

1. Hoofdonderwerp van het onderzoek was art. 5:21 lid 2 BW. Primair stond de vraag in hoeverre de aanleg van een boortunnel mogelijk is zonder dat de grondeigenaar zich tegen de bouw en aanwezigheid kan verzetten wegens een belang in de zin van dit artikel. De conclusie was dat dit niet uitgesloten moet worden geacht, maar dat het voor de bouwer weinig aanbevelenswaardig is om te veel op deze mogelijkheid te vertrouwen. De volgende vraag is wat men als tunnelbouwer/exploitant dan wel moet/kan doen om een recht met voldoende zekerheid te verkrijgen.

De stelling van Zwanikken dat men met niet minder kan volstaan dan met de eigendom van de grond lijkt ons te weinig genuanceerd. Natuurlijk is bouwen in eigen bodem altijd de meest eenvoudige methode, maar wie deze eigendom niet heeft zal deze moeten verwerven.

De door Zwanikken als enig verantwoorde voorgestelde methode schept eigendomsstroken die samenvallen met de tunnelbuis en de benodigde 'veiligheidsstroken' er omheen. Eigendom die, omdat de belangstelling van de exploitant nu eenmaal uitgaat naar de tunnel zelf en hij het gebruik van de grond waarin deze gelegen is zelf niet nodig heeft, waarschijnlijk weer heruitgegeven wordt. Voor dit aspect, in verband met het ook door Zwanikken gesignaleerde probleem van het ontbreken van de onteigeningsnoodzaak verwijzen wij graag naar het recente preadvies van B. van den Berg voor de Vereniging van Bouwrecht¹.

Het bedingen van een beperkt recht is minder ingrijpend en kan daardoor veel goedkoper zijn. In de praktijk wordt het opstalrecht (in de vorm van 'onderstal') reeds gebruikt voor ondergrondse werken, met name leidingen en buizen. Een fundamenteel verschil tussen deze werken en de boortunnels zien wij niet. Hierbij bedenke men nog dat leidingen dicht onder het maaiveld gelegen zijn en het voor de aanleg nodig is de grond te 'openen', terwijl de boortunnels zich op grotere diepte (tien meter of meer) bevinden en het bouwproces zich voor het grootste deel ondergronds afspeelt.

Wel is het zo dat de bouwer in bijvoorbeeld Duitsland en Zwitserland zich in een gunstiger situatie bevindt omdat het opstalrecht daar afgedwongen kan worden via het onteigeningsinstrument. Het opstalrecht vervult daar min of meer de rol die in Nederland de gedoogplicht op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht heeft, met meer zekerheid dan onze gedoogplicht kan bieden.

In dit verband moet er op worden gewezen dat het verschil dat Zwanikken onder 2 schetst tussen het boren onder vijf meter graniet en de 'slechte' bodem van Nederland niet zuiver is. In de eerste situatie begint men in Zwitserland zonder enig recht aan de werkzaamheden, juist omdat men zich in de regel bevindt onder – even vertaald naar het Nederlands BW – de 'belangsgrens' van art. 5:21 lid 2 BW. De grondeigenaar heeft geen belang om de bouwer onder zijn erf te weren en daarom wordt ook geen opstalrecht (Baurecht) gevestigd (of afgedwongen).

2. De stelling dat via het opstalrecht geen beperkingen aan de grondeigenaar kunnen worden opgelegd, maar dat hiervoor een erfdienstbaarheid nodig is, miskent de aard van het opstalrecht. Het opstalrecht brengt twee dingen met zich mee. Ten eerste het recht om op, boven of in eens anders onroerende zaak te bouwen en de opstal daar te hebben en te gebruiken, ten tweede de eigen-

dom van het bouwwerk. Wat het eerste aspect betreft heeft het opstalrecht zowel kenmerken van erfpacht (kenmerken die versterkt kunnen worden, zoals blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad)², als een erfdienstbaarheid. De grondeigenaar moet de aanwezigheid van het werk dulden en wordt reeds daardoor – zelfs al regelen partijen daarover niets uitdrukkelijk – in zijn vrijheid tot exploitatie van het erf beperkt. Een (bovengronds) voorbeeld: A heeft een opstalrecht voor een loods op de grond van B. Deze B is eigenaar gebleven van de grond onder de loods, maar niemand zal toch aanvaarden dat hij in zijn grond onder de opstal mag graven. B maakt daarmee inbreuk op het recht van opstaller A. Voor elk willekeurig ondergrondse bouwwerk geldt niet anders. De grondeigenaar moet het genot van de opstal (de tunnel, kabel) waarborgen. Hieruit blijkt dat beperkingen van de vrijheid van de grondeigenaar in het opstalrecht thuishoren, daar noodzakelijk deel van uit maken³. Het bedingen van een bijkomende erfdienstbaarheid door de opstaller om zijn recht tegen activiteiten van de grondeigenaar zelf veilig te stellen is daarom overbodig. De erfdienstbaarheid is bestemd voor de verhouding tussen eigenaars van verschillende erven. In principe zijn zij (juridische) vreemden voor elkaar. Eigenaar en opstaller staan daarentegen in een goederenrechtelijke verhouding die primair bepaald wordt door de inhoud van het opstalrecht. Een beding in de opstalakte dat bouwactiviteiten van de grondeigenaar boven en naast de tunnelbuis verbiedt zonder toestemming van de opstaller is geen extra beperking van de vrijheid van de grondeigenaar, maar juist een nadere bepaling van de rechten die na de vestiging van het beperkte recht aan de grondeigenaar zijn gebleven.

Dat in dit verband alleen verwezen is naar Pleysier is zeer verklaarbaar. Het opstalrecht heeft in ons land weinig aandacht getrokken van rechtswetenschappers. Juist daarom zijn wij gelukkig met de discussie die hierover is uitgelokt.

*Mr H.D. Ploeger**

*Prof. mr C.J.J.M. Stolk***

1. B. van den Berg, Juridische aspecten van ondergronds bouwen, preadvies Vereniging voor Bouwrecht 1997, p. 155 e.v.

2. HR 11 maart 1981, NJ 1982, 76. Zie voorts J. de Jong, Mon. NBW, Erfpacht en opstal, 1995, nr 45.

3. Men zie voor het Belgisch recht: A. van Oevelen, Oude en nieuwe rechtsfiguren, Antwerpen 1989, p. 43-44 met literatuurverwijzingen.

* Universitair docent notarieel recht Rijksuniversiteit Leiden.

** Gastonderzoeker resp. directeur van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek Rijksuniversiteit Leiden.