel 6:216).

Zie voor de vestiging der beperkte rechten artikel 3:98.

#### Titel 5.6 - Erfdienstbaarheden

##### Algemeen

De erfdienstbaarheid (het servituut) is een oud, uit het Romeinse recht stammend, zakelijk recht, dat in het huidige recht is opgenomen (artikelen 720 tot en met 756). Kenmerkend is dat op het ene erf een last,

bijvoorbeeld het gebruik van een overweg, rust ten behoeve van het andere: zij staan tot elkaar als dienend erf tot heersend erf; in beginsel bestaat de last dan ook in een verplichting van de eigenaar van het dienende erf tot niet-doen of dulden (artikel 71). De huidige regeling is voor de behoeften van deze tijd niet erg passend meer. De belangen die ermee worden gediend, zijn niet alleen meer die van burens als rechthebbenden op een perceel grond ten opzichte van elkaar, maar kunnen ook concurrentieverhoudingen betreffen - aldus reeds erkend in HR 28-6-1957, NJ 1957, 491 - en de ruimtelijke ordening van overheidswege raken. Mede met het oog daarop verruimt het ontwerp de mogelijkheden tot het gebruik van het instituut der erfdiensbaarheid. Zo worden niet langer het nutsvereiste en het naburigheidsvereiste gesteld (zie bij artikel 70). Verder is afgezien van een catalogus van soorten erfdiensbaarheden, maar wordt de invulling in beginsel overgelaten aan de akte van vestiging. Voorts vervalt de onderscheiding tussen zichtbare en onzichtbare en die tussen voortdurende en niet voortdurende erfdiensbaarheden (met de gevolgen voor verjaring, zie de toelichting op de artikelen 3:99 en 3:106), en wordt de rechter de bevoegdheid gegeven om bij verandering van omstandigheden of strijd met het algemeen belang een erfdiensbaarheid te wijzigen of op te heffen. Hierbij moet rekening worden gehouden met de verwante regeling van de kwalitatieve verbintenis met zakelijke werking in artikel 6:252 (zie ook de artikelen 6:258 tot en met 6:260).

Onder "erf" wordt, evenals in de vorige titels, niet slechts een perceel grond, bebouwd of onbebouwd, begrepen, doch eventueel de (onroerende) opstal.

In het vervolg van deze toelichting wordt er gemakshalve van uitgegaan dat een erfdiensbaarheid een rechtsverhouding schept tussen de eigenaars van twee erven; zie echter artikel 84, dat toelaat dat ook bepaalde beperkt gerechtigden partij kunnen zijn. En voorts spreekt het vanzelf dat niet alleen voor deze, maar ook voor andere tot genot van een erf gerechtigden, zoals huurders, uit een bestaande erfdiensbaarheid bevoegdheden en verplichtingen kunnen voortvloeien.

Artikel 70, eerste lid, karakteriseert de erfdiensbaarheid als een last, die op het dienende erf rust ten behoeve van een heersend erf; de inhoud van deze last wordt nader in artikel 71 aangegeven. Stemt de karakteristiek van de erfdiensbaarheid als last overeen met de regel van artikel 713 thans, niet is daaruit overgenomen het vereiste dat ze strekt "tot gebruik en tot nut" van het heersende erf. De beperking die daarin is gelegen, is te eng voor de praktijk gebleken, terwijl ze anderzijds te vaag was geformuleerd om houvast te bieden - zie het hierboven genoemde arrest HR 28-6-1957, NJ 1957, 491. Het ontwerp laat daarom het "nutsvereiste" vallen en stelt als ruimer criterium dat de erfdiensbaarheid moet strekken "ten behoeve van" het heersende erf. Dit betekent dat daaronder alles valt wat de eigenaar van het heersende erf - als eigenaar - tot voordeel kan strekken, ook een persoonlijk genot dat niet afhankelijk is van de bestemming of inrichting van het erf; evenzo kan de overheid als eigenares van een weg bij wege van erfdiensbaarheid zeggenschap krijgen over de wijze van bebouwing der daaraan grenzende erven.

Evenmin wordt in het ontwerp het vereiste van naburigheid door erven gesteld, een vereiste dat men wel uit de huidige wet afleidt. Zo kan door een erfdiensbaarheid de uitstoot van bepaalde gassen worden verhinderd, ook al is het heersende erf dat van die gassen schade zou lijden, enige kilometers van het dienende erf verwijderd. Tenslotte wordt ook niet, anders dan door de tekst van artikel 720 van het huidige BW, uitgesloten dat dezelfde persoon eigenaar van zowel het heersende als het dienende erf is: op een van beide kan immers een ander beperkt zakelijk recht rusten, ten behoeve of ten laste van welks gerechtigde een erfdiensbaarheid is gevestigd: zie artikel 84, en voorts, met betrekking tot relativering van de gevolgen van afstand en vermenging, artikel 3:81, tweede lid, onderdelen c en e, en derde lid.

In de omschrijving van het eerste lid ligt voorts opgesloten dat een erfdiensbaarheid een afhankelijk recht is; zie de artikelen 3:7 en 3:82. Het recht is onlosmakelijk verbonden met de eigendom van het heersende en die van het dienende erf.

Het tweede lid voorziet in de mogelijkheid om aan de retributie een zakelijk karakter te geven door een beding in de akte van vestiging, dat voor inschrijving in de openbare registers vatbaar is.

Evenals artikel 721 van het huidige BW zoekt de eerste zin van het eerste lid van artikel 71 het meest karakteristieke van de erfdiensbaarheid in een verplichting om te dulden of niet te doen aan de zijde van het dienende erf; de tweede zin en het tweede lid geven daarop een beperkte aanvulling.

De verplichting tot het dulden of niet doen heeft slechts betrekking op een toestand of handelingen van feitelijke aard: een verplichting om een rechtshandeling - bijvoorbeeld het verhuren van het dienende erf - niet te verrichten, kan niet bij wege van erfdiensbaarheid worden opgelegd - zie omtrent zulke verplichtingen artikel 6:252 (kwalitatieve verbintenissen). Wél kan bijvoorbeeld het niet-uitoefenen van een (bepaald) bedrijf

op het dienende erf worden bedongen - aldus reeds het eerder genoemde arrest HR 28-6-1957, NJ 1957, 491. Niet kan worden opgelegd een dulden ten behoeve van het erf van een derde.

De erfdienstbaarheid houdt in dat de eigenaar van het dienende erf wordt verplicht iets te dulden of niet te doen op (of boven of onder) hetzij zijn eigen erf, hetzij op het heersende erf, zulks in afwijking van de bevoegdheden die hem anders, bijvoorbeeld op grond van het burendrecht, zouden toekomen. Dulden op eigen erf kan bijvoorbeeld zijn het toelaten van de eigenaar van het heersende erf op het dienende erf, of het toestaan dat hij leidingen in de grond daarvan houdt. Dulden op het heersende erf kan inhouden dat de eigenaar daarvan in afwijking van de regels van het burendrecht vensters of balkons aanhoudt. Een verplichting tot niet doen op het dienende erf kan inhouden dat de eigenaar daarvan verplicht is op eigen terrein niet te bouwen, waar het volgens de regels van het burendrecht wel geoorloofd zou zijn.

De tweede zin van het eerste lid schept de mogelijkheid om aan de eigenaar van het dienende erf een bijkomstige verplichting, en wel tot doen - namelijk het aanleggen van gebouwen, werken of beplantingen - op te leggen, hetgeen voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid van de eerste zin nodig is, mits die aanleg althans ten dele op het dienende erf plaats vindt. Men denke bijvoorbeeld aan de aanleg van een weg, brug of leiding.

Ook het tweede lid opent de mogelijkheid tot het opleggen van een verplichting tot een doen aan de eigenaar van het dienende erf, en wel tot onderhoud van hetzij dit erf, hetzij van gebouwen, werken of beplantingen, zoals die in het eerste lid, tweede zin, zijn omschreven.

Het verschil met deze laatste bepaling is dat de in het tweede lid bedoelde verplichtingen ook zelfstandig het onderwerp van een erfdienstbaarheid kunnen uitmaken, en derhalve niet verbonden behoeven te zijn aan een verplichting tot dulden of niet doen.

Artikel 72 bevat op zichzelf niets bijzonders: zie artikel 3:80, derde lid. Zie voorts artikel 3:81, eerste lid, omtrent overdracht van het erf onder voorbehoud van een erfdienstbaarheid, artikel 3:82 omtrent de overgang van de erfdienstbaarheid als afhankelijk recht, en artikel 3:89, eerste en derde lid, voor de wijze van levering. Tegenover het huidige recht echter is het bijzondere van het artikel dat het enerzijds voor verkrijging door verjaring geen uitzondering maakt voor de niet zichtbare of niet voortdurende erfdienstbaarheden (artikel 745), en anderzijds vestiging door enkele bestemming en door herleving uitsluit (artikelen 746 en 747).

Verjaring kan volgens het nieuwe recht op tweeërlei wijze tot verkrijging van een erfdienstbaarheid leiden, namelijk op de wijze van artikel 3:99 en op die van artikel 3:105. Voor de eerste is vereist een onafgebroken bezit te goeder trouw gedurende tien jaren. Een zodanig bezit kan bestaan, ook indien het vermeende recht niet zichtbaar is (niet uit een uiterlijk teken blijkt) of niet voortdurend - dat wil zeggen dat het vermeende recht, bijvoorbeeld tot het betreden van het dienende erf, telkens opnieuw moet worden uitgeoefend. Niet voldoende is dat de toestand al sinds mensenheugenis voortduurt (HR 3-5-1996, NJ 1996, 501). Men denke voor de mogelijkheid van goede trouw en dus van verjaring in zo'n geval in het bijzonder aan een in de registers ingeschreven akte van vestiging die een gebrekkige titel behelst.

Verjaring langs de weg van artikel 3:105 wordt voltooid door verjaring van de rechtsvordering tot beëindiging van het bezit - zie artikel 3:314; voor dit bezit is goede trouw, en dus bijvoorbeeld een ingeschreven vestigingsakte, niet vereist. Aangezien het in artikel 3:105 gegeven rechtsgevolg in het huidige recht niet bestaat, zal de verjaringstermijn niet kunnen aanvangen voor de inwerkingtreding van dat artikel.

De mogelijkheid van verkrijging van een erfdienstbaarheid door bestemming is niet gehandhaafd, omdat de rechtszekerheid voor derden-verkrijgers van het dienende erf daardoor zou worden ondermijnd: de bestemmingshandeling blijkt immers niet uit de openbare registers.

Artikel 73, eerste lid, verwijst voor de inhoud en de wijze van uitoefening van de erfdienstbaarheid in de eerste plaats naar (uitleg van) de akte van vestiging. Dit is in het bijzonder van belang bij een wijziging van de toestand, bijvoorbeeld in de inrichting van het heersende erf. De uitoefening moet ook dan blijven binnen de inhoud van het servituut, zoals in de akte omschreven, en bij de uitleg daarvan moet mede worden gelet op de toestand zoals die ten tijde der vestiging bestond, maar de inhoud kan ruimer zijn dan partijen ten tijde der vestiging praktisch voor ogen stond (zie HR 7-2-1936, NJ 1936, 440).

De rol van de plaatselijke gewoonte komt op de tweede plaats, maar kan bij twijfel beslissend zijn. Uiteraard dienen partijen zich jegens elkaar naar redelijkheid en billijkheid te gedragen.

De laatste zin van het eerste lid leent zich ook voor toepassing voor een erfdienstbaarheid die door verjaring is ontstaan.

Het tweede lid correspondeert met artikel 738, tweede lid, van het huidige BW, dat de bevoegdheid van de eigenaar van het dienende erf regelt om een weg of pad op zijn erf te verleggen. Is aan het daarvoor gestelde vereiste voldaan, dan behoeft hij noch de toestemming van de eigenaar van het heersende erf, noch een

rechterlijke uitspraak, noch ook aanpassing van de akte van vestiging, indien door de verlegging weg of pad op een andere plaats komt te liggen dan door de akte aangewezen. Niet iedere genotsvermindering, hoe gering ook, staat aan verplaatsing van de erfdienstbaarheid in de weg (HR 24-9-1999, NJ 1999, 754).

De eigenaar is niet bevoegd tot verlegging naar een ander, hem eveneens toebehorend, erf (HR 21-1-1972, NJ 1973, 480).

Artikel 74 komt overeen met artikel 737, eerste lid, slot, van het geldende BW.

Artikel 75 bakent de wederzijdse bevoegdheden en verplichtingen van de eigenaar van het heersende en van die van het dienende erf tegenover elkaar af - vgl. artikel 734 van het huidige BW. Het gaat daarbij uit van beperking tot hetgeen strikt noodzakelijk is voor het genot van de erfdienstbaarheid, maar bevat geen dwingend recht (zie het vijfde lid). De door partijen getroffen afwijkende regeling, mits opgenomen in de ingeschreven akte, maakt deel uit van de erfdienstbaarheid, en behelst dan kwalitatieve rechten en verplichtingen. Het tweede tot en met vierde lid en ook het zesde lid hebben in het bijzonder betrekking op de inrichtingen - gebouwen, werken en beplanting - die ter uitoefening van de erfdienstbaarheid op het dienende erf zijn aangebracht. Wie eigenaar is van de op het dienende erf aangebrachte inrichtingen, volgt in beginsel uit artikel 20: de eigenaar van dat erf is ook hiervan eigenaar. Maar partijen kunnen afwijken door het vestigen van een opstalrecht. Een zodanig opstalrecht kan dan als een van de erfdienstbaarheid afhankelijk opstalrecht vorm krijgen (zie artikel 101, tweede lid), en daarmee de eigenaar van de opstal in zijn bevoegdheden beperken. Een andere mogelijkheid is om de inrichting tot een mandelige zaak te bestemmen, met de gevolgen van dien: zie het zesde lid.

Artikel 76 regelt de gevolgen van splitsing van het heersende erf (eerste lid) en die van het dienende erf (tweede lid). In beginsel blijft de erfdienstbaarheid ondeelbaar en heeft splitsing daarop geen invloed. Het recht der erfdienstbaarheid blijft bestaan ten behoeve van elk deel van het heersende erf dat daarvan profijt heeft, de last der erfdienstbaarheid valt van een door de deling gevormd erf alleen af, indien dat niet vatbaar is voor de uitoefening der erfdienstbaarheid.

Het eerste lid vervangt artikel 736 van het huidige BW, maar niet is overgenomen de beperking "zonder dat evenwel de toestand van het dienstbare erf moge verzwaaard worden". Voor een erfdienstbaarheid van weg zal splitsing van het heersende erf allicht voor het dienende erf worden verzwaaard, doordat meer personen ervan gebruik maken. Of dit geoorloofd is, moet worden getoetst aan de akte van vestiging en het plaatselijk gebruik (zie artikel 73) en eventueel door de rechter: zie artikel 78.

Het tweede lid vervangt artikel 740, maar voor de vraag of de erfdienstbaarheid op een deelerf blijft rusten, zal het criterium niet meer zijn, of het voor haar uitoefening "noodzakelijk" is, doch of die uitoefening daarop mogelijk is. Denkbaar is dat de uitoefening van de erfdienstbaarheid slechts op één deel noodzakelijk is, maar onverschillig is, op welk deel - in zo'n geval dienen alle delen met het beperkte recht te blijven belast.

Artikel 70, tweede lid, schept de mogelijkheid dat de eigenaar van het heersende erf een retributie verschuldigd wordt aan de eigenaar van het dienende erf. Zulk een schuld is ook in omgekeerde richting denkbaar, bijvoorbeeld een vergoeding door de eigenaar van het dienende erf voor het medegebruik van een inrichting die bij de erfdienstbaarheid behoort (vgl. artikel 75, vierde lid, j° zesde lid).

Beide leden van artikel 77 regelen nu wat er gebeurt, indien er meer dan een persoon als schuldenaar wordt aangewezen: het gevolg is dan hoofdelijkheid, dat wil zeggen dat elk hunner voor het geheel is gebonden; de rechtsgevolgen daarvan worden geregeld in afdeling 6.1.2. In het eerste lid wordt het geval van mede-eigendom geregeld. Het tweede lid schept het gevolg van hoofdelijkheid voor het geval van overdracht of toedeling: de nieuwe schuldenaar wordt hoofdelijk met zijn voorganger gebonden voor de schulden, opeisbaar geworden in de twee jaren die aan zijn verkrijging voorafgaan. Vgl. artikel 92 voor erfpacht. Is er meer dan één schuldeiser, dan zijn de regels omtrent de pluraliteit van schuldeisers van toepassing (vgl. de artikelen 6:15 en 6:16).

#### Artikelen 78 tot en met 81

Het huidige recht kent geen mogelijkheid tot wijziging of opheffing van een erfdienstbaarheid als gevolg van een rechterlijke uitspraak. Voor het nieuwe recht wordt hier een regeling geboden: wijziging (artikel 78) en opheffing (artikelen 78 en 79) op vordering van de eigenaar van het dienende erf, en wijziging (artikel 80) op vordering van de eigenaar van het heersende erf.

Wijziging en opheffing op vordering van de eigenaar van het dienende erf - artikel 78 - kunnen plaatsvinden op soortgelijke gronden als die welke in de artikelen 6:258 en 6:259, eerste lid, onderdeel a, tot wijziging en ontbinding van overeenkomsten - bij artikel 6:259 voor overeenkomsten verwant met een servituut - zullen kunnen leiden, namelijk onvoorziene omstandigheden en, na het verstrijken van een periode, strijd met het algemeen belang.

Onvoorziene omstandigheden is een begrip dat ruimer is dan onvoorziene omstandigheden; van onvoorziene omstandigheden kan ook sprake zijn als zich omstandigheden voordoen waarmee partijen bij de vestiging (of verkrijging door verjaring) van de erfdienstbaarheid blijkbaar geen rekening hebben gehouden, ook al waren zij objectief wel voorzienbaar.

Een agrarische erfdienstbaarheid kan bijvoorbeeld op den duur met het algemeen belang in strijd komen bij verstedelijking van de omgeving.

Zijn partijen het eens over het beëindigen van de erfdienstbaarheid, dan kan die uiteraard buiten de rechter om worden verkregen doordat de eigenaar van het heersende erf afstand doet (artikel 3:98).

Artikel 79 regelt een tweetal gevallen waarin uitsluitend opheffing der erfdienstbaarheid - niet wijziging daarvan - door rechterlijke uitspraak op vordering van de eigenaar van het dienende erf kan worden verkregen, namelijk het geval van blijvende onmogelijkheid van uitoefening en dat van het ontbreken van een redelijk belang bij de erfdienstbaarheid. Voor het eerste vergelijkte men artikel 749 van het huidige BW, dat echter de erfdienstbaarheid van rechtswege doet vervallen. Het tweede is nieuw en zal zijn tegenhanger in het verbintenissenrecht vinden voor bepaalde verplichtingen die bij overeenkomst zijn gelegd op een recht-hebbende op of gebruiker van een registergoed (zie artikel 6:259, eerste lid, onderdeel b). De rechter moet hier afwegen, maar in elk geval is vereist dat niet aannemelijk is dat het redelijk belang zal herleven.

Buiten opheffing door rechterlijke uitspraak om kan ook hier, evenals in de gevallen van artikel 78 beëindiging door afstand van het servituut worden bereikt.

Ook de eigenaar van een heersend erf kan door het optreden van "onvoorziene omstandigheden" (zie artikel 78) belang hebben bij wijziging van de erfdienstbaarheid. Zie aldus het geval van HR 11-4-1940, NJ 1940, 649: een oud servituut van overpad met paard en kar, dat door de ontwikkeling van het motorverkeer was achterhaald. In zulke, door artikel 80 omschreven gevallen - onmogelijkheid van uitoefening of aanzienlijke vermindering van het belang - kan de rechter wijziging aanbrengen, in het bijzonder door enige uitbreiding van de bevoegdheden van eiser. Ook hier moet de rechter de wederzijdse belangen afwegen.

Artikel 81 geeft in twee leden een aanvulling op de artikelen 78 tot en met 80. Het eerste lid geeft de rechter de bevoegdheid tot het stellen van voorwaarden voor de verlangde wijziging of opheffing van de erfdienstbaarheid, bijvoorbeeld vergoeding van kosten of schadeloosstelling. Het tweede lid waarborgt dat bij de afweging van belangen door de rechter ter zake van de wijziging of opheffing ook die van een eventuele beperkt gerechtigde (in het bijzonder vruchtgebruiker, erfpachter en opstaller), mits hun recht door de uitspraak van de rechter zou worden aangetast (HR 15-12-1995, NJ 1996, 691), aan de orde komen en worden meegewogen. Zie voor hun eigen recht in dezen de artikelen 3:218, 5.95 en 5.104, eerste lid.

De artikelen 82 en 83 geven een aanvulling op de regeling van tenietgaan van een erfdienstbaarheid door afstand en vermenging, die in het algemeen is geregeld in artikel 3:81, tweede en derde lid.

Een voorbeeld van afstand van een erfdienstbaarheid wegens lasten en verplichtingen biedt in het huidige recht artikel 731 van het BW. Naar men aanneemt, kan onder dit recht afstand eenzijdig door de rechthebbende geschieden, hetgeen onder het nieuwe recht niet meer zal kunnen: artikel 3:98.

Artikel 82 verhindert dat de eigenaar van het dienende erf door zijn medewerking te weigeren de rechthebbende in het onderhavige geval kan dwarsbomen; de medewerking kan desnoods door reële executie worden afdwongen (artikelen 3:300 en 3:301).

Het tweede lid laat toe het eerste lid voor een termijn van twintig jaren uit te sluiten, zodat de eigenaar van het dienende erf voor die periode gerechtigd is tot voldoening van de lasten en verplichtingen.

Artikel 3:81, derde lid, relativeert de gevolgen in het tenietgaan van een beperkt recht als gevolg van vermenging (en afstand) ten opzichte van degene die op het beperkte recht of het bezwaarde goed een beperkt recht hebben. Aldus werkt het tenietgaan van een erfdienstbaarheid doordat heersend en dienend erf in één hand komen, niet ten nadele van degene die bijvoorbeeld een erfpachtrecht op het heersende erf heeft.

Artikel 83 beschermt op vergelijkbare wijze degene die niet een beperkt recht op het heersende erf heeft, doch slechts een persoonlijk genotsrecht zoals huur, terwijl omgekeerd de huurder enz. van het dienende erf niet wordt bevoordeeld door de vermenging. Een verschil met artikel 3:81, derde lid, is echter dat, indien een der erven is verhuurd, het tenietgaan door vermenging zelf tot het einde der huur wordt opgeschort en niet slechts in zijn werking wordt gerelativeerd. Aldus wordt verzekerd dat deze huurder het genot van de erfdienstbaarheid behoudt, ook als beide erven later onder bijzondere titel in handen van een derde geraken. In de Nederlandse tekst van artikel 83 wordt naast de huur nog afzonderlijk de pacht vermeld.

De artikelen 758 en 769 van het bestaande BW verlenen aan de opstaller en de erfpachter de bevoegdheid de goederen waarop hun recht rust, voor de duur van hun genot met erfdienstbaarheden te bezwaren. Artikel 84 breidt die bevoegdheid uit tot de vruchtgebruiker, en verleent de drie gerechtigden voorts de bevoegdheid ook ten behoeve van de zaken waarop hun recht rust, erfdienstbaarheid te bedingen (eerste lid). In beginsel houden deze bedongen erfdienstbaarheden ook na afloop van het beperkte recht stand, zodat de gewezen hoofdgerechtigde daarvan mede profiteert (tweede lid). Hetzelfde geldt voor een erfdienstbaarheid die de opstaller niet bedong ten behoeve van de zaak waarop zijn opstal was gevestigd, maar ten behoeve van de - aan hem als eigenaar voor de duur van zijn recht toebehorende - opstal zelf. Van het beginsel kan bij akte van vestiging van de erfdienstbaarheid worden afgeweken, terwijl de eigenaar die na afloop van het beperkte recht in het genot van de erfdienstbaarheid komt, niet wordt gebonden door het in die akte voorkomende beding van artikel 82, tweede lid. Conform de artikelen 758 en 769 van het huidige BW gaat het derde lid uit van het beginsel dat bij het eindigen van het vruchtgebruik, de erfpacht of de opstal ook de erfdienstbaarheid die de beperkt gerechtigde ten laste van het dienend, aan zijn recht onderworpen, erf vestigde, vervalt. In de lijn van artikel 3:81, derde lid, is echter bepaald dat dit niet geldt, wanneer zijn recht eindigt door vermenging of afstand: de eigenaar, vruchtgebruiker enz. van het heersende erf wordt aldus niet de dupe, als de erfdienstbaarheid zou verdwijnen doordat de beperkt gerechtigde op het dienende erf tevens eigenaar van dat erf wordt. Wel vervalt deze erfdienstbaarheid indien het beperkte recht op andere wijze tenietgaat, zoals door het verstrijken van de termijn waarvoor het is gevestigd, of in geval van vruchtgebruik door het overlijden van de vruchtgebruiker. Evenmin vervalt de erfdienstbaarheid als de hoofdgerechtigde zelf op de in het derde lid omschreven wijze met de vestiging der erfdienstbaarheid heeft ingestemd. Het vierde lid verklaart de wettelijke bevoegdheden en verplichtingen van de eigenaar van het heersende, respectievelijk dienend erf van toepassing op de beperkt gerechtigde die overeenkomstig het eerste lid een erfdienstbaarheid heeft gevestigd of bedongen.

## Titel 5.7 - Erfpacht

### Algemeen

Evenals de erfdienstbaarheid is de erfpacht een uit oud recht stammend beperkt recht; zij geeft de erfpachter de bevoegdheid eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken: de erfpachter die zijn recht bezit, houdt de zaak voor haar eigenaar (artikel 85, eerste lid). De wijze van gebruik kan in de akte waarbij de erfpacht wordt gevestigd (artikel 3:98 j° artikel 3:89, vierde lid) of eventueel gewijzigd, nader worden geregeld. Door inschrijving van de akte krijgt de regeling een zakelijk karakter - dat wil zeggen: zij kan door en tegen latere verkrijgers ook onder bijzondere titel worden tegengeworpen, mits haar inhoud nauw genoeg aansluit bij aard en inhoud der wettelijke regeling (zie de inleiding op Boek 5 in de memorie van toelichting). Als vatbaar voor zodanige zakelijke werking kunnen onder andere gelden bedingen omtrent een bepaald gebruik van de grond, het aanbrengen en al dan niet wegnemen van gebouwen, het verdelgen van ongedierte, maar ook omtrent het betalen en dragen van zakelijke lasten en het betalen van boete bij overtreding. Hoewel de oorspronkelijke erfpacht bedoeld was voor het agrarisch gebruik van de grond, wordt ze thans ook gebezigd voor industrieel en commercieel gebruik, terwijl ze voorts als instrument tot grondpolitiek van overheidswege kan dienen. In de terminologie van het ontwerp heet de wederpartij van de erfpachter de eigenaar (zelfs als hij slechts beperkt gerechtigde is - zie artikel 93). De huidige regeling van de erfpacht is te vinden in de artikelen 766 tot en met 781 van het BW.

Artikel 85, eerste lid, dat de aard van de erfpacht omschrijft, is in de algemene inleiding op deze titel reeds ter sprake gekomen. Erfpacht kan ook worden gevestigd op een appartement als aandeel in een onroerende zaak. Het tweede lid geeft aan dat, anders dan onder het huidige recht (artikel 766), de verschuldigdheid van een erfpachtcanon geen essentiële van de erfpacht is. Als erfpachtcanon komt, in verband met de artikelen 87 en 92, alleen een geldbedrag in aanmerking; wel is een verplichting in natura toegelaten (zie artikel 90), maar de bepalingen omtrent de canon zijn daarop niet van toepassing.

Omtrent de aansprakelijkheid voor betaling door een latere verkrijger van erfpacht over een periode vóór zijn verkrijging zie artikel 92, tweede lid.

#### Artikel 86

In de vestigingsakte kunnen partijen zelfstandig de duur van de erfpacht bepalen - zie ook artikel 98 - en ook kunnen zij de erfpacht "eeuwigdurend" maken. Dit alles verhindert echter niet de toepasselijkheid van de artikelen 87 en 97. Komen partijen geen bepaalde duur overeen, dan geldt een duur van onbepaalde tijd, waarvoor eveneens de artikelen 87 en 97 gelden.

Artikel 87 behandelt de mogelijkheid van beëindiging van de erfpacht door opzegging, het eerste lid die van de zijde van de erfpachter, het tweede lid en het derde lid, tweede zin, die van de zijde van de eigenaar. Het eerste lid is van regeland recht, het tweede lid - blijkens het derde lid, eerste zin - van semi-dwingend recht. De bevoegdheid tot opzegging door de erfpachter kan bij de akte van vestiging worden beperkt of uitgesloten, die tot opzegging door de eigenaar kan, buiten het geval van ernstig tekortschieten aan de zijde van de erfpachter, door de akte van vestiging worden geschapen. Opzegging wegens tekortschieten van de zijde van de erfpachter is geheel wettelijk geregeld, met dien verstande dat bij de akte van vestiging een voor de erfpachter gunstiger regeling kan worden getroffen; een voor deze ongunstiger beding heeft in dat geval niet alleen geen zakelijke, maar ook geen verbintenisrechtelijke werking.

Tekortschieten in niet ernstige mate, inclusief wanbetaling van de canon over een kortere termijn dan twee jaren, kan niet met opzegging worden gesanctioneerd; anderzijds is voor een beroep op het tekortschieten niet vereist, dat dit aan de erfpachter is toe te rekenen.

Betekening aan een beperkt gerechtigde die het tweede lid vereist, zoals aan een hypotheekhouder en een vruchtgebruiker, alsmede aan een beslaglegger, stelt dezen in staat de nodige maatregelen te nemen; de hypothecaire schuld zal voorts in de regel opeisbaar worden in geval van zo'n opzegging.

De laatste zin van het tweede lid verplicht de eigenaar tot vergoeding van de waarde van de erfpacht onder verrekening met het door de erfpachter verschuldigde. De vergoeding is mede van belang voor de houder van de hypotheek op de opgezegde erfpacht: deze hypotheek wordt ingevolge artikel 3:229 omgezet in een pandrecht, dat op het saldo komt te rusten. Aftrek van hetgeen de eigenaar heeft te vorderen, is toegelaten, ook al zouden de vereisten voor verrekening niet zijn vervuld. De waarde der erfpacht kan onder andere door veiling daarvan worden vastgesteld. De bepaling biedt een ruimere vergoeding dan die van artikel 99, dat voor het onderhavige geval niet geldt, welk artikel alleen verplicht tot vergoeding van gebouwen, werken en beplantingen.

Zie voor het vigerende recht artikel 781 j° artikel 765 van het BW.

Artikel 88 geeft enige uitwerking van formaliteiten aan het voorgaande artikel, die bij elkaar de rechtszekerheid voor partijen en derden dienen.

Het exploitatiericht kan uiteraard in de openbare registers worden ingeschreven.

Zie voor het bestaande recht eveneens artikel 775 j° artikel 758 van het BW.

Het eerste lid van artikel 89 betreft het genot van de in erfpacht uitgegeven zaak, het tweede lid wijziging van de bestemming daarvan en het verrichten van handelingen in strijd met de bestaande bestemming, het derde lid het wegnemingsrecht bij het einde van de erfpacht. De leden geven hoofdregels die doorbroken kunnen worden, die van het eerste en derde lid bij de akte van vestiging, die van het tweede lid door toestemming van de eigenaar. Zie bij het eerste lid de inleiding bij de titels 5.6-5.9. De toestemming van de eigenaar volgens het tweede lid kan, met werking tegen rechtsopvolgers van de eigenaar, in de openbare registers worden ingeschreven.

Zie voor het geldende recht in het bijzonder artikel 767. Het ontwerp is in zoverre wat strenger, dat het ook toestemming van de eigenaar vereist als wijziging van de bestemming de waarde niet zou verminderen: de eigenaar - bijvoorbeeld de overheid - kan andere belangen bij de zaak hebben dan (exploitatie van) de financiële waarde.

### Artikel 90

Evenals aan de vruchtgebruiker volgens artikel 3:216, komen ook aan de erfpachter de vruchten der zaak toe, voor zover deze tijdens de duur van het recht zijn afgescheiden of opeisbaar geworden; vgl. artikel 1, derde lid. Datzelfde geldt voor de roerende voordelen die geen vruchten zijn, zoals delfstoffen en een gevonden schat voor de helft die niet de vinder toekomt (artikel 13), doch een onroerend voordeel, zoals aanwas, valt de eigenaar toe; vgl. artikel 3:213, tweede lid, omtrent de voordelen in geval van vruchtgebruik, welke regeling het onderscheid tussen roerend en onroerend niet maakt.

Artikel 91, eerste tot en met derde lid, vormt een uitzondering op de hoofdregel van artikel 3:83, die beperkte rechten in beginsel tot overdraagbaar verklaart. Verkrijging door vererving, ook krachtens testament, kan niet aan het vereiste van toestemming worden onderworpen, wel overdracht krachtens legaat, en toedeling uit bijvoorbeeld een nalatenschap. Het vereiste van toestemming wordt aan de eigenaar geboden, omdat deze bijvoorbeeld als overheid, er een gerechtvaardigd belang bij kan hebben, zeggenschap uit te oefenen over de keuze van een opvolgende erfpachter. Dit belang moet echter wijken voor het belang van schuldeisers die als beslaglegger of hypotheekhouder tot executie overgaan, aldus het slot van het eerste lid.

Volgens artikel 106 kan ook een erfpachter een gebouw in appartementen splitsen en volgens artikel 117 kan hij en kan een appartementseigenaar het appartementsrecht overdragen, doch krachtens het derde lid van het onderhavige artikel kan de eigenaar zeggenschap behouden over overdracht en toedeling aan personen aan wie hij het (ingeschreven) vereiste van toestemming kan tegenwerpen.

De bevoegdheid tot bezwaring van de onroerende zaak met bijvoorbeeld hypotheek kan niet door het vereiste van toestemming worden beperkt.

Het vierde lid waakt tegen de gevolgen van het uitblijven van de toestemming en tegen onredelijk gebruik van de bevoegdheid tot weigering daarvan.

Zie voor het bestaande recht artikel 769 van het BW, dat echter geen regeling geeft omtrent een mogelijk vereiste van toestemming van de eigenaar.

Artikel 92 behandelt de aansprakelijkheid van personen die gezamenlijk tot betaling van dezelfde canon zijn gebonden. In het eerste lid is dat het geval met deelgenoten, bijvoorbeeld erfgenamen, alsmede dat van erfpachters van elk een deel van de onroerende zaak, in het tweede lid is dat de bij dat lid voorgeschreven medeaansprakelijkheid van een opvolgend erfpachter met zijn voorganger voor achterstallige canon over een maximale termijn van vijf jaren. De aansprakelijkheid in deze gevallen is hoofdelijk. De regeling van de hoofdelijkheid zal zijn te vinden in Boek 6 (afdeling 6.1.2), waar ook het regres op "de schuldenaar die het aangaat" - bijvoorbeeld van de opvolger op zijn voorganger - is uitgewerkt. De eigenaar kan zijn vordering desnoods door beslag op en executie van de erfpacht kracht bijzetten.

Het slot van het eerste lid ziet op splitsing van de canon bij overeenkomst, bij de akte van erfpacht of krachtens de wet, zoals in het appartementsrecht geregeld.

Bij het tweede lid valt nog aan te tekenen dat de opvolger zich uiteraard bij de eigenaar kan vergewissen van het risico dat hij door de opvolging loopt.

Het derde lid laat bijvoorbeeld toe de wettelijke termijn van aansprakelijkheid van de opvolger te verkorten, doch niet die te verlengen.

De huidige wet bevat geen regeling van de in dit artikel behandelde problematiek.

### Artikel 93

Evenals voor het huidige recht, doch zonder wettelijke basis, wordt aanvaard, kan de erfpachter ondererfpacht vestigen, en wel niet als een beperkt recht op zijn eigen beperkte recht (hetgeen ook niet zou stroken met het karakter van zakelijk recht), doch als een beperkt recht op de door hem in erfrecht gehouden zaak zelf (zie ook de constructie van artikel 84, tweede lid, voor de erfdiensbaarheid).

Tegenover de ondererfpachter neemt de erfpachter de positie van de eigenaar in (aldus het derde lid), tegenover de eigenaar-erfverpachter heeft de onder-erfpachter een "zwakker" recht. In de eerste plaats is de omvang van zijn recht beperkt door de beperkingen die ook voor de erfpachter gelden en die bij de akte van vestiging zijn gesteld (eerste lid, tweede zin). Ook in duur is de ondererfpachter afhankelijk van die van de erfpacht, behalve in het geval van beëindiging daarvan door afstand en vermenging - conform artikel 3:81, derde lid (dat niet rechtstreeks toepasselijk is, omdat de ondererfpacht niet een beperkt recht op een beperkt recht, de erfpacht is, maar op de zaak zelf rust); zie aldus het tweede lid, eerste zin, te vergelijken met artikel 84, derde lid. In de derde plaats is de ondererfpacht niet bestand tegen executie van de erfpacht wegens wanprestatie in betaling

van de canon (tweede lid, tweede zin). De derde zin van het tweede lid maakt een begrijpelijke uitzondering op de eerste twee zinnen; zie ook hier artikel 84, derde lid.

Artikel 94 kent in beginsel aan de erfpachter de bevoegdheid tot verhuring van de zaak toe, met de mogelijkheid van uitsluiting van die bevoegdheid bij de akte van vestiging (eerste lid). Het tweede lid regelt de gevolgen van een verhuring die is overeengekomen over een periode na het einde van de erfpacht. Deze regeling is afgestemd op die van artikel 3:217 met betrekking tot een huur die nog loopt bij het einde van een vruchtgebruik.

De tekst van het ontwerp bevat gelijksoortige afwijkingen van de parallelle tekst van het Nederlandse BW als artikel 3:217, waarin rekening moest worden gehouden met de in Nederland geldende regels van huur- en pachtbescherming.

Artikel 95 behelst een met de artikelen 3:218 voor vruchtgebruik en 3:245 voor pand vergelijkbare regeling omtrent het procederen in zaken die zowel de eigendom als de erfpacht raken; men vergelijk de algemene opmerkingen in de memorie ter inleiding van titel 5.4 inzake het burencrecht. Zie ook HR 7-3-2003, NJ 2003, 244.

Artikel 96, eerste lid, bepaalt voor de erfpachter tegenover de eigenaar hetzelfde als artikel 3:220, eerste lid, voor de vruchtgebruiker tegenover de hoofdgerechtigde. Onder lasten zijn niet alleen te verstaan financiële lasten, doch ook verplichtingen bijvoorbeeld uit het burencrecht.

Het tweede lid legt de verplichting tot voldoening van buitengewone lasten zonder meer op de erfpachter en wijkt daarmee, in verband met het verschil in aard van de beide rechten, af van artikel 3:222, tweede lid, met betrekking tot vruchtgebruik.

Het derde lid laat afwijking van de eerste twee leden toe bij de akte van vestiging.

Het artikel komt in hoofdlijnen overeen met de artikelen 768 en 772 van het huidige BW.

#### Artikel 97

Een voorziening die het ontwerp, in afwijking van de huidige wet, bevat, is de mogelijkheid tot opheffing of wijziging van de erfpacht door de rechter. Zij is een *lex specialis* ten opzichte van de regeling die in Boek 6 zal worden voorgesteld voor wijziging van overeenkomsten en andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen (artikelen 6:258 en 6:216). Zij wijkt daarin af dat wijziging of opheffing pas kan worden verlangd nadat ten minste vijftientig jaren sinds de vestiging der erfpacht zijn verstreken: erfpacht pleegt voor een lange termijn te worden gevestigd en schept daardoor een verhouding waarvoor stabiliteit een eerste vereiste is. Overigens kan zij op dezelfde grond worden toegewezen die ook de maatstaf voor artikel 6:258 vormt: onvoorziene omstandigheden van dien aard dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de akte van vestiging niet kan worden geveerd. Aldus ook artikel 78, aanhef en onderdeel a, met het verschil dat bij erfpacht beide partijen de wijziging of opheffing kunnen verlangen; zie ook de toelichting op artikel 78 ter zake van de maatstaf.

De rechterlijke uitspraak is vatbaar voor inschrijving in de openbare registers, met de gevolgen van dien (afdeling 3.1.2).

Zie voor het tweede lid artikel 81, eerste lid, met toelichting, en voor het derde lid artikel 81, tweede lid, met toelichting. Bij beperkte rechten denke men in dit verband vooral aan hypotheek en ondererfpacht; voor de toewijzing is niet vereist dat ook het beperkte recht zelf ten minste vijftientig jaren heeft geduurd.

Artikel 98 regelt de rechtspositie van partijen, wanneer de duur van de erfpacht is verstreken en alsdan nog geen van beide partijen daadwerkelijk heeft blij gegeven zich daarnaar ook te (zullen) gedragen.

De erfpacht blijft dan stilzwijgend voor onbepaalde tijd doorlopen, doch de eigenaar heeft volgens het ontwerp nog gedurende zes maanden de gelegenheid om zich zonder meer op het einde van de erfpacht te beroepen; heeft hij zich ook in die tijd niet uitgesproken, dan staat hem voor de beëindiging slechts opzegging overeenkomstig artikel 88 open. De verlenging behoeft niet, om ook tegenover derden te kunnen worden ingeroepen, in de openbare registers te worden ingeschreven. Uiteraard kunnen partijen een verlengingsovereenkomst sluiten, die zich voor inschrijving in de registers leent.

Het tweede lid verklaart bedingen die afwijken ten nadele van de erfpachter, nietig: zulke bedingen hebben niet alleen ten opzichte van derden-verkrijgers geen werking, maar ook niet tussen partijen zelf.

Tegenover het huidige artikel 777 geeft artikel 98 een meer verfijnde regeling; zie voor het huidige recht ook HR 26-1-1979, NJ 1979, 452, dat voor de opzegging een redelijke termijn verlangt.

Anders dan het huidige recht behelst het ontwerp, en wel in artikel 99, een regeling omtrent de vergoeding die de eigenaar in beginsel verplicht is de erfpachter toe te kennen voor de waarde der gebouwen, werken en beplantingen die laatstgenoemde heeft aangebracht en die bij het einde van de erfpacht achterblijven; onder deze waarde zal ook begrepen zijn de waardeverhoging die de in erfpacht gegeven zaak verkrijgt door het achterblijven der gebouwen, enz. Geen vergoeding is verschuldigd voor zover het aanbrengen der zaken een gevolg is van het onderhoud waartoe de erfpachter is verplicht.

Krachtens artikel 89, derde lid, zal de erfpachter deze zaken dikwijls ook mogen wegnemen, zodat hij dan de keus heeft tussen de toepassing van artikel 89 en die van artikel 99, voor zover het tweede lid van dit artikel, onderdeel d, daaraan niet in de weg staat.

Het eerste lid legt het beginsel van de vergoeding vast. In het algemeen is deze billijk: de eigenaar kan bij het vaststellen van de hoogte van de canon desgewenst rekening houden met zijn vergoedingsverplichting bij het einde van de erfpacht.

Niettemin kunnen belangrijke uitzonderingen op hun plaats zijn. Het tweede lid vermeldt de gevallen waarin afwijking bij de akte van vestiging is toegestaan. Zie voorts ook artikel 87, tweede lid, laatste zin (met de toelichting daarop), waarin een afwijkende regeling voor het geval van beëindiging door opzegging vanwege de eigenaar voor het geval van ernstige wanprestatie en van wanbetaling van de canon is vervat.

Voor het derde lid zie men artikel 87, tweede lid, laatste zin, met de toelichting daarop.

Artikel 100 biedt zowel de erfpachter (eerste lid) als de eigenaar (derde lid) een retentierecht; in het eerste geval kan daarvan niet, ook niet bij slechts obligatoir werkend, beding worden afgeweken (tweede lid). Zie voor het retentierecht in het algemeen de artikelen 3:290 e.v.

Het retentierecht van de erfpachter rust op de gehele in erfpacht gegeven zaak, dat van de eigenaar op hetgeen de erfpachter op grond van zijn wegneemrecht (artikel 89, derde lid) heeft afgebroken. Is de afbraak nog niet voltooid, dan zal de eigenaar gewoonlijk een verbod tot (verdere) afbraak kunnen uitlokken.

Zie voor het retentierecht in het huidige wetboek artikel 761 j° artikel 765, en artikel 770.

## Titel 5.8 - Opstal

### Algemeen

Het opstalrecht heeft twee aspecten: enerzijds is het een beperkt zakelijk recht om op een anders onroerende zaak een zakelijk recht te hebben, namelijk daarin, daarop of daarboven gebouwen, werken of beplantingen te hebben, anderzijds kent het de eigendom van deze "opstallen" aan de beperkt gerechtigde toe. Als zodanig doorbreekt het de regel van artikel 20, onderdelen e en f; zie in de toelichting op dit artikel, en eveneens op die van artikel 3:3 nader over de begrippen gebouwen, werken en beplantingen.

De eigendom van de opstal vloeit voort uit het opstalrecht en kan daarvan niet worden losgemaakt; overdracht van het opstalrecht brengt mede dat de eigendom van de opstallen mee overgaat, hypotheek kan niet op de afzonderlijke opstallen worden gevestigd, wel op het opstalrecht, tenzij dit een afhankelijk recht is (zie artikel 101, tweede lid). In dit opzicht verschilt het opstalrecht van de erfpacht, waarmee het overigens zodanige gelijkenis vertoont dat een groot aantal bepalingen uit titel 5.7 op het opstalrecht van toepassing wordt verklaard (zie de artikelen 104 en 105, derde lid).

Met betrekking tot de leden van artikel 101 zij het volgende opgemerkt.

Eerste lid: Het is mogelijk een opstal niet alleen op een onroerende zaak - veelal de grond - te hebben, maar ook daarin of, zonder verbinding, daarboven: men denke aan leidingen en buizen. Ook is het mogelijk een opstalrecht op een gebouw te hebben, hetgeen het bestaan van opstal op opstal veronderstelt.

Tweede lid: Dikwijls is het opstalrecht een uitvloeisel van een ander (genots)recht, meestal erfpacht of huur. Als zodanig is het een afhankelijk recht - zie voor de algemene gevolgen daarvan de artikelen 3:7 en 3:82 en de toelichting daarop. De specifieke gevolgen komen in de volgende artikelen aan de orde. In het ontwerp zijn de woorden "of pacht", die in het Nederlands BW voorkomen, evenals elders niet overgenomen omdat hier te lande pacht naast huur geen zelfstandige betekenis heeft.

Derde lid: Vergelijk artikel 85, tweede lid, voor de erfpachtcanon. De in de Nederlandse tekst voorkomende term "retributie" is door de term "solarium" vervangen.

Artikel 757 van het huidige wetboek gaat slechts uit van opstal als een zakelijk recht op een anders grond, zonder de aard daarvan als eigendom te karakteriseren, terwijl het evenmin onderscheid maakt tussen het zelfstandige en het afhankelijke opstalrecht.

#### Artikel 102

Als eigenaar van de opstal heeft de opstalgerechtigde in beginsel de bevoegdheden die artikel 1 hem toekent. Wegens het bijzondere karakter van het onderhavige recht als tevens beperkt recht ten opzichte van de eigendom van de grond enz. kunnen echter beperkingen in de vestigingsakte worden aangegeven die mede zakelijke werking hebben. Vergelijk voor het geldende recht de artikelen 758 en 763.

#### Artikel 103

Regelt artikel 102 de verhouding tussen het opstalrecht en de onroerende zaak waarop het rust, vanuit de bevoegdheden ten aanzien van de opstal, artikel 103 doet dat vanuit de bevoegdheden met betrekking tot de onroerende zaak: de opstalgerechtigde mag die uitoefenen voor zover hij die voor het vol genot van zijn recht - strikt - nodig heeft. Zo komt hem, als zodanig, anders dan de erfpachter (artikel 90), geen recht van vruchttrekking toe. De wet verzet zich er niet tegen dat deze rechten bij de vestigingsakte worden uitgebreid, waardoor zij, mits in voldoende verband met de aard van het beperkte recht, zakelijke werking verkrijgen; men denke bijvoorbeeld het recht om vruchten te plukken van gewassen die groeien op de grond waarop het opstalrecht rust, doch niet zelf onder het recht vallen.

Is het opstalrecht afhankelijk van bijvoorbeeld erfpacht of huur, dan zullen dit soort rechten gewoonlijk uit die rechten voortvloeien en de aard daarvan volgen. Is het opstalrecht afhankelijk van huur, dan zullen die bevoegdheden derhalve niet zakenrechtelijk, doch verbintenisrechtelijk zijn - zie HR 7-3-1979, NJ 1980, 116. Zie voor het geldende recht artikel 759 van het BW.

Het eerste lid van artikel 104 verklaart een tweetal artikelen uit de erfpachtregeling van overeenkomstige toepassing op ieder opstalrecht, namelijk artikel 92 (hoofdelijke verbondenheid voor de betaling van de canon, in artikel 100, derde lid, voor het opstalrecht als solarium aangeduid) en artikel 95 (de bevoegdheid tot procederen).

Het tweede lid verklaart bovendien een achttal andere erfpachtregels van toepassing op het zelfstandige opstalrecht, de artikelen 86 (duur), 87 en 88 (opzegging), 91 (toestemming in geval van overdracht, enz.), 93 ("ondererfpacht"), 94 (bevoegdheid tot verhuring), 97 (mogelijkheid van opheffing na vijftientig jaren) en 98 (voortzetting na afloop). Is het opstalrecht een afhankelijk recht, dan gelden uiteraard de regels van het hoofdrecht.

In artikel 765 van het huidige BW kan, anders dan op grond van toepassing van artikel 104 j° artikel 97, de eigenaar het opstalrecht na een termijn van dertig jaren doen ophouden, mits hij bij exploitatie ten minste een jaar van te voren opzegt.

Artikel 105 regelt de gevolgen van het einde van het opstalrecht. De hoofdregel van artikel 20 herneemt dan zijn werking: de eigenaar van de grond wordt eigenaar van de opstallen zonder dat overdracht is vereist (eerste lid). Tijdens de duur van het opstalrecht heeft de opstaller als eigenaar de bevoegdheid de opstallen ook te verwijderen. Is zijn recht geëindigd, dan heeft hij dat ingevolge het eerste lid in beginsel niet meer. Het tweede lid biedt hem nochtans voor korte tijd ("bij het einde") de bevoegdheid tot verwijdering, op dezelfde wijze en binnen dezelfde beperkingen als de erfpachter die bevoegdheid heeft, en kent hem mede een retentierecht toe (derde lid).

Vgl. voor het huidige BW de artikelen 761 en 762.

### Titel 5.9 - Appartementsrechten

#### Algemeen

In een modern Burgerlijk Wetboek mag een regeling van het appartementsrecht niet ontbreken. De praktijk vraagt om de mogelijkheid van een zakelijk recht op een verdieping of gedeelte van bijvoorbeeld een "mall", met de mogelijkheid van vestiging van hypotheek en daarmee een eenvoudige methode van verkrijging van krediet. Zonder wettelijke regeling komt men in aanvaring met de oude regel dat alles wat op de grond gebouwd wordt en daarmee duurzaam verenigd is, als een bestanddeel van de grond te

beschouwen is. Thans is deze regel verduidelijkt in artikel 20: de eigendom van de grond omvat, voor zover de wet niet anders bepaalt, de gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd.

Onder het begrip appartementsrecht zoals dit in het voorgestelde artikel 106, vierde lid, is omschreven, dient te worden verstaan een aandeel in de eigendom van een gebouw met toebehoren en de daarbij behorende grond met toebehoren (dan wel in een recht van erfpacht of opstal op de grond), in welk aandeel is begrepen de bevoegdheid tot het uitsluitend gebruik van bepaalde gedeelten van het gebouw die blijkens hun inrichting bestemd zijn of worden om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt (de zogenaamde privé-gedeelten), alsmede het medegebruik van de overige gedeelten (de gemeenschappelijke gedeelten) en van de gemeenschappelijke zaken (bijvoorbeeld meubilair in de gemeenschappelijke gedeelten). Het aandeel kan verder mede omvatten de bevoegdheid tot het uitsluitend gebruik van bepaalde gedeelten van de grond, bijvoorbeeld een tuin. De basis van het begrip appartementsrecht wordt aldus gevonden in de mede-eigendom (vgl. de gemeenschap van artikel 3:166 e.v.). Hieruit blijkt wel, dat het begrip appartementsrecht van gecompliceerde aard is. Enerzijds is het recht van appartement een aandeel in het gebouw en de daarbij behorende grond (eventueel in een recht van erfpacht of opstal rustend op de grond) - een bijzondere vorm van gemeenschap - anderzijds verschafft het een exclusief recht op het gebruik van een privé-gedeelte (een of meer bepaalde gedeelten van het gebouw of de grond die voor afzonderlijk gebruik bestemd zijn). Dit exclusief recht op gebruik is een afhankelijk recht. Voorts is van rechtswege aan een appartementsrecht verbonden het lidmaatschap van de verplichte vereniging van eigenaars (VEV) (artikel 125, tweede lid).

Voorzien wordt bovendien – zonder pendant in het Nederlandse recht, maar wel in dat van de Nederlandse Antillen – in een zakenrechtelijke vorm waarin timeshare (rechten van gebruik in deeltijd) van onroerende zaken (vgl. artikel 7:48a onder a) kan worden gegoten, te weten een deeltijdappartementsrecht. Voor de rechtsvorm waarin in het algemeen de timeshare gegoten wordt zijn geen dwingende regels. Men is vrij de vorm te kiezen die het beste uitkomt. Gedacht kan worden in het huidige recht aan:

- aandelen in een gemeenschap (waarbij de vordering tot verdeling is uitgesloten; zie de memorie van toelichting bij artikel 3:178, eerste lid),
- (eigen) beperkte zakelijke genotsrechten, waarbij het recht wordt gevestigd voor jaren of onbepaalde tijd, maar de periodieke uitoefening van het recht beperkt wordt tot een of enkele weken per jaar;
- rechten in een rechtspersoon waarbij het gebruiksrecht van de onroerende zaak is verbonden aan een zeggenschapsrecht, in het bijzonder een aandeel in een naamloze of besloten vennootschap of een lidmaatschap in een coöperatieve vereniging, en
- obligatoire rechten, waarbij in het bijzonder valt te denken aan huur.

Hieraan wordt thans het deeltijdappartementsrecht als goederenrechtelijke vorm toegevoegd. Het appartementsrecht is bij uitstek toegesneden op timeshare, aangezien voorzien wordt in samenwerking van betrokkenen en onderhoud van de zaak.

De goederenrechtelijke vormen bieden veel zekerheid, maar hebben als nadeel dat de vestiging en overdracht nogal omslachtig is (vereiste van notariële akte en inschrijving in de openbare registers). Bij gebruikmaking van een rechtspersoon, zou ter beperking van het risico van de timeshare holders de eigendom van de desbetreffende onroerende zaak in een stichting kunnen worden ondergebracht. Bij huur biedt artikel 1597 van het huidige BW (“koop breekt geen huur”) goede bescherming, ook in geval van faillissement, althans indien de huurprijs vooruit betaald is en de opzeggingsbevoegdheid van de verhuurder beperkt is, aangenomen dat in het gegeven geval huur moet worden aangenomen.

Door de voorgestelde schakelbepaling in artikel 106, achtste lid, kan de uitwerking zeer beperkt blijven.

#### Afdeling 5.9.1 - Algemene bepalingen

In artikel 106, eerste lid, is de splitsingsbevoegdheid van de eigenaar, erfpachter en opstaller neergelegd. De erfpachter en opstaller behoeven daarvoor echter de toestemming van de eigenaar, met de mogelijkheid van vervangende machtiging van de kantonrechter (zevende lid). In het derde lid, is uitdrukkelijk de bevoegdheid tot "ondersplitsing" in appartementen toegekend. Daaraan kan bijvoorbeeld behoefte bestaan, als een gebouw uit verschillende lagen bestaat, die gesplitst zijn in een onderste laag van winkels en bovenlagen van woningen; de ondersplitsing geldt dan voor de benedenlaag enerzijds en de bovenlagen anderzijds.

Timeshare in de vorm van een deeltijdappartementsrecht wordt geïntroduceerd in het eerste lid. Splitsing van een gebouw in zowel appartementsrechten als deeltijdappartementsrechten is in beginsel mogelijk.

In het tweede lid is de mogelijkheid geopend om een eigendoms-, erfpachts- of opstalrecht op een onbebouwd stuk grond te splitsen, ook zonder dat op die grond een gebouw is of in de toekomst zal worden gesticht. Bij wijze van voorbeeld kan in dit verband worden gedacht aan de splitsing ten behoeve van parkeerplaatsen. Ook het geval dat zich op de grond water bevindt, is onder de bepaling begrepen (vergelijk artikel 20, onderdeel d). Men denke hierbij aan de splitsing ten behoeve van ligplaatsen voor vaartuigen, waarbij bijvoorbeeld de ligplaats met de daarbij behorende meerpaal een appartementsrecht kan vormen. Hieruit vloeit tevens voort dat in één en dezelfde splitsing een combinatie van een appartement als woning en bijvoorbeeld een appartement als staanplaats voor een auto mogelijk is. In Nederland is deze mogelijkheid ingevoerd bij wet van 19 februari 2005, Stb. 89 (Kamerstukken 28 614).

In het derde lid wordt het begrip “ondersplitsing” geïntroduceerd, mede met het oog op het derde lid van artikel 127. Gaat het om deeltijdappartementsrechten, dan is de mogelijkheid van ondersplitsing in beginsel uitgesloten. Aangezien het echter niet ondenkbaar is dat deeltijdappartementsrechten voor ruimere periodes dan de gebruikelijke week of veertien dagen in het leven worden geroepen, kan de akte van splitsing expliciet de mogelijkheid van ondersplitsing van deeltijdappartementsrechten openen.

Het vierde lid definieert het appartementsrecht. Niet ieder gebouw mag worden gesplitst. De delen moeten geschikt zijn om zelfstandig, als afzonderlijk geheel te worden gebruikt. Ook het begrip deeltijdappartementsrecht wordt in het vierde lid omschreven. Hieruit volgt dat ook “floating systems”, waarbij de deelgerechtigde recht heeft op een bepaalde periode per jaar, maar de data en het seizoen kunnen verschillen, alsmede het opsparen van gebruiksrechten goederenrechtelijk kunnen worden geregeld. Dit vereist wel een gedetailleerde regeling in de akte van splitsing omtrent de wijze van toekenning en vaststelling van de concrete periodes waarin de deeltijdappartementseigenaars hun gebruiksrecht kunnen uitoefenen. Het kan daarom aanbeveling verdienen om te kiezen voor op regelmatige tijdstippen terugkerende tijdstippen gedurende een bepaalde periode en een eventueel “floating system” en opspaarstelsel verbintenisrechtelijk (obligatoir) te regelen. De gebruiksrechten kunnen immers verbintenisrechtelijk onderling worden gewisseld.

Blijkens het vierde lid kan behalve de inrichting ook een aanduiding worden genoemd als element waaruit de bestemming kan worden afgeleid om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt. In het geval van een parkeerplaats zal bijvoorbeeld een afsluitklem als (behorend tot de) inrichting en de belijning als aanduiding kunnen worden beschouwd. In het geval van een ligplaats voor een vaartuig zal bijvoorbeeld een meerpaal als (behorend tot de) inrichting kunnen worden beschouwd. Evenals onder het derde lid het geval is, is niet uitgesloten dat het appartementsrecht recht geeft op het gebruik van bijvoorbeeld een willekeurig parkeervak in een parkeergarage, dus zonder dat de gerechtigde tot het appartementsrecht aanspraak kan maken op het uitsluitende gebruik van één specifiek parkeervak in die garage (“floating space”). Hetzelfde geldt voor een deeltijdappartementsrecht ter zake van een stuk grond.

De gerechtigde tot een appartementsrecht wordt in het vijfde lid aangeduid als appartementseigenaar. Dit kan een eigenaar, een opstaller of een erfpachter zijn, die door splitsing van zijn recht een appartementsrecht heeft gekregen. Appartementseigenaars zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (vgl. HR 30-10-1998, NJ 1999, 83 en hierna artikel 124, tweede lid).

In het zesde lid is rekening gehouden met één splitsing die verschillende, bijeenhorende, flatgebouwen betreft, bijvoorbeeld bejaardenwoningen.

In het zevende lid wordt de mogelijkheid geopend de vereiste toestemming van de grondeigenaar bij splitsing door de erfpachter of opstaller te vervangen door een rechterlijke machtiging. (Een soortgelijke mogelijkheid is ook voorzien in de artikelen 120, derde lid, 121, eerste lid, 128 en 140; vgl. bij artikel 121 ook HR 7-4-1978, NJ 1978, 545, en HR 25-6-1993, NJ 1993, 627).

In het achtste lid is een schakelbepaling neergelegd, die aanpassing van praktisch alle bepalingen van titel 5.10 aan de nieuw geïntroduceerde deeltijdappartementsrechten onnodig maakt.

Artikel 107 komt de praktijk tegemoet door “splitsing op tekening”, als voorgenomen splitsing, toe te laten. Het gebouw waarop de splitsing betrekking heeft, hoeft dus nog niet klaar te zijn.

Vereist wordt, in artikel 109, aanhechting van een tekening der splitsing aan de splitsingsakte.

Heeft de splitsing plaatsgevonden door iemand die niet bevoegd was, bijvoorbeeld een persoon die ten onrechte meende eigenaar, erfpachter of opstaller te zijn, dan leidt dit tot nietigheid van de splitsingshandeling. Niettemin biedt artikel 110, eerste lid, bescherming indien er een (niet bestaand) appartementsrecht is overgedragen aan een derde of daarop een beperkt recht is gevestigd. Het behoeft

geen betoog, dat de ongeldigheid van de splitsing tot ernstige gevolgen leidt: niet alleen de appartementsrechten, maar ook de daarop gevestigde hypotheeken zijn ongeldig. Onduidelijk is of de beschermingsbepalingen van de titel 3.4 van toepassing zijn, omdat er bij splitsing geen sprake is van de vestiging van een beperkt recht (artikel 3:88 jo. 98). In verband hiermee is bepaald dat, ondanks onbevoegdheid van degene die de splitsing heeft verricht, de splitsing toch geldig is, indien zij is gevolgd door een (overigens) geldige overdracht van een appartementsrecht of vestiging van een beperkt recht op een appartementsrecht. Bij de beantwoording van de vraag of de overdracht of vestiging geldig is, zal men uiteraard geen rekening mogen houden met de omstandigheid, dat de splitsing ongeldig was op grond van onbevoegdheid; anders zou de bepaling geen zin hebben. Want indien de splitsing ongeldig is, kunnen er in het geheel geen appartementsrechten zijn ontstaan, die geldig overgedragen zouden kunnen worden of waarop een beperkt recht zou kunnen worden gevestigd. De bedoeling van artikel 110 is echter juist om te bereiken, dat wanneer na de ongeldige splitsing een appartementsrecht wordt overgedragen, of wanneer er een beperkt recht op wordt gevestigd, de splitsing (en daardoor ook de overdracht of de vestiging) achteraf toch nog geldig wordt. Dit betekent, dat niet alleen het overgedragen appartementsrecht, maar ook de andere door de splitsing in het leven geroepen appartementsrechten als geldig worden beschouwd. De ratio hiervan hangt samen met het bijzonder karakter van een appartementsrecht: het is niet een recht dat op zichzelf kan bestaan, omdat de inhoud ervan gevormd wordt door een complex van rechten en verplichtingen jegens andere appartementseigenaars. Het ene recht kan dus niet bestaan zonder het andere recht.

Vooraf kan worden gedacht aan drie gevallen:

a. Nadat een gebouw door een ander dan de eigenaar is gesplitst, heeft de eigenaar van het gesplitste registergoed zelf een appartementsrecht overgedragen aan een derde. Men zou in deze overdracht een soort bekrachtiging van de splitsing kunnen zien. In ieder geval is het gevolg, dat alle appartementsrechten geacht worden rechtsgeldig te zijn ontstaan.

b. Na de splitsing door een onbevoegde en de overdracht of bezwaring van een appartementsrecht, wordt degene die splitste alsnog bevoegd, bijvoorbeeld doordat hij het desbetreffende registergoed erft van de werkelijke eigenaar. In dat geval bestaat een situatie te vergelijken met die welke is geregeld in artikel 3:58 (convalescentie).

c. De splitsing is geschied door iemand die verkregen heeft krachtens een ongeldige titel. In dat geval bestaat behoefte aan bescherming van een derden-verkrijger tegen het gebrek in de overdracht (artikel 3:88). In het onderhavige geval kan deze slechts bereikt worden, wanneer niet alleen de overdracht van het appartementsrecht, maar ook de splitsing zelf als geldig wordt beschouwd. Het overgedragen appartementsrecht kan immers niet op zichzelf bestaan.

Een zeker even belangrijke bescherming tegen onbevoegdheid van degene die de splitsing tot stand heeft gebracht, treft men aan, wanneer de onbevoegdheid slechts bestond met betrekking tot een deel van de in de splitsing betrokken goederen (artikel 144). Uit artikel 144, eerste lid, onder f, volgt dat de splitsing in zo'n geval niet nietig is, maar dat de kantonrechter kan bevelen dat de akte van splitsing wordt gewijzigd, dan wel de splitsing wordt opgeheven. Op deze wijze wordt bereikt dat wanneer achteraf blijkt dat een derde een recht heeft op een deel van de in de splitsing betrokken percelen (bijvoorbeeld eigenaar blijkt te zijn van een deel van de mede in de splitsing betrokken tuin), de na de splitsing in het leven geroepen rechten niet automatisch vervallen, maar in beginsel blijven bestaan. Wordt de kantonrechter ingeschakeld, dan kan deze trachten een zoveel mogelijk bij de feitelijke situatie passende oplossing te vinden.

In artikel 110, tweede lid, is bepaald dat een splitsing in appartementsrechten door een onbevoegde eveneens geldig is, indien een appartementsrecht of een beperkt recht op een appartementsrecht door verjaring is verkregen. Wanneer dus bijvoorbeeld een ongeldige splitsing tot stand is gebracht door A die geen eigenaar was en niet als bezitter te goeder trouw kan gelden, en A vervolgens een appartementsrecht overdraagt aan B die wel te goeder trouw is en daarom door verjaring rechthebbende wordt, dan is de werkelijke eigenaar X in zover aan de splitsing gebonden, dat hij niet het goed zelf, maar slechts de appartementsrechten die na de splitsing zijn ontstaan (met uitzondering van het recht van B) van A kan terugvorderen. Het resultaat is dan dat B gerechtigd is tot één appartementsrecht, en de andere appartementsrechten toekomen aan X, de oorspronkelijke eigenaar.

In artikel 111 worden de eisen gesteld waaraan de akte van splitsing moet voldoen. Onder andere moet de akte van splitsing een reglement bevatten die echter niet in extenso hoeft te worden opgenomen.

In artikel 112 geeft de wet een regeling over de inhoud van het reglement. Hierbij dient onderscheid gemaakt te worden tussen verplichte bepalingen, die het reglement moet bevatten (dit vereiste komt dus boven het in artikel 111 opgenomen vereiste van de bepalingen die de splitsingsakte minimaal moet bevatten) en facultatieve bepalingen, die het reglement kan bevatten. Veelal wordt daarbij gebruik gemaakt van een modelreglement (artikel 111, onderdeel d). Onderdeel e stelt de oprichting van een Vereniging van Eigenaars verplicht. In het tweede lid, onderdeel b, van dit artikel wordt toegestaan dat het doel der vereniging ruimer is dan het "uitsluitend voeren van het beheer over het gebouw"; een nevendoeel kan bijvoorbeeld zijn het verrichten van bepaalde diensten ten behoeve van de gebruikers der appartementen ("verzorgingsflats"). Het derde lid van artikel 112 biedt de mogelijkheid om aan het lidmaatschap van de VvE het lidmaatschap van een bepaalde andere vereniging te koppelen, waaraan bijvoorbeeld niet alle appartementseigenaars behoefte hebben, of die werkt in het belang van de appartementseigenaars van verschillende gebouwen. In het vierde lid wordt onder meer de geldigheid van zgn. welstands- of ballotageregelingen expliciet erkend. De regels omtrent het gebruik, het beheer en het onderhoud behoren in beginsel thuis in het reglement dat deel uitmaakt van de splitsingsakte en door openbaarmaking ook voor derden kenbaar is. Opneming van zulke regels in het huishoudelijk reglement is daarom nietig, behalve voor zover het gaat om regels van orde, voor zover bedoeld reglement de mogelijkheid daartoe uitdrukkelijk opent. Aldus HR 10-3-1995, NJ 1996, 594 en 595.

In artikel 113 is een regeling gegeven omtrent de schulden en kosten van de gezamenlijke appartementseigenaars. De omvang van het aandeel van een appartementseigenaar in gebouw en grond is een belangrijk gegeven, met name omdat deze omvang vaak bepalend is voor het aantal aan het appartementsrecht verbonden stemmen, alsmede voor de hoogte van het bedrag dat de appartementseigenaar moet bijdragen aan de gemeenschappelijke schulden en kosten (vgl. over deze bijdrage het tweede lid). De beantwoording van de vragen naar het aantal stemmen en de hoogte van de verschuldigde bijdrage kan worden bemoeilijkt doordat niet altijd duidelijk is welke maatstaf in het verleden is gehanteerd bij de bepaling van de omvang van het aandeel van een appartementseigenaar in gebouw en grond, of doordat deze maatstaf de vereiste helderheid ontbeert. Daarom is in het eerste lid bepaald dat in het geval dat de akte van splitsing voorziet in ongelijke aandelen, uit de akte tevens blijkt op welke grondslag die verhouding berust. Het is aan de notaris om erop toe te zien dat de in de akte vermelde grondslag voldoende duidelijk is. Het verdient aanbeveling dat de notaris ervoor zorgdraagt dat aan de akte een actueel en door een deskundige opgesteld taxatie- of berekeningsrapport wordt gehecht waaruit de basis van de bepaling van de omvang van de aandelen blijkt. Het tweede lid regelt de interne verhouding, het derde lid de externe tegenover schuldeisers: de omvang der aansprakelijkheid jegens de laatsten is gelijk aan de draagplicht in de interne verhouding. Het vierde lid stelt de VvE met haar reservefonds hoofdelijk aansprakelijk met de appartementseigenaars voor de gezamenlijke schulden, het vijfde lid doet het omgekeerde, en wel volgens de in het tweede lid geregelde (interne) verhouding.

De artikelen 114 tot en met 116 beheersen de verhouding van de appartementseigenaars ten opzichte van anderen die een zakelijk recht hebben; artikel 114 - dat mede met beslagleggers en bevoorrechte schuldeisers rekening houdt - voor zover het recht al voor de splitsing op het goed rust, de artikelen 115 en 116 indien erfpacht of opstalrecht in de splitsing is betrokken. Artikel 114 geeft een regeling voor de vraag welke invloed de splitsing in appartementsrechten heeft op hypotheek die reeds tevoren op de grond waren gevestigd. Meestal zal de financiering van de bouw geschieden door een bouwhypothecaire verband waarmee de grond is belast. Volgens het eerste lid van artikel 114 blijft het hypothecaire verband na splitsing op elk der appartementsrechten rusten voor de gehele schuld (beginsel van ondeelbaarheid). Artikel 115 regelt de externe aansprakelijkheid voor de canon of solarium; zie in dit verband HR 6-11-1998, NJ 1999, 131. Voor het gebruik van de term "solarium" zij verwezen naar de toelichting bij artikel 101, derde lid. De tweede zin van artikel 116, vierde lid, is aan het hier te lande geldende procesrecht aangepast.

Dat een appartementsrecht als een zelfstandig registergoed kan worden overgedragen enz. (artikel 117) brengt met zich dat de in de splitsing betrokken goederen hun karakter als zelfstandig rechtsobject verliezen (zie het tweede lid). Zij gaan deel uitmaken van het appartementsrecht.

Artikel 118 betreft erfdienstbaarheden die buiten medewerking van de overige appartementseigenaars na de splitsing bedongen of gevestigd kunnen worden ten bate of ten laste van privé-gedeelten. Als een erfdienstbaarheid wordt gevestigd op een privé-gedeelte, dan kan dat zowel ten behoeve van een gedeelte

waarvan een andere appartementseigenaar het privé-gebruik heeft als ten behoeve van een aan een derde toebehorende onroerende zaak geschieden (eerste lid). Een erfdiensbaarheid die wordt bedongen ten behoeve van een privé-gedeelte, kan ten laste komen van een ander privé-gedeelte of van een erf dat aan een derde toebehoort (tweede lid). Hetgeen met een “onderlinge erfdiensbaarheid” kan worden bereikt, zou overigens in beginsel ook door aanvulling van de akte van splitsing kunnen worden verwezenlijkt, mits aan de eisen van een dergelijke aanvulling wordt voldaan. Artikel 118 noemt niet uitdrukkelijk het geval van vestiging van een erfdiensbaarheid ten laste of ten bate van een privé-gedeelte ten opzichte van een gemeenschappelijk gedeelte, maar aangenomen moet worden dat dit ook kan (zie het eerste lid “een andere onroerende zaak”). Regeling in het reglement is echter eenvoudiger.

Met artikel 118a wordt beoogd om te voorzien in de behoefte die een appartementseigenaar kan hebben tot het vestigen van een erfpacht- of opstalrecht op zijn privé-gedeelte van het appartementencomplex, zonder dat daarvoor de medewerking van de andere appartementseigenaars en van eventuele beperkt gerechtigden noodzakelijk is. Een voorbeeld is de vestiging van een opstalrecht op de bij een appartement behorende tuin ten behoeve van een openbare nutsvoorziening.

In de voorgestelde bepaling zijn enige beperkingen opgenomen. De bedoelde bevoegdheid kan in de akte van splitsing worden beperkt of uitgesloten. Voorts kan een opstalrecht alleen worden gevestigd ten behoeve van het oprichten van toekomstige gebouwen, werken en beplantingen, tenzij alle appartementseigenaars en beperkt gerechtigden meewerken aan de vestiging van het opstalrecht. De onttrekking van reeds bestaande gebouwen, werken en beplantingen aan de splitsing zonder dat de andere appartementseigenaars en eventuele beperkt gerechtigden hun medewerking behoeven te verlenen aan de vestiging van het opstalrecht, zou een te ver gaande inbreuk maken op de mede-eigendom van die andere gerechtigden (vgl. artikel 117, tweede en derde lid).

In het eerste lid wordt gesproken van de vestiging van een recht van erfpacht of recht van opstal op het gedeelte van de onroerende zaken dat bestemd is om door de appartementseigenaar als afzonderlijk geheel te worden gebruikt. Hieruit vloeit voort dat het voor de gerechtigde tot een opstalrecht mogelijk is om een erfpachtrecht te vestigen op de zaak welke die gerechtigde op grond van het opstalrecht in eigendom heeft, alsmede dat een opstalrecht afhankelijk van een erfpachtrecht op de onroerende zaak kan worden gevestigd. Het kan aan de akte van vestiging van het recht worden overgelaten om te bepalen of, en zo ja, in hoeverre de gerechtigde naast de appartementseigenaar hoofdelijk aansprakelijk is voor de bijdragen die ter zake van het appartementsrecht verschuldigd zijn. Aldus wordt dan ook bepaald in het tweede lid.

Het derde lid betreft de uitoefening van het aan het appartementsrecht verbonden stemrecht in de vergadering van eigenaars in het geval van vestiging van een recht van erfpacht. Hiervoor wordt een regel gegeven analoog aan die in artikel 123, derde lid, voor het geval van vruchtgebruik van een appartementsrecht: het stemrecht komt aan de vruchtgebruiker toe, tenzij bij de instelling van het vruchtgebruik anders is bepaald. De in de toelichting (Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boek 5, p. 1096) bij dat derde lid gegeven argumenten voor deze van artikel 3:219 afwijkende regel, namelijk dat bij de vereniging van eigenaars het bewonersbelang van de vruchtgebruiker voorop staat, terwijl deze in beginsel ook de financiële lasten draagt, waar de besluiten vaak betrekking op zullen hebben, gelden ook voor het geval van erfpacht.

In het derde lid is tevens tot uitdrukking gebracht dat in geval van vestiging van een recht van opstal het stemrecht in de vergadering van eigenaars blijft berusten bij de appartementseigenaar die het recht heeft gevestigd. Hiervan kan evenwel worden afgeweken in de akte van vestiging van het opstalrecht. Indien overeenkomstig artikel 112, derde lid, op grond van het reglement aan alle of bepaalde appartementsrechten mede verbonden is het lidmaatschap van een vereniging of coöperatie, dient in de statuten van die vereniging of coöperatie te worden geregeld aan wie het stemrecht in zodanige vereniging of coöperatie toekomt.

Een appartementseigenaar mag zonder toestemming van de overige appartementseigenaars in zijn privé-gedeelte veranderingen (waaronder mede verbeteringen zoals nieuwe privé-installaties) aanbrengen, mits deze geen nadeel aan een ander gedeelte toebrengen. Van hetgeen hij bij een geoorloofde verandering wegneemt, wordt hij enig eigenaar. Aldus artikel 119, eerste lid. In beginsel mag een appartementseigenaar veranderingen in de hem toekomende privé-gedeelten aanbrengen. Dikwijls zullen deze veranderingen bestaan in het wegnemen van tussenwanden of het aanbrengen van nieuwe privé-installaties. De veranderingen mogen echter geen nadeel toebrengen aan andere gedeelten, hetzij gemeenschappelijk, hetzij privé. Zo kan het onoordeelkundig verwijderen van een draagmuur grote schade veroorzaken. Bij

reglement kan de bevoegdheid tot het aanbrengen van veranderingen nader worden geregeld, bijvoorbeeld afhankelijk worden gesteld van een bepaalde toestemming (zie HR 7 mei 1971, NJ 1973, 15); dit volgt uit het vierde lid.

Dat de appartementseigenaar na wegneming van de weggenomen gedeelten daarvan eigenaar wordt, is mede een uitvloeisel van het in art. 3:80, derde lid.

Het tweede lid van artikel 119 verplicht de appartementseigenaar van een door hem aangebrachte verandering in zijn privé-gedeelte onverwijld aan de VvE kennis te geven. Het vierde lid geeft de mogelijkheid tot een gelijke verplichting bij wijziging van het gebruik. Deze verplichting houdt verband met de regeling die de wet geeft voor de verzekering van het gebouw (artikel 136). Wanneer immers een van de eigenaars veranderingen aanbrengt die leiden tot een verhoging van de waarde van het gebouw, al dan niet samenhangend met een ander gebruik, dan zal het bedrag waarvoor het gebouw verzekerd is, wellicht moeten worden verhoogd, wil het gebouw niet ten nadele van alle eigenaars onderverzekerd raken. Hij kan ook aanvullend verzekeren. Bij niet-naleving van de verplichting tot kennisgeving zal de nalatige eigenaar ingevolge het tweede lid aansprakelijk zijn voor de schade, welke de eigenaars gezamenlijk lijden. Bovendien zal hij de verandering niet in aanmerking kunnen brengen bij de aanwending van de assurantiepenningen tot het herstel van de schade in het geval van artikel 136, tweede lid. Leidt de verandering (nadat daarvan kennis is gegeven) tot verhoging van de verzekeringspremie, bijvoorbeeld de aanpassing van een kantoorruimte tot horeca-inrichting, dan komt het verschil voor rekening van de betrokken appartementseigenaar, dan wel zijn rechtsoptolger, terwijl de meerdere schadepeningen die als gevolg van de verhoging door de verzekeraar verschuldigd zijn, ook aan hem ten goede komen. In het reglement kan een overeenkomstige regeling worden opgenomen, wanneer het niet gaat om een materiële wijziging van het gebouw, maar om een wijziging van de bestemming van het privé-gedeelte, waardoor de waarde daarvan is verhoogd (artikel 119, vierde lid). Een verandering kan uiteraard ook leiden tot vermindering van de waarde of verlaging van het risico, bijvoorbeeld een bakkerij wordt veranderd in een kantoorruimte, en dus tot verlaging van de verzekeringspremie. Volgens artikel 119, tweede lid, zal de premieverlaging dan aan de betrokken appartementseigenaar ten goede komen.

Het derde lid van artikel 119 regelt de gevolgen van de aangebrachte verandering indien de splitsing naderhand wordt opgeheven. Een eventuele waardevermindering behoort dan in beginsel ten laste te komen van de eigenaar die haar heeft veroorzaakt. Omgekeerd geeft de wet aan de eigenaar geen recht op de waardevermeerdering. Hiervoor bestond geen reden, omdat de eigenaar de waardevermeerdering geheel vrijwillig heeft aangebracht. Uiteraard bestaat voor hem wel de mogelijkheid met de andere eigenaars overeen te komen dat hem een zekere vergoeding voor de waardevermeerdering zal worden toegekend.

In artikel 119a is een bijzondere bepaling voor deeltijdappartementsrechten (timeshares) opgenomen uit praktische overwegingen. Een deeltijdappartementseigenaar behoort niet in staat te zijn zelf een erfdienstbaarheid, een recht van erfpacht of een recht van opstal te vestigen op dan wel veranderingen aan te brengen aan het privé-gedeelte. Tot een vestiging of verandering dienen de gezamenlijke deeltijdappartements-eigenaars te besluiten. In het reglement van splitsing zou bijvoorbeeld kunnen worden bepaald dat een twee derde meerderheid nodig is.

Een appartementseigenaar is, uiteraard met in achtneming van het in het reglement bepaalde (artikel 112, vierde lid), bevoegd zijn privé-gedeelte zelf te gebruiken of aan een ander in gebruik te geven, met inbegrip van het hem toekomende medegebruik van de gemeenschappelijke gedeelten (artikel 120, eerste lid).

Met het aan de appartementseigenaar toekomende recht op uitsluitend gebruik gaat gepaard het recht van beheer en de bevoegdheid het privé-gedeelte te onderhouden zoals men dit wenst en daaraan eventuele herstellingen te verrichten. In beginsel is iedere appartementseigenaar dus geheel heer en meester in de hem toekomende privé-gedeelten (zie artikel 126, eerste lid: “met uitzondering van de gedeelten die bestemd zijn als afzonderlijk geheel te worden gebruikt”). Ook in dit opzicht kan het reglement echter beperkingen inhouden.

Wat betreft het aan een ander in gebruik gegeven privé-gedeelte, maakt het tweede lid, tweede volzin, het mogelijk bepalingen uit het reglement die niet het gebruik, het beheer of het onderhoud betreffen, toch op een gebruiker toepasselijk te maken. Men denke bijvoorbeeld aan boetebepalingen.

In beginsel gelden de reglements-bepalingen tegenover de gebruiker onverschillig of zij vóór of tijdens het genotsrecht van de gebruiker tot stand zijn gekomen. Ten aanzien van de huurder bevat de wet echter een speciale regeling: een na het totstandkomen van de huurovereenkomst ingeschreven reglements-bepaling geldt niet tegenover hem, tenzij hij daarin heeft toegestemd. (derde lid, eerste volzin). Weigert een huurder

zijn toestemming of verklaart hij zich niet, dan kan de kantonrechter op verzoek van iedere appartementseigenaar beslissen dat de reglementsbepaling toch ten aanzien van hem komt te gelden (derde lid, tweede volzin). Artikel 126, derde lid, bepaalt dat het toezicht van de VvE op het naleven van de verplichtingen die uit wet of reglement voortvloeien, zich ook uitstrekt tot de gedragingen van een gebruiker die een gebruiksrecht aan een appartementseigenaar ontleent.

Artikel 121 voorziet in de mogelijkheid van vervangende machtiging van de kantonrechter in gevallen dat een vereiste toestemming niet wordt gegeven. De kantonrechter kan ook een regeling treffen ten aanzien van de kosten.

Artikel 122 betreft de overgang van een appartementsrecht. Behoudens afwijkende regeling in het reglement (vierde lid) zijn op grond van het derde lid de verkrijger en de vroegere appartementseigenaar hoofdelijk aansprakelijk voor de ter zake van het verkregene verschuldigde bijdragen die in het lopende of het voorafgaande boekjaar opeisbaar zijn geworden of nog zullen worden. In de praktijk zal het niet altijd mogelijk zijn om ten tijde van het verlijden van de akte van overdracht of toedeling duidelijkheid te hebben omtrent de omvang van de achterstallige bijdragen van de vervreemdende appartementseigenaar. Daardoor zullen verkrijgers naderhand geconfronteerd met een vordering tot betaling van deze bijdragen aan de vereniging van eigenaars. Het vijfde lid van artikel 122 strekt ertoe, zulks te voorkomen. Daartoe wordt bepaald dat de notaris ervoor zorgdraagt dat aan de akte van overdracht of toedeling een verklaring wordt gehecht van het bestuur van de vereniging van eigenaars waarin de achterstallige bijdragen waarvoor de verkrijger uit hoofde van artikel 122, derde lid, aansprakelijk is, worden vermeld naar de stand van de dag van overdracht of toedeling. De aansprakelijkheid van de verkrijger is dan beperkt tot het bedrag dat in de verklaring is vermeld (tweede volzin).

Denkbaar is dat de vervreemder de hoogte van het in de verklaring vermelde bedrag betwist. De overdracht of toedeling behoeven daardoor niet te worden opgehouden. Voor de hand ligt immers dat het betwiste bedrag van de koopprijs wordt afgehouden en in depot wordt gesteld totdat over de hoogte van dat bedrag overeenstemming wordt bereikt of de hoogte daarvan in rechte komt vast te staan.

Voorts kan zich de situatie voordoen dat het bestuur van de vereniging van eigenaars in zijn verklaring een te hoog of een te laag bedrag vermeldt. Als het bestuur een te laag bedrag opgeeft, is de verkrijger op grond van de tweede volzin van het vijfde lid slechts aansprakelijk tot het door het bestuur opgegeven bedrag. Geeft het bestuur een te hoog bedrag op en betwist de vervreemder zulks niet, dan zal achteraf, als de juiste hoogte van het bedrag blijkt, verrekening van het teveel betaalde behoren plaats te vinden.

Denkbaar is dat het bestuur van de vereniging van eigenaars, ondanks een voldoende inspanning van de notaris om de in het vijfde lid bedoelde verklaring te verkrijgen, deze verklaring niet afgeeft. Een zorgvuldige taakuitoefening van de notaris brengt mee dat hij het bestuur (dat op grond van artikel 131, eerste lid, in beginsel door één bestuurder wordt gevormd en zo niet, waarvoor in beginsel tegenover derden ieder der bestuurders kan optreden) een redelijke termijn stelt voor het geven van de verklaring. Voor de hand ligt dat van het niet verkregen zijn van de verklaring, welke omstandigheid niet aan de overdracht of toedeling in de weg staat, in de akte van overdracht of toedeling melding wordt gemaakt. In de tweede volzin van het vijfde lid ligt besloten dat de verkrijger niet aansprakelijk is uit hoofde van artikel 122, derde lid, indien de verklaring niet is verkregen.

Een zorgvuldige taakuitoefening van de notaris brengt voorts mee dat hij ervoor zorgdraagt dat het in de verklaring vermelde bedrag wordt ingehouden op de koopsom, dan wel dat dit bedrag op andere wijze wordt verrekend.

In het zesde lid wordt bepaald dat de verklaring tevens een opgave inhoudt van de omvang van het reservefonds van de vereniging (zie ook de tweede volzin van artikel 126, eerste lid). Ook hier rust een zorgplicht op de notaris: bij ontbreken van de verklaring zal hiervan in de akte melding moeten worden gemaakt.

Artikel 123 geeft een bijzondere regeling van de rechten en verplichtingen van een vruchtgebruiker van een appartementsrecht. Deze bijzondere regeling is nodig omdat hoofdgerechtigde en vruchtgebruiker van een appartementsrecht niet zelfstandig kunnen beslissen over de wenselijkheid van uitgaven voor onderhoud en herstel van de zaken die het onderwerp van hun recht vormen voorzover deze de gemeenschappelijke zaken betreffen. Immers de zeggenschap over deze uitgaven berust bij de VvE; zij moeten worden bekostigd uit bijdragen die deze VvE vaststelt en die daarna over de eigenaars worden omgeslagen. Van belang is dan wie er stemrecht heeft in de VvE (derde lid).

### Afdeling 5.9.2 - De vereniging van eigenaars

Het is wenselijk in artikel 124 buiten twijfel te stellen dat de vereniging een rechtspersoon is. Deze rechtspersoonlijkheid is echter zeer betrekkelijk, aangezien de vereniging eigenlijk niet meer is dan de organisatiestructuur van de gemeenschap van appartementseigenaars. Haar oprichting is verplicht, het lidmaatschap is het gevolg van de kwaliteit van appartementseigenaar, zodat alle appartementseigenaars van rechtswege lid zijn (artikel 125, tweede lid), en zij wordt ontbonden bij opheffing van de splitsing. Uit het tweede lid van artikel 124 volgt dat de appartementseigenaars verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (vgl. HR 30-10-1998, NJ 1999, 83); zie ook de artikelen 2:7, eerste lid, en 3:166, derde lid.

In artikel 125, derde lid, is de tekst opgenomen die correspondeert met het Nederlandse artikel 2:40, tweede lid.

In artikel 126 zijn beheer en vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vereniging van eigenaars (VvE) geregeld. Verenigingen van eigenaars zijn ingevolge het eerste lid, tweede volzin, wettelijk verplicht tot de vorming van een reservefonds om daaruit andere dan de gewone jaarlijkse kosten te kunnen voldoen. Bij deze kosten kan met name aan die van (groot) onderhoud worden gedacht, waarmee hoge en ook plotselinge investeringen gemoeid kunnen zijn, die zonder fondsvorming vooraf wellicht moeilijk zijn op te brengen. Ook ingeval een appartementseigenaar zijn appartementsrecht te koop aanbiedt, zal hij er belang bij hebben dat er een voldoende gevuld reservefonds bestaat. Denkbaar is immers dat een aspirant-koper alleen wenst te kopen indien er een met een passend bedrag gevuld reservefonds bestaat, of dat hij slechts een lagere prijs wil betalen indien zo'n fonds ontbreekt. Men zie omtrent het reservefonds ook het zesde lid van artikel 122; en voorts artikel 112, eerste lid, onderdeel c, op grond waarvan het reglement moet inhouden een regeling omtrent onder meer het onderhoud van de gemeenschappelijke gedeelten.

Ondersplitsing van appartementsrechten is mogelijk op grond van het derde lid van artikel 106, behoudens voor zover in de akte van splitsing anders is bepaald. In de praktijk zal er behoefte zijn aan duidelijkheid omtrent enkele vragen die bij de ondersplitsing plegen te rijzen. Deze vragen betreffen het stemrecht van de appartementseigenaar wiens recht is gesplitst in appartementsrechten (bijvoorbeeld: aan wie komen diens stemmen toe en wie brengt deze stemmen uit), alsmede de bevoegdheid van de gerechtigden tot de door de ondersplitsing ontstane appartementsrechten om de vergadering van eigenaars van de door de hoofdsplitsing ontstane appartementsrechten bij te wonen en daarin het woord te voeren. Met het derde lid van artikel 127 wordt beoogd om aan bedoelde behoefte tegemoet te komen. Daarbij wordt vooropgesteld dat de stemmen van de appartementseigenaar wiens recht in appartementsrechten is gesplitst, toekomen aan de gerechtigden tot deze appartementsrechten (eerste volzin). Het uitbrengen van deze stemmen in de vergadering van eigenaars van de door de hoofdsplitsing ontstane appartementsrechten geschiedt door het bestuur van de bij de ondersplitsing opgerichte vereniging van eigenaars (tweede volzin). Zulks strookt met de in artikel 131, derde lid, opgenomen hoofdregel dat het bestuur zorgdraagt voor de tenuitvoerlegging van de besluiten van de vergadering van eigenaars. Uiteraard zullen de stemmen namens het bestuur door een daartoe gevolmachtigde kunnen worden uitgebracht. De stemmen behoeven niet eensluitend te worden uitgebracht (derde volzin), daar de belangen van de onderappartementseigenaars niet parallel behoeven te lopen. De onderappartementseigenaars zullen de vergadering van eigenaars van de door de hoofdsplitsing ontstane appartementsrechten als toehoorder mogen bijwonen (vierde volzin), zodat zij zich goed op de hoogte kunnen stellen van hetgeen voorvalt op de vergadering. Het bestuur van de bij de ondersplitsing opgerichte vereniging van eigenaars is bevoegd om namens hen in deze vergadering het woord te voeren (laatste volzin). Daarbij kan uiteraard van eventuele meerderheids- en minderheidsstandpunten en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen melding worden gemaakt.

Artikel 128 geeft regels omtrent het gebruik van de gemeenschappelijke gedeelten, waaronder het toezicht. De VvE is bevoegd regels ten aanzien van het gebruik te stellen. Deze regels mogen echter niet derogeren aan bepalingen van het reglement. Voor de positie van de gebruiker zie het tweede lid.

Artikel 129 behelst de regeling der nietigheid, die van toepassing is indien het besluit naar zijn inhoud in strijd is met de wet, de splitsingsakte inclusief het reglement dat daartoe behoort, of de statuten der vereniging, of in strijd is met de bevoegdheidsregeling. Een dergelijk besluit moet een ieder te allen tijde naast zich kunnen

neerleggen en het kan bij declaratoir nietig worden verklaard (zie HR 10-3-1995, NJ 1996, 595, inzake de vaststelling van een huishoudelijk reglement).

Artikel 130 regelt de materie der vernietigbaarheid van besluiten die door hun inhoud of wijze van totstandkoming een onredelijke benadeling van een of meer appartementseigenaars inhouden. Uit de terminologie van het artikel blijkt dat het hier gaat om een zogenaamde “extra-judiciële” procedure, eindigend met een beschikking.

Er is één bestuurder tenzij de statuten bepalen dat er meer zijn; in het laatste geval wordt de VvE in beginsel door elk van hen tegenover derden vertegenwoordigd, aldus artikel 131. Een bestuurder kan een buitenstaander zijn. Artikel 132 verleent een bestuurder de bevoegdheid van toegang tot de privé-gedeelten. Artikel 133 regelt het belet of de ontstentenis van het bestuur artikel 134 het uitbrengen van exploitatie en kennisgevingen.

De plaats van artikel 5.135 van het Ned. BW wordt in het ontwerp (artikel 135) ingenomen door bepalingen die een nadere wettelijke uitwerking geven aan de verplichting tot het periodiek afleggen van financiële verantwoording - zie artikel 112, eerste lid, onderdeel b. Zij stemmen overeen met die van artikel 2:48 van het Ned. BW, waarnaar artikel 5.135 van het wetboek verwijst; slechts enige wijzigingen van ondergeschikte betekenis, verband houdende met afwijkingen tussen het hier te lande en het in Nederland geldende recht, zijn aangebracht. De krachtens het eerste lid over te leggen stukken zijn een jaarverslag, een balans en een exploitatierekening. Het tweede lid voorziet in de controle, die, naar gelang van de omvang der VvE, op verschillende wijze kan worden uitgevoerd.

#### Afdeling 5.9.3 - Rechten uit verzekeringsovereenkomsten

Iedere appartementseigenaar heeft er belang bij dat zowel privé- als gemeenschappelijke delen verzekerd zijn. Op grond van artikel 112, eerste lid, onderdeel d, moet het reglement inhouden door wiens zorg en tegen welke gevaren het gebouw ten behoeve van de gezamenlijke appartementseigenaars moet worden verzekerd. Daarnaast zijn in de artikelen 136 en 138 - artikel 137 is ook in het Nederlandse wetboek gereserveerd – bepalingen opgenomen die aangeven wat er moet gebeuren als tot een uitkering uit de verzekeringsovereenkomst wordt overgegaan.

#### Afdeling 5.9.4 - Wijziging van de akte en opheffing van de splitsing

De waarde van een appartementsrecht is voor een groot deel afhankelijk van de wijze waarop de rechten en plichten in de akte van splitsing (inclusief reglement) zijn uitgewerkt. Daarom dient de wijziging van de akte van splitsing met waarborgen te worden omkleed. Dat de akte van splitsing slechts kan worden gewijzigd met medewerking van alle appartementseigenaars zou in de praktijk te restrictief zijn. Zo kan een bij oudere gebouwen noodzakelijke renovatie worden tegengehouden of vertraagd doordat de daartoe noodzakelijke wijziging van de akte van splitsing niet of niet zonder rechterlijke machtiging mogelijk blijkt door de weigering tot medewerking aan die wijziging van een minderheid van de appartementseigenaars, of zelfs van één enkele appartementseigenaar.

Met het oog op gevallen als deze is een verruiming tot op zekere hoogte van de mogelijkheden tot wijziging van de splitsingsakte gewenst. Bij deze verruiming dient echter voldoende recht gedaan worden aan de belangen van zowel de meerderheid die een wijziging wenst als de minderheid die tegen zodanige wijziging is. Tegen deze achtergrond is gekozen voor het volgende, in het tweede lid van artikel 139 neergelegde, stelsel:

- a. wijziging op grond van een besluit van een meerderheid van het aan de appartementseigenaars toekomende aantal stemmen is mogelijk;
- b. als vereiste meerderheid geldt ten minste vier vijfden van het aan de appartementseigenaars toekomende aantal stemmen;
- c. ten aanzien van de oproeping is ingevolge artikel 139a een regeling van toepassing gelijk aan die van artikel 2:86, eerste lid, tweede lid, eerste volzin, en derde lid;
- d. de rechter vernietigt het besluit op een binnen drie maanden nadat het besluit is genomen ingestelde vordering van een appartementseigenaar die niet heeft voorgestemd (artikel 140a, eerste lid), maar de rechter kan de vernietigingsvordering afwijzen, (onder meer) indien een redelijke schadeloosstelling is aangeboden en zeker gesteld (artikel 140a, derde lid);

- e. in geval van een besluit als bedoeld onder a, kan de wijziging van de akte van splitsing ook geschieden met medewerking van het bestuur van de vereniging van eigenaars.

Ad a.

Aandacht verdient dat het tweede lid alleen een afwijking inhoudt van het eerste lid van artikel 139. Wel is toestemming vereist van beperkt gerechtigden, zoals hypotheekhouders, en van beslagleggers; zie het derde lid.

Ad b.

Voor de wijziging is vereist een daartoe strekkend, in de vergadering van eigenaars aangenomen, meerderheidsbesluit. Er is gekozen voor een meerderheid van vier vijfden van het aan de appartementseigenaars toekomende aantal stemmen. In de akte van splitsing kan een hogere meerderheid worden bepaald. Bovendien wordt in de voorgestelde bepaling ook aan de akte van splitsing overgelaten of de vereiste meerderheid voor verschillende soorten van wijzigingen al dan niet verschillend dient te zijn, zodat bijvoorbeeld voor de ene categorie wijzigingen een meerderheid van vier vijfden en voor een andere categorie één van negen tienden of zelfs unanimiteit vereist wordt. De keuze van de omvang van de minimaal vereiste meerderheid is uiteraard tot op zekere hoogte arbitrair. Bij een meerderheid van minimaal vier vijfden moet voldoende draagvlak voor de wijziging aanwezig worden geacht om gebondenheid aan die wijziging ook van de tegenstanders daarvan in beginsel (zie artikel 140a) gerechtvaardigd te achten. Voorts brengt de minimaal vereiste meerderheid van vier vijfden mee dat de hier voorgestelde regeling niet geldt voor splitsingen waarin minder dan vijf appartementen zijn betrokken. Bij een en ander dient te worden bedacht dat de in de artikelen 140 en 144 neergelegde, mogelijkheden van tussenkomst van de rechter onveranderd in stand blijven. Door het meerderheidsvereiste in te richten op de hiervoor aangegeven wijze, wordt aan de belangen van een eventuele minderheid die tegen de wijziging is, voldoende recht gedaan, terwijl tevens een zekere flexibiliteit in de regeling wordt bereikt.

Ad c.

Men zie de toelichting bij artikel 139a.

Ad d.

Men zie de toelichting bij artikel 140a.

Ad e.

De uitvoering van een meerderheidsbesluit van de vergadering van eigenaars tot wijziging van de akte van splitsing kan ook geschieden door het bestuur. De medewerking van alle appartementseigenaars aan de wijziging van de akte van splitsing is in dit geval dus niet vereist. De achtergrond van dit voorstel is gelegen in de wens om de effectuering van een meerderheidsbesluit te vergemakkelijken. Het is niet ondenkbaar dat het verkrijgen van de medewerking van de minderheid van appartementseigenaars die tegen een bepaalde wijziging van de akte van splitsing heeft gestemd, verdragend zal werken bij de totstandbrenging van de wijziging van de akte van splitsing. De notaris voor wie de wijzigingsakte wordt verleden, zal moeten nagaan of de voor de wijziging geldende vereisten, zoals de in artikel 139, tweede lid, geëiste meerderheid van stemmen van vier vijfden, zijn vervuld.

Op grond van het zevende lid van artikel 106, is voor de splitsing van een erfpacht- of opstalrecht in appartementsrechten de toestemming van de grondeigenaar vereist. Wijziging van de akte van splitsing behoeft krachtens het eerste lid van artikel 139 de toestemming van beperkt gerechtigden en beslagleggers. Beide toestemmingsvereisten zijn in de wet opgenomen teneinde grondeigenaars, onderscheidenlijk beperkt gerechtigden en beslagleggers de gelegenheid te bieden om met het oog op hun gerechtvaardigde belangen zich tegen splitsing onderscheidenlijk wijziging van de akte van splitsing te verzetten. Toestemming van de grondeigenaar voor wijziging van de akte van splitsing wordt, ingeval een erfpacht- of opstalrecht in de splitsing is betrokken, door de wet echter thans niet vereist, terwijl diens gerechtvaardigde belangen ook dan in het geding kunnen zijn. Men denke aan gevallen waarin een splitsing van een erfpachtrecht in enkele appartementsrechten, waarvoor de grondeigenaar zijn toestemming heeft gegeven, wordt gewijzigd in een splitsing in een veel groter aantal appartementsrechten, waarvoor de grondeigenaar zijn toestemming op goede grond zou hebben geweigerd. Mede met het oog op de verruiming van de mogelijkheid tot wijziging van de akte van splitsing, zoals deze wordt voorgesteld, is er reden om te bepalen dat voor wijziging van de akte van splitsing toestemming van de grondeigenaar vereist is indien een erfpacht- of opstalrecht in de splitsing is betrokken. Het opnemen van dit vereiste in het derde lid van artikel 139 brengt mee dat vervangende rechterlijke machtiging op de voet van artikel 140 ook dan kan worden verzocht, indien de grondeigenaar zich niet verklaart of zonder redelijke grond weigert zijn toestemming te verlenen.

In artikel 2:86, eerste tot en met derde lid, wordt het wijzigen van de statuten van een vereniging door een besluit van de algemene vergadering met waarborgen omkleed. Deze waarborgen houden in dat bij de oproeping tot de vergadering moet worden vermeld dat aldaar wijziging van de statuten zal worden voorgesteld, dat de termijn voor oproeping tot de vergadering ten minste zeven dagen bedraagt, alsmede dat ten minste vijf dagen voor de vergadering een afschrift van het voorstel tot statutenwijziging met de woordelijke tekst van de voorgestelde wijziging op een daartoe geschikte plaats voor de leden ter inzage moet worden gelegd tot na afloop van de dag waarop de vergadering wordt gehouden. Deze waarborgen gelden niet indien het voorstel tot statutenwijziging met algemene stemmen wordt aangenomen in een vergadering waarin alle leden aanwezig of vertegenwoordigd zijn. Met het oog op de belangen van de appartementseigenaars die tegen een wijziging van de akte van splitsing zijn, bestaat er goede grond om bovengenoemde waarborgen ook van toepassing te verklaren op wijziging van de akte van splitsing als bedoeld in artikel 139, tweede lid. Aldus is geschied in artikel 139a.

Een vereiste medewerking en toestemming kan binnen de in artikel 140 gestelde grenzen door een rechterlijke machtiging worden vervangen.

In artikel 140a is het sluitstuk neergelegd van de bescherming van de belangen van appartementseigenaars die tegen een wijziging van de akte van splitsing zijn, waartoe de vergadering van eigenaars bij meerderheidsbeslissing overeenkomstig het tweede lid van artikel 139 heeft besloten. Het eerste lid van artikel 140a geeft de mogelijkheid tot vernietiging van zodanig besluit op vordering van een appartementseigenaar die niet heeft voorgestemd. Van dit laatste is zowel sprake indien een appartementseigenaar die op de vergadering aanwezig of vertegenwoordigd was, heeft tegengestemd dan wel zich van stemming heeft onthouden, als indien een appartementseigenaar niet aanwezig of vertegenwoordigd was en diens gevolg niet over het wijzigingsbesluit heeft gestemd. Men zij erop bedacht dat op grond van de woorden “wordt vernietigd” in het eerste lid de rechter het besluit zal moeten vernietigen, en dat de vernietigingsvordering alleen kan worden afgewezen in de limitatief in het derde lid genoemde gevallen.

De vernietigingsvordering moet ingevolge het tweede lid worden ingesteld binnen drie maanden, te rekenen vanaf de dag na die waarop het wijzigingsbesluit is genomen. Dit aanvangstijdstip is gekozen omdat iedere appartementseigenaar behoort te weten wanneer de vergadering van eigenaars plaatsvindt en welke punten er op de agenda staan (zie het tweede lid van artikel 139 in verbinding met artikel 139a), zodat hij, als hij de vergadering niet heeft kunnen bijwonen, direct daarna kan informeren wat de uitkomst van de stemming op een bepaald punt is geweest.

De (eveneens tot op zekere hoogte arbitraire) keuze van de lengte van deze verjaringstermijn is ingegeven door de gedachte dat enerzijds de appartementseigenaar die tegen een wijzigingsbesluit is een reële mogelijkheid moet hebben om door middel van het instellen van een vernietigingsvordering voor zijn belang op te komen en anderzijds aan de effectiviteit van de mogelijkheid tot wijziging bij meerderheidsbesluit zo min mogelijk afbreuk mag worden gedaan.

Het derde lid, waarvan de formulering is ontleend aan artikel 141, derde lid, bevat een uitputtende opsomming van gevallen waarin de rechter bevoegd is om de vordering tot vernietiging af te wijzen. Behalve in het geval dat de eiser geen schade lijdt, kan de vordering ook worden afgewezen indien de eiser een redelijke schadeloosstelling wordt aangeboden en voor de betaling hiervan voldoende zekerheid is gesteld. Dit laatste element draagt in belangrijke mate bij aan het evenwicht tussen de belangen van de appartementseigenaars die een wijziging van het reglement nastreven en de belangen van de appartementseigenaars die tegen zo'n wijziging zijn.

Terwijl een akte van wijziging bij gebreke van medewerking (of een vervangende rechterlijke machtiging) krachteloos is, geeft artikel 141 een andere regeling voor het geval van het ontbreken van de vereiste goedkeuring (door beperkt gerechtigden of beslagleggers) of daarvoor in de plaats tredende rechterlijke machtiging. De wijziging is dan vernietigbaar op vordering van degene wiens toestemming achterwege is gebleven, die heeft daarvoor een jaar de tijd nadat hij schriftelijk op de hoogte is gesteld van de wijziging. Intussen is de rechter ingevolge het derde lid bevoegd de vordering tot vernietiging af te wijzen, wanneer de eiser geen schade lijdt of hem een redelijke schadeloosstelling wordt aangeboden en voor de betaling hiervan voldoende zekerheid wordt gesteld. Deze bepaling is opgenomen, omdat een vernietiging van de wijziging niet alleen voor de appartementseigenaars zelf, maar ook voor hun rechtverkrijgenden ernstige gevolgen kan hebben. Men denke aan het geval dat een hypotheekhouder een vordering tot vernietiging van

de wijziging instelt, omdat deze zonder zijn toestemming tot stand is gekomen. In zodanig geval heeft toewijzing van de vordering geen zin wanneer voor de betaling van de hypothecaire schuld voldoende aanvullende zekerheid wordt gesteld. Ook lijkt toewijzing van de eis tot vernietiging tot de onmogelijkheden te behoren indien de hypotheekhouder geen schade ondervond.

Beperkte rechten en beslagen waarmee de appartementsrechten zijn belast, rusten na de wijziging van de akte van splitsing op de gewijzigde appartementsrechten, tenzij de akte van wijziging anders bepaalt. Voorrechten blijven na de wijziging bestaan. Aldus artikel 142. Vgl. voor de situatie na opheffing artikel 146.

Een besluit tot opheffing van de splitsing volgt dezelfde hoofdlijnen als een besluit tot wijziging: artikel 143, tweede lid.

Naast het vrijwillig besluit tot wijziging der splitsingsakte en tot opheffing der splitsing stelt artikel 145 het rechterlijk bevel daartoe (zie nog artikel 143, eerste lid, voor opheffing van rechtswege).

Beperkte rechten, beslagen en voorrechten rusten na opheffing van de splitsing op een aandeel in de goederen die in de splitsing waren betrokken, aldus artikel 146. Het artikel geeft een toepassing van het beginsel van zaaksvervangning. Overigens is voor de opheffing van de splitsing in beginsel de toestemming van de zakelijk gerechtigden en beslagleggers nodig (artikel 143, tweede lid, jo artikel 139, derde lid), die er dan voor kunnen zorgen dat met hun belangen wordt rekening gehouden. Vgl. voor de situatie na wijziging van de akte van splitsing artikel 142.

Artikel 5.147 van het Ned. BW verwijst in het tweede en het vierde lid naar de regels van zijn Boek 2 omtrent de vereffening na ontbinding van een rechtspersoon. Deze regeling, die een groot aantal bepalingen beslaat, is in het ontwerp niet overgenomen. Wel is, zij het in iets andere bewoordingen, in de tweede volzin van het eerste lid van artikel 147 de bepaling opgenomen dat de VvE blijft bestaan voor zover dat voor de vereffening van haar vermogen noodzakelijk is, en in het tweede lid de regeling in welke verhouding het batig saldo wordt verdeeld. Herinnerd zij voorts aan artikel 3:189, dat vanaf de opheffing der splitsing regels omtrent de (bijzondere) gemeenschap van toepassing verklaart.

Artikel 148 is overgenomen uit het Arubaanse ontwerp-Landverordening aanpassing appartementsrecht en een regeling gebruik in deeltijd van onroerende zaken en andere registergoederen (DWJZ/09/15). Men denke men in het bijzonder aan de mogelijkheid timeshares in de vorm van deeltijdsappartementsrechten te vestigen in cruiseschepen.