

Konfusion über die Konfusion

Over de onnodige relativering van goederenrechtelijke bevoegdheden in artikel 3:81 lid 3.

1 Inleiding

Het verschil tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht¹ bestaat er voornamelijk uit dat goederenrechtelijke rechten tegen iedereen, terwijl verbintenisrechtelijke rechten slechts tegen bepaalde personen kunnen worden ingeroepen. Toch bestaan er wel degelijk goederenrechtelijke rechten die slechts tegen bepaalde personen ingeroepen kunnen worden.² Zo'n geval doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een beschikkingsonbevoegde bezitter een zaak *constituto possessorio* levert aan een *bona fide* derde. Deze derde wordt dan eigenaar ten opzichte van de gehele wereld, behalve eventuele oudere gerechtigden.³ De wetgever introduceerde hier een vorm van relatieve eigendom: ten opzichte van de één eigenaar, ten opzichte van de ander niet.⁴ In artikel 3:81 lid 3 is een andere relativering in het goederenrecht vastgelegd. Het gaat om het volgende. Het belangrijkste goederenrechtelijke recht is het eigendomsrecht.⁵ Daarnaast kent het goederenrecht zogenoemde beperkte rechten.⁶ Het eigendomsrecht kan men op de eigen zaak laten gelden, een beperkt recht heeft men op andermans zaak.⁷ Deze onderverdeling heeft tot gevolg dat het beperkte recht tenietgaat wanneer een beperkt gerechtigde eigenaar wordt van de zaak waarop hij reeds een beperkt recht kon laten gelden. Deze figuur wordt vermenging genoemd. Voor wat betreft de gevolgen van de vermenging geeft artikel 3:81 lid 3 de volgende regel:

Afstand en vermenging werken niet ten nadele van hen die op het tenietgaande beperkte recht op hun beurt een beperkt recht hebben. Vermenging werkt evenmin ten voordele van hen die op het bezwaarde goed een beperkt recht hebben en het tenietgaande recht moesten eerbiedigen.

De gevolgen van vermenging worden door artikel 3:81 lid 3 steeds gerelativeerd wanneer een *derde* beperkt gerechtigde van de vermenging nadeel dan wel voordeel zou

¹ Zeer uitgebreid hierover, Rank-Berenschot, 'Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht', (diss.), Deventer, 1992.

² Vgl. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Monografieën Nieuw BW AI*, Deventer, 2002, 3^e druk, nr 21.

³ Art. 3:90 lid 2.

⁴ Vgl. kritisch over deze relativering van het eigendomsrecht, R.D. Vriesendorp, 'Art. 3.4.2.5. lid 2 NBW; een misplaatste bepaling' in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen III* (1986), p. 39-68, p. 61.

⁵ Vgl. art. 5:1.

⁶ Vgl. Art. 3:8.

⁷ Zie hieronder nr 2.

ondervinden. Een voorbeeld: A geeft zijn grond in erfpacht aan B. B vestigt hypotheek op de erfpacht ten behoeve van C. Vervolgens koopt erfpachter B de grond van A zodat het erfpachtrecht door vermenging teniet gaat. Deze vermenging werkt niet ten opzichte van degene die op de erfpacht een beperkt recht had. Moeten we daarom aannemen dat B ten opzichte van de gehele wereld als eigenaar heeft te gelden behalve ten opzichte van C, die B als erfpachter mag beschouwen? Komen we zo niet tot een vorm van relatieve eigendom en relatieve erfpacht? In het onderstaande wordt de in artikel 3:81 lid 3 vervatte regel voor wat betreft de vraag naar de gevolgen van vermenging voor zover het om zaken gaat besproken.⁸ Alvorens aandacht aan het moderne recht te besteden, wordt het Romeinse recht op dit punt besproken. Vermenging als wijze van het tenietgaan van beperkte rechten is een onderwerp waaraan door de 19^e eeuwse Pandektisten een veelheid van beschouwingen is gewijd. Het volgende citaat van Fitting spreekt wat dit betreft boekdelen:

‘Also nicht bloss in neuerer Zeit, sondern schon im römischen Recht und unter den römischen Juristen, hätte bezüglich der Confusion eine Confusion bestanden. Da müsste man denn freilich sagen: nomen ist omen.’⁹

Wellicht bieden de beschouwingen van de Pandektisten gezichtspunten die ook het hedendaagse begrip van vermenging als wijze van het tenietgaan van beperkte rechten kunnen aanscherpen. Om deze te kunnen begrijpen wordt hieronder eerst aandacht besteed aan wat tegenwoordig de goederenrechtelijke rechten worden genoemd - eigendom en beperkte rechten -, en in het bijzonder aan de verhouding tussen beide.

Romeins recht

2 Eigendom en beperkte rechten

Gaius verdeelt in zijn leerboek de zakelijke acties in twee groepen: zakelijke acties gebaseerd op eigendom en zakelijke acties gebaseerd op een ander recht:

Een zakelijke actie doet zich voor, wanneer wij in de intentio beweren of dat een lichamelijke zaak ons eigendom is of dat ons het een of andere recht toekomt, bijvoorbeeld het recht van gebruik of van vruchtgebruik, van voetpad, van dreef of van waterleiding of om hoger te bouwen of van uitzicht, of wanneer omgekeerd de tegenpartij de actio negatoria instelt.¹⁰

⁸ Met een beperkt recht bezwaarde vorderingen die door vermenging teniet gaan blijven dus onbesproken.

⁹ Fitting, *Die Natur der Correalobligationen*, Erlangen 1859, p. 130, nt 160.

¹⁰ Gaius *Instituten*, IV, 1 In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamque ducendi vel altius tollendi prospiciendive aut cum actio ex diverso adversario est negativa. (Cursivering toegevoegd) De vertaling ontleende ik aan AC Oltmans, *De instituten van Gaius*, Groningen, 1967, 3^e druk.

KONFUSION ÜBER DIE KONFUSION

Nadrukkelijk lijkt Gaius hier te schrijven ‘of’, om te benadrukken dat er twee soorten zakelijke acties en twee soorten zakelijke rechten zijn. Enerzijds de eigendom die men op de eigen zaak kan laten gelden (*dominium* of *proprietas*), anderzijds rechten die men op andermans zaak kan laten gelden, de zogenoemde *iura in re (aliena)*. In de moderne terminologie worden de rechten op andermans zaak (*iura in re aliena*) wel beperkte rechten genoemd omdat zij geen volledige bevoegdheid, maar enkel een bevoegdheid in een bepaald opzicht geven.¹¹ De beperkte rechten worden traditioneel onderverdeeld naar de aard van de bevoegdheid die aan de beperkt gerechtigde wordt toegestaan. Beperkte genotsrechten zijn het recht van gebruik, vruchtgebruik, bewoning, opstal, erfpacht en de erfdiensbaarheden. Beperkte zekerheidsrechten zijn de rechten van pand en hypotheek.

Iura in re aliena

Het eigendomsrecht was het meest volledige recht dat men op een zaak kon hebben. De eigenaar had alle bevoegdheden die aan een beperkt gerechtigde konden worden toegestaan. Beperkte rechten konden dus alleen gevestigd worden op een zaak die aan een ander in eigendom toebehoorde (*res aliena*). Dit betekende dat wanneer men van een zaak waarop men een beperkt recht kon laten gelden eigenaar werd, deze eigendomsverkrijging het einde van het beperkte recht inhield. Steeds wanneer de kwaliteit of hoedanigheid van eigenaar en die van beperkt gerechtigde tot diezelfde zaak in één persoon samenkwam¹² was sprake van vermenging. Het beperkte recht ging dan teniet. Voor de beperkte genotsrechten wordt deze regel in verschillende Digestenteksten tot uitdrukking gebracht. De oudste en belangrijkste beperkte genotsrechten waren naar Romeins recht de erfdiensbaarheden (*servitutes*). Dat een erfdiensbaarheid teniet ging wanneer het heersend en het dienend erf in één hand kwamen blijkt uit de volgende Digestentekst:

Erfdiensbaarheden gaan door vermenging teniet wanneer dezelfde persoon eigenaar wordt van beide percelen grond.¹³

De Romeinen brachten de regel dat geen enkel erf dienstbaar kon zijn aan de eigenaar

¹¹ Lokin, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen 2006, p. 196. Deze definitie gaat waarschijnlijk terug op Hartmann, *Rechte an eigener Sache*, Freiburg, 1877, p. 76-77.

¹² Wanneer men aanneemt dat het beperkte recht op het tijdstip van de vermenging tenietgaat is de term vermenging als wijze van tenietgaan van het beperkte recht welbeschouwd minder geslaagd. Het feit dat het beperkte recht teniet gaat op het ogenblik dat eigenaar en beperkt gerechtigde dezelfde zouden worden verhindert juist een vermenging van rechten. Wanneer eigenaar en beperkt gerechtigde zich met elkaar zouden vermengen zou er juist geen bezwaar zijn om het beperkte recht voort te laten bestaan.

¹³ D. 8.6.1 (Gaius) *Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit*. Zie verder ook D.8.2.30pr.

ervan tot uitdrukking in het adagium *nulli res sua servit*.¹⁴ Het recht van vruchtgebruik (*usus fructus*) werd door de Romeinen ook beschouwd als een dienstbaarheid, geen erfdienstbaarheid maar een persoonlijke dienstbaarheid. Deze persoonlijke dienstbaarheid werd omschreven als het recht om andermans zaak te gebruiken en van die zaak de vruchten te trekken.¹⁵ Noodzakelijkerwijs kwam er dus ook een einde aan het vruchtgebruik wanneer de vruchtgebruiker de eigendom van de zaak verkreeg. Dit werd echter geen *confusio* genoemd zoals bij erfdienstbaarheden, maar *consolidatio*:

..of omgekeerd, wanneer de vruchtgebruiker de eigendom van de zaak zal hebben verworven, hetgeen vermenging wordt genoemd.¹⁶

De beperkte genotsrechten van opstal (*superficies*) en erfpacht (*emphyteuthis*) waren eveneens rechten die men enkel op andermans zaak (grond)¹⁷ kon laten gelden zodat vermenging ook hier het einde van het beperkte recht betekende.¹⁸ Tot slot gingen ook beperkte zekerheidsrechten teniet wanneer de zekerheidsgerechtigde eigenaar werd van de zaak waarop hij zijn beperkte (zekerheids)recht kon laten gelden:

(..) Want een pand kan immers als zodanig niet blijven bestaan, wanneer de schuldeiser eigenaar geworden is.¹⁹

Het beperkte recht gaat dus steeds teniet wanneer de beperkt gerechtigde eigenaar van de zaak wordt. Het is de vraag of dit ook geldt wanneer de beperkt gerechtigde op zijn beurt een beperkt recht heeft gevestigd. In de literatuur wordt wel van gestapelde rechten gesproken.²⁰ Een voorbeeld: A heeft zijn boomgaard in vruchtgebruik gegeven aan B, die op het recht van vruchtgebruik een zekerheidsrecht heeft gevestigd ten behoeve van C. Wanneer B overlijdt, eindigt diens vruchtgebruik zodat A weer onbeperkt eigenaar wordt. Met het tenietgaan van het vruchtgebruik gaat ook C's zekerheidsrecht ten onder.²¹ In de

¹⁴ D.8.2.26 (Paulus)

¹⁵ Zie voor een definitie D.7.1.1.

¹⁶ J.2.3.4. ... *vel ex contrario si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur.*

¹⁷ Voor het recht van opstal, D.6.1.73.1, voor het recht van erfpacht de definitie die Arndts (met verwijzingen) geeft in zijn *Lehrbuch der Pandekten*, München 1868, p. 307.

¹⁸ Zie Arndts, a.w., p. 310 en 312 en Dernburg, *Pandekten, Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, Berlin 1896, p. 650 noot 26.

¹⁹ *D.44,2,30 ... neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore.* Zie verder ook D. 13,7,20,3, D.13,7,29 en D.41,3,33,5.

²⁰ Vgl. bijvoorbeeld, AJH Pleysier, *Gestapelde rechten in het nieuwe burgerlijk wetboek, WPNR 5651* (1983) en zeer kritisch over de 'stapelingsmetafoor' het proefschrift van T.F. de Jong, *'De structuur van het goederenrecht. Over de afschaffing van het begrip onlichamelijke zaak, het onderscheid tussen rechten en hun voorwerpen en een opening in het systeem*, 2006, Hoofdstuk 3.

²¹ Vgl. hierover bijvoorbeeld de volgende passage uit Justinianus' Instituten: I. 2.4.4. *Cum autem finit fuerit usus fructus, revertitur scilicet ad proprietatem ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem.* (vert: Wanneer het vruchtgebruik geëindigd is, keert het terug naar de eigendom en vanaf dat ogenblik verkrijgt de bloot-eigenaar de volle macht over de zaak). Over de

KONFUSION ÜBER DIE KONFUSION

hierboven geschetste casus is het niet meer dan logisch dat met het vruchtgebruik ook het zekerheidsrecht ten onder gaat. Men kan zich het geval als volgt indenken. A heeft zijn boomgaard in vruchtgebruik gegeven aan B die graag geld wil lenen van C. C zal slechts geld willen lenen aan B wanneer B hem enige vorm van zekerheid geeft. B biedt C tot zekerheid het recht van vruchtgebruik aan. C zal zich in een dergelijk geval afvragen hoeveel zekerheid hem het vruchtgebruik precies biedt.²² Hierbij spelen met name een rol de opbrengst die met de boomgaard wordt behaald en de verwachte duur van het tot zekerheid aangeboden beperkte recht. Het recht van vruchtgebruik eindigt immers met de dood van de vruchtgebruiker. Wanneer dus B een grijsaard is die hoogstwaarschijnlijk nog ten hoogste 5 jaar zal leven, zal C niet of nauwelijks bereid zijn hem geld te lenen. Het zekerheidsrecht houdt immers in dat C bij betalingsachterstanden van B een ander een recht van vruchtgebruik onder dezelfde voorwaarden die A en B overeenkwamen kan verkopen. Eén van die voorwaarden is de duur van het vruchtgebruik. Het vruchtgebruik blijft gebonden aan het leven van B. Het is billijk dat C's zekerheidsrecht tenietgaat wanneer vruchtgebruiker B sterft, omdat C in deze casus rekening heeft gehouden met het einde van het vruchtgebruik door de dood van B.

Dit ligt heel anders in het volgende geval: A heeft zijn boomgaard aan B in vruchtgebruik gegeven. B heeft dit vruchtgebruik met een zekerheidsrecht ten behoeve van C bezwaard. Op een later tijdstip wordt B eigenaar van de boomgaard omdat hij A onder algemene dan wel bijzondere titel opvolgt. Het is de vraag welke gevolgen deze eigendomsverkrijging door B voor het zekerheidsrecht van C heeft. Wat is – anders gezegd - het lot van de beperkte rechten die door de beperkt gerechtigde zijn gevestigd wanneer het beperkte recht door vermenging teniet gaat?

3 Artikel 3:81 lid 3 in het Romeinse recht

Vermenging en zekerheidsrechten

In de Digesten wordt aan deze vraag zeer weinig aandacht besteed. Er is een tekst die een regel lijkt te geven als een beperkt gerechtigde een beperkt zekerheidsrecht heeft gevestigd.

vraag hoe deze terugkeer moet worden beschouwd, AJH Pleysier 'Over het tenietgaan van beperkte rechten door afstand of vermenging' in: *RMTh* 1985 (2), p. 162 e.v.

²² De executie door een zekerheidsgerechtigde van een vruchtgebruik roept overigens allerlei vragen op. De heersende leer wordt door Dernburg weergegeven. Hij gaat er - omdat het vruchtgebruik als het ware 'vast zit' aan de persoon van de vruchtgebruiker - vanuit dat de uitoefening van het vruchtgebruik, en niet het recht zelf, wordt geëxecuteerd. Zie (met verwijzingen) Dernburg, a.w. p. 599 noot 5. Tot de schrijvers tegen wiens denkbeelden Dernburg zich keert behoort overigens ook zijn vader ('Dernburg der Aeltere), de Giessener hoogleraar Jakob Hartwig Dernburg.

Zoals pand en hypotheek teniet gaan, wanneer de lichamelijke zaak waarop zij rusten teniet gaat, zo is dat ook het geval wanneer een vruchtgebruik teniet gaat.²³

Over de betekenis van deze tekst wordt verschillend gedacht.²⁴

Sohm

De Pandektist Sohm neemt op grond van de hierboven weergegeven Digestentekst D.20,6,8*pr* aan dat met het beperkte recht ook de door de beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrechten teniet gaan. Hij ziet dit als een 'juristische Notwendigkeit'.²⁵ De achterliggende gedachte lijkt duidelijk: het zekerheidsrecht is voor zijn bestaan afhankelijk van het voortbestaan van de zaak waarop het gevestigd is. Wanneer bijvoorbeeld de verpande vaas aan diggelen valt eindigt hiermee het pandrecht er op. Zo eindigt volgens Sohm ook het door de vruchtgebruiker gevestigde zekerheidsrecht wanneer het recht van vruchtgebruik eindigt. Het zekerheidsrecht rust volgens Sohm op het recht van vruchtgebruik.²⁶ Het onaantrekkelijke van de visie van Sohm is erin gelegen dat hij aanneemt dat de zekerheidsgerechtigde zijn recht kwijtraakt. Waar dit, zoals hierboven betoogd werd, te verdedigen valt wanneer het verzekerde vruchtgebruik door de dood van de vruchtgebruiker vervalt, lijkt voor deze gevolgtrekking bij vermenging juist geen sprake. Met het einde van het vruchtgebruik door de dood van de vruchtgebruiker had de zekerheidsnemer immers rekening (kunnen) houden, maar met het einde van het vruchtgebruik door vermenging zal hij geen rekening hebben gehouden.

Bremer

Ook Bremer is van mening dat de beperkt gerechtigde die een zekerheidsrecht vestigt hiermee niet de zaak zelf bezwaart²⁷, maar het daarop gevestigde beperkte recht.²⁸ Wanneer het beperkte recht tenietgaat door vermenging gaat dus ook het door de beperkt gerechtigde gevestigde beperkte recht ten onder. Anders dan bij Sohm, houdt dit echter niet de definitieve ondergang van het door de beperkt gerechtigde gevestigde beperkte recht in:

'In der Lehre vom Untergang des Pfandrechts haben wir gesehen, dass dasselbe vielfach im Folge von Confusion erlöscht. Aber damit ist die Sache keineswegs erledigt, vielmehr tritt an Stelle des

²³ D.20.6.8*pr* (Marcianus) *Sicut de re corporali extincta, ita et usu fructu extincto pignus hypothecave perit.*

²⁴ Zie voor een overzichtelijke opsomming, Exner, *Kritik des Pfandbegriffes nach römischem Recht*, Leipzig, 1873, p. 68 e.v.

²⁵ Sohm, *Die Lehre von subpignus*, Rostock, 1864, p. 39 (Vgl. Exner, p. 68).

²⁶ Sohm, a.w., p. 33 e.v. Vgl. hierover zeer uitgebreid De Jong, a.w., Hoofdstuk 3.

²⁷ Vgl. hierover zeer uitgebreid De Jong, a.w., Hoofdstuk 3.

²⁸ Bremer, *Das Pfandrecht und die Pfandobjekte*, Leipzig, 1867, p. 40.

KONFUSION ÜBER DIE KONFUSION

untergegangenes Pfandrechts ein neues, und zwar wieder *ipso iure*.²⁹

Een nieuw zekerheidsrecht treedt dus in de plaats van het door de beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrecht en wel *ipso iure*. Bremer schrijft over dit nieuwe, wettelijke zekerheidsrecht:

‘Das Objekt dieses neues Pfandrecht kann nur das Eigenthumsrecht sein, freilich nicht in dem Sinne wie bei der s.g. Sachverpfändung, sondern vielmehr wie bei der Verpfändung einer erst zu errichten Servitut; der Pfandgläubiger, dem bisher die Befugniss zustand, ein bereits existirendes dingliches Recht eventuell gegen Entgelt zu veräussern, erhält nunmehr nach Untergang dieses Rechts die andere Befugniss ein mit dem Untergang übereinstimmendes Recht gegen Entgelt eventuell neu zu begründen.’³⁰

Zoals het oude zekerheidsrecht de bevoegdheid gaf een beperkt recht te executeren, zo geeft het nieuwe zekerheidsrecht de bevoegdheid een op het tenietgegaane beperkte recht gelijkend beperkt recht te vestigen. Bremer lijkt er zoveel mogelijk voor te willen zorgen dat het nieuwe zekerheidsrecht de zekerheidsgerechtigde dezelfde zekerheid geeft die het oude zekerheidsrecht hem gaf. Bremer lijkt er dan ook vanuit te gaan dat het zekerheidsrecht zijn prioriteit ten opzichte van eventuele andere zekerheidsrechten behoudt zelfs na de ‘herrijzenis’³¹

Windscheid

Evenals Sohm en Bremer, gaat Windscheid gaat ervan uit dat wanneer de beperkt gerechtigde een beperkt recht vestigt, hij hiermee zijn beperkte recht bezwaart.³² Bij Windscheid overleven door de beperkt gerechtigde gevestigde beperkte rechten het einde

²⁹ Bremer, a.w. p. 167.

³⁰ Bremer, a.w., p. 168.

³¹ Bremer, a.w. p. 175 en 176. Het is echter niet geheel duidelijk of Bremer dit betoog beperkt tot pandrechten op door vermenging tenietgegaane vorderingen of dat hij voor zaken hetzelfde aanneemt. De vraag naar de prioriteit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer erfpachter B de erfpacht meermalen met een zekerheidsrecht heeft bezwaard en vervolgens de eigendom van de grond verkrijgt. Er ontstaan dan volgens Bremer even zovele nieuwe zekerheidsrechten, alle op het ogenblik dat B de eigendom verkrijgt. De zekerheidsrechten zijn echter niet alle even sterk, maar behouden hun ‘oude’ rang.

³² Windscheid I, par. 227 nt 3 (p. 1145). In noot 4 par. 48a (p. 218) merkt Windscheid hier het volgende over op: ‘Man darf sich nicht etwa bei der Auffassung beruhigen, das auch das Recht eine Sache sei (eine unkörperliche Sache), und daher in derselben Weise den gegenstand eines Rechts müsse bilden können, wie die (körperliche) Sache. Das Recht ist eben keine Sache, wird nur als solche gedacht. Dass jemand ein Recht an einer Sache hat, heisst, dass die Rechtsordnung ihm einen Befehl in betreff menschlichen Verhaltens zur Sache zu eigenen gegeben habe, oder dass sie ihn in die Lage versetzt habe, einen solchen Befehl durch seinen Willen hervorrufen zu können. Wer aber ein Recht an einem Recht hat (wessen Wille von der Rechtsordnung massgebend für ein Recht erklärt worden ist), hat weder einen Rechtsbefehl in betreff menschlichen Verhaltens zum Recht, noch kann er einen solchen Befehl hervorrufen.’

van het beperkte recht door vermenging echter wel. Windscheid stelt zich op het standpunt dat de hierboven weergegeven Digestentekst, D.20,6,8*pr* alleen geldt wanneer het vruchtgebruik door de dood van de vruchtgebruiker eindigt.³³ Het zekerheidsrecht blijft dus bestaan wanneer het vruchtgebruik bijvoorbeeld door vermenging tenietgaat:

‘Ist der Pfandgegenstand ein Recht an einer fremden Sache, so geht das Pfandrecht nicht dadurch unter, dass dieses Recht an den Eigentümer zurückübertragen wird oder durch Erbgang an den Eigentümer zurückfällt, oder dass der Inhaber des Rechts das Eigentum erwirbt.’³⁴

In de voetnoot bij deze enigszins kryptische passage verduidelijkt Windscheid zijn standpunt als volgt:

‘Genauer: das verpfändete Recht, während es sonst untergeht, dauert *für das Pfandrecht fort*.’³⁵

Windscheid is dus van mening dat het beperkte recht blijft voortbestaan voor wat betreft de door de beperkt gerechtigde gevestigde beperkte rechten. Hij maakt hiertoe gebruik van het onderscheid in de formele en de materiële ondergang van een recht:

‘Das nämliche muss gelten, wenn der Niessbraucher seinerseits das Eigentum erwirbt; die der fremden Ausübung hingegebene Willensmacht ist zwar formal untergegangen, aber materiell besteht sie fort. Man kann auch so sagen: das an dem Niessbrauch stattfindende Recht hält, so weit es reicht, den Niessbrauch fest.’³⁶

Formeel is dus het vruchtgebruik ten onder gegaan, maar materieel leeft het voort. Nu zou kunnen worden betoogd dat het weinig fraai is om de zaken zo voor te stellen alsof een recht enerzijds teniet kan zijn gegaan, maar anderzijds kan voortleven. Hiertegen brengt Windscheid het volgende in:

‘es liegt kein Widerspruch darin, dass ein Recht in einer gewissen Beziehung fort dauere, während es im übrigen untergeht, und dieser Satz ist mehr als eine Phrase. Denn die Rechte bestehen nur durch die Anerkennung der Rechtsordnung, und wie weit die Rechtsordnung eine erteilte Anerkennung zurücknehmen will, ist ihre Sache.’³⁷

³³ Windscheid I, par. 248, noot 11 (p. 1247). Hij geeft geen verdere argumenten voor deze visie.

³⁴ Windscheid I, par. 248, noot 11 (p. 1247).

³⁵ Windscheid I, par. 248 noot 11 (p. 1247), cursivering toegevoegd. Vgl. ook Windscheid I, par. 65, noot 6 (p. 302).

³⁶ Windscheid I, par. 205 noot 4 (p. 1043).

³⁷ Windscheid I, par. 248, noot 11 (p. 1247). Verder verwijst Windscheid nog naar D.7.2.3.2. Die tekst gaat over het zogenoemde recht van aanwas. Dit recht bestaat erin dat wanneer bijvoorbeeld A en B vruchtgebruiker van een zaak zijn en A overlijdt, A's vruchtgebruik aanwast bij dat van B. Uit D.7.2.3.2. volgt nu dat wanneer A's vruchtgebruik eindigt door vermenging A's recht van aanwas in stand blijft. A's vruchtgebruik is door de vermenging teniet gegaan, maar zijn recht van aanwas blijft in stand. Volgens Windscheid vormt deze tekst een voorbeeld van een gedeeltelijk, formeel ten onder

KONFUSION ÜBER DIE KONFUSION

In het eerste deel van zijn Pandekten schetst Windscheid een breder beeld van zogenoemde ‘Abschwächung der Rechte’:

‘Zwischen der Entstehung und dem Untergang der Rechte liegt ihre Existenz. Diese Existenz braucht keine volle, sie kann eine abgeschwächte sein. Die Fälle, welche hierher gehören, sind von sehr verschiedener Art. Ein Hauptfall ist der des Bestehens eines Anspruchs mit anhaftender Einrede, welchem Fall sich der Fall der natürlichen Verbindlichkeit anschließt. Ein anderer Fall ist der des Ruhens der Rechte: das Recht ist in einer Lage, in welcher es seine Wirksamkeit nicht entfalten oder nicht voll entfalten kann; aber diese Lage kann sich ändern, und dann ist das Recht in voller Wirksamkeit vorhanden, ohne dass es neu erzeugt zu werden braucht. Fernere Fälle sind: das Recht ist nur für eine bestimmte Person vorhanden, im übrigen nicht.³⁸ Hierher gehört der Fall der Confusion, wenn das confundirte Recht einem anderen unterworfen ist.³⁹

Dernburg

Dernburg neemt in de vraag naar de precieze gevolgen van de vermenging een geheel ander standpunt in dan Windscheid. Dernburgs standpunt kan het beste worden verklaard aan de hand van een voorbeeld: Eigenaar A heeft zijn grond aan B in erfpacht gegeven. Erfpachter B heeft de erfpacht met een zekerheidsrecht ten behoeve van C bezwaard. Op een later tijdstip wordt B eigenaar van de grond. Wat heeft dit voor gevolgen voor het zekerheidsrecht van C? Dernburg schrijft het volgende:

‘Wer in der Verpfändung durch den Emphytheuta die pfandweise Ueberlassung dieses Rechts sucht, muss mit diesem Moment consequenter Weise auch den Untergang der Befugnisse des Gläubigers annehmen. Dieser so höchst unbilligen Consequenz entgeht, wer das emphytheutische Grundstück selbst als Gegenstand des Pfandrechts betrachtet.⁴⁰

C’s zekerheidsrecht blijft dus ondanks de vermenging bestaan, niet omdat aan de vermenging ten opzichte van de zekerheidsgerechtigde geen werking wordt toegekend, maar omdat het zekerheidsrecht niet gevestigd werd op het erfpachtrecht maar op de grond zelf. Hoe komt Dernburg aan de gedachte dat de erfpachter die een zekerheidsrecht vestigt hiermee de grond zelf bezwaart, en niet het erfpachtrecht? Hij ontleent deze gedachte aan het feit dat de erfpachter evenals de eigenaar erfdiensbaarheden kon vestigen:

Ook servituten kunnen naar praetorisch recht gevestigd worden en deze zullen, naar het voorbeeld van degene die naar *ius civile* gevestigd zijn, met aangepaste acties kunnen worden opgeëist; er staat echter

gaan van een beperkt recht. Materieel blijft het recht echter voortbestaan. Windscheid I, par. 205 noot 4 (p. 1043).

³⁸ Windscheid I, par. 65 (p. 302). Vgl. over een heel ander geval waarin Windscheid de eigendom laat slapen, F.A.J. Van der Ven, ‘Caprices de Neptune ofwel enige opmerkingen over het ontwaken van ‘slapende eigendom’ in: *Groninger opmerkingen en mededelingen XXI* 2004, p. 85 e.v., noot 38.

³⁹ Windscheid I, par. 65, noot 6 (p. 302)

⁴⁰ Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts dargestellt*, I, Leipzig, 1860, p. 221.

daarvoor ook een aangepast interdict ter beschikking.⁴¹

Vervolgens merkt Dernburg het volgende op:

‘Eine jede Servitut, gehe sie vom Eigenthümer oder einem Emphytheuta aus, hat den Charakter einer direct an der Sache begründeten, von der Befugniss des Constituenten formell verschiedenen Gerechtsame; es ist demnach der Emphytheuta nicht darauf beschränkt, seine Befugnisse weiter zu übertragen, ihm ist die Macht gegeben, die Sache selbst mit dinglichen Lasten zu beschweren. Warum sollte man also bezweifeln, dass er auch Pfandrechte direct an der Sache schaffen konnte? Dass dies in der That die Meinung der römischen Juristen war, geht aus Form und Inhalt aller Zeugnisse hervor, die unser Verhältnis berühren. Nirgends reden sie von einer Verpfändung des emphytheutischen und superficiarischen Rechts, vielmehr stets von der Verpfändung der emphytheutischen Sache’⁴²

Voorlopige conclusies

Het antwoord op de vraag wat nu de precieze gevolgen zijn van de ondergang van een beperkt recht door vermenging voor de door de beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrechten lijkt te liggen in het karakter van het beperkte recht. Wanneer men, met onder andere Sohm, Bremer en Windscheid aanneemt dat een door de vruchtgebruiker gevestigd zekerheidsrecht op het recht van vruchtgebruik rust, dan gaat het zekerheidsrecht in beginsel teniet wanneer het vruchtgebruik door vermenging eindigt. Windscheid weet dit onwenselijke gevolg te voorkomen door een onderscheid te maken in de formele en de materiële ondergang van een recht. Exner bekritiseert deze zienswijze:

‘Unsere Gegner die das ius in re aliena und keineswegs den Körper der Sache dem Pfandrecht unterworfen sein lassen, müssen nach Untergang dieses ius in re, -wie immer derselbe erfolgt sei-, entweder das Pfandrecht verschwinden lassen, oder aber ihm durch die gewagtesten Konstruktionen das Leben retten.’⁴³

Wanneer men met Exner en Dernburg aanneemt dat óók een door een beperkt gerechtigde gevestigd zekerheidsrecht op de zaak zelf rust, zijn dergelijke ‘gewagte Konstruktionen’ niet nodig om het door de beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrecht na vermenging te redden: het blijft dan met de zaak voortbestaan.

Vermenging en genotsrechten

Erfdienstbaarheden

Het is de vraag wat de invloed van het tenietgaan door vermenging van een

⁴¹ D.43.18.1.9(Ulpianus) *Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur: sed et interdictum de his utile competit.* Zie verder voor de vruchtgebruiker D.7.4.1.(Ulpianus)

⁴² Dernburg, 1860, p. 219-220.

⁴³ Exner, a.w., p. 68.

KONFUSION ÜBER DIE KONFUSION

erfdienstbaarheid is, wanneer een derde een beperkt recht op het heersende erf kan laten gelden. Jhering gaat in een uitvoerig artikel in op deze vraag:

‘Am praedium dominans bestehen iura in re: ein Usufructus, Pfandrechte, eine Emphytheute. Der Eigenthümer desselben erwirbt das Eigentum am praed. serviens; erlischt die Servitut durch Consolidation? Die Frage ist sicherlich zu verneinen. Allerdings kann der Eigenthümer die Servitut nicht gegen sich selber geltend machen, aber das Anrecht dass jene Personen auf diesselbe einmal erworben haben muss ihnen bleiben *und so dauert ihretwegen die Servitut auch für den Eigenthümer fort.*’⁴⁴

Jhering is dus van mening dat het servituut ter wille van de beperkt gerechtigden ook voor de eigenaar, die er weliswaar niets aan heeft –hij kan het servituut immers niet tegen zichzelf handhaven- blijft voortbestaan. Jhering kiest hier de oplossing die Dernburg koos om te bepalen wat de gevolgen van vermenging voor door de beperkt gerechtigde gevestigde zekerheidsrechten waren. Het voortbestaan van de erfdienstbaarheid is te verklaren als gevolg van het feit dat een erfdienstbaarheid, net als een zekerheidsrecht, als een direct op de zaak gevestigd recht moet worden beschouwd.⁴⁵ Het zal weinig verbazing wekken dat Windscheid de conclusies van Jhering te ver vindt gaan. Hij stelt zich op het standpunt dat in een dergelijk geval het servituut, alhoewel het formeel tenietgegaan, materieel ten behoeve van de beperkt gerechtigde blijft voortbestaan.⁴⁶ Weer tekent zich hier het beeld af van de twee stromingen die we hierboven ook al zagen: de leer Windscheid en de leer Dernburg, hier door Jhering vertegenwoordigd. Weer ligt het antwoord op de vraag besloten in het antwoord op de vraag naar het precieze karakter van het beperkte recht. Wanneer immers een servituut een recht is dat rechtstreeks op de grond rust blijft het servituut steeds bestaan, ook wanneer de beide ervan in één hand komen. Een voorbeeld:

A heeft het recht van overpad op het erf van B. Vervolgens vestigt A een recht van vruchtgebruik op zijn erf ten behoeve van C. Weer later draagt A zijn erf aan B over. Gaat nu de erfdienstbaarheid door vermenging teniet of blijft deze voortbestaan?

Het meest opmerkelijke aan het standpunt dat Jhering inneemt is dat de erfdienstbaarheid blijft bestaan terwijl de beide erven van één en dezelfde eigenaar zijn. Er ontstaat dan dus een erfdienstbaarheid op het eigen erf. Dit lijkt in strijd te zijn met het hierboven besproken⁴⁷ adagium *nulli res sua servit*. De reden die Jhering voor het voortbestaan van de erfdienstbaarheid lijkt te geven is gelegen in het feit dat er andere gerechtigden zijn die een belang hebben bij het voortbestaan van de erfdienstbaarheid. Anders dan Jhering stelt

⁴⁴ Jhering, ‘Passive Wirkungen der Rechte’ in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts*, Band 10, 1871, p. 450. (cursivering toegevoegd)

⁴⁵ Zie voor een passage waarin Dernburg er blijk van geeft niet alleen zekerheidsrechten, maar ook genotsrechten als direct op de zaak gevestigd te beschouwen, de hierboven al geciteerde passage uit Dernburgs Pfandrecht.

⁴⁶ Windscheid I, par. 65 noot 6 (p. 302).

⁴⁷ Zie paragraaf 2.

Windscheid zich op het standpunt dat in een dergelijk geval de erfdienstbaarheid ten opzichte van de eigenaar van de erven teniet is gegaan, maar voor de beperkte gerechtigden blijft bestaan. In de visie van Windscheid doet zich dus een relativering van het zakelijke servituut voor: voor de beperkt gerechtigden blijft de erfdienstbaarheid voortbestaan, voor de eigenaar van de erven is het teniet gegaan. De ‘tol’ die Jhering voor zijn zuiverder opvatting waarin de erfdienstbaarheid als absoluut recht blijft voortbestaan is gelegen in de opoffering van de regel *nulli res sua servit*. Jhering wil in de hierboven beschreven gevallen de regel buiten toepassing laten. Het aantrekkelijke van de zienswijze van Jhering is gelegen in het feit dat de beperkte genotsrechten hier geen relativering behoeven te ondergaan waarin zij voor bepaalde personen wél en voor andere niet meer bestaan. Het nadeel is gelegen in de vanuit een dogmatisch standpunt bezien wat vreemde consequentie van een beperkt recht dat op de eigen zaak rust. Want geeft Jhering zo beperkte rechten niet het eeuwige leven? Wanneer een erfdienstbaarheid ook op het eigen erf kan rusten zouden immers bij het voortbestaan van de erven alle erfdienstbaarheden steeds ondanks vermenging blijven voortbestaan. Een erfdienstbaarheid zou dan wanneer de beide erven in 1 hand zijn in een soort slapende toestand verkeren, maar wanneer één van de erven overgaat in vreemde hand weer in alle glorie, dat wil zeggen met iemand die het recht ook kan afdwingen, ontwakent. Dit is niet wat Jhering wil. Jhering lijkt er van uit te gaan dat een beperkt recht blijft voortbestaan voor zover er ten tijde van vermenging absoluut gerechtigden zijn die hier een belang bij hebben.⁴⁸

Artikel 3:81 lid 3 en genotsrechten

Wat zijn -tot slot- de gevolgen van het tenietgaan van een beperkt recht door vermenging voor de door de beperkt gerechtigde gevestigde beperkte genotsrechten? Een voorbeeld:

A geeft zijn landgoed in erfpacht aan B. B vestigt vruchtgebruik op de erfpacht ten behoeve van C.⁴⁹ Vervolgens verkrijgt B de eigendom van het landgoed van A.

Wanneer we het spoor van Jhering volgen blijft de erfpacht bestaan nadat B eigenaar van het landgoed is geworden, zowel voor eigenaar/erfpachter B als voor vruchtgebruiker C. Het voortbestaan van de erfpacht is in deze casus gerechtvaardigd doordat er een absoluut gerechtigde is die belang heeft bij dit voortbestaan. Dit betekent dat de erfpacht pas vervalt wanneer C's recht van vruchtgebruik ten einde komt. Tot die tijd moet B worden

⁴⁸ Een (klein) verschil tussen Jhering en Windscheid doet zich voor in het volgende geval: A en B vestigen een recht van overpad op hun erven: A mag voortaan door B's tuin naar de weg lopen. Vervolgens vestigt A een recht van opstal op zijn heersend erf. Weer later erft B A's erf. Wanneer nu op een tijdstip dat C nog een recht van opstal heeft op het erf dat ooit van A was B één van de erven verkoopt aan D is in de visie van Jhering er (nog) steeds een recht van overpad. In de visie van Windscheid zou D niets te maken hebben met de erfdienstbaarheid.

⁴⁹ Dat het Romeinse recht deze mogelijkheid kende blijkt bijvoorbeeld uit D.7,5,1. Zie hierover Zwalve, Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese Privaatrecht. Deel I, Deventer, 2006, p. 87.

KONFUSION ÜBER DIE KONFUSION

beschouwd als eigenaar, erfpachter en erfverpachter van het landgoed. Zoals hierboven al is opgemerkt, worden zo de zakelijke rechten niet gerelativeerd, maar wordt wel de mogelijkheid van een beperkt recht op de eigen zaak geaccepteerd. In de literatuur wordt wel gesproken van *iura in re propria*.⁵⁰

Relativering of *iura in re propria*?

Het Romeinse recht biedt voor de gevallen die in het huidige recht door artikel 3:81 lid 3 worden bestreken twee oplossingen: relativering van de gevolgen van vermenging of het toelaten van beperkte rechten op de eigen zaak, *iura in re propria*.⁵¹

Wanneer de beperkt gerechtigde een zekerheidsrecht heeft gevestigd lijkt een derde oplossing mogelijk. Wanneer bijvoorbeeld de vruchtgebruiker een zekerheidsrecht heeft gevestigd en vervolgens eigenaar wordt, hoeft niet gekozen te worden tussen een zekerheidsrecht op de eigen zaak of relativering. Dit houdt verband met het volgende: een zekerheidsrecht geeft de bevoegdheid om de verzekerde zaak te executeren. In de oude gemeenrechtelijke⁵² wordt wel verdedigd dat de zekerheidsnemer in een dergelijk geval het eigendomsrecht van de zekerheidsgever overdraagt aan de koper ter executie. Deze gedachte berust op een misverstand.⁵³ Zonder uitvoerig op deze vraag in te gaan het volgende: Wanneer de zekerheidsnemer ter executie het recht van de zekerheidsgever zou overdragen, zou het voortbestaan van het zekerheidsrecht afhankelijk zijn van het voortbestaan van het recht van de zekerheidsgever. Wanneer A bijvoorbeeld een vaas aan B verpand zou dit pandrecht wanneer A afstand doet van zijn eigendomsrecht teniet gaan. Dat is onjuist.⁵⁴ Wanneer A van zijn aan B verpande kostbare vaas afstand heeft gedaan, dan heeft dit slechts gevolgen voor de eigendom van de vaas, maar niet voor het pandrecht op de vaas. Door de *derelictio* raakt A de eigendom van de zaak kwijt en wordt de zaak in die zin dus een *res nullius*. B's pandrecht blijft echter op de zaak rusten. B kan dus de vaas wanneer hij deze opspoort als pandhouder executeren. Het voortbestaan van het recht van de zekerheidsgever is dus geen voorwaarde voor het voortbestaan van het zekerheidsrecht. Wanneer dus bijvoorbeeld A zijn vruchtgebruik aan B heeft verpand en vervolgens eigenaar van de in vruchtgebruik gegeven zaak wordt, hoeft om het voortbestaan van B's pandrecht aan te nemen niet automatisch ook A's vruchtgebruik te blijven bestaan. B executeert immers een vruchtgebruik dat gelijk is aan de voorwaarden van A's vruchtgebruik, en niet het vruchtgebruik van A.

Het hierboven weergegeven onderscheid tussen door een beperkt gerechtigde gevestigde

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld, Kohler, 'Relativität der Consolidation. Rechte an eigener Sache' in: *Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht*, Mannheim 1883, p. 295 e.v.

⁵¹ Het Romeinse recht liet het bestaan van beperkte rechten op de eigen zaak in sommige gevallen wel degelijk toe. In D. 36.1.73.1 komt een voorbeeld voor van een servituut op het eigen erf. In D. 44.2.30 en D.36.1.59pr .zijn voorbeelden van zekerheidsrechten op de eigen zaak te vinden. Vgl. over een hypotheek op eigen goed bijvoorbeeld, JC Out, 'Hypotheek op eigen goed?' in: Kortmann, Jansen, Van Solinge en Faber (red.) *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer, 2002, p. 425-443. Zie ook Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts dargestellt*, II, Leipzig, 1864, p. 514-517.

⁵² Voor enkele voorbeelden, Dernburg, 1864, p. 110 e.v., vgl. ook Dernburg, *Pandekten I*, p. 689.

⁵³ Zie Dernburg, 1860, p. 128 noot 14.

⁵⁴ Zie in deze zin, De Jong, a.w., p. 82 e.v., voor het Romeinse recht in gelijke zin bijvoorbeeld Exner, a.w. p. 9 e.v.

zekerheidsrechten en door een beperkt gerechtigde *genotsrechten* wordt in de modernere literatuur nergens gemaakt. Ik zal er daarom in het vervolg minder aandacht aan besteden.⁵⁵ Ondanks deze vereenvoudiging is de discussie over de gevolgen van vermenging steeds dezelfde gebleven. De meeste schrijvers hebben een relativering van de gevolgen van de vermenging bepleit, een enkeling verdedigde de mogelijkheid van beperkte rechten op de eigen zaak.

4 Nederlands recht

Oud Burgerlijk Wetboek⁵⁶

Onder het oude recht ontbrak een algemene regeling van de rechtsgevolgen van vermenging. Voor verschillende beperkte rechten was wel de regel opgenomen dat zij door vermenging eindigden. Algemeen werd aangenomen dat dit ook voor de beperkte rechten gold waarvoor geen wetsbepaling was opgenomen. De gevolgen van vermenging waren in het wetboek grotendeels ongeregeld. Wel kende het oude wetboek twee bijzondere bepalingen over de gevolgen van vermenging: de artikelen 748 en 1250.

Artikel 748 OBW luidde als volgt:

‘Indien de eigenaar van twee erven tusschen welke, voor de verkrijging daarvan, een zichtbaar teken van erfdiensbaarheid bestond, over een dezer erven beschikt, zonder dat de overeenkomst eenige bepaling omtrent deze erfdiensbaarheid behelze, zal dezelve, het zij heerschende het zij lijdende erf, ten behoeve of ten laste van het vervreemde erf blijven bestaan.’

In dit artikel wordt een duidelijke uitzondering op de gevolgen van vermenging gemaakt. Wanneer van de erfdiensbaarheid immers een zichtbaar teken bestond zal de erfdiensbaarheid volgens art. 748 OBW ondanks de vermenging blijven bestaan. Betekent dit nu dat onder het oude recht de mogelijkheid van een erfdiensbaarheid op het eigen erf werd geaccepteerd? De regering merkt er in haar toelichting het volgende over op:

‘Doch dit art. (748) strekt daartoe, om te bepalen, dat, indien *te voren*, dat is *voor derzelver vereeniging in eene hand*, erfdiensbaarheden tusschen twee erven hebben bestaan, dezelve *herleven*, hoezeer zij, volgens art. 790 (B.W. 1830, nu 753) *confusione* zijn *verloren* gegaan; hetgeen duidelijk blijkt uit de slotbepaling van laatstgenoemd artikel, en waarvan men nog een voorbeeld zal aantreffen in art 1280. (B.W. 1830, nu art. 1250).’⁵⁷

⁵⁵ Zie met name hetgeen in de voorlaatste noot wordt opgemerkt.

⁵⁶ Zie uitgebreid Rank-Berenschot, par. 10.4, Oostwoud Wijdenes, ‘*Over vermenging en in ’t bijzonder over de vraag: Gaat hypotheek gevestigd op vruchtgenot teniet, wanneer het vruchtgebruik, door vermenging, met den eigendom vereenigd wordt?* (diss.), Leiden 1889, passim.

⁵⁷ Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, Utrecht 1838 deel III, p. 504.

KONFUSION ÜBER DIE KONFUSION

We moeten dus (anders dan uit de wettekst lijkt te volgen) aannemen dat de erfdiensbaarheid door vermenging teniet gaat, maar op een later tijdstip kan herleven. Iets gelijks doet zich voor in art. 1250. Artikel 1250 luidde als volgt:

‘De erfdiensbaarheden en andere zakelijke regten, zoo wel ten laste als ten bate van het uitgewonnen goed, die door den overgang aan den derden bezitter waren teniet gegaan, herleven, nadat hetzelfde aan een ander is toegewezen.’

Een voorbeeld: A geeft zijn land in erfpacht aan B, die de erfpacht met hypotheek belast ten behoeve van C. Later koopt B het land van A. Artikel 1250 OBW gaat er kennelijk van uit dat de vermenging van de erfpacht met de eigendom geen gevolgen heeft voor het hypotheekrecht. Wanneer nu de hypotheekhouder op een later tijdstip tot executie overgaat herleeft B's erfpacht. In de tussen de vermenging en executie gelegen periode heeft de erfpacht volgens Brahn ‘gesluimerd’.⁵⁸

Met dit artikel heeft de wetgever de zekerheidsgerechtigde naar het voorbeeld van 2177a CC willen beschermen. Artikel 1250 is dus geen gevolg van de zienswijze waarin vermenging voor degene die een zekerheidsrecht op het door vermenging getroffen zekerheidsrecht kon laten gelden als gevolg van het bijzondere karakter van een zekerheidsrecht zonder gevolgen blijft. Wanneer immers aangenomen wordt dat een zekerheidsgerechtigde ter executie een nieuw recht in het leven roept heeft vermenging per definitie geen gevolgen voor de zekerheidsgerechtigde.⁵⁹

Alhoewel art. 1250 spreekt van het herleven van een zakelijk recht en dus verdedigd zou kunnen worden dat het zakelijke recht ten ondergaat om vervolgens weer (door executie) tot leven te komen, neemt Brahn een voortbestaan van het zakelijke recht (in sluimertoestand) aan. Brahn spreekt in dit verband van de relatieve werking van de vermenging. Deze relatieve werking van de vermenging werd onder het oude recht door alle schrijvers niet alleen in ‘art. 1250 gevallen’ maar ook in andere gevallen van vermenging aangenomen. Artikel 1250 werd geacht uitdrukking van een algemene regel te zijn. Deze regel bestond erin dat het tenietgaan van een beperkt recht door vermenging geen nadelige gevolgen dient te hebben voor degene die een beperkt recht op het vermengde beperkte recht kon laten gelden.

Relatieve werking van vermenging

Wat bedoelt Brahn nu eigenlijk wanneer hij stelt dat vermenging relatieve werking heeft? Hij lijkt aan te nemen dat het door vermenging getroffen recht slechts betekenis houdt in de relatie tot degene die een recht kon laten gelden op het vermengde beperkte recht. Ten opzichte van anderen heeft het vermengde beperkte recht zijn betekenis verloren en is het

⁵⁸ Brahn, *Het Nederlands burgerlijk wetboek, deel II Zakenrecht*, Arnhem, 1987, 9^e druk p. 559.

⁵⁹ Zie daarover hierboven par. 3 slot. Zie, over de Franse oorsprong van art. 1250 OBW, Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, III*, Haarlem, 1902, p. 404.

in een ‘sluimertoestand’ geraakt. Brahn lijkt zo te accepteren dat een beperkt recht op de eigen zaak rust. Het recht blijft immers in stand, al hoewel het in een sluimertoestand raakt. Die sluimertoestand wordt gerechtvaardigd door de abnormale situatie die erin bestaat dat de beperkt gerechtigde geen belang bij zijn beperkte recht heeft. De beperkt gerechtigde is immers tegelijkertijd eigenaar.⁶⁰ Scholten lijkt een stap verder te gaan:

‘Wij echter menen dat zakelijke rechten door vermenging toch alleen daarom teniet gaan, omdat het geen zin heeft den eigenaar naast den eigendom nog eenig zakelijk recht toe te kennen. Zoodra dus iemand wel een rechtmatig belang heeft bij het voortbestaan van het zakelijk recht, is te zijnen aanzien de vereeniging der kwaliteiten van opstaller en eigenaar zonder betekenis.’⁶¹

Steeds dus wanneer er een zakelijk gerechtigde is die belang heeft bij voortbestaan van het beperkte recht wordt de werking van de vermenging aangetast. Scholten kiest er duidelijk voor om de werking van de vermenging te relativieren. Alleen ten aanzien van degene die er belang bij heeft dat het beperkte recht blijft voortbestaan werkt de vermenging immers niet. Ten opzichte van niet-belanghebbenden zal de vermenging dus wel werken: het vermengde beperkte recht raakt niet in een sluimertoestand, maar is deels tenietgegaan. Suijling komt langs andere weg tot hetzelfde resultaat:

‘Vermenging voert echter niet altijd tot den volledigen ondergang van het met den eigendom vereenigde zakelijk recht. Dit blijft nl. altijd voortbestaan, in zoover het op zijne beurt met zakelijke rechten is bezwaard. Met den eigendom wordt toch slechts dat vereenigd wat de zakelijk gerechtigde die zijn recht belaste, ten dage van de vermenging aan recht heeft overgehouden. De door hem op zijn zakelijk recht gevestigde rechten behooren aan de daartoe gerechtigden, d.i. aan derden, en worden dus niet door de vermenging getroffen.’⁶²

Een voorbeeld: A geeft zijn grond in erfpacht aan B die de grond ten behoeve van C verhuypotheekeert. Er zijn nu 3 rechten te onderscheiden: A’s eigendom, B’s erfpacht en C’s hypotheek. Volgens Suijling moeten deze rechten niet als afsplitsingen van elkaar, maar als afzonderlijke rechten worden beschouwd.⁶³ Wanneer het recht van A zich met dat van B vermengt raakt dit C dus niet: C’s recht is immers een zelfstandig, ‘los’ recht. De erfpacht blijft dan ook slechts in stand om het hypotheekrecht te laten voortbestaan.

‘Indien de erfpachter den eigenaar beërft, houdt de door den erfpachter op zijne erfpacht gevestigde hypotheek stand en met de hypotheek de erfpacht, voor zoover de beschikking daarover aan den hypotheekhouder toekomt.’⁶⁴

⁶⁰ Vgl. Rank-Berenschot, a.w. p. 234, noot 83. Vgl. ook Roes, *Hypotheek. Een zakelijk recht*, Arnhem, 1970, p. 69-74, m.n. p. 74 bovenaan.

⁶¹ Asser-Scholten, *Zakenrecht*, 8e druk, Zwolle, 1945, p. 306.

⁶² Suijling, *Inleiding tot het burgerlijke recht, Ve Stuk, Zakenrecht*, Haarlem, 1940, nr 83.

⁶³ Vgl., over Suijling’s (en Eggens’) theorie van de constitutieve overdracht, Rank-Berenschot, a.w., p. 106 e.v.

⁶⁴ Ibidem.

‘Groninger Opmerkingen’ over vermenging

De Groninger hoogleraar Diephuis gebruikt een Gronings voorbeeld:

‘En wanneer de eigenaar de beklemming⁶⁵ of het vruchtgebruik verkrijgt, doch terwijl daarop eene hypotheek gevestigd was, dan is hij wel ook niet eigenaar en tevens meijer of vruchtgebruiker, maar alleen eigenaar, en heeft hij als zoodanig ook het regt, dat vroeger aan zijn eigendom onttrokken, bij den meijer of den vruchtgebruiker was, doch moet hij zich even als deze de werking der hypotheek laten welgevalen, uit kracht waarvan de schuldenaar zijn regt op de beklemming of het vruchtgebruik kan doen gelden, even goed als wanneer deze bij een ander dan den eigenaar waren.’⁶⁶

Er heeft in het Noorden een fel debat gewoed over de hier door Diephuis behandelde vraag. Het vond zijn oorsprong in een kort artikel dat zonder vermelding van de auteur werd afgedrukt in de door Diephuis en Oudeman uitgegeven ‘Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt’. In dit artikel werd verdedigd dat het recht van hypotheek gevestigd op een beklemming in stand blijft wanneer het beklemrecht met de eigendom wordt verenigd.⁶⁷ In een lezing voor het Groninger Juridisch genootschap *Pro Excolendo Iure Patrio* verdedigde S.M.S. Modderman dat, wanneer beklemrecht en eigendom in één hand komen, dit wél het einde van de door de meijer gevestigde hypotheek inhoudt. Modderman stelt zich op het standpunt dat het beklemrecht als gevolg van vermenging als het ware ‘overlijdt’.

‘Het recht is dan toch dood. Maar ik bid u, hoe dichterbij het klinkt, voort te leven na zijn dood ondanks zijn dood, - die voorstelling is zeer onrechtvaardig. De mensch moge na zijn dood gewijzigd voortleven, het recht van beklemming heeft het nog niet zoover gebracht.’⁶⁸

In een ‘verplichten spreekbeurt’ van een ander lid van *Pro Excolendo Iure Patrio*, J.J. Cremers, wordt dezelfde vraag anders beantwoord. Cremers stelt zich op het standpunt dat het zaaksgevolg van het hypotheekrecht (1210 B.W.) hier botst met de regel der vermenging (854 B.W.). De gevolgen van de vermenging moeten gerelativeerd worden om zo veel mogelijk aan beide regels vast te houden:

‘Stelt, dat het hypotheekrecht de vermenging beperkt, de volledige vermenging verhindert, en beide

⁶⁵ Zie over het zakelijke recht van beklemming, Pitlo-Reehuis-Heisterkamp, a.w., nr 593 (met verwijzingen).

⁶⁶ Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, VI, Groningen, 2e druk, 1886, p. 492.

⁶⁷ ‘Gaaf de hypotheek op eene beklemming gevestigd te niet wanneer dat beklemrecht met den eigendom verenigd wordt?’ in: *Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt*, deel XIII, 1860, p. 28-33.

⁶⁸ S.M.S. Modderman, ‘Gaaf de hypotheek op eene beklemming gevestigd te niet wanneer dat beklemrecht met den eigendom verenigd wordt?’ in: *Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt*, deel XIII, 1860, p. 269-285, p. 275.

artikelen hebben gevolg, en regelmatig gevolg.⁶⁹

Op deze discussie reageert – tot slot - W. Modderman. Hij stelt zich op het standpunt dat wanneer een beperkt recht door vermenging teniet gaat deze ondergang gerelativeerd moet worden wanneer een ander een beperkt recht op het door vermenging getroffen beperkte recht kan laten gelden.⁷⁰ Het gevolg van vermenging moet hierbij niet zozeer als de dood van een recht worden gezien, maar - naar het Engelse woord voor confusie *merger* -, als een onderdompeling:

‘De naam merger voor confusio is zeer eigenaardig en past juist op onze voorstelling. Gelijk dezelfde persoon gedeeltelijk boven, gedeeltelijk onder water kan zijn, zoo kan ook bij confusio hetzelfde regt deels te niet gegaan, verdronken zijn, deels boven water, d.i. bestaan zijn gebleven. Zoolang nog maar iets van het verdronken regt boven water blijft (d.i. voor uitoefening vatbaar), is het niet geheel vernietigd. De werking der confusio reikt geen duim verder dan het water (d.i. de vereeniging van regt en pligt) gaat. De gevolgen en werkingen welke onder water zijn gekomen zijn gestorven, alle *andere* gevolgen van *hetzelfde* regt zijn blijven bestaan.’⁷¹

Ook bij W. Modderman blijft het vermengde beperkte recht dus slechts bestaan voor zover er mensen zijn die een belang hebben bij het voortbestaan. Ten opzichte van alle anderen is het beperkte recht door vermenging teniet gegaan.

Kritiek

Naar oud recht werd dus vrij algemeen aangenomen dat vermenging relatieve werking had, dat wil zeggen dat het beperkte recht slechts bleef voortbestaan voor een belanghebbende met een zakelijk recht. Het voortbestaan van het zakelijke recht was in die zin persoonlijk geworden: het zakelijke recht bestond immers slechts voor de zakelijk gerechtigde en niet voor anderen. Die anderen hadden immers geen belang bij het voortbestaan van het zakelijke recht. Welbeschouwd krijgt een zakelijk recht hier persoonlijke werking. Van een echt zakelijk recht kan hier dus geen sprake zijn: zakelijke rechten gelden immers juist tegenover iedereen. Aan dit vreemde gevolg van de zienswijze waarin aan de vermenging relatieve werking wordt toegekend, wordt door de schrijvers zeer weinig aandacht besteed. De uitzondering is een artikel van de hand van J.M. Nap in het *Rechtsgeleerd Magazijn*⁷² waarin hij (zeer) fel van leer trekt tegen de heersende leer:

‘Komt eens de vermenging ter sprake, dan schijnt het overbodig, met het absoluut karakter der zakelijke

⁶⁹ J.J. Cremers, ‘Hypotheek op beklanningen. Antwoord op D. XIII blz. 268, in: *Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt*, deel XIV, 1862, p. 129-156, p. 150.

⁷⁰ W. Modderman, ‘De leer der vermenging (confusio) bij zakelijke rechten en verbindtenissen, volgens Romeinsch en hedendaagsch regt, in: *Opmerkingen en Mededeelingen betreffende het Nederlandsch Regt*, deel XVII, 1867, p. 81-147.

⁷¹ W. Modderman, a.w. p. 103.

⁷² J.M. Nap, ‘Het zakelijk recht van den eigenaar’, in: *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1906, p. 517-546.

KONFUSION ÜBER DIE KONFUSION

rechten rekening te houden. En waarlijk niet alleen bij de minores: bij Windscheid is een beroep op de almacht der rechtsorde de eenige, maar dan ook de alles afdoende motiveering voor zijne stelling, dat een absoluut recht relatief te niet kan gaan.⁷³ ‘Nog gevaarlijker wordt het, wanneer een dichterlijke vlucht met ons wordt genomen, en het zakelijk recht tot een menselijk wezen wordt gestempeld. Welk een veld wordt dan voor het oog onzer fantazie geopend! Nuchtere Pandektisten als Windscheid doen het zakelijk recht rusten en slapen; ja zelfs onze wetgever, anders niet gewoon zich te verdiepen in de mysteriën van de opstanding uit de dooden, laat het zakelijk recht “herleven” (art. 1250 B.W.); - om niet te spreken van beelden als schijndood en aderlating, zielsverhuizing en middelpuntzoekende kracht, die in de confusie de confusie nog hebben vermeerderd.’⁷⁴

Nap komt in zijn artikel tot de gevolgtrekking dat het traditionele onderscheid in eigendom en *iura in re aliena* opgegeven dient te worden. De mogelijkheid van beperkte rechten op de eigen zaak zou erkend moeten worden.⁷⁵ Wanneer dan een beperkt recht door vermenging wordt getroffen en de beperkt gerechtigde eerder een beperkt recht heeft gevestigd, houdt dit niet de ondergang van het eerste beperkte recht in. Het eerste beperkte recht blijft dan, niet alleen voor de tweede beperkt gerechtigde, maar voor iedereen voortbestaan. Het tweede beperkte recht blijft dan –anders gezegd- als zakelijk recht, en niet slechts in een bepaalde verhouding, als persoonlijk recht, voortbestaan. Naps felle kritiek heeft er echter niet toe geleid dat de relatieve werking van de vermenging uit het in 1992 ingevoerde wetboek is gebannen. Zij werd zelfs tot algemene regel gemaakt.

Nieuw Burgerlijk Wetboek

Artikel 3:81 lid 3

In het nieuw Burgerlijk Wetboek is vermenging in artikel 3:81 lid 2 onder e opgenomen als wijze waarop beperkte rechten teniet gaan. Op deze regel wordt tamelijk algemeen gesteld een uitzondering gemaakt in art. 3:81 lid 3:

Afstand en vermenging werken niet ten nadele van hen die op het tenietgaande beperkte recht op hun beurt een beperkt recht hebben. Vermenging werkt evenmin ten voordele van hen die op het bezwaarde goed een beperkt recht hebben en het tenietgaande recht moesten eerbiedigen.

De rechtvaardiging voor deze bijzondere behandeling die zowel afstand en vermenging krijgen is volgens Meijers gelegen in het volgende:

‘Wanneer op een beperkt recht wederom een beperkt recht komt te rusten, dan wordt bij de vestiging

⁷³ Nap, a.w. p. 524-525.

⁷⁴ Nap, a.w., p. 522-523.

⁷⁵ Nap, a.w. p. 527 bovenaan, 542 bovenaan. Zie bijvoorbeeld ook het volgende: ‘Merkwaardig mag het heeten dat, bij den levendigen strijd waarvan de vermenging het voorwerp is, de onderzoekers zich in den regel niet afvragen, of het zakelijk recht in handen van den eigenaar verandert, maar het bestaan van dat verschijnsel als een axioma beschouwen, waarbij alleen ten opzichte van den aard der verandering twijfel kan bestaan.’, p. 525.

JANSEN

van laatstgenoemd recht geen rekening gehouden met een mogelijk tussentijds eindigen van het eerstgenoemde recht door een afstand of een vermenging.⁷⁶

De wetgever heeft zo gekozen voor de leer Windscheid. Het nadeel van deze zienswijze is gelegen in de relativering van goederenrechtelijke rechten die ermee wordt bereikt. Een voorbeeld:

A heeft zijn land in erfpacht gegeven aan B. B vestigt hypotheek ten behoeve van C. Korte tijd later verkrijgt B het land van A.

Wanneer we nu met art. 3:81 lid 3 1^e zin aannemen dat de vermenging ‘niet werkt’ ten opzichte van C blijft B dus erfpachter ten opzichte van C. Ten opzichte van de rest van de wereld is de erfpacht door vermenging teniet gegaan. Van een sluimertoestand zoals Brahn onder het oude recht verdedigde is dus geen sprake meer. De wetgever heeft zo gekozen voor een structurele relativering van goederenrechtelijke rechten. De reden hiervoor lijkt te zijn gelegen in de gedachte dat een beperkt recht wordt gestapeld op het recht van degene die het beperkte recht heeft gevestigd.⁷⁷ Deze gedachte komt tot uitdrukking in art. 3:81 lid 2 a:

Beperkte rechten gaan teniet door het tenietgaan van het recht waaruit het beperkte recht is afgeleid.

Het was ook mogelijk geweest hier Dernburg in plaats van Windscheid te volgen. Wanneer we met Dernburg aannemen dat beperkte rechten direct op de zaak zijn gevestigd, en niet uit het ‘hoofdrecht’ zijn afgeleid, wordt de regel van art. 3:81 lid 3 1^e zin overbodig. Deze zienswijze vergt een omslag in het goederenrechtelijke denken in die zin dat beperkte rechten die op de eigen zaak rusten in dit systeem tot de mogelijkheden behoren. Wij zagen hierboven dat de Romeinen deze oplossing in verschillende gevallen accepteerden.⁷⁸ De wetgever heeft echter gekozen voor een systeem waarin vermenging in beginsel wel het einde van het beperkte recht met zich meebrengt:

‘De ratio van de regel dat een beperkt recht door vermenging tenietgaat, is dat een voor de rechtspraktijk ongewenste onoverzichtelijkheid van de rechtstoestand van goederen het gevolg zou zijn, indien een beperkt recht na met het hoofdrecht in een hand te zijn verenigd zonder voldoende reden rechtens afzonderlijk zou blijven voortbestaan. Licht zou dan b.v. bij latere overdracht misverstand over hetgeen overgedragen werd, kunnen ontstaan.’⁷⁹

De wetgever heeft ervoor gekozen om aan het gevolg van vermenging zo min mogelijk afbreuk te doen wanneer de beperkt gerechtigde op zijn beurt een beperkt recht heeft

⁷⁶ TM art. 3.4.1.2 Parlementaire Geschiedenis p. 309. Vgl. mijn opmerkingen hierboven in paragraaf 2.

⁷⁷ Vgl. hierover de hierboven in noot 20 genoemde literatuur.

⁷⁸ Zie hierboven, par. 3.2 en 3.3. en in het bijzonder nt 50.

⁷⁹ MvA bij art 3.4.12. p. 310-311.

KONFUSION ÜBER DIE KONFUSION

gevestigd en het eerste beperkte recht door vermenging teniet gaat. Het eerste beperkte recht gaat dan immers ten opzichte van de hele wereld - behalve ten opzichte van de tweede beperkt gerechtigde - teniet. Deze relativering kan blijkens de Parlementaire Geschiedenis bij artikel 3:81 lid 3 als de hoofdregel worden beschouwd:

'Dit stelsel komt erop neer dat tot algemene regel is gemaakt hetgeen in het ontwerp reeds uit artikelen als 3.9.4.15 en 5.6.9a voor de daar bedoelde incidentele gevallen voortvloeide, zij het ook met een telkens enigszins andere constructie. In het gewijzigd ontwerp is artikel 3.9.4.15 dan ook geschrapt; in het kader van Boek 5 zal worden gezien in hoeverre artikel 5.6.9a, dat mede van huur en pacht spreekt, gehandhaafd dient te worden.'⁸⁰

De wetgever heeft het in deze passage genoemde art. 3.9.4.15 inderdaad geschrapt omdat in artikel 3.4.1.2. lid 3 (het latere 3:81 lid 3) een algemene regeling opgenomen was, die ook het in art. 3.9.4.15 (het oude 1250 BW) bedoelde geval bestreek.⁸¹ Het in de hierboven geciteerde passage genoemde artikel 5.6.9a is bij de invoering van boek 5 niet geschrapt. Het is uiteindelijk in artikel 5:83 terecht gekomen. Het vreemde van dit artikel is erin gelegen dat de wetgever in het artikel afwijkt van de hoofdregel van art. 3:81 lid 3. De wetgever lijkt er niet zozeer de denkbeelden van Windscheid als wel die van Jhering en Dernburg te volgen. Ik besteed in de volgende paragraaf aandacht aan het afwijkende artikel 5:83.

Artikel 5:83

De tekst van het uiteindelijke artikel 5:83 (5.6.9a) luidt als volgt:

'Indien op het tijdstip waarop het heersende en het dienende erf één eigenaar verkrijgen, een derde een der erven in huur of pacht of uit hoofde van een ander persoonlijk recht in gebruik heeft, gaat de erfdienstbaarheid pas door vermenging teniet bij het einde van dit gebruiksrecht.'

Het eerste dat bij deze bepaling opvalt, is dat aan vermenging hier een andere werking wordt gegeven dan in het voor vergelijkbare gevallen bedoelde artikel 3:81 lid 3. Wordt in dat artikel de werking van de vermenging gerelativeerd, hier wordt ervoor gekozen de werking van de vermenging uit te stellen totdat het persoonlijke recht eindigt. In artikel 5:83 wordt dus gekozen voor de leer Dernburg. De mogelijkheid van een erfdienstbaarheid op het eigen erf wordt hier immers erkend. Het voortbestaan van de erfdienstbaarheid hangt af van de vraag of er persoonlijk gerechtigden zijn die belang hebben bij het voortbestaan van het beperkte recht.

Uit de Memorie van Antwoord blijkt dat de wetgever zo heeft willen voorkomen dat de eigenaar van de beide erven door het inschrijven van een zogenoemde verklaring van waardeeloosheid (art. 3:28) een

⁸⁰ MvA bij art. 4.4.1.2. p. 311.

⁸¹ MvA bij art. 3.9.4.15 (vervallen), PG p. 828.

onjuist beeld van de rechtstoestand schept. Wanneer namelijk de eigenaar de vermengde erven aan een derde doorverkoopt blijft de erfdiensbaarheid voor de nieuwe eigenaar en de persoonlijk gerechtigde bestaan. Pas wanneer het persoonlijke recht eindigt komt de erfdiensbaarheid tot haar einde. Pas op dat ogenblik werkt de vermenging en gaat de erfdiensbaarheid teniet. Wanneer de eigenaar van de beide erven nadat het persoonlijke recht is geëindigd de erven opnieuw splitst herleeft de erfdiensbaarheid dus niet.⁸²

Het huidige artikel 5:83 wijkt af van het Regeringsontwerp. Daarin was de volgende bepaling opgenomen:

Indien op het ogenblik waarop het heersende en het dienende erf één eigenaar verkrijgen, een derde een der erven in erfpacht, vruchtgebruik, huur of pacht heeft, gaat de erfdiensbaarheid door vermenging pas teniet bij het eindigen van dat genotsrecht.

In het Voorlopig verslag van de vaste commissie wordt over dit artikel het volgende opgemerkt:

‘De opsomming der genotsrechten in dit artikel zal limitatief zijn bedoeld. (...) Is overigens de onderhavige bepaling voor erfpacht en vruchtgebruik niet overbodig naast artikel 3.4.1.2. derde lid?’⁸³

Uit de Memorie van Antwoord blijkt dat de overwegingen van de vaste commissie ertoe hebben geleid dat in het uiteindelijke artikel 5:83 de beperkte rechten⁸⁴ niet zijn genoemd omdat die gevallen al door art. 3:81 lid 3 worden bestreken. Verder heeft de wetgever de regel in artikel 5:83 niet alleen op de huurder en de pachter maar op alle persoonlijke gerechtigden toegepast.⁸⁵ De regel van art. 5:83 geldt dus niet alleen voor de traditioneel als verzakelijkt beschouwde persoonlijke rechten als huur en pacht, maar voor *alle* persoonlijk gerechtigden. Dit kan bijvoorbeeld ook een bruiklener zijn. Een voorbeeld:

A is eigenaar van een perceel grond dat het heersende erf is ten opzichte van het dienende erf dat aan B toebehoort. De erfdiensbaarheid bestaat erin dat de gerechtigde tot de erfdiensbaarheid gebruik mag maken van een voetpad dat over het dienende erf loopt. A geeft zijn erf in bruikleen aan C en draagt vervolgens zijn erf over aan buurman B.

Krachtens art. 5:83 blijft de erfdiensbaarheid in stand totdat de bruikleen om welke reden dan ook eindigt. De erfdiensbaarheid zal in eerste instantie tussen B en C blijven gelden. C zal A dus niet uit de bruikleenovereenkomst aan hoeven te spreken, maar kan zich direct bij B melden. In die zin is de bruikleen verzakelijkt. Dit wordt des te duidelijker wanneer

⁸² MvA II, PG InvW 5, p. 1053-1054. Zie hieronder aan het einde van deze paragraaf.

⁸³ VVII bij art. 5.6.9a, PG boek 5, p. 289.

⁸⁴ Vreemd genoeg noemde het RO alleen de vruchtgebruiker en de erfpachter. De zekerheidsgerechtigde werd niet genoemd. Het lijkt mij in beginsel terecht de zekerheidsgerechtigde te beschermen tegen de ondergang van de erfdiensbaarheid als gevolg van vermenging. Voor een onderscheid in beperkte zekerheids- en genotsrechten lijkt mij geen plaats.

⁸⁵ MvA II bij art. 5.6.9a, PG boek 5, p. 289.

KONFUSION ÜBER DIE KONFUSION

B de verenigde erven overdraagt aan D. Bruiklener C kan zich dan ook direct bij D melden. Tenslotte blijft de erfdiensbaarheid ook gelden wanneer de eigenaar van de verenigde erven die tijdens de bruikleen opnieuw splitst, bijvoorbeeld door het voormalig heersende erf aan E over te dragen. Pas wanneer de bruikleenovereenkomst eindigt gaat ook de erfdiensbaarheid tenslotte teniet.⁸⁶ De wetgever heeft er bij de verzakelijking van de bruikleenovereenkomst voor gekozen om de erfdiensbaarheid zoveel mogelijk als goederenrechtelijk recht in stand te laten.

Vreemd genoeg is dit anders geregeld wanneer C geen bruiklener maar goederenrechtelijk gerechtigde tot het erf is. Wanneer C bijvoorbeeld vruchtgebruiker is, heeft vermenging van de beide erven tot gevolg dat de erfdiensbaarheid ten opzichte van de gehele wereld teniet gaat, behalve ten opzichte van de vruchtgebruiker. Wanneer dus de eigenaar tijdens C's vruchtgebruik de verenigde erven opnieuw splitst, door het heersende erf aan E over te dragen kan E geen beroep op de erfdiensbaarheid doen. De wetgever heeft er in dit geval voor gekozen de erfdiensbaarheid zoveel mogelijk in stand te laten als een persoonlijk recht dat alleen voor de beperkt gerechtigde geldt. Davids had zich in zijn aan mandeligheid en erfdiensbaarheden gewijde monografie op het standpunt gesteld dat het vreemd was dat de regelingen van 5:83 en 3:81 lid 3 zo sterk van elkaar verschilden, en ervoor gepleit de algemene regel van art. 3:81 lid 3 ook toe te passen op casus die bestreken worden door artikel 5:83.⁸⁷ De Minister weerlegde deze kritiek als volgt:

‘Deze opvatting moet worden verworpen. In de gevallen waarop artikel 3.4.1.2. betrekking heeft – namelijk die waarin op een beperkt recht een ander beperkt recht rust en het eerste door vermenging teniet gaat - komt het erop neer dat het tweede beperkte recht ongewijzigd in stand blijft en kan worden uitgeoefend jegens degene in wiens hand de vermenging plaats vond, als hoofdgerechtigde. In het geval van artikel 5.6.9.a is deze zienswijze niet goed te verenigen met het resultaat dat met die bepaling beoogd is. Dat resultaat dient immers niet (a) zo zeer te zijn dat de huur of pacht (of een ander persoonlijk gebruiksrecht) in stand blijft, maar dat de erfdiensbaarheid haar werking behoudt, zowel tussen de eigenaar en de huurder of pachter door of jegens wie de erfdiensbaarheid kan worden uitgeoefend, als jegens eventuele latere verkrijgers onder bijzondere titel van de door vermenging verenigde erven, voor wier rechtspositie deze erfdiensbaarheid van belang blijft. Met het oog op dit laatste is het ook wenselijk dat van het bestaan van de erfdiensbaarheid blijft blijken uit een inschrijving in de openbare registers en dat niet door de erfdiensbaarheid te vervangen door een figuur die nog alleen in het kader van persoonlijke gebruiksrechten rechtsgevolgen heeft, in de hand wordt gewerkt dat de eigenaar door inschrijving van een verklaring van waardeeloosheid als bedoeld in de artikelen 3.1.2.10 e.v. een onjuist beeld van de werkelijke rechtstoestand scheidt.’⁸⁸

Dit betoog is onbegrijpelijk. Er wordt beweerd dat het doel dat art. 5:83 nastreeft niet zozeer bestaat uit het behoud van het persoonlijke recht maar uit het behoud van de

⁸⁶ Vgl. MvA II InvW 5, p. 1053-1054 en Pitlo-Reehuis-Heisterkamp, *Goederenrecht*, 12^e druk, Deventer, 2006, nr 639.

⁸⁷ Davids, *Mandeligheid en erfdiensbaarheden, Monografieën Nieuw BW*, B27, Deventer, 1984, p. 50-51.

⁸⁸ MvA II InvW boek 5, p. 1053-1054.

erfdienstbaarheid. Bij opvolging onder bijzondere titel blijft de erfdienstbaarheid daarom gelden. Dat dit echter wel degelijk een gevolg is van de gedachte dat het persoonlijke recht zoveel mogelijk in stand moet blijven, blijkt wel uit het feit dat de erfdienstbaarheid voor een opvolger onder bijzondere titel alleen geldt wanneer er tijdens zijn opvolging nog steeds een persoonlijk gerechtigde is. Bovendien komt er aan de erfdienstbaarheid alsnog een einde wanneer het persoonlijke recht eindigt. In die zin is de erfdienstbaarheid wel degelijk verworden tot ‘een figuur die alleen nog in het kader van persoonlijke gebruiksrechten rechtsgevolgen heeft.’ De verpersoonlijking van de goederenrechtelijke erfdienstbaarheid is echter tot een minimum beperkt door haar de erfdienstbaarheid te laten blijven gelden voor opvolgers onder bijzondere titel die hun recht verkrijgen vóórdat het persoonlijke recht eindigt. De mogelijkheid die artikel 5:83 aan de eigenaar zou ontnemen om de rechtstoestand ten aanzien van de erven onjuist weer te geven door een verklaring van waardeloosheid in te schrijven kan dan ook niet als bestaansreden van artikel 5:83 hebben te gelden. De artikelen 5:83 en 3:81 lid 3 streven immers - anders dan de Minister stelt - hetzelfde doel na. De wetgever had er dus wel degelijk voor kunnen kiezen de erfdienstbaarheid in een ‘5:83-geval’ (naar het voorbeeld van art. 3:81 lid 3) volledig te verpersoonlijken. Opvolgers onder bijzondere titel hadden dan ook niet door de eigenaar misleid kunnen worden langs de weg van art. 3:28.

Of ligt de ratio van het verschil wellicht in het volgende? Opvolgers onder bijzondere titel kunnen in een dergelijk systeem verrast worden door een huurder die gebruik maakt van een voor hem voortbestaande erfdienstbaarheid. Dat zal de opvolger onder bijzondere titel wellicht iets minder verrassen wanneer het gaat om een beperkt gerechtigde die gebruik maakt van een voor hem voortdurende erfdienstbaarheid: beperkte rechten die op een erf rusten staan doorgaans ingeschreven in het openbare register. Het verschil tussen art. 3:81 lid 3 en art. 5:83 moet dan worden verklaard uit het feit dat beperkte rechten wel, en persoonlijke rechten op erven niet geregistreerd worden.

Aan de ene kant geldt dus dat bij de verzakelijking van de persoonlijke rechten de erfdienstbaarheid zoveel mogelijk als zakelijk recht in stand wordt gehouden. Aan de andere kant wordt er wanneer er een zakelijk recht op een heersend erf rust en de erfdienstbaarheid door vermenging teniet gaat, juist gekozen voor volledige verpersoonlijking van die erfdienstbaarheid.⁸⁹ Het verschillende gevolg dat de artikelen 3:81 lid 3 en 5:83 aan vermenging geven acht ik⁹⁰ niet gerechtvaardigd. De wetgever zou er beter aan hebben gedaan een keuze te maken voor één consistent systeem.

Slotsom. Relativering of *iura in re propria*?

De werking van vermenging kan worden gerelativeerd wanneer er (goederenrechtelijk of persoonlijk) gerechtigden zijn die belang hebben bij het voortbestaan van het door

⁸⁹ Vgl. Davids, a.w. p. 51.

⁹⁰ Met Davids, a.w., p. 50-51.

KONFUSION ÜBER DIE KONFUSION

vermenging getroffen beperkte recht. De wetgever heeft deze aan Windscheid ontleende regel in artikel 3:81 lid 3 als algemene regel gegeven. Een andere oplossing bestaat erin de gevolgen van vermenging uit te stellen tot het ogenblik dat de (goederenrechtelijke of persoonlijke) rechten van hen die belang hebben bij het voortbestaan van het door vermenging getroffen recht eindigen. Deze aan Dernburg ontleende oplossing heeft de wetgever als bijzondere regel in artikel 5:83 gegeven. Welke leer verdient de voorkeur? Om die vraag te beantwoorden wordt hieronder aandacht besteed aan de rechtsgrond van vermenging. Scholten merkt hierover het volgende op:

‘Wij echter menen dat zakelijke rechten door vermenging toch alleen daarom teniet gaan, omdat het geen zin heeft den eigenaar naast den eigendom nog eenig zakelijk recht toe te kennen.’⁹¹

Oostwoud Wijdenes schrijft in zijn proefschrift:

‘Dat vruchtgebruik gaat te niet volgens art. 854, 3 door vermenging, d.i. eene vereeniging van twee naast elkaar in een persoon onbestaanbare qualiteiten, omdat er geen belang meer is en de rechten en verplichtingen voor uitoefening niet vatbaar zijn.’⁹²

Het tenietgaan van een beperkt recht door vermenging moet dus beschouwd worden als een gevolg van het feit dat een recht dat zonder belanghebbende is geen bestaansreden heeft. Steeds wanneer er wél iemand is die belang heeft bij het voortbestaan van het vermengde recht, en de rechten en verplichtingen dus voor uitoefening vatbaar blijven, is er geen reden het beperkte recht teniet te laten gaan door vermenging. Windscheid en de zijnen kiezen er – ongetwijfeld op grond van leerstellige overwegingen - voor de vermenging zoveel mogelijk gevolg te geven door het beperkte recht teniet te laten gaan ten opzichte van iedereen die geen belang heeft bij het voortbestaan van dat recht.

‘Zoolang nog maar iets van het verdronken regt boven water blijft (d.i. voor uitoefening vatbaar), is het niet geheel vernietigd. De werking der confusio reikt geen duim verder dan het water (d.i. de vereeniging van regt en pligt) gaat. De gevolgen en werkingen welke onder water zijn gekomen zijn gestorven, alle andere gevolgen van *hetzelfde* regt zijn blijven bestaan.’⁹³

Wanneer ten slotte het recht van deze laatste belanghebbende eindigt wordt aan de vermenging volledig gevolg gegeven: het beperkte recht eindigt dan ook voor hem. Het voortbestaan van het beperkte recht is in beide systemen afhankelijk van de aanwezigheid van belanghebbenden. Bij Windscheid blijft een beperkt recht alleen *voor die belanghebbenden* bestaan, bij Dernburg blijft het recht als zakelijk, absoluut recht *voor allen* bestaan. Windscheid laat het beperkte recht als persoonlijk recht voortbestaan, Dernburg handhaaft het absolute karakter van een beperkt recht. Welbeschouwd dient hier

⁹¹ Asser-Scholten, a.w.

⁹² Oostwoud Wijdenes, a.w., p. 43.

⁹³ W. Modderman, a.w. p. 103.

een keuze te worden gemaakt tussen een strikte handhaving van goederenrechtelijke rechten als rechten die tegen een ieder gelden, of een relativering van goederenrechtelijke rechten. Het is dus de vraag in hoeverre de wetgever in het huidige wetboek het klassieke onderscheid in zakelijke (goederenrechtelijke) en persoonlijke rechten heeft willen laten voortbestaan. Meijers merkt hierover het volgende op:

‘Aan wetenschap en rechtspraak moet worden overgelaten uit te maken wat aan ieder type zakelijk recht zijn zakelijk karakter geeft.’⁹⁴

Aan het werk van Heinrich Dernburg is een argument te ontleen om er ook bij vermenging steeds voor te kiezen een goederenrechtelijk recht als absoluut, tegen een ieder werkend recht te handhaven. Een voorbeeld:

A geeft zijn grond in erfpacht aan B. B vestigt hypotheek ten behoeve van C. Vervolgens verkrijgt B de grond van A.

Ondanks de vermenging blijft het recht van erfpacht in stand: B is niet alleen eigenaar, maar óók erfpachter en verpachter van een erfpachtrecht. Dit is een direct gevolg van het feit dat een beperkt recht als direct op de zaak gevestigd moet worden beschouwd. Het feit dat de erfpachter en de rest van de wereld weinig belang hebben bij het voortbestaan van de erfpacht houdt niet de ondergang van de erfpacht in. In de woorden van Brahn geraakt de erfpacht in een sluimertoestand.⁹⁵ De erfpacht kan echter uit deze *stupor* komen. Wanneer namelijk de hypotheekhouder tot executie overgaat, zal de koper ter executie erfpachter van het land worden.⁹⁶ Deze erfpacht geldt ten opzichte van de gehele wereld. De erfpacht is dus steeds (in potentie) een goederenrechtelijk recht geweest. Het is dan ook onjuist om aan te nemen dat in dergelijke gevallen de werking van het goederenrechtelijke recht gerelativeerd moet worden. De relativering van artikel 3:81 lid 3 is onnodig en verwarrend, temeer daar die lijkt te zijn ingegeven door de onjuiste gedachte dat een beperkt recht afgeleid wordt uit het recht van degene die dit recht vestigt (art. 3:81 lid 2 sub a).⁹⁷ Een toekomstig wetgever zou er daarom goed aan doen het aan Windscheid

⁹⁴ TM, Parl. Gesch. Boek 5 NBW, p. 3.

⁹⁵ Brahn, a.w. p. 559.

⁹⁶ Een andere oplossing is mogelijk. Wanneer men ervan uitgaat dat de zekerheidsgerechtigde een erfpacht gelijk aan de voorwaarden A-B en niet dé erfpacht A-B executeert kan de erfpacht eenvoudigweg ten onder gaan. Dit blijft dan zonder gevolgen voor het zekerheidsrecht: dat is immers als direct op de grond gevestigd in stand gebleven. Zie hierover hierboven in par. 3. Wanneer de erfpachter overigens een genotsrecht heeft gevestigd zal de erfpacht in ieder geval voort moeten blijven bestaan. Naar mijn mening zoveel mogelijk als zakelijk recht en dus voor de gerechtigde tot het genotsrecht en de eigenaar/erfpachter/erfverpachter.

⁹⁷ Zie voor een felle bestrijding van deze afsplitsingstheorie T.F. de Jong, a.w. Hoofdstuk 3. Zie ook Zwolve, a.w. p. 87 e.v. en Dernburg, 1860, p. 126.

KONFUSION ÜBER DIE KONFUSION

ontleende artikel 3:81 lid 3 te vervangen door een aan Dernburg ontleende regel zoals die nu al geldt in artikel 5:83.