

Wijziging erfdiensbaarheden

mr. K. Everaars¹

In de (agrarische) praktijk is het goed denkbaar dat behoefte bestaat aan een wijziging van een (door vestiging of verjaring ontstane) erfdiensbaarheid. De erfdiensbaarheid is bijvoorbeeld lange tijd geleden ontstaan en de omstandigheden zijn sindsdien gewijzigd. Veelal ontstaat tussen de eigenaar van het dienend en heersend erf discussie over de wijze waarop van de erfdiensbaarheid gebruik mag worden gemaakt. Een in 1913 gevestigde erfdiensbaarheid van weg wordt inmiddels bijvoorbeeld gebruikt voor de verplaatsing van zwaar en breed materieel als shovels en tractoren met mestinjectoren. Volgens de eigenaar van het dienende erf stemt dit gebruik niet overeen met de akte van vestiging.² De combinatie 'wijziging' en 'erfdienstbaarheid' levert via www.rechtspraak.nl maar liefst 898 uitspraken op.³ Niet al deze uitspraken zullen echt over de wijziging van een erfdiensbaarheid gaan, maar het aantal geeft wel genoegzaam aan dat de inhoud of het gebruik van een erfdiensbaarheid regelmatig ter discussie staat. In een procedure worden veelal verschillende opheffings- en wijzigingsgrondslagen gecombineerd. In dit artikel sta ik stil bij vier wetsartikelen uit Boek 5 BW inzake de wijziging van een erfdiensbaarheid.⁴ Aan de hand van agrarische voorbeelden schets ik de stand van zaken van deze wetsartikelen en sta ik stil bij enkele vragen die deze wetsartikelen oproepen.⁵ Aan de orde komen achtereenvolgens het verleggingsrecht van art. 5:73 lid 2 BW, de regeling met betrekking tot een verdeling van het heersende of dienende erf van art. 5:76 BW en de mogelijkheid tot wijziging op initiatief van de eigenaar van het dienende erf op grond van art. 5:78 BW en op initiatief van de eigenaar van het heersende erf op grond van art. 5:80 BW.

1. Verleggingsrecht

De eigenaar van het dienende erf kan op grond van art. 5:73 lid 2 BW voor de uitoefening van de erfdiensbaarheid een ander gedeelte van het erf aanwijzen dan waarop de erfdiensbaarheid ingevolge art. 5:73 lid 1 BW dient te worden uitgeoefend. Volgens lid 1 worden de inhoud van een erfdiensbaarheid en de wijze van uitoefening in eerste instantie bepaald door de akte van vestiging.⁶ Volgens vaste

rechtspraak 'komt het bij de uitleg van een zodanige akte aan op de partijbedoeling voor zover die in de notariële akte tot uitdrukking is gebracht. Deze bedoeling moet worden afgeleid uit de in deze akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte'.⁷

De titel die ten grondslag ligt aan de vestiging van de erfdiensbaarheid is veelal een obligatoire overeenkomst. Voor beantwoording van de vraag wat de overeenkomst behelst 'komt het (...) aan op de zin die [partijen] in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten'.⁸ De titel tot vestiging van een erfdiensbaarheid wordt vermeld in de notariële vestigingsakte (art. 3:98 jo. 3:89 lid 2 BW). De notariële vestigingsakte heeft tussen partijen in principe dwingende bewijskracht (art. 157 lid 2 Rv), maar daartegen staat tegenbewijs open. Dat tegenbewijs kan, gelet op de Haviltex-maatstaf, op alle omstandigheden van het geval betrekking hebben.⁹ Als – na uitleg – blijkt dat er een discrepantie bestaat tussen de titel en de

1. Kirsten Everaars is verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit.
2. Deels ontleend aan de casus die ten grondslag ligt aan Rb. Gelderland 5 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5381.
3. Op donderdag 13 december 2018.
4. Dit zijn niet de enige wijzigingsgrondslagen. Het is denkbaar dat de eigenaar van het dienende en heersende erf samen overeenstemming bereiken over de wijziging van een erfdiensbaarheid en een notariële wijzigingsakte inschrijven in de openbare registers (art. 3:98 jo. 3:84 BW). Ook kan een erfdiensbaarheid bijvoorbeeld gedeeltelijk tenietgaan wegens verjaring van de rechtsvordering van de eigenaar van het heersende erf tot opheffing van een met de erfdiensbaarheid strijdige toestand (art. 3:106 BW).
5. Uitputtend zal ik niet kunnen zijn. Ik laat bijvoorbeeld het overgangsrecht buiten beschouwing.
6. Onder een akte van vestiging valt ook een akte van wijziging. Vgl. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 256 (TM). Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4338. Wordt een erfdiensbaarheid verkregen op grond van een situatie vergelijkbaar als die van het arrest Rodewijk/Bouwman (HR 5 februari 2010, NJ 2010/294, m.nt. F.M.J. Verstijlen), dan is er tevens een akte van vestiging aanwezig. Zie in dezelfde zin J.A.J. Peter, *GS Zakelijk rechten*, art.

5:73 lid 1 BW, aant. 1 (online, actueel tot en met 15 mei 2018).

7. HR 19 april 2013, NJ 2013/240 (*Hennekam/Maatschappij van welstand*) met verwijzingen naar HR 13 juni 2003, NJ 2004/251 (*Teijssen/Marcus*) en HR 17 december 2010, NJ 2011/9. Zie ook HR 2 december 2005, NJ 2007/5 (*WE Vastgoed/Henselmans*).
8. HR 13 maart 1981, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).
9. HR 22 oktober 2010, NJ 2011/111, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*).

vestiging, dan geldt art. 3:84 lid 1 BW. Als er meer is gevestigd dan is overeengekomen, dan bestaat voor het meerdere geen titel. Is er minder gevestigd dan is overeengekomen, dan is het mindere slechts verkregen, maar kan de verkrijger alsnog vestiging van het ontbrekende vorderen.¹⁰

Voor erfdiensbaarheden gevestigd voor 1 januari 1992 biedt het Oud BW enkele aanknopingspunten bij de uitleg, omdat de wet een aantal bijzondere erfdiensbaarheden benoemde.¹¹ Volgens art. 733 Oud BW is een erfdiensbaarheid van voetpad bijvoorbeeld het recht om te voet over eens anders land te mogen gaan, de erfdiensbaarheid van rijpad of dreef het recht om daarover te paard te rijden of beesten te drijven en de erfdiensbaarheid van weg om er met wagen, een ruitje enz. over te rijden. Onder de erfdiensbaarheid van weg zijn tevens de erfdiensbaarheden van voetpad, van rijpad en dreef stilzwijgend begrepen.¹² Op grond van art. 740 Oud BW houdt een recht van erfdiensbaarheid ook datgene in dat noodzakelijk is voor de uitoefening van de erfdiensbaarheid.¹³ De erfdiensbaarheid om water te putten uit de grond van de buurman houdt tevens het recht in om over het erf van de buurman te mogen gaan.¹⁴

Als de vestigingsakte geen duidelijkheid biedt over de inhoud van de erfdiensbaarheid en de wijze van uitoefening, dan is de plaatselijke gewoonte beslissend. Gräler voert mijns inziens terecht aan dat het niet eenvoudig zal zijn om vast te stellen of er een plaatselijke gewoonte bestaat én wat de inhoud daarvan mag zijn.¹⁵ Een plaatselijke gewoonte is misschien dat op grond van regelgeving het gebruik van landbouwvoertuigen van een maximale breedte de bestaande praktijk is.¹⁶ In veel gevallen

biedt de plaatselijke gewoonte denk ik geen soelaas.¹⁷ Dan komt het aan op de wijze waarop de erfdiensbaarheid te goeder trouw geruime tijd zonder tegenspraak is uitgeoefend.¹⁸ Het is goed denkbaar dat tussen partijen pas een geschil ontstaat als de erfdiensbaarheid al enige tijd is uitgeoefend.¹⁹ Als de eigenaar van het dienende erf niet heeft geprotesteerd tegen dat gebruik, dan 'staat het de eigenaar van het dienende erf niet meer vrij om te stellen, dat de gevolgde wijze van uitoefening in strijd zou zijn met de akte of het plaatselijk gebruik.'²⁰ Anderzijds kan 'de rechthebbende niet meer tegen de wil van de wederpartij tot een andere wijze van uitoefening overgaan'.²¹ De feitelijke uitoefening van de erfdiensbaarheid preciseert de inhoud van de erfdiensbaarheid. De feitelijke uitoefening kan ook veranderen. Op grond van een algemeen geformuleerde erfdiensbaarheid maakt de eigenaar van het heersende erf bijvoorbeeld gebruik van een bepaalde route op het dienende erf om met zijn landbouwvoertuigen van en naar de openbare weg te komen. Op een gegeven moment breidt de eigenaar van het dienende erf zijn schuur uit, zodat de eigenaar van het heersende erf een net iets andere route neemt. Het laatste gebruik (mits te goeder trouw geruime tijd zonder tegenspraak) preciseert dan de inhoud van de erfdiensbaarheid.²²

Indien de wijze van uitoefening van de erfdiensbaarheid vast staat, kan de eigenaar van het dienende erf op grond van art. 5:73 lid 2 BW voor de uitoefening een ander gedeelte van het erf aanwijzen, mits de verplaatsing zonder vermindering van genot voor de eigenaar van het heersende erf mogelijk is. Een geringe vermindering staat niet in de weg aan verlegging.²³ Dit zogenoemde verleggingsrecht speelt vooral een rol bij een erfdiensbaarheid van weg, maar kan ook een rol spelen bij een erfdiens-

10. Mits aan de overige vereisten, in het bijzonder de bepaaldheidseis van art. 3:84 lid 2 BW, is voldaan. Annotatie F.M.J. Verstijlen bij HR 22 oktober 2010, NJ 2011/111 (*Kamsteeg/Lisser*); Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/233.

11. Zie art. 727 e.v. Oud BW.

12. Zie ter illustratie ook HR 8 september 2017, NJ 2017/346 in het kader van een erfdiensbaarheid van licht.

13. Art. 740 Oud BW: 'Die een regt van erfdiensbaarheid heeft wordt geacht al datgene te hebben hetgeen noodzakelijk is om daarvan (...) gebruik te maken'.

14. Zie art. 740 Oud BW.

15. J.G. Gräler, 'Mandelijkheid en erfdiensbaarheden', *Mon. BW* nr. B27, Deventer: Kluwer 2014/373. De parlementaire geschiedenis biedt ook geen aanknopingspunten. Rb. Almelo 8 augustus 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX7069, r.o. 5.1 haalt mijns inziens de plaatselijke gewoonte en het gebruik van de erfdiensbaarheid gedurende geruime tijd door elkaar. De rechtbank neemt aan dat het gebruik van de erfdiensbaarheid de plaatselijke gewoonte is. Naar mijn mening moet de plaatselijke gewoonte meer gezien worden als een bestendig plaatselijk gebruik, anders dan het gebruik van de eigenaar van het heersende erf in concreto. Anders bestaat er volgens mij weinig verschil tussen de plaatselijke gewoonte en het gebruik van de eigenaar van het heersende erf te goeder trouw gedurende geruime tijd zonder tegenspraak.

16. Vgl. Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY1571, r.o. 4.14.

17. Zie ook *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 272 (MvA II): 'De ondergetekende kan toegeven dat deze (...) norm [van de plaatselijke gewoonte] in sommige gevallen geen duidelijk uitsluitel zal geven (...)'.
18. Is de erfdiensbaarheid ontstaan via art. 3:105 jo. 3:306 BW dan is de wijze van uitoefening ook beslissend. In beginsel wordt zoveel recht verkregen als is uitgeoefend. Zie Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/182; J.G. Gräler, 'Mandelijkheid en erfdiensbaarheden' *Mon. BW* nr. B27, Deventer: Kluwer 2014/375. Als zowel een erfdiensbaarheid door vestiging is ontstaan als door verjaring en het gebruik van de erfdiensbaarheid hetzelfde is, dan wordt de uitoefening primair bepaald door de vestigingsakte. Zie Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY1571, r.o. 4.7.

19. J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940/335.
20. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 264 (TM).
21. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 264 (TM).
22. De feitelijke uitoefening kan ook veranderen bij een precies geformuleerde erfdiensbaarheid. Op grond van art. 5:73 lid 1 BW is de akte van vestiging dan echter duidelijk over de wijze van uitoefening. Op grond van de regels van verjaring kan worden beoordeeld of de veranderde uitoefening ook tot een veranderde inhoud van de erfdiensbaarheid heeft geleid.

23. HR 24 september 1999, NJ 1999/754 (*Ledeboer/Oudemans*).

baarheid tot het hebben van kabels en leidingen. Bij een erfdiensbaarheid van weg zal bij de beoordeling of de verlegging tot een vermindering van het genot voor de eigenaar van het heersende erf leidt bijvoorbeeld een rol spelen in hoeverre de nieuwe route langer is. Het is niet zo dat een langere route automatisch een vermindering van genot betekent die aan verlegging in de weg staat. Een verlenging van een weg met twintig meter is niet onredelijk op een totale weg van 345 meter.²⁴ Een verlenging van een weg met 0,55 kilometer of 1,1 kilometer zal in de regel wel tot een vermindering van het genot leiden.²⁵ Voor uitoefening van het verleggingsrecht van art. 5:73 lid 2 BW is geen voorafgaand rechterlijk vonnis nodig.²⁶ Mocht het tot een geschil komen tussen de eigenaar van het dienende en heersende erf, dan is het aan de eigenaar van het dienende erf om te bewijzen dat er geen of slechts een geringe vermindering van het genot optreedt.²⁷

Het verleggingsrecht van art. 5:73 lid 2 BW omvat niet de bevoegdheid om de erfdiensbaarheid te verleggen 'van het in de titel van vestiging aangewezen dienstbare erf naar een aangrenzend ander erf dat [de eigenaar van het dienende erf] aan het eerstbedoelde toevoegt of daarvoor in de plaats stelt (...)'.²⁸ Volgens de Hoge Raad komt dit neer op het vestigen van een nieuwe erfdiensbaarheid. Dat een verlegging naar een andere onroerende zaak niet nadelig is voor de eigenaar van het heersende erf betekent volgens de Hoge Raad niet dat de eigenaar van het heersende erf verplicht is mee te werken aan die vestiging.²⁹

In de literatuur wordt uit de parlementaire geschiedenis afgeleid dat als de inhoud van de erfdiensbaarheid speelruimte biedt voor de wijze van uitoefening, er van een verlegging in de zin van art. 5:73 lid 2 BW geen sprake is.³⁰ Dat zou het geval zijn als er een algemeen geformuleerde erfdiensbaarheid is gevestigd of als de akte van vestiging de bevoegdheid geeft om de erfdiensbaarheid te verleggen. Bij een algemeen geformuleerde erfdiensbaarheid van weg is de eigenaar van het dienende erf aldus

bevoegd om aan te geven op welke wijze de eigenaar van het heersende erf van de erfdiensbaarheid gebruik dient te maken. Bijvoorbeeld door de route te bepalen die de eigenaar van het heersende erf moet nemen. Volgens de literatuur speelt dan niet de vraag van art. 5:73 lid 2 BW of de verlegging tot een vermindering van het genot van de eigenaar van het heersende erf leidt.³¹ De verlegging mag echter de belangen van de eigenaar van het heersende erf niet onredelijk aantasten.³² Het verschil met een 'echte' verlegging volgens art. 5:73 lid 2 BW komt tot uiting in de bewijslast. Als van een verlegging krachtens art. 5:73 lid 2 BW geen sprake is, dan is het aan de eigenaar van het heersende erf om aan te tonen dat zijn belangen wél onredelijk zijn aangetast.³³ Is er sprake van een verlegging krachtens art. 5:73 lid 2 BW, dan is het aan de eigenaar van het dienende erf om aan te tonen dat er geen of slechts een geringe vermindering van het genot van de eigenaar van het heersende erf optreedt.

Het is nog niet zo eenvoudig om te bepalen of de inhoud van de erfdiensbaarheid speelruimte biedt aan de eigenaar van het dienende erf om de wijze van uitoefening te bepalen. Stel dat in de akte van vestiging de volgende formulering is opgenomen:

*'Verkoper en koper vestigen ten behoeve van het perceel kadastraal bekend (...) als heersend erf, en ten laste van het aan verkoper verblijvende kadastrale perceel (...) als lijdend erf, de erfdiensbaarheid van weg, om van- en naar het heersend erf te komen en te gaan, naar en van de openbare weg, met alle voertuigen bestemd voor agrarisch gebruik.'*³⁴

Volgens de rechtbank Noord-Holland ontbreken in dit geval regels voor de precieze locatie waar de erfdiensbaarheid moet worden uitgeoefend en dus is de uitoefening te goeder trouw gedurende geruime tijd door de eigenaar van het heersende erf doorslaggevend.³⁵ De stelling in de literatuur dat bij een algemeen geformuleerde erfdiensbaarheid een verlegging niet in strijd komt met de akte van vestiging behoeft denk ik enige nuancering. Indien de akte van vestiging geen regels geeft over de precieze uitoefening, en dat ligt voor de hand bij een algemeen geformuleerde erfdiensbaarheid³⁶, dan

24. HR 24 september 1999, NJ 1999/754 (*Ledeboer/Oudemans*).

25. Zie Hof Den Haag 1 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:454, r.o. 9.

26. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 264 (TM). Dit werd onder het oude recht wel aangenomen. Zie Asser/Scholten II 1945, p. 273-274 en J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940/341.

27. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 264 (TM) met verwijzing naar Asser/Scholten II 1945, p. 273-274.

28. HR 21 januari 1972, NJ 1973/480, m.nt. K. Wiersma (*Vroom & Dreesman/Coenegracht*). Zie ook N.C. Van Oostrom-Streep, 'Over verjaring, non-usus en verleggingsrechten: tot waar en wanneer strekt de erfdiensbaarheid?', *WPNR* 2009/6794, p. 314.

29. HR 21 januari 1972, NJ 1973/480, m.nt. K. Wiersma (*Vroom & Dreesman/Coenegracht*).

30. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/186; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* 2012/625; J.G. Gräler, 'Mandelijkheid en erfdiensbaarheden' *Mon. BW* nr. B27, Deventer: Kluwer 2014/393. Zie *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 264 (TM).

31. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/186; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* 2012/625; J.G. Gräler, 'Mandelijkheid en erfdiensbaarheden', *Mon. BW* nr. B27, Deventer: Kluwer 2014/393.

32. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/186; J.G. Gräler, 'Mandelijkheid en erfdiensbaarheden', *Mon. BW* nr. B27, Deventer: Kluwer 2014/393.

33. Asser/Scholten II 1945, p. 273; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* 2012/625.

34. Gebaseerd op de casus die ten grondslag ligt aan Rb. Noord-Holland 16 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:8004.

35. Rb. Noord-Holland 16 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:8004, r.o. 4.4 e.v.

36. De akte van vestiging kan algemene aanwijzingen geven die wel voldoende duidelijkheid bieden. Zie

bepaalt de feitelijke uitoefening de inhoud van de erfdiensbaarheid. Aannemend dat die er is, dan is een verlegging wel mogelijk, maar alleen op grond van art. 5:73 lid 2 BW. De eigenaar van het dienende erf dient dan te bewijzen dat er geen of slechts een geringe vermindering van het genot optreedt. Wanneer biedt de vestigingsakte wel die speelruimte aan de eigenaar van het dienende erf om aan te geven hoe de eigenaar van het heersende erf van zijn recht gebruik dient te maken? Bijvoorbeeld als in de akte van vestiging is opgenomen dat de erfdiensbaarheid van weg dient te worden uitgeoefend langs de noordelijke kant van het dienende erf. Aan de aanwijzing van art. 5:73 lid 1 BW om voor de inhoud van de erfdiensbaarheid te kijken naar het feitelijk gebruik wordt dan niet toegekomen, omdat de akte van vestiging duidelijk is over de wijze van uitoefening. De erfdiensbaarheid van weg dient namelijk te worden uitgeoefend langs de noordelijke kant. Binnen die ruimte kan de eigenaar van het dienende erf de weg aanwijzen. Aan de eigenaar van het heersende erf is het dan om te bewijzen dat een nieuwe route tot een (onredelijke) vermindering van zijn genot leidt.

2. Verdeling heersende of dienende erf

Art. 5:76 BW geeft regels over de verdeling van een heersend of dienend erf. De term verdeling is ongelukkig, omdat die term in het kader van art. 3:182 en 3:183 BW een andere betekenis heeft. Ik spreek in het vervolg over splitsing van het heersende of dienende erf,³⁷ waaronder ik de situatie versta dat een gedeelte van het erf wordt vervreemd.³⁸ Door die vervreemding ontstaan twee onroerende zaken.³⁹ Een kadastrale splitsing leidt niet tot een splitsing van het eigendomsrecht van de onroerende zaken.⁴⁰ Op grond van art. 5:76 lid 1 BW blijft een erfdiensbaarheid bij splitsing van het heersende erf bestaan

bijvoorbeeld HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1815. Een omschrijving in de akte van vestiging van een erfdiensbaarheid om met een personenauto te komen en te gaan op de voor het lijdende erf minst bezwarende wijze biedt voldoende duidelijkheid voor de aan te houden breedte van de weg, namelijk 'een zodanige breedte dat op de voor het lijdend erf minst belastende wijze met een personenauto kan worden gekomen en gegaan naar de openbare weg'.

37. Zie Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/178a; T.E. Booms, 'Gevolgen van kwantitatieve splitsing van goederen voor beperkte rechten', *NTBR* 2015/44, in het bijzonder voetnoot 5.
38. Dit wordt ook wel verticale splitsing genoemd. Zie V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016/147.
39. V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016/149.
40. Een kadastraal perceel is niet hetzelfde als een onroerende zaak. Zie V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016/172; P.J. van der Plank, 'Zaakseenheid in het platte vak', *NTBR* 2012/41.

ten behoeve van ieder gedeelte ten voordele waarvan zij kan strekken.⁴¹ Uit deze bepaling noch uit de parlementaire geschiedenis blijkt wat het precieze gevolg van de splitsing is voor de erfdiensbaarheid als de erfdiensbaarheid na de splitsing bijvoorbeeld ten voordele strekt van twee (of meer) erven. Volgens de heersende opvatting in de literatuur komt de erfdiensbaarheid na de splitsing gemeenschappelijk toe aan de eigenaren van de heersende erven.⁴² Er ontstaan dus niet evenveel erfdiensbaarheden als heersende erven, maar er ontstaat een gemeenschap. Hetzelfde geldt als het heersende erf wordt gesplitst in appartementsrechten (art. 5:106 e.v. BW).⁴³ Booms beschrijft dat de keuze voor deze oplossing dogmatisch vreemd is, maar wel wenselijk.⁴⁴ Op deze manier worden de belangen van de eigenaar van het dienende erf het meest beschermd. Booms geeft het voorbeeld dat als de erfdiensbaarheid inhoudt dat tweemaal per dag met een tractor over het dienende erf mag worden gereden, de splitsing van het heersende erf *niet* tot gevolg heeft dat er twee erfdiensbaarheden ontstaan elk met de inhoud dat tweemaal per dag met een tractor over het dienende erf gereden mag worden. Dat zou onbillijk zijn ten opzichte van de eigenaar van het dienende erf. De gezamenlijke rechthebbenden van de erfdiensbaarheid zullen in hun onderlinge verhouding afspraken moeten maken over het gebruik van de erfdiensbaarheid⁴⁵, bijvoorbeeld in een beheersregeling in de zin van art. 3:168 lid 1 BW. Art. 5:77 BW regelt de aansprakelijkheid voor de geldelijke verplichtingen die voortvloeien uit de erfdiensbaarheid.⁴⁶

41. Vgl. art. 737 Oud BW: 'Indien het heersende erf mogt worden verdeeld, blijft de erfdiensbaarheid voor ieder gedeelte verschuldigd, zonder dat evenwel de toestand van het dienende erf moge verzwaard worden'.

42. A.A. van Velten, 'Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed', *AN* nr. 120, Deventer: Wolters Kluwer 2018/14.3.3; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/178a; T.E. Booms, 'Gevolgen van kwantitatieve splitsing van goederen voor beperkte rechten', *NTBR* 2015/44 mede met betrekking tot de rechten van pand en hypotheek. Zie in het bijzonder voetnoot 13 voor aanhangers van de opvatting dat het beperkte recht zich splitst in twee rechten en voetnoot 14 voor meer literatuur, mede met betrekking tot de rechten van pand en hypotheek. Zie ook D.F.H. Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:230 BW, aant. 3.1.5 en aant. 4.1.7 (actueel tot en met 1 mei 2018) met betrekking tot de rechten van pand en hypotheek.

43. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/178a.

44. T.E. Booms, 'Gevolgen van kwantitatieve splitsing van goederen voor beperkte rechten', *NTBR* 2015/44.

45. T.E. Booms, 'Gevolgen van kwantitatieve splitsing van goederen voor beperkte rechten', *NTBR* 2015/44.

46. Op grond van lid 1 zijn de rechthebbenden hoofdelijk aansprakelijk voor die geldelijke verplichtingen. De rechthebbenden zijn dus ieder voor het geheel aansprakelijk en de eigenaar van het dienende erf heeft tegenover ieder van hen recht op nakoming van het geheel (art. 6:6 lid 2 jo. 6:7 lid 1 BW). Uit die onderlinge rechtsverhouding zal ook de interne draagplicht moeten volgen. Zie *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 108 (TM).

Als de erfdiensbaarheid slechts ruim is omschreven als een erfdiensbaarheid van weg om met een tractor te komen en te gaan van en naar de openbare weg, dan kan de splitsing wél een verzwaring opleveren van de op het dienende erf rustende last, doordat meer eigenaren gebruik gaan maken van het recht. Volgens art. 5:73 lid 1 BW wordt bepaald wat de inhoud van de erfdiensbaarheid en de wijze van uitoefening is. Binnen die grenzen moet de eigenaar van het dienende erf een verzwaring dulden.⁴⁷ De splitsing kan echter wel een onvoorziene omstandigheid opleveren in de zin van art. 5:78 sub a BW.⁴⁸

Op de tussen de rechthebbenden van de erfdiensbaarheid ontstane gemeenschap zijn verder de regels van titel 3.7 BW van toepassing, maar die regels zijn niet specifiek geschreven voor de situatie dat een erfdiensbaarheid (of ander beperkt recht) in gemeenschap wordt gehouden. Dat kan aanleiding geven tot vragen over de precieze betekenis van de toepasselijke bepalingen. Dat de erfdiensbaarheid gemeenschappelijk wordt gehouden door de rechthebbenden ten behoeve van wie de erfdiensbaarheid na de splitsing ten voordele kan strekken heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat de rechthebbenden alleen gezamenlijk afstand kunnen doen van de erfdiensbaarheid (art. 3:166 lid 1 jo. 3:170 lid 3 BW). Als één van de deelgenoten afstand wil doen en de andere deelgenoot niet, kan volgens mij via art. 3:185 BW een (soort) verdeling worden gevorderd van de erfdiensbaarheid bij de rechter, in die zin dat de erfdiensbaarheid na de verdeling toekomt aan één van de deelgenoten (art. 3:182 BW). Daarbij moet echter wel de eigenaar van het dienende erf worden betrokken, omdat afstand van een beperkt recht een tweezijdige rechtshandeling is.⁴⁹ In beginsel is de eigenaar van het dienende erf niet verplicht mee te werken aan afstand, tenzij de eigenaar van het heersende erf afstand wil doen uit hoofde van de aan de erfdiensbaarheid verbonden lasten en verplichtingen (art. 5:82 lid 1 BW).⁵⁰

Als een erfdiensbaarheid ten behoeve van twee (of meer) erven bestaat, bijvoorbeeld als gevolg van een splitsing (maar dat kan ook door vestiging⁵¹),

dan is het niet ondenkbaar dat de eigenaar van het dienende erf tevens eigenaar van één van de heersende erven wordt (of andersom, dat de eigenaar van één van de heersende erven eigenaar van het dienende erf wordt). In principe gaat een erfdiensbaarheid op grond van vermenging (art. 3:81 lid 2 sub e BW) teniet als het dienende en heersende erf in één hand komen. Ter Rele heeft opgemerkt dat in de situatie dat dienend en heersend erf *gedeeltelijk* in één hand komen zoals hiervoor beschreven, de erfdiensbaarheid niet door vermenging tenietgaat.⁵² De vraag is bij mijn weten verder niet expliciet in de literatuur of jurisprudentie aan bod gekomen. Wel wordt het vergelijkbare geval besproken waarin de eigenaar van het dienend erf mede-eigenaar van het heersende erf wordt. Niet de erfdiensbaarheid, maar het heersend erf wordt dan in een gemeenschap gehouden. In die gevallen wordt aangenomen dat een vermenging optreedt.⁵³ Ook is het mogelijk om een erfdiensbaarheid te vestigen als twee erven aan dezelfde persoon toebehoren, mits één van de erven is bezwaard met bijvoorbeeld een recht van erfpacht.⁵⁴ Voorts gaat op grond van art. 5:83 BW een erfdiensbaarheid (kort gezegd) niet teniet op grond van vermenging als één van de erven is verhuurd of verpacht.⁵⁵ Van vermenging is dus alleen sprake als het dienende en heersende erf in *volle onbezwaarde* eigendom aan dezelfde persoon toebehoort.⁵⁶ Dat is in geen van de hierboven besproken situaties het geval. Ik sluit mij dus aan bij Ter Rele dat ook geen vermenging optreedt als de erfdiensbaarheid in een gemeenschap wordt gehouden en één van de deelgenoten tevens eigenaar van het dienende erf wordt (of andersom).⁵⁷ Wat gebeurt er met de erfdiensbaarheid als het dienende erf gedeeltelijk wordt vervreemd? Op grond van art. 5:76 lid 2 BW blijft bij splitsing van het dienende erf de last rusten op ieder gedeelte ten aanzien waarvan naar de akte van vestiging en de aard van de erfdiensbaarheid de uitoefening mogelijk is.⁵⁸ Uit deze bepaling noch uit de parlemen-

47. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 270 (TM) en p. 272 (MvA II).

48. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 270 (TM) en p. 272-273 (MvA II). De eigenaar van het dienende erf dient dan wel de eigenaren van alle heersende erven in rechte te betrekken. Zie J.G. Gräler, 'Mandelijkheid en erfdiensbaarheden', *Mon. BW* nr. B27, Deventer: Kluwer 2014/45.2.

49. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/16.

50. In de akte van vestiging kan voor de eerste twintig jaren anders zijn bepaald. Zie voor een schrijvende casus hierbij K. Everaars, 'De goederenrechtelijke imprévision-regeling: vuistregels voor de rechtspraak', *WPNR* 2015/7059, p. 354, paragraaf 4.6.

51. Aan de hand van uitleg van de vestigingsakte moet worden bepaald of partijen daadwerkelijk één erfdiensbaarheid ten gunste van twee erven hebben willen vestigen of toch twee afzonderlijke erfdiensbaarheden (van gelijke rang en met dezelfde inhoud) ten gunste van de twee erven. Illustratief is de casus

die ten grondslag ligt aan Rb. Noord-Holland 19 juli 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6032, r.o. 2.2, zie ook r.o. 4.1.1. Zie over deze uitspraak R.J. ter Rele, 'Twee heersende erven te Alkmaar', *WPNR* 2018/7192, p. 360.

52. R.J. ter Rele, 'Twee heersende erven te Alkmaar', *WPNR* 2018/7192, p. 360.

53. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/173; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* 2012/614.

54. Zie art. 5:84 BW en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/173.

55. Of als een derde op grond van een ander persoonlijk recht één van de erven in gebruik heeft. De erfdiensbaarheid gaat pas teniet bij het einde van het gebruiksrecht.

56. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/173.

57. Vgl. ook HR 4 november 1988, NJ 1989/260 (*Reulings/Sangen*), m.nt. W.M. Kleijn, waarin een gedeelte van het heersende erf wordt overgedragen aan een derde en een ander gedeelte aan de eigenaar van het dienende erf.

58. Vgl. art. 741 Oud BW: 'Indien het dienstbare erf verdeeld wordt, blijft ieder gedeelte met de erfdiensbaarheid bezwaard, voor zoo veel tot derzelver uitoe-

taire geschiedenis blijkt wederom wat het precieze gevolg van de splitsing is voor de erfdiensbaarheid. Het verschil met een splitsing van het heersende erf is dat in dit geval het object van het beperkte recht wordt gesplitst. De wet bevat wel een uitdrukkelijke bepaling voor de gevolgen van de erfdiensbaarheid als het dienende erf in appartementsrechten wordt gesplitst. Op grond van art. 5:114 lid 3 BW blijft een gevestigde erfdiensbaarheid ongewijzigd voortbestaan. Booms merkt op dat art. 5:76 lid 2 BW lijkt te suggereren dat na splitsing van het dienende erf één recht van erfdiensbaarheid blijft bestaan, maar uit de parlementaire geschiedenis is af te leiden dat niet is stilgestaan bij de (dogmatische) gevolgen van een splitsing van het dienende erf voor de erfdiensbaarheid.⁵⁹ Deze oplossing past ook niet goed in ons wettelijke systeem waarin één goederenrechtelijk recht niet kan rusten op meerdere goederen.⁶⁰ Booms en Tweehuysen komen tot de conclusie dat een splitsing van het beperkte recht de voorkeur heeft.⁶¹ Ik deel hun visie dat na de splitsing van het dienende erf twee erfdiensbaarheden bestaan.

In art. 5:76 lid 2 BW is bewust niet gekozen voor de formulering dat de erfdiensbaarheid blijft rusten op ieder gedeelte 'voor zoo veel tot derzelfer uitoefening noodzakelijk is'.⁶² Dat zou, zo blijkt uit de toelichting, een te vergaande beperking inhouden. Als een algemeen geformuleerde erfdiensbaarheid van weg is gevestigd waaruit niet blijkt dat slechts een bepaald gedeelte van het dienende erf gebruikt mag worden, dan valt ten eerste niet in te zien waarom bij een splitsing van het dienende erf één gedeelte zou moeten worden bevrijd als uitoefening over beide delen mogelijk is.⁶³ Ten tweede zou dat tot de moeilijkheid leiden dat bepaald moet worden welk dienende erf voor de uitoefening noodzakelijk is en welk erf niet.⁶⁴ Art. 5:76 lid 2 BW leidt er dus toe dat beide erven bezwaard blijven, ook al kan 'de ei-

genaar van het heersende erf praktisch (...) volstaan met uitoefening van zijn recht ten aanzien van een ander gedeelte'.⁶⁵

Art. 5:76 lid 3 BW bepaalt dat van lid 1 en lid 2 in de akte van vestiging kan worden afgeweken. Dat is ook logisch. Het staat partijen in beginsel vrij om al dan niet een erfdiensbaarheid te vestigen en de inhoud te bepalen. In de akte van vestiging kan bijvoorbeeld worden opgenomen dat een erfdiensbaarheid van weg inhoudt dat de boer eenmaal per dag alleen met zijn koeien over het weiland van de eigenaar van het dienende erf mag lopen om naar een naastgelegen weiland te komen. Die inhoud wijzigt niet na een splitsing van het heersende erf. Heeft de verkrijger van een gedeelte van het heersende erf geen koeien, maar schapen, dan heeft hij geen belang bij de erfdiensbaarheid en zal er dus geen gemeenschappelijke erfdiensbaarheid ontstaan. Als partijen de inhoud zo mogen vormgeven, waarom zouden partijen dan niet in de akte van vestiging mogen bepalen dat na een splitsing een algemeen geformuleerde erfdiensbaarheid alleen blijft strekken ten behoeve van de oorspronkelijke contractspartij?⁶⁶ De verkrijger van een gedeelte van het heersende erf is van die inhoud op de hoogte (althans kan van die inhoud op de hoogte zijn) en moet daar dus maar op anticiperen. Het is denkbaar dat bijvoorbeeld bij een erfdiensbaarheid van uitzicht de eigenaar van het dienende erf in de vestigingsakte wil afwijken van art. 5:76 lid 2 BW. In beginsel rust na de splitsing van het dienende erf op beide onroerende zaken een erfdiensbaarheid van uitzicht, maar in de vestigingsakte kan worden vastgelegd dat op het gedeelte van de onroerende zaak dat wordt vervreemd (afgesplitst) niet de erfdiensbaarheid van uitzicht als last rust.

3. Vordering tot wijziging op initiatief eigenaar dienende erf

Op grond van art. 5:78 BW kan de rechter op vordering van de eigenaar van het dienende erf een erfdiensbaarheid wijzigen (of opheffen). Het artikel geeft twee mogelijkheden: er is sprake van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de erfdiensbaarheid niet van de eigenaar van het dienende erf kan worden gevergd (sub a) of er is sprake van een verloop van ten minste twintig jaren na het ontstaan van de erfdiensbaarheid en het ongewijzigd voortbestaan van de erfdiensbaarheid is in strijd met het algemeen belang (sub b).

Blijkens de parlementaire geschiedenis is bewust gekozen voor het criterium van onvoorziene omstandigheden in sub a, omdat de termen onvoorziene en onvoorzienbaar tot verschillende uitkomsten

fening noodzakelijk is.'

59. T.E. Booms, 'Gevolgen van kwantitatieve splitsing van goederen voor beperkte rechten', *NTBR* 2015/44, paragraaf 5.2.

60. S.E. Bartels & L. Timmerman, 'Eén hypotheekrecht op meer registergoederen, kan dat?', *NTBR* 2006/3, p. 98; V. Tweehuysen, 'Het specialiteitsbeginsel en de art. 3:222 lid 1 en 5:106 BW', *WPNR* 2009/6820, p. 926. V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016/2.3.2.

61. T.E. Booms, 'Gevolgen van kwantitatieve splitsing van goederen voor beperkte rechten', *NTBR* 2015/44, paragraaf 4; V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, hoofdstuk 6, in het bijzonder paragraaf 6.2.2 in het kader van verticale splitsing van een met hypotheek bezwaarde onroerende zaak. Zie ook Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/178b. De eigenaren van de dienende erven zijn dan ieder voor een gelijk deel gerechtigd tot betaling van de retributie (art. 6:15 lid 1 BW). Zie *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 274 (MvA II).

62. Ontleend aan art. 741 Oud BW. Zie *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 271 (TM).

63. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 271 (TM).

64. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 271 (TM).

65. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 271 (TM).

66. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 273 (MvA II). Zie ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* 2012/627.

leiden.⁶⁷ Onvoorzien wil zeggen dat een bepaalde omstandigheid niet is verdisconteerd in de akte van vestiging (of akte van wijziging). Onvoorzienbaar houdt in dat een redelijk denkend mens met een bepaalde omstandigheid geen rekening houdt. Een voorzienbare omstandigheid hoeft door partijen niet te zijn voorzien. In die situatie is wijziging (of opheffing) niet bij voorbaat uitgesloten. Bij een voorzienbare gebeurtenis kan wel eerder worden aangenomen dat ongewijzigde instandhouding niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁶⁸ Een onvoorzienbare omstandigheid kan daarentegen door partijen in beginsel wel zijn voorzien. In die situatie is wijziging (of opheffing) niet mogelijk.⁶⁹ De rechter kan op grond van art. 5:78 sub a BW alleen tot wijziging (of opheffing) overgaan als ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de eigenaar van het dienende erf kan worden gevergd. Bij zijn afweging zal de rechter ook rekening moeten houden met 'het belang van de stabiliteit van rechtsverhoudingen die uit zakelijke rechten voortvloeien'.⁷⁰ De rechter kan een vordering toewijzen onder voorwaarden (art. 5:80 lid 1 BW). Volgens de parlementaire geschiedenis kunnen omstandigheden ook stilzwijgend zijn verdisconteerd in de akte van vestiging.⁷¹ Dat is echter niet goed te verenigen met de objectieve maatstaf die geldt voor de uitleg van notariële (vestigings)aktes.⁷² Veelal stelt de eigenaar van het dienende erf dat sprake is van een intensivering van het gebruik van een erfdiensbaarheid van weg. In de rechtspraak wordt wel eens geoordeeld dat bij een algemeen geformuleerde en niet nader geclausuleerde erfdiensbaarheid partijen een zekere toename van het gebruik van de erfdiensbaarheid hebben verdisconteerd in de akte van vestiging.⁷³ Op grond van uitleg van de akte van vestiging kan in een concreet geval de conclusie worden getrokken dat partijen geen regels hebben opgenomen over bijvoorbeeld de intensiteit van het gebruik van een erfdiensbaarheid. Partijen hebben bijvoorbeeld niet opgenomen hoe vaak van

de weg gebruik gemaakt mag worden, door hoeveel personen of met welke landbouwvoertuigen. Mijns inziens mag uit het achterwege blijven van een beding dat intensivering beperkt niet te snel worden afgeleid dat het risico dat het gebruik intensiveert, op de koop is toegekomen. Volgens mij kan sprake zijn van een onvoorzienbare omstandigheid als de intensivering het gevolg is van een gebeurtenis die verder gaat dan een normale ontwikkeling van het gebruik van een weg.⁷⁴

Stel dat er een erfdiensbaarheid van weg is gevestigd ten behoeve van een heersend erf waarop een boerderij wordt geëxploiteerd om met landbouwvoertuigen over het naastgelegen erf te komen en te gaan. De boer breidt zijn boerderij uit en daardoor wordt veel meer gebruik van de weg gemaakt én met grotere voertuigen. De uitbreiding van de boerderij is dan een onvoorzienbare omstandigheid als partijen daar geen rekening mee hebben gehouden gelet op de inhoud van de vestigingsakte. Bij de beoordeling kan dan ter sprake komen dat een zekere toename van het gebruik van de weg bijvoorbeeld binnen de grenzen van het redelijke blijft. Een vordering tot wijziging op grond van art. 5:78 sub a BW door de eigenaar van het dienende erf loopt dan stuk op de redelijkheid en billijkheid en niet op het vereiste van de onvoorzienbare omstandigheid. Stel dat als gevolg van veranderde regelgeving de totale massa van landbouwvoertuigen is gestegen. In 1979 wordt met een trekker met giertank van 5 ton en met een trekker met opraapwagen van 6 ton over een weg gereden. In 2012 weegt een trekker met zodenbemester 20 tot 25 ton en de trekker met opraapwagen 18 tot 22 ton. Het intensieve gebruik met de zware landbouwvoertuigen veroorzaakt geluids- en trillingshinder en levert een stijging van de onderhouds- en vervangingskosten van de weg op.⁷⁵ Als partijen in de vestigingsakte geen regel hebben opgenomen over het gewicht van landbouwvoertuigen (als gevolg van veranderde regelgeving), dan is wel sprake van onvoorzienbare omstandigheden, maar een beperking van de erfdiensbaarheid tot het gebruik van landbouwvoertuigen met een gewicht van maximaal 15 ton kan een ernstige belemmering opleveren voor het agrarische gebruik. Van de eigenaar van het heersende erf kan echter wel worden verwacht dat zij de kosten van onderhoud van de weg op zich neemt.⁷⁶

Nieuw in art. 5:78 BW in vergelijking met het Ontwerp-Meijers is de toevoeging van sub b. Blijkens de parlementaire geschiedenis bestond behoefte aan deze bepaling, omdat veel erfdiensbaarheden die bij een agrarische bestemming van de grond weliswaar betekenisvol zijn, door de toenemende verstedelijking echter hun zin kunnen verliezen en wenselijke bebouwing zelfs in de weg kunnen

67. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 276-277 (MvA II).

68. Zie F.J. Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:97, aant. 1.1 (actueel tot en met 26 februari 2018); Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/199; F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 227.

69. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 277 (MvA II).

70. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 277 (MvA II).

71. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 276 (MvA II).

72. Zie F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 227.

73. Zie bijv. Rb. Arnhem 26 januari 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP5035; Rb. Roermond 31 juli 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BD9024, r.o. 4.2; Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ9938, r.o. 4.8; Rb. Noord-Nederland 13 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ7025, r.o. 5.3; Rb. Utrecht 7 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK3174, r.o. 4.1; Rb. Alkmaar 27 augustus 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BJ6213, r.o. 4.4; Rb. Rotterdam 7 november 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB7890, r.o. 3.3.

74. Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* 2012/622.

75. Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY1571.

76. Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY1571.

staan.⁷⁷ Volgens Kleijn is het wijzigen van een erfdiensbaarheid wegens strijd met het algemeen belang een 'fikse ingreep' en is het te hopen dat een rechter grote terughoudendheid betracht bij het toetsen of er werkelijk een algemeen belang is en of de opheffing c.q. wijziging gerechtvaardigd is.⁷⁸ Er moet inderdaad voor gewaakt worden dat een particulier belang niet verheven wordt tot een algemeen belang.

Een wijziging op deze grond is slechts mogelijk indien ten minste twintig jaren na het ontstaan van de erfdiensbaarheid zijn verlopen. De reden hiervoor is niet aanstonds duidelijk, maar zal te maken hebben met de stabiliteit die van goederenrechtelijke rechtsverhoudingen.⁷⁹ Van Oostrom-Streep, Verstappen & Van Vliet hebben zich afgevraagd of stabiliteit eerst bereikt wordt na een periode van twintig jaar, omdat de keuze voor die termijn een arbitraire is geweest.⁸⁰ Zij menen dat een termijn van tien jaar meer in lijn is met de maatschappelijke vraag en ook beter aansluit bij de regeling van art. 6:259 BW voor wijziging van een kettingbeding of kwalitatieve verplichting.⁸¹ Ik heb eerder al betoogd dat in het kader van een 'eenduidiger en eenvoudiger' regeling het afschaffen van de termijn wat mij betreft de beste oplossing is.⁸² Mocht de situatie zich voordoen dat er evident strijd met het algemeen belang is, maar de termijn van twintig jaren nog niet is verstreken, dan kan de redelijkheid en billijkheid (van art. 6:2 en/of 6:248 BW) uitkomst bieden. Het is inmiddels onomstreden dat de redelijkheid en billijkheid doorwerkt in het goederenrecht, maar uiteraard dient bij de toepassing daarvan rekening te worden gehouden met de goederenrechtelijke context.⁸³ Een beroep op misbruik

van bevoegdheid (art. 3:13 BW) behoort ook tot de mogelijkheden.⁸⁴

4. Vordering tot wijziging op initiatief eigenaar heersende erf

Op grond van art. 5:80 BW kan de rechter op vordering van de eigenaar van het heersende erf een erfdiensbaarheid wijzigen. Het artikel geeft twee mogelijkheden. Ten eerste kan een erfdiensbaarheid gewijzigd worden als door onvoorziene omstandigheden de uitoefening van een erfdiensbaarheid blijvend of tijdelijk onmogelijk is geworden, in die zin dat door de wijziging de mogelijkheid tot uitoefening wordt hersteld, mits de wijziging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van de eigenaar van het dienende erf kan worden gevergd. Ten tweede kan een erfdiensbaarheid worden gewijzigd als door onvoorziene omstandigheden het belang van de eigenaar van het heersend erf aanzienlijk is verminderd, met dien verstande dat door de wijziging het oorspronkelijk belang wordt hersteld, mits ook hier de wijziging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van de eigenaar van het dienende erf kan worden gevergd.

Dit artikel is als tegenhanger te zien van art. 5:78 (en 5:79) BW.⁸⁵ De rechter heeft de bevoegdheid 'een geringe verruiming van de bevoegdheden van de eigenaar van het heersende erf' aan te brengen.⁸⁶ Die bevoegdheid is in drie opzichten beperkt. In de eerste plaats is – net als bij art. 5:78 sub a BW – ver-

77. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 278 (MvA II).

78. Annotatie W.M. Kleijn bij HR 15 december 1995, *NJ* 1996/691 (Damen/Dentjens).

79. W. Sniijders merkt als reden op dat 'erfdienstbaarheden een zakelijk recht zijn, niet alleen een kwestie van louter theorie maar ook van belang, omdat de erfdienstbaarheden aan beide zijden gebonden zijn; zij hebben niet alleen een 'dienend erf' maar ook een 'heersend erf'. Dat houdt in dat zij in de zakenrechtelijke sfeer een belangrijke rol spelen'. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 280 (VC II). Zie ook *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 277 (MvA II).

80. N.C. van Oostrom-Streep, L.C.A. Verstappen & L.P.W. van Vliet, 'Burenrecht, mandeligheid en erfdienstbaarheden (titels 4, 5 en 6)', in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht* (Preadviezen Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie), Den Haag: Sdu 2016, p. 288. Zie ook *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 280 (VC II).

81. N.C. van Oostrom-Streep, L.C.A. Verstappen & L.P.W. van Vliet, 'Burenrecht, mandeligheid en erfdienstbaarheden (titels 4, 5 en 6)', in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht* (Preadviezen Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie), Den Haag: Sdu 2016, p. 289.

82. K. Everaars, 'Opheffing', in: S.E. Bartels, J.B. Spath & K. Everaars (red.), *Tenietgaan van beperkte rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 3.1.

83. Zie onder meer A.A. van Velten, 'Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed', *AN* nr. 120, Deventer:

Wolters Kluwer 2018/2.6.1 en 2.6.3; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/2a; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/398; W. Sniijders, 'Erfpacht van woningen met een particuliere erfpachter', *WPNR* 2014/7042, p. 1165; J.G. Gräler, 'Mandeligheid en erfdienstbaarheden', *Mon. BW* nr. B27, Deventer: Kluwer 2014/29; F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 175; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* 2012/36; J.E. Fesevur, 'Redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht; de rechter reeds lang op het goede spoor', *WPNR* 2002/6472, p. 29-39; J.E. Fesevur, 'Redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse goederenrecht', in: S.E. Bartels & J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 21 e.v.; Hartkamp, 'Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht', *Mon. Nieuw BW* A1, 1990/15. Zie bijvoorbeeld HR 24 februari 2012, *NJ* 2012/143; HR 2 december 2005, *NJ* 2007/5 (*WE Vastgoed/Henselmans*); HR 26 maart 1999, *NJ* 1999/446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters/s-Gravenhove*), in het bijzonder ook de conclusie van A-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense, punt 8; HR 4 november 1988, *NJ* 1989/260 (*Reulings/Sangen*), m.nt. W.M. Kleijn.

84. Zie voor toepassing van art. 3:13 BW in een relatie tussen de eigenaar van het dienende erf en heersende erf in het kader van een erfdiensbaarheid onder meer *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 283 e.v. (MvA II); J.A.J. Peter, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:70 BW, aant. 8 (actueel tot en met 15 mei 2018); Hof Leeuwarden 23 maart 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BI9870; Hof Arnhem 4 mei 1999, *NJ* 2000/706.

85. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 285 (MvA II).

86. *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 285 (MvA II).

eist dat zich een onvoorziene omstandigheid heeft voorgedaan. Die omstandigheid moet ertoe hebben geleid dat de uitoefening van de erfdiensbaarheid tijdelijk of blijvend onmogelijk is geworden of ertoe hebben geleid dat het belang van de eigenaar van het heersende erf aanzienlijk is verminderd. In de tweede plaats moet de wijziging ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van de eigenaar van het dienende erf kunnen worden gevegd. In de derde plaats gaat de bevoegdheid van de rechter niet verder dan tot het aanbrengen van de wijziging die de uitoefening van de erfdiensbaarheid weer mogelijk maakt of die het belang van de eigenaar van het heersende erf bij de erfdiensbaarheid herstelt. Het staat de rechter vrij een bestaande verplichting of bevoegdheid aan te passen of een nieuwe verplichting of bevoegdheid toe te voegen.⁸⁷ De rechter kan de vordering ook toewijzen onder andere voorwaarden (art. 5:81 lid 1 BW).

Gräler bespreekt de vraag of de eigenaar van het heersende erf ook een verleggingsrecht toekomt. Volgens hem zou het onder omstandigheden wenselijk kunnen zijn als de eigenaar van het heersende erf ook een andere plaats kan aanwijzen voor de uitoefening van de erfdiensbaarheid.⁸⁸ Onder verwijzing naar Duitse literatuur geeft Gräler aan zich wel in de benadering te kunnen vinden dat aan de eigenaar van het heersende erf een verleggingsrecht toekomt. Dit zou voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid die geldt tussen de eigenaar van het heersende en dienende erf.⁸⁹ De eigenaar van het heersende erf kan vanzelfsprekend binnen het wettelijke kader van art. 5:80 BW een vordering tot verlegging instellen. Bijvoorbeeld indien de uitoefening van de erfdiensbaarheid onmogelijk is geworden. Slechts in uitzonderlijke situaties is zo'n vordering ook – los van de eisen van art. 5:80 BW – mogelijk op grond van de redelijkheid en billijkheid (van art. 6:2 en/of art. 6:248 lid 2 BW).⁹⁰ Volgens Gräler mag de eigenaar van het heersende erf zelfs een ander heersend erf aanwijzen.⁹¹ Dat lijkt mij (in beginsel) niet mogelijk. Als de eigenaar van het dienende erf niet de bevoegdheid heeft om de erfdiensbaarheid te verleggen naar een andere onroerende zaak,⁹² dan heeft de eigenaar van het heersende erf in mijn optiek ook niet de bevoegdheid om een ander heersend erf aan te wijzen. Dat is geen wijziging meer, maar komt neer op het vestigen van een nieuwe erfdiensbaarheid.

5. Slotbeschouwing

Met de invoering van het huidige BW is de ruimte voor partijen om de inhoud van beperkte rechten in het algemeen en de erfdiensbaarheid in het bijzonder in te vullen aanzienlijk vergroot.⁹³ 'In de formulering van hare bedoeling zijn de partijen niet altijd gelukkig', aldus Suijling.⁹⁴ De inhoud of het gebruik van een erfdiensbaarheid staat dan ook geregeld ter discussie tussen de eigenaar van het heersende en dienende erf. In dit artikel heb ik een overzicht gegeven van de regels rondom wijziging van een erfdiensbaarheid op grond van Boek 5 BW en ben ik op enkele knelpunten ingegaan. De praktijk dient zich er bewust van te zijn dat de verschillende grondslagen ook verschillende criteria en gevolgen kennen. Door splitsing van het heersende erf wordt de erfdiensbaarheid bijvoorbeeld gemeenschappelijk gehouden door de eigenaren van de heersende erven ten voordele waarvan de erfdiensbaarheid kan strekken. Splitsing van het dienende erf leidt echter tot splitsing van de erfdiensbaarheid. Daarnaast kent elke regeling ook beperkingen. De eigenaar van het dienende erf kan voor de uitoefening van de erfdiensbaarheid bijvoorbeeld een ander gedeelte van het erf aanwijzen, maar dit recht omvat niet de bevoegdheid de erfdiensbaarheid te verleggen naar een andere onroerende zaak. In alle gevallen speelt het bepalen van de inhoud van de erfdiensbaarheid een grote rol, maar gelet op de veelheid aan erfdiensbaarheden en bijna evenzoveel verscheidene formuleringen is het bepalen van de inhoud van een erfdiensbaarheid bepaald geen sinecure.

87. *Parl. Gesch. BW Boek 5 1981*, p. 285 (MvA II).

88. J.G. Gräler, 'Mandeligheid en erfdiensbaarheden', *Mon. BW* nr. B27, Deventer: Kluwer 2014/40.4.

89. J.G. Gräler, 'Mandeligheid en erfdiensbaarheden', *Mon. BW* nr. B27, Deventer: Kluwer 2014/40.4.

90. Bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid zal rekening moeten worden gehouden met de goederenrechtelijke context. Zie over de toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht voetnoot 86.

91. J.G. Gräler, 'Mandeligheid en erfdiensbaarheden', *Mon. BW* nr. B27, Deventer: Kluwer 2014/40.5.

92. Zie paragraaf 1.

93. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 384 met verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis. Zie ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* 2012/620.

94. J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1940/334.