

## University of Groningen

### De afschaffing van het nutsvereiste bij erfdiensbaaaheden

Jansen, J.E.

*Published in:*  
Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
Jansen, J. E. (2019). De afschaffing van het nutsvereiste bij erfdiensbaaaheden. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2019(7258), 761-763.

#### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# De afschaffing van het nutsvereiste bij erfdienstbaarheden<sup>1</sup>

## Inleiding

Weinig lezers van het *WPNR* zullen bij het klinken van de naam van J.C. (Jules Christiaan) van Oven (1881-1963) denken aan een driedelig *WPNR*-artikel van zijn hand uit 1908 over het nutsvereiste bij erfdienstbaarheden.<sup>2</sup> De meeste lezers zullen bij het horen van zijn naam de wet herinneren die hij aan het einde van zijn lange loopbaan op 74-jarige leeftijd als minister van Justitie<sup>3</sup> in 1959 in het Staatsblad kreeg: de *lex-Van Oven*. Deze wet maakte een einde aan de wettelijke handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw.<sup>4</sup> Anderen zullen Van Oven associëren met de felle protesten die hij als hoofdredacteur van het *NJB* al vanaf de vroege jaren dertig van de vorige eeuw liet klinken tegen het naziregime.<sup>4</sup> Weer anderen zullen de naam Van Oven verbinden met het Romeinse recht dat hij als hoogleraar ruim dertig jaar beoefende, eerst in Groningen (1917-1925) daarna in Leiden (1925-1942, 1945-1951). Het opstel over het nutsvereiste bij erfdienstbaarheden dateert van vóór dit alles. Van Oven was 26 toen het verscheen. Hij werkte destijds als journalist bij het 'Het Nieuws van den Dag', na de verdediging van een Romeinsrechtelijk proefschrift over bezitsbescherming (1905) en een kort avontuur als advocaat in de hoofdstad (1905 tot 1907). Het is interessant de schijnwerper te richten op deze vroege bijdrage uit Van Ovens omvangrijke (*WPNR*) oeuvre: het geeft een aardig tijdsbeeld en laat zich bovendien lezen als een vroege aankondiging van de afschaffing van het nutsvereiste die volgde met de invoering van het huidige wetboek.

## Het nutsvereiste bij erfdienstbaarheden

Van Oven richtte zijn pijlen op het nutsvereiste bij erfdienstbaarheden dat opgenomen was in artikel 721 BW (Oud). Dat artikel omschreef een erfdienstbaarheid in het eerste lid als 'een last waarmede een erf bezwaard is, tot gebruik en ten nutte van een erf, hetwelk aan eenen anderen eigenaar toebehoort.' In het tweede lid was bepaald dat de vestiging van een erfdienstbaarheid ten behoeve van een persoon niet was toegestaan. Wat betekende het dat een erfdienstbaarheid ten nutte en tot gebruik van een erf moest strekken en niet gevestigd kon worden ten behoeve van een persoon? Van Oven wilde in zijn opstel laten zien dat de rechtspraak en de literatuur er niet in geslaagd waren te komen tot een duidelijk criterium om te bepalen wat wel en wat niet de inhoud van een erfdienstbaarheid kon zijn. Verschillende schrijvers kwamen voor

gelijke gevallen tot andere resultaten. Zo oordeelden Land, Diephuis en Opzoomer verschillend over de ruimte die het nutsvereiste liet een erfdienstbaarheid te vestigen om door andermans tuin te wandelen. Diephuis stelde dat een erfdienstbaarheid 'ten nutte van het heersende erf moet zijn, om het gebruik hiervan te bevorderen, meer winstgevend of voordeliger, gemakkelijker of aangenamer te maken.'<sup>5</sup> Als voorbeeld van een ongeoorloofde erfdienstbaarheid noemde Diephuis het geval waarin de eigenaar van een erf mag wandelen in het bos op het erf van een ander, terwijl de beide erven in geen betrekking met elkaar stonden.<sup>6</sup> *A contrario* redenerend zou Diephuis een erfdienstbaarheid om op het buurerf te wandelen wel mogelijk hebben geacht. Diephuis, zo constateerde Van Oven, sprak zichzelf tegen: het recht om in een bos te mogen wandelen kon het heersende erf zeker winstgevender maken, ook als het bos zich op enige afstand van het heersende erf bevond en de erven in geen betrekking met elkaar stonden. Opzoomer was op dit punt strenger dan Diephuis. Volgens hem betekende het nutsvereiste dat het heersend erf door de erfdienstbaarheid in een betere toestand moest zijn. De verbetering kon goed bestaan uit een verhoging van het genoegen dat de eigenaar aan het erf beleefde, zoals bijvoorbeeld bij een recht van uitzicht het geval was. Dit recht verhoogde niet slechts het genoegen dat de eigenaar aan

1. Dit artikel is een uitvloeisel van onderzoek verricht ter voorbereiding op de door de auteur op 5 november jl. te Groningen gehouden oratie 'Het schip van Theseus' bij de aanvaarding van de leerstoel *Ius Commune*.
2. 'Erfdienstbaarheden ten nutte van een erf', *WPNR* 1984, p. 1-3, 1985, p. 9-11, 1986, p. 21-24.
3. Wet van 14 juni 1956, Stb. 343. Vgl. C.J.H. Jansen, 'De Lex-Van Oven: 50 jaar opheffing handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw', in: *NJB* 2006, p. 1256-1259.
4. Redactie *NJB* (J.C. van Oven), 'Themis op de pijnbank', *NJB* 1933, p. 469-472. Zie C.J.H. Jansen, 'De Duitse Themis op de pijnbank. Het Duitse nationaalsocialisme in het Weekblad van het Recht en het Nederlands Juristenblad (1933-1940)', *NJB* 2010, 1461.
5. G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk regt*, 6e deel 2e druk, Groningen 1896, p. 497-498.
6. G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk regt*, 6e deel 2e druk, Groningen 1896, p. 503.

zijn erf beleefde, maar de aangenaamheid van het erf.<sup>7</sup> Opzomer noemde vervolgens enkele afspraken die niet in de mal van een erfdiensbaaerheid pasten: het recht om in een naburige tuin te wandelen, er vruchten te plukken of er een maaltijd aan te richten. Land, ten slotte, stelde dat het gebruik of nut van het erf ‘niet alleen voor den toevalligen tegenwoordigen rechthebbende van het erf, maar voor den bezitter in het algemeen vermeerderd wordt.’ Hij zag juist wél weer ruimte voor een dienstbaaerheid om over ‘s buurmans erf te wandelen’.<sup>8</sup>

Telkens en telkens, zo schreef Van Oven in het derde deel van zijn opstel, ziet men hetzelfde voorbeeld aangehaald van een al dan niet geoorloofd servituut: de wandel-, vruchtenplukken en picknickerfbaaerheid. Men hoefde ‘maar één Pandektencompendium gelezen te hebben’ om te weten waar het voorbeeld vandaan kwam. Het was een Digestentekst (D. 8,1,8*pr*) van Paulus, die Van Oven in zijn opstel onvertaald weergaf:

Een erfbaaerheid die de bevoegdheid geeft appels te plukken, op andermans grond te kunnen wandelen of te picknicken, kan niet gevestigd worden.<sup>9</sup>

Volgde nu uit deze tekst dat het Romeinse recht het nutsvereiste kende? Van Oven meende van niet. Hij wees er ten eerste op dat de autoriteit van de jurist Paulus daartoe ontoereikend was. Hij voegde daarbij tussen haakjes toe ‘men denke eens aan hoe Jhering tegen hem te velde trekt’. In zijn opstel legde hij dat verder niet uit. Van Oven ging er kennelijk vanuit dat de lezers net als hij wisten dat de negentiende-eeuwse romanist Rudolf von Jhering (1818-1892) Paulus een woeste fanatiekeling in het construeren had genoemd, wiens aard hem dreef tot resultaten die de vraag rechtvaardigden of hij ‘noch recht bei Sinnen gewesen sei’.<sup>10</sup> Van Oven wees er vervolgens op dat de Paulus-tekst het nutsvereiste niet noemde. Zou het niet zo kunnen zijn – zo vroeg Van Oven zich af – dat Paulus aannam dat hier geen erfbaaerheid was omdat de eigenaar van het ‘heersende erf’ de bevoegdheid te wandelen, picknicken en vruchten te plukken slechts voor zichzelf had bedongen, en niet voor zijn opvolgers onder bijzondere titel? Er zou dan natuurlijk geen sprake kunnen zijn van een erfbaaerheid. Daarvoor was vereist dat de bevoegdheden niet slechts werden bedongen ten behoeve van de huidige eigenaar van het heersende erf, maar ook voor diens opvolgers onder bijzondere titel. Van Oven wees vervolgens op een parallel met de lagere rechtspraak die hij had bekeken. Rechters beoordeelden niet zozeer de aard van bevoegdheden om te bepalen of

bepaalde afspraken een erfbaaerheid konden zijn, maar stelden de partijbedoeling centraal: wilden de partijen een recht scheppen dat de eigenaar van het erf als zodanig toekwam, of wilden zij het hem als persoon gunnen? Zo’n criterium zou volgens Van Oven moeten volstaan: juist immers wanneer de bevoegdheden werden bedongen voor de eigenaar en diens opvolgers onder bijzondere titel, werd daardoor de waarde van het heersende erf vergroot en was het juist te spreken van een erfbaaerheid. Van Oven stond anders gezegd geen objectief, materieel criterium voor om te bepalen wat allemaal wel en wat niet een erfbaaerheid kon zijn, maar een subjectief of formeel criterium. Hij brak een lans voor wat hij noemde de zakelijke contractsvrijheid. Steeds wanneer partijen afspraken dat bevoegdheden over zouden gaan op opvolgers onder bijzondere titel was er sprake van een erfbaaerheid. Het deed er daarbij niet toe hoe vreemd die bevoegdheden misschien waren: er was altijd wel iemand te vinden die ervoor wilde betalen, zodat de erfbaaerheid de waarde van het heersende erf vergrootte. De goede zeden vormden de grens. De voorbeelden die Van Oven noemde geven een interessant inkijkje in de veranderende zeden. Hij noemde eerst het onschuldige voorbeeld dat de eigenaar van het dienend erf verplicht was een windwijzer op zijn huis te houden. Vervolgens noemde hij erfbaaerheden met de inhoud dat er op het dienende erf geen ‘millionairs’, Italianen, Joden of antisemieten mochten wonen. Van Oven betoogde dat het

7. C.W. Opzomer, *Het Burgerlijke Wetboek verklaard, aantekening op de artikelen die thans nog verklaring behoeven*, 2<sup>e</sup> deel, Leiden/Amsterdam, 1850, p. 88.

8. N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, 2<sup>e</sup> deel, 2<sup>e</sup> druk, Haarlem 1901, p. 281, voor de wandel-erfbaaerheid, noot 3.

9. D. 8,1,8*pr* *Paulus libro quinto decimo ad Plautium Ut pomum decerpere liceat et ut spatium et ut cenare in alieno possimus, servitus imponi non potest.*

10. R. von Jhering, *Der Besitzwille, zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Jena 1889, p. 274.

goed zou zijn het nutsvereiste als vormvereiste voor erfdiensbaarheden te laten vallen. Ook in het nieuwe burgerlijk wetboek zou het nutsvereiste geen plek moeten krijgen. Wel zou in het nieuwe recht een wettelijke regeling moeten komen van rechterlijke onteigening van erfdiensbaarheden om te voorkomen dat oude afspraken erven blijvend in hun greep konden houden.

### Het late succes van Van Ovens artikel

Lang had het er alle schijn van dat het betoog van Van Oven weinig effect zou sorteren in juridisch Nederland. De literatuur bleef in overwegende mate kiezen voor een objectieve invulling van het nutsvereiste.<sup>11</sup> De Hoge Raad deed in zijn beroemde uitspraak over de Didamse fietsenstalling hetzelfde. Het hoogste rechtscollege moest in die zaak bekijken of geldig was een erfdiensbaarheid met als heersend erf een spoorwegterrein van de NS en als lijdend erf een nabijgelegen perceel waarop krachtens het servituut geen rijwielstalling mocht worden uitgebraat. De Hoge Raad oordeelde dat er een geldige erfdiensbaarheid was omdat het rijwielstallingverbod nut had voor eenieder die het heersende erf naar zijn aard en inrichting gebruikte.<sup>12</sup> Meijers had er in zijn Ontwerp ook al voor gekozen om het nutsvereiste te handhaven. Hij verwierp de opvatting van Van Oven.<sup>13</sup> De omslag volgde in de Memorie van Antwoord. Die sloot goeddeels aan bij Van Ovens betoog: het nutsvereiste werd afgeschaft. Voldoende was voortaan dat de eigenaar van het heersend erf de bevoegdheid als een voordeel beschouwde bij het gebruik van zijn erf. Persoonlijk genot was daartoe afdoende. De wetsgeschiedenis gaf

daarbij hetzelfde argument dat Van Oven al in 1908 noemde: zo zou een einde komen aan de verdeeldheid die in de literatuur was blijven bestaan over de precieze betekenis van het nutsvereiste. Die onzekerheid maakte het bijvoorbeeld twijfelachtig of het mogelijk was een erfdiensbaarheid te vestigen die de bevoegdheid gaf te tennissen op de baan van de burens. Het was bovendien vreemd om de poorten bij de vergelijkbare figuur van de kwalitatieve verplichting wel te openen, maar de erfdiensbaarheden op te sluiten binnen het nutsvereiste. Om een wildgroei aan dienstbaarheden te voorkomen, werd onder verwijzing naar Van Ovens opstel een nieuw artikel ingevoegd, het latere artikel 5:79, dat de mogelijkheid biedt van rechterlijke opheffing van erfdiensbaarheden voor o.a. het geval dat de eigenaar van het heersende erf geen redelijk belang meer heeft bij uitoefening van de erfdiensbaarheid.<sup>14</sup> Er is op de argumenten van Van Oven en vooral die van de wetgever het een en ander af te dingen. Daar is het hier niet de plaats voor.<sup>15</sup> De omschrijving van de erfdiensbaarheid in artikel 5:70, en de figuur van de rechterlijke opheffing ervan uit artikel 5:79, zijn een minder bekend deel van de indrukwekkende nalatenschap van één van de invloedrijkste Nederlandse juristen uit de twintigste eeuw.

Prof. mr. J.E. Jansen\*

11. Zie met verwijzingen J.M.M. Maeijer, *Erfdiensbaarheden en kwalitatieve verbintenissen*, Den Haag 1966, p. 3-80, i.h.b. op p. 6-12.

12. HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, nr 495.

13. TM bij art. 5.6.1. (5:70), *Parl. Gesch. boek 5*, p. 246.

14. MvA bij art. 5.6.1. (5:70), *Parl. Gesch. boek 5*, p. 250-252.

15. Ik verwijs daarvoor naar mijn op 5 november uitgesproken oratie en de te verschijnen uitgebreide schriftelijke weergave daarvan.

\* Hoogleraar *Ius Commune* verbonden aan de vakgroep Romeins Recht van de Rijksuniversiteit Groningen. (j.e.jansen@rug.nl)