

89. NOG EENS DE ARRESTEN VAN DEN H. R. OVER DEN
UITBOUW. *)

Naar aanleiding van mijn onderschrift onder het arrest H. R. in het W. P. N. R. van 14 November 1914, ontving ik een schrijven van mijn mede-redacteur Prof. Meijers, waarin hij het volgende opmerkt:

„Uit uw onderschrift bij het arrest van 27 Maart 1914, merk ik dat gij met mij verschildt in opvatting omtrent de beteekenis van het arrest van 11 April 1913. Mag ik ter verdediging van mijn opvatting naar het cassatiemiddel van laatstgemeld arrest verwijzen? Daarbij werd schennis van verschillende artikelen van het B. W. beweerd, „omdat het Hof aanneemt, dat een kelder en het daarboven staand huis aan verschillende personen kunnen toebehooren, *hoewel van eenig jus in re aliéna niet blijkt*. En ook verder in het middel wordt toegegeven, dat kelder en huis aan verschillende eigenaren kunnen toebehooren, mits krachtens een jus in re aliéna. Deze toen door den Hoogen Raad verworpen stelling is toch precies als de thans door den Hoogen Raad aanvaarde, dat de eigendom van een uitbouw alleen krachtens een erfdiensbaarheid aan een ander dan den eigenaar van het erf kan toekomen.

De Hooge Raad heeft het middel van het arrest van 11 April 1913 alleen kunnen verwerpen door aan te nemen, dat niet alleen krachtens erfdiensbaarheid, maar ook een geheel zelfstandige eigendom van de *ruimte*, die een kelder inneemt, mogelijk is. Ik geef toe dat de formuleering van het arrest letterlijk opgevat, niet meer zegt dan gij er in leest. Maar men mag de overwegingen toch ook in verband met het middel beschouwen?"

Ik ben niet van ongelijk overtuigd.

Ik wil het arrest van 1913 gaarne in verband met het aangevoerde cassatiemiddel beschouwen. Maar wat volgt daaruit? Dat de H. R. toen beslist heeft, dat eigendom van bovenbouw en ondergrond in verschillende handen kunnen zijn en dat dit mogelijk is ook indien van een zakelijk recht op den ondergrond niet blijkt. Ik erken dat het voor het inzicht in het arrest gewenscht is, ook die laatste woorden er bij te vermelden, al leg ik er niet, zooals Meijers, den nadruk op. De H. R. zelf doet het evenmin, want in geen enkele der overwegingen wordt er eenige aandacht aan gewijd.

Daarom schijnt het mij onjuist de beteekenis van het arrest van 1913 hierin te zoeken dat de H. R. hier de stelling zou hebben verworpen „dat eigendom van uitbouw alleen mogelijk is bij erfdiens-

*) Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie nos. 2343 e.v. (21 November 1914 e.v.).

baarheid", de H. R. stond toen zuiver voor de algemeene vraag: „laat art. 626 afwijkingen toe en, zoo ja, zijn deze afwijkingen dan beperkt tot de gevallen van een zakelijk recht?” Op de eerste vraag antwoordde de H. R. in overeenstemming met zijn vroegere juris-prudentie bevestigend, op de laatste ontkennend. Met deze algemeene uitspraak komt het arrest van 1914 niet in botsing. De stelling: „eigendom van ondergrond en bovenbouw kan *alleen* in verschillende handen zijn als kwestie is van een jus in re aliéna”, stelling, die de eischer in cassatie in 1913 poneerde, heeft de H. R. ook nu niet aanvaard. Hij maakt alleen uit dat uit de ten deze vaststaande feiten een door verjaring verkregen erfdienstbaarheid volgt en dat door die erfdienstbaarheid de bevoegdheid om te bouwen boven het uitstekend deel voor den grondeigenaar niet is vervallen.

Ik zie, evenals Meijers, in die beslissing een vooruitgang en erken dat men daartoe alleen komt door den uitbouw als erfdienstbaarheid op te vatten, dat de leer die zich vergenoegde met de mogelijkheid van eigendom van den bovenbouw in andere handen dan die van den ondergrond te constateeren, zonder te onderzoeken waarop die rechtsverhouding kan steunen, tot dat resultaat niet is gekomen en niet licht zou komen (vgl. behalve het arrest Amsterdam, vernietigd bij het hier besproken arrest H. R. en te vinden in Ned. Jur. 1913 blz. 1139 en in W. 9518, ook arr. H. R. 25 Maart 1892, W. 6166), maar ik verschil van mijn geachten mede-redacteur hierin, dat ik hierin niet een terugkomen zie op de uitlegging aan art. 626 B. W. in het arrest van 1913 gegeven, een uitlegging waarmee Meijers zich niet kan vereenigen, maar die mij juist voorkomt. En ik hecht er aan dat even vast te leggen, waar ik altijd nog hoop, dat de H. R. nog eens terug zal komen op zijn met deze opvatting toch niet goed te rijmen leer over het bouwen op eens anders grond, in zijn arrest van 22 Dec. 1911, W. 9290, W. P. N. R. 2221. uitgesproken, een leer die door mijn ambtgenoot wordt toegejuicht, maar waarin ik mij nog altijd niet kan vinden.

Prof. Meijers schrijft mij:

„Slechts een kort woord van repliek.

Gij zegt: „de H. R. stond in 1913 zuiver voor de algemeene vraag: „laat art. 626 afwijkingen toe en, zoo ja, zijn deze afwijkingen dan beperkt tot de gevallen van een zakelijk recht?”” Ik daarentegen meen — en ziedaar het gansche verschil tusschen ons — dat de H. R. in 1913 ten gevolge van het voorgestelde middel niet voor de vraag in het algemeen stond, maar deze evenals in 1914 beperkt was tot het geval van den uitbouw. In 1913 werd nu m. i. van deze beperkte vraag de tweede helft ontkennend, in 1914 bevestigend beantwoord.

Mag ik verder nog even wijzen op het gebruik dat de H. R. in beide arresten van art. 626 maakt? In 1913 gaf het artikel, volgens

den H. R., slechts een vermoeden, dat voor tegenbewijs wijkt, in 1914 daarentegen volgt, volgens den H. R., uit het artikel, dat de verweerder niets anders en niets meer heeft bezeten dan een erfdienstbaarheid, terwijl het bewijs van het tegendeel — hetwelk het Hof had geleverd geacht — thans buiten beschouwing gelaten wordt."

Ik wijs mijnerzijds nog even op de formulering van het cassatiemiddel in 1913: „Schending of verkeerde toepassing van de artt. 626, 656, 657, 658 en 659 B. W., daar toch het Hof aanneemt, dat een kelder en het daarboven staand huis aan verschillende personen kunnen toebehooren, zonder dat er van eenig jus in re aliéna blijkt, terwijl de eigendom van alles wat op en in den grond is niet anders dan in één hand kan zijn, tenzij krachtens eenig jus in re aliéna.". Een beperking tot het uitbouwgeval kan ik hierin niet lezen.