

**NJ 2002, 291**

Rechtbank Utrecht, 15 augustus 2001, nr128520/HAZA01-684, LJN:ZL1191  
Haasnoot

BW art. 5:78; BW art. 5:79; BW art. 5:81; Overgangswet NBW art. 165

Wetgeving:

**Essentie**

Wijziging erfdienstbaarheid dermate ingrijpend dat zij op één lijn moet worden gesteld met opheffing ervan; aanvulling rechtsgronden; eigenaren heersende erven geen beperkt gerechtigden; overgangsrecht.

**Samenvatting**

Vordering gemeente jegens eigenaren van heersende erven om in 1941 gevestigde erfdienstbaarheid ten laste van aan de gemeente toebehorend perceel op te heffen, subsidiair te wijzigen ten behoeve van de bouw van 30 aanleunwoningen (seniorencapartementen). Aangezien blijkens overgangsrecht een reeds onder het oude recht bestaande erfdienstbaarheid alleen kan worden gewijzigd, hetgeen de gemeente heeft erkend, wordt zij geacht uitsluitend wijziging van de erfdienstbaarheid te vorderen. Voorzover de gemeente alsnog heeft verzocht om in de gelegenheid te worden gesteld de beperkt gerechtigden, alsmede ook alle andere eigenaren van de heersende erven dan gedaagden in het geding te roepen, wijst de rechtbank dit af. Het is de keuze van de gemeente geweest alleen de in deze procedure onder versneld regime betrokken eigenaren van de heersende erven te dagvaarden. T.a.v. de eigenaren van de overige heersende erven, is in het arrest-Damen/Dentjes (HR 15 december 1995, NJ 1996, 691) overwogen dat de eigenaren van de heersende erven niet als beperkt gerechtigden in de zin van art. 5:81 lid 2 BW kunnen worden aangemerkt.

Omtrent de gevorderde wijziging van de erfdienstbaarheid overweegt de rechtbank dat na realisering van het door de gemeente voorgestane bouwplan voor de heersende erven feitelijk niets van de erfdienstbaarheid om uit te oefenen overblijft. Dit is dermate ingrijpend dat de gevorderde wijziging naar het oordeel van de rechtbank op één lijn moet worden gesteld met de opheffing van de erfdienstbaarheid. Ingevolge art. 165 Ow NBW kan een erfdienstbaarheid die op het tijdstip van het in werking treden van het huidige BW reeds bestond, niet worden opgeheven. Hieruit volgt dat de vordering van de gemeente moet worden afgewezen, daargelaten of een werkelijke wijziging van de erfdienstbaarheid op de voet art. 5:78 sub a BW (onvoorziene omstandigheden), dan wel op de voet van art. 5:78 sub b BW (strijd met het algemeen belang) zou kunnen worden toegewezen. Aan de vraag of het algemeen belang de bouw van de 30 aanleunwoningen meebrengt, zodat het ongewijzigd voortbestaan van de erfdienstbaarheid in strijd komt met het algemeen belang, komt de rechtbank derhalve niet toe. Volgt afwijzing van de vordering.

**Partijen**

De Gemeente Doorn, te Doorn, eiseres in conventie, gedaagde in voorwaardelijke reconventie, proc. mr. H.C.E. de Vries, adv. aanvankelijk mr. J. Naber te Enschede, thans mr. J.A.M. van den Berk te Arnhem, tegen

1. Cornelis Franciscus van Rhee, te Doorn, gedaagde in conventie, eiser in voorwaardelijke reconventie, en 13 anderen.

**1. Het verdere verloop van de procedure**

(...)

**3. De vorderingen en de verweren****3.1**

De gemeente vordert in conventie dat de rechtbank, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, de bij akte van 6 december 1941 gevestigde erfdienstbaarheid ten laste van het aan de gemeente toebehorende perceel gemeente Doorn sectie A nummer 5228 en ten behoeve van de aan Van Rhee c.s. toebehorende percelen zoals in de dagvaarding omschreven op zal heffen, subsidiair zal wijzigen in die zin dat op het lijdend perceel kadastraal bekend gemeente Doorn sectie A nummer 5228 dertig aanleunwoningen mogen worden gebouwd, met veroordeling van gedaagden in de kosten van de procedure.

**3.2**

Van Rhee c.s. heeft in conventie verweer gevoerd. Hierop zal, voorzover van belang, bij de beoordeling van de desbetreffende vordering worden ingegaan.

**3.3**

Van Rhee c.s. vordert in voorwaardelijke reconventie — indien en voorzover de rechtbank de gevorderde wijziging van de erfdienstbaarheid zal toewijzen en de rechtbank van oordeel is dat de in dat geval volgens Van Rhee c.s. aan die wijziging te verbinden voorwaarden als een eis in reconventie moeten worden ingesteld — dat de rechtbank de gemeente zal veroordelen:

a. om aan Van Rhee c.s. een vergoeding te betalen ten titel van schadevergoeding, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

(...)

**3.4**

De gemeente heeft in reconventie verweer gevoerd. Hierop zal, voorzover van belang, bij de beoordeling van de desbetreffende

vordering worden ingegaan.

#### 4. De beoordeling

4.1 De gemeente heeft ter comparitie erkend dat de door haar gevorderde opheffing van de erfdienstbaarheid niet mogelijk is en zij heeft haar vordering beperkt tot wijziging daarvan. Wat er ook zij van deze erkenning van de zijde van de gemeente, die blijkens artikel 165 Overgangswet BW alleen betrekking kan hebben op de in artikel 5:78 BW bedoelde opheffing, heeft de gemeente kennelijk bedoeld haar eis te verminderen in die zin dat zij thans uitsluitend de wijziging van de erfdienstbaarheid vordert. De rechtbank zal dan ook recht doen op de aldus verminderde eis.

(...)

4.8 De gemeente heeft tijdens de comparitie van partijen aan de rechtbank verzocht om in de gelegenheid te worden gesteld om de in artikel 5:81, tweede lid, BW bedoelde beperkt gerechtigden alsnog in het geding te roepen, alsmede alle andere eigenaren van de heersende erven.

Ten aanzien van deze laatste groep, de eigenaren van de overige heersende erven, heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 15 december 1995, NJ 1996/691 (Damen/Dentjes), in overweging 4.5 overwogen dat juist is het oordeel van het Hof dat de eigenaars van de overige heersende erven niet als beperkt gerechtigden in de zin van artikel 5:81, tweede lid, BW kunnen worden aangemerkt. De rechtbank wijst het verzoek van de gemeente jegens deze eigenaren dan ook af als niet op de wet gegrond. Het is de keuze van de gemeente geweest alleen de in deze procedure betrokken eigenaren van de heersende erven te dagvaarden. Toewijzing aan de vordering zal dan ook alleen jegens hen werking hebben. Voorts valt niet in te zien waarom de rechtbank de gemeente, die er zelf voor heeft gekozen de wijziging van de erfdienstbaarheid te vorderen in een procedure onder versneld regime, zonder daarbij de beperkt gerechtigden op de erven van de gedagvaarde heersende erven in het geding te roepen, alsnog in de gelegenheid zou moeten worden gesteld deze omissie recht te zetten. Ten aanzien van die beperkt gerechtigden — waarmee Van Rhee c.s. doelt op de betrokken hypotheekhouders — is echter gesteld noch gebleken dat de rechten van deze beperkt gerechtigden worden aangetast door toewijzing van het gevorderde. Het had op de weg van Van Rhee c.s. gelegen hieromtrent nadere feiten en omstandigheden te stellen. Anders dan Van Rhee c.s. meent, leidt het niet oproepen van de beperkt gerechtigden daarom niet tot niet-ontvankelijkheid van de gemeente.

(...)

#### 4.12

Nu de gemeente haar vordering heeft beperkt tot de wijziging van de erfdienstbaarheid komt de rechtbank aan een beoordeling van de zaak op de voet van artikel 5:79 BW, dat uitsluitend spreekt van de opheffing van een erfdienstbaarheid, niet meer toe. Uit de dagvaarding en hetgeen namens de gemeente ter comparitie naar voren is gebracht, volgt dat de vordering tot wijziging aldus moet worden verstaan dat de gemeente vordert dat de bestaande erfdienstbaarheid wordt gewijzigd in die zin dat het de gemeente is toegestaan op haar deel van het lijdend erf dertig aanleunwoningen, althans seniorenappartementen te bouwen. Uit de tekst van de erfdienstbaarheid, zoals deze in de akte van 6 december 1941 is opgenomen, alsmede uit de tekst van de uitleg die de betrokken partijen daaraan hebben gegeven — welke uitleg onder meer blijkt uit de door gedaagde aangehaalde passage uit de akten van 2 december 1957 en uit de overige in het geding gebrachte akten van na die datum die op het lijdend erf betrekking hebben en naar de akten van 6 december 1941 en 2 december 1957 verwijzen — was de bedoeling van partijen dat op het lijdend erf slechts één villa zou worden gebouwd en dat de rest van het lijdend erf onbebouwd zou blijven. Gegeven de bouw van die villa (de woning aan de Berkenweg 1) resteert van de erfdienstbaarheid het onbebouwd laten van de rest van het lijdend erf. Ingevolge artikel 5:76 BW rust op het perceel 5228 van de gemeente, ten behoeve waarvan de onderhavige vordering tot wijziging strekt, de volledige last van de erfdienstbaarheid, die voor dat perceel dus nog uitsluitend bestaat uit het onbebouwd laten daarvan. Het door de gemeente voorgestane bouwplan, bestaande uit de bouw van dertig aanleunwoningen, althans seniorenappartementen, heeft een geheel ander karakter dan de in de erfdienstbaarheid voorziene bebouwing, bestaande uit een villa. Ook het karakter van het lijdend erf verandert hierdoor van een landelijk perceel met weinig bebouwing en bevolking naar een vol gebouwd perceel met veel bevolking. Na realisering van het door de gemeente voorgestane bouwplan blijft er voor de heersende erven feitelijk niets over van de erfdienstbaarheid om uit te oefenen. Op grond van het voorgaande is de gevorderde wijziging van de erfdienstbaarheid dermate ingrijpend dat zij naar het oordeel van de rechtbank op één lijn moet worden gesteld met de opheffing van die erfdienstbaarheid. Ingevolge artikel 165 van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek kan een erfdienstbaarheid die op het tijdstip van het in werking treden van het huidige Burgerlijk Wetboek reeds bestond, niet uit hoofde van artikel 5:78 BW worden opgeheven. Hieruit volgt dat de vordering van de gemeente moet worden afgewezen, daargelaten of een werkelijke wijziging van de erfdienstbaarheid op de voet van artikel 5:78, aanhef en onder a, dan wel aanhef en onder b, BW zou kunnen worden toegewezen. Aan de vraag of het algemeen belang de bouw van de dertig aanleunwoningen, althans seniorenappartementen, op perceel 5228 meebrengt zodat het ongewijzigd voortbestaan van de erfdienstbaarheid in strijd komt met het algemeen belang, komt de rechtbank derhalve niet toe.

#### 4.13

Gelet op het voorgaande komt de rechtbank evenmin toe aan de beoordeling van de vordering in voorwaardelijke reconventie.