



Notitie

voor Gemeente Rotterdam
van Pels Rijcken
datum 7 mei 2019
inzake Advies wateroverlast Agniesebuurt - maatregelen door bewoners
zaaknr 11010935

1 Inleiding en uitgangspunten

- 1.1 In deze conceptnotitie schetsen wij enkele juridische aandachtspunten die relevant zijn bij het onderzoek naar maatregelen die bewoners zelf kunnen treffen om wateroverlast door (hevige) regenval te beperken.
- 1.2 De gemeente heeft aangekondigd dat zij tot vervanging van de riolering in de Agniesebuurt zal overgaan. Een verwacht gevolg is dat dit invloed zal hebben op de grondwaterstand ter plaatse. De gemeente is in dat verband met de bewoners in gesprek getreden. In dat overleg is ook aan de orde gekomen dat de bewoners, mede als gevolg van klimaatverandering, rekening hebben te houden met hevige regenval en dat van hen mag worden verwacht dat zij ook zelf – zo nodig in onderling overleg – passende maatregelen nemen om hemelwater te bergen (tijdelijk op te vangen) en/of af te voeren.
- 1.3 In dat kader zijn al een aantal potentiële maatregelen geopperd die door de bewoners kunnen worden getroffen. Op dit moment worden nog diverse scenario's onderzocht en liggen nog geen concrete ontwerpen vast. Deze notitie strekt er niet toe om de juridische aspecten van deze maatregelen op detailniveau te bespreken, doch dient ertoe om de aandacht te vestigen op juridische aandachtspunten die relevant kunnen zijn voor de keuze voor een maatregel en de wijze van besluitvorming.
- 1.4 In de notitie zullen wij eerst een tweetal categorieën maatregelen en daarbij behorende aandachtspunten bespreken (waaronder de goederenrechtelijke gevolgen, de te maken afspraken tussen bewoners onderling en de relevante bepalingen uit het burennrecht). Daarna zullen enkele specifieke aandachtspunten voor bepaalde soorten eigenaren aan bod komen. Daarbij kan worden gedacht aan de bijzondere besluitvorming binnen de Vereniging van Eigenaren of de relatie tussen een huurder en verhuurder.

2 Te bespreken maatregelen

In de notitie beperken wij ons tot een viertal maatregelen die door de bewoners kunnen worden genomen. Deze opsomming is niet limitatief, maar schetst wel een beeld van de juridische aspecten die ook bij diverse andere maatregelen een rol kunnen spelen. Mogelijke door de bewoners te nemen maatregelen zijn: i) het ophogen van de tuin, ii) het plaatsen van 'infiltratiekratten' in de tuin, iii) het aanleggen van een drainagebuis naar een riolering/sloot en iv) het aanleggen van een zogeheten 'Wadi'.

Deze maatregelen kunnen grofweg worden onderverdeeld in:

- a) individuele maatregelen die tot één perceel beperkt kunnen blijven (i en ii), en
- b) collectieve maatregelen waarvoor samenwerking tussen meerdere percelen (en dus meerdere eigenaren) noodzakelijk is (iii en iv).

- 2.1 Bij de eerste categorie maatregelen geldt dat de maatregel in de 'eigen' achtertuin kan worden getroffen, maar dat de effecten voorbij de erfgrenzen merkbaar kunnen zijn. Bijvoorbeeld omdat de maatregel invloed heeft op de afwatering van buurpercelen. In de tweede categorie maatregelen speelt mee dat samenwerking tussen meerdere eigenaren/gerechtigden nodig is voor de aanleg en het onderhoud van de maatregel.
- 2.2 Bij de bespreking van deze maatregelen nemen wij tot uitgangspunt dat alle betrokken gronden particuliere eigendom zijn (dat wil zeggen: geen eigendom van een overheid) en dat de eigenaren verschillende hoedanigheden kunnen hebben (een VvE, een woningbouwvereniging, een private verhuurder, een particuliere eigenaar/bewoner, een erfpachter, een opstalhouder etc.).

3 Individuele maatregelen

Relevante wet- en regelgeving

- 3.1 De particuliere eigenaar is – binnen de toepasselijke planologische kaders – in beginsel bevoegd om werken op zijn eigen erf aan te leggen. Hij kan bijvoorbeeld de tuin ophogen, of daarin infiltratiekratten plaatsen. De bevoegdheden van eigenaren worden wel beperkt door art. 5:38 en art. 5:39 BW, het zogeheten 'burenrecht'. De rechtspraak op dit gebied is heel casuïstisch zodat het niet mogelijk is om op voorhand te voorspellen of een maatregel in algemene zin jegens de burens 'geoorloofd' is of niet. In deze notitie zullen wij daarom de algemene juridische kaders schetsen die – naar onze huidige inschatting – relevant zijn bij de afwegingen met betrekking tot de te nemen maatregelen in de Agniesebuurt.

Art. 5:38 BW luidt:

Lagere erven moeten het water ontvangen dat van hoger gelegen erven van nature afloopt

Art. 5:39 BW luidt:

De eigenaar van een erf mag niet in een mate of op een wijze die volgens artikel 162 van Boek 6 onrechtmatig is, aan eigenaars van andere erven hinder toebrengen door wijziging te brengen in de loop, hoeveelheid of hoedanigheid van over zijn erf stromend water of van het grondwater, dan wel door gebruik van water dat zich op zijn erf bevindt en in open gemeenschap staat met het water op eens anders erf.

Art. 5:41 BW luidt:

Van de artikelen 38, 39 en 40 lid 1 kan bij verordening worden afgeweken.

Betekenis van het buretrecht

- 3.2 Artikel 5:38 verhindert specifiek dat de eigenaar van een lager gelegen erf 'van nature afstromend water' belemmert, bijvoorbeeld door een dam of muur te plaatsen. Artikel 5:39 BW is ruimer opgezet en geldt voor alle naburige erven, ongeacht de hoogteligging. Dit artikel bepaalt onder meer dat de eigenaar geen onrechtmatige hinder mag veroorzaken door wijzigingen aan te brengen in de loop, hoeveelheid of hoedanigheid van over zijn erf stromend water, of van grondwater.
- 3.3 Deze artikelen vormen deels de codificatie van een arrest uit 1967¹ waarin de eigenaar door het schonen van de beken en een waterpartij op zijn grond had veroorzaakt dat het grondwaterpeil bij zijn buurman steeg. De eigenaar handelde, aldus de Hoge Raad, onrechtmatig omdat hij had nagelaten maatregelen te nemen die de wateroverlast konden wegnemen, terwijl die maatregelen zonder ernstige bezwaren voor de eigenaar konden worden genomen.
- 3.4 Bij een maatregel als het ophogen van de eigen tuin dient te worden bedacht dat een lager gelegen nabuur niet zomaar hoeft te dulden dat er als gevolg daarvan meer water over zijn erf zal lopen. Het natuurlijke verloop van het water kan door de kunstmatige ophoging immers worden verstoord.² Dat wordt anders als het 'extra' water niet tot overlast leidt, bijvoorbeeld omdat het via een al aanwezig sloot kan

¹ HR 17 februari 1967, NJ 1968/101 (Arragon/Van de Ven)

² Bij "natuurlijk verloop van water" ligt de nadruk op "natuurlijk verloop". Het gaat dus om water dat van het hoger gelegen erf van nature afloopt, en niet kunstmatig zoals bij een waterleiding. Er wordt geen onderscheid gemaakt in watersoort.

worden afgevoerd of omdat de invloed van de maatregel te beperkt is³. Anderzijds mag de eigenaar van een lager gelegen erf *van nature* aflopend water niet zomaar belemmeren door bijvoorbeeld een dam of muur te plaatsen.

- 3.5 Een recent voorbeeld vormt de uitspraak van de rechtbank Gelderland⁴, waarin aan de orde was of de ene buur onrechtmatige hinder had veroorzaakt door zijn erf op te hogen en te laten bestraten, als gevolg waarvan het regenwater niet meer kan worden afgevoerd via een voorheen bestaande goot zodat op het achtererf van de andere nabuur regenplassen ontstaan. De rechtbank gaf in dit tussenvonnis een bewijsopdracht, maar overwoog ook:

Aan de orde is dus de vraag of het ophogen en het bestraten van het achtererf van [gedaagde] met het oog op het belang van [eiser] om gevrijwaard te blijven van plassen water op zijn achtererf onrechtmatig is. Dat hangt onder meer af van de ernst van de wateroverlast en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval. Ook kan daarbij een rol spelen in hoeverre het weghalen van de goot ten behoeve van een effectieve aansluiting op het wegdek geboden was.

Het hof Den Bosch⁵ overwoog ten aanzien van een geul waarmee de waterloop was gewijzigd dat eerst moest worden beoordeeld of de hinder onrechtmatig was. Het hof overwoog:

Of, in het geval sprake is van hinder, het toebrengen daarvan als onrechtmatig moet worden gekwalificeerd, hangt af van de aard, de ernst en de duur van deze hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waaronder de plaatselijke omstandigheden.

- 3.6 Ook bij het plaatsen van infiltratiekratten in de tuin zal op zijn minst genomen moeten worden nagegaan of dit gevolgen heeft voor de omliggende percelen (bijvoorbeeld voor de grondwaterstand) en, zo ja, of deze gevolgen bovendien als onrechtmatig kunnen worden aangemerkt.
- 3.7 Er is helaas nog geen gepubliceerde jurisprudentie voorhanden over de invloed van artikel 5:38 en 5:39 BW in (specifiek) binnenstedelijke gebieden. Kenmerkend is dat dergelijke gebieden grotendeels kunstmatig zijn, zodat onduidelijk is wat het natuurlijk verloop van het water is. Ook kenmerken deze gebieden zich door veel verharding als gevolg waarvan hemelwater bij hevige regenval moeilijk op natuurlijke wijze kan afvloeien zodat 'niets doen' ook schade kan veroorzaken. Door het gebrek aan

³ Zie bijvoorbeeld Rb. Almelo 4 oktober 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX9464 waarin een drempel in de gemeenschappelijke waterafvoer – volgens de visuele waarneming van de rechter – niet tot gevolg had dat de afwatering het hemelwater niet meer aankon.

⁴ Rb. Gelderland 18 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1350.

⁵ Hof Den Bosch, 5 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ3449.

gepubliceerde rechtspraak kan op voorhand helaas niet worden voorspeld of een bepaalde categorie maatregelen onrechtmatig zal zijn jegens de naburen.

3.8 Wij hebben ten slotte geen voorbeelden gevonden waarbij een nabuur op basis van art. 5:38 of 5:39 BW werd verplicht tot het (mede) aanleggen van *nieuwe* werken om de afvoer van hemelwater op collectieve wijze te regelen. Wel volgt uit de Parlementaire Geschiedenis en de literatuur⁶ dat een rechter kan oordelen dat een nabuur een maatregel, ook als deze onrechtmatige hinder oplevert, *in het algemeen belang* moet dulden en in dat geval is aangewezen op schadevergoeding. Relevante uitspraken (in binnenstedelijke gebieden) ontbreken echter, terwijl evenmin duidelijk is wie deze schadevergoeding dienen te betalen.

3.9 Dat geldt ook indien op grond van artikel art. 5:41 BW bij verordening van art. 38 en art. 39 is afgeweken.⁷ Dat is vooral van belang voor waterschapskeuren.⁸ Ook in dat geval kan aan de (benadeelde) eigenaar een recht op schadevergoeding toekomen. Aan ons is niet bekend of in de Agniesebuurt een dergelijke verordening van kracht is.

Toepassing bekende rechtspraak voor de Agniesebuurt

3.10 Uit de beperkte rechtspraak volgt dat niet iedere aanpassing die de waterloop over een perceel beïnvloedt op zichzelf genomen onrechtmatig is. Bij die beoordeling zullen immers alle omstandigheden van het geval een rol spelen. Factoren die in deze specifieke casus van belang kunnen zijn:

- de ernst van de wateroverlast op het perceel/de percelen van de naburen;
- het belang van de eigenaar tot het nemen van de maatregel (met andere woorden: de gevolgen als de eigenaar de maatregel niet neemt) en
- de mogelijkheden om andere of aanvullende maatregelen te nemen om de nadelige effecten bij de burens te beperken;
- Het algemeen belang in de buurt;
- de overige omstandigheden van geval, waaronder de plaatselijke omstandigheden.

Niet ondenkbaar is dat ook de omstandigheid dat een nabuur de gelegenheid heeft gekregen om aan een collectieve maatregel mee te doen, maar dit heeft geweigerd, bij deze beoordeling ook een rol kan spelen. Uit deze voorbeelden wordt in ieder geval duidelijk dat de eigenaren er verstandig aan doen om, voordat zij maatregelen nemen, met hun naburen in overleg te treden over de te verwachten effecten daarvan op de omliggende percelen. Dat kan bijvoorbeeld door een samenwerkingsovereenkomst te sluiten en op voorhand met elkaar afspraken te maken over de te nemen maatregelen

⁶ zie *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 180 e.v. en Asser 5*, Eigendom en beperkte rechten, nr. 136.

⁷ zie *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 186.

⁸ Uit *Parl. Gesch. BW Boek 5* 1981, p. 184 blijkt, dat een verordening niet alleen een in het algemeen geoorloofde handeling kan toelaten of voorschrijven, maar omgekeerd ook een wijziging, een bepaald gebruik of onttrekking van water kan verbieden. Als een eigenaar krachtens de wet bevoegd is om een wijziging aan te brengen in het gebruik of de onttrekking van water, kan de andere (benadeelde) eigenaar een recht op schadevergoeding toekomen.

in de buurt, waarbij moet worden bedacht dat sommige van de afspraken het beste in de vorm van zakelijke rechten kunnen worden gemaakt, zodat zij ook voor rechtsopvolgers zullen gelden.

- 3.11 Wij merken hierbij op dat de wijkpartijen buurtbewoners van de Agniesebuurt adviseren om maatregelen te nemen in hun (binnen)tuin teneinde wateroverlast en – schade te voorkomen en/of te beperken. Wij verwachten dat dit advies een belangrijke rol zal spelen bij het hiervoor genoemde beoordelingskader, maar dat het niet op voorhand de doorslag kan geven. Zoals uit bovenstaande factoren blijkt zal telkens per geval een inschatting moeten worden gemaakt van de mogelijke risico's en de eventueel te nemen – en minst belastende – maatregelen.

4 Collectieve maatregelen

- 4.1 Bij maatregelen zoals een collectief grondwatersysteem op meerdere particuliere terreinen dient rekening te worden gehouden met meerdere juridische eigendomsaspecten.
- 4.2 Nu de aard van de te nemen maatregelen nog niet duidelijk is en het bijvoorbeeld nog niet duidelijk is of er een wadi wordt aangelegd met of zonder leidingwerk, worden in beginsel algemene juridische aandachtspunten besproken ten aanzien van de eigendom die nader kunnen worden uitgewerkt per (collectieve particuliere) maatregel(en) en de bijbehorende constructie voor de afvoer van hemelwater.
- 4.3 In beginsel is het van belang vast te stellen wie de eigenaar is van een te realiseren of gerealiseerd drainagesysteem of grondwatersysteem. Is dat bijvoorbeeld de grondeigenaar, de erfpachter, de opstalhouder, de aanlegger van het werk, de vereniging van eigenaren? De betreffende eigenaar dient immers dit systeem te onderhouden, te vernieuwen en/of te vervangen en is aansprakelijk voor en draagt het risico van het systeem. Indien een systeem wordt aangelegd in een perceel of meerdere percelen met verschillende eigenaren zullen onderlinge schriftelijke afspraken moeten worden gemaakt en zal goedkeuring moeten worden verleend ter zake het aanleggen, houden, onderhouden, vernieuwen en vervangen van het systeem. Tevens zullen afspraken moeten worden gemaakt omtrent het risico en de aansprakelijkheid.

Relevante wet- en regelgeving

Eigendom

- 4.4 In artikel 5:20 lid 1 BW wordt bepaald dat de eigendom van de grond omvat, voor zover de wet niet anders bepaalt:
- de bovengrond;
 - de daaronder zich bevindende aardlagen;

- het grondwater dat door een bron, put of pomp aan de oppervlakte is gekomen;
- het water dat zich op de grond bevindt en niet in open gemeenschap met water op eens anders erf staat;
- gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen en werken, voor zover ze geen bestanddeel zijn van eens anders onroerende zaak;
- met de grond verenigde beplantingen.

4.5 Dit uitgangspunt van de "verticale natrekking" van eigendom kan worden doorbroken indien:

- a. deze gebouwen en werken bestanddeel zijn van een onroerende zaak van een ander, in welk geval de eigendom van het bestanddeel behoort aan de eigenaar van die hoofdzaak (artikel 3:4 BW);
- b. sprake is van eigendom in de grond van een of meer kabels en leidingen die bestemd zijn voor het transport van vaste stoffen, vloeibare stoffen, gasvormige stoffen, energie of informatie en in de grond van anderen is of wordt aangelegd, in dat geval behoort de eigendom toe aan de bevoegde aanlegger van dat net danwel aan diens rechtsopvolger (artikel 5:20 lid 2 BW);
- c. sprake is van zakelijke rechten of andere rechten op grond van de wet die de verticale natrekking doorbreken zoals opstalrechten (artikel 5:101 e.v. BW).

ad a. Bestanddeel

Artikel 3:4 van het BW biedt twee mogelijkheden tot bestanddeelvorming. Allereerst als de zaak zodanig met een hoofdzaak verbonden is dat zij daarvan niet kan worden afgescheiden zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht aan een der zaken (het fysieke criterium) of indien het volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt (het maatschappelijk criterium). Een bestanddeel is niet zelfstandig overdraagbaar op grond van de wet.

Artikel 5:3 van het BW bepaald dat voorzover de wet niet anders bepaald, de eigenaar van een zaak eigenaar is van al haar bestanddelen ("natrekking").

ad b. Kwalificatie net

In artikel 5:20 lid 2 BW wordt gesproken over een 'net'. Het moet gaan om:

- een of meer kabels en leidingen, die
- bestemd zijn voor het transport van:
- vaste stoffen, of vloeibare stoffen, of gasvormige stoffen, of energie, of informatie.

Onder het toepassingsbereik vallen distributienetten van openbaar belang zoals elektriciteitsnetten, gasnetten, riolering, waterleidingnetten, als ook kleine netten op bijvoorbeeld particuliere bedrijfsterreinen.⁹

De begrenzing van een net kan blijken uit:

- op een wet gebaseerde bepalingen (bijvoorbeeld de Waterleidingwet); of
- gemeentelijke verordeningen.

Enkel wanneer sprake is van een zelfstandige onroerende zaak, kan sprake zijn van eigendom van de bevoegd aanlegger als bedoeld in artikel 5:20 lid 2 BW. Om als zelfstandige onroerende zaak te worden aangemerkt dient sprake te zijn van leidingen met een zelfstandige functionele eenheid.

ad c. Opstalrecht

In artikel 5:101 lid 1 van het BW wordt bepaald dat het recht van opstal een zakelijk recht is om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen. Hieruit is af te leiden dat datgene waarvoor een opstalrecht gevestigd wordt een zekere mate van zelfstandigheid dient te hebben. Dit vereiste van zelfstandigheid wordt ook wel aangeduid als het vereiste van 'voldoende individualiseerbaarheid'. Een werk moet dus als een afzonderlijk object aan te merken zijn om voorwerp van recht te kunnen zijn.

Aanleg drainagesysteem

- 4.6 Bij de aanleg van een drainagesysteem spelen voormelde artikelen een rol met betrekking tot de eigendoms- en natrekkingsvragen en de daarbij behorende verantwoordelijkheden en verplichtingen.
- 4.7 Er zal moeten worden bepaald of het betreffende systeem een werk betreft met een zekere mate van zelfstandigheid. Betreft het drainagesysteem een zelfstandige zaak (bijvoorbeeld een drainagesysteem waarbij de afwatering naar een sloot wordt geleid) of is er sprake van een bestanddeel van een hoofdzaak (bijvoorbeeld een drainagesysteem welke wordt aangesloten op de (hoofd)riolering.
- 4.8 In beginsel zullen drainagebuizen die niet zijn aangesloten op een gemeentelijk (riolerings)stelsel en 'los' in de grond liggen, op grond van 5:20 lid 1 van het BW worden nagetrokken door de eigendom van de grond ("verticale natrekking"). Worden de drainagebuizen wel aangesloten op een ander stelsel moet de vraag worden gesteld of sprake is van een 'net' of van een 'bestanddeel' waardoor de eigendom, en dus de verantwoordelijkheid en het risico, van de drainagebuizen niet meer ligt bij de grondeigenaar ("horizontale natrekking") maar bij de eigenaar van het hoofdbestanddeel van het systeem of bij de aanlegger van het systeem, tenzij een wet of gemeentelijke verordening anders bepaalt.

⁹ Asser/Bartels & Van Velten 5, 2017/90b.

- 4.9 De gemeente Rotterdam zorgt voor de aanleg en het onderhoud van het gemeentelijk riool. De kosten van het beheer en onderhoud worden betaald uit de rioolheffing. Bij vervanging en/of reparatie van het riool neemt de gemeente de kosten voor haar rekening. De kosten voor het aansluiten, vervangen of ophogen van een huisaansluiting zijn voor de betreffende pandeigenaar. Indien de pandeigenaar besluit om een drainage aan te leggen op eigen terrein en deze wenst aan te sluiten op een drainage of het regenwaterriool van de gemeente, dient de eigenaar een aansluitvergunning bij de gemeente op te vragen. De aansluitvergunning zal worden verleend op basis van de Bouwverordening Rotterdam, de Leidingenverordening en de Wet Milieubeheer. Indien sprake is van lozing op het riool dient een lozingsvergunning te worden aangevraagd bij de DCMR en indien grondwater wordt onttrokken voor lozing dan dient een watervergunning te worden aangevraagd bij het bevoegde waterschap. Voor het lozen van oppervlaktewater is de toestemming vereist van het bevoegde waterschap.¹⁰
- 4.10 Indien het systeem precies in gelijke delen over meerdere percelen is gerealiseerd kan er sprake zijn van gemeenschappelijk eigendom. Ook is er sprake van gemeenschappelijke eigendom indien een systeem wordt gerealiseerd in de gemeenschappelijke grond van een appartementencomplex.

Aandachtspunten bij de aanleg van een collectief drainagesysteem

- 4.11 Indien meerdere eigenaren van meerdere percelen een collectief drainagesysteem wensen aan te leggen voor eigen rekening en risico dienen met de volgende stappen rekening te worden gehouden:
- de constructie van het drainagesysteem;
 - wie is/zijn op grond van deze constructie eigenaar van het drainagesysteem met inachtneming van de voorgaande wettelijke bepalingen;
 - zijn er andere bepalingen en/of regelgeving waar rekening mee moet worden gehouden met betrekking tot de hoedanigheid als 'eigenaar', zoals erfpachtbepalingen, opstalbepalingen, reglement van splitsing, huurbepalingen, gemeentelijke verordeningen;
 - indien meerdere eigenaren zijn betrokken zullen onderlinge schriftelijke afspraken moeten worden gemaakt en zal goedkeuring moeten worden verleend ter zake het aanleggen, houden, onderhouden, vernieuwen en vervangen van het systeem. Tevens zullen afspraken moeten worden gemaakt omtrent het risico en de aansprakelijkheid met betrekking tot het systeem;
 - is het noodzakelijk en/of wenselijk om de eigendomsverhouding conform de wet te doorbreken door bijvoorbeeld een zakelijk recht te vestigen in de vorm van een opstalrecht danwel over en weer erfdienstbaarheden te vestigen. Tevens kan worden gedacht aan het overeenkomen van kwalitatieve

¹⁰ Zie ook www.rotterdam.nl/waterloket

verplichtingen en/of kettingbedingen, waarbij de rechten en verplichtingen ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de grondeigenaar van de betreffende percelen worden vastgelegd;

- is het noodzakelijk en/of wenselijk indien sprake is van gemeenschappelijke eigendom, een beheerregeling te sluiten tussen de verschillende eigenaren waarin het beheer, de kosten en de rechten en verplichtingen tussen de eigenaren onderling kan worden geregeld ter zake het systeem, waarbij in acht moet worden genomen dat een dergelijke beheerregeling niet van rechtswege overgaat op opvolgende kopers/rechtsopvolgers van de betreffende percelen zoals bij het vestigen van een zakelijk recht het geval is.

- 4.12 Bij het vestigen van een zakelijk recht (bijvoorbeeld opstalrechten of erfdiensbaarheden) met betrekking tot een collectief privaat drainagesysteem door de eigenaren van een appartementencomplex, dient rekening te worden gehouden met dezelfde vormvereisten als de levering van een onroerende zaak. Dat betekent dat alle eigenaren in het complex moeten meewerken aan het vestigen van een zakelijk recht en alle hypotheekhouders en/of beslagleggers en grondeigenaren de vereiste toestemming dienen te verlenen. Een en ander met inachtneming van het hierna bepaalde in artikel 5 onder I 'de vereniging van eigenaren'.

Wadi

- 4.13 Bij de aanleg van een wadi speelt tevens de voormelde wet en regelgeving een rol alsmede voormelde aandachtspunten met betrekking tot de eigendoms- en natrekkingsvragen en de daarbij behorende verantwoordelijkheden en verplichtingen. Voor wat betreft de realisatie van een wadi in meerdere kadastrale percelen met verschillende eigenaren is het de vraag of er sprake is van een werk en heeft dit werk een zekere mate van zelfstandigheid. Indien een laag kiezelstenen in de grond wordt gestort met afwatering naar een sloot zonder dat sprake van een constructie of werk, maken zijn deze kiezelstenen en de sloot deel uit van de grond en is de eigenaar van de betreffende grond ook eigenaar van deze laag kiezelstenen de sloot. Hiervoor kan geen opstalrecht worden gevestigd. Wel kunnen door middel van het over en weer vestigen van erfdiensbaarheden of het overeenkomen van een beheerregeling afspraken worden vastgelegd tussen de verschillende eigenaren omtrent het beheer, de kosten en de rechten en verplichtingen tussen de eigenaren onderling. Daarbij geldt dat bij het vestigen van erfdiensbaarheden de verplichtingen overgaan op de rechtsopvolgers van de eigenaar van de grond ('zakelijke werking') en bij een beheerregeling de verplichtingen niet van rechtswege overgaan op opvolgende rechtsopvolgers van de eigenaar van de grond en zullen nieuwe afspraken met de nieuwe eigenaar dienen te worden vastgelegd.

Verplichte medewerking?

- 4.14 De wet voorziet niet in een concrete privaatrechtelijke mogelijkheid om een nabuur te dwingen om aan de aanleg van een collectief privaat drainagesysteem mee te werken.

Dat kan pas anders worden als de eigenaar onrechtmatig jegens zijn naburen handelt door geen maatregelen te treffen. In dat geval kan binnen de kaders van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) worden bekeken of de weigering om te werken in strijd is met een wettelijke verplichting of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt en of dit nalaten bovendien aan de dader kan worden toegerekend.

- 4.15 De vraag wanneer sprake is van een onrechtmatige daad kan niet in algemene bewoordingen worden beantwoord. In dit kader verwijzen wij naar het onder 3.10 en 3.11 van dit advies opgemerkte, waaruit volgt dat diverse factoren in de onderhavige situatie een rol spelen bij het beoordelen van de (on)rechtmatigheid van handelen van de bewoners en dat de beoordeling uiteindelijk per individueel geval moet plaatsvinden. Hoewel het daarin geformuleerde toetsingskader primair betrekking heeft op het handelen van de bewoners die wel maatregelen willen treffen, hebben deze factoren ons inziens ook betekenis bij de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van het *nalaten* daarvan. Ook dan zullen onder meer het doel van de nemen van de maatregel, de mogelijke gevolgen voor alle partijen en de eventueel beschikbare alternatieven tegen elkaar moeten worden afgewogen en zal uiteindelijk zal per individueel geval moeten worden nagegaan of het handelen c.q. nalaten van de eigenaar in de gegeven omstandigheden onrechtmatig is.

5 Bijzondere aandachtspunten bij bepaalde eigenaren

- 5.1 Wij wijzen er ten slotte op dat in het kader van de besluitvorming over de te nemen maatregelen om de berging en afvoer van hemelwater te verbeteren, ook de hoedanigheid van de verschillende bewoners/gerechtigden een rol kan spelen. Wij benoemen daarom nog een aantal specifieke aandachtspunten voor bepaalde categorieën eigenaren.

I. De Vereniging van Eigenaren

- 5.2 Indien de onroerende zaak waarop een maatregel moet worden getroffen is gesplitst in appartementsrechten, behoort de eigendom van de grond niet toe aan één persoon, maar aan de gezamenlijke appartementseigenaren. De splitsingsakte bepaalt vervolgens of de grond voor wat betreft het gebruik:

1. behoort tot het gemeenschappelijke gedeelte (voorbeeld: de gedeelde binnentuin), of,
2. behoort tot een privé-gedeelte (voorbeeld: tuin bij beneden appartement).

Indien de onroerende zaak waarop een maatregel moet worden getroffen eerst in erfpacht dan wel opstal is uitgegeven en vervolgens is gesplitst in appartementsrechten, behoort de eigendom van de grond toe aan de grondeigenaar

(bijvoorbeeld de gemeente) en behoort het recht van erfpacht of opstal niet toe aan één persoon, maar aan de gezamenlijke appartementseigenaren. Naast voormelde splitsingsakte zijn in het laatste geval ook de erfpacht- of opstalbepalingen van belang.

- 5.3 Bij appartementsrechten moet altijd de splitsingsakte (en, indien aanwezig, het modelreglement) worden geraadpleegd omdat daaruit blijkt welke delen van het gebouw met toebehoren gemeenschappelijk zijn, welke bestemming deze gedeelten hebben, welke verplichtingen de eigenaren over en weer hebben en hoe de stemverhouding is geregeld. Aangezien de toepasselijke regelgeving per VvE verschilt, kan dit slechts in algemene bewoordingen worden besproken.
- 5.4 Ten aanzien van leidingen (waaronder hemelwaterafvoeren) geldt volgens de meeste modelreglementen dat deze gemeenschappelijk zijn, tenzij deze uitsluitend ten dienste van één appartementsrecht staan. Ook bevatten veel splitsingsreglementen de bepalingen dat individuele eigenaren technische installaties (zoals leidingen) in hun privé-gedeelte moeten dulden. Wij verwachten dat drainageleidingen en hemelwaterafvoeren in de meeste gevallen als gemeenschappelijke installaties zullen worden beschouwd, ook als zij in een privé-gedeelte (privé-tuin) zijn gelegen. Dat betekent dat een meerderheidsbesluit van de ALV vaak volstaat voor het nemen van die maatregel, waarbij een eigenaar verplicht kan zijn om die maatregel te dulden.
- NB. Dat wordt anders indien voor het nemen van de maatregel nodig is om de splitsingsakte of het modelreglement te wijzigen (omdat de maatregel anders in strijd met die akte zou zijn). In dat geval geldt een verzwaarde procedure als hieronder in nr. 5.7 vermeld.
- 5.5 De eigenaar die het met dat besluit niet eens is kan binnen één maand een verzoekschrift tot vernietiging van dat besluit indienen bij de rechtbank (art. 5:130 lid 1 BW).
- 5.6 Als de VvE geen besluit kan of wil nemen (bijvoorbeeld omdat de vereiste meerderheid ontbreekt) kunnen de eigenaren ook bij de kantonrechter vervangende machtiging voor het te nemen besluit verzoeken (art. 5:121 lid 1 BW). Het is niet mogelijk om in zijn algemeenheid de slagingskansen van een dergelijk verzoek in te schatten. De kantonrechter zal aan de hand van alle omstandigheden van het geval inschatten of de VvE de maatregel in redelijkheid kon nemen, dan wel in redelijkheid kon weigeren. Er zal waarschijnlijk een afweging moeten worden gemaakt tussen, onder meer, de noodzaak voor te nemen maatregel, de nadelige gevolgen voor één of meer eigenaren, de mogelijkheid tot het nemen van alternatieve maatregelen en eventuele door de VvE aangeboden compenserende maatregelen.
- 5.7 Voor wijzigingen in de goederenrechtelijk situatie – bijvoorbeeld omdat een privé-tuin ten behoeve van de te nemen maatregel zelfs van het privé-gedeelte moet

afgescheiden – zal ook de splitsgingsakte moet worden aangepast (zie art. 5:139 BW).

¹¹ Voor deze wijziging is medewerking nodig van ofwel alle eigenaren, ofwel van het bestuur met een meerderheid van vier/vijfde van de stemmen. Ook in dit geval kan de medewerking zo nodig worden vervangen door machtiging van de kantonrechter (art. 5:140 lid 1 BW), waarbij in zijn algemeenheid geldt dat een weigering om mee te werken niet snel als onredelijk wordt aangemerkt.

II – Huurder en Verhuurder

- 5.8 Indien een perceel is verhuurd, geldt voor de huurder dat hij de inrichting of gedaante van het gehuurde niet zonder schriftelijke toestemming van de verhuurder mag wijzigingen (art. 7:215 lid 1 BW), tenzij het gaat om wijzigingen die na afloop van de huur zonder noemenswaardige kosten ongedaan kunnen worden gemaakt. Het weer ongedaan maken van de hiervoor besproken maatregelen (zoals bijvoorbeeld het uitgraven van infiltratiekratten) zal niet snel onder die uitzonderingscategorie vallen.
- 5.9 De huurder kan zich, indien de verhuurder geen toestemming geeft, tot de kantonrechter wenden om vervangende machtiging te vragen (art. 7:215 lid 3 BW). De rechter zal in dat verband onder meer beoordelen of de werkzaamheden noodzakelijk zijn voor een doelmatig gebruik van het gehuurde of het woongenot verhogen en bovendien geen zwaarwichtige belangen van de verhuurder zich tegen de werkzaamheden verzetten.
- 5.10 Indien het juist de verhuurder is die maatregelen wil nemen, terwijl de huurder zich daartegen verzet, moet worden beoordeeld of sprake is van dringende werkzaamheden in de zin van artikel 7:220 lid 1 BW. Als vast staat dat bij het uitblijven van de maatregelen wateroverlast/schade op het gehuurde ontstaat (en er geen minder bezwarende alternatieven voorhanden zijn), zal daarvan vrij snel sprake zijn. De huurder moet de maatregelen in dat geval dulden maar kan, als het concrete geval daartoe aanleiding geeft, wel aanspraak maken op huurprijsvermindering en/of schadevergoeding. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan verminderd huurgenot indien de gebruiksmogelijkheden van de tuin door de maatregelen (teveel) worden beperkt.

III Erfpachtrecht of opstalrecht

- 5.11 Indien niet sprake is van volle eigendom maar van een erfpachtrecht of opstalrecht, zal voor de realisatie van een drainagesysteem en/of wadi op grond van de wet en/of de algemene en/of bijzondere erfpachtvoorwaarden of opstalvoorwaarden, voorafgaande toestemming zijn vereist door de grondeigenaar en moeten de

¹¹ Bij gebreke aan concrete plannen kan niet goed worden ingeschat of zich wijzigingen in de goederenrechtelijke situatie zullen voordoen. Wij merken daarom op dat dit, zeker bij de aanleg van een Wadi, waarbij een tuin een deel van haar gebruiksfunctie kan verliezen, op voorhand niet uit kan worden gesloten.



(algemene en bijzondere) erfpachtbepalingen of opstalbepalingen in acht worden genomen.